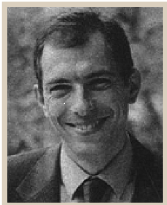


PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ NOUVELLES OPPORTUNITÉS OU FAUX SEMBLANTS ?



Aldo Sevino

Avocat associé
Responsable
du département
Droit public
**Cabinet Delsol
& Associés**

Depuis juin 2004,
de nouveaux types de
partenariats public-privé
ont vu le jour. Malgré les
avantages qu'ils présentent,
leurs applications restent
ambiguës et peu favorables
aux petites entreprises.

Le Gouvernement favorise depuis plusieurs années de nouveaux types de partenariat public-privé permettant de transférer à des opérateurs privés le financement de divers équipements publics. Les collectivités locales ont toujours eu recours à des montages contractuels complexes permettant le financement privé d'équipements publics (concessions de chemin de fer, d'aménagement urbain, ...). Désormais, ces partenariats de type public-privé ont leur clef de voûte, instaurée par l'ordonnance du 17 juin 2004 [1].

UN CHAMP CONTRACTUEL LONGTEMPS LIMITÉ PAR LA PRATIQUE

Dans la pratique, les possibilités offertes aux collectivités se limitaient à deux grands types de contrats, à savoir les marchés publics (soumis au Code du même nom) et les délégations de services publics (régle-

mentées par le Code général des collectivités territoriales). Il n'empêche que d'autres types de contrats permettant le financement privé d'équipements publics existaient aussi, comme les baux emphytéotiques administratifs [2].

Dans ce cadre, la collectivité qui souhaite régler l'entreprise plusieurs années après la réception des équipements réalisés, ne peut recourir au marché public dans la mesure où le Code des marchés interdit expressément tout paiement différé des travaux. La collectivité ne peut alors recourir, en pratique, qu'à la délégation de service public et en particulier à la concession pour financer son équipement. Or, ce type de contrat implique que la rémunération de l'opérateur privé soit substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service ou de l'équipement réalisé [3]. Et l'opérateur privé n'est pas certain de percevoir effectivement les ressources nécessaires au remboursement des sommes qu'il aura avancées pour financer l'équipement, puisque sa rémunération sera justement déterminée par les résultats d'exploitation.

Ainsi, aucun des deux montages contractuels évoqués ne permettait jusqu'à présent à la collectivité d'assurer un règlement différé des travaux réalisés, tout en garantissant à l'opérateur privé le règlement intégral des sommes qui lui sont dues.

Les contrats de partenariat qui se

substituent désormais aux défunts marchés d'entreprise de travaux publics (METP) créés par la jurisprudence [4] remplissent précisément ces deux objectifs de règlement différé et intégral. Ils visent à confier à un tiers une mission de financement d'une construction, d'une transformation d'ouvrage ou d'équipement, qui assurera alors l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion. Le partenaire privé pourra également être en charge de tout ou partie de la conception des ouvrages.

UN RENOUVEAU CONTRACTUEL ATTENDU

Mais cette dernière mission constitue une atteinte au principe posé par la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique qui impose, en principe, une séparation stricte des missions de conception et de réalisation des travaux (loi MOP, n° 85-704 du 12 juillet 1985). Autre point de dérogation à la loi MOP, le partenaire privé réalisera les travaux sous sa propre maîtrise d'ouvrage. Ce n'est qu'au terme du contrat de partenariat, que la collectivité publique pourra éventuellement devenir propriétaire de l'ouvrage réalisé.

Si les contrats de partenariat présentent de nombreux avantages, ils suscitent aussi deux séries d'interrogations, susceptibles de limiter leur intérêt en cas de manque de pragmatisme de la pratique administrative.

La première difficulté réside dans le

REPÈRES

Loi Murcef

■ Loi 2001-1168 du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

Loi MOP

■ Loi 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. Cette loi définit la mission de maîtrise d'œuvre comme une "réponse architecturale technique et économique à un programme de construction".

fait que ces contrats sont clairement présentés comme des “tiers contrats”, c’est-à-dire des contrats auxquels la collectivité ne peut recourir que dans l’hypothèse où elle ne peut pas atteindre ses objectifs par une autre forme de contractualisation (marché public ou délégation de service public).

UN MÉCANISME CONTRACTUEL QUI N’EST PAS DÉPOURVU D’AMBIGUITÉS

Le Conseil constitutionnel a, en effet, validé l’ordonnance sur les contrats de partenariat sous la condition interprétative que “[...] les ordonnances prises sur le fondement de l’article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d’intérêt général tels que l’urgence qui s’attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d’un équipement ou d’un service déterminé” [5].

Le recours au contrat de partenariat n’est donc possible qu’en cas d’urgence ou de complexité de l’opération, cette dernière notion devant être interprétée par référence de la Directive marchés [6].

