

Les projets relevant de la compétence de plusieurs personnes publiques

- Suite à la loi de juillet 2008, plusieurs personnes publiques peuvent désormais avoir recours à un contrat de partenariat lorsque le projet relève simultanément de leurs compétences.
- Cette opportunité offre ainsi de nouvelles perspectives, notamment pour les opérations de rénovation urbaine ou d'aménagement.
- Cependant, le Conseil constitutionnel a partiellement censuré le texte et a modifié les modalités de recours à cette procédure pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Auteurs

Thomas Rouveyran et Hélène Echard,
avocats à la Cour, SCP Seban & Associés

Mots clés

contrat de partenariat • Personne publique • Compétence simultanée • Transfert de maîtrise d'ouvrage • Unicité des travaux • Évaluation préalable • Chef de file • Mission •

Le recours aux contrats de partenariat est désormais possible lorsqu'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, en application des articles 1^{er} (pour l'État et ses établissements publics) et 18 (pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics) de la loi n° 2008-735 relative aux contrats de partenariat. L'opportunité pour plusieurs personnes publiques de conclure ensemble un contrat de partenariat offre ainsi de nouvelles perspectives, notamment pour les opérations de rénovation urbaine, d'aménagement ou, plus généralement, pour la réalisation d'un ensemble d'équipements ou d'ouvrages publics qui lient plusieurs acteurs publics.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, a cependant partiellement censuré le texte et ainsi encadré ce nouveau cas de recours au contrat de partenariat dès lors que le projet est à l'initiative de collectivités territoriales et/ou de leurs établissements publics, en considération des dispositions de l'article 72 de la Constitution relatives aux collectivités territoriales. Ce nouveau mode de recours au contrat de partenariat (I) doit être précisé quant à ses modalités de mise en œuvre (II).

I. Un nouveau mode de recours au contrat de partenariat

A) L'origine du texte et son adoption

Le législateur a voulu faciliter le recours au contrat de partenariat avec une mutualisation des compétences permettant de disposer de capacités d'expertise et a précisé s'inspirer à ce titre des dispositions de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise

d'œuvre privée (loi MOP), concernant le transfert temporaire de maîtrise d'ouvrage⁽¹⁾. L'article 2-II de la loi MOP, qui concerne la réalisation, la réutilisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relevant simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage, autorise en effet ces différents maîtres d'ouvrage à conclure une convention afin de désigner celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération, de préciser les conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage exercée et d'en fixer le terme.

L'article 1^{er}-1° de la loi du 28 juillet 2008, applicable à l'État et à ses établissements publics, dispose pour sa part que : « L'article 1^{er} [de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat] est ainsi rédigé [...] III. – Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation, signera le contrat et, éventuellement, en suivra l'exécution. Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétence et en fixe le terme. »

L'article 18-1° de la loi, qui concerne les collectivités territoriales et leurs établissements publics, a une rédaction identique, à la différence notable toutefois qu'à la suite de la censure partielle par le Conseil constitutionnel dans sa décision susvisée du 24 juillet 2008, les mots « signera le contrat » ainsi que la phrase « cette convention précise les conditions de ce transfert de compétence et en fixe le terme » ont été supprimés.

B) La nature des pouvoirs conférés à la personne publique désignée dans la convention

Le Conseil constitutionnel a en effet considéré que ces dispositions conféraient en réalité un pouvoir de décision à la collectivité désignée dans la convention pour déterminer l'action commune des collectivités concernées. Ce faisant, elles méconnaissent l'article 72 alinéa 5 de la Constitution qui habilite la loi à désigner une collectivité territoriale pour organiser et non pour déterminer les modalités de l'action commune de plusieurs collectivités⁽²⁾. Autrement dit, le fait que la personne publique locale désignée dans la convention soit chargée de signer le contrat de partenariat et qu'il soit indiqué que la convention doit préciser les conditions de ce qui était qualifié par le législateur de « transfert de compétence », caractérisait un pouvoir de décision dépassant la simple organisation des modalités d'action commune conféré à la personne publique « chef de file ». La convention conclue ne peut ainsi être assimilée à une quelconque forme de transfert de compétence. À cet égard, alors que le gouvernement, dans ses observations devant le Conseil constitutionnel sur les recours dirigés contre la loi,

avait justifié le mécanisme retenu en indiquant que sa portée était similaire à celle des groupements de commandes pour les marchés publics, les députés de l'opposition, en réplique à ces observations, ont tenu à souligner que le groupement de commandes visé à l'article 8 du code des marchés publics n'opérait quant à lui aucun transfert de compétence, mais reposait « sur une délégation de compétence, c'est-à-dire un mandat. La jurisprudence du Conseil d'État est fixée en ce sens »⁽³⁾ (voir CE 9 juillet 2003, Sipperec, req. n°249852).

