



U – PANTHÉON - SORBONNE – 1
UNIVERSITÉ PARIS 1

Université de Droit Paris I Panthéon – Sorbonne
12, place du Panthéon
75005 Paris

UFR 01

MASTER 2 PROFESSIONNEL DROIT DE L'INTERNET –
ADMINISTRATION – ENTREPRISE



***Partenariat public-privé dans les communications
électroniques***

Présenté et soutenu par : Camille Lounès

Président du jury : Monsieur le professeur Georges Châtillon, Directeur du Master 2 professionnel

Directeur de mémoire : Monsieur Grégoire Weigel, enseignant associé du Master 2 professionnel

Remerciements

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Georges Châtillon, Directeur du Master 2 Professionnel, pour avoir créé ce diplôme et pour son énergie dans le développement de celui-ci.

Je remercie également Monsieur Grégoire Weigel pour sa disponibilité et pour avoir accepté de prendre la direction de ce mémoire.

Je remercie enfin ma famille et mes amis pour leur soutien.

« Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité. »

Jean Giraudoux

Plan détaillé

REMERCIEMENTS	2
PLAN DETAILLE	3
1. <i>Partenariat public- privé et contrat de partenariat</i>	<i>5</i>
2. <i>Origine du contrat de partenariat.....</i>	<i>6</i>
3. <i>Présentation du contrat de partenariat.....</i>	<i>8</i>
4. <i>Les communications électroniques</i>	<i>10</i>
PARTIE I : COLLECTIVITES TERRITORIALES ET COMMUNICATIONS ELECTRONIQUE : LA DECISION DE RECOURIR A UN CONTRAT DE PARTENARIAT.....	13
CHAPITRE I : LE ROLE DES COLLECTIVITES TERRITORIALES DANS LES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES.....	14
SECTION 1 : L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE ET LES COMPETENCES DES COLLECTIVITES TERRITORIALES.....	15
1. <i>Les compétences des collectivités territoriales</i>	<i>15</i>
2. <i>L'administration électronique, l'aménagement numérique du territoire et les collectivités territoriales.....</i>	<i>21</i>
SECTION 2 : L'INTERVENTION DES COLLECTIVITES TERRITORIALES DANS LES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES.....	24
1. <i>L'intervention des collectivités territoriales avant l'article L. 1425 du code général des collectivités territoriales.....</i>	<i>24</i>
2. <i>L'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales</i>	<i>27</i>
CHAPITRE II : LA DECISION DE RECOURIR A UN CONTRAT DE PARTENARIAT.....	30
SECTION 1 : LES MOTIFS DU RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT ET LES BESOINS DE LA COLLECTIVITE TERRITORIALE.....	31
1. <i>Le choix économique du contrat de partenariat</i>	<i>31</i>
2. <i>Le programme fonctionnel : la définition des besoins de la collectivité territoriale</i>	<i>32</i>
SECTION 2 : L'EVALUATION PREALABLE A LA PASSATION D'UN CONTRAT DE PARTENARIAT.....	34
1. <i>L'origine de l'évaluation préalable</i>	<i>35</i>
2. <i>Les conditions légales du contrat de partenariat.....</i>	<i>37</i>
3. <i>La comparaison des différents montages contractuels</i>	<i>40</i>
PARTIE II : LE CONTRAT DE PARTENARIAT, UN CONTRAT ADAPTE AUX COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ?	43
CHAPITRE I : LES ASPECTS DE LA PASSATION DU CONTRAT DE PARTENARIAT ET LES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES.....	44
SECTION 1 : LA PROCEDURE DE PASSATION DES CONTRATS DE PARTENARIAT	44
1. <i>Publicité et sélection des candidats</i>	<i>46</i>
2. <i>Les différentes procédures de passation</i>	<i>49</i>
3. <i>L'offre spontanée</i>	<i>52</i>
4. <i>La décision d'attribution du contrat</i>	<i>53</i>
SECTION 2 : LE CONTENU DU CONTRAT DE PARTENARIAT ET LES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES.....	55
1. <i>La durée du contrat.....</i>	<i>55</i>
2. <i>Le partage des risques</i>	<i>56</i>
3. <i>Les objectifs de performance</i>	<i>56</i>
4. <i>La rémunération du partenaire.....</i>	<i>57</i>
5. <i>Les obligations du partenaire</i>	<i>57</i>
6. <i>Les modalités de contrôle de l'exécution du contrat.....</i>	<i>58</i>
7. <i>Les sanctions et pénalités.....</i>	<i>58</i>
8. <i>Les modifications ou résiliation unilatérale par l'administration</i>	<i>59</i>
9. <i>Le contrôle sur la cession partielle ou totale du contrat</i>	<i>59</i>
10. <i>La continuité du service public et la défaillance du partenaire</i>	<i>60</i>
11. <i>Les conséquences de la fin du contrat.....</i>	<i>60</i>
12. <i>Les modalités de prévention et de règlement des litiges.....</i>	<i>61</i>

CHAPITRE II : AVANTAGES ET INCONVENIENTS DU RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT DANS LES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES.....	62
SECTION PRELIMINAIRE : LES DIFFERENTS CONTRATS ADMINISTRATIFS COMPARES	62
1. <i>Rappel sur le contrat de partenariat.....</i>	62
2. <i>Marché public.....</i>	63
3. <i>Délégation de service public.....</i>	64
SECTION 1 : LA MAITRISE DES RISQUES BUDGETAIRES ET ECONOMIQUES	65
1. <i>Le budget public et les contrats de partenariat.....</i>	65
2. <i>Une réduction du coût contractuel.....</i>	66
3. <i>Le financement privé du projet</i>	67
4. <i>Le coût de la passation du contrat.....</i>	68
SECTION 2 : PERFORMANCE ET INNOVATION.....	69
1. <i>Performance des réseaux de communications électroniques et contrat de partenariat.....</i>	69
2. <i>Innovations technologiques et contrats de partenariat.....</i>	70
ARRETS ET AVIS CITES :	72
BIBLIOGRAPHIE.....	74
ANNEXE 1 : TABLEAU DE COMPARAISON SUCCINCTE DES DIFFERENTS CONTRATS ADMINISTRATIFS.....	76
ANNEXE 2 : EXEMPLE DE STRUCTURE DE CONTRATS DE PARTENARIAT.....	77
ANNEXE 3 : GRILLES DE RISQUES.....	81
ANNEXE 4 : EXEMPLES DE MATRICE DE RISQUES.....	83
ANNEXE 5 : TABLEAU DE SYNTHESE D'UNE EVALUATION PREALABLE.....	87

« Des investissements, c'est de l'argent. De ce côté-là, ça ressemble pas mal à des dépenses. »

Ronald Lavallée

Recourir au partenariat public-privé dans les communications électroniques a pour objectif d'investir tout en diminuant les dépenses publiques qu'auraient occasionnées des projets réalisés par un mode de gestion différent.

1. Partenariat public-privé et contrat de partenariat

Lorsque nous évoquons partenariat public-privé, nous pensons aux contrats de partenariat instauré par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Or cette appellation de partenariat public-privé est fautive car trop large.

Elle englobe les nouveaux contrats de partenariat mais également d'autres types de contrats plus anciens.

Six critères doivent être remplis pour parler de partenariat public-privé :

- Faire-faire : le partenariat doit être une opération d'externalisation. La personne publique va confier différentes charges à une personne privée.
- Globalité : l'objet du contrat doit être global, la personne privée prend en charge tout ou partie des prestations de différentes phases d'un projet.
- Durée : le contrat doit être d'une durée relativement longue.
- Risques : le contrat implique une répartition des risques entre les parties.
- Rémunération : la rémunération doit être versée soit par la personne publique, soit par l'utilisateur et être étalée dans le temps.
- Financement : le financement d'un projet doit être assumé en grande partie par le partenaire privé.

De nombreux montages contractuels répondent à ces critères :

- Les partenariats sectoriels, dérogeant au code des marchés publics, permettent de confier une mission globale à une personne privée ou publique. Leur passation est soumise au code des marchés publics. Ils ne sont possibles que dans des domaines strictement énumérés¹.
- La délégation de service public se définit comme un « *contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* »².

¹ Par exemple : les bâtiments affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, à la brigade des sapeurs pompiers de Paris, aux armées ou aux services du ministère de la Défense ; les établissements pénitentiaires...

² Article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales

- Les autorisations d'occupation temporaire et les baux emphytéotiques administratif qui mettent à la charge de personnes privées des conventions de service ayant pour but la construction, le financement et l'exploitation d'ouvrages publics.
- Le contrat de partenariat qui met à la charge de personnes privées « *une mission globale relative au **financement** d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la **construction ou transformation** des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur **entretien**, leur **maintenance**, leur **exploitation** ou leur **gestion**, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* »³.

Notre étude ne portera que sur le contrat de partenariat de l'ordonnance n° 2004-559 qui est un nouveau mode de gestion méconnu des praticiens.

2. Origine du contrat de partenariat

Le contrat de partenariat a été prévu par l'article 6 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit⁴, et mis en place par l'ordonnance n° 2004-559.

L'objectif de l'institution des contrats de partenariat était de combler une lacune du droit de la commande public en créant un contrat générique permettant de confier à un tiers le financement, toute ou partie de la conception, la construction, la maintenance et la gestion des ouvrages et équipements publics et des services qui concourent aux missions de service public.

En effet, les marchés publics ne pouvaient faire l'objet de paiement différé, paiement qui permet d'alléger les budgets publics. De plus, les délégations de service public suppose une rémunération par l'utilisateur, or, il n'y a pas toujours d'exploitation.

Le contrat de partenariat est un contrat de longue durée permettant un paiement différé de la personne publique.

³ Article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-559 et article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales

⁴ Article 6 de la loi n° 2003-591 : « *Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires pour modifier la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée et créer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public pour la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions. Ces dispositions déterminent les règles de publicité et de mise en concurrence relatives au choix du ou des cocontractants, ainsi que les règles de transparence et de contrôle relatives au mode de rémunération du ou des cocontractants, à la qualité des prestations et au respect des exigences du service public. Elles peuvent étendre et adapter les dispositions prévues au I de l'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, aux articles L. 34-3-1 et L. 34-7-1 du code du domaine de l'Etat et aux articles L. 1311-2 et L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales à d'autres besoins ainsi qu'à d'autres personnes publiques. Elles prévoient les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans aux contrats prévus au présent article.* »

2.1. L'exemple britannique

La nouvelle forme de partenariat public-privé est née au Royaume-Uni.

Appelée *private finance initiative*, elle a été conçue comme une alternative à la privatisation. Afin d'assurer une définition correcte de la nature et de l'étendue des prestations fournies aux usager, le partenariat est strictement encadré et contrôlé.

Elle vise à associer le secteur privé au projet d'envergure de l'administration par des contrats de longue durée partageant les risques et étalant le paiement public.

La politique de *private finance initiative* se décline en fonction des circonstances et des spécificités de chaque projet. Ainsi, quatre types de *private finance initiative* peuvent être distingués :

- *private finance initiative* proche de la concession de service public français ;
- *private finance initiative* mettant en place un partenariat sous la forme d'une coentreprise ;
- *private finance initiative* portant sur les infrastructures publiques et visant à fournir des prestations à un acheteur public ;
- *private finance initiative* associant à cette prestation un usage commercial pour le compte d'un tiers.

Le recours à la *private finance initiative* est possible tant pour l'Etat que les collectivités territoriales.

Cette politique, officiellement lancée en 1992 par le Gouvernement de John Major, existe dans les faits depuis 1987. Elle suit les réformes du secteur public lancées par Margaret Thatcher.

Le recours à cette politique se développe à partir de 1995. En 1997, le Gouvernement Blair l'amplifie. Elle devient une des formes du partenariat public-privé promu par le Gouvernement. Ainsi, des structures publiques de conseil et des règles de gestion sont mises en place.

Le recours à la *private finance initiative* concerne tous les ministères et tous les domaines.

En raison de son expérience et de la variété des domaines couverts par la *private finance initiative*, le Royaume-Uni prend valeur d'exemple.

2.2. L'historique français des contrats de partenariat

Les contrats de partenariat ont déjà existé.

La globalité de l'objet du contrat et la rémunération par la personne publique sont les caractéristiques essentielles des marchés d'entreprise de travaux publics.

Dans ces marchés, l'entreprise est chargée de construire un ouvrage et d'exploiter le service auquel il est affecté. Durant toute la durée du contrat, le cocontractant privé est rémunéré par la personne publique par un prix couvrant les frais d'établissement et de fonctionnement. Ce marché permet un préfinancement privé.

Ce type de contrat existait déjà au XIX^e siècle, mais il ne reçut l'appellation de marché d'entreprise de travaux publics qu'en 1963⁵.

De par son objet, ce contrat se rapproche d'une convention de concession. Mais en raison de son mode de rémunération, la jurisprudence considère que le code des marchés publics lui est applicable⁶.

En raison de l'application du dit code, ces marchés sont contraires à l'interdiction du paiement différé, qui est d'ordre public⁷.

C'est pour aller contre cette interdiction du paiement différé que les contrats de partenariat ont été créés sans être rattachés au code des marchés publics. N'étant pas soumis au dit code, les contrats de partenariats peuvent faire l'objet d'un paiement différé, prévu expressément à l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-559 et à l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales⁸.

3. Présentation du contrat de partenariat

Les contrats de partenariats sont des contrats globaux. Ils ont un objet global. Les partenaires privés ont donc « *une mission globale relative au **financement** d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la **construction ou transformation** des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur **entretien**, leur **maintenance**, leur **exploitation** ou leur **gestion**, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* »⁹.

⁵ Conseil d'Etat, 11 décembre 1963, Ville de Colombes, *Lebon*, p. 612

⁶ Conseil d'Etat, 14 octobre 1988, S.O.CEA-Balency, *Contrats et Marchés Publics*, 1989, n°240, p.8, note Moderne

⁷ Conseil d'Etat, 30 juin 1999, Département de l'Orne, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 1999, p.434, note Richer

⁸ « *La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.* »

⁹ Article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-559 et article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales

Il y a donc deux types de prestations :

- les prestations de base qui sont obligatoires : financement, construction ou transformation, entretien, maintenance, exploitation ou gestion ;
- les prestations complémentaires : conception ou autres prestations de service.

Ceux sont des contrats de longue durée puisqu'ils sont passés « *pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues* »¹⁰.

Le recours au contrat de partenariat est soumis à deux conditions alternatives :

- la complexité du projet ;
- l'urgence du projet.

La procédure de passation de ce type de contrat connaît des spécificités :

- l'évaluation préalable ;
- Le choix entre deux modalités de passation en fonction du caractère urgent ou complexe du projet : la procédure d'appel d'offre, le dialogue compétitif.

Le contrat de partenariat organise un partage des risques. Ce partage doit être fait de façon optimale, c'est-à-dire attribuer un risque à celui qui est le mieux à même de le supporter.

Il contient douze clauses obligatoires énumérées à l'article 11 de l'ordonnance n° 2004-559 et à l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales¹¹.

La rémunération du partenaire privé est assurée par un paiement différé de la personne publique. Elle peut être liée à des objectifs de performance¹².

Les apports du contrat de partenariat sont en général :

- une accélération des réalisations en raison du savoir-faire et des compétences des entreprises privées et des objectifs de performance ;
- la transparence des choix publics (dialogue compétitif) ;
- le partage des risques ;
- une méthode de coût global permettant la comparaison d'offre comportant un coût global pour l'ensemble du projet ;
- un paiement différé permettant la réalisation de projet coûteux impossible à financer en une seule fois ;
- la garantie des performances grâce aux objectifs de performance, aux sanctions et pénalités et au contrôle de la personne publique ;
- la maintenance contractualisée ;
- la suppression des travaux de réhabilitation.

Le contrat de partenariat est indépendant du service public pour lequel il a été conclu. Son utilisation n'est pas liée à un type de service public.

¹⁰ Article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-559 et article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales

¹¹ Cf. annexe 2 : exemple de structure de contrats de partenariat, p. 77

¹² Article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-559 et article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales

C'est un contrat à part entière de la commande publique qui se distingue tant du marché public que de la délégation de service public même s'ils ont quelques ressemblances entre eux¹³.

Le recours à un contrat de partenariat vise à répondre à une contrainte de triple nature :

- réaliser des investissements publics dans un contexte budgétaire contraint ;
- bénéficier des savoir-faire et capacités des firmes privées ;
- s'assurer d'une répartition optimale des risques entre entité publique et prestataire.

Concrètement, les contrats de partenariat sont¹⁴ :

- un seul contrat de partenariat signé : contrat relatif à l'éclairage public de la commune d'Auvers-sur-Oise ;
- des projets dans différents secteurs : rénovation de l'Institut national du sport et de l'éducation physique ; formation initiale des pilotes militaires d'hélicoptères dans le cadre de l'école d'application de l'aviation légère de l'armée de terre de Dax ; déploiement et gestion d'un réseau desserte internet-protocol pour les bases de l'Armée de l'Air ; réalisation du pôle énergie du centre hospitalier de Roanne ; département d'Eure-et-Loir dans les domaines de l'équipement informatique de ses 40 collèges publics ; ville de Rouen : rénovation de l'éclairage public et gestion du trafic sur le territoire communal. D'autres projets sont en cours, notamment au niveau des ministères de la défense, de l'éducation nationale, de la justice, des transports et de l'intérieur.

Les partenariats public-privé les mieux adaptés sont les partenariats sectoriels. Ils ont été créés pour un besoin spécifique, besoin auquel ils répondent parfaitement.

4. Les communications électroniques

Le terme de « communications électroniques » remplace celui de « télécommunications » utilisé précédemment. Ce changement de terminaison s'explique par la prise en compte des nouveaux moyens de communications tels que internet.

Les télécommunications sont toute transmission, émission et réception à distance, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toutes natures, par fil, radioélectricité, optique ou autres systèmes électromagnétiques¹⁵.

Selon l'article L. 32 1° du code des postes et des communications électroniques, instauré par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, « *on entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique* ».

¹³ Cf. annexe 1 : tableau de comparaison succincte des différents contrats administratifs, p. 76

¹⁴ http://www.ppp.minefi.gouv.fr/projets_contrats.php visité le 20/08/2006

¹⁵ Cf. CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Paris : Presses Universitaires de France, 2001.

La définition des communications électroniques répond au principe communautaire de la neutralité des technologies¹⁶ et permet ainsi de prendre en compte les nouvelles technologies de l'information et des communications sans avoir à changer la définition.

Ce changement de terminaison est dû à la convergence entre les secteurs de l'audiovisuel et des télécommunications. Cette convergence permet d'utiliser des supports différents pour transporter et traiter toutes sortes d'information et de services.

Ainsi, l'insertion du terme de communications électroniques a pour but de faire entrer dans un champ juridique neutre des opérateurs qui se trouvaient, jusqu'à présent, dans un cadre inapproprié en raison de la séparation qui existait entre télécommunications et audiovisuelle.

Les communications électroniques concernent deux domaines :

- Les réseaux de communications électroniques définis à l'article L. 32 2° du code des postes et des communications électroniques¹⁷ ;
- Les services de communications électroniques définis à l'article L. 32 6° du code des postes et des communications électroniques¹⁸.

Les communications électroniques recouvrent le téléphone, la téléphonie mobile, la télécopie, l'internet qui peut être avec ou sans fils (câbles, fibre optique, WiFi, Wimax...)

Lorsque nous parlons de projets dans les communications électroniques, il faut comprendre projets mettant en place les infrastructures nécessaires à l'utilisation de ces technologies.

Ainsi lorsqu'une personne publique souhaitera réaliser un projet dans les communications électroniques, il s'agit d'aménagement numérique du territoire.

La réalisation d'un projet d'aménagement numérique du territoire sera en général conduite par une collectivité territoriale en raison du manque d'installations de communications électroniques sur son territoire.

¹⁶ Principe édicté par le paquet télécoms qui est composé de six directives : directive « Cadre » 2002/21/CE du 7 mars 2002 ; directive « Autorisation » 2002/20/CE du 7 mars 2002 ; directive « Accès » 2002/19/CE du 7 mars 2002 ; directive « Service universel » 2002/22/CE du 7 mars 2002 ; directive « Vie privée et communications électroniques » 2002/58/CE du 12 juillet 2002 ; directive « Concurrence » 2002/77/CE du 16 septembre 2002.

¹⁷ Article L. 32 2° du code des postes et des communications électroniques : « On entend par réseau de communications électroniques toute installation ou tout ensemble d'installations de transport ou de diffusion ainsi que, le cas échéant, les autres moyens assurant l'acheminement de communications électroniques, notamment ceux de commutation et de routage. Sont notamment considérés comme des réseaux de communications électroniques : les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres, les systèmes utilisant le réseau électrique pour autant qu'ils servent à l'acheminement de communications électroniques et les réseaux assurant la diffusion ou utilisés pour la distribution de services de communication audiovisuelle. »

¹⁸ Article L. 32 6° du code des postes et des communications électroniques : « On entend par services de communications électroniques les prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications électroniques. Ne sont pas visés les services consistant à éditer ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique. »

Etudier l'utilisation des contrats de partenariats dans les communications électroniques est nécessaire en raison de la nouveauté tant des contrat de partenariat que de la préoccupation administrative de l'aménagement numérique du territoire.

Pourtant sur ces deux nouveaux sujets, peu d'écrits ont été réalisés. Le domaine des communications électroniques et les contrats de partenariats ne sont pas sans posés des questions et des difficultés, difficultés qui peuvent être un frein à l'action des collectivités territoriales.

En effet, une collectivité ne peut entamer un projet qu'elle ne comprend et appréhende que difficilement.

De plus, le recours au contrat de partenariat n'est pas la seule option qu'une collectivité possède pour la réalisation d'un projet dans les communications électroniques. Elle peut également recourir aux formes traditionnelles de gestion telles que les marchés publics et les délégations de service public.

Or la méconnaissance des différentes caractéristiques de l'utilisation d'un contrat de partenariat dans les communications électroniques peut avoir pour conséquence un choix inopportun de la méthode de gestion sélectionnée par la collectivité territoriale.

En effet, le recours aux contrats de partenariat peut être préférable pour certains projets dans les communications électroniques mais pas pour tous.

Ainsi, notre étude a pour but de répondre aux problèmes juridiques suivant :

- L'intérêt des collectivités territoriales pour le domaine des communications électronique : il s'agit du mode d'action des collectivités territoriales au niveau de leurs compétences et des initiatives privées.
- Le choix des modalités du développement des communications électroniques : ce problème concerne les différentes solutions de l'encadrement juridique de la réalisation d'un projet dans les communications électroniques.

En premier lieu, nous étudierons les problèmes juridiques liés à la décision de recourir à un contrat de partenariat. Ensuite, nous examinerons les spécificités du contrat de partenariat dans les communications électroniques ainsi que les avantages et inconvénients que son utilisation peut apporter dans la réalisation d'un tel projet.

Partie I : Collectivités territoriales et communications électronique : la décision de recourir à un contrat de partenariat

Développer les réseaux de communications électroniques est devenue une priorité locale pour différentes raisons, et notamment le développement économique de leur territoire.

Ce développement peut, notamment passer par la conclusion d'un contrat de partenariat instauré en 2004.

Une entreprise ne peut se permettre de ne pas disposer de tous les moyens de communications électroniques et, notamment, l'internet. En effet, l'essor actuel de l'internet joue un rôle moteur dans le développement international des entreprises.

En raison de cette mondialisation, les collectivités, afin de favoriser le développement économique de leur territoire, sont dans l'obligation de jouer un rôle moteur dans le développement des réseaux de communications électroniques.

La deuxième raison qui pousse les collectivités territoriales à agir dans ce domaine est la réforme de l'Etat et le développement de l'administration électronique.

Vouloir intervenir dans les communications électroniques est une chose, faut-il encore que les collectivités justifient la légalité de cette intervention et le recours à un contrat de partenariat public-privé.

Chapitre I : Le rôle des collectivités territoriales dans les communications électroniques

Quelle entité administrative peut conclure un contrat de partenariat dans le domaine des communications électroniques ? Les collectivités territoriales ont-elles cette compétence ?

L'ordonnance précitée du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat concerne tant l'Etat que les collectivités territoriales. En effet, l'article 1^{er} de l'ordonnance dispose que « *les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels l'Etat ou un établissement public de l'Etat...* ». L'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales, introduit dans le dit code par l'article 14 de l'ordonnance, dispose que « *les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels la **personne publique**...* », expression qui renvoie évidemment aux différentes collectivités territoriales et à leurs groupements.

La décentralisation a modifié les compétences respectives des collectivités territoriales et de l'Etat au détriment de ce dernier dont le rôle a été redimensionné. Les compétences étatiques qui ne pouvaient être gérées de manière optimale qu'au niveau local ont été transférées aux collectivités territoriales les mieux à même de les prendre en charge.

Ainsi, les collectivités territoriales se sont vues transférer de nombreuses compétences qui appartenaient à l'Etat. Les différentes lois de décentralisation ont non seulement transféré des compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales mais également réparti ces compétences entre les différentes collectivités elles-mêmes.

Malgré ces différentes compétences détenues par les collectivités territoriales, la légalité de leurs actions dans le domaine des communications électroniques fut difficilement acceptée. En effet, la liberté d'action des collectivités territoriales dans le domaines des communications électroniques a augmenté petit à petit : elles ont d'abord eu la possibilité de réaliser des infrastructures passives en se fondant sur l'article L. 1511-6 du code général des collectivités territoriales ; ensuite, leurs compétences se sont étendues aux infrastructures actives et à l'activité d'opérateur par l'insertion de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales.

Section 1 : L'aménagement du territoire et les compétences des collectivités territoriales

Selon la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat (« loi Defferre »), dans sa rédaction originale, les collectivités territoriales « *concourent avec l'Etat à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique, ainsi qu'à la protection de l'environnement et à l'amélioration du cadre de vie* ».

Ainsi l'aménagement du territoire doit se faire par des actions complémentaires de l'Etat et des collectivités territoriales et non de manière concurrentielle.

L'aménagement numérique du territoire a également une dimension politique et symbolique. Ainsi, dans les débats politiques, nous retrouvons des expressions telles que « *la fracture numérique* » ou « *le haut débit des ville et le haut débit des champs* ». L'ancien Président des Etats-Unis d'Amérique Bill Clinton a repris l'expression « *nouvelle frontière* » utilisée par Kennedy en parlant de l'espace qui fait référence aux communications électroniques.

Mais nous allons voir que les collectivités ne peuvent intervenir pour n'importe quelle action ; leurs actions sont limitées tant par leurs compétences que par leurs capacités financières.

1. Les compétences des collectivités territoriales

Les collectivités territoriales ne sont pas libres d'agir à leur guise. Leurs actions sont limitées par des compétences définies par la Constitution et par la loi et contrôlées administrativement et juridiquement. De plus, leurs ressources humaines et financières, étant limitées, ne leur permettent pas n'importe quelle utilisation de leurs compétences.

1.1. Les principes de compétences et l'intérêt local

Les compétences des collectivités sont principalement définies par l'intermédiaire de trois principes.

Néanmoins, la compréhension et l'appréhension de deux de ces principes nécessitent le recours à une notion complexe et floue qu'est l'intérêt local.

1.1.1. Le principe de libre administration, le principe de subsidiarité et la clause de compétence générale

L'alinéa 3 de l'article 72 de la Constitution dispose que « *dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* »¹⁹.

Ce principe de libre administration suppose une personnalité morale distincte de celle de l'Etat, l'existence d'élus, des compétences et des moyens propres.

Selon l'article 72, alinéa 2 de la Constitution, « *les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* ».

Cet article pose un principe de subsidiarité. Il permet à chaque échelon de l'organisation administrative de traiter ce qu'elle est le mieux à même de gérer et de laisser à l'échelon supérieur ce qui ne peut être géré localement.

Les articles L. 2121-29, L. 3211-1 et L. 4221-1 du code général des collectivités territoriales mettent en place une compétence générale en faveur des différentes collectivités.

Selon l'article L. 2121-29, repris par les deux autres articles cités précédemment, « *le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune* ».

Ces articles ont pour but de créer des blocs de compétence à chaque échelon territorial. Néanmoins, il existe de nombreuses compétences complémentaires gérées par différentes collectivités.

1.1.2. L'intérêt local

Le principe de subsidiarité et la clause de compétence générale se rapportent à la notion d'intérêt local.

L'intérêt local est un intérêt public propre à une collectivité. L'intérêt public renvoie à « *ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous* »²⁰.

En effet, une collectivité territoriale n'existe que pour gérer des services publics qui sont défini par deux éléments dont l'intérêt général ou local. Elle sera compétente pour une mission lorsque celle-ci relève de son intérêt local.

Néanmoins, cette notion d'intérêt local est complexe. Elle est en constante évolution et fluctue avec le temps, l'espace et la taille de la collectivité.

¹⁹ Le principe de libre administration des collectivités territoriales a été expressément reconnu par les Conseil constitutionnel dans sa décision n° 82-137 DC du 25 février 1982 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82137dc.htm> visité le 20/08/2006).

²⁰ CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Précité

Au départ, n'était d'intérêt général que l'intérêt national et, ainsi seules les activités régaliennes et non régaliennes répondant à un besoin propre de l'Etat afin de remplir ses missions régaliennes, étaient des activités d'intérêt général. C'était le cas, par exemple du transport²¹. Avec cette notion de l'intérêt général, les collectivités n'agissaient jamais pour leurs besoins propres. C'était une des raisons qui justifiaient la tutelle que l'Etat avait sur elles.

Aujourd'hui, l'intérêt général s'est grandement élargi comme on peut le voir dans différentes jurisprudences administratives et comporte des activités telles que la santé, les loisirs, la culture, la vie économique, la politique sociale²²...

Pourtant, cet intérêt local ne permet pas n'importe quelle action de la part des collectivités.

En effet, une collectivité ne peut pas justifier par un intérêt local une action dans les nouveaux domaines de l'intérêt général alors que des initiatives privées répondent déjà aux besoins du public²³.

Ainsi tant que les initiatives privées existent de manière quantitative mais également qualitative, les collectivités ne pourront intervenir dans le domaine concerné. Mais si l'initiative privée est inexistante ou même juste défailante, les collectivités pourront agir dans l'intérêt local²⁴. Ceci a pour but de préserver le principe de libre concurrence²⁵. En effet, les collectivités sont soumises au droit de la concurrence qu'il soit d'origine nationale ou communautaire²⁶.

En ce qui concerne les communications électroniques, la référence à la carence privée constatée se retrouve dans l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales lorsque la collectivité intervient dans un service de communication électronique au sens de l'article L. 32 6° du code des postes et des communications électroniques. Néanmoins, ce même article n'exige pas le constat de la carence pour les projets dans les réseaux de communications électroniques au sens de l'article L. 32 2° du code des postes et des communications électroniques.

²¹ *Conseil d'Etat, Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies, 18 juillet 1913*. Recueil, p. 875, conclusion Helbronner ; *Revue de droit public* 1913, p. 506, conclusion Helbronner, note Jèze

²² Voir, par exemple, *Conseil d'Etat, Ordre des avocats à la Cour de Paris, 17 décembre 1997*. Recueil, p. 491 ; Dalloz 1998, p. 591, note Jorion ; *Conseil d'Etat, assemblée, Caisse primaire « Aide et Protection », 13 mai 1938*. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13^e édition, n°55, p.335 ; *Conseil d'Etat, section, Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie, 12 juin 1959*. Recueil p. 363 ; Dalloz 1960, p. 402, note Robert.

²³ *Conseil d'Etat, section, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, 30 mai 1930*. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13^e édition, n°46, p. 282

²⁴ Voir *Conseil d'Etat, section, Chouard et autres, 22 novembre 1935*. Recueil p. 1080 ; *Conseil d'Etat, section, Ville de Nanterre, 20 novembre 1964*. Recueil P. 536 ; *Revue administrative* 1965 p. 31, note Liet-veaux .

²⁵ Le principe de libre concurrence ou liberté de concurrence est une composante de la liberté du commerce et de l'industrie tout comme les libertés d'entreprendre et d'exploiter. Ce principe fut reconnu par le Conseil d'Etat dans son arrêt *syndicat de la boucherie* du 6 mars 1914 (Recueil, p. 308). La liberté du commerce et de l'industrie ne fut pas reconnue par le Conseil constitutionnel comme une liberté de valeur constitutionnelle (94-345 DC du 29 juillet 1994 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94345dc.htm> visité le 20/08/2006) alors que la liberté d'entreprendre a valeur constitutionnelle (Conseil constitutionnel 81-132 DC du 16 janvier 1982 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1981/81132dc.htm> visité le 20/08/2006). Le Conseil d'Etat l'a reconnue comme une liberté publique (Conseil d'Etat, 10 janvier 1964, Recueil, p. 20).

²⁶ *Conseil d'Etat, section, Société Million et Marais, 3 novembre 1997*, GAJA, 13^{ème} édition, n° 112, p.803

Cette différence de traitement entre les activités de communications électroniques exercées par les collectivités territoriales peut se justifier par le fait que le constat de carence privée dans les réseaux est superficiel puisque si le secteur est rentable des opérateurs privés seront déjà installés. L'intervention des collectivités dans les réseaux a donc pour but de stimuler la concurrence qui est inexistante en raison du manque de rentabilité du secteur. La collectivité devient, ainsi, opérateur d'opérateurs.

Les actions des collectivités, malgré un intérêt local, peuvent être limitées pour d'autres raisons que l'existence d'une activité privée.

En effet, elles ne peuvent, en raison d'un intérêt local quelconque, empiéter sur les compétences attribuées à d'autres entités en vertu de la loi. Elles doivent limiter leurs actions à leur intérêt local propre et ne peuvent donc intervenir en invoquant un intérêt international, national ou un intérêt local qui leur est étranger.

La compétence générale des collectivités se limite à leur territoire. Si une collectivité entreprend une action sur son territoire, elle ne pourra l'étendre au territoire de la collectivité voisine que si cette dernière prend la suite des opérations, d'autant plus que la tutelle d'une collectivité sur une autre est proscrite par l'article 72 alinéa 5 de la Constitution. Néanmoins, ce même article permet la nomination, par la loi, d'un chef de fil pour les activités nécessitant le concours de plusieurs collectivités (*« Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune. »*). Ainsi une collectivité pourra être porteuse d'un projet qui s'étendra au-delà de ses frontières si les collectivités concernées par ce projet souhaitent y participer.

1.2. La répartition des compétences entre les collectivités territoriales

Enumérer les grandes compétences de chaque type de collectivité, nous permettra de mieux appréhender les raisons de leur action dans le domaine des communications électroniques. Ceci peut paraître fastidieux, mais, comme nous l'avons vu précédemment, les collectivités ne sont pas libres d'agir à leur guise.

Les collectivités territoriales sont composées de trois niveaux : région, département et commune.

Les communes peuvent être de tailles très diverses mais leurs compétences restent les mêmes pour toutes. En raison de son caractère de proximité avec les usagers, c'est une administration de contact. Elles offrent des services quotidiens tels que les transports urbains, les écoles maternelles et primaires... Elles ont donc des compétences diverses dans les domaines sanitaire, social, culturel et des sports et loisirs.

Les départements ont été conçus comme une collectivité gestionnaire tournée vers les services et les actions sociales. Ainsi sa première mission est l'aide et l'action sociale. Mais il intervient dans des domaines tout aussi variés que les communes. A titre d'exemple, il est responsable du transport scolaire hors urbain, des ports de pêches et de commerce, des routes

départementales, des collèges d'enseignement secondaire, des services des archives... Ils sont également chargés d'une mission d'aide aux communes rurales, des bibliothèques départementales et des musées.

Les régions sont surtout chargées du développement économique. A ce titre, elles jouent un rôle actif dans l'aménagement numérique du territoire puisque le développement des communications électroniques est primordial pour rendre un territoire attractif pour les entreprises.

Au sein de ses autres missions, nous pouvons citer les actions de formation professionnelle, les lycées et lycées agricoles, les aides aux entreprises, les transports régionaux...

1.3. Le contrôle des compétences

Le respect des compétences des collectivités est contrôlé, d'un part, par le Préfet et, d'autre part, par le juge administratif. Ce dernier peut être saisi soit par des citoyens de la collectivité en question soit par le préfet.

L'action du préfet s'effectue suite au contrôle administratif des actions des collectivités qui a remplacé la tutelle. En effet, la loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 modifiant et complétant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, départements et régions et précisant les nouvelles conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales, a instauré un mécanisme de transmission obligatoire de certains actes des collectivités.

Cette transmission est une condition au caractère exécutoire de ces actes. Elle ne concerne que les actes les plus importants tels que les délibérations des assemblées délibérantes, les arrêtés réglementaires ou les décisions relatives à l'exercice d'un pouvoir de police.

Le contrôle effectué par le préfet est un contrôle de légalité. Lorsqu'il décide de saisir le juge administratif, il s'agit d'un déferé préfectoral.

Toute autre personne peut saisir le juge administratif s'il justifie d'un intérêt à agir. Ceci empêche donc un citoyen d'une collectivité voisine d'agir contre les actions de la collectivité litigieuse sauf si cette dernière empiète sur les compétences de sa collectivité qui reste passive devant cette infraction.

1.4. L'action des collectivités territoriales et leur capacité financière

Comme nous allons le voir, la passation d'un contrat de partenariat est complexe et coûteuse. Elle nécessite d'importantes connaissances sur divers domaines. Ce type de contrat est généralement passé pour des opérations qui sont financièrement et, parfois techniquement hors de portée de l'administration.

Ainsi, seules les collectivités ayant d'importants moyens humains et financiers pourront se permettre de se lancer dans une telle procédure.

1.4.1. Les moyens humains

Les lois du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ont créé la fonction publique territoriale.

Cette fonction publique concerne les fonctionnaires de toutes les collectivités territoriales. Ces derniers sont régis par un seul statut.

Mais les fonctionnaires ne sont pas les seules ressources humaines dont dispose les collectivités. En effet, elles peuvent recruter du personnel par contrat. Il s'agit d'agents contractuels qui ne bénéficient pas du statut de la fonction publique territoriale mais d'un contrat particulier.

Les contrats de partenariat, en raison de leur complexité et de la lourdeur de leur passation et suivi, nécessitent une équipe dédiée à la vie de chaque contrat de partenariat passé. Or, en raison de la nouveauté de ces contrats, les ressources des collectivités sont souvent insuffisantes soit au niveau du personnel disponible soit au niveau des compétences. Ainsi, les collectivités devront faire appel à des experts, ce qui va augmenter le coût de passation du contrat.

1.4.2. Les moyens financiers

Les moyens financiers des collectivités sont composés en grande partie par les impôts locaux (40%), les concours financiers de l'Etat (22%), l'épargne locale et les emprunts (qui ne peuvent être utilisés que pour des dépenses d'investissement)²⁷.

Les collectivités dépendent donc beaucoup de l'Etat. En effet, seul le Parlement peut créer, modifier ou supprimer des impôts. De plus, l'Etat est devenu le premier contribuable

²⁷ VERPEAUX, Michel. *Les collectivités territoriales en France*. Paris : Dalloz, Connaissance du droit, 2^{ème} édition, 2004, p. 127-130.

local en raison des compensations données aux collectivités en raison e nouveaux transfert de compétence ou de suppression d'impôts locaux.

Les moyens financiers des collectivités, en raison de l'importance des impôts locaux, varient en fonction de l'implantation des entreprises. Plus il y aura d'entreprises implantées sur le territoire d'une collectivité, plus elle touchera de taxe professionnelle.

Puisque la passation d'un contrat de partenariat est onéreuse, seules les grandes collectivités, les « collectivités industrielles » ou les groupements de collectivités auront les moyens suffisant pour recourir à une telle procédure. Or, les réseaux de communications électroniques ne connaissent que très peu de zones blanches dans les grandes collectivités ou les « *collectivités industrielles* ». Ainsi, les groupements de collectivités sont les entités juridiques les plus à même à conclure des contrats de partenariat.

