

Les conditions de recours au marché de partenariat

Les conditions de recours au contrat de partenariat, notamment celle de la complexité du projet, ont fait l'objet de nombreuses critiques. L'ordonnance du 23 juillet 2015 simplifie les conditions de recours aux marchés de partenariat. Cependant, ne s'agit-il pas d'une simplification en trompe-l'œil ?

Le sujet suscite sans doute immédiatement une certaine frustration : si les conditions de recours au marché de partenariat font bien l'objet d'une définition dans l'ordonnance du 23 juillet 2015, la portée précise de cette définition « législative » demeure toutefois aujourd'hui difficile à imaginer pleinement : son effectivité est subordonnée à des décrets d'application qui, à l'heure où ces lignes sont écrites, n'ont pas encore été portés à la connaissance du public⁽¹⁾. Mais c'est naturellement aussi tout l'intérêt du sujet : il s'agit d'apprécier, sur la base du nouveau cadre posé par l'ordonnance, ce que pourront être les nouvelles conditions d'éligibilité d'une catégorie de contrats qui peinent toujours à trouver leur place et qu'il convient maintenant de désigner comme des marchés de partenariat. Pour se projeter ainsi dans l'avenir et identifier la mesure du changement, il faut tout d'abord se souvenir des raisons qui l'ont motivé.

Les raisons du changement

L'objectif affiché par les auteurs de l'ordonnance est entendu : il convenait de sécuriser le recours au marché de partenariat, par la voie d'une clarification, sinon d'une simplification des conditions qui permettent aux personnes publiques de solliciter ce contrat d'exception dans l'univers de la commande publique⁽²⁾. Clair, l'objectif répond toutefois – comme bien souvent – à des préoccupations parfois très opposées. Pour les uns, l'effort de clarification devait fondamentalement conduire à réduire la voile des possibles et limiter un dispositif contractuel jugé dangereux ; tandis que, pour les autres, l'appétit de sécurité devait servir une utilisation plus sereine et plus simple, sinon plus développée d'un dispositif dont les mérites devaient être tenus pour acquis.

(1) N. Khalid, « réforme des marchés publics : la mise en consultation des projets de décret est imminente », *lemoniteur.fr*, publié le 8 octobre 2015.

(2) E. Macron, « Avoir un seuil unique pour tous les PPP n'a pas de sens », propos recueillis par B. Rallu, S. D'Auzon et J-M. Matalon, *lemoniteur.fr*, publié le 23 juillet 2015.

Auteur

Astrid Boullault et Alexandre Vandepoorter
Avocats, Cabinet Seban et associés

Références

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 75

Mots clés

Complexité du projet • Critère de l'efficacité • Seuil • Urgence

La tribune a souvent été occupée par les premiers : les critiques qui ont toujours accompagné le contrat de partenariat ont trouvé – ou cru pouvoir trouver – un écho plus favorable avec l'évolution du temps politique et une majorité gouvernementale, *a priori* nettement moins tolérante à l'endroit de contrats désignés comme faisant une part trop belle aux grandes entreprises privées. Et, pour ceux qui voulaient appuyer leur critique sur le droit, ce sont notamment les conditions de recours au contrat de partenariat qui ont essuyé des attaques. Pour beaucoup, l'éligibilité du contrat – jugée trop stricte par le passé – devenait nettement trop lâche. Un rapport de la Cour des comptes est venu conforter ce sentiment : il indiquait que les critères d'éligibilité étaient très mal utilisés, parce que trop peu rigoureusement sollicités⁽³⁾. Le rapport d'information sur les partenariats publics-privés, établi au nom de la commission des lois, a recommandé également un encadrement plus strict des critères de l'urgence et de la complexité, ainsi que la suppression pure et simple de l'efficience⁽⁴⁾.

Les partisans du contrat de partenariat n'ont pas épargné non plus les conditions d'éligibilité du contrat de partenariat, mais ils y sont venus plus tard, lorsque les juridictions administratives se sont invitées dans le débat. Peu sollicité pendant les « belles années » du contrat de partenariat, le juge administratif a en effet eu depuis l'occasion de se prononcer sur l'éligibilité de tel ou tel projet, pour le plus souvent la refuser et décider l'annulation, sinon la résiliation du contrat de partenariat concerné. Jugée « erratique » sinon « hésitante », la jurisprudence suscite, il est vrai, bien des réflexions à certains endroits et alimente donc fatalement un climat d'insécurité qui n'est évidemment pas bon pour les affaires⁽⁵⁾.

