

Le projet de loi modifiant l'Ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat : de nouvelles perspectives



Philippe Nugue,
Avocat Associé,
Adamas

1) Le projet de loi a été inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale pour la deuxième quinzaine de mai.

2) Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

3) Le décret d'application n°2004-1145 en date du 27 octobre 2004.

4) Art. 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

5) Articles L.1414-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

6) Décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003.

7) Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, art. 29.

Le Sénat a adopté, le 2 avril 2008, en première lecture, le projet de loi relatif aux contrats de partenariat (1).

Quelques éléments du texte ont fait l'objet de propositions d'ajustement par les sénateurs, l'occasion d'un retour sur l'économie générale d'un projet qui vient réformer le contrat de partenariat, plus connu sous le trigramme « PPP » pour « Partenariat Public Privé », et demain, sous celui de « CPA » pour « Contrat de Partenariats et Assimilés », forme de contrat administratif introduite en droit français par l'ordonnance du 17 juin 2004 (2).

Moins de quatre ans d'application du texte (3) pour une première réforme... On pourra y voir une logique nécessaire après une période d'expérimentation d'un outil nouveau, ou bien y trouver l'aveu d'un outil inadapté dès le départ. La vérité, comme souvent, procède un peu des deux...

Conçu comme une véritable révolution des techniques contractuelles de droit public, le contrat de partenariat pouvait ambitionner de rompre avec les dichotomies traditionnelles du droit français des contrats publics qui distinguent, voire opposent :

- conception et réalisation des ouvrages de travaux, sauf opérations complexes,
- utilisation ou non de biens immobiliers appartenant au domaine public, impliquant certaines limites d'utilisation (constitution de garanties, durée d'occupation, précarité...)
- Enfin, marchés publics et concessions de services publics, selon que la personne publique achète des biens, fournitures, services, ou travaux pour satisfaire ses propres besoins, ou selon qu'elle se substitue un tiers, lui confiant l'exécution du service public pour satisfaire les besoins des usagers.

La technique contractuelle de droit public française se heurte depuis toujours à des difficultés récurrentes dès lors que les objectifs poursuivis par la personne publique imposent souvent de recourir simultanément à plusieurs outils contractuels. Les praticiens ont développé des réponses parfois qualifiées de « montages » ou d'« opérations complexes ».

L'ordonnance de 2004 crée et régleme les contrats de partenariat passés par l'Etat ou ses établissements publics (4), et modifie le Code général des collectivités territoriales (5) offrant les mêmes possibilités aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics.

Le texte initial prévoit que ces contrats permettent à la personne publique :

- de confier à un tiers,
- pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues,
- une mission globale. Globale car relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

I. Un engouement jusque là limité

Le contrat de partenariat a connu un faible engouement, en tous cas au niveau des collectivités territoriales. Les raisons, pour l'essentiel, tiennent :

- aux conditions de recours, d'urgence et de complexité, déterminées par l'Ordonnance et par la jurisprudence du Conseil constitutionnel (6), lequel s'est opposé à « la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique », la loi devant « réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence (...) ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé »,
- au caractère alternatif et subsidiaire du contrat de partenariat, lequel ne peut être mis en œuvre que si le recours à un marché ou à une délégation de service public est impossible,
- aux contraintes communautaires interdisant de supprimer ou réduire la condition tenant à la complexité, le contrat de partenariat étant conclu aujourd'hui au terme d'une procédure de dialogue compétitif, et la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 n'autorisant le recours au dialogue compétitif que dans le seul cas d'un « marché particulièrement complexe (7) », d'où la relative difficulté de la procédure à mettre en œuvre, longue, coûteuse et complexe,
- au délai ; en pratique, il est bien difficile d'articuler urgence et dialogue compétitif, procédure qui, lorsqu'elle est bien menée, nécessite souvent dix-huit mois au moins avant la conclusion du contrat,
- au risque entourant la définition de l'urgence ; en se bornant à exiger que « le projet présente un caractère

d'urgence », l'article 2 de l'ordonnance de 2004 laisse au juge la responsabilité de définir l'urgence. Or, le droit administratif général lui-même fait une interprétation stricte de l'urgence, notamment en droit des marchés, laissant présager d'un sévère contrôle de la qualification juridique de l'urgence par le juge,

- au risque général de contentieux, dans une matière où la conclusion des contrats publics, déjà exposée, l'est à plus forte raison avec un outil nouveau.

Alors que toutes les collectivités territoriales concluent des marchés, et pratiquement toutes des contrats de concession, l'ensemble de ces raisons a concouru à un usage pour le moins parcimonieux du contrat de partenariat, réservé aux opérations importantes, longues, coûteuses et complexes. Cet état de fait a naturellement tendu à exclure les collectivités territoriales de taille modeste, les notions d'urgence et de complexité en particulier s'avérant par ailleurs extrêmement subjectives et relatives.