S’agissant de l’urgence, la question est de savoir si celle-ci doit être interprétée de manière identique à celle retenue en droit des marchés publics, c’est-à-dire présenter un caractère imprévisible, irrésistible et extérieur à la collectivité, conditions qui sont extrêmement difficiles à réunir en pratique. Si tel devait être le cas, la seule possibilité pour recourir à des contrats de partenariat resterait l’opération présentant une certaine complexité.

La seconde difficulté posée par le contrat de partenariat émane du caractère global de ce contrat. Ce dernier implique une pluralité de compétences sur les plans technique, ju-

ridique et financiers, l’opérateur privé étant tenu d’assurer simultanément le financement, la construction ou la transformation des ouvrages ou équipements, et de leur exploitation et maintenance. Si certains grands groupes industriels peuvent envisager de répondre seuls à un contrat de partenariat, il n’en va pas nécessairement de même de l’ensemble des opérateurs susceptibles d’être intéressés par cette nouvelle forme de commande publique. Les PME devraient former, par exemple, un groupement momentané d’entreprises. Mais rappelons que le contrat de partenariat impose des contraintes plus lourdes qu’en matière de marchés de travaux en raison de la durée de l’engagement contractuel. Du fait du groupement, l’entrepreneur chargé des travaux resterait ainsi responsable de l’entrepreneur chargé de l’exécution des prestations d’entretien ou de maintenance pendant toute la durée du contrat de partenariat.

Si cette situation ne pose pas de grandes difficultés en matière de marchés de travaux, dont les délais d’exécution sont relativement courts, il n’en va pas de même des contrats de partenariat dont la durée est très longue car directement proportionnelle à la durée d’amortissement des équipements.

SOLUTION ENVISAGEABLE

Pour répondre à cette difficulté, la constitution d’une filiale commune entre les différents partenaires privés, au travers d’un contrat de partenariat, pourrait être envisagée. Les différents partenaires détiendront un pourcentage du capital social, et donc une responsabilité dans le cadre de l’activité de cette filiale, proportionnellement à leur intervention.

Ainsi, au moment de l’exécution des travaux de construction, le capital social de la filiale commune titulaire du contrat de partenariat serait très majoritairement détenu par la société

Les marchés publics

■ Contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par des personnes morales de droit public (collectivités territoriales, États, établissements publics) pour l’acquisition de prestations de services, de fournitures ou de travaux. On retrouve ici fréquemment la notion de “faire avec” dans la mesure où le tiers est associé, de façon plus ou moins limitée, à l’exploitation du service. Le gestionnaire est surtout un prestataire de services.

Les délégations de services publics

■ “Ce sont des contrats par lesquels une personne morale de droit public confie la gestion d’un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l’exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d’acquies des biens nécessaires au service”,

article 3 de la loi Murcef n° 2001-1168 du 11 décembre 2001. On retrouve ici généralement la notion de “faire faire” dans la mesure où la totalité de l’exécution du service est alors confiée au tiers. Dans ce cas, l’exploitant du service en assure la gestion et supporte, en principe, le risque économique.

Les baux emphytéotiques administratifs

■ Dénommés aussi BEA, ces baux sont consentis, selon la loi du 5 janvier 1988 (art. L. 1311-2 et suivants du Code des collectivités territoriales), par les collectivités territoriales sur leur domaine en vue de l’accomplissement d’une mission de service public ou d’intérêt général. Il s’agit là d’une modalité particulière de mise à disposition d’un gestionnaire de service public. Dans la plupart des cas, le BEA sera assorti d’une convention prévoyant les modalités de gestion du service public par le preneur au BEA.

de BTP, celle-ci pouvant céder, à la terminaison des travaux, la majorité de ses parts sociales à la société chargée de l’entretien et de la gestion de l’équipement réalisé.

Mais la difficulté posée par cette solution réside dans la jurisprudence administrative, qui permet, dans certaines circonstances, à la collectivité publique de résilier le contrat qui l’unit à un prestataire privé, lorsque le capital social de ce dernier est sensiblement modifié en cours d’opération. Si cette solution est retenue et pour éviter tout blocage en cours d’exécution du contrat de partenariat, il conviendra de s’assurer préalablement auprès de la collectivité qu’elle ne s’opposera pas à un transfert du capital entre les actionnaires. Les principales contraintes qui viennent d’être exposées démontrent que le nouveau mode de contractualisation issu de l’ordonnance de juin 2004 peut être, éventuellement, vidé de toute substance si la pratique administrative et l’interprétation qui sera donnée du texte par les juridictions restreignent son champ d’application et ses modalités de mise en œuvre. ■

- 1 Ordonnance n° 2004-559.
- 2 Conseil d’État, section, 25 février 1993, Sofap-Marignan, Lebon p. 94.
- 3 Voir en ce sens la loi Murcef.
- 4 Conseil d’État, 11 décembre 1963, Ville de Colombes, Lebon p. 611.
- 5 Décision n° 2003-473, DC du 26 juin 2003.
- 6 Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 portant en coordination les procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.