

CONSEIL D'ETAT**Section de l'administration**

**EXTRAIT DU REGISTRE
DES DELIBERATIONS**

N° 383264

**M. Alain RICHARD
& M. Philippe BARBAT,
Rapporteurs****Séance du 1^{er} décembre 2009**

AVIS

Le Conseil d'Etat (section de l'administration)

Saisi par la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales d'une demande d'avis relative aux conséquences à tirer de la communication interprétative de la Commission des Communautés Européennes en date du 5 février 2008 quant à la possibilité d'introduire dans le droit français une formule de « partenariat public privé institutionnalisé » (PPPI) prenant la forme de la constitution de sociétés où se trouveraient associés les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs choisis par eux, demande précisée sous la forme de 19 questions successives ;

Vu la Constitution ;

Vu le traité d'Union Européenne ;

Vu 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 ;

Vu le Code civil ;

Vu le Code de commerce ;

Vu le Code général des collectivités territoriales ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;

Vu l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 modifiée sur les contrats de partenariat ;

Vu l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics ;

Vu le Code des marchés publics ;

Vu la communication interprétative du 5 février 2008 (C(2007)6661) de la Commission des communautés européennes ;

Est d'avis de répondre à chacune des questions posées dans le sens des observations qui suivent.

1.1. En vue de la sélection d'un partenaire privé avec qui la société à capital mixte va être créée, le droit interne, notamment le droit de la commande publique et le droit des sociétés d'économie mixte, permet-il de prévoir comme modalité d'exécution, au stade de la passation d'un contrat, la constitution d'une société à capital mixte à laquelle l'opérateur privé serait tenu de participer ?

1.2. Le droit interne permet-il le transfert par l'attributaire du contrat de tout ou partie de ses droits et obligations à la société à capital mixte ?

La communication interprétative de la Commission rappelée par le Gouvernement dans sa demande d'avis constitue un rappel des règles communautaires face à des méthodes de gestion de projets ou de services utilisées dans d'autres Etats de l'Union Européenne. Il s'agit d'entités, constituées en forme d'entreprises privées mais détenues entièrement par les personnes publiques, donc respectant la condition de gestion interne dite « *in house* », auxquelles ces dernières confient la gestion de services ou de projets. La notion de « PPPI » dans de tels cas apparaît lorsque ces entités délégataires intègrent à leur capital, en vue d'une mission donnée, des opérateurs économiques indépendants qui leur apportent des capacités techniques, opérationnelles et financières et qui, aux termes de la communication, assurent « hormis la contribution aux capitaux [...] la participation active à l'exécution des tâches confiées à l'entité [...] et/ou la gestion de l'entité ». La Commission indique qu'une telle intégration de « partenaire opérateur » à l'entité préexistante doit être précédée d'une mise en concurrence, ce que vient de confirmer la Cour de justice de l'Union Européenne dans sa décision *Acoset* (n° C 196/08) du 15 octobre 2009.

Il convient de noter que la communication ne représente pas une approbation générale de ces pratiques ni une recommandation d'en étendre l'usage, alors en particulier que certaines d'entre elles entrent difficilement en cohérence avec la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne engagée par les arrêts *Teckal Srl* (n° C-107/98), du 18 novembre 1999, et *Stadt Halle* (n° C- 26/03) du 11 janvier 2005.

S'agissant de la constitution d'une entité commune entre le pouvoir adjudicateur et son partenaire, envisagée dans la question 1.1 « au stade de la passation d'un contrat », le droit applicable de la commande publique s'y opposerait. Les textes en vigueur édictent tous la règle de l'identité entre le candidat ayant présenté une offre et le titulaire du contrat à l'issue de la compétition, quelles qu'en soient les modalités qui peuvent notamment comporter la candidature d'un groupement déclarant son intention de constituer une société s'il est choisi. Il ne peut y avoir, dans le cours de la procédure de passation, de « substitution » d'une personne morale distincte, incluant une participation du pouvoir adjudicateur, à un candidat participant à la sélection lorsqu'il est susceptible d'être retenu. Cette règle première, qu'établit l'ensemble du chapitre du Code des marchés publics (chapitre III du titre III) relatif à leur passation et notamment son article 53, se retrouve à l'article 8 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat : « le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse ». Des dispositions exprimées en termes analogues ou

voisins prévalent en matière de délégation de service public et de concession de travaux publics. Ce même lien entre candidature initiale et choix du cocontractant après sélection est l'un des principes communautaires en matière de commande publique, comme en témoigne la définition des marchés publics, nécessairement conclus entre « pouvoirs adjudicateurs » et « opérateurs économiques », qu'énonce l'article 1^{er} de la directive 2004/18 visée ci-dessus.

Cet enchaînement juridique de la candidature initiale à la conclusion du contrat garantit l'impartialité de la comparaison entre les offres. Il constitue une application des principes de valeur constitutionnelle de liberté d'accès à la commande publique, de traitement égal des candidats et de transparence des procédures que le Conseil Constitutionnel a consacrés dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.

