

LES CONTRATS DE PARTENARIAT RÉPONDENT-ILS AUX ATTENTES DES FUTURS PARTENAIRES ?

La Loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 portant simplification du droit a habilité le Gouvernement à prendre des Ordonnances visant notamment à mettre en place des partenariats publics privés (ci-après PPP).

Parmi ces Ordonnances, un texte cadre, destiné à mettre en place un régime juridique pour la passation et l'exécution de ces contrats, a été publié le 17 juin 2004 (Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat). Ce texte serait venu révolutionner le monde des contrats publics en instaurant, à côté des marchés publics et des délégations de service public, une nouvelle catégorie de contrats non régie par le Code des marchés publics ou la Loi Sapin du 29 janvier 1993 sur les délégations de service public et dans lequel le cocontractant n'est investi d'aucune mission de service public (contrairement à la délégation de service public).

Il faut cependant rappeler que, préalablement à ce texte, avaient été mises en place pour l'administration des techniques comme celles du bail emphytéotique administratif (ci-après BEA) (articles L. 1311-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales introduit par la Loi n°88-13 du 5 janvier 1988 et de l'autorisation d'occupation temporaire ou encore du bail à construction).

Le BEA a fait figure de précurseur de cette nouvelle catégorie de contrats de partenariat dès lors que son champ d'application a été récemment étendu aux bâtiments de la police, la justice et la gendarmerie (Lois n°2002-1094 du 29 août 2002 et n°2002-1138 du 9 septembre 2002 ; Décret n°2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L.34-3-1 du Code du domaine de l'Etat), ainsi qu'aux établissements hospitaliers (Lois n°2002-1094 du 29 août 2002 et n°2002-1138 du 9 septembre 2002 ; Décret n°2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L.34-3-1 du Code du domaine de l'Etat).

Ainsi, l'Ordonnance du 17 juin 2004 précitée n'a pas en soi institué les PPP en France mais a créé une nouvelle catégorie de contrats administratifs de partenariat hors Code des marchés publics et hors Loi Sapin.

I – Les grands principes du contrat de partenariat

Le contrat de partenariat trouve son origine dans le besoin des personnes publiques de pré-financer leurs opérations en raison des restrictions budgétaires qui leur sont imposées.

Il permet également d'utiliser les compétences de l'ensemble des intervenants à leur juste valeur (la personne publique définit ses besoins, et la personne privée détermine des moyens techniques et financiers pour y répondre).



Par Julie Desbruères – Abrassart,
Avocat à la Cour

A - Le partage des risques

Le leitmotiv du contrat de partenariat réside dans le partage des risques entre les personnes publiques et privées.

Ce partage des risques est notamment constitué par le fait que la personne publique n'avance pas le financement de l'opération, laquelle est pré-financée par la personne privée titulaire du contrat de partenariat (ci-après Cocontractant).

Toutefois, ce partage met à la charge de la personne publique un endettement important – dès lors que celle-ci s'engage dans un emprunt à long terme, alors même que celle-ci n'a pas de visibilité budgétaire au-delà de cinq années. Or, les contrats de partenariat ont vocation à avoir une durée importante. Quant au Cocontractant, il prend à sa charge l'ensemble des risques financiers et techniques.

Ce partage des risques réside également dans la répartition faite entre le Cocontractant et le l'établissement financier participant à l'opération, et au regard des garanties dont ce dernier bénéficie (ces garanties seront évoquées ci-après).

B - Les restrictions apportées par le Conseil Constitutionnel

Le Conseil Constitutionnel avait, en juin 2003, manifesté certaines réserves quant à la mise en place des contrats de partenariat (décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003), celles-ci ayant été reprises dans leur majorité par l'Ordonnance du 17 juin 2004, **dès lors notamment que les contrats de partenariat sont dérogatoires** et qu'il ne doit y être recouru que dans les cas suivants :

- complexité du projet avec impossibilité pour la personne publique de définir les moyens techniques nécessaires, ou bien urgence ;
- motif économique, financier, juridique et administratif, coût global, performance, partage des risques.

En outre, l'accès des PME doit être privilégié dans les contrats de partenariat.

C - La transparence, l'égalité de traitement et la non-discrimination

Comme dans la plupart des contrats administratifs, les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination doivent être respectés par les personnes publiques, mais également par les Cocontractants.

A cette fin, l'Ordonnance impose, d'une part, le respect d'une procédure de passation, laquelle devra être complétée par des décrets d'application ; et d'autre part, l'introduction dans

le contrat de partenariat d'un certain nombre de clauses afférentes notamment aux objectifs de performance du bien, à la rémunération du Cocontractant, au respect des exigences du service public, aux pénalités, aux modalités de résiliation unilatérale, aux conséquences de la résiliation ou de la défaillance du Cocontractant.

