

Documents	
1.	La reprise des contrats de financement dans les contrats globaux - Pratique par Valérie de SIGOYER Revue Droit Administratif Juin 2014 Type d'article : Pratique/Informations Professionnelles Dr. adm. 2014, prat. , 6

[Retour à la liste](#)

FOCUS - Document 1 de 1



Droit Administratif n° 6, Juin 2014, prat. 6

La reprise des contrats de financement dans les contrats globaux

Pratique par Valérie de SIGOYER
avocat à la Cour

Sommaire

1. CONTEXTE

Dans le cadre des contrats globaux, comme par exemple les contrats de partenariat ou les baux emphytéotiques administratifs, des contrats de financement sont conclus entre le titulaire du contrat et des établissements prêteurs.

Ces contrats de financement ne sont pas conclus avec la personne publique - le lien contractuel étant constitué entre le titulaire du contrat et un/des établissement(s) prêteur(s).

Il existe néanmoins des hypothèses selon lesquelles les personnes publiques peuvent être amenées à reprendre les contrats de financement que leurs cocontractants ont conclus avec les établissements prêteurs. Ainsi, en va-t-il en cas de fin anticipée du contrat global, que cette fin anticipée résulte d'une faute qu'aurait commise le cocontractant de l'Administration ou qu'elle résulte d'un motif d'intérêt général mis en avant par la personne publique.

Outre l'hypothèse selon laquelle il serait mis fin par anticipation au contrat de tête, une autre mesure pourrait induire la reprise par la personne publique des contrats de financement - comme par exemple l'exercice du pouvoir de modification unilatérale ayant pour effet de réduire le champ d'application des prestations prises en charge par le cocontractant de l'Administration.

S'il est acquis que la reprise des sous-contrats portant sur les obligations contractées par le partenaire privé en termes de conception-construction et d'exploitation suscite des interrogations sur le plan juridique du fait de la soumission des personnes publiques au respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence afin de satisfaire leurs

commandes de travaux, fournitures et services, il en va différemment pour les contrats de financement.

Sur ce point, nous procéderons à l'analyse des problématiques soulevées par la reprise des contrats de financement sous un double prisme, à savoir, d'une part, le respect des conditions de recours à l'emprunt par les collectivités territoriales et les établissements publics de santé (A) et, d'autre part, la soumission - ou non - des contrats d'emprunt au respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence (B).

2. COMMENTAIRES

A. - Le respect des conditions de recours à l'emprunt par les collectivités territoriales et les établissements publics de santé

En cas de reprise des contrats de financement par la personne publique, cette dernière se trouve placée dans la situation d'emprunteur. Aussi, la question se pose-t-elle de savoir quelles sont les conditions devant être respectées.

1° Les collectivités territoriales et leurs groupements

En principe, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent librement recourir à l'emprunt, qu'il soit bancaire ou obligataire. Les collectivités territoriales et leurs groupements disposent en effet de la liberté contractuelle, dont la valeur constitutionnelle a été reconnue par le Conseil constitutionnel (*Cons. const., déc. 20 janv. 1993, n° 92-316 DC, Prévention de la corruption* : *Journal Officiel* 22 Janvier 1993).

Il reste qu'en contrariété à ce principe, l'article L. 1611-3 du Code général des collectivités territoriales prévoit que « *la réalisation d'emprunts par voie de souscription publique est soumise à autorisation dans les conditions prévues par l'article 82 de la loi n° 46-2914 du 23 décembre 1946 portant ouverture de crédits provisoires, complété par l'article 42 de la loi n° 53-80 du 7 février 1953* ».

Toutefois, et ainsi que l'a indiqué la Direction générale des collectivités locales (DGCL), ce dispositif n'est plus appliqué. Ainsi, la DGCL indique-t-elle que « bien que non abrogé, ce dispositif ne trouve plus à s'appliquer aujourd'hui » (*DGCL, Guide de l'emprunt des collectivités locales, 2000, p. 134*).