A la vue des missions et compétences des collectivités territoriales, nous pouvons nous demander en quoi le développement des communications électroniques révèle un intérêt local qu'elles auraient besoin de satisfaire. Cet intérêt local est lié, en premier lieu au développement économique et, en second lieu, à la réforme de l'Etat.

2. L'administration électronique, l'aménagement numérique du territoire et les collectivités territoriales

Cet intérêt local se retrouve dans le développement économique du territoire de la collectivité.

De plus, la réforme de l'Etat est devenue l'une des préoccupations majeures de l'administration. Une de ces manifestations est l'adoption et la mise en œuvre de la loi organique n° 2001-692 relative aux lois de finance (dite LOLF).

Cette réforme a pour but de simplifier et d'améliorer l'efficacité et la performance de l'administration. Ainsi, elle doit passer par l'administration électronique qui permet un gain de temps et d'argent tant pour l'administration que pour l'utilisateur.

C'est dans l'administration électronique et, donc, dans la réforme de l'Etat que les collectivités territoriales vont trouver un intérêt local à intervenir dans le domaine des communications électroniques.

2.1. Le développement des réseaux de communications électroniques, mission des collectivités territoriales ?

Les différentes missions que nous avons citées précédemment, peuvent également nous permettre de justifier un intérêt à agir pour les collectivités territoriales dans le domaine des communications électroniques.

C'est le cas, par exemple, de la mission régionale de développement économique. Aujourd'hui, afin d'inciter les entreprises à s'installer sur son territoire, une région doit être en mesure de lui assurer une connexion internet haut débit.

L'enseignement, qu'il soit primaire ou secondaire peut lui aussi nécessiter l'utilisation de réseaux de communications électroniques puisque l'informatique et l'internet sont les technologies qu'il faut désormais maîtriser pour entrer dans le monde du travail.

Le développement de l'administration électronique est tant d'intérêt national que local. En effet, l'e-administration permet de moderniser l'administration quelle soit nationale ou locale.

La modernisation de l'administration locale est bien entendue d'intérêt local puisqu'elle va permettre aux collectivités territoriales un gain de temps et d'argent.

Malgré les besoins du développement des communications, il existe des « zones d'ombre », c'est-à-dire des zones dans lesquelles les réseaux de communications électroniques sont très insuffisants voir inexistantes. De telles zones sont à l'origine de la « fracture numérique ».

La « fracture numérique » serait une séparation entre les personnes qui ont accès à l'information numérique et celles qui n'y ont pas accès. Cette fracture ne peut être réduite que par le développement des communications électroniques.

2.2. Qu'est-ce que l'administration électronique ?

L'administration électronique est l'administration via les communications électronique. Selon l'OCDE, l'e-administration recouvre « *l'usage des technologies de l'information et de la communication, et en particulier de l'internet, en tant qu'outil visant à mettre en place une administration de meilleure qualité* »²⁸

Beaucoup de plaintes sont prononcées contre l'administration en raison des horaires d'ouverture qui ne correspondent pas à la disponibilité des usagers actifs, de la complexité des formulaires ou des procédures, de la lenteur des traitements des dossiers... L'administration électronique a pour but de corriger la plus grande partie de ces défauts.

²⁸ OCDE 2003, <http://www.oecd.org> visité le 20/08/2006

En effet, elle permet d'éviter de nombreux déplacements de l'utilisateur, la reproduction de documents que l'administration possède déjà dans certains services, la simplification des formulaires, la rapidité du traitement des dossiers...

L'e-administration est donc un outil de simplification administrative. Les objectifs de cette simplification sont divers :

- Étendre et garantir les droits des citoyens
- Moderniser l'État ;
- Améliorer l'efficacité de l'action publique ;
- Mutualiser les données administratives.

L'administration électronique va permettre différentes nouveautés telles que :

- Le co-marquage : technique qui permet aux sites publics locaux de réutiliser les informations administratives du site public national www.service-public.fr ;
- La déclaration, le paiement et la gestion des impôts en ligne : Programme COPERNIC, téléTVA, téléIR, Satelit ;
- La déclaration sociale en ligne (pour les entreprises) : Portail Net-entreprises ;
- La demande de divers documents administratifs : extrait de casier judiciaire, pour certaines villes possibilité de demande d'extrait d'acte de naissance ;
- Le changement d'adresse : Programme ADELE, ADELE4 ;
- La dématérialisation des marchés et contrats publics : Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, code des marchés publics 2004 et projet de code des marchés publics de 2006 ;
- La dématérialisation du contrôle de légalité : Programme HELIOS ;
- L'échange de données sécurisé entre administration : Programme FAST ;
- Le site « mon service-public.fr » : Espace personnel dans lequel nous pourrions stocker des données personnelles que l'administration est susceptible de nous demander...

En résumé, les compétences des collectivités territoriales sont régies par deux principes : le principe de subsidiarité et la clause de compétence générale. Ces principes de compétences sont limités par la notion d'intérêt local et par l'interdiction d'une tutelle d'une collectivité sur une autre. Cette interdiction a d'autant plus d'importance qu'il existe trois niveaux de collectivité qui ont chacune des compétences propres mais qui peuvent se chevaucher et se compléter.

L'e-administration et certaines des missions spécifiques à chaque collectivité territoriale peuvent justifier l'intervention des collectivités.

De plus, leur intervention dans les communications électroniques a été reconnue légalement dans l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales.

Section 2 : L'intervention des collectivités territoriales dans les communications électroniques

Avant la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dite LCEN, malgré la volonté de développer les réseaux de communications électroniques, les actions des collectivités territoriales étaient freinées par un cadre juridique insuffisant²⁹.

1. L'intervention des collectivités territoriales avant l'article L. 1425 du code général des collectivités territoriales

Avant 1999, l'intervention des collectivités territoriales dans le domaine des communications électroniques était limitée à la gestion de leur domaine routier et non routier. Elles ne pouvaient intervenir de manière plus importante car les initiatives privées paraissaient suffisantes qualitativement et quantitativement.

A partir de 1999, le législateur intervient afin de donner une liberté d'action grandissante aux collectivités territoriales dans le domaine des communications électroniques :

- La possibilité de réaliser des infrastructures passives : article L. 1511-6 du code général des collectivités territoriales (la loi n° 99-653 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire) ;
- Extension des compétences à la réalisations d'infrastructures actives et, surtout, la possibilité de devenir opérateur : article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales (la loi n° 2004-575 pour la Confiance dans l'économie numérique).

1.1. La gestion du domaine routier et non routier

Les collectivités sont les gestionnaires de leur domaine public routier et non routier. Avant que le législateur leur donne compétence pour agir dans le secteur des communications électroniques, leurs interventions se limitaient à la délivrance d'autorisation d'occupation du domaine public.

²⁹ Tribunal administratif de Nancy, 18 mars 1999, France Télécom, n°981 140 : Sanction de la délibération de la Communauté urbaine du Grand Nancy prévoyant la réalisation d'une boucle locale en fibre optique sur le fondement du principe de la liberté, du commerce et de l'industrie. (Recueil Dalloz Sirey, n°40, 11 novembre 1999, p. 617-622)

1.1.1. Le domaine public routier

Néanmoins, la loi n° 96-659 du 6 juillet 1996 de réglementation des télécommunications et son décret d'application 97-683 du 30 mai 1997 relatif au droit de passage sur le domaine public routier ont créé, au bénéfice des opérateurs de réseaux ouverts au public³⁰ titulaire de licence, un droit de passage.

Ainsi les collectivités ne pouvaient s'opposer à la délivrance d'une autorisation d'occupation du domaine public routier lorsque cette dernière était demandée par ces opérateurs et seulement eux.

1.1.2. Le domaine public non routier

Ce droit de passage ne concernait que le domaine public routier. Pour le domaine public non routier le droit commun de la domanialité publique s'appliquait.

L'occupation du domaine public relève de trois principes : l'autorisation, la perception de redevance et le caractère précaire de l'autorisation.

L'autorisation doit être expresse. Elle a un caractère personnel, elle est non cessible.

En contrepartie de l'occupation du domaine public, le titulaire de l'autorisation doit verser, au propriétaire du domaine occupé, une redevance.

L'administration doit toujours être en mesure de répondre aux besoins des usagers. Or cette réponse peut nécessiter l'utilisation d'une partie du domaine public qui est occupée privativement. C'est pourquoi le principe de précarité s'applique aux autorisations d'occupation privative du domaine public. Ainsi, ces dernières peuvent ne pas être renouvelées ou être retirées avant leur terme.

Une telle intervention de la part des collectivités territoriales dans les communications électroniques s'est vite révélée insuffisante face à la demande grandissante des citoyens et à l'existence de zone d'ombre. Le législateur a donc tenté d'y remédier en 1999.

³⁰ Selon l'article L. 32 3° du code des postes et des communications électroniques, un réseau ouvert au public est « tout réseau de communication électronique établi ou utilisé pour la fourniture au public de service de communication électronique ou de service de communication au public par voie électronique ».

1.2. L'article L. 1511-6 du code général des collectivités territoriales

L'article 17 de la loi n ° 99-653 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire a introduit, dans le code général des collectivités territoriales, l'article L. 1511-6 :

« Les collectivités territoriales ou les établissements publics de coopération locale ayant bénéficié d'un transfert de compétence à cet effet, peuvent, après une consultation publique destinée à recenser les besoins des opérateurs ou utilisateurs, créer des infrastructures destinées à supporter des réseaux de télécommunication.

Ces collectivités et établissements ne peuvent pas exercer les activités d'opérateur au sens du 15° de l'article L. 32 du code des Postes et Télécommunications. Les infrastructures mentionnées au premier alinéa peuvent être mises à la disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs par voie conventionnelle, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires et à des tarifs assurant la couverture des coûts correspondant, déduction faite des subventions publiques qui, dans certaines zones géographiques, peuvent être consenties selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. La mise à disposition d'infrastructures par les collectivités ou établissements publics ne doit pas porter atteinte aux droits de passage dont bénéficient les opérateurs de télécommunication autorisés.

Les dépenses et les recettes relative à la construction, à l'entretien et à la location des infrastructure mentionnées au premier alinéas sont retracées au sein d'une comptabilité distincte. »

Les collectivités territoriales avaient donc la possibilité de créer des infrastructures passives de communications électroniques, c'est-à-dire des fibres noires inactivées et des équipements de raccordement.

Néanmoins, elles étaient dans l'impossibilité d'exercer les activités d'opérateur tel que définie à l'article L. 32 15° du code des postes et des communications électroniques : *« toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques »*. Ainsi, elles ne pouvaient ni exploiter un réseau ouvert au public, ni assurer la fourniture d'un service de communications électroniques³¹.

Ces infrastructures passives ne pouvaient qu'être mise à la disposition d'opérateurs privés par voie de contrat de location. Ces opérateurs les exploitaient en direction de leurs clients.

Ces dispositions législatives ne permettaient pas aux collectivités de réaliser les objectifs que les collectivités territoriales poursuivaient. En effet, la création de ces infrastructures ne permettait pas de couvrir les zones d'ombre puisqu'il fallait qu'un opérateur privé décide de les exploiter. Elle pouvait donc être source de dépense sans être la source de la satisfaction d'un besoin public.

³¹ Article L. 32 6° du code des postes et des communication électronique : *« On entend par service de communication électronique les prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communication électronique. Ne sont pas visés les services consistant à édicter ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique. »*

Se rendant compte de ces inconvénients, lors du Comité Interministériel d'Aménagement et du Développement du Territoire du 13 décembre 2002³², le Gouvernement a décidé de proposer un changement de la situation juridique des collectivités territoriales en matière de communications électroniques.

2. L'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales

Introduit par l'article 50 de la loi n° 2004-575 pour la Confiance dans l'économie numérique (dite LCEN), l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales³³ a

³² [http://www.diact.gouv.fr/datar_site/datar_CIADT.nsf/\\$ID_Dossier/CLAP-5GSCTS](http://www.diact.gouv.fr/datar_site/datar_CIADT.nsf/$ID_Dossier/CLAP-5GSCTS) visité le 20/08/2006

³³ Article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales « I. - Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, deux mois au moins après la publication de leur projet dans un journal d'annonces légales et sa transmission à l'Autorité de régulation des communications électroniques, établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications électroniques au sens du 3° et du 15° de l'article L. 32 du code des postes et communications électroniques, acquérir des droits d'usage à cette fin ou acheter des infrastructures ou réseaux existants. Ils peuvent mettre de telles infrastructures ou réseaux à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants. L'intervention des collectivités territoriales et de leurs groupements se fait en cohérence avec les réseaux d'initiative publique, garantit l'utilisation partagée des infrastructures établies ou acquises en application du présent article et respecte le principe d'égalité et de libre concurrence sur les marchés des communications électroniques.

Dans les mêmes conditions qu'à l'alinéa précédent, les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent fournir des services de communications électroniques aux utilisateurs finals qu'après avoir constaté une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins des utilisateurs finals et en avoir informé l'Autorité de régulation des communications électroniques. Les interventions des collectivités s'effectuent dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées.

L'insuffisance d'initiatives privées est constatée par un appel d'offre déclaré infructueux ayant visé à satisfaire les besoins concernés des utilisateurs finals en services de communications électroniques.

II. - Lorsqu'ils exercent une activité d'opérateur de communications électroniques, les collectivités territoriales et leurs groupements sont soumis à l'ensemble des droits et obligations régissant cette activité.

Une même personne morale ne peut à la fois exercer une activité d'opérateur de communications électroniques et être chargée de l'octroi des droits de passage destinés à permettre l'établissement de réseaux de communications électroniques ouverts au public.

Les dépenses et les recettes afférentes à l'établissement de réseaux de communications électroniques ouverts au public et à l'exercice d'une activité d'opérateur de communications électroniques par les collectivités territoriales et leurs groupements sont retracées au sein d'une comptabilité distincte.

III. - L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes est saisie, dans les conditions définies à l'article L. 36-8 du code des postes et communications électroniques, de tout différend relatif aux conditions techniques et tarifaires d'exercice d'une activité d'opérateur de communications électroniques ou d'établissement, de mise à disposition ou de partage des réseaux et infrastructures de communications électroniques visés au I.

Les collectivités territoriales, leurs groupements et les opérateurs de communications électroniques concernés lui fournissent, à sa demande, les conditions techniques et tarifaires faisant l'objet du différend, ainsi que la comptabilité retraçant les dépenses et les recettes afférentes aux activités exercées en application du présent article.

IV. - Quand les conditions économiques ne permettent pas la rentabilité de l'établissement de réseaux de communications électroniques ouverts au public ou d'une activité d'opérateur de communications électroniques, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent mettre leurs infrastructures ou réseaux de communications électroniques à disposition des opérateurs à un prix inférieur au coût de revient, selon des modalités transparentes et non discriminatoires, ou compenser des obligations de service public par des subventions accordées dans le cadre d'une délégation de service public ou d'un marché public.

V. - Les dispositions du I relatives aux obligations de publicité et à la nécessité de constater une insuffisance d'initiatives privées, ainsi que le deuxième alinéa du II, ne sont pas applicables aux réseaux établis et exploités par les collectivités territoriales ou leurs groupements pour la distribution de services de radio et de télévision si

pour but de corriger les insuffisances de l'ancien article L. 1511-6 dudit code en donnant une plus grande liberté d'action aux collectivités dans le domaine des communications électroniques.

2.1. Le champ d'application

Selon I de l'article en question : *« les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, deux mois au moins après la publication de leur projet dans un journal d'annonces légales et sa transmission à l'Autorité de régulation des communications électroniques, établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications électroniques au sens du 3° et du 15° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques, acquérir des droits d'usage à cette fin ou acheter des infrastructures ou réseaux existants. Ils peuvent mettre de telles infrastructures ou réseaux à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants ».*

Dorénavant, les collectivités territoriales ont donc la possibilité d'intervenir dans les communications électroniques par quatre activités différentes :

- établir sur leur territoire des infrastructures passives et les mettre à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants ;
- établir sur leur territoire des réseaux au sens du 3° et du 15° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques³⁴ et les mettre à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants ;
- établir et exploiter sur leur territoire des réseaux de communications électroniques au sens du 3° et du 15° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques ;
- fournir des services de communications électroniques aux utilisateurs finaux.

2.2. Les conditions de forme

Selon le I de l'article L. 1425-1, *« les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, deux mois au moins après la publication de leur projet dans un journal d'annonces légales et sa transmission à l'Autorité de régulation des communications électroniques, [...] ».*

Ainsi, avant la mise en œuvre d'un projet de l'article L. 1425-1, la collectivité doit informer l'Autorité de Régulation des Communications Electronique et des Postes de ce projet. Cette transmission doit permettre à l'autorité d'obtenir *« une description de chacun de leur projet et les modalités de leur exécution »*³⁵.

ces réseaux ont été établis avant la date de promulgation de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. »

³⁴ Ces articles se réfèrent aux notions de réseau ouvert au public et d'opérateur.

³⁵ Avis rendu par la Commission des lois du Sénat dans le cadre des discussions relatives à la loi sur la confiance dans l'économie numérique

L'absence de cette information à l'autorité peut entraîner l'illégalité du projet.

Cette formalité doit être accomplie dans un court délai, tout comme le contrôle de l'autorité de régulation puisque le délai pour commencer la mise en œuvre du projet est d'au moins deux mois à partir de la publication du projet et de sa transmission à l'autorité.

2.3. Les principes à respecter dans la mise en œuvre d'un projet de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales

Cinq principes sont édictés par l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales :

- Principe d'égalité ;
- Principe de libre concurrence ;
- Principe de cohérence ;
- Principe d'utilisation partagé des infrastructures
- Principe de séparation.

Les quatre premiers sont exprimés au I de l'article L. 1425-1 : « *l'intervention des collectivités territoriales et de leurs groupements se fait en cohérence avec les réseaux d'initiative publique, **garantit l'utilisation partagée des infrastructures établies ou acquises en application du présent article et respecte le principe d'égalité et de libre concurrence sur les marchés des communications électroniques** ».*

Le cinquième principe est énoncé à l'alinéa 2 II dudit article : « ***une même personne morale ne peut à la fois exercer une activité d'opérateur de communications électroniques et être chargée de l'octroi des droits de passage destinés à permettre l'établissement de réseaux de communications électroniques ouverts au public** ».*

Depuis l'entrée en vigueur de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales, les collectivités sont admises à intervenir dans le domaine des communications électroniques. Cette intervention peut se faire selon différents procédés dont la passation de contrat de partenariat public-privé. En effet, cet article consacre une liberté de choix du schéma contractuel. La première étape d'une telle procédure est la définition des besoins de la collectivité et l'élaboration d'une évaluation du projet.

Chapitre II : La décision de recourir à un contrat de partenariat

Lorsqu'une collectivité territoriale souhaite recourir à un contrat de partenariat public-privé, la décision qu'elle prend doit être justifiée.

L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et, donc le code général des collectivités territoriales, dans sa première partie, au chapitre IV (« Les contrats de partenariat ») du titre I du livre IV (articles L. 1414-1 à L. 1414-16) mettent en place une procédure précise en ce qui concerne la décision de recourir à un contrat de partenariat.

Selon l'article L. 1414-7, « *sur la base du programme fonctionnel qu'elle a établi, la personne publique engage un dialogue avec chacun des candidats, dont l'objet est de définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre à ses besoins* »³⁶.

Ainsi, il préconise la définition des besoins de la collectivité et la rédaction d'un programme fonctionnel avant toute chose.

L'article L. 1414-2³⁷ met en place une évaluation préalable obligatoire permettant de justifier le choix de recours au contrat de partenariat pour le projet envisagé.

³⁶ Article L. 1414-7 du code général des collectivités territoriales : « *Sur la base du programme fonctionnel qu'elle a établi, la personne publique engage un dialogue avec chacun des candidats, dont l'objet est de définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre à ses besoins.*

La personne publique peut discuter avec les candidats de tous les aspects du contrat.

Chaque candidat est entendu dans des conditions de stricte égalité. La personne publique ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Elle ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion sans l'accord de celui-ci.

La personne publique poursuit les discussions avec les candidats jusqu'à ce qu'elle soit en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

Elle peut prévoir que les discussions se déroulent en phases successives au terme desquelles seules sont retenues les propositions répondant le mieux aux critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation. Le recours à cette possibilité doit avoir été indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

Lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme, la personne publique en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Elle invite les candidats à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois. Elle définit les conditions d'exécution du contrat, y compris de celles de ses clauses qui prévoient une évolution, pendant la durée du contrat, des droits et obligations du cocontractant, et, le cas échéant, précise les critères d'attribution du contrat définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation. Elle s'efforce de maintenir jusqu'à ce stade une concurrence réelle. »

³⁷ Article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales : « *Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation :*

a) Montre ou bien 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 pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ;

b) Expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct.

La prise de décision de recourir à un contrat de partenariat se décompose en trois phases :

- Phase 1 : La collectivité définit son programme fonctionnel à partir de ses besoins, précise quel ensemble de constructions et de services elle entend obtenir.
- Phase 2 : La collectivité vérifie l'urgence puis la complexité du projet.
- Phase 3 : La collectivité réalise une analyse comparative permettant d'établir la nécessité de recourir à un contrat de partenariat puis soumet l'évaluation à l'assemblée délibérante qui se prononce.

Section 1 : Les motifs du recours au contrat de partenariat et les besoins de la collectivité territoriale

Le contrat de partenariat est une alternative offerte aux collectivités territoriales. Néanmoins, étant un contrat complexe, le choix de recourir à ce type de contrat s'explique surtout par un choix économique.

La complexité de la passation d'un tel contrat oblige les collectivités, afin de l'élaborer de manière à ce qu'il corresponde au mieux à leurs besoins, d'établir un programme fonctionnel.

1. Le choix économique du contrat de partenariat

Le choix économique d'un type de contrat varie selon différents paramètres tels que la nature de l'équipement faisant l'objet de la transaction, le degré d'asymétrie d'information ou la diversité des offreurs.

En effet, l'utilisation d'une procédure concurrentielle ne se fera que dans une situation avec des structures de marché concurrentiel et des préférences de l'acheteur établi. Mais lorsque le marché est peu concurrentiel et que les spécifications techniques du projet ne peuvent être définies par l'acheteur, une procédure négociée est plus appropriée.

Le partage des risques joue un rôle important tant dans le coût du contrat que dans son exécution. Par exemple, si l'acheteur public prend les risques à sa charge, il minimisera la prime de risque mais également les incitations à exécuter le contrat au moindre coût pour les entreprises.

L'évaluation mentionnée ci-dessus est présentée à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou à l'organe délibérant de l'établissement public, qui se prononce sur le principe du recours à un contrat de partenariat. »

Il apparaît donc que chacun des aspects d'un contrat, qu'il s'agisse de la procédure, du partage des risques, du paiement du cocontractant ou des droits de propriété, doivent être examinés en fonction des attentes et besoins de la collectivité.

Les choix de la collectivité auront un impact sur l'économie du contrat. Le coût du contrat dépendra de ses choix. Ce coût ne s'évalue que sur toute sa durée et non seulement lors de sa passation.

La création des contrats de partenariat avait pour but d'améliorer l'efficacité de l'investissement public.

Ainsi un contrat de partenariat doit remplir un certain nombre d'objectifs permettant cette amélioration de l'efficacité de l'investissement public :

- Il doit permettre une meilleure identification des besoins grâce à laquelle la collectivité sera mieux à même de définir ses attentes.
- La définition des fonctionnalités et des performances de l'infrastructure, de l'ouvrage et également du service permettra un contrôle plus efficace.
- Le dialogue compétitif possible dans certaines conditions permet l'approfondissement et l'amélioration des projets et de la sélection de la solution.
- La maîtrise d'ouvrage privée permet une conception et une réalisation optimisées.
- La répartition des risques est plus efficace que dans les autres contrats.
- L'étalement de la dépense publique permet d'aller au delà des budgets contraints.
- Cette procédure permet une minoration du coût final pour la collectivité.
- Les bénéfices socio-économiques et les recettes financières seront dégagés plus rapidement.

Aujourd'hui, il est impossible de savoir si ces objectifs sont remplis par le contrat de partenariat. Néanmoins, s'inspirant des exemples européens et notamment britanniques, il est possible de se référer à ces exemples pour appréhender les gains. Les gains de réalisation sont estimés à 15-17% et la réduction du délai de construction à 10%³⁸.

Ce choix économique du contrat suppose que la collectivité définisse ses besoins, et ses attentes de manière suffisamment précise. Cette définition prendra la forme d'un programme fonctionnel.

2. Le programme fonctionnel : la définition des besoins de la collectivité territoriale

La définition des besoins de la collectivité est nécessaire à la passation d'un contrat de partenariat. En effet, sans cela elle sera incapable d'effectuer l'évaluation préalable obligatoire.

L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat fait référence à la notion de programme fonctionnel mais ne la définit pas. De plus, elle ne précise pas à quel moment il doit être réalisé.

³⁸ BEZANCON, Xavier ; DERUY, Laurent ; FISZELSON, Roger ; FORNACCIARI, Marc. *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé*. Paris : Le Moniteur, 2005. p.49-50.

Le programme fonctionnel est la base de toute la procédure. Selon l'article L. 1414-7 du code général des collectivités territoriales, il permet le démarrage de la procédure de dialogue compétitif. Il devrait donc être établi définitivement après l'évaluation préalable.

Néanmoins, cette évaluation doit permettre de qualifier le projet de complexe ou d'urgent et de déterminer quel est le mode de gestion le plus adéquat. Dès lors, la rédaction d'une esquisse de ce programme est nécessaire avant la discussion sur l'évaluation préalable.

Il servira lors de l'évaluation préalable et lors de la passation du contrat de partenariat.

Le programme fonctionnel correspond à une analyse du contexte du projet et des besoins de l'administration. Il permet de s'interroger sur l'intérêt du projet et sur les conditions liées à sa mise en place.

Une analyse du contexte géographique et socio-économique est nécessaire. Néanmoins, ce ne sont pas les seuls aspects qui doivent être pris en compte.

En effet, les aspects opérationnels, juridiques et financiers, commerciaux et techniques doivent être pris en compte.

Ces aspects permettent de déterminer dans quelle mesure la collectivité peut réaliser son projet, selon quelles modalités.

La collectivité devra commencer par définir ses attentes fonctionnelles et fixer la prestation qu'elle souhaite acquérir. Ainsi, elle devra réaliser quatre étapes pour rédiger ce programme fonctionnel :

- elle devra préfigurer le service global sous sa forme contractuelle ;
- elle devra anticiper le financement, la conception, la construction et le service délégué de gestion, d'exploitation et de maintenance ;
- elle devra assigner des niveaux de performance ou/et des types de contrôle ;
- elle devra définir les délais, la qualité, les savoir-faire requis, le service minimal, les éventuelles astreintes et les modalités d'intervention.

Ainsi, le programme fonctionnel doit comporter, au minimum, des éléments fondamentaux pour l'élaboration de l'évaluation tels que :

- le champ d'application du contrat ;
- les types de services ;
- les attentes de la collectivité en terme de performance, de qualité ou autres ;
- le contexte du projet.

Ce contenu minimum permet de discuter sur l'urgence ou la complexité du projet et sur les modes de gestion envisageables. Néanmoins, il est possible que la collectivité soit dans l'impossibilité de réaliser un tel programme. Cette incapacité peut avoir plusieurs sources (manque de compétences, moyens ou temps). Dans ce cas, la définition précise de ses besoins et attentes sera suffisante.

Ce programme fonctionnel sera utile lors de la comparaison des modes de gestion en terme de coûts, de performance et de risques.

Le programme fonctionnel est donc un document élaboré par la collectivité qui lui permet, à partir du recensement de ses besoins, de définir quel ensemble de construction et de service qu'elle souhaite acquérir, de fixer les niveaux de performance ou de contrôle qui seront requis, de déterminer les délais, la qualité, les savoir-faire, et les contraintes imposés à l'entreprise partenaire.

Concrètement, dans les communications électroniques, la collectivité va recenser l'état du réseau de communications électroniques.

Elle déterminera quel type de communications électroniques est à développer sur son territoire et son ampleur.

A partir de cette analyse, elle déterminera quel niveau d'amélioration ou de développement elle cherche à atteindre sur tout ou partie de son territoire.

Ceci lui permettra d'évaluer le coût des travaux et les compétences nécessaires et de conclure sur sa capacité à définir avec précision ses besoins et ses attentes :

- soit elle en est capable et peut rédiger un projet de programme fonctionnel ;
- soit elle se contente de préciser quels sont les secteurs où le développement de tel ou tel réseau de communications électroniques est nécessaire.

Le programme fonctionnel étant écrit et ses besoins définis, la collectivité peut passer à l'évaluation préalable qui doit conclure sur le mode de gestion le plus efficace pour le projet en question.

Section 2 : L'évaluation préalable à la passation d'un contrat de partenariat

L'évaluation préalable, introduite suite à la décision du Conseil Constitutionnel et au vu de l'exemple britannique, a deux objectifs.

Elle vise, d'une part, à s'assurer du strict respect des conditions juridiques d'urgence ou de complexité requises pour recourir à un contrat de partenariat.

D'autre part, elle doit permettre de s'assurer de l'intérêt économique et financier du contrat de partenariat comparé aux autres modes de gestion possibles.

1. L'origine de l'évaluation préalable

L'obligation de l'évaluation préalable est due à deux influences particulières.

Le Conseil Constitutionnel avait émis des réserves d'interprétation quant à la loi d'habilitation n° 2003-591 qui ont été prises en compte lors de la rédaction de l'ordonnance.

Les auteurs de l'ordonnance se sont également inspirés de l'exemple anglais datant du milieu des années 1980.

1.1. La décision 2003-473 DC du 26 juin 2003

Les réserves d'interprétations de l'article 6 de la loi n° 2003-591 du 12 juillet 1985 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, énoncées par le Conseil Constitutionnel dans la décision 2003-473 DC du 26 juin 2003³⁹, ont influencé l'élaboration de l'ordonnance n° 2004-559.

Cet article permet au Gouvernement de modifier la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée, en instituant de nouvelles formes de contrats portant sur « *la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions* ».

Rappelons le considérant 18 de cette décision : « *Considérant [...] qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déférée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* ».

³⁹ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003473/index.htm> visité le 20/08/2006

Selon ce considérant, ce n'est pas le caractère global du contrat qui est inconstitutionnel, mais la généralisation de ces contrats qui risque de « *priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics* ». C'est en raison de ce risque qu'il lie l'utilisation de ces contrats à des motifs d'intérêt général. Ces motifs d'intérêt général sont de deux ordres : l'urgence et la complexité.

Les exigences constitutionnelles évoquées par le Conseil sont détaillées dans la décision 2003-473 DC et confirme sa jurisprudence antérieure.

En ce qui concerne l'égalité devant la commande publique⁴⁰, le Conseil rappelle que cette exigence constitutionnelle vise trois principes découlant de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et rappelé à l'article 1^{er} du code des marchés public de 2004. Ces trois principes sont : la liberté d'accès à la commande publique ; l'égalité de traitement des candidats ; la transparence des procédures.

La protection des propriétés publiques réside, selon le considérant 29 de la décision 2003-473 DC, « *dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège, dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté, ainsi que dans la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées* ».

Le bon usage des deniers publics est consacré par l'article 14 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, selon lequel « *tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée* ». De plus, de ce principe découle d'autres exigences constitutionnelles telles que les principes d'égalité devant la commande publique, de libre accès à la commande publique ou de transparence des procédures.

Cette exigence d'intérêt général se retrouve dans la première partie de l'évaluation dans laquelle la collectivité doit justifier de l'urgence ou de la complexité du projet envisagé.

1.2. L'exemple anglais : la *Private Finance Initiative*

La *Private Finance Initiative*, officiellement lancé en 1992 au Royaume-Uni, est une politique publique qui vise à associer le secteur privé au projet d'envergure de l'administration par des contrats de longue durée partageant les risques et étalant le paiement public.

Ces contrats reposent sur le principe de « *best value for money* », c'est-à-dire la recherche du meilleur mode de gestion selon deux critères : le prix et la qualité. C'est ce principe que nous retrouvons dans la deuxième phase de l'évaluation préalable qui, comme

⁴⁰ Décision 92-316 DC du 20 janvier 1993, loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *Lebon*, p.14 ; décision 2002-461 DC du 29 août 2002, loi d'orientation et de programmation pour la justice, *Lebon*, p. 204.

nous allons le voir à pour but de démontrer que le contrat de partenariat est le plus approprié sur un rapport qualité prix en ce qui concerne le projet en question.

2. Les conditions légales du contrat de partenariat

Selon l'article L. 1414-2 a du code général des collectivités territoriales, « *les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation : a) Montre ou bien 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 pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence* ».

2.1. L'urgence

Le code ne définit pas la notion d'urgence. Il se contente de l'expression « *caractère d'urgence* ». Néanmoins, les jurisprudences constitutionnelle et administrative la définissent.

Selon la décision 2003-473 DC précédemment citée, « *les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable* ».

Dans la décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004⁴¹, le Conseil Constitutionnel déclare au considérant 18 que « *l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat, dès lors qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs* »

Le Conseil d'Etat est également intervenu dans la définition de l'urgence au travers de l'arrêt Sueur et autres du 29 octobre 2004⁴² : « *sous réserve qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs, l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat* ».

Dans le même sens, nous pouvons citer le Commissaire du Gouvernement : « *Nous croyons donc qu'il sera possible de recourir au contrat de partenariat lorsque l'examen objectif de la situation dans un secteur considéré, voire une zone géographique donnée, résultera le constat de l'impérieuse nécessité qu'il y a à rattraper un important retard d'investissement affectant soit certains équipements publics, soit certains services publics* ».

⁴¹ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004506/index.htm> visité le 20/08/2006

⁴² http://www.conseil-etat.fr/ce/jurispd/index_ac_ld0442.shtml visité le 20/08/2006

L'urgence ne se limite pas aux seules situations imprévisibles et extérieures à la collectivité et ne semble pas exclure la carence de la personne publique. En effet, « *un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs* » est dû généralement à une carence de la personne publique et rarement à des cas exceptionnels ou de force majeure.

L'urgence renvoie donc à la nécessité de rattraper un retard dans un équipement local, quelle qu'en soit la cause.

Ainsi, la notion de gravité du manque à combler semble devoir l'emporter sur la carence éventuelle de la collectivité. Néanmoins, la collectivité devra prouver l'urgence en établissant que le retard dans les investissements préjudicie gravement à l'intérêt local.

Dans les communications électroniques, l'urgence peut être caractérisée pour certains projets. En effet, si sur le territoire d'une collectivité le réseau de communications électroniques est quasi-inexistant ou largement insuffisant, ce retard dans la réalisation des équipements nécessaires préjudicie gravement au développement économique de la collectivité et au développement de l'e-administration. Il préjudicie donc à deux intérêts locaux.

2.2. La complexité

Selon l'article L. 1414-2, il y a complexité lorsque « *la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* ».

Cette notion de complexité correspond à la notion utilisée dans la mise en œuvre de la procédure du dialogue compétitif défini par l'article 29 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services comportent certaines disposition intéressant les marchés publics en ligne.

Selon cet article, « *Lorsqu'un marché est **particulièrement complexe**, les États membres peuvent prévoir que le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, puisse recourir au **dialogue compétitif** conformément au présent article* ».

Le considérant 31 de cette même directive y fait également référence : « *Les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des **projets particulièrement complexes** peuvent, sans qu'une critique puisse leur être adressée à cet égard, être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières/juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'importantes infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance. Dans la mesure où le recours à des procédures ouvertes ou*

restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, il convient donc de prévoir une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché. Toutefois, cette procédure ne doit pas être utilisée de manière à restreindre ou fausser la concurrence, en particulier par des modifications d'éléments fondamentaux des offres ou en imposant des éléments nouveaux substantiels au soumissionnaire retenu, ou en impliquant tout autre soumissionnaire que celui ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Selon l'amendement de la commission juridique et du marché intérieur du Parlement européen, la complexité suppose que le pouvoir adjudicateur ne soit ni « *objectivement en mesure de définir les moyens techniques ou autres pouvant satisfaire à ses besoins* » ni « *objectivement en mesure d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques ou financières*⁴³ ».

Cette notion de complexité connaît donc une unité entre condition d'éligibilité et condition procédurale pour le contrat de partenariat. En effet, comme nous le verrons, deux procédures de passation sont possibles lorsqu'une collectivité recourt à un contrat de partenariat : la procédure d'appel d'offre et le dialogue compétitif.

La définition de la complexité par l'ordonnance n° 2004-559 commence par « *objectivement en mesure de définir seule et à l'avance* ». Ainsi, lors de l'appréciation de la complexité, la collectivité, contrairement à l'appréciation de l'urgence, devra tenir compte de ses propres carences face au projet. De plus, elle devra exposer les motifs d'intérêt local du projet.

Ensuite l'ordonnance parle des « *moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* ». La complexité peut donc être de trois ordres différents : il peut s'agir d'une complexité technique, juridique ou financière.

La notion de complexité doit donc s'apprécier en fonction des capacités des collectivités qui varient selon la taille et la nature de ces dernières. La complexité est l'impossibilité de choisir les meilleures solutions, et pas seulement l'impossibilité objective de déterminer les spécifications techniques, juridiques et financières justifiant le recours au contrat de partenariat.

Dans les communications électroniques, la complexité des projets peut souvent être invoquée. En effet, les réseaux de communications électroniques comportent différents équipements selon la technologie utilisée (satellite, câble, fibre optique, équipement de raccordement, commutateur...). Il ne sera pas évident pour les collectivités de définir quels moyens techniques seront les mieux à même de répondre à leurs attentes ou de définir les caractéristiques financières de l'ouvrage. Les connaissances et l'expérience des entreprises privées leur sera donc nécessaire afin d'élaborer un projet ayant un rapport qualité prix le plus satisfaisant possible.

⁴³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux, COM/2000/0275 final - COD 2000/0115, Journal officiel n° C 029 E du 30/01/2001 p. 0011 – 00111 ; <http://www.localjuris.com/fr/Sources/legis/Directiv/ArchvEuro/Refonte/projet3D/cons3629-03.doc> visité le 20/08/2006

Ces critères d'urgence et de complexité ne sont pas hiérarchisés. Ils pourront être invoqué simultanément. Dans un tel cas, puisque ces critères sont alternatifs, un arbitrage devra être fait sur le choix du critère retenu. Ce choix déterminera de la procédure de passation applicable au projet.

3. La comparaison des différents montages contractuels

Selon l'article L. 1414-2 b du code général des collectivités territoriales, « *les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation : b) Expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct* ».

L'exposé des motifs conduisant la collectivité à retenir un projet et à lancer la procédure de passation constitue un volet essentiel de l'évaluation. L'évaluation se ramène donc à un choix de mode de gestion.

L'originalité de l'analyse comparative réside dans le caractère exhaustif de ces critères de comparaison.

Cette analyse comparative des différents modes de gestion possible porte sur trois éléments : le coût global, la performance et le partage des risques. Cette analyse a pour but de démontrer les avantages de l'utilisation du contrat de partenariat pour le projet en question par rapport aux autres modes de gestion tels que le marché public, la délégation de service public ou la régie.

Puisque l'analyse porte notamment sur le partage des risques, la collectivité doit déterminer et allouer les risques du projet.

Les risques varient selon les phases du projet et selon le type de projet. Il peut y avoir, par exemple, le coût lié aux délais de construction, l'augmentation des coûts d'exploitation, l'absence de fréquentation... Ainsi, la collectivité doit identifier clairement ces risques afin de les quantifier et de les affecter à la partie la mieux à même de les prendre en charge. Un risque peut avoir plusieurs composantes⁴⁴.

Il existe trois types d'affectation des risques :

- Le transfert au partenaire privé ;
- La conservation des risques par la personne publique ;
- Le partage des risques entre les parties.

