

# Contrat de partenariat et transport collectif

En matière de transport collectif, les personnes publiques recourent de manière quasi systématique aux contrats de délégation de service public. Pour quelle(s) raison(s) le contrat de partenariat n'est-il pas davantage utilisé ? Faut-il voir dans le futur « marché de partenariat » une alternative efficace au modèle concessif ?

L'enjeu du sujet est simple : il s'agit de déterminer dans quelle mesure le contrat de partenariat peut satisfaire les besoins des personnes publiques en matière de transport collectif.

L'interrogation surprend sans doute au premier regard. Il est acquis en effet que le contrat de partenariat peut être sollicité en matière de transport collectif, comme il peut l'être dans tout secteur, dès lors qu'il est des « ouvrages », des « équipements » ou encore des « biens immatériels nécessaires au service public » à réaliser, puis à maintenir, à entretenir ou à gérer pendant une longue durée. Le contrat de partenariat peut donc être sollicité lorsqu'une autorité organisatrice de transport entend créer une nouvelle infrastructure (un tramway, un pôle d'échange, un bus en site propre...) ou procéder à l'extension d'une infrastructure existante (une ligne de métro ou de tramway), voire même lorsqu'elle entend « simplement » renouveler ou moderniser son matériel roulant ; matériel dont on sait qu'il représente déjà, à lui seul, un coût considérable. Comme le souligne la circulaire du 9 mai 2012<sup>(1)</sup>, le contrat de partenariat est donc l'un des outils contractuels qui peut être sollicité par les autorités organisatrices de transport.

En pratique pourtant, le paysage contractuel n'a guère évolué dans le secteur des transports collectifs depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat : les contrats de délégation de service public règnent toujours sur le secteur, avec – mais dans une moindre mesure – les marchés publics, qui répondent à une logique bien différente. Et s'il est bien quelques contrats de partenariat qui ont pu être signés dans le domaine, ce n'est que de façon très marginale.

La question se pose donc de savoir dans quelle mesure le contrat de partenariat peut apparaître comme une alternative (réelle) aux contrats de type concessif. Et la

## Auteur

**Maeva Guillerm**

Avocat à la Cour, SCP Seban et associés

## Mots clés

Contrat de partenariat • Délégation de service public • Marché de partenariat • Risque d'exploitation

(1) Circulaire du 9 mai 2012 (NOR : EFIT1206010C), relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales.

réponse commande de distinguer entre la période passée et celle à venir. En effet, si le bilan des contrats de partenariat dans le secteur des transports collectifs est mitigé, mais logique, tout porte à croire que son successeur, le « marché de partenariat » est destiné à un avenir prometteur.

## Un bilan mitigé, mais logique, pour le contrat de partenariat dans le secteur du transport collectif

Le contrat de partenariat n'a guère fait recette dans le secteur des transports collectifs, et il est difficile de s'en étonner.

### Un bilan mitigé

Au premier regard, le domaine des transports n'est pas en reste en matière de contrats de partenariat : environ 7 % des contrats de partenariat signés par les collectivités territoriales, et 11 % de ces mêmes contrats signés par l'État et ses établissements publics ont pour objet des projets relevant des transports, selon la classification de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat public-privé<sup>[2]</sup>.

L'essentiel de ces contrats ne concerne toutefois pas des projets de transport collectif, mais des projets d'infrastructures routières (routes, roclades ou contournements routiers) ou d'ouvrages d'art (tunnels, ponts) ; projets qui n'ont guère en commun avec le transport collectif : ils ne répondent pas à la même logique d'exploitation (en l'absence de tarification à l'usager) et n'auraient, pour cette raison, sinon pas pu faire l'objet d'un contrat global, et notamment pas d'une concession. Et si le contrat de partenariat a pu être sollicité de façon très exceptionnelle pour des projets de transport collectif en site propre (par le syndicat mixte de transport collectif en site propre de la Martinique) ou pour l'acquisition de bus hybrides (par la communauté de l'agglomération dijonnaise), il demeure que cet outil contractuel n'a pas réellement trouvé sa place dans le secteur du transport collectif ; si ce n'est pour la réalisation de très lourdes infrastructures ferroviaires (on pense à la LGV Bretagne – Pays de la Loire et au contournement ferroviaire de Nîmes – Montpellier, mais aussi au tram-train de la Réunion, finalement abandonné), ou de systèmes d'information multimodale, qui relèvent toutefois plus des technologies de l'information et de la communication que des transports collectifs à proprement parler.

### Un bilan logique

Ce bilan peut surprendre au premier regard, mais il ne faut finalement pas s'en étonner. Il tient pour une bonne

part à la circonstance que préexistaient aux contrats de partenariat les contrats de type concessif qui ne sont, fondamentalement, qu'une autre forme de « partenariat public-privé » et dont l'objet, plus large que celui des contrats de partenariat, répond sans doute mieux aux besoins des autorités organisatrices de transport.