L'exemple des sociétés d'économie mixte locales régies par les articles L. 1521-1 à L. 1525-3 du Code général des collectivités territoriales, attributaires de nombreux contrats, ne constitue pas une exception à l'analyse qui précède. Ces sociétés, tenues d'avoir à leur capital des partenaires privés, sont habilitées à concourir aux contrats de la commande publique en tant qu'entreprises réputées indépendantes du pouvoir adjudicateur même s'il est leur actionnaire. Elles sont confrontées à la concurrence dans les conditions du droit commun, comme l'a imposé la décision du Conseil Constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993. Lorsque le contrat leur est attribué parce que leur offre a été jugée objectivement la plus avantageuse, ses clauses sont identiques à celles qui auraient été proposées à un concurrent n'ayant aucune personne publique à son capital.

Dès lors, l'introduction dans le droit français d'une formule de « PPPI » au stade de la passation, c'est-à-dire avant la conclusion du contrat, nécessiterait une modification substantielle de l'ensemble des textes applicables. Dissociant le candidat initial et la personne retenue pour conclure le contrat, elle n'irait pas sans difficultés au regard des principes de valeur constitutionnelle et des impératifs communautaires qui viennent d'être rappelés.

Cela aurait en outre comme conséquence que les obligations devant figurer au contrat lui-même n'engageraient pas pleinement le candidat retenu, et lui seul, mais passeraient directement à la charge d'une entité distincte incluant le pouvoir adjudicateur. L'intégrité du contrat, qui constitue une garantie essentielle au profit de la personne publique responsable de la mission ou du projet, ne serait pas assurée comme l'exigent les règles en vigueur en matière de commande publique.

Les dispositions rappelées précédemment font obligation au pouvoir adjudicateur, s'il ne met pas fin à la consultation, de conclure le contrat avec celui des candidats qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Une fois cette étape juridique franchie – ce qui implique notamment que les opérateurs intéressés ont été mis à même de soumettre au juge des référés un éventuel manquement aux règles de publicité et de concurrence – le droit des contrats publics permet en revanche la cession du contrat par son bénéficiaire, telle qu'envisagée dans la question 1.2.

Les conditions dans lesquelles peut s'opérer cette cession du contrat à un tiers sont exposées dans l'avis du Conseil d'Etat (Assemblée générale) n° 364803 en date du 8 juin 2000 lequel, compte tenu de sa date, n'a porté que sur les marchés publics et les délégations de service public. Rien toutefois ne s'oppose à l'extension de ses conclusions au cas plus récent du contrat de partenariat.

Cet avis a énoncé trois principes tirés de la jurisprudence contentieuse :

a) La cession du contrat est soumise à l'accord de la personne publique qui l'a attribué en raison de considérations propres à chaque cocontractant. En donnant son consentement à la cession, la personne publique responsable doit s'assurer que l'ensemble des objectifs d'intérêt général ayant présidé à la définition du contrat pourront être atteints par le nouveau titulaire : celui-ci doit être en mesure d'assurer la bonne fin du contrat, la continuité du service public et l'égalité des usagers devant celui-ci. Si tel est le cas, elle est tenue de donner son accord à la cession.

b) La cession du contrat doit porter sur l'ensemble des droits et obligations initialement définis ; en cas de cession partielle, l'équilibre sur lequel s'est établi le choix serait rompu et la personne publique serait tenue de procéder à une nouvelle consultation ; par exception, l'ordonnance relative aux contrats de partenariat mentionne, au j) de son article 11, l'éventualité d'une cession partielle du contrat sous le contrôle de la personne publique mais cette faculté n'apparaît pas cohérente avec l'hypothèse étudiée dans le présent avis, qui implique le maintien d'une responsabilité globale de l'exécution du contrat à la charge du candidat retenu *intuitu personae*.

c) La cession ne doit pas représenter une manœuvre ou un détournement de procédure, notamment la tentative de contourner les règles de mise en concurrence applicables au contrat initial, qui seraient sanctionnés par le juge du contrat.

Les conditions énoncées aux b) et c) ci-dessus sont en convergence avec les critères dégagés par la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt du 19 juin 2008 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH (C-454/06), qui précise les cas dans lesquels la cession d'un contrat doit donner lieu à une nouvelle attribution concurrentielle. Il convient notamment de relever que dans cet arrêt la Cour réserve (§ 47 et 51) le cas d'un changement d'actionariat de l'opérateur économique, qui pourrait constituer une irrégularité s'il conduisait à constituer une entité non dépendante de l'opérateur initialement choisi ou s'il recouvrait une « manœuvre destinée à contourner les règles communautaires en matière de marchés publics ».