⁴⁴ Cf. annexe 3 : Grille de risque p. 81

L'allocation des risques doit prendre en compte différents critères :

- La nature du projet ;
- La nature de l'évènement donnant naissance au risque ;
- Le caractère ponctuel ou permanent de ce dernier ;
- Les compétences des parties impliquées ;
- La flexibilité possible dans la gestion du risque ;
- Les expériences antérieures des parties en matière de gestion de risques ;
- L'attitude du marché financier envers le risque ;
- L'existence ou non d'assurances disponibles à un coût compatible avec l'économie du projet ;
- L'attente du public en matière de service rendu ;
- Les attentes des pouvoirs publics en matière de service public...

Il est difficile de prévoir à l'avance quel risque sera attribué à la personne publique ou au partenaire privé. Néanmoins, certains risques, par nature, relèveront le plus souvent d'un des deux partenaires.

En ce qui concerne le risque de construction, le partenaire privé a une meilleure connaissance technique du projet, il sera donc le mieux à même de prendre en charge le risque de construction. D'autant plus que l'allocation de ce risque au partenaire privé va l'inciter à finir la construction des ouvrages dans le délai imparti tout en assurant une construction de bonne qualité au moindre coût. Ce risque doit obligatoirement être alloué au partenaire privé afin de permettre la déconsolidation du contrat⁴⁵.

Le risque lié au changement législatif ou réglementaire sera généralement alloué à la personne publique qui est le mieux à même de gérer ce risque, risque qu'elle gère constamment.

Cette identification et cette allocation se font généralement sous la forme d'un tableau désigné « matrice des risques »⁴⁶. Ce tableau va permettre de comparer le contrat de partenariat et les autres modes de gestion en terme de risques. De plus, il sera utile lors de la négociation du contrat puisque le partage des risques figure parmi les clauses obligatoires.

Les risques doivent être appréciés sur toute la durée du contrat et donc projetés de façon permanente et ponctuelle.

Une fois les risques évalués, il faut évaluer le coût global du contrat. Le coût global d'un contrat s'évalue à l'aide de deux types de coût : les coûts identifiés et les coûts supplémentaires générés par les risques identifiés. Le coût global est composé du coût de direction, du coût de programmation, du coût de conception, des surcoûts ou économies estimés liés aux délais, du coût de maintenance et du coût de fonctionnement.

L'évaluation doit présenter plusieurs éléments pour la comparaison du coût global : les coûts et les revenus ; les effets de distorsion chiffrés liés au statut public ; le chiffrage des risques, les externalités chiffrées (délais, utilités socio-économiques, impact fiscal sur les finances locales, contribution à l'amélioration de l'environnement) ; les aspects qualitatifs non chiffrables ; l'appréciation globale des offres.

⁴⁵ Cf. infra p. 66

⁴⁶ Cf. annexe 4 : Exemple de matrice de risques, p. 83

L'évaluation des performances passe par deux comparaisons complémentaires : la comparaison des coûts du projet et celle de sa qualité. Il faut donc procéder à un arbitrage qualité/coût.

Cette analyse se fait généralement sous la forme d'un tableau à double entrée⁴⁷. Ce tableau doit permettre l'exposé de tous les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui justifient l'utilisation du contrat de partenariat dans le projet envisagé. Il permet de dégager la formule la plus avantageuse pour la collectivité.

L'évaluation préalable se conclue, selon l'article L. 1414-2, alinéa 2 du code général des collectivités territoriales, par sa transmission à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale qui se prononce sur le principe du recours au contrat de partenariat public-privé.

⁴⁷ Cf. annexe 5 : Tableau de synthèse d'une évaluation préalable, p. 87

Partie II : Le contrat de partenariat, un contrat adapté aux communications électroniques ?

Si l'évaluation préalable conclut positivement au recours au contrat de partenariat, il faut passer à la procédure de passation proprement dite.

Cette procédure comporte neuf phases successives :

- la rédaction du programme fonctionnel définitif et lancement d'un appel à candidature ;
- la constitution d'une commission ;
- la réception et sélection des candidatures ;
- le lancement auprès des candidats sélectionnés de la procédure de dialogue compétitif ou d'appel d'offre ;
- le dialogue avec les différents candidats ;
- le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ;
- la rédaction finale des clauses contractuelles ;
- l'autorisation de l'assemblée délibérante à l'exécutif pour la signature du contrat ;
- la signature du contrat et les notifications légales.

Notre étude du contrat de partenariat dans les communications électroniques ne peut être complète sans exposer les principaux aspects de la passation de ces nouveaux contrats encore méconnus.

Ensuite, afin de déterminer s'il est vraiment opportun d'utiliser un tel contrat dans ce domaine, nous le comparerons avec les autres modes de gestion.

Cette analyse nous permettra de mettre en avant les avantages et les inconvénients du recours au contrat de partenariat dans les communications électroniques.

Chapitre I : Les aspects de la passation du contrat de partenariat et les communications électroniques

Le contrat de partenariat n'est pas régi par le code des marchés publics. Néanmoins, certaines règles communes à tous les contrats administratifs lui sont applicables.

En ce qui concerne sa procédure de passation proprement dite⁴⁸, de nombreuses ressemblances avec celle des marchés publics existent puisque l'ordonnance n° 2004-559 a repris, dans les grandes lignes, les règles de deux procédures applicables aux marchés publics.

Pourtant, la procédure de passation de ces contrats connaît des spécificités qu'il nous faut mettre en avant, d'autant plus que certaines de ces particularités vont être bénéfiques à la conclusion d'un tel contrat dans les secteurs des communications électroniques.

De plus, malgré la liberté contractuelle reconnue à l'administration, l'ordonnance n° 2004-559 impose d'inclure dans le contrat douze clauses.

Section 1 : La procédure de passation des contrats de partenariat

Sur les neuf phases énoncées précédemment⁴⁹, certains aspects de la procédure de passation méritent d'être étudiés de manière approfondie. Ceux-ci sont : la publicité et la sélection des candidats, les procédures de passation, l'offre spontanée et l'attribution du contrat.

Le droit communautaire est applicable aux contrats de partenariat.

Selon la jurisprudence *Telaustria*⁵⁰, les pouvoirs adjudicateurs doivent « *respecter les règles fondamentales du Traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier* ».

Le respect de ces règles fondamentales implique une obligation de transparence consistant à garantir un degré de publicité adéquat pour permettre une ouverture du marché des services à la concurrence et un contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication.

⁴⁸ La passation d'un contrat de partenariat connaît deux phases succinctes : la phase d'évaluation, étudiée en amont, et la phase de passation du contrat.

⁴⁹ Cf. supra p. 43

⁵⁰ Cour de Justice des Communautés Européennes, 7 décembre 2000, C-324/98, *Telaustria Verlag GmbH*, <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=C-324%2F98&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100> visité le 20/08/2006

Le respect du droit communautaire passe également par le respect des directives. Deux directives sont applicables :

- la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ;
- la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Au sens de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, les contrats de partenariat sont des marchés publics⁵¹.

Certaines règles nationales sont applicables à l'ensemble des contrats administratifs et, notamment le droit de la concurrence.

Ainsi, il semble nécessaire qu'un contrat de partenariat :

- ne confère aucune exclusivité ni privilège en matière d'information, de promotion et d'aides financières en faveur d'un opérateur ;
- n'entraîne pas de conséquences néfastes sur le jeu local de la concurrence dans la mesure où les informations sur la demande locale peuvent lui procurer un avantage concurrentiel lorsqu'il s'agira de satisfaire cette demande. Ces informations doivent recevoir un caractère public et accessible dans le même délai pour les autres opérateurs ;
- préserve l'égalité d'accès des candidats à la commande publique. Un contrat de partenariat ne doit pas conduire à une rupture d'égalité entre les candidats à la commande publique, ni mettre un candidat en situation d'abuser de sa position dominante au sens de l'article 82 du Traité CE ou de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Ceci ressort de l'avis du Conseil de la concurrence 04-A-15 du 28 juillet 2004 relatif à la convention-type « Département innovant » de France Télécom⁵².

Selon l'article L. 1414-3, 1^{er} alinéa du code général des collectivités territoriales, « *la passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures* ».

Ces principes impliquent donc des mesures de publicité et des procédures de mise en concurrence.

En cas de manquement aux obligations de publication et de mise en concurrence, c'est le Président du Tribunal administratif qui sera compétent.

⁵¹ Conseil d'Etat, 29 octobre 2004, Sueur et autres, précité

⁵² http://www.conseil-concurrence.fr/user/standard.php?id_rub=133&id_article=332 visité le 20/08/2006

1. Publicité et sélection des candidats

La publicité a pour but de permettre une réelle mise en concurrence. Elle permet à un maximum de candidat potentiel de présenter une candidature.

Néanmoins, toutes les candidatures ne seront pas admises à présenter une offre. La collectivité porteuse du projet va trier les candidatures en fonction de critères de sélection. Seuls les candidats sélectionnés pourront présenter une offre.

1.1. La publicité

Selon le second alinéa de l'article L. 1414-3 du code général des collectivités territoriales, « *[la passation d'un contrat de partenariat] est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par décret* ».

Le décret en question est le décret d'application de l'ordonnance sur le contrat de partenariat n° 2004-1145 du 29 octobre 2004. Ce décret introduit dans le code général des collectivités territoriales, le chapitre IV « *Les contrats de partenariat* » au sein de la partie réglementaire, partie I, livre IV, titre I (articles D. 1414-1 à D. 1414-4).

Selon ces articles, la publicité doit permettre une mise en concurrence effective. Pour les contrats de partenariat d'un montant supérieur à 230 000 € HT, la publication de l'avis doit avoir lieu dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne. Pour les contrats d'un montant inférieur, le choix de la publication est libre mais doit être adapté au montant et à la nature des prestations envisagées.

Etant donné le type de projet soumis aux contrats de partenariat, ce seuil sera souvent dépassé.

L'avis d'appel public à la concurrence doit :

- mentionner les modalités de passation : dialogue compétitif ou appel d'offre ;
- préciser le délai de dépôt des candidatures
- préciser les renseignements que les candidats doivent fournir (la collectivité ne pourra demander que des renseignements nécessaires à l'appréciation des capacités des candidats. Les renseignements pouvant être demandés sont énumérés à l'article D. 1414-2 I du code général des collectivités territoriales⁵³) ;
- mentionner les critères de sélection et d'attribution et leur pondération ou, le cas échéant, leur hiérarchisation ;
- indiquer le nombre maximum de candidat admis à présenter une offre ou à participer au dialogue (ce nombre de candidats admis doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle).

1.2. La sélection des candidats au contrat

Selon l'article L. 1414-6, alinéa 1^{er} du code général des collectivités territoriales, « *le délai entre la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence et la date limite de réception des candidatures est **d'au moins quarante jours**. Il est mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence* ».

Les candidatures doivent contenir tous les renseignements étant demandés dans l'avis d'appel public à la concurrence.

En ce qui concerne la candidature de groupement d'entreprise, le code général des collectivités territoriales, contrairement au code des marchés publics, ne prévoit aucune disposition relative à la possibilité de changement des membres du groupe en cours de passation.

⁵³ Article D. 1414-2 I code général des collectivités territoriales : « *A l'appui des candidatures et dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités des candidats, la personne publique ne peut demander que les renseignements ou l'un des renseignements et les documents ou l'un des documents suivants : Déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les prestations auxquelles se réfère le contrat de partenariat, réalisées au cours des trois derniers exercices ; Présentation d'une liste des principales prestations fournies au cours des trois dernières années ou présentation d'une liste des travaux en cours d'exécution ou exécutés au cours des cinq dernières années, indiquant notamment le montant, la date et le destinataire public ou privé ; Indication des titres d'études et/ou de l'expérience professionnelle du ou des responsables et des exécutants de la prestation envisagée ; Déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire ou l'entrepreneur dispose pour l'exécution des prestations et déclaration mentionnant les techniciens ou les organismes techniques dont l'entrepreneur disposera pour l'exécution des prestations ; Certificats de qualifications professionnelles. La personne publique doit préciser que la preuve de la capacité de l'entreprise peut être apportée par tout moyen, notamment par des certificats d'identité professionnelle ou des références de travaux attestant de la compétence de l'entreprise à réaliser la prestation pour laquelle elle se porte candidate ; Certificats établis par des services chargés du contrôle de la qualité et habilités à attester la conformité des prestations à des spécifications ou des normes. La personne publique acceptera toutefois d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les prestataires de services, si ceux-ci n'ont pas accès à ces certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés ; Echantillons, descriptions et/ou photographies des fournitures.* »

Néanmoins, afin d'assurer le respect d'égalité de traitement des candidats, les collectivités devraient prévoir, dans le règlement de la consultation, des clauses concernant la possibilité d'un tel changement.

Selon l'article L.1414-6, alinéa 2 « au terme de ce délai, une commission, composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5, dresse la liste des candidats admis à participer au dialogue défini à l'article L. 1414-7 ou à la procédure décrite à l'article L. 1414-8, en application des critères de sélection des candidatures mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence. Le nombre de ces candidats ne peut être respectivement inférieur à trois ou à cinq, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats ne se trouvant dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article L. 1414-4 et disposant de capacités professionnelles, techniques et financières appropriées. Sur demande de l'intéressé, la personne publique communique les motifs du rejet d'une candidature ».

Au terme du délai de dépôt des candidatures, une commission dresse la liste des candidats admis à participer à la procédure d'attribution du contrat de partenariat. La commission est la même que celle prévue à l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales⁵⁴ pour le jugement des offres de délégation de service public.

Elle est composée différemment selon le type de collectivité territoriale :

- Pour une région, un département, une commune de plus de 3 500 habitants : l'autorité habilitée à signer le contrat de partenariat et cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein ;
- Pour les communes de moins de 3 500 habitants : le maire et trois membres du conseil municipal élus par les conseil.

Le comptable de la collectivité et un représentant du Ministre chargé de la concurrence siègent à la commission avec une voix consultative.

⁵⁴ Article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales : «Après décision sur le principe de la délégation, il est procédé à une publicité et à un recueil d'offres dans les conditions prévues aux troisième et quatrième alinéas de l'article L. 1411-1. Les plis contenant les offres sont ouverts par une commission composée : a) Lorsqu'il s'agit d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département, d'une commune de 3 500 habitants et plus et d'un établissement public, par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ; b) Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, par le maire ou son représentant, président, et par trois membres du conseil municipal élus par le conseil à la représentation proportionnelle au plus fort reste. Il est procédé, selon les mêmes modalités, à l'élection de suppléants en nombre égal à celui de membres titulaires. Le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence siègent également à la commission avec voix consultative. Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat.

Certains candidats sont exclus de la consultation selon l'article L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales⁵⁵ :

- les personnes en état de liquidation judiciaire ou admises au redressement judiciaire ;
- les personnes qui n'ont pas satisfait à leurs obligations fiscales ou sociales ;
- les personnes qui se sont rendues coupables de certaines infractions réprimées par le code pénal ou le code du travail.

La liste des candidats admis est dressée en fonction des critères de sélection mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Le nombre minimal de candidats admis est de CINQ pour la procédure d'appel d'offre et de TROIS pour celle de dialogue compétitif. Ce nombre minimal a pour but d'assurer une certaine concurrence. Il est plus important dans la procédure d'appel d'offre car c'est une procédure moins lourde qui nécessite une comparaison d'un nombre d'offre significatif pour rendre le principe de libre concurrence opérationnel.

Tout candidat rejeté peut demander, à la collectivité, la communication des motifs du rejet de sa candidature.

2. Les différentes procédures de passation

La mise en concurrence proprement dite commence après la sélection des candidats.

Deux procédures sont possibles selon le code général des collectivités territoriales : la procédure de dialogue compétitif définie à l'article L. 1414-7 du code et la procédure d'appel d'offre de l'article L. 1414-8 du code.

Lorsque le projet a été déclaré complexe lors de l'évaluation préalable, seule la procédure de dialogue compétitif n'est possible.

Ainsi, lorsque le recours au contrat de partenariat sera justifié par l'urgence du projet, la collectivité utilisera la procédure d'appel d'offre.

⁵⁵ Article L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales : « Ne peuvent soumissionner à un contrat de partenariat : a) Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 421-2-1, par le deuxième alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le deuxième alinéa de l'article 434-9, par les articles 435-2, 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9, par l'article 445-1 et par l'article 450-1 du code pénal et par l'article 1741 du code général des impôts ; b) Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées aux articles L. 324-9, L. 324-10, L. 341-6, L. 125-1 et L. 125-3 du code du travail ; c) Les personnes en état de liquidation judiciaire ou admises aux procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou ayant fait l'objet de procédures équivalentes régies par un droit étranger ; d) Les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date. La liste des impôts et cotisations en cause est fixée dans des conditions prévues par décret. Les dispositions du présent article sont applicables aux personnes morales qui se portent candidates, ainsi qu'à celles qui sont membres d'un groupement candidat ».

2.1. Le dialogue compétitif

L'article L. 1414-7 du code général des collectivités territoriales dispose que : « *Sur la base du programme fonctionnel qu'elle a établi, la personne publique engage un dialogue avec chacun des candidats, dont l'objet est de définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre à ses besoins. La personne publique peut discuter avec les candidats de tous les aspects du contrat. Chaque candidat est entendu dans des conditions de stricte égalité. La personne publique ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Elle ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion sans l'accord de celui-ci. La personne publique poursuit les discussions avec les candidats jusqu'à ce qu'elle soit en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins. Elle peut prévoir que les discussions se déroulent en phases successives au terme desquelles seules sont retenues les propositions répondant le mieux aux critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation. Le recours à cette possibilité doit avoir été indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme, la personne publique en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Elle invite les candidats à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois. Elle définit les conditions d'exécution du contrat, y compris de celles de ses clauses qui prévoient une évolution, pendant la durée du contrat, des droits et obligations du cocontractant, et, le cas échéant, précise les critères d'attribution du contrat définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation. Elle s'efforce de maintenir jusqu'à ce stade une concurrence réelle. Ces offres comprennent tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat. La personne publique peut demander des clarifications, des précisions ou des compléments concernant les offres déposées par les candidats ainsi que la confirmation de certains des engagements, notamment financiers, qui y figurent. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat. Il peut être prévu qu'une prime sera allouée à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées.* ».

La procédure de dialogue se divise en deux phases successives :

- le dialogue ;
- la remise des offres.

2.1.1. Le dialogue

Sur la base du programme fonctionnel définitif rédigé à la fin de l'évaluation préalable, la collectivité engage un dialogue avec chaque candidat. Ce dialogue a pour but de « *définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre à ses besoins* ».

Lors du dialogue la collectivité doit toujours respecter le principe d'égalité de traitement des candidats. Ainsi, elle ne pourra révéler des informations à l'un des candidats sans les révéler aux autres. De plus, elle doit protéger le secret professionnel de chaque candidat et ne doit donc révéler à un candidat des informations confidentielles sans l'accord du candidat propriétaire de ces informations.

La discussion se poursuit jusqu'à l'identification des solutions les plus à même à répondre à ses besoins. La collectivité peut prévoir que la discussion se déroule en phases successives au terme desquelles seules sont retenues les propositions répondant le mieux aux critères fixés précédemment, mais elle doit l'indiquer dans l'avis d'appel public à la concurrence.

2.1.2. La remise des offres

Une fois les solutions les plus appropriées aux besoins de la collectivité identifiées, cette dernière en informe les candidats et les invite à lui remettre une offre finale dans un délai minimum d'un mois.

Le candidat ne peut pas présenter une offre nouvelle, elle doit reprendre les solutions présentées. Les offres doivent contenir tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat.

La collectivité définit les conditions d'exécution du contrat et précise les critères d'attribution mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence. Elle peut demander des clarifications des offres.

Néanmoins, ces clarifications ne doivent pas modifier les offres ou constituer une négociation. Dans le cas contraire, il y aurait rupture de l'égalité entre les candidats.

2.2. La procédure d'appel d'offre

La procédure d'appel d'offre est régie par l'article L. 1414-8 du code général des collectivités territoriales⁵⁶.