En revanche, en ce qui concerne l'État et ses établissements publics, en l'absence de toute censure par le Conseil constitutionnel, la personne désignée dans la convention dispose pour sa part d'un pouvoir de décision pour déterminer les modalités de l'action commune des personnes publiques concernées par le projet.

II. Des modalités spécifiques de mise en œuvre

A) Les prérequis pour mettre en œuvre ce nouveau contrat de partenariat

Le texte des articles 1^{er}-1° et 18-1° de la loi dispose que le recours à un tel contrat est possible « pour un projet [...] qui relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques ». Autrement dit, les personnes publiques concernées devront pouvoir justifier que le projet qui pourrait être réalisé par la voie du contrat de partenariat relève bien simultanément de leur compétence.

Pour cerner cette notion de simultanéité, il est possible de s'inspirer sur ce point des débats qui ont eu lieu à propos du transfert temporaire de maîtrise d'ouvrage, l'article 2 de la loi MOP conditionnant comme il a été vu le recours à ce transfert à une condition rédigée dans des termes identiques. À cet égard, un auteur estime que le transfert temporaire de maîtrise d'ouvrage prévu par l'article 2 de la loi MOP « est destiné à résoudre une difficulté récurrente résultant de ce que la réalisation de certains ouvrages relève parfois simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage ou de ce que cette réalisation implique à titre principal un maître d'ouvrage mais conduit à affecter également des ouvrages appartenant à d'autres maîtres d'ouvrage »⁽⁴⁾. Et les différents travaux en cause doivent présenter une certaine unicité tant sur le plan géographique (continuité des domaines traversés) que fonctionnelle (même nature de travaux)⁽⁵⁾.

À notre sens, ce raisonnement peut être appliqué au contrat de partenariat conclu par plusieurs personnes publiques, de sorte que l'existence d'un « projet relevant simultanément de leur compétence » serait caractérisé lorsqu'il s'agirait de réaliser un ouvrage et/ou équipement relevant de la compétence de chacune de ces personnes publiques ou bien que cette réalisation

(1) Voir en ce sens les rapports n°239 de L. Bréteille fait au nom de la Commission des lois, déposé le 26 mars 2008 et n°967 de C. Goasguen enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 juin 2008.

(2) On notera que les députés de l'Opposition qui avaient saisi le Conseil constitutionnel de l'inconstitutionnalité de l'article 18-1° du texte de loi, se fondaient non pas sur la méconnaissance de l'article 72 de la Constitution mais sur la violation de l'article 34, aux termes duquel il appartient au législateur de déterminer les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources. Ils soutenaient également que cette disposition créait un risque au regard du principe d'égalité entre collectivités territoriales.

(3) Réplique aux observations du gouvernement par plus de 60 députés.

(4) P. Terneyre, « Modification de la loi "maîtrise d'ouvrage publique" : adaptation et mise en conformité avec le droit communautaire », BJCP, n° 37, p. 424 et s.

(5) J.-M. Peyrical, « La maîtrise d'ouvrage unique : un assouplissement bienvenu », in dossier « La loi MOP : état des lieux », CP-ACCP, n° 38, novembre 2004, p. 38.

implique à titre principal l'une de ces personnes publiques mais affecte également d'autres ouvrages relevant d'autres personnes publiques. Dans ces conditions, c'est bien le projet dans sa globalité qui doit relever du champ du contrat de partenariat, c'est-à-dire soit comporter des éléments de complexité ou d'urgence, soit présenter un bilan avantages/inconvénients plus favorable qu'un autre contrat de la commande publique.

On peut enfin s'interroger sur la possibilité d'associer dans un même projet l'État et/ou ses établissements publics et les collectivités territoriales et/ou leurs établissements publics. Sur ce point, si l'article 1^{er}-1° de la loi est applicable à l'État et à ses établissements publics et l'article 18-1° aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics, ces deux textes n'excluent pas explicitement une telle possibilité, puisqu'ils évoquent d'une manière générale des projets relevant simultanément de la compétence de plusieurs « personnes publiques ».

Toutefois, les régimes applicables à l'État et ses établissements publics et aux collectivités territoriales et leurs établissements publics étant différents depuis la décision du Conseil constitutionnel du 24 juillet 2008, la conclusion d'une telle convention « mixte » ne paraît pas envisageable. D'ailleurs, la formulation même de la décision du Conseil constitutionnel doit être interprétée comme excluant cette possibilité⁽⁶⁾.

B) La convention conclue entre les personnes publiques concernées

Les dispositions de la loi du 28 juillet 2008 prévoient que la personne publique désignée dans la convention sera chargée de réaliser l'évaluation préalable, de conduire la procédure de passation du contrat de partenariat et, éventuellement, d'en suivre l'exécution. Pour l'État et ses établissements publics, cette personne sera également chargée de signer le contrat de partenariat, la convention devant en outre préciser les conditions de ce qui est qualifié par le législateur de « transfert de compétence » et en fixer le terme. La convention devra donc formaliser précisément l'étendue des pouvoirs conférés à la personne publique « chef de file ». À ce titre, pour les conventions conclues par l'État et ses établissements publics, il devrait pouvoir être confié au « chef de file » le soin de choisir le cocontractant, sans que les autres personnes publiques concernées n'aient à intervenir dans ce choix.