La condition tirée de la complexité du projet est apparemment celle qui a cristallisé les plus grandes craintes en la matière, non seulement parce que les litiges se sont fixés sur ce terrain, mais aussi et surtout parce qu'elle a le plus souvent été analysée par le juge administratif comme n'étant effectivement pas satisfaite. Il faut rappeler qu'au titre de cette condition, il convient aujourd'hui de démontrer que « compte tenu de la complexité du projet, 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 »⁽⁶⁾. Or, seuls les projets de très

grande envergure ont pu emporter la conviction de leur complexité. C'est ainsi qu'a été jugé complexe le grand stade de Bordeaux⁽⁷⁾ ou bien le nouveau Palais de justice de Paris, notamment à raison des « dimensions exceptionnelles, de l'ouvrage à réaliser »⁽⁸⁾. En revanche, des projets d'ampleur plus modeste n'ont pas été validés : un projet de réalisation d'un musée de la mer et d'une cité du surf⁽⁹⁾, la construction d'une piscine municipale⁽¹⁰⁾, un centre aquatique⁽¹¹⁾, un hôtel de ville⁽¹²⁾, et une opération immobilière portant sur une soixantaine de bâtiments techniques⁽¹³⁾. Et une même opération a pu susciter, d'une instance à l'autre, des décisions différentes : le tribunal administratif de Bordeaux a jugé que le projet de cité administrative de Bordeaux n'était pas complexe⁽¹⁴⁾, mais son raisonnement a été sanctionné en appel⁽¹⁵⁾. Manifestement, l'appréciation souveraine en considération de l'espèce joue ici à plein, mais donc plutôt dans le sens d'une acceptation stricte du critère. « source importante de contentieux »⁽¹⁶⁾, nombreux sont donc ceux qui ont déploré le climat d'insécurité juridique que génère la condition tirée de la complexité⁽¹⁷⁾.

L'urgence n'a pas été épargnée non plus. Il est vrai que le texte qui pose cette condition est assez vague dans l'ensemble : l'urgence permet de « rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, ou de faire face à une situation imprévisible »⁽¹⁸⁾. Mais la jurisprudence semblait cette fois retenir une interprétation relativement ouverte du texte : le juge administratif a notamment considéré que l'urgence pouvait être vérifiée même lorsqu'elle était imputable à la personne publique qui l'invoque⁽¹⁹⁾ ; et il a précisé plus

(3) Cour des comptes, « Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser », rapport public annuel, 2015.

(4) J.-P. Sueur et H. Portelli, « les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? », Rapport d'information sur les partenariats publics-privés au nom de la commission des lois.

(5) Voir par exemple, D.-A. Camous, « Le juge administratif m'a tué » – Bilan de 10 ans de jurisprudences relatives à l'évaluation des contrats de partenariat, *Contrats et Marchés publics*, juillet 2015 ; S. Braconnier, « Le futur régime des partenariats public-privé : rupture et clarifications », *RDP*, mai 2015, p. 595 ; P. Cailloce, « Point de vue – la notion de complexité dans la commande publique : deux types de contrats, deux interprétations ? », *lemoniteur.fr*, publié le 4 septembre 2015.

(6) CGCT, art. L. 1414-2, II.1.

(7) CAA Bordeaux 17 juin 2014, req. n° 13BX00563.

(8) CAA Paris 3 avril 2014, Association la justice dans la cité, req. n° 13PA02769.

(9) CAA Bordeaux 26 juillet 2012, Ville de Biarritz, req. n° 10BX02109 ; CE 30 juillet 2014, Commune de Biarritz, req. n° 363007.

(10) TA Lille 17 décembre 2013, Préfet du Nord, req. n° 1206631.

(11) CAA Lyon 2 janvier 2014, Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne, req. n° 12LY02827.

(12) TA Bordeaux 18 mars 2015, Commune de la Teste-de-Buch, req. n° 1200804.