Déjà, en matière de transport collectif, et contrairement à ce qu'il est advenu dans d'autres secteurs, le contrat de partenariat ne s'est pas imposé comme le seul outil permettant de confier à un opérateur une mission globale couvrant notamment le (pré)financement des investissements : le contrat de concession permettait déjà – et depuis longtemps – de confier à un opérateur le soin de financer, de concevoir, de réaliser et d'entretenir ou d'exploiter des ouvrages nécessaires au service public pendant une longue durée<sup>[3]</sup>. Le contrat de partenariat n'avait donc pas « plus » à offrir aux autorités organisatrices de transport que le contrat de concession qu'elles sollicitaient habituellement. Certes, les modalités de rémunération du partenaire – déconnectées des résultats de l'exploitation du service – pouvaient apparaître plus adaptées au secteur (structurellement déficitaire) des transports publics, mais il demeure que le contrat de partenariat présentait surtout plusieurs inconvénients majeurs.

D'abord, le contrat de partenariat ne peut être sollicité qu'à condition pour le projet concerné de satisfaire (au moins) l'une des trois conditions d'éligibilité posées par les textes, et dont la jurisprudence récente témoigne de ce qu'elles font l'objet d'une appréciation particulièrement stricte par les juridictions administratives.

Ensuite, et surtout, le contrat de partenariat « n'a pas été conçu comme un mode de gestion du service public »<sup>[4]</sup>. Et si la loi admet que le partenaire soit chargé de « prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée », il faut selon nous exclure que puisse lui être confiée l'exploitation du service public lui-même. Beaucoup partagent ce sentiment : nombreux sont ceux qui soulignent que les débats parlementaires ont « clairement indiqué que les contrats de partenariat ne devaient pas transférer la charge du service public à des tiers »<sup>[5]</sup> et qu'un contrat de partenariat « ne saurait – à ce jour en droit français – englober le champ d'application de la DSP compte tenu de la volonté initiale du législateur »<sup>[6]</sup>. Il y a donc tout lieu de penser qu'une autorité organisatrice de transport ne peut pas confier l'exploitation du service public des transports au titulaire d'un contrat de partenariat.

[3] Y. Gaudemet, « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », *BJCP* 2004, n° 36, p. 331.

[4] F. Llorens, « Les contrats de partenariat (commentaire de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat) », *RJEP* n° 615, décembre 2004, chron. 100210.

[5] P. Terneyre, *Droit des marchés publics et des contrats publics spéciaux*, Tome IV, point I.110.2.

[6] P. Lignières, « La frontière entre les délégations de service public et les contrats de partenariat », *Revue de droit des transports* n° 5, juin 2007, prat. 5.

[2] [www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/ppp/TdB/ExtractContratSignes.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/ppp/TdB/ExtractContratSignes.pdf).

C'est là sans doute l'explication essentielle du peu de succès qu'ont rencontré les contrats de partenariat en matière de transport collectif à ce jour. En effet, sauf à vouloir exploiter ensuite le service public en régie, on voit mal l'intérêt qu'aurait une personne publique à solliciter un contrat de partenariat plutôt qu'une concession de service public, si c'est pour lui associer une convention d'affermage ou un marché de services, avec toutes les problématiques, notamment d'interfaces, que cela engendrerait<sup>[7]</sup>.

Tout porte cependant à croire que cette limite attachée à l'objet des contrats de partenariat disparaîtra à l'avenir, si bien que le choix entre concession et contrat de partenariat ne dépendra plus que de l'essentiel, à savoir le transfert ou non d'un risque d'exploitation à l'opérateur. Et on voit alors d'emblée un avenir plus prometteur se dessiner pour les contrats de partenariat en matière de transport collectif.

## Un avenir prometteur pour le « marché de partenariat » dans le secteur du transport collectif

À l'issue de la transposition des directives européennes du 26 février 2014 portant respectivement sur la passation des marchés publics et sur l'attribution des contrats de concession, le « marché de partenariat » – selon la terminologie du projet d'ordonnance actuellement soumis à la concertation – devrait pouvoir avoir le même objet qu'un contrat de concession, et se présenter en conséquence comme une véritable alternative au modèle concessif ; alternative qui devrait trouver tout son sens dans le secteur des transports collectifs, compte tenu du caractère apparemment structurellement déficitaire de ce service public.

### Le « marché de partenariat », une vraie alternative au contrat de concession

Il y a aujourd'hui tout lieu de penser que le « marché de partenariat », qui devrait remplacer le contrat de partenariat à compter de 2016, pourrait ne plus se distinguer des contrats de concession par son objet.