II – L'adéquation des contrats de partenariat à la problématique des grands projets publics

Si la mise en place de nouveaux contrats administratifs permettant un rapprochement des personnes publiques et privées dans le cadre d'une collaboration dans l'intérêt du service public est intéressante, on peut se demander si les contrats de partenariat, tels qu'ils résultent de l'Ordonnance du 17 juin 2004, constituent une réponse satisfaisante pour l'ensemble des intervenants, tant publics que privés.

A - L'évaluation est-elle excessive ?

Dans un premier temps, le recours au contrat de partenariat suppose que la personne publique ait effectué une **évaluation** de l'opportunité du recours à un tel contrat. Cette évaluation prend en compte un ensemble de critères non définis précisément (aussi bien économiques, techniques, qu'environnementaux ou sociaux).

Ainsi, se posent trois problématiques au regard de cette nécessaire évaluation : son coût pour la personne publique, la responsabilité de l'acheteur qui prendra la décision ou non de recourir à cette formule, et également la durée de cette évaluation (il sera simplement rappelé que l'un des cas de recours au contrat de partenariat est l'urgence, cas ne constituant pas en l'état une dérogation à la nécessité de l'évaluation).

B - La rentabilité financière du contrat de partenariat

Si la rentabilité financière n'est pas l'objectif premier des personnes publiques chargées de l'exécution d'une mission de service, il est celui des partenaires privés, qu'il s'agisse des Cocontractants ou des établissements financiers.

Ainsi, le Cocontractant devra être très attentif lors de la rédaction du contrat de partenariat afin de limiter les modifications qui pourront être effectuées par décision unilatérale de la personne publique ou les éventuelles pénalités, en vue des risques financiers afférents à de tels changements, et ce, bien entendu sous réserve que soient préservés les besoins du service public.

Il en sera de même dans le cadre de la convention tripartite qui, pour plus de sécurité, pourra être signée entre la personne publique, le Cocontractant et l'établissement financier finançant l'opération (une telle convention permettra notamment d'envisager les conséquences financières de la résiliation du contrat de partenariat).

Mais l'établissement financier devra lui aussi se montrer prudent, tout en respectant les exigences du service public, dès lors que les garanties dont il pourra disposer ne seront que de faible envergure puisqu'elles porteront sur des biens affectés au service public (notamment hypothèque et crédit-bail).

Enfin, la condition posée par le Conseil Constitutionnel concernant la nécessité de favoriser les PME dans le cadre

des contrats de partenariat est manifestement illusoire : il est impossible pour une PME, dans de telles conditions, de devenir Cocontractant, son seul moyen d'intervention étant la sous-traitance.

C - Le service public et l'usager

De par la mise en place des contrats de partenariat, on assiste à nouveau à un rapprochement des acteurs publics et privés.

Ce rapprochement est socialement intéressant dès lors qu'il diminue les différences entre les sphères publique et privée. Cependant, il faut s'interroger sur les conséquences de la mise en place de tels contrats pour le service public et l'usager.

En effet, dès lors que ces contrats de partenariat permettront au Cocontractant « d'imposer » des conditions techniques et des modes de financement aux personnes publiques, le service public sera-t-il toujours aussi efficace ?

Il paraît ainsi capital pour l'usager que le service public ne repose pas uniquement sur des fondements économiques.

Or, dès lors que les personnes privées investies d'une mission de service public pourront également recourir aux contrats de partenariat, on peut se demander si l'usager ne risque pas d'en subir les conséquences tant en terme de coût qu'en terme d'efficacité.

En conclusion, l'Ordonnance du 17 juin 2004 peut être critiquée dès lors qu'elle introduit une confusion certaine entre les régimes existants et les nouveaux contrats de partenariat.

En effet, à titre d'exemple, il est difficile à ce jour de déterminer s'il sera plus intéressant pour une personne publique de recourir au contrat de partenariat ou bien au bail emphytéotique administratif.

Il faudra attendre les décrets d'application de cette Ordonnance et le « Guide des Bonnes Pratiques » qui permettront d'en interpréter sa mise en œuvre, ainsi que la décision du Conseil d'Etat sur sa légalité.

Ainsi, il apparaît que l'innovation majeure de l'Ordonnance du 17 juin 2004 est d'envisager que le contrat de partenariat pourra être cédé, en tout ou partie (article L.1 414-12 (i) du Code général des collectivités territoriales), tout comme la créance du Cocontractant sur la personne publique.

En tout état de cause, il conviendra pour chacun des participants d'être très attentif tant dans la rédaction du contrat de partenariat que dans celle de l'éventuelle convention tripartite.

Enfin, ce scepticisme sur l'adéquation des contrats de partenariat aux grands projets publics est partagé par de nombreux auteurs et praticiens, mais le Conseil d'Etat (qui, le 29 juillet 2004, a refusé de suspendre l'Ordonnance) ne s'est pas encore prononcé sur la légalité de l'Ordonnance du 17 juin 2004 et on est à même de se demander si l'attente de cette décision retardera d'autant la publication des décrets d'application.

**Julie Desbruères – Abrassart,
Avocat à la Cour,
Cabinet Delcros-Peyrical-Mirouse**