(13) TA Cergy-Pontoise 4 novembre 2014, Conseil national de l'ordre des architectes et autres, req. n° 120530.

(14) TA Bordeaux 11 février 2015, Syndicat national des entreprises du second œuvre, req. n° 1200574.

(15) CAA Bordeaux 15 septembre 2015, Commune de Bordeaux, req. n° 15BX01208.

(16) Fiche d'impact sur le projet d'ordonnance relative aux marchés publics : www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/fiche-impact-volet-legislatif-directives-mp.pdf.

(17) C. Lapuelle et B. Dieudé, « Complexité et constat d'insécurité juridique des procédures de dialogue compétitif », *AJCT* 2015, p. 462.

(18) CGCT, art. L. 1414-2, II.2.

(19) CE 23 juillet 2010, Syndicat National des Entreprises de Second Œuvre du Bâtiment, req. n° 326544.

récemment qu'il importe peu que la personne publique ait pris des mesures pour atténuer les effets négatifs liés à la situation d'urgence ou que d'autres solutions existaient pour remédier à cette situation^[20]. Beaucoup soutiennent toutefois que l'urgence est restée en pratique une condition très peu utilisée, précisément parce qu'elle serait anxiogène^[21]. Le constat laisse toutefois songeur.

Le critère de l'efficience – critère introduit après coup pour faciliter le recours au contrat de partenariat^[22] – n'a en revanche pas nourri autant d'anxiété, et ce peut-être à raison d'une jurisprudence cette fois peu engagée et relativement modeste. On sait simplement qu'un très faible écart sur le plan financier en faveur du contrat de partenariat ne permet pas, à lui seul, d'établir l'efficience économique du contrat de partenariat^[23], ce qui peut se comprendre. On sait aussi qu'un gain de temps de six mois pour la livraison de l'ouvrage par rapport aux autres modes de réalisation du projet est un élément qui peut être pris en considération dans le cadre de l'analyse de cette condition^[24], ce qui est fort logique. Le critère est pourtant de nature à susciter la crainte. Parce qu'il permet de solliciter le contrat de partenariat à raison d'« un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique »^[25], le critère commande en effet de procéder à un exercice difficile, ou à tout le moins emprunt d'une subjectivité peut-être plus grande qu'ailleurs, puisqu'il sollicite une multitude de considérations à prendre en compte (coût global, calendrier, risques...). Certains – il est vrai dans un travail globalement à charge contre les partenariats public-privé – ont ainsi pu parler d'« un critère arbitraire, en raison de la définition très large qu'il recouvre »^[26]. Et l'expérience témoigne de ce que le critère peut effectivement « servir » l'éligibilité du contrat de partenariat, notamment au titre de la valorisation des risques, exercice préconisé par la Mission d'appui pour les partenariats public-privé qui doit corriger les résultats du bilan sur le terrain du coût global : si le coût d'investissement d'un projet réalisé en contrat de partenariat est bien souvent supérieur à celui d'un projet réalisé sous maîtrise d'ouvrage publique, la conclusion est presque toujours renversée une fois appliquée la valorisation des risques, à tout le moins lorsque le projet renferme un coût d'investissement significatif. Si l'exercice de valorisation

des risques est sûrement légitime, parce qu'il permet de comparer ce qui est comparable, en revanche, les méthodes retenues pour procéder à cette valorisation – multiples dans l'absolu – auraient très bien pu susciter de vifs débats. Mais, manifestement, le sujet est resté confiné dans la sphère intime des praticiens du contrat de partenariat ; et c'est peut-être bien dommage.

La portée du changement

L'article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 procède clairement à une simplification des conditions de recours au marché de partenariat, à tout le moins en apparence. Sa rédaction est refondue de la manière suivante : « la procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet ». Le texte ne consacre donc maintenant qu'une seule des trois anciennes conditions d'éligibilité : l'efficience du marché de partenariat.

