

# Journal des Maires

ET DES CONSEILLERS MUNICIPAUX

147<sup>e</sup> année - Mensuel - n° 10 - 15 octobre 2004 - 8 €

Commande publique

Les partenariats  
public-privé

## Natura 2000

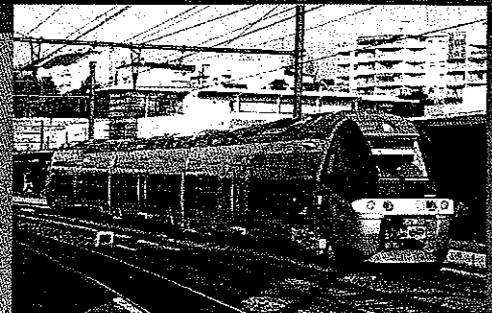


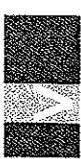
## Attention chantier !

Voirie Procéder à  
un diagnostic local  
de sécurité

Circulaire Tout savoir sur  
la taxe d'enlèvement des  
ordures ménagères

- Transports en commun  
La panne persiste bien que  
les TER marquent des points





## Les contrats de partenariat public-privé

Le 17 juin dernier, l'ordonnance n° 2004-559 sur les contrats de partenariats public-privé (PPP) a été approuvée en Conseil des ministres. Cette ordonnance a été prise en application de l'article 6 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003, habilitant le Gouvernement à simplifier le droit. Et en matière de simplification du droit, on peut se féliciter que, comme à l'accoutumée, ce nouveau texte vienne compliquer encore un peu plus le monde des contrats publics, déjà complexe, et notamment celui des contrats de la commande publique.

Selon le ministère de l'Intérieur, les contrats de partenariats « seront d'un type nouveau. Ils ne seront ni des marchés publics ni des délégations de service public. Ces deux catégories de contrats, dont la définition est aujourd'hui claire et précise, resteront régies par les textes qui leur sont propres »<sup>(1)</sup>. Rien n'est pourtant moins sûr.

Concept de gestion publique développé en Grande-Bretagne, sous le gouvernement thatchérien, le *Private Finance Initiative (PFI)* constitue une adaptation de la délégation de service public (DSP) française. Il consiste à confier la construction et la gestion d'infrastructures publiques au secteur privé, moyennant un tarif payé par l'utilisateur ou le plus souvent, un prix versé par l'administration. Cette démarche britannique s'est répandue depuis quelques années dans plusieurs pays européens.

Selon une étude de septembre 2002 effectuée par la chambre de commerce et de l'industrie de Paris (CCIP)<sup>(2)</sup>, il était urgent pour la France de se doter de cet outil, afin de ne pas rester à l'écart de l'évolution contractuelle qui se dessine en Europe, alors même qu'elle possède la paternité des techniques et des savoir-faire en la matière. Pour l'auteur de cette étude, l'adoption des contrats de partenariats devait être l'occasion de repenser la conception française de la gestion des services publics par les personnes privées, au regard des expériences extra-nationales, de repenser notre système de délégation de service public et non pas de créer un nouveau contrat s'en distinguant.

Il est en effet cocasse d'avoir un nouveau contrat inspiré du PFI anglais, qui constitue en définitive un dérivé indirect de la DSP originelle. Cette nouvelle procédure a de quoi susciter de nombreuses réactions et critiques.

Dès juin 2003, le Conseil constitutionnel a émis des réserves sur ces nouveaux contrats de PPP. Dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003<sup>(3)</sup>, il a considéré que ce nouveau contrat devait être limité à des cas précis, car

il constitue une dérogation au droit commun de la commande publique. De ce fait, le Conseil constitutionnel a précisé que « les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi [du 2 juillet 2003] 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 ». Ces propos, qui étaient repris à l'article 2 du projet d'ordonnance du 4 décembre 2003, ont été modifiés dans le texte final.

### Définition du contrat de partenariat

L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 définit ces contrats aux articles 1<sup>er</sup> et 14.

Ce sont « des contrats administratifs par lesquels l'Etat ou un établissement public de l'Etat, ou une collectivité territoriale ou un de ses établissements publics, confie 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 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 ».