⁵⁶ Article L. 1414-8 code général des collectivités territoriales : « I. - Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité. II. - L'ouverture des plis n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence. La personne publique ouvre l'enveloppe relative aux candidatures et en enregistre le contenu. Au vu des renseignements relatifs aux candidatures, elle dresse la liste des candidats autorisés à présenter une offre. III. - La personne publique adresse, simultanément et par écrit, à tous les candidats retenus une lettre de consultation pour les inviter à présenter une offre. Cette lettre de consultation comporte : a) La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française ; b) La référence à l'avis d'appel public à la concurrence ; c) S'il y a lieu, l'adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite pour présenter cette demande. Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à quarante jours à compter de l'envoi de la lettre de consultation. En cas d'urgence ne résultant pas du fait de la

Cette procédure est très proche d'une procédure d'appel d'offre restreint au sens des articles 60 à 64 du code des marchés publics.

Les candidatures et les offres sont transmises par tout moyen permettant l'horodatage de leur réception et leur confidentialité.

L'ouverture des plis n'est pas publique. Seule l'enveloppe contenant la candidature est ouverte dans un premier temps, lorsque la candidature et l'offre ont été envoyés en même temps sous la demande de la collectivité.

Cette dernière dresse une liste des candidats admis à présenter une offre.

Une lettre de consultation est adressée à chaque candidat pour les inviter à présenter une offre. Cette lettre comporte :

- la date limite de réception des offres ;
- l'adresse de transmission des offres ;
- l'obligation d'user de la langue française ;
- la référence de l'avis d'appel public à la concurrence ;
- l'adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite de cette demande.

Le délai de réception des offres est d'au moins 40 jours à partir de l'envoi de la lettre de consultation, délai qui peut être rapporté à 15 jours en cas d'urgence.

Aucune négociation n'est permise. Seule une demande, par la collectivité, de précision de l'offre n'est possible.

3. L'offre spontanée

L'offre spontanée est permise par l'article L. 1414-11 du code général des collectivités territoriales : « **Lorsque la personne publique est saisie d'un projet par une entreprise ou un groupement d'entreprises et qu'elle envisage d'y donner suite en concluant un contrat de partenariat, elle conduit la procédure de passation dans les conditions prévues par les articles L. 1414-2 à L. 1414-10. Dès lors qu'il ne se trouve dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article L. 1414-4 et que ses capacités techniques, professionnelles et**

personne publique, le délai de réception des offres peut être ramené à quinze jours. Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du contrat ou après consultation sur place de documents complémentaires au cahier des charges, les délais sont prolongés en conséquence. Les renseignements complémentaires éventuels sur les cahiers des charges sont communiqués par la personne publique six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres. En cas de délais réduits du fait de l'urgence, ces renseignements sont communiqués quatre jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres. Les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité. IV. - La séance d'ouverture des plis contenant les offres n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date limite qui a été annoncée dans la lettre de consultation. V. - Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. La personne publique peut seulement leur demander de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.

financières sont suffisantes, l'auteur du projet est admis à participer au dialogue prévu à l'article L. 1414-7 ou à la procédure prévue à l'article L. 1414-8 ».

Cette procédure est issue des recommandations en matière d'« offres spontanées » contenues dans le guide de l'Organisation des Nations Unies pour les investissements en infrastructure⁵⁷.

Dans un tel cas, le projet est proposé par un futur candidat, à moins qu'il soit exclu conformément à l'article L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales. La suite de la procédure correspond à la procédure normale expliquée ci-dessus.

Néanmoins, si la personne auteur du projet est candidate, lors d'une procédure de dialogue compétitif, afin de préserver l'égalité des candidats, aucun vrai dialogue ne pourra être engagé avec elle.

Si le contrat de partenariat ne lui est pas attribué, le candidat retenu devra lui verser 2% du coût du projet à titre d'indemnisation⁵⁸.

4. La décision d'attribution du contrat

Selon l'article L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales⁵⁹, « *le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, par application des critères définis, en prenant en compte les conclusions de l'étude d'évaluation mentionnée à l'article L. 1414-2, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation et le cas échéant précisés dans les conditions prévues à l'article L. 1414-7* ».

L'offre retenue est l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction des critères d'attribution mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence.

⁵⁷ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Le guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*, http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2001Guide_PFIP.html visité le 20/08/2006

⁵⁸ Cf. §453, p.126-127, **LICHERE, François ; MARTOR, Boris ; PEDINI, Gilles ; THOUVENOT, Sébastien**. *Pratique des partenariats public-privé*. Paris : Litec, 2006.

⁵⁹ Article L. 1414-9 code général des collectivités territoriales : « *Le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, par application des critères définis, en prenant en compte les conclusions de l'étude d'évaluation mentionnée à l'article L. 1414-2, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation et le cas échéant précisés dans les conditions prévues à l'article L. 1414-7. Les critères d'attribution sont pondérés. Si la personne publique démontre qu'une telle pondération est objectivement impossible, ils sont hiérarchisés. Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans. On entend par "petites et moyennes entreprises" les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas 250 employés et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas en moyenne sur les trois dernières années 40 000 000 d'euros. Ne sont pas considérées comme des petites et moyennes entreprises les entreprises dont le capital social est détenu à hauteur de plus de 33 % par une entreprise n'ayant pas le caractère d'une petite et moyenne entreprise. D'autres critères, en rapport avec l'objet du contrat, peuvent être retenus, notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages ou équipements, leur qualité esthétique ou fonctionnelle.* »

Ces critères d'attribution sont pondérés ou hiérarchisés si la collectivité démontre que la pondération est objectivement impossible. Certains critères d'attribution sont imposés par le code :

- le coût global de l'offre ;
- les objectifs de performance ;
- la part d'exécution du contrat confiée aux petites et moyennes entreprises et aux artisans.

Selon l'article L. 1414-10 du code⁶⁰, une fois l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée, l'assemblée délibérante de la collectivité autorise la signature du contrat qui ne pourra avoir lieu qu'au moins dix jours après la notification du rejet de leur offre aux candidats non retenus.

Si la collectivité renonce à poursuivre la procédure, elle en informe tous les candidats.

Sur la demande d'un candidat évincé, la collectivité indique par écrit et dans un délai de 15 jours, les avantages et caractéristiques de l'offre retenue et le nom de l'attributaire.

Le contrat est notifié à l'attributaire avant tout commencement d'exécution.

La collectivité publie un avis d'attribution au Journal officiel de l'Union européenne dans un délai de 15 jours à compter de la notification du contrat à l'attributaire.

Selon l'article L. 1414-15 du code⁶¹, le contrat de partenariat est transmis au représentant de l'Etat dans un délai de 15 jours à compter de sa signature.

⁶⁰ Article L. 1414-10 code général des collectivités territoriales : « L'assemblée délibérante ou l'organe délibérant autorise la signature du contrat de partenariat par l'organe exécutif ou déclare la procédure infructueuse. A cette fin, le projet de délibération est accompagné d'une information comportant le coût prévisionnel global du contrat, en moyenne annuelle, pour la personne publique et l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la personne publique. Cette part est mesurée dans des conditions définies par décret. La personne publique informe les candidats non retenus du rejet de leur offre. Un délai d'au moins dix jours est respecté entre la date de notification de cette information et la date de signature du contrat. Quand elle renonce à poursuivre la passation du contrat, la personne publique en informe les candidats. En réponse à une demande écrite d'un candidat évincé, la personne publique indique par écrit dans les quinze jours les motifs du rejet de son offre, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du contrat. Le contrat est notifié à l'attributaire avant tout commencement d'exécution. Dans un délai de trente jours à compter de cette notification, la personne publique envoie pour publication un avis d'attribution au Journal officiel de l'Union européenne. Cet avis d'attribution est établi conformément au modèle établi par arrêté du ministre chargé de l'économie »

⁶¹ Article L. 1414-15 code général des collectivités territoriales : « Le contrat de partenariat est transmis par application des articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 au représentant de l'Etat dans le département, la région ou la collectivité territoriale de Corse, dans un délai de quinze jours à compter de sa signature. La collectivité territoriale ou l'établissement public y joint l'ensemble des pièces nécessaires à l'exercice du contrôle. »

Section 2 : Le contenu du contrat de partenariat et les communications électroniques

L'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales énumère douze clauses que le contrat de partenariat doit obligatoirement comporter. La liberté contractuelle des partenaires est donc en partie limitée par ces clauses⁶².

L'étude des clauses obligatoires va nous permettre d'exposer les particularités que la rédaction de ces clauses doit prendre en compte lors d'un projet dans les communications électroniques.

1. La durée du contrat

La clause relative à la durée du contrat est rendue obligatoire par l'article L. 1414-12 a.

Selon l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales, les contrats de partenariat sont conclus « *pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues* ».

Ainsi la durée du contrat doit prendre en compte :

- la durée de l'amortissement de l'investissement à réaliser et des cycles de gros entretien et de renouvellement ;
- la durée nécessaire pour amortir les financements du projet et pour obtenir le juste retour des capitaux investis ;
- la durée d'exploitation optimale.

Cette durée doit prendre en compte la nature des constructions, la durée maximale d'exploitation.

Elle doit permettre au partenaire de proposer à la collectivité un montage optimisant la qualité et le coût du service rendu tout en lui générant une économie minimale.

Il est donc difficile d'imaginer un contrat de partenariat de moins de 5 ans. Selon les équipements, la durée d'un tel contrat sera le plus souvent entre 10 et 30 ans.

Dans le domaine des communications électroniques, les collectivités territoriales risquent d'être confrontées à la difficulté de l'évolution des technologies. Mais cette difficulté

⁶² La liberté contractuelle n'a pas de valeur constitutionnelle selon le Conseil constitutionnel (94-348 DC du 3 août 1994 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94348dc.htm> visité le 20/08/2006 ; 97-388 DC du 20 mars 1997 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1997/97388/index.htm> visité le 20/08/2006) mais selon le Conseil d'Etat s'est un principe fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution (Conseil d'Etat, 5 mai 1967, Recueil, p. 348).

sera résolue par la clause relative à la modification unilatérale du contrat par l'administration. Ainsi, les collectivités peuvent conclure des contrats de longue allant jusqu'à 30 ans.

2. Le partage des risques

La clause du partage des risques, instauré par l'article L. 1414-12 b, est la clef de voûte du contrat de partenariat. Elle permettra de fixer les charges que le partenaire et la collectivité devront respectivement assumer.

Le principe de ce partage est que chacun doit supporter le risques qu'il est le mieux à même de maîtriser au moindre coût.

Il existe différents risques qui varient en fonction de la phase du contrat : les risques réglementaires, de construction, de fonctionnement... Ces risques ont dû être identifié lors de l'évaluation préalable. La matrice de risques créée lors de cette évaluation va permettre de quantifier et d'affecter les risques de manière idéale

Comme nous l'avons précisé précédemment, l'allocation des risques dépend de divers critères. Mais certains seront généralement alloués à l'une ou à l'autre partie tels que le risque de construction au partenaire privé et le risque du changement législatif ou réglementaire à la personne publique⁶³.

Dans le domaine des communications électroniques, les risques les plus caractéristiques sont les risques liés à la disponibilité du débit. Ce sont des risques de demande. Il existe également les risques technologiques et d'obsolescence ou les risques de modifications des spécifications technologiques.

3. Les objectifs de performance

Les objectifs de performance⁶⁴ concernent « *la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation* ».

Ces objectifs justifient le recours au contrat de partenariat puisque la collectivité fait appel à un partenaire privé afin de bénéficier de son savoir-faire permettant une meilleure gestion et productivité du service en question.

⁶³ Cf. supra p. 40

⁶⁴ Article L. 1414-12 c code général des collectivités territoriales : « *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives [...] c) Aux objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation* ».

La performance du partenaire privé sera appréciée au regard de deux critères : la performance technique et la performance en terme de fréquentation ou du service.

En cas de non réalisation d'un de ces objectifs, des pénalités pourront être appliquées.

Pour un projet dans les communications électroniques, nous pouvons citer comme exemple d'objectif de performance la fourniture à tous les usagers d'une connexion internet haut débit, d'un débit étant fixé préalablement ou d'un débit minimum garanti, notamment dans les zones d'aménagement concertées.

4. La rémunération du partenaire

La rémunération du partenaire⁶⁵ fait l'objet d'un paiement différé. Elle est fixée contractuellement.

Elle peut être versée soit dès la signature du contrat, soit à partir de la mise en service des équipements nécessaires au projet.

Le prix versé au partenaire ne sera pas nécessairement fixe durant toute la durée du contrat. Elle pourra varier en raison de la clause d'indexation ou selon les phases du contrat. Cette variation du prix peut également être dû à des sanctions ou pénalités.

Pour le calcul de cette rémunération, sont pris en compte les coûts d'investissements, les coûts de fonctionnement et les coûts de financement. Ces coûts ont été individualisés afin d'éviter l'opacité qui était reproché aux marchés d'entreprise de travaux publics.

En annexe, le partenaire peut être autorisé à se procurer des recettes en « *exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante* ».

5. Les obligations du partenaire

Les obligations du partenaire⁶⁶ ont pour but de « *garantir le respect de l'affectation des ouvrages et équipements au service public dont la personne publique contractante est chargée et le respect des exigences du service public* ».

⁶⁵ Article L. 1414-12 d code général des collectivités territoriales : « *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives [...] d) A la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante, aux motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment aux conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation* ».

⁶⁶ Article L. 1414-12 e code général des collectivités territoriales : « *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives [...] e) Aux obligations du cocontractant ayant pour objet de garantir le*

La collectivité demeure responsable de l'exploitation du service dont l'équipement objet du contrat de partenariat est le support.

Elle devra donc être vigilante quant à la disponibilité de cet équipement et à son affectation. Elle devra donc définir de manière précise et sans ambiguïté les obligations que le partenaire doit respecter afin d'éviter un usage privé abusif de l'équipement en question.

6. Les modalités de contrôle de l'exécution du contrat

Une clause doit permettre à la collectivité territoriale de contrôler le respect des objectifs de performance et des engagements du partenaire privé⁶⁷.

Ce contrôle permettra, notamment, à la collectivité de s'assurer du respect de la clause promettant une partie du contrat aux petites et moyennes entreprises.

7. Les sanctions et pénalités

Les sanctions et pénalités⁶⁸ servent à s'assurer du respect des objectifs de performance et des engagements du partenaire.

Cette clause doit être rédigée avec attention. En effet, si les pénalités sont trop basses, elles n'auront aucun effet incitateur sur le partenaire. Mais si elles sont trop élevées, elles rendront le partenaire frileux et le poussera à apporter trop d'importance aux objectifs de performance au détriment de ses obligations qualitatives.

Elles doivent être équitables et proportionnées à la nature des défaillances et à leur caractère récurrent.

respect de l'affectation des ouvrages et équipements au service public dont la personne publique contractante est chargée et le respect des exigences du service public »

⁶⁷ Article L. 1414-12 f code général des collectivités territoriales : « Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives [...] f) Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans. En ce qui concerne les sous-traitants auxquels il est fait appel pour la construction des ouvrages et équipements, une clause fait obligation au titulaire du contrat de partenariat de constituer une caution leur garantissant le paiement au fur et à mesure de la réalisation des travaux, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la réception de ceux-ci »

⁶⁸ Article L. 1414-12 g code général des collectivités territoriales : « Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives [...] g) Aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de la part du cocontractant »

8. Les modifications ou résiliation unilatérale par l'administration

Conformément au principe de mutabilité du service public, la collectivité doit avoir la possibilité de modifier ou de résilier unilatéralement le contrat pour des motifs d'intérêt général.

De plus, le contrat de partenariat est un contrat de longue durée, il faut donc prévoir son évolution afin que la collectivité puisse bénéficier des progrès technologiques.

L'article L. 1414-12 h du code général des collectivités territoriales⁶⁹ cite, de manière non exhaustive, deux causes de modifications ou résiliation unilatérale : « *pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant* ».

Les modifications du contrat sont limitées par ce même article : « *Tout projet d'avenant entraînant une augmentation du montant global du contrat supérieur à 5 % est soumis pour avis à la commission prévue à l'article L. 1414-6. L'assemblée délibérante ou l'organe délibérant qui autorise la conclusion du projet d'avenant est préalablement informé de cet avis* ».

Ainsi, la collectivité peut modifier son contrat mais doit obtenir une autorisation dès une augmentation significative du montant global du contrat.

Cette modification doit également respecter les principes du droit administratif régissant les contrats administratifs : elle ne pourra aboutir au bouleversement de l'économie du contrat⁷⁰. Dans le cas contraire, il s'agirait d'un nouveau contrat et la collectivité devra lancer une nouvelle procédure de passation.

9. Le contrôle sur la cession partielle ou totale du contrat⁷¹

Une clause doit permettre à la collectivité de donner son autorisation à la cession du contrat de partenariat à un tiers.

Le caractère administratif du contrat implique l'application de plein droit de cette obligation d'autorisation. Néanmoins, il peut être intéressant pour les contractant de s'entendre sur son organisation. Ceci permettra au partenaire de prévoir certaines conditions

⁶⁹ Article L. 1414-12 h code général des collectivités territoriales : « *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives [...] h) Aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant. Tout projet d'avenant entraînant une augmentation du montant global du contrat supérieur à 5 % est soumis pour avis à la commission prévue à l'article L. 1414-6. L'assemblée délibérante ou l'organe délibérant qui autorise la conclusion du projet d'avenant est préalablement informé de cet avis* ».

⁷⁰ Conseil d'Etat, CITEM, 14 mars 1980, Dalloz 1980, p.495, note Théron

⁷¹ Article L. 1414-12 i code général des collectivités territoriales

qui lui seront favorables ou à la collectivité de rajouter des conditions d'acceptation telles que les obligations de service public.

Selon l'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000⁷², l'administration ne peut refuser cette cession qu'en raison d'un motif légitime tel que l'insuffisance de garanties professionnelles et financières ou la remise en cause des éléments essentiels relatifs au choix initial du titulaire du contrat ou la modification substantielle de l'économie du contrat.

10. La continuité du service public et la défaillance du partenaire

La continuité est l'une des caractéristiques du service public. Il est donc essentiel de prévoir dans quelles conditions cette continuité sera assurée en cas de défaillance du partenaire notamment lorsqu'une résiliation est prononcée⁷³.

Il faudra donc organiser la mise en régie du projet en cas de défaillance temporaire ou de résiliation et déterminer les conséquences d'une telle situation.

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, lorsque le partenaire privé est défaillant dans la gestion d'un service public, la personne publique peut prendre en charge le service aux frais et aux risques du fautif⁷⁴.

11. Les conséquences de la fin du contrat

Le contrat devra prévoir le sort des ouvrages construits par le partenaire privé en fin de contrat⁷⁵.

Il faut distinguer deux situations : la construction sur le domaine public et la construction sur un terrain appartenant au partenaire.

Si cette construction a lieu sur le domaine privé de la collectivité, en raison de l'affectation de l'ouvrage, le terrain entre dans le domaine public de la collectivité.

11.1. Le domaine public

Selon l'article L.1414-16, « *lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire du contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les*

⁷² Avis n°364.803, Grands Avis du Conseil d'Etat, édition 2002, p.450

⁷³ Article L. 1414-12 j code général des collectivités territoriales

⁷⁴ Conseil d'Etat, *Commune d'Aunay-sur-Odon*, 23 janvier 1981, Recueil, p. 25

⁷⁵ Article L. 1414-12 k code général des collectivités territoriales

conditions et les limites prévues par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public ».

Puisque le contrat vaut autorisation d'occupation du domaine public, lorsqu'il prend fin l'autorisation aussi. Ainsi, à la fin du contrat, le partenaire perd tous les droits qu'il possédait sur les ouvrages réalisés. Ces derniers reviennent donc à la collectivité gratuitement dès la fin du contrat de partenariat.

11.2. Le terrain du partenaire

Si les ouvrages ont été réalisés sur le terrain du partenaire, ils lui appartiennent. La fin du contrat de partenariat sera sans incidence sur sa propriété de ces biens.

Le contrat de partenariat devra donc prévoir un transfert de propriété au bénéfice de la collectivité qui donnera lieu au paiement d'un prix.

Dans le domaine des communications électroniques, il est important pour la collectivité territoriale d'être propriétaire des infrastructures passives. En effet, cette propriété publique lui permettra d'avoir la maîtrise de ces infrastructures et donc d'avoir la maîtrise des évolutions technologiques.