Le changement est certain, mais il faut probablement le nuancer immédiatement. Les deux critères sacrifiés pourraient tout de même autrement jouer un rôle. Il y a en effet tout lieu de penser que des considérations attachées à la complexité d'un projet ou à l'urgence qui l'entoure pourront alimenter le bilan qui devra être effectué au titre du critère de l'efficience^[27]. Il a d'ailleurs été indiqué que la complexité « sera réintégrée dans les éléments de définition du bilan favorable » qui devront être fixés très prochainement par décret^[28]. Et il n'est pas absurde de penser que la condition de l'urgence pourrait également réapparaître autrement dans l'efficience, notamment au titre des « exigences de service public » qui peuvent être prises en considération dans l'établissement du bilan. Sous ces réserves, le changement est donc acquis : un projet qui serait indiscutablement urgent pourrait ne plus être à l'avenir porté par un marché de partenariat, parce que pour le reste ce contrat présente un bilan nettement défavorable ; à l'inverse, un projet pourrait être maintenant éligible au marché de partenariat, notamment à raison d'une complexité pourtant toute relative.

Si seule l'efficience pourra donc à l'avenir justifier le recours au contrat de partenariat, la définition de cette condition n'a en revanche manifestement pas changé en profondeur, à tout le moins à suivre une lecture littérale du texte. Le texte reprend en effet pour l'essentiel la définition de l'ancienne condition attachée à l'efficience

[20] CAA Paris 3 avril 2014, Association la justice dans la cité, req. n° 13PA02769.

[21] Fiche d'impact sur le projet d'ordonnance relative aux marchés publics : www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/fiche-impact-volet-legislatif-directives-mp.pdf.

[22] Article 19 de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

[23] TA Lille 17 décembre 2013, Préfet du Nord, req. n° 1206631.

[24] CAA Bordeaux 17 juin 2014, req. n° 13BX00563.

[25] CGCT, art. L. 1414-2.II.3, issu de la révision opérée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008.

[26] J.-P. Sueur et H. Portelli, « les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? », *Rapport d'information sur les partenariats publics-privés au nom de la commission des lois*.

[27] M. Dingrement et G. Delalay, « Réforme de la commande publique : les confidences de la DAJ de Bercy », propos recueillis par S. D'auzon, *lemoniteur.fr*, publié le 2 avril 2015.

[28] Fiche d'impact sur le projet d'ordonnance relative aux marchés publics : www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/fiche-impact-volet-legislatif-directives-mp.pdf

qui avait été introduite pour les contrats de partenariat par la loi du 28 juillet 2008. Il est sans doute quelques écarts de textes, mais leur portée demeure modeste. C'est vrai des considérations qui peuvent être prises en compte dans l'analyse de l'efficacité : le texte reprend les mêmes considérations (caractéristiques du projet,...), si ce n'est qu'il couvre maintenant aussi « la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé », ce qui n'est sûrement pas de nature à modifier l'esprit qui anime le critère. L'esprit demeure celui d'un bilan, et ce même si le texte abandonne toute référence aux « avantages et inconvénients » du contrat, sans doute pour signifier que le bilan n'est pas le résultat d'une somme d'avantages supérieure à la somme des inconvénients, mais une appréciation plus globale. Bref, il n'est donc pas ici de réelles nouveautés : le marché de partenariat est soumis à une condition d'éligibilité dont on disait combien elle renferme une part de subjectivité.

Le changement est peut-être ailleurs. Déjà, l'article 75 précise que les « modalités d'établissement de ce bilan sont fixées par décret en Conseil d'État ». Or, il n'est pas absurde de penser que c'est (aussi) au titre de ces « modalités » que le gouvernement entend circonscrire plus rigoureusement le recours au contrat de partenariat, peut-être en imposant, notamment, une sorte de grille d'analyse qui exposerait – à l'image de sous-critères – l'importance qui peut être accordée à telle ou telle considération et comment telle ou telle considération doit être employée. Faute de connaître à ce jour le projet de décret, il est toutefois impossible d'apprécier dans quelle mesure le pouvoir réglementaire va effectivement « discipliner » la façon d'établir un bilan. Mais la volonté d'atteindre cet objectif n'est donc guère discutable. Et il faut relever, dans cet esprit, que l'évaluation préalable au choix du marché de partenariat devra, même pour les collectivités territoriales – et c'est ici aussi une nouveauté – faire l'objet d'un avis d'un organisme expert (probablement une – nouvelle ? – Mission d'appui pour les partenariats public-privé) et être accompagné d'une étude de soutenabilité budgétaire^[29].