Ce contrat de partenariat se définit normalement comme un partenariat public-privé. Or, l'ordonnance ne le précise pas explicitement. Selon l'article 1<sup>er</sup>, un tel contrat est confié par la personne publique à un tiers. Il n'est spécifié à aucun moment que ce tiers doit être une personne privée. Faut-il en conclure que comme en matière de marché public, au vu de l'avis du Conseil d'Etat du 8 novembre 2000 « Société Jean-Louis Bernard Consultants »<sup>(4)</sup>, une personne publique ou semi-publique pourra soumissionner à un contrat de partenariat ? Cette possibilité, même si en pratique elle semble difficile à réaliser, ne doit pas être exclue, d'autant plus que l'article 4 de l'ordonnance, qui dresse la liste des personnes ne pouvant soumissionner à un contrat de partenariat, ne mentionne pas les personnes publiques ou semi-publiques.

### Un contrat encadré

Suivant les préconisations du Conseil constitutionnel, l'ordonnance encadre précisément les possibilités de recours au contrat de partenariat. Avant de lancer la

procédure de passation, la personne publique doit procéder à une évaluation. Cette dernière doit montrer que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou encore que le projet présente un caractère d'urgence. L'évaluation doit, par ailleurs, exposer les motifs économiques, financiers, juridiques et administratifs qui conduisent à choisir le contrat de partenariat.

### Le critère de la rémunération

La rémunération du cocontractant ne repose pas uniquement sur l'exploitation de l'ouvrage ou du service, mais elle peut être liée à des critères de performance. Le traditionnel critère de distinction utilisé par la jurisprudence pour différencier un marché public d'une DSP – pour le marché public la rémunération vient d'un prix versé forfaitairement, alors que pour la DSP, la rémunération provient de bénéfices retirés de l'exploitation du service public – risque d'être mis à mal par cette nouvelle forme de rémunération.

Ce critère de rémunération, précisé à plusieurs reprises par le Conseil d'Etat pour différencier la DSP du marché public<sup>(6)</sup>, a été confirmé par l'article 38 de la loi Sapin du 29 janvier 1993, modifié par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite « loi Murcef », en ce qui concerne la DSP.

### Un contrat soumis au respect des règles de la commande publique

L'ordonnance, tout en ne soumettant pas le PPP au Code des marchés publics, l'assujettit aux règles de la commande publique que sont les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures. La passation du contrat est également précédée d'une publicité. Par conséquent, le PPP constitue un marché au sens du droit européen.

De plus, bien que soumis aux principes de la commande publique, le contrat de partenariat semble ne pas respecter le principe de l'égal accès. Eu égard à la complexité et à la globalité des projets qui feront l'objet de ces contrats, toute une partie des acteurs de la commande publique, tels que les architectes, les PME, les artisans, etc., ne pourra prétendre à participer à des opérations de cette envergure.

### La procédure de passation : le dialogue compétitif

La procédure de passation du contrat de partenariat instituée est une procédure de dialogue quasi identique à la procédure de dialogue compétitif définie dans le Code des marchés publics ainsi que celle définie par la nouvelle directive 2004/18/CE « Marchés publics » du 31 mars 2004. Le fait



d'avoir une même procédure de passation pour des contrats différents ne favorise en rien la clarté qui serait nécessaire à la passation des différents contrats publics.

En conséquence, le contrat de partenariat, qui n'est pas assimilé à un marché public en droit interne, l'est, compte tenu de sa définition et de sa procédure de passation, au regard de la réglementation communautaire. Et si le contrat de partenariat est un marché public au sens communautaire du terme, tous les pouvoirs adjudicateurs, sans exception, devraient avoir la possibilité de conclure de tels contrats.

Une telle contradiction, fragilisant la sécurité juridique du contrat, risque d'attirer une fois de plus les foudres de Bruxelles.

### Un besoin d'uniformisation

Les nouveaux contrats de partenariat viennent s'ajouter à toute une série de contrats globaux de conception-réalisation ainsi qu'à des montages contractuels regroupant non seulement la conception et la réalisation d'équipements publics par un même opérateur privé, mais également leur financement et leur entretien. On peut citer ainsi les « marchés dérogatoires » que l'Etat ou les collectivités locales peuvent conclure en vertu de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure ou ceux de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, ou encore l'ordonnance « Hôpitaux » du 4 septembre 2003 et les baux emphytéotiques administratifs définis par la loi du 5 janvier 1988.



▶ A chacun de ces contrats s'applique un régime juridique différent. Ces divers régimes sont relativement proches les uns des autres, ce qui ne facilite pas le choix de la procédure à appliquer pour la personne publique. On peut alors regretter que l'ordonnance sur les contrats de partenariat ne constitue pas « *le cas unique dans lequel l'ensemble des montages complexes serait conclu, dans la mesure où tous ceux-ci relèvent de la même qualification de marché public de travaux communautaires* »<sup>(6)</sup>.