La loi de séparation et de régulation des activités bancaires (*L. n° 2013-672, 26 juill. 2013* : *Journal Officiel* 27 Juillet 2013), adoptée récemment, aurait sans doute pu toiletter le Code général des collectivités territoriales sur ce point. Il n'en a rien été - néanmoins, le législateur a renforcé le cadre juridique du recours à l'emprunt des collectivités territoriales, de leurs groupements et des services départementaux d'incendie et de secours (SDIS).

Ainsi, et afin d'éviter le recours aux emprunts structurés dits « toxiques », le législateur (le cadre juridique, prévu par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013, est codifié à l'article L. 1611-3-1 du Code général des collectivités territoriales) a encadré la liberté contractuelle des collectivités territoriales, de leurs groupements et des services départementaux d'incendie et de secours (SDIS), sous trois angles :

- en ce qui concerne la couverture du risque de taux de change en cas d'emprunt en devises étrangères : un contrat d'échange de devises contre euros doit être conclu pour le montant total et la durée totale de l'emprunt ;
- en ce qui concerne le recours aux autres produits dérivés ;
- en ce qui concerne la couverture du risque d'évolution des taux et les formules d'indexation des taux variables.

Indépendamment du cadre juridique ainsi institué, la décision d'emprunter relève de la compétence de l'assemblée délibérante. Ainsi, par voie de délibération, l'assemblée délibérante peut décider de recourir à l'emprunt et doit autoriser

l'organe exécutif à signer le contrat de prêt. De ce constat, il résulte qu'en cas de reprise des contrats de financement - et dès lors qu'une collectivité publique souscrit *in fine* un emprunt - il y a lieu de considérer qu'une délibération de l'assemblée délibérante est requise afin d'acter l'acte de transfert.

2° Les établissements publics de santé

Sans doute l'article L. 6141-2-1 du Code de la santé publique prévoit-il que les ressources des établissements publics peuvent comprendre des emprunts.

Il reste que cette liberté de contracter un emprunt est encadrée par voie réglementaire.

Ainsi, l'article D. 6145-70 du Code de la santé publique régit la procédure trouvant application en cas de recours des établissements publics de santé à l'emprunt et subordonne le recours à l'emprunt à l'avis émis par le directeur général de l'ARS lorsque deux des trois critères suivants sont remplis :

« - le ratio d'indépendance financière, qui résulte du rapport entre l'encours de la dette à long terme et les capitaux permanents, excède 50 % ;

- la durée apparente de la dette excède dix ans ;

- l'encours de la dette, rapporté au total de ses produits toutes activités confondues, est supérieur à 30 % ».

Dans le même sens, l'article D. 6145-71 du Code de la santé publique, qui régit le recours aux contrats de crédit, limite le recours aux emprunts à taux variable selon les modalités suivantes :

« Les établissements publics de santé peuvent souscrire des emprunts auprès des établissements de crédit dont le taux d'intérêt est fixe ou variable. Les emprunts à taux variable autorisés sont :

- ceux dont le taux d'intérêt varie en application d'une clause d'indexation qui porte sur un taux usuel du marché interbancaire, du marché monétaire de la zone euro ou du marché des valeurs de l'État français ;

- ceux dont le taux d'intérêt varie en application d'une clause d'indexation sur l'indice du niveau général des prix, ou sur l'indice harmonisé des prix à la consommation de la zone euro, définis à l'article D. 112-1 du Code monétaire et financier ».

De cette analyse, il résulte que les collectivités territoriales et les établissements publics de santé disposent de la liberté de contracter des emprunts - cette liberté étant néanmoins encadrée par voie législative et réglementaire.

B. - La soumission - ou non - des contrats d'emprunt au respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence

Dans le cadre de la reprise des contrats de financement, la question se pose de savoir si une telle subrogation est possible, dans la mesure où les personnes publiques sont assujetties au respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence afin de satisfaire leurs commandes de travaux, fournitures et services.