Il n'y a donc pas d'obstacle juridique de principe à la cession du contrat, établi en application de la législation en vigueur et conclu avec le bénéficiaire, à une société nouvelle constituée entre celui-ci et la personne publique. Et la communication interprétative rappelée précédemment mentionne comme autre mécanisme de « PPPI » la constitution d'une entité mixte de ce type, en liaison avec la conclusion d'un contrat.

Cette possibilité s'assortit cependant, d'une part des conditions qui viennent d'être rappelées, d'autre part d'importantes restrictions, qui seront décrites en réponse aux questions 1.5, 1.6 et 1.7.

Sur le plan formel, le développement qui précède montre que la constitution d'un « PPPI » par cession du contrat à une société dédiée pourrait se réaliser en appliquant les textes existants. Toutefois, prévue dès l'origine, intervenant dès le début de l'exécution du contrat, constituant une modalité spécifique d'exécution de celui-ci et incluant le pouvoir adjudicateur dans l'entité chargée de cette exécution, elle représente une novation et soulève des questions d'application qui justifieraient, dans l'intérêt de la sécurité juridique, que cette faculté soit encadrée par des adjonctions explicites aux textes en vigueur.

Cette modification prendrait la forme de nouvelles dispositions, insérées dans chaque texte relatif à la commande publique, qui instaурeraient, après la conclusion du contrat, une procédure complémentaire organisant la cession du contrat par le titulaire retenu à une entité constituée entre lui-même et la personne publique, entité à laquelle seraient confiées l'ensemble des missions prévues dans le contrat. Le délai de constitution de cette entité, préalable à la cession et à l'exécution du contrat, pourrait notamment être précisé dans ces dispositions.

Quant aux procédures de sélection pour un tel choix de partenaire, chacune de celles qui comportent une publicité suffisante peut s'appliquer ; il est cependant à remarquer que le dialogue compétitif, lorsqu'il est prévu, offre un cadre particulièrement adapté à la mise au point de la gouvernance de la future entité commune entre le pouvoir adjudicateur et les candidats en compétition.

Le mécanisme de passation-cession ainsi introduit serait exclusif de l'exécution d'un contrat dans le cadre juridique classique, les conséquences juridiques et économiques des deux formules pour les candidats étant trop différentes pour que l'une ou l'autre puisse être indifféremment décidée en fin de procédure par le seul pouvoir adjudicateur. Le choix entre un contrat de commande publique régi par le droit actuel et un contrat à exécuter sous forme de « PPPI » devrait donc être décidé par le pouvoir adjudicateur dès l'engagement de son processus de passation.

Ces deux méthodes d'exécution du contrat auraient des répercussions majeures sur l'intérêt des opérateurs potentiels à présenter des offres ; le pouvoir adjudicateur désireux d'obtenir les meilleurs effets de la concurrence pourrait donc être amené à organiser successivement deux consultations selon les deux modalités d'exécution, soit par le seul titulaire retenu soit par une société conjointe avec lui-même.. Mener simultanément ces deux consultations en vue du même projet serait placer les opérateurs devant une compétition dont l'issue serait déterminée, non par la valeur de leur offre, mais par l'acceptation ou non par chacun d'entre eux de s'intégrer à une société conjointe, déroulement incompatible avec les exigences de transparence et d'égal traitement des candidats à la commande publique.

Au-delà des questions de modalités, l'hypothèse envisagée par le Gouvernement comme mode nouveau d'exécution du contrat de commande publique pose principalement la question du maintien de l'intégrité des obligations du contrat. Dans un tel cas, le titulaire initialement choisi n'est plus personnellement tenu de respecter l'ensemble des engagements, notamment opérationnels et financiers, sur la base desquels il a été retenu. Ces engagements seraient mis à la charge d'une entité juridique et financière distincte, non nécessairement pourvue par elle-même de telles capacités, et dans laquelle il partagerait le pouvoir de décision avec le pouvoir adjudicateur lui-même. Ce transfert d'obligations, l'utilisation d'actifs déterminants détenus en propre par l'opérateur, comme celle de ses moyens techniques et du savoir-faire de ses collaborateurs, devraient le plus souvent être organisés par un jeu de conventions complémentaires, avec pour conséquence de compliquer la mise en œuvre des garanties reconnues à la personne publique pour le bon accomplissement des obligations contractuelles définies par elle dans sa mission d'intérêt général.

A l'inverse, si la configuration de cette entité aboutissait à assurer à l'opérateur choisi l'intégralité du pouvoir de décision alors que l'actionariat et la composition des instances de décision seraient mixtes, c'est alors la conformité de cette entité aux principes du droit des sociétés qui pourrait se trouver compromise. La conciliation possible entre ces impératifs

juridiques, dont on mesure l'importance s'agissant de contrats de longue durée et de grande ampleur, sera étudiée plus loin.

Cette éventuelle réforme ne pourrait en tout cas éviter d'autres inconvénients liés à l'indétermination accrue dans l'attribution des responsabilