

Les contrats de partenariat et l'intangibilité des groupements candidats

L'article 1^{er} de l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée relative aux contrats de partenariat (CP) définit ces contrats ainsi : « Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'État ou un établissement public de l'État 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 ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement ... ».

Pour assumer la mission globale dévolue dans le contrat d'un CP, peuvent faire acte de candidature ou bien une société de projet, personne juridique nouvelle constituée à partir de diverses entreprises, ou bien un groupement d'entreprises, c'est-à-dire un groupe d'entreprises dépourvu de la personnalité juridique. Dans cette fiche on s'intéressera à l'hypothèse dans laquelle un groupement d'entreprises est candidat, d'autant que la pratique montre que la société de projet est en réalité constituée à partir du seul moment où l'attributaire est désigné.

La globalité même de ce type de contrat invite en effet à s'interroger sur la possibilité d'évolution du groupement partenaire de la personne publique, au stade de la procédure de sélection des candidatures et des offres, puis au stade de l'exécution du contrat. Cette question ne se rencontre que dans le cadre des procédures de dialogue compétitif ou de procédure négociée. La procédure d'appel d'offres ne permet quant à elle aucune évolution de la solution proposée, puisque le cahier des charges est complètement déterminé en amont : dans ces conditions la nécessité d'une évolution du groupement ne se pose pas, sauf hypothèse, très particulière, de la défaillance de l'un des membres. Par commodité, il ne sera ensuite fait mention que de la procédure de dialogue compétitif, même si les principes énoncés restent valables pour la procédure négociée.

I – La modification du groupement au cours de la procédure de passation du contrat de partenariat.

L'objet même du dialogue compétitif étant de déterminer quelle est la solution la plus à même de répondre aux besoins de la personne publique, il est important de laisser une certaine marge de manœuvre autorisant l'évolution du groupement lorsqu'elle est favorable aux intérêts de ladite personne. Il serait en effet regrettable de devoir écarter un groupement qui présente une offre intéressante au seul motif que l'exécution de la solution qui a émergé au cours du dialogue implique une modification de ce groupement (le plus souvent par

substitution d'une entreprise à une entreprise du groupement ou par ajout d'une nouvelle entreprise). Tel pourrait être le cas si, par exemple, l'évolution du montage financier retenu supposait l'entrée d'un nouveau partenaire financier.

L'article 51-V du Code des marchés publics prohibe la modification d'un groupement candidat entre la remise des candidatures et la remise des offres. En revanche, ce principe d'intangibilité des groupements d'entreprises ne figure ni dans l'ordonnance du 17 juin 2004, ni dans la directive 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics au sens communautaire.

Saisie d'une question préjudicielle sur le sujet, la Cour de justice des communautés européennes a estimé, le 23 janvier 2003,¹ que la définition des conditions de la modification de la composition d'un groupement d'entreprises au cours d'une procédure d'adjudication relève de la compétence des Etats membres et que les textes communautaires n'ont pas à prévoir de règle en la matière.

Comme il n'est pas dans l'intention du pouvoir réglementaire de prendre un décret spécifique à cette question, il appartiendra à la personne publique contractante de fixer les règles applicables à la composition des groupements intervenant sur une opération donnée, dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ainsi, la possibilité de modification d'un groupement doit-elle être ouverte à tous les candidats, sous réserve du contrôle d'une capacité professionnelle et financière au moins équivalente à celle qui a conduit à retenir la candidature initiale. Cette possibilité doit avoir été prévue dès l'élaboration des documents de consultation en fonction de l'évolution de la ou des solutions envisagées au cours du dialogue, et être subordonnée à un accord exprès et motivé de la personne publique.

La pratique a révélé des situations –encore rares heureusement– dans lesquelles un groupement proposait que le contrat soit attribué au seul mandataire du dit groupement, ou bien à une société dédiée dont le mandataire détiendrait 100 % des parts.

Il n'est pas pensable de permettre de telles dérives. On voit mal comment un seul membre du groupement pourrait établir la démonstration d'une capacité professionnelle et financière au moins équivalente à celle qui a conduit à retenir la candidature initiale du groupement, sauf à ce que la présence des autres membres du groupement n'ait eu absolument aucune incidence dans cette appréciation, ce qui semble peu vraisemblable.

II – La modification du groupement dans le cadre de l'exécution du contrat de partenariat.

II-1 A l'exemple de ce qui se passe en matière de concession autoroutière, avant la signature du contrat une société de projet pourra se substituer au groupement retenu dans tous ses droits et obligations, l'absence de personnalité juridique du groupement pouvant affecter l'exécution et le financement d'un contrat de cette importance. Cette possibilité devra avoir été annoncée dès l'avis d'appel public à concurrence et les conditions dans lesquelles cette substitution pourra intervenir (par exemple, en termes de capitalisation minimale...) seront définies très précisément dans le contrat (ou dans l'AAPC lorsque ce sera possible).

¹ dans une affaire « Makedoniko Metro et autres »

Par la suite, la société pourra a priori voir sa composition modifiée librement, à deux réserves près.

En premier lieu, le contrat de partenariat peut comporter des stipulations imposant avant toute modification du capital une information, voire un agrément de la personne publique, dont la méconnaissance pourrait être de nature à justifier une résiliation du contrat aux torts de la société.

L'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit ainsi que le contrat comporte, entre autres, les clauses obligatoires suivantes :

- (f) une clause relative aux modalités de contrôle des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat ;
- (i) une clause relative aux modalités de contrôle de la cession partielle ou totale du contrat ;
- (h) une clause relative à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation.

En second lieu, lorsque le contrat ne contient pas de telles stipulations, la jurisprudence a jugé, à propos d'un contrat de concession, qu'une modification substantielle dans la composition du capital de la société concessionnaire pouvait entraîner la résiliation du contrat pour « des motifs d'intérêt général », en l'occurrence l'apparition d'un conflit d'intérêt entre le nouvel entrant et la personne concédante². De la même façon, une modification du capital de la société de projet pourrait justifier, dans certains cas, la résiliation du contrat par la personne publique.

Il est donc conseillé d'essayer d'anticiper dans le contrat lui-même ce cas de figure.

L'hypothèse de la modification du capital de la société de projet doit être distinguée de celle de la cession, partielle ou totale, du contrat par la société de projet. L'ordonnance impose que le contrat comporte une clause relative aux modalités de contrôle de la cession du contrat par la personne publique.

II-2 Dans l'hypothèse où le groupement retenu ne se verrait pas substituer une société de projet et assurerait lui-même l'exécution du contrat, on constate qu'il n'existe pas, dans l'ordonnance sur les contrats de partenariat, de disposition équivalente à l'article 51 du code des marchés publics. On peut cependant, par analogie, supposer qu'un groupement candidat désignera en son sein un mandataire et que ce mandataire devra parfois, si cela n'est pas irréaliste, être solidaire de chacun des membres du groupement pour l'exécution de la ou des prestations qui lui ont été attribuées. Il serait en revanche, dans la plupart, sinon la totalité des cas, irréaliste de choisir un groupement solidaire (dans un tel cas, chacun des prestataires membres du groupement est engagé pour la totalité du marché).

² CE, 31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, au recueil Lebon