L'article 59 du projet d'ordonnance relative aux marchés publics<sup>[8]</sup> prévoit en effet en l'état que la mission globale qui sera confiée au titulaire d'un « marché de partenariat » pourra inclure les mêmes éléments que par le passé (financement, conception, construction et entretien/maintenance), mais aussi, et c'est là la nouveauté, « la gestion d'une mission de service public pour le compte de la personne publique ». Le projet de fiche d'impact de ce texte éloigne s'il en était encore besoin tout doute sur

l'intention du gouvernement, en précisant qu'« il sera également possible d'inclure une mission de service public dans le périmètre du contrat ».

Ce nouvel outil de partenariat public-privé devrait donc pouvoir permettre aux autorités organisatrices de transport de confier à un tiers les mêmes prestations que celles qu'elles confient aujourd'hui à leurs concessionnaires. La seule réelle différence entre ces deux contrats serait celle qui sépare (déjà) les marchés publics des délégations de service public, à savoir le mode de rémunération, et plus précisément le transfert ou non du risque d'exploitation commerciale au cocontractant.

### Le « marché de partenariat », un contrat adapté à un service public structurellement déficitaire

On comprend alors l'intérêt que ce nouveau contrat de partenariat, à l'objet renouvelé et élargi, pourrait présenter en matière de transport collectif ; secteur dans lequel la délégation de service public – bien que que habituellement sollicitée (faute d'outil aujourd'hui plus adapté) – rencontre ses limites, précisément attachées à la nécessité pour le délégataire de voir sa rémunération « substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service »<sup>[9]</sup>. En effet, si l'on sait que cette exigence ne s'oppose pas à ce que la rémunération du délégataire ne provienne pas d'un paiement par les usagers, mais soit versée par la personne publique, elle implique en revanche que cette rémunération soit effectivement fonction du niveau de fréquentation du service, et que le délégataire supporte « une part significative du risque d'exploitation »<sup>[10]</sup>. Or, en matière de transport collectif, on sait que, dans la plupart des cas, seules les subventions publiques peuvent permettre à l'opérateur d'atteindre l'équilibre, et qu'il n'est pas rare que le délégataire ne supporte qu'une part infime du risque d'exploitation.

De ce point de vue, et comme ont pu le souligner certains auteurs, « l'utilisation du contrat de partenariat – basé sur le principe d'un partage des risques entre le titulaire du contrat de partenariat et la personne publique – pourrait éviter la conclusion d'une délégation de service public « faussée » »<sup>[11]</sup>. D'autant que si la question n'était sans doute pas pleinement tranchée par la jurisprudence<sup>[12]</sup>, il est désormais acquis qu'un contrat ne pourra être regardé comme une concession de services au sens de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession que si « dans des conditions d'exploitation normales, [le concessionnaire] n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les

[7] T. Reynaud, « Les amours contrariées du contrat de partenariat et du service public », *BJCP* n° 70, p. 166.

[8] [www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/actualites/projet-ordonnance-volet-legislatif-directives-mp.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/projet-ordonnance-volet-legislatif-directives-mp.pdf).

[9] Article L. 1411-1 du CGCT.

[10] CE 7 novembre 2008, Département de la Vendée, req. n° 291794.

[11] J.-S. Oriou et M. Perritaz, « Pour une gestion du service public par le titulaire d'un contrat de partenariat », *AJCT* 2012, p. 90.

[12] T. Pez, « Le risque d'exploitation et la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation », *BJCP* n° 62, p. 7.

coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession »<sup>[13]</sup>, c'est-à-dire s'il est un risque de perte qui ne soit pas « purement nominale ou négligeable » qui est supporté par le concessionnaire. C'est dire que bon nombre de contrats qualifiés de délégation de service public pourraient s'offrir à une requalification en marché public au sens des directives, et plus précisément en « marché de partenariat » en droit national. Et cela témoignerait surtout de ce que ce nouveau contrat de partenariat pourrait être particulièrement adapté au secteur du transport collectif. On doute en effet que l'opérateur privé chargé de l'exploitation du service soit toujours le mieux à même de supporter le risque d'exploitation commerciale. Le « marché de partenariat » pourrait donc permettre une meilleure allocation des risques : la personne publique conserverait

le risque d'exploitation commerciale, tout en assignant à son partenaire des objectifs de performance auxquels serait liée sa rémunération<sup>[14]</sup> ; objectifs de performance qui pourraient notamment tenir à la ponctualité et à la régularité, à la disponibilité du matériel, ou encore à la rapidité des interventions en cas de panne ou d'incident d'exploitation ; autant de paramètres de nature à influencer en définitive sur l'attractivité des transports en commun.

S'il est donc clair que le contrat de partenariat n'a pas su détrôner, ni même concurrencer, le contrat de concession dans le secteur du transport collectif, il y a tout lieu de penser que son successeur, le « marché de partenariat », rencontrera plus de succès. Mais il demeurera toujours une différence de taille : la délégation de service public est le contrat de droit commun, là où le contrat de partenariat demeure dérogatoire au droit de la commande publique et doit satisfaire à des conditions d'éligibilité.

[13] Article 5 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

[14] Article 76 du projet d'ordonnance relative aux marchés publics.