L'assouplissement par le projet de loi des conditions de recours au PPP

A. L'objet du contrat est élargi

Désormais, d'après le texte du projet, le cocontractant pourrait se voir céder tout ou partie des contrats passés par la personne publique, notamment en application du Code des marchés publics et de la loi MOP (rapports maîtrise d'ouvrage publique/maîtrise d'œuvre privée).

Mais la discussion doctrinale reste ouverte sur le point de savoir si l'adverbe « notamment » ouvre également la possibilité de céder au cocontractant des contrats portant délégation de service public qui ne sont passés ni en application de la loi MOP, ni en application du Code des marchés publics mais en application du Code général des collectivités territoriales, notamment, et de la loi du 29 janvier 1993 (8). Sur ce point, l'examen par le Sénat n'a pas permis d'avancée notable malgré une formulation permettant la cession de « tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à l'exécution de sa mission ».

Pour les praticiens, sans texte clair, il subsistera un handicap à la promotion du contrat de partenariat, puisque le contrôle de sa validité en cas de cession d'un contrat de concession relèverait alors du juge, avec les contraintes de temps et l'aléa du contentieux. Bien sûr, admettre que le contrat de partenariat peut emporter cession d'un contrat de concession suppose de revenir sur le critère strictement alternatif et subsidiaire du contrat de partenariat.

La rémunération du cocontractant qui, actuellement, fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat et peut être liée (« doit être » propose le Sénat) à des objectifs de performance assignés au cocontractant, pourrait, à l'avenir, tenir compte des recettes que celui-ci pourrait tirer de l'exploitation du domaine, des ouvrages ou des équipements dont il aurait la charge, par exemple en concluant des baux commerciaux.

Sur ce premier point, la logique de globalisation, et le besoin de financement des projets publics, constituent deux critères militant pour la possibilité de recettes accessoires gérées par le titulaire du contrat, dès lors que ceci participe du financement global. Ceci pourrait stimuler l'imagination des personnes privées, mais sous le contrôle, au moins initial, de la personne publique, et cela éviterait les interférences dans la gestion, dès lors que le titulaire du contrat de partenariat serait le seul gestionnaire de l'ensemble des biens compris dans le périmètre de l'opération, ou servant celle-ci.

Le cocontractant pourrait encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, les recettes revenant à cette dernière.

Les projets éligibles à des subventions sous le régime de la loi MOP le resteraient sous le régime du contrat de partenariat.

Sur ces deux derniers points, il s'agit de clarifications bienvenues, puisque la manipulation par le cocontractant de fonds revenant à la personne publique posait difficulté en l'absence de précision du texte, et que, par ailleurs, la rédaction d'une circulaire du Ministère des Finances a pu faire, un temps, douter que les subventions soient permises dans ce type de contrat.

B. Des conditions de recours assouplies

L'ordonnance de 2004 a prévu que les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation préalable a mis en exergue la complexité, ou bien le caractère d'urgence du projet, ainsi que les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui l'ont conduit, après une analyse comparative, à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat.

Jusqu'alors, le recours au contrat de partenariat n'était donc possible qu'à condition de justifier que les besoins de la personne publique ne pouvaient être satisfaits par la mise en œuvre d'un marché public ou d'une délégation de service public.

Le contrat pourrait à l'avenir être mis en œuvre si un bilan avantages/inconvénients établit qu'il est plus favorable qu'un autre contrat.

La question est donc posée, par le projet, en l'état de la position du Conseil constitutionnel, de savoir s'il est possible d'envisager une nouvelle hypothèse de recours au contrat de partenariat, celle de l'intérêt financier de la collectivité, le « *value for money* » anglo-saxon (9). Compte tenu de son indétermination, cette hypothèse présente l'inconvénient, sur le plan juridique, d'ouvrir largement l'utilisation de la formule et de conduire à une banalisation *a priori* incompatible avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel, s'agissant de surcroît d'un critère, là encore, subjectif, comme le sont déjà la complexité et l'urgence. Du reste, la réalité de l'avantage économique de la formule fait actuellement l'objet de critiques au Canada et au Royaume-Uni (10).

8) Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « Loi Sapin ».

9) Qui peut être traduit par « valeur pour le contribuable » selon F. Lindtich, *Contrats et Marchés publics* n° 4, Avril 2007. Bientôt une réforme des partenariats public-privé ?

10) Les partenariats public-privé et l'exemple canadien : Les PPR seraient nuisibles et mineraient la démocratie ? La Fédération canadienne des municipalités a publié le 30 août 2007 une étude exhaustive sur le fonctionnement et l'efficacité des partenariats public-privé (PPP) auxquels recourent un nombre croissant de collectivités, au Canada, comme dans le reste du monde. <http://blog.mondediplo.net/2007-09-08-Les-Partenariats-Public-Prive-PPP-sont-nuisibles>.

La logique du recours alternatif et subsidiaire au contrat de partenariat est donc maintenue, ce qui n'encouragera pas son développement.

