

## La réforme des contrats de partenariat public-privé

**La loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 portant réforme de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat public-privé (PPP) a pour but de démocratiser une procédure d'exception jugée trop restrictive. Le texte relativement ambitieux adopté par les parlementaires a toutefois été censuré par le Conseil constitutionnel.**

**Julien Bonnat**  
Avocat associé  
Société AVOXA

Le contrat de partenariat public-privé institué par l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 est un contrat à long terme (20/30 ans) par lequel une personne publique attribue à une entreprise une mission globale de conception, réalisation et financement d'un ouvrage, mais également l'entretien, la maintenance et/ou l'exploitation dudit ouvrage. Ce contrat est assorti de modalités souples de paiement étalées sur la durée du contrat et liées à des objectifs de performances. Il s'agit en réalité d'un mode dérogatoire à la commande publique. Aussi, tous les projets publics n'y sont pas éligibles.

Le recours au contrat de partenariat doit en effet être justifié par une évaluation préalable démontrant, d'une part, l'urgence ou la complexité du dossier et, d'autre part, les avantages du recours à un tel contrat par rapport aux autres modalités offertes à la personne publique en terme de coûts, délais, performances et partages de risque. En résumé, il s'agit d'une procédure d'exception.

### L'élargissement des cas de recours au PPP projeté par les parlementaires ...

L'accès au contrat de partenariat est essentiellement ouvert au projet qualifié « d'urgent » ou de « complexe ». Le projet de loi adopté par les parlementaires en dernière lecture le 26 juin 2008 avait pour objectif principal d'élargir les cas d'ouverture à la formule du contrat de partenariat en créant deux nouvelles voies d'accès supplémentaires à ce contrat :

1. en cas de démonstration de l'intérêt économique et financier pour la personne publique de recourir au contrat de partenariat au regard des autres outils de la commande publique, après évaluation préalable des différents modes d'action dont dispose cette personne publique pour répondre à ses besoins. Ce troisième critère dit du "meilleur rendement" suppose de démontrer l'efficacité du contrat de partenariat. Il est le bien venu dans la mesure où l'intérêt du recours au contrat de partenariat pourrait ainsi ne pas être lié systématiquement au caractère complexe d'une situation.
2. à titre expérimental, et jusqu'au 31 décembre 2012, les parlementaires avaient souhaité que des contrats puissent être signés même si les critères d'urgence, de complexité ou de meilleur rendement n'étaient pas remplis dans des secteurs jugés prioritaires tels que l'enseignement supérieur, la recherche, la justice, la santé, la défense, le transport ou encore la rénovation urbaine.

### **... partiellement censuré par le Conseil constitutionnel**

Le 24 juillet 2008, le Conseil constitutionnel est venu censurer la quatrième voie d'accès au contrat de partenariat réservée à un certain nombre de champs de l'action publique regardés comme prioritaires. Les neuf sages ont en effet estimé contraire à la constitution cette présomption d'urgence, valable quatre années, sous la seule réserve que l'évaluation préalable ne soit pas défavorable. Comme en 2003 et 2004, le Conseil constitutionnel a jugé que de telles dispositions visant à la généralisation du contrat de partenariat avaient pour effet de mettre en péril l'égalité d'accès à la commande publique. Concernant le nouveau critère dit du "meilleur rendement", le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation en soulignant le principe à valeur constitutionnelle de bonne utilisation des deniers publics et en rappelant que le recours aux contrats de partenariat devait resté exceptionnel car dérogeant au droit commun de la commande publique.

### **Les améliorations pratiques de l'ordonnance de 2004**

La loi comporte également un certain nombre d'améliorations à caractère plus technique, attendues par les praticiens. Elle prévoit notamment :

- une nouvelle procédure de passation négociée pour les contrats inférieurs à un seuil qui sera fixé par décret facilitant ainsi l'émergence des « petits » contrats de partenariat nécessitant des investissements plus modestes.

- l'ouverture du contrat de partenariat au pouvoir adjudicateur et aux entités adjudicatrices visés par l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics. Ainsi, le contrat de partenariat ne serait plus réservé à l'Etat, aux collectivités locales et à leurs établissements.

S'agissant des procédures de passation du contrat de partenariat, les parlementaires ont consacré la possibilité de recourir au dialogue compétitif quelque soit le fondement juridique du contrat de partenariat, ainsi que le caractère facultatif de l'utilisation de cette procédure.

L'article 11 d) de l'ordonnance prévoit que le cocontractant peut être autorisé à tirer des recettes d'exploitation des équipements à d'autres fins que la satisfaction des besoins de la collectivité publique. L'intérêt est évidemment que le paiement effectué par la personne publique pour l'utilisation de l'ouvrage s'en trouve d'autant diminué. La nouvelle loi, sans doute par souci de clarification, ajoute la possibilité de percevoir des recettes d'exploitation du domaine.