

B. Pourquoi une nouvelle loi sur LE PARTENARIAT PUBLIC PRIVÉ ?

Institué par une ordonnance du 17 juin 2004, le système des contrats de partenariat vient déjà d'être modifié par une loi du 28 juillet 2008. Pourquoi ces changements, même si la matière de la commande publique connaît, sous l'impulsion notamment du droit communautaire, une évolution rapide au plan juridique ? Il faut d'abord rappeler dans quel esprit ce nouveau système a été mis en place, il y a à peine quatre ans, ainsi que ses premiers résultats : cette analyse explique largement les modifications adoptées par le Parlement.

1. Dans les domaines où les activités publiques comportent par nature de nombreux usagers mais produisent peu de recettes

(universités, hôpitaux, activités de défense et de sécurité intérieure, justice, administration pénitentiaire etc...), les mécanismes classiques de gestion proposés en France par le droit public, c'est-à-dire essentiellement les marchés publics d'une part et les délégations de service public (concessions, affermage) d'autre part, ne sont pas adaptés. La concession par exemple, exige que le cocontractant de la collectivité publique tire une partie significative des recettes des fruits de son exploitation ce qui permet alors d'équilibrer le contrat. Par suite, la délégation de service public ne peut être utilisée « lorsque les caractéristiques du service obligent à une rémunération directe par l'administration donneuse d'ordre ». Quant aux marchés publics, même si le code qui les régit a été substantiellement modifié à plusieurs reprises dans la dernière décennie, il impose des règles encore très rigides : principe de l'allotissement, en application duquel les prestations de construction, d'exploitation et de maintenance doivent être divisées en lots distincts ; maîtrise d'ouvrage impérativement exercée, selon la loi dite « MOP » relative à la maîtrise d'ouvrage publique, par la personne morale (la collectivité) pour laquelle l'ouvrage est édifié ; missions obligatoirement distinctes, toujours selon la loi « MOP », du maître d'œuvre et de l'entrepreneur ; interdiction par l'article 96 du code des marchés de toute clause de paiement différée, etc. En raison de ces inadaptations, différentes formules spécifiques ont été mises en place depuis une vingtaine d'années : loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire (programme dit « des 13000 places » dans les prisons) ; loi du 5 janvier 1988 sur le bail emphytéotique administratif (BEA) de longue durée (18 à 99 ans) sur les dépendances du domaine public des collectivités territoriales et de leurs établissements ; loi d'orientation et de programmation du 9 septembre 2002 pour la justice (loi « LOPJ ») et loi du 29 août 2002 pour la sécurité intérieure (loi « LOPSI ») ; ordonnance du 4 septembre 2003 sur le bail emphytéotique hospitalier etc... Ces législations dérogatoires - et qui sont effectivement utilisées - sont cependant limitées à des domaines particuliers. Il fallait donc un système plus général : tel a été l'objet de l'ordonnance de 2004. Toutefois, le Conseil Constitutionnel, qui avait été saisi en 2003, par le biais de la loi d'habilitation autorisant le gouvernement à agir

dans ce domaine par voie d'ordonnances, avait exprimé, dans un avis du 26 juin 2003, des réserves : il avait indiqué que ce nouveau type de contrat était très dérogatoire au droit commun de la commande publique, ce qui risquait de « priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ». Il en avait déduit que le nouveau régime devrait « 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 ».

2. D'emblée, le champ d'application du nouveau régime était ainsi restreint

La réduction du champ potentiel en 2004 explique sans doute - en partie au moins - que le nombre de contrats de partenariat n'a pas été, dans les années qui ont suivi, très important. Selon la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, dirigée avec dynamisme par M. de Saint Pulgent, 29 contrats ont été signés entre mars 2005 et février 2008 : 22 par des collectivités locales (14 dans l'éclairage public ; mais la plus grosse opération concerne celle de la construction d'un grand stade par la Communauté urbaine de Lille, l'ensemble devant porter sur 2,3 milliards d'euros) et 7 par l'Etat (parmi des opérations significatives, on citera l'École de l'aviation légère de l'Armée de Terre à Dax, l'Institut National Supérieur d'Éducation Physique (INSEP) et des systèmes de fournitures d'énergie à deux centres hospitaliers (Roanne et Alès). Par ailleurs, 135 contrats sont, à l'heure actuelle, lancés mais non encore conclus. Pourtant, les besoins publics restent considérables dans les domaines mentionnés plus haut : le contrat PPP présente l'avantage pour la collectivité publique de pouvoir confier à son partenaire l'ensemble d'une opération, c'est-à-dire la construction de l'ouvrage, son financement, son exploitation ainsi que son entretien et sa maintenance.