C. Des dérogations sectorielles maintenues et étendues

Le recours au contrat de partenariat à titre expérimental jusqu'au 31 décembre 2012, dans des domaines d'action où les besoins immédiats sont avérés, est maintenu : enseignement supérieur et recherche, mise en place de nouvelles technologies, besoins de la police et de la gendarmerie, réalisation d'infrastructures de transport dans un projet de développement durable, besoins de la santé, ou encore, rénovation urbaine et efficacité énergétique des bâtiments publics. Mais les sénateurs proposent de l'étendre aux projets ayant pour but « la réduction des émissions de gaz à effet de serre des bâtiments publics ».

D. La procédure de passation simplifiée

Sauf complexité qui impose toujours, comme c'est le cas en l'état du texte, la mise en œuvre d'une véritable procédure de dialogue compétitif, la procédure pourrait être l'appel d'offre, voire la procédure négociée en dessous du seuil de 5 150 000 €.

Dans les deux hypothèses, urgence ou « bilan inconvénients avantages favorables », hypothèses dans lesquelles le recours au contrat de partenariat serait justifié, les procédures d'appel d'offres et de marché négocié, plus simples et plus rapides à mettre en œuvre, seraient certainement de nature à favoriser le développement de ce type de contrat, sous les réserves exprimées plus haut à propos du critère d'urgence.

E. La fiscalité clarifiée

Les articles 26 à 28 du projet vont dans le sens d'une neutralité fiscale, pour la personne publique, du choix à opérer entre : réaliser et exploiter l'équipement elle-même ou avoir recours à un contrat de partenariat. Jusqu'à ce projet, pour ce qui concerne les occupations temporaires du domaine public, seules les occupations de domaine public de l'Etat étaient soumises à un droit fixe d'enregistrement.

Le texte étend le droit fixe, pour la constitution et le retrait de l'autorisation, au domaine public des établissements publics de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics des collectivités territoriales.

Les baux et crédits baux consentis aux collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics bénéficieraient d'une exonération de taxe de publicité foncière.

Les baux emphytéotiques consentis par les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics à l'opérateur privé seraient dispensés eux aussi de taxe de publicité foncière.

Ce point constitue une avancée et une simplification, de nature, sinon à encourager le recours au contrat de partenariat, du moins à ne pas influer en sa défaveur.

F. Le risque contentieux demeure

Compte tenu, malgré tout, de critères de recours encore assez complexes, et de la relativité comme de la subjectivité de certaines notions (urgence, complexité, bilan plus favorable...), le risque contentieux est loin d'être négligeable. Si l'on ajoute que la plupart des contrats, au moins dans un premier temps, devraient continuer de concerner des opérations importantes, il est malheureusement raisonnable d'envisager des recours de candidats évincés ou de citoyens que l'utilisation du PPP n'aurait pas convaincus... Tout aussi dangereux, nous semble-t-il, le risque pénal continue d'être ignoré.

G. Le risque pénal ignoré

L'article 432-14 du Code pénal qui sanctionne le délit d'octroi d'avantage injustifié (dit de favoritisme) n'a pas été modifié en 2004 pour inclure les contrats de partenariat dans son champ d'application, contrairement à ce qui avait été fait dans le cadre de l'article L. 331-1 du Code de justice administrative pour le référé précontractuel. On pourrait en conclure que les contrats de partenariat en sont exclus et constater une dépenalisation partielle de la commande publique.

Mais, paradoxalement, cette absence fait naître un risque pénal en cas d'erreur sur le champ d'application du contrat de partenariat. Utiliser à tort la formule du partenariat signifie que la mise en concurrence aurait dû être organisée, conformément au Code des marchés publics ou aux textes applicables aux délégations de service public.

Or, cette erreur constitue une violation des procédures garantissant la liberté d'accès à la commande publique et caractérise précisément l'infraction prévue à l'article 432-14.

On comprendra qu'en l'état du texte sur les PPP et de la jurisprudence pénale, plus d'un utilisateur potentiel continue d'hésiter au moment de qualifier l'urgence, la complexité ou le bilan avantageux... Outre l'inconnue sur la nature des contrats qui peuvent être cédés.

H. Une formule à suivre malgré tout

La personne publique, comme le partenaire privé, trouveront certainement le plus grand intérêt à s'entourer de conseils aguerris, dès la phase initiale d'évaluation préalable des besoins, pour s'assurer de la pertinence du diagnostic juridique et économique validant le recours au PPP, même dans sa nouvelle formule.

Pour autant, la formule du contrat global, par l'étendue même des prestations qui peuvent en être l'objet, par l'économie d'échelle qui pourrait en résulter, mais également pour les collectivités de taille modeste ou non, par le recours à l'externalisation leur offrant l'accès à des capacités matérielles, financières et humaines qu'elle n'auront jamais les moyens techniques et financiers de développer en interne, reste porteuse de grands espoirs.