En revanche, s'agissant des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, la personne désignée dans la convention ne disposera, dans le cadre de ses missions, d'aucun pouvoir de décision pour déterminer les modalités d'action commune. Dès lors, les autres personnes publiques concernées par le projet seront nécessairement amenées à intervenir tout au long de la

procédure, en particulier pour choisir le titulaire et approuver le contrat de partenariat dans le cadre de délibérations propres à chacune⁽⁷⁾.

En outre, toujours dans le cas d'un projet relevant d'organismes publics locaux, afin de se conformer à la décision du Conseil constitutionnel, les personnes publiques concernées ne pourraient confier la signature du contrat de partenariat qu'en tant qu'il s'agirait de l'acte matériel de signature, ce qui n'impliquerait aucun pouvoir de décision de la part de la personne signataire. Cette dernière serait ainsi seulement chargée de signer au nom et pour le compte de chacune des collectivités territoriales ou établissements publics concernés, dans le cadre d'un mandat, tout comme le coordonnateur d'un groupement de commandes peut être mandaté à l'effet de signer les marchés au nom et pour le compte des membres du groupement⁽⁸⁾.

Par ailleurs, que le projet concerne cette fois-ci indifféremment l'État ou des collectivités territoriales, la loi ne donne aucune information quant aux modalités de rémunération du titulaire du contrat de partenariat par les personnes publiques à l'initiative de ce projet. Or, dans le cadre d'un contrat de partenariat, le titulaire est rémunéré par la personne publique tout au long du contrat, de sorte qu'il conviendrait ici de bien organiser les modalités de sa rémunération.

Une attention particulière devra être apportée aux conditions de paiement par le « chef de file », dans le respect du régime des conventions de mandat conclues en matière de dépenses publiques des collectivités territoriales et établissements publics locaux, tel que précisé récemment par le Conseil d'État⁽⁹⁾.

On soulignera enfin que, afin d'éviter que la convention conclue entre les personnes publiques concernées soit qualifiée de marché public au regard en particulier du droit communautaire⁽¹⁰⁾ et soumise en tant que telle à des obligations de publicité et de mise en concurrence, on ne peut que recommander qu'elle ne prévoie pas de rémunération au profit de la personne publique désignée dans la convention, mais au maximum un remboursement « à l'euro l'euro » des frais engagés.

La mise en œuvre concrète des contrats de partenariat conclus par plusieurs personnes publiques pour un projet relevant simultanément de leur compétence dépendra en définitive avant tout de la nature juridique des personnes publiques concernées et du projet commun poursuivi. ■

(6) En effet, le considérant 33 de la décision est ainsi rédigé : « Considérant qu'en prévoyant que plusieurs collectivités publiques, qui ne sauraient comprendre l'État et ses établissements publics, peuvent désigner par convention l'une d'entre elles [...], l'article 18 de la loi déferée [...] a méconnu le cinquième alinéa de l'article 72 de la Constitution. » Sur ce point, selon le commentaire de la décision tel qu'il figure dans les Cahiers du Conseil constitutionnel « le terme utilisé de "collectivités publiques" pouvait laisser penser que l'État et ses établissements publics auraient pu être attirés dans cette démarche. Par une incise indiquant que ces collectivités ne sauraient comprendre l'État et ses établissements publics, le Conseil constitutionnel a levé cette première ambiguïté » (Cahiers du Conseil constitutionnel n° 26, point VI.)

(7) Voir en ce sens, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 26, point VI, préc. : « La compétence donnée à la collectivité chef de file de signer le contrat de partenariat pouvait laisser entendre que la décision de passation du contrat ne nécessitait pas une délibération de chacune des collectivités concernées approuvant les termes de ce contrat et que la collectivité chef de file passait ce contrat à la place des autres. Cette signature par une seule collectivité a été déclarée contraire à la Constitution. »

(8) CE 9 juillet 2003, Sipperec, préc.

(9) CE avis n° 373788 du 13 février 2007, repris par la circulaire NOR : INT/B/08/00027/C du 8 février 2008.

(10) Voir en ce sens l'avis motivé de la Commission européenne du 27 juin 2007, à propos des conventions de mise à disposition de services de l'article L. 5211-4-1 II du code général des collectivités territoriales, par lesquelles notamment les services d'une commune membre d'un établissement public de coopération intercommunale sont mis en tout ou partie à disposition de l'EPCI et qui, selon la Commission, doivent être conclues selon les procédures de passation applicables aux marchés publics.