12. Les modalités de prévention et de règlement des litiges

La clause de règlement des litiges doit, en premier lieu, mettre en place des modalités de règlement de conflit à l'amiable tel que l'arbitrage, afin d'éviter un recours contentieux.

L'article L.1414-12 1 permet le recours à l'arbitrage. Ceci est une dérogation au droit administratif qui interdit aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage. Le contrat devra donc prévoir expressément cette procédure, le mode de désignation des experts et les recours possibles.

En second lieu, cette clause organisera le recours traditionnel au juge administratif.

Chapitre II : Avantages et inconvénients du recours au contrat de partenariat dans les communications électroniques

Les contrats de partenariat peuvent être utilisés pour un projet dans les communications électroniques. Certaines particularités de ces contrats dans ce domaine ont été mises en avant précédemment.

Nous allons démontrer quels sont les avantages et les inconvénients de l'utilisation d'un tel contrat pour un projet de communications électronique.

Néanmoins, en raison de la nouveauté de ces contrats et de l'absence d'illustration concrète à comparer, nous nous bornerons à énoncer les avantages et inconvénients du recours au contrat de partenariat dans les communications électroniques.

En premier lieu, nous consacrerons notre étude au premier but de la création de ces contrats ; la maîtrise des risques budgétaires et économiques. Ensuite, nous reprendrons chaque caractère d'un contrat administratif en général afin d'effectuer une comparaison en terme de performance et d'innovation.

Section préliminaire : Les différents contrats administratifs comparés

Afin de comprendre les comparaisons qui sont effectuées dans ce chapitre, un rappel des principales caractéristiques des contrats administratifs comparés nous semble nécessaire.

1. Rappel sur le contrat de partenariat

« Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels la personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée »⁷⁶.

⁷⁶ Article L. 1414-2 code général des collectivités territoriales

Le contrat de partenariat est donc un contrat passé entre une personne publique, qui peut être l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement public, et une personne privée, en raison de la recherche d'un financement privé.

Les principales caractéristiques du contrat de partenariat sont :

- un objet global ;
- un contrat de longue durée ;
- un paiement différé sur la durée du contrat ;
- vaux autorisation d'occupation du domaine public si le projet doit être exécuté sur le domaine public ;
- l'administration garde la charge du service public ;
- une maîtrise d'ouvrage privée ;
- un partage des risques ;
- une évaluation préalable obligatoire ;
- deux conditions alternatives de recours : urgence ou complexité du projet ;
- deux types de procédure de passation possibles : procédure d'appel d'offre ou procédure de dialogue compétitif ;
- des objectifs de performance et un droit de contrôle et de sanction de l'administration ;
- douze clauses obligatoires énumérées à l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales.

2. Marché public

Les marchés publics sont des contrats passés entre le pouvoir adjudicateur et un prestataire public ou privé. Ils sont soumis au code des marchés publics qui définit différentes sortes de procédure de passation dont l'application dépend de différents facteurs dont l'application de seuil communautaire.

Les seuils communautaires permettent de déterminer les marchés passés selon une procédure formalisée et ceux passés selon une procédure adaptée.

En ce qui concerne la procédure formalisée, il s'agit de la procédure d'appel d'offre. Dans certains cas, il peut s'agir de procédures spéciales : procédure négociée, procédure de conception – réalisation, procédure de dialogue compétitif, les marchés fractionnés, le marché de définition, le concours, le régime allégé des services non prioritaires et les marchés de maîtrise d'œuvre.

L'objet d'un marché public peut varier selon le type de marché. Il peut s'agir de marchés de travaux, de marchés de service, ou de marchés de fourniture.

Un marché de travaux a pour objet la réalisation d'une opération immobilière. Un marché de service porte sur la réalisation de prestations de service, et un marché de fourniture sur la fourniture d'un bien mobilier.

Le paiement par la personne public ne peut être différé. C'est un paiement après service fait. Le paiement différé de la prestation est interdit par le code des marchés publics.

La durée du contrat est fixée librement mais pour certains marchés elle est limitée par les articles 35 et 71 du code des marchés publics. En règle générale, ce sont des contrats de courte durée.

La maîtrise d'ouvrage est conservée par la personne publique.

Le prestataire supporte le risque de construction. En effet, il a l'obligation de livrer le bien.

3. Délégation de service public

La délégation de service public est un contrat passé par le pouvoir adjudicateur et une personne publique ou privée qui a pour objet de transférer la gestion d'un service public.

Selon la loi du 11 décembre 2001 portant Mesures d'Urgence à Caractère Economique et Financier (dite loi MURCEF) et l'article L. 1411-1, alinéa 1^{er} du code général des collectivités territoriales, « *une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* »⁷⁷.

La rémunération du concessionnaire peut être complétée par un paiement public.

Selon l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, la durée d'une délégation est limitée en fonction des prestations demandées au délégataire. Sa prolongation n'est possible que par un vote de l'assemblée délibérante. C'est généralement un contrat de longue durée.

Le concessionnaire supporte les risques de construction (lorsque la réalisation d'un équipement est requis pour la gestion du service public), de performance et de demande.

Le concessionnaire est le maître de l'ouvrage⁷⁸.

La procédure de passation est définie par le code général des collectivités territoriales⁷⁹. En bref, il faut publier un avis permettant le dépôt de candidature et les candidats sélectionnés par la commission pourront déposer leurs offres. Les critères de sélection des candidatures et des offres doivent être publiés. L'assemblée délibérante doit donner son accord sur le principe de la délégation avant la publicité.

Pour les petites délégations, une procédure simplifiée est possible et certains cas sont dispensés de procédure.

⁷⁷ Le critère de la rémunération substantielle fut posée en premier lieu par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Préfet des Bouches du Rhône* du 15 avril 1996 (Recueil, p.137)

⁷⁸ Conseil d'Etat, section, 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes*, Lebon p. 69

⁷⁹ Articles L.1411-1 à L.1411-18

Ayant présenté les principales règles s'appliquant aux contrats de partenariat, marchés publics et délégations de service public, nous pouvons procéder à une comparaison mettant en avant les avantages et les inconvénients des contrats de partenariat dans les communications électroniques.

Section 1 : La maîtrise des risques budgétaires et économiques

L'une des raisons de la création des contrats de partenariat est la meilleure maîtrise du coût et donc des risques budgétaires et économiques.

1. Le budget public et les contrats de partenariat

En raison du manque de moyen budgétaire, l'Etat et les collectivités territoriales ont tendance à réduire l'investissement, c'est-à-dire les dépenses en capital⁸⁰.

La réduction de ces dépenses est plus simple que celle des dépenses courantes qui a des conséquences visibles et immédiates. Les dépenses en capital ont une moindre sensibilité politique puisque leurs conséquences ne sont visibles qu'à long terme.

En conséquence, s'il faut investir, les autorités publiques préféreront des investissements nouveaux que des investissements pour l'entretien d'infrastructures existantes.

Le recours au contrat de partenariat va permettre une optimisation du cycle budgétaire. L'étalement du paiement va permettre aux collectivités territoriales de respecter leurs enveloppes budgétaires des projets en cours.

En effet, dans un marché public, le paiement différé est interdit. Il doit être donné lorsque le service est fait. Or, ce paiement est généralement trop lourd pour être payé en une fois par la collectivité. Le contrat de partenariat va permettre l'étalement de ce paiement sur toute la durée du contrat.

Néanmoins l'étalement du paiement va faire naître une charge de longue durée sur les collectivités. De cette manière, les projets des collectivités seront réduits d'autant tout le long du contrat de partenariat. Elles seront dans l'impossibilité d'investir dans de nouveaux projets de moyenne ou grande envergure durant la durée du contrat de partenariat.

⁸⁰ Dépense effectuée par l'entité en vue d'acquiescer, de construire, de développer, de mettre en valeur ou d'améliorer une immobilisation qui lui procurera des avantages au cours d'un certain nombre d'exercice.

Le second avantage au niveau budgétaire du contrat de partenariat se voit au niveau des comptes publics.

Les actifs liés à un contrats de partenariat peuvent, sous certaines conditions, être classés comme actifs non publics et donc ne pèseront pas sur la dette publique. Ceci ressort de la décision d'Eurostat n°18/2004 du 11 février 2004⁸¹. Pour que cette déconsolidation soit admise, le partenaire privé doit supporté le risque de construction et au moins l'un des deux risques suivant : le risque de la disponibilité ou le risque de la demande.

Si ces conditions ne sont pas remplies, le contrat de partenariat sera consolidé dans la dette publique.

Pour que le risque de construction, correspondant aux cas de livraison tardive, de non-respect des normes spécifiées, de surcoûts ou de défaillance technique, soit à la charge du partenaire privée, la collectivité doit commencer à verser sa rémunération qu'à partir de la mise en service de l'équipement. De plus, le contrat devra prévoir des pénalités significatives, faisant peser un réel risque financier sur le partenaire privé.

Le risque de disponibilité, tel que le non respect des performances et des spécifications fonctionnelles du contrat, sera effectivement transféré s'il existe un lien direct et exclusif entre la survenance de manquements et l'application de sanctions.

Le risque de demande résulte de facteurs tels que les variations du cycle économique, de nouvelles tendances du marché...

2. Une réduction du coût contractuel

Si nous reprenons l'exemple britannique, les autorités avaient espéré, lors du lancement de la politique de « private finance initiative » des économies allant jusqu'à 30% du coût d'un projet géré en régie. Le trésor britannique a calculé dans le rapport « Value for Money Drivers en the PFI » de 2001, les économies théoriques qu'apportent le recours à cette politique. De manière générale, ces économies sont de 10% mais selon les secteurs, elles vont de 20 à 5%.

Ces économies s'expliquent par la conjonction de deux phénomènes :

- les économies réalisées dans le cadre d'un contrat de partenariat sont proportionnelles à l'efficacité de la gestion du service public : plus ce dernier était mal géré, plus les économies seront importantes ;
- en raison du recours au financement privé, un coût additionnel est rajouté au coût contractuel : la prime de risque demandée par les prêteurs à une entreprise est plus importante que celle demandée à une personne publique. Ce surcoût peut aller de 0,5% à 1,5%.

⁸¹ http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/2-11012004-AP/FR/2-11022004-AP-FR.HTML visité le 20/08/2006

L'exemple britannique nous démontre donc que le recours au contrat de partenariat permet une économie mais celle-ci peut être insignifiante. Il faudra donc évaluer avec précision le besoin de recourir à un tel contrat en prenant en compte, d'une part, l'efficacité du service en cause et, d'autre part, le coût de la prime de risque qui est demandée aux entreprises.

La réduction de coût ne sera réelle que si le service en question est géré d'une manière telle que provoquant des pertes financières supérieures au coût de la prime de risque demandée par les prêteurs.

3. Le financement privé du projet

Le recours au financement privé permet la réduction de coût comme nous venons de l'exposer. Néanmoins, le contrat de partenariat n'est pas le seul mode de gestion permettant le recours au financement privé. En effet, la délégation de service public permet également un financement privé.

Lorsque le partenaire ou le concessionnaire, étant maître de l'ouvrage, réalisent des ouvrages ou équipements, ils les financent.

Il existe différentes modalités de financement : les fonds propres, le prêt bancaire...

Au niveau des modalités de fonctionnement, le contrat de partenariat donne un avantage au partenaire par rapport au concessionnaire. En effet, l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales empêche le concessionnaire de recourir au crédit-bail pour financer les équipements de communication électronique situés sur le domaine routier de la collectivité délégante. Or le contrat de partenariat permet le recours à un tel financement.

De plus, le contrat de partenariat facilite l'accès de financement par la dette en raison de la rémunération particulière du partenaire par la collectivité territoriale, qui est plus sûre que celle prévue dans le cadre d'une délégation, et du risque de crédit qui sera supporté par la collectivité et non par le partenaire.

Enfin, en ce qui concerne le financement privé, le contrat de partenariat semble plus attractif que la délégation de service public et permettrait donc à la collectivité d'avoir un plus grand choix entre les candidats potentiels.

En effet, en raison de la nature particulière de la rémunération de la délégation, le concessionnaire supporte le risque de demande. Ce risque est aléatoire et la demande peut baisser en raison d'événements étrangers à l'action du concessionnaire.

Or dans un contrat de partenariat, il y a plus de variantes à prendre en considération (couverture du territoire, qualité de l'exploitation du réseau, performance du service...) pour déterminer la rémunération finale du partenaire. Le partenaire pourra donc jouer sur ces différentes variantes pour remplir ses objectifs de performance et s'assurer sa rémunération

par la collectivité. De plus, rien n'interdit de prévoir une rémunération minimum sous réserve des contraintes liées à la déconsolidation de la dette publique exposée en amont.

Ainsi, le choix entre le recours à un financement privé par l'intermédiaire d'un contrat de partenariat ou par celui d'une délégation de service public va dépendre des sources de revenus prévisibles du projet et de sa rentabilité économique.

4. Le coût de la passation du contrat

Les marchés publics et les délégations de service public sont des contrats administratifs traditionnels. Leur passation ne requiert aucune compétence particulière.

Or les contrats de partenariat ont une procédure de passation longue et complexe. En effet, lorsqu'une collectivité décide de recourir à un tel contrat, elle doit :

- procéder à une phase d'évaluation durant laquelle, elle définit son programme fonctionnel, caractérise le projet d'urgent ou complexe et réalise une analyse comparative permettant d'établir la nécessité de recourir à un contrat de partenariat ;
- continuer par une phase d'attribution : elle rédige son programme fonctionnel définitif, publie un avis d'appel public à la concurrence, sélectionne les candidats admis à présenter une offre ou à dialoguer, lance la procédure de dialogue compétitif ou d'appel d'offre, choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, rédige les clauses contractuelles, signe le contrat et procède aux notifications légales.

Lorsqu'une collectivité recourt à un contrat de partenariat, il lui faudra être en possession de moyens humains pouvant gérer et contrôler le montage juridique et financier complexe de ce contrat.

La gestion de ce contrat demandera donc d'importantes ressources financières afin d'acquérir les compétences et l'expérience nécessaire au montage et à la rédaction juste de ce type de contrat.

Une équipe devra être dédiée tant à la passation de ce contrat qu'à son suivi.

Ainsi, comparé aux modes de gestion traditionnels, la passation d'un contrat de partenariat sera plus onéreuse que celle des marchés publics et délégations de service public.

Section 2 : Performance et innovation

Comparé aux marchés publics et délégations de service public, les contrats de partenariat vont favoriser la performance des réseaux de communications électroniques. Ils vont également stimuler des innovations technologiques.

1. Performance des réseaux de communications électroniques et contrat de partenariat

Le contrat de partenariat, en raison de son objet global, a deux avantages en terme de performance par rapport aux marchés publics et aux délégations de service publics.

D'une part, son objet permet de disposer de l'ensemble des compétences privées requises pour la réalisation du projet.

En effet, pour un projet demandant la construction, la maintenance et l'exploitation d'un bâtiment pour une mission de service public ainsi que sur la gestion dudit service, le pouvoir adjudicateur, s'il décide de ne pas passer par un contrat de partenariat, devra passer différents marchés et contrats administratifs pour l'ensemble du projet. De cette façon, il ne disposera des compétences privées qu'au fur et à mesure de l'avancée du projet et de la passation des différents contrats.

Or, ceci peut poser certains problèmes tout au long de la réalisation du projet. Par exemple, il est possible qu'une spécification particulière sur la construction de l'équipement afin d'assurer une gestion optimale ne puisse être mise en avant que par le futur gestionnaire du service.

Ce problème sera écarté par le recours au contrat de partenariat puisque le partenaire ne pourra pas organiser chaque phase du projet indépendamment sans que cela ne porte préjudice à la bonne exécution du contrat.

D'autre part, la passation d'un seul contrat réduira les risques de contentieux et garantira une meilleure sécurité juridique des projets.

En effet, plus de procédure de passation sont passées, plus il y a un risque d'erreur commise dans la procédure.

La rémunération du cocontractant peut également jouer un rôle sur la performance.

Dans les délégations de service public, cette rémunération n'est liée qu'au risque d'exploitation ou de demande.

Or, dans les contrats de partenariat, la rémunération va être liée à des objectifs de performance. Ainsi, afin d'éviter des pertes financières en raison de sanction ou pénalité, le partenaire va être incité à remplir les objectifs de performance.

2. Innovations technologiques et contrats de partenariat

Le contrat de partenariat permet, lorsque le projet est qualifié de complexe, le recours au dialogue compétitif. Cette procédure n'est pas possible dans les délégations de service public.

Cette procédure combinée à la durée du contrat permet, dans le domaine des communications électroniques, d'inciter les candidats de présenter une offre non seulement répondant aux besoins de la collectivité et économiquement la plus avantageuse mais également qui est susceptible d'y répondre suffisamment longtemps pour qu'ils puissent en tirer des bénéfices à la fin du contrat.

Néanmoins, cette longue durée du contrat risque d'aller à l'encontre des avancées technologiques. En effet, le domaine des communications électroniques est en perpétuel mouvement en terme de technologie.

Un contrat de 30 ans passé pour une technologie particulière peut provoquer un retard technologique sur le territoire de la collectivité. Dans les marchés publics, les contrats sont de courtes durées. Si les installations sont dépassées technologiquement il est simple de repasser un nouveau marché.

Mais, afin d'éviter un tel retard technologique au sein du contrat, il faudra rédiger avec soin les clauses concernant la modification ou résiliation unilatérale du contrat par l'administration, afin d'obliger le partenaire à faire évoluer les technologies utilisées lorsque ces dernières sont dépassées. D'autant plus que selon l'article L. 1414-12 h du code général des collectivités territoriales, *« un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : [...] h) aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant »*.

La procédure de passation du contrat de partenariat instaure une nouvelle possibilité pour la collectivité. L'article L. 1414-11 du code général des collectivités territoriales permet un mécanisme d'offre spontanée.

Ce mécanisme est impossible dans les procédures de marché public ou de délégation de service public.

Néanmoins, dans le domaine des communications électroniques, il donnerait un avantage à la collectivité tant en terme de connaissance qu'en terme d'incitation à l'innovation.

La collectivité pourrait lancer un projet dans les communications électroniques qui bénéficierait d'une technologie avancée et qui obligerait les candidats à rechercher des solutions économiquement plus avantageuse, c'est-à-dire soit ayant une technologie de même niveau mais moins onéreuse, soit une technologie plus avancée pour un prix égal ou légèrement supérieur.

Les contrats de partenariat peuvent poser un problème, dans le domaine des communications électroniques, en ce qui concerne la propriété des biens construits.

Selon l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, il est important que les collectivités gardent la propriété et, donc, le contrôle des infrastructures passives afin d'avoir la maîtrise sur les choix technologiques et de jouer un rôle réel d'opérateur. Cette maîtrise du génie civil doit se faire dans la perspective du développement de la fibre optique qui est aujourd'hui encore peu utilisée mais qui peut devenir la technologie des communications électroniques de demain.

A la vue de cette comparaison, le contrat de partenariat semble présenter de nombreux avantages dans le domaine des communications électroniques. Ces avantages sont tant économiques et budgétaires que technologiques.

Néanmoins, cela ne signifie pas que le recours au contrat de partenariat soit idéal dans tous les projets. Ces avantages ne sont que théoriques et les particularités de la situation territoriale peuvent rendre superflus la conclusion d'un tel contrat.

En effet, les contrats de partenariat ne seront réellement avantageux que dans les projets de grande envergure, c'est-à-dire les projets d'aménagement numérique concernant d'importantes surfaces à équiper.

Les collectivités territoriales semblent préférer les modes traditionnels de gestion au contrat de partenariat puisque aucun contrat n'a été signé.

Je crois que les contrats de partenariats peuvent être utiles dans le développement des communications électroniques. Néanmoins, avant de recourir à un tel contrat, la phase de l'évaluation préalable doit être menée avec rigueur afin d'éviter à la collectivité de se lancer dans un projet complexe qui ne lui apportera que des inconvénients en raison de la lourdeur de la passation et du suivi d'un contrat de partenariat.