Le changement est surtout porté par l'introduction d'une nouvelle condition d'éligibilité : le marché de partenariat ne pourra être sollicité que si sa valeur « est supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire, en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru »^[30]. Annoncée, puis retirée du projet d'ordonnance, pour être finalement réintroduite dans le texte final, cette condition a naturellement fait couler beaucoup d'encre^[31] et suscite toujours la spéculation, faute de seuil connu^[32]. La pratique du seuil, parce qu'elle repose sur un

critère par définition objectif, conduira fatalement à une sélection quelque peu systématique des projets, circonstance qui suscite bien des craintes chez certains, en particulier pour la réalisation de petites opérations qui étaient pourtant parfois portées par des contrats de partenariat ou autres montages complexes de même nature (bail emphytéotique administratif « aller-retour »,...). Sa mise en œuvre interroge également. Parce qu'« un seuil unique pour tous les PPP n'a pas de sens^[33] », il est heureusement prévu que le décret fixe plusieurs seuils^[34]. Mais l'exercice peut paraître difficile. Il paraît déjà compliqué de fixer des seuils en fonction de « l'intensité du risque ». Pour le reste, il est vrai qu'on peut imaginer que des seuils soient fixés en considération de l'importance de l'acheteur public (par exemple du nombre d'habitants que renferme la collectivité territoriale concernée), mais aussi en fonction de la nature des investissements et/ou du secteur dans lequel s'inscrit le projet (transport, éducation,...). Mais la difficulté de l'exercice n'est pas épuisée pour autant : qu'advient-il d'un projet qui vérifiera peut-être certains seuils parce qu'attaché à tel secteur économique, mais ne pourra pas satisfaire en revanche tel autre seuil, parce que porté par une collectivité trop petite ou trop grande ? Et il est naturellement bon nombre d'autres questions de même nature.

Si la patience est donc encore de mise, elle n'empêche pas de conclure. Les conditions de recours au marché de partenariat manifestent un changement certain par rapport à ce qu'il advenait par le passé, même si la mesure précise de ce changement demeure encore incertaine, parce qu'entre les mains d'un décret d'application qui devra fixer des « détails » derrière lesquels pourrait se cacher l'essentiel, comme il advient parfois. Et il est sans doute permis de penser que le changement n'est pas forcément celui qu'on attendait. Beaucoup prédisaient en effet une restriction forte des conditions de recours au contrat de partenariat, mais ce n'est pas le sens que l'ordonnance semble vouloir donner à l'avenir. Il est sans doute une volonté claire d'éviter les excès et autres « abus » du passé et de prévenir, sinon de responsabiliser certaines personnes publiques plus exposées que d'autres aux écueils du contrat de partenariat. Et c'est peut-être bien fondamentalement le rôle assigné au décret d'application. Mais, dans le même temps, l'objectif affiché par l'ordonnance est manifestement de donner une nouvelle vie à cet outil contractuel, quitte à limiter plus sévèrement sa sphère d'action potentielle. Il faut sûrement s'en réjouir, si l'on veut bien admettre qu'un contrat de partenariat est un outil contractuel dont les personnes publiques peuvent tirer le meilleur parti lorsqu'elles s'assurent au préalable d'en maîtriser la portée et prennent soin de ne l'utiliser qu'en certaines circonstances.

[29] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 74 et 76.

[30] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 75.

[31] Voir par exemple, S. Dyckmans, « Marché de partenariat : la suppression du seuil n'enchant pas tout le monde », *achatpublic.info*.

[32] « Les marchés de partenariat, toujours un sujet de dissension » propos recueillis par B. Rallu, S. D'Auzon et N. Khalid, *lemoniteur.fr*, publié le 8 septembre 2015.

[33] E. Macron, « Avoir un seuil unique pour tous les PPP n'a pas de sens », propos recueillis par B. Rallu, S. D'Auzon et J.-M. Matalon, *lemoniteur.fr*, publié le 23 juillet 2015.

[34] Confirmé par J. Maïa, « le droit des marchés publics prend un coup de jeune », *Lagazette.fr*, interview publié le 24 juillet 2015.