## Premières saisines du juge administratif

Dans ces conditions, la saisine du juge administratif semblait inévitable et les premiers recours commencent à tomber.

Le Conseil d'Etat a été immédiatement saisi d'un recours en référé-suspension contre ces contrats de partenariat émanant d'un groupe de parlementaires socialistes, mené par M. Jean-Pierre Sueur. Ce recours a été introduit aux motifs que l'ordonnance créant les PPP ne serait pas conforme à la loi d'habilitation dont elle découle, qu'elle ne respecterait pas les conditions posées par le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire réserver les contrats de partenariat à des hypothèses dérogatoires liées à l'urgence ou à la complexité du projet et, enfin, qu'elle ne garantirait pas l'accès équitable des architectes, des PME et des artisans au contrat.

Dans son ordonnance de référé du 29 juillet 2004<sup>(7)</sup>, le Conseil d'Etat a rejeté cette demande de suspension au

## A signaler

### FCTVA

La collectivité territoriale ou l'établissement public qui a passé un contrat de partenariat bénéficie du fonds de compensation pour la TVA sur la part de la rémunération versée à son cocontractant correspondant à l'investissement réalisé par celui-ci pour les besoins d'une activité non soumise à la TVA. A la fin, anticipée ou non du contrat, si l'équipement n'appartient pas au patrimoine de la personne publique, celle-ci reverse à l'Etat la totalité des attributions reçues.

Source : article L. 1615-12 du CGCT.

### Occupation du domaine public

Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

Source : article 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.

motif qu'il n'y a pas urgence, étant donné que l'ordonnance n'est pas encore applicable et qu'il faudra attendre encore des mois avant la signature des premiers contrats. De plus, la Haute Juridiction souligne que la limitation des cas de recours au contrat de partenariat respecte bien les réserves émises par le Conseil constitutionnel.

Le Syndicat national du second œuvre (SNSO) a suivi le groupe parlementaire en engageant également un recours devant le Conseil d'Etat. Ce syndicat, regroupant des PME qui réalisent une grande partie de leur chiffre d'affaires grâce aux commandes publiques, estime que les contrats de partenariat écarteront les petites sociétés en raison des financements liés aux contrats. Tout comme le groupe parlementaire, le syndicat considère que le caractère dérogatoire de la procédure n'est pas repris par l'ordonnance.

Les architectes sont également montés au créneau et viennent de déposer à leur tour un recours contre l'ordonnance, par le biais de l'Union nationale des syndicats français d'architectes. Ils reprennent des arguments identiques aux deux premiers recours. Tout d'abord, ils estiment que cette ordonnance viole le principe constitutionnel d'égalité d'accès à la commande publique. Ensuite, ils demandent au Conseil d'Etat de censurer l'ordonnance car elle inciterait les collectivités locales à prendre des engagements incertains, notamment quant au résultat qualitatif, pour un coût supérieur aux opérations réalisées avec des procédures de droit commun, et pour des durées extrêmement longues.

A n'en pas douter, la création de ce nouveau contrat contribue à accroître la complexité du droit de la commande publique au lieu de le rendre plus lisible. De quoi laisser nos élus, à peine remis de l'arrivée d'un nouveau Code des marchés publics et de nouvelles directives européennes, encore un peu plus perplexes quant aux procédures à appliquer en matière de montages contractuels complexes. Il ne reste plus qu'à attendre le verdict du Conseil d'Etat, qui doit se prononcer fin novembre sur la demande en annulation de l'ordonnance formée par le groupe parlementaire. La bronca contre ce contrat de partenariat ne semble que commencer...

Estelle Bervas, Guy Lemée  
consultants  
www.inventaires.fr

## Notes

- (1) <http://www.ppp.minefi.gouv.fr/3questions.htm>
- (2) Rapport de Gilbert Diépois, « Délégations de service public - Pour un renouveau », 19 septembre 2002, CCIP, [www.ccip.fr/etudes](http://www.ccip.fr/etudes)
- (3) *Droit Adm.*, octobre 2003, note A. Ménéménis, p. 24.
- (4) Position également adoptée par la CJCE dans un arrêt du 7 décembre 2000, *Arge Gewässerschutz*.
- (5) voir notamment CE, 15 avr. 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône.
- (6) Michel Lequien et Marc Lordonnois, « Quelles procédures de passation pour les contrats publics complexes ? », *Mon. TP*, 2 juillet 2004, p. 74.
- (7) Ordonnance de référé du 29 juillet 2004, n° 269815.