Arrêts et avis cités :

Conseil constitutionnel :

Conseil constitutionnel, 81-132 DC, 16 janvier 1982 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1981/81132dc.htm> visité le 20/08/2006

Conseil constitutionnel, 82-137 DC, 25 février 1982 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82137dc.htm> visité le 20/08/2006

Conseil constitutionnel, 94-345 DC, 29 juillet 1994 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94345dc.htm>

Conseil constitutionnel, 94-348 DC, 3 août 1994 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94348dc.htm>

Conseil constitutionnel, 97-388 DC, 20 mars 1997 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1997/97388/index.htm>

Conseil Constitutionnel, 2003-473 DC, 26 juin 2003 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003473/index.htm>

Conseil Constitutionnel, 2004-506 DC, 2 décembre 2004 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004506/index.htm>

Conseil d'Etat :

Conseil d'Etat, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, 18 juillet 1913 : Recueil, p. 875, conclusion Helbronner

Conseil d'Etat, *Syndicat de la boucherie*, 6 mars 1914 : Recueil, p. 308

Conseil d'Etat, section, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, 30 mai 1930 : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13^e édition, n°46, p. 282

Conseil d'Etat, section, *Chouard et autres*, 22 novembre 1935 : Recueil p. 1080

Conseil d'Etat, assemblée, *Caisse primaire « Aide et Protection »*, 13 mai 1938 : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13^e édition, n°55, p.335

Conseil d'Etat, section, *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie*, 12 juin 1959 : Recueil p. 363

Conseil d'Etat, *Ville de Colombes*, 11 décembre 1963, Recueil, p. 612

Conseil d'Etat, 10 janvier 1964 : Recueil, p. 20

Conseil d'Etat, section, *Ville de Nanterre*, 20 novembre 1964 : Recueil P. 536

Conseil d'Etat, 5 mai 1967 : Recueil, p. 348

Conseil d'Etat, *CITEM*, 14 mars 1980 : Dalloz 1980, p.495, note Théron

Conseil d'Etat, *Commune d'Aunay-sur-Odon*, 23 janvier 1981 : Recueil, p. 25

Conseil d'Etat, *S.O.CEA-Balency*, 14 octobre 1988 : Contrats et Marchés Publics, 1989, n°240, p.8, note Moderne

Conseil d'Etat, section, *Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes*, 3 mars 1989 : Recueil, p. 69

Conseil d'Etat, *Préfet des Bouches du Rhône*, 15 avril 1996 : Recueil, p.137

Conseil d'Etat, section, *Société Million et Marais*, 3 novembre 1997 : GAJA, 13^{ème} édition, n° 112, p.803

Conseil d'Etat, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, 17 décembre 1997 : Recueil, p. 491

Conseil d'Etat, *Département de l'Orne*, 30 juin 1999 : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, 1999, p.434, note Richer

Conseil d'Etat, *Sueur et autres*, 29 octobre 2004 : http://www.conseil-etat.fr/ce/jurispd/index_ac_ld0442.shtml

Conseil d'Etat, Avis n°364.803, 8 juin 2000 : Grands Avis du Conseil d'Etat, édition 2002, p.450

Conseil de la concurrence :

Conseil de la concurrence, *avis relatif à la convention-type« Département innovant » de France Télécom*, 04-A-15, 28 juillet 2004 : http://www.conseil-concurrence.fr/user/standard.php?id_rub=133&id_article=332

Bibliographie

Les ouvrages généraux :

BERTRAND, Mathieu ; VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel*. Paris : Presses Universitaires de France, Collection droit fondamental, 2004.

BRAIBANT, Guy ; DELVOLVE, Pierre ; GENEVOIS, Bruno ; LONG, Marceau ; WEIL, Prosper. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Paris : Dalloz, 13^{ème} édition, 2001.

CHAPUS, René. *Droit administratif général tome 1 et 2*. Paris : Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001.

CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Paris : Presses Universitaires de France, 2001.

RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. Paris : L.G.D.J., Manuel, 4^{ème} édition, 2004.

VERPEAUX, Michel. *Les collectivités territoriales en France*. Paris : Dalloz, Connaissance du droit, 2^{ème} édition, 2004.

Les ouvrages spécifiques aux contrats de partenariat :

BEZANCON, Xavier ; DERUY, Laurent ; FISZELSON, Roger ; FORNACCIARI, Marc. *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé*. Paris : Le Moniteur, 2005.

LICHERE, François ; MARTOR, Boris ; PEDINI, Gilles ; THOUVENOT, Sébastien. *Pratique des partenariats public-privé*. Paris : Litec, 2006.

MARTY, Frédéric ; TROSA Sylvie ; VOISIN Arnaud. *Les partenariats public-privé*. Paris : La Découverte, collection Repère, 2006.

Les rapports :

AUTORITE DE REGULATION DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET DES POSTES. *Le rapport public d'activité*. Paris : 2005.

Les articles :

BABIN, Ludovic ; MACAIRE, Agnès. Réseaux de télécommunications : le recours aux contrats de partenariat public-privé. *Les Petites Affiches*, 2004, n°182, p. 3-11.

BEZANCON, Xavier ; FORNACCIARI, Marc. Le contrat de partenariat et la collectivité territoriale : Comment utiliser le contrat de partenariat ? *Le Moniteur*, 18 mars 2005, cahier détachable n°2.

BONDEL, David ; PEYRICAL, Jean-Marc. Contrats de partenariat public-privé : De nouvelles formes de contrats atypiques. *Le Moniteur*, 17 septembre 2004, p. 88-89.

BREVILLE, Anne. Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes. *Actualité Juridique du Droit Administratif*, 2004, p. 1754-1759.

COTTO, Valérie ; VERET Danièle. Entre la délégation de service public et le marché public dans le secteur des télécommunications à haut débit (1^{ère} partie). *La Gazette du Palais*, 2004, Recueil mars – avril 2004, p. 919-923.

COTTO, Valérie ; VERET Danièle. Entre la délégation de service public et le marché public dans le secteur des télécommunications à haut débit (2^{ème} partie). *La Gazette du Palais*, 2004, Recueil juillet – août 2004, p. 2289-2293.

DEBOUZY, Olivier ; GUILLOT, Pierre. Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public. *Dalloz*, 2005, n°5, p. 319-328.

DELACOUR, Eric. Contrat relatif au service public local des télécommunications. *Contrats et Marchés publics*, 2004, n°12, commentaire 257.

GAUDEMET, Yves. Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique. *Bulletin Juridique des Contrats Publics*, 2004, n°36, p. 331-339.

TERNEYRE, Philippe. Les nouveaux contrats de partenariat et la typologie des instruments du partenariat public-privé. *Revue de droit immobilier*, 2003, Novembre – Décembre 2003, p. 520-522.

Les sites internet :

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<http://www.arcep.fr>

<http://www.lexisnexis.com/fr/droit>

<http://www.minefi.gouv.fr>

<http://www.ppp.minefi.gouv.fr>

Annexe 1 : Tableau de comparaison succincte des différents contrats administratifs

Contrat administratif	Marché public	Contrat de partenariat	Délégation de service public
Objet	Monofonctionnel	Multifonctionnel	Multifonctionnel
Durée	Courte	Longue	Longue
Financement	Pas de préfinancement privé	Préfinancement privé	Financement privé selon les cas
Conception	Marchés successifs	Conception et construction privées	Conception et construction privées
Gestion		Maintenance et gestion privées	Maintenance et gestion privées
Service	Service rendu à l'administration	Service rendu à l'administration	Exploitation privée du service
Rémunération	Paiement public	Paiement public ou mixte	Paiement par l'utilisateur ou mixte
Textes de loi	code des marchés publics	Loi n° 2003-591, 02/07/2003 et Ordonnance n° 2004-559, 17/06/2004	Loi n° 93-122 29/01/1993 dite loi Sapin

Annexe 2 : Exemple de structure de contrats de partenariat⁸²

Clauses générales

Préambule

Principes fondamentaux du contrat. Référence à l'ordonnance. Glossaire.

1. objet du contrat

- a. Programme contractuel :
 - expression des besoins quantifiés ;
 - description des performances à atteindre.
- b. Financement – Réalisation – Maintenance de l'ouvrage
- c. Conception totale ou partielle (s'il y a lieu)
- d. Natures générales de l'ouvrage

2. Structure du contrat

- a. Désignation et rôles/missions des parties :
 - autorité publique, opérateur privé ;
 - rôles et missions respectifs.

3. Déclaration

- a. Etude préalable [ce qui fonde le contrat de partenariat]
- b. Support du contrat
- c. Objet physique : immeuble/foncier sur lequel porte le contrat de partenariat

4. Planning général du contrat

- a. Planning du contrat
- b. Planning général de l'opération : les grandes dates (dates de rendez-vous, échéancier, opposabilité des événements)

5. Dispositif contractuel – Pièces constitutives du dossier

- a. Règlement de la consultation
- b. Cahier des charges
- c. Descriptif de l'assiette foncière
- d. Transfert de droits réels : acte de propriété de l'autorité publique
- e. Définition des besoins et usage de l'ouvrage
- f. Plans des projets
- g. Descriptifs
- h. Programme de maintenance

⁸² Exemple repris dans **BEZANCON, Xavier ; DERUY, Laurent ; FISZELSON, Roger ; FORNACCIARI, Marc.** *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé.* Paris : Le Moniteur, 2005.

- i. Données économiques et financières

Domianialité – Transfert de propriété

1. Emprise et droits réels : référence cadastrale, acte de propriété

2. Dates de mise à disposition de l'emprise foncière à l'opérateur privé

3. Prises de possession

- a. Fondement de validité du contrat de partenariat : arrêté de décision de l'autorité publique
- b. Transfert domanial (notion de propriété de l'ouvrage)

4. Restitution des biens (en fin de contrat)

Missions de conception réalisation (ou réalisation seule)

1. Missions de conception (s'il y a lieu)

- a. Contrat de l'architecte et missions
- b. Responsabilités – Assurances
- c. Autres maîtres d'œuvre associés à l'opération – Missions

2. Missions de réalisation

- a. Mode de passation du contrat de travaux
- b. Place réservée aux petites et moyennes entreprises
- c. Autres engagements des entreprises : environnementaux...
- d. Garanties du paiement

3. Mise à disposition de l'ouvrage

- a. Constat de conformité
- b. Mission de suivi d'un tiers expert
- c. Procédures de mise à disposition
- d. Conséquences de la mise à disposition système de pénalités et de primes

4. Constatation des performances

5. Partage des risques

Missions de maintenance

1. Maintenance patrimoniale

- a. Missions
- b. Performances attendues
- c. Indicateurs de performances
- d. Planning d'intervention

2. Entretien périodique

- a. Missions
- b. Performances attendues
- c. Indicateurs de performances
- d. Planning d'intervention

3. Conditions d'exécution

- a. Rapport annuel de mission
- b. Gestion des provisions et aléas

4. Constatation des performances

- a. Nature des contrôles et périodicité
- b. Tableau de mesure des performances
- c. Système d'alerte
- d. Système de pénalités et de primes
- e. Autres moyens coercitifs

5. Partage des risques

Services et exploitation

1. Services associés attribués à l'exploitant

2. Services marchands proposés aux clients

3. Performances attendues – Indicateurs de performances

4. Constatation des performances

5. Partage des risques

6. Continuité du service public

- a. Principe
- b. Défaillance de l'opérateur privé

Suivi et évolution du contrat

- 1. Rapport annuel d'information**
- 2. Modification par avenant (de manière non substantielle)**
- 3. Phases optionnelles du contrat**
- 4. Cession du contrat (totale ou partielle)**
 - a. Par l'autorité publique
 - b. Par l'opérateur privé

Clauses financières et clauses d'assurance

- 1. Financement de l'opération**
- 2. Cession de créances**
- 3. Rémunération de l'opérateur privé**
- 4. Assurance de l'opérateur**

Fin du contrat

- 1. Fin normale du contrat (soulte, définition de l'état des biens...)**
- 2. Fin anticipée du contrat**
 - a. Résiliation pour intérêt général (modalités de résiliation, indemnisation...)
 - b. Résiliation sanction

Prévention et règlement des litiges

- 1. Demande préalable – Règlement amiable du litige**
- 2. Recours éventuel à l'arbitrage ou saisine du tribunal compétent**
- 3. Juridiction compétente**

Annexe 3 : Grilles de risques⁸³

Grille chronologique	
Risques de conception	Défaillance de la conception Optimisation insuffisante Modification du projet Retard dans la mise au point du projet Incapacité à construire suivant le cahier des charges...
Risques de construction	Surcoût Malfaçon Sécurité, sûreté du site... Risque archéologique, géologique, météorologique Retard de délivrance des permis et autorisations, d'accès au site et/ou à des terrains adjacents, de mise à disposition de carrière ou de décharge, de livraison Vice caché Plaintes de tiers Réception de l'ouvrage du constructeur Défaillance du constructeur, des prêteurs Refus d'acceptation, totale ou partiel, des ouvrages par la personne publique
Risques d'exploitation/maintenance	Défaut du partenaire ou de ses sous-traitants dans l'exploitation et/ou la maintenance de l'ouvrage Mise en œuvre des garanties biennales et/ou décennales Grève et/ou de désordres sociaux Dysfonctionnement ou indisponibilité des ouvrages, équipements, fournitures Mauvaises estimations des recettes annexes Coût d'exploitation/maintenance supérieur aux prévisions...

⁸³ Exemple repris dans **BEZANCON, Xavier ; DERUY, Laurent ; FISZELSON, Roger ; FORNACCIARI, Marc.** *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé.* Paris : Le Moniteur, 2005.

Grille par nature	
Risque contractuel	Risque de requalification Risque d'annulation Risque de force majeure, sujétions imprévues, fait du prince, imprévision... Risque lié à la procédure de résolution des litiges Risque de résiliation et/ou de déchéance et d'indemnisation correspondante...
Risque environnemental	
Risque législatif et réglementaire	
Risque économique	
Risque de demande	
Risque technique et d'obsolescence	
Risque financier	Risque de change Risque de taux...

Annexe 4 : Exemples de matrice de risques⁸⁴

Risques	Porteur de risques		Commentaires
	Personne publique	Personne Privée	
Période préliminaire			
Défaillance de la conception			
Modification du projet : <ul style="list-style-type: none"> ➤ reprise des projets rendue nécessaire par difficultés (étendue de sols...) ➤ Reprise des projets du fait de modifications 			Selon l'origine de la modification (personne publique, privée, loi)
Retard dans la mise au point des projets			Selon l'origine de la difficulté
Incapacité à construire suivant le cahier des charges			
Période de développement et de construction			
Mauvaise estimation des coûts de construction : <ul style="list-style-type: none"> ➤ répercutables sur entreprises travaux ➤ non répercutables 			Selon surcoûts et/ou retards
Mauvaise estimation du calendrier			
Risques archéologiques, géologiques, météorologiques			
Retard dans l'accès au site et dans la mise à disposition du foncier			Selon l'origine du retard

⁸⁴ Exemple repris dans **LICHERE, François ; MARTOR, Boris ; PEDINI, Gilles ; THOUVENOT, Sébastien. Pratique des partenariats public-privé.** Paris : Litec, 2006.

Retard dans l'obtention des autorisations administratives nécessaires au démarrage			Selon l'origine du retard
Sûreté et sécurité sur le site			
Modifications législatives et réglementaires			Selon la spécificité des normes
Défaillance technique d'un constructeur			
Défaillance d'un financier			
Retard à la livraison			
Malfaçons rendant ou non les ouvrages impropres à leur destination			
Risque d'interface entre conception, construction et exploitation			
Période d'exploitation			
Risques de performance			
Défauts du partenaire privé ou de ses sous-traitants (non-exécution ou défaut d'exécution du service) : <ul style="list-style-type: none"> ➤ du fait d'une carence prouvée de l'exploitant ➤ du fait d'un défaut des ouvrages, équipements, fournitures 			
Incapacité/impossibilité à atteindre les standards de qualité fixés			Selon la cause
Grève			Selon l'origine
Défauts latents des ouvrages			
Modification des spécifications de fait de l'évolution législative et réglementaire			

Disponibilité de l'ouvrage			
Risques sur les coûts d'exploitation			
Mauvaise estimation des coûts de fourniture des services dus, de la maintenance, de structure...			
Risques de surcoûts d'exploitation du fait d'un défaut des ouvrages			
Modifications législatives et réglementaires non spécifiques au secteur			
Risques de surcoûts du fait d'une moindre qualité (que prévue) des installations (réparation, remplacement, renouvellement accrus)			
Mauvaise estimation du coût de gestion des personnels			
Variation des ressources liées à l'exploitation du service			
Mauvaise estimation des revenus annexes			
Modification fiscale			
Risques spéciaux			
Risques de déchéance et de fin anticipée de contrat			
Résiliation du fait de la personne publique			
Défaut du cocontractant privé			
Déchéance du cocontractant privé			

Défaut de la personne publique			
Risques technologiques et d'obsolescence			
Obsolescence de l'investissement			
Modification des spécifications technologiques			
Risques de valeur résiduelle (coût de démantèlement ou de réaffectation)			
Risques d'assurance			
Variation des primes			
Risques non couverts			
Risques financiers			
Variation des taux			
Risques de change			
Inflation			
Autres risques			
Risque environnemental			
Force majeure et autres risques non assurables			

Annexe 5 : Tableau de synthèse d'une évaluation préalable⁸⁵

A. Les performances	Régie	Marché classique	Délégation de service public	Contrat de partenariat
En phase amont du projet, la qualité du projet : <ul style="list-style-type: none"> ➤ l'apport d'innovation par la compétence ; ➤ le caractère garanti ou non du prix et du délai du projet. 				
En phase de construction, la qualité de la réalisation : <ul style="list-style-type: none"> ➤ l'incidence de la durée du contrat dans la réalisation des travaux. 				
En phase d'exploitation, la qualité de la maintenance : <ul style="list-style-type: none"> ➤ l'incidence de la qualité de la maintenance ; ➤ l'impact de la délégation du fonctionnement et de la sécurité à une entité extérieure. 				

B. Le partage des risques	Régie	Marché classique	Délégation de service public	Contrat de partenariat
Sur le risque transféré ou non en phase amont du projet : <ul style="list-style-type: none"> ➤ le risque de maîtrise d'ouvrage ; ➤ le risque de conception. 				
Sur le risque transféré ou non en phase de construction : <ul style="list-style-type: none"> ➤ le risque d'exécution porté ou non par la collectivité ; ➤ la certitude du délai et du budget. 				
Sur les risques ultérieurs à la construction : <ul style="list-style-type: none"> ➤ les risques relatifs au niveau de qualité et au délai d'intervention ; ➤ les risques de dysfonctionnement majeur ; ➤ les risques de réhabilitation lourde dix ou quinze ans après. 				

⁸⁵ Exemple repris dans **BEZANCON, Xavier ; DERUY, Laurent ; FISZELSON, Roger ; FORNACCIARI, Marc.** *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé.* Paris : Le Moniteur, 2005.

C. Le coût global	Régie	Marché classique	Délégation de service public	Contrat de partenariat
Estimation directe sur le budget de la collectivité : <ul style="list-style-type: none"> ➤ effet de l'étalement du paiement du prix et donc l'accroissement des marges budgétaire. 				
Coût de direction : <ul style="list-style-type: none"> ➤ coût de maîtrise d'ouvrage et de mandataire ; ➤ coût de préparation de lancement de l'appel d'offre ; ➤ coût de la direction de chantier. 				
Coût de programmation : <ul style="list-style-type: none"> ➤ définition des fonctionnalités et performances. 				
Coût de conception : <ul style="list-style-type: none"> ➤ honoraires de maîtrise d'œuvre, bureau d'étude technique, consultants. 				
Prix de l'ouvrage				
Surcoûts ou économies estimés, liés aux délais d'exécution de la construction ou à la durée du processus global conception construction.				
Coût de maintenance : <ul style="list-style-type: none"> ➤ coût du personnel de maintenance ; ➤ coûts d'assurance et des risques exceptionnels. 				
Coût de fonctionnement : <ul style="list-style-type: none"> ➤ coût des consommations (matières, énergie) ; ➤ coût de la délivrance du service en cas de pannes ou de dysfonctionnement. 				
Coûts globaux : <ul style="list-style-type: none"> ➤ la gestion et le coût des aléas ; ➤ le coût global (conception, construction, maintenance). 				