3. Il fallait donc rendre le régime plus attractif

Tel a été l'objet de la nouvelle législation mais à laquelle le Conseil Constitutionnel, qui pouvait difficilement se déjuger par rapport à sa décision de 2003, a apporté à nouveau certai-

nes limites.

La définition du contrat de partenariat par la loi du 28 juillet 2008 : c'est « un contrat administratif pour lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat » ou/ et d'après l'article L 1414-1 du Code Général des Collectivités Territoriales, « une collectivité territoriale ou un établissement public local » confié 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 ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public.



Thierry Gallois, Avocat Associé



Michel de Guillenchmidt, Professeur des facultés de droit

3.1 Point essentiel, « l'évaluation préalable » demeure et elle encadre fortement le recours au PPP :

Celle-ci doit être « réalisée avec le concours de l'un des organismes créés par décret » et faire apparaître « les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat ». Lorsqu'il s'agit toutefois de « faire face à une situation imprévisible », la loi précise que l'évaluation peut être « succincte ». Une fois cette évaluation effectuée, les contrats de partenariat ne peuvent être conclus qu'à l'une des conditions suivantes :

a) Compte tenu de la complexité du projet lorsque la personne publique n'est pas « objectivement » en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet.

b) Soit encore, si le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible ;

c) Soit enfin, si compte tenu ou bien des caractéristiques du projet, ou des exigences du service public, ou encore des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorables que ceux d'autres contrats de la commande publique. La loi

précise que le critère du paiement différé ne peut constituer, à lui seul, cet avantage.

3.2 Quelles sont les améliorations essentielles apportées par la loi du 28 juillet 2008 ?

- la notion d'urgence a été précisée (retard préjudiciable à l'intérêt général, nécessité de faire face à une situation imprévisible)

La loi votée par le Parlement avait prévu une « présomption d'urgence » dans sept secteurs jugés prioritaires (enseignement supérieur et recherche, enseignement français à l'étranger, réorganisation des implantations du ministère de la défense, etc.), sous la seule réserve que « l'évaluation préalable » - toujours exigée - ne soit pas défavorable. Le Conseil Constitutionnel a invalidé cette disposition en reprenant le motif de 2003 et en estimant qu'elle privait « des garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon

usage des deniers publics ».

- un nouveau cas de recours possible au contrat de partenariat est prévu : celui où un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique ;

- la possibilité d'utiliser la procédure négociée, beaucoup plus souple, d'une part, que celle de l'appel d'offres, et d'autre part que le dialogue compétitif (enserré dans un délai minimal, dans les faits, d'une année) ;

- l'autorisation pour les personnes assurant la maîtrise d'ouvrage en lieu et place de la collectivité de ne pas souscrire une « assurance dommage ouvrage » au même titre que les personnes pénales de droit public ;

- les titulaires des contrats de partenariat pourront consentir des baux dans les conditions du droit privé -et en particulier à construction ou emphytéotiques -sur une partie du domaine privé entrant dans l'objet du contrat, afin de valoriser celui-ci par des recettes. L'accord de la personne publique est impératif, mais celle-ci pourra donner son agrément exprès à des baux dont la durée excèdera celle du contrat.

- la communication à la personne publique d'une « idée innovante » qui sera suivie du lancement d'une procédure de contrat de partenariat, peut donner lieu au versement d'une prime forfaitaire qui encouragera les entreprises à proposer des projets originaux.

On voit ainsi que le nouveau texte représente une avancée indiscutable. Une série de dispositions fiscales le complèteront. Il faut espérer qu'elles inciteront davantage les entreprises à s'engager dans cette voie qui représente plus de 15 % des opérations immobilières des collectivités publiques outre-Manche. Espérons en outre qu'il y aura aussi une place, à côté des grands groupes qui ont déjà pénétré sur ce marché, pour les cocontractants de taille moyenne.

¹ Guide opérationnel des P.P.P.

LES POINTS CLÉS

- Ouverture d'un nouveau cas de recours au PPP.
- Présomption d'urgence écartée, mais notion d'urgence précisée.
- Pas d'assurance dommage ouvrage obligatoire pour le partenaire privé assurant la maîtrise d'ouvrage en lieu et place de la collectivité.

SUR LES AUTEURS

Thierry Gallois, avocat associé, spécialiste en droit de l'urbanisme et droit de l'environnement.

Michel de Guillenchmidt, professeur de droit et avocat, spécialiste en droit public et en droit de l'environnement, ancien conseiller d'Etat, a été doyen de la faculté de droit de Paris Descartes où il enseigne actuellement.