Sur ce point, un rappel s'impose.

L'article 3, 5°, du Code des marchés publics exclut de son champ d'application les « accords-cadres et marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers et à des opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs (...) ».

Au niveau communautaire - et avant l'intervention des nouvelles directives *Marchés et Concessions* -, la directive du 31 mars 2004 (*PE et Cons. UE, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004 : JOUE n° L 134, 30 avr. 2004, p. 114*) prévoyait en son article 16, d), que « *les services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs (...)* » étaient exclus du champ d'application de la directive *Marchés secteurs classiques*.

C'est la divergence entre les deux rédactions qui a suscité des difficultés d'application - l'interprétation issue de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 pouvant permettre de soutenir que l'opération d'approvisionnement en argent n'était exclue du champ d'application de la directive qu'en tant qu'elle constituait un service financier relatif à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers.

La nouvelle directive *Marchés publics secteurs classiques* prévoit d'exclure les services financiers de son champ d'application. L'article 10 de la nouvelle directive prévoit en effet qu'elle ne s'applique pas aux marchés publics de services « *ayant pour objet des services financiers liés à l'émission, la vente, l'achat ou le transfert de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers au sens de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil* ». Aussi, les textes de droit interne et de droit communautaire sont-ils rédigés différemment dans leur exclusion des contrats d'emprunt / de financement du champ de la commande publique, la référence à l'opération d'approvisionnement en argent - ce qui peut recouvrir une opération de prêt (*Rép. min. n° 17171 de M. Paul Blanc : JO Sénat Q 17 nov. 2005, p. 2998*) - ayant été supprimée dans la nouvelle directive communautaire.

De ce constat, il résulte que, si le Code des marchés publics exclut clairement de son champ d'application les contrats d'emprunt, il n'est pas certain qu'il en aille ainsi en droit communautaire - il s'agit là d'une problématique sur laquelle les juridictions internes et communautaires devront statuer.

Dans ce contexte, aucun obstacle n'existe à ce qu'une personne morale de droit public passe directement contrat avec un établissement prêteur en droit interne, sous réserve de respecter les règles de formes et de compétences qui s'imposent en la matière. Mais la solution n'est pas assurée à ce jour en droit communautaire. Aussi, l'exigence d'une « *publicité adéquate* » (*CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, Telaustria : JurisData n° 2000-300034*) devrait s'imposer, l'objectif étant - dans une logique de transparence - d'assurer une publicité suffisante pour favoriser une saine concurrence.

3. Recommandations

De cette analyse, il résulte que la reprise des contrats de financement est soumise à un formalisme.

À la différence des sous-contrats conclus pour la mise en oeuvre des contrats globaux, la reprise des contrats de financement échappe aux obligations de publicité et de mise en concurrence issues du droit interne ; il n'est pas acquis qu'il en aille ainsi en droit communautaire - notamment dans le cadre des nouvelles directives *Marchés*. Aussi, le risque administratif - et potentiellement pénal - existe-t-il dans le cadre de la reprise de contrats de financement par les personnes publiques.

Il reste en tout état de cause que, dans le cadre de la reprise des contrats de financement, les établissements prêteurs qui avaient initialement contracté avec une société de droit privé vont apprécier la qualité de la contrepartie présentée par la personne publique et - les rapports de force étant ce qu'ils sont - vont essayer de renégocier les contrats de financement. Aussi, la vigilance des personnes publiques doit-elle être aigüe, tant il est vrai que la tentation pour les établissements prêteurs pourrait être forte de renégocier et d'introduire, à l'occasion du transfert, des clauses contestables comportant - par exemple - des remboursements anticipés portant sur l'intégralité de la dette.

Encyclopédies : Administratif, Fasc. 670, 681

© LexisNexis SA