



Philippe DELELIS

Partenariats public-public et public-privé

Un montage innovant
alternatif au contrat de
partenariat

ANNE RIDEAU ÉDITIONS

PARTENARIATS PUBLIC-PUBLIC ET PUBLIC-PRIVÉ



Philippe DELELIS

Partenariats public-public et public-privé

Un montage innovant alternatif
au contrat de partenariat

Collection Portalis

ANNE RIDEAU ÉDITIONS

ISBN 978-2-37028-000-8

© Philippe Delelis, 2013

ANNE RIDEAU ÉDITIONS, 10 rue Oudinot, 75007 Paris

Le Code de la propriété intellectuelle interdit les copies ou reproductions destinées à une utilisation collective. Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que se soit, sans le consentement de l'auteur ou de ses ayant cause, est illicite et constitue une contrefaçon, aux termes des articles L.335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le montage innovant décrit dans cet ouvrage consiste en l'articulation d'un étage de partenariat public-public et d'un étage de partenariat public-privé en vue de la conception, la réalisation, le financement et la maintenance d'un ouvrage affecté au service public.

Ce montage consiste à loger les fonctions de maîtrise d'ouvrage et de financement dans une société appartenant au secteur public (la société de réalisation ou « SR ») se situant dans une relation « *in house* » avec les pouvoirs adjudicateurs qui l'ont créée. Il s'agit de l'étage de partenariat public-public.

La SR, soumise à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, confie ensuite toutes les tâches de conception-construction et d'exploitation-maintenance de l'ouvrage à une entreprise privée dans le cadre d'un contrat global de longue durée conclu après mise en concurrence (le plus généralement, un dialogue compétitif). C'est l'étage de partenariat public-privé du montage : sont ici transférés les risques matériels de l'opération dans les mêmes conditions qu'ils le seraient dans le cadre d'un contrat de partenariat de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004. Ce contrat global peut s'assimiler à un contrat de partenariat sans financement et sans maîtrise d'ouvrage confiés au partenaire privé.

La société de réalisation (SR) dont les actionnaires sont uniquement des pouvoirs adjudicateurs se voit consentir une autorisation temporaire d'occupation du domaine public assortie de droits réels sur les ouvrages à réaliser, décrits dans l'AOT et répondant aux besoins des pouvoirs adjudicateurs. L'AOT avec droits réels est consentie par celui des pouvoirs adjudicateurs qui est propriétaire du terrain d'assiette.

L'AOT est assortie d'une convention de mise à disposition (CMD), qui s'analyse essentiellement comme un bail assorti de prestations de services.

Celui des pouvoirs adjudicateurs qui a consenti l'AOT est preneur de la CMD et sous-loue aux autres pouvoirs adjudicateurs intéressés (voire à des tiers).

Le montage innovant repose donc sur un schéma aller-retour classique des montages contractuels complexes, dans le respect de l'ensemble des textes applicables aux pouvoirs adjudicateurs, notamment la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique et le Code des marchés publics.

Par rapport à un contrat de partenariat, il maintient clairement dans la sphère publique la maîtrise d'ouvrage, le financement et la propriété des ouvrages⁽¹⁾ et ne transfère à la sphère privée « que » la conception, la construction et la maintenance des ouvrages.

Ce montage peut donc présenter des avantages dans certains cas mais il ne constitue pas une alternative générale au contrat de partenariat qui, lorsque les conditions sont réunies, constitue le PPP de droit commun.

(1) Pour mémoire, même en contrat de partenariat, cette dernière peut également être intégralement maintenue côté public : il suffit de ne pas délivrer de droits réels au titulaire.

Table des matières

Principes généraux du montage innovant	7
A. Les questions à l'origine du montage innovant	7
1. Peut-on bénéficier des économies d'échelle du partenariat public-privé sans confier le financement au partenaire privé ?	7
2. Le recours à un contrat global de longue durée, sans financement, est-il possible sous l'empire de la loi MOP et du Code des marchés publics ?	9
3. Une personne publique peut-elle sortir du champ de la loi MOP et du CMP ?	12
B. La structure de base du montage innovant	13
1. Un Partenariat public-public	13
2. Un Partenariat public-privé	15
C. Les avantages et inconvénients du montage innovant	18
Supports juridiques fondamentaux du montage innovant	21
A. La relation Pouvoir Adjudicateur / Société de Réalisation	21
1. La relation « <i>in house</i> »	21
2. La Société de Réalisation, société de plein exercice	31
B. L'AOT-CMD	37
1. L'autorisation d'occupation temporaire du domaine public	37
2. La convention de mise à disposition	41
3. Nature juridique de l'AOT-CMD	42
4. Alternative à l'AOT: le BEA	43
5. Les conventions dérivées de l'AOT-CMD	43

C. Droit applicable à la société de réalisation	46
1. Forme juridique.	46
2. Droit des contrats	47
Principales étapes de mise en œuvre du montage	51
A. Préparatifs	51
1. La maîtrise du foncier.	51
2. La création de la SR	52
B. AOT provisoire ou promesse d’AOT	52
1. AOT provisoire	52
2. Promesse d’AOT.	53
C. Contrat global et Dialogue compétitif.	54
1. Contenu du contrat global.	54
2. Conduite du dialogue compétitif.	54
D. Closing	55
Observations complémentaires	57
A. Spécificités du montage innovant pour l’État et pour les collectivités locales	57
1. État : des contraintes sur l’endettement de la SR	57
2. Collectivités locales : un outil privilégié, la SPL.	60
B. Aspects de droit de la concurrence	61
1. Respect des règles et principes généraux du Traité	61
2. Analyse des possibles aides d’État au niveau des pouvoirs adjudicateurs et de la Société de réalisation	62
Glossaire	67
Principaux arrêts cités	69
Bibliographie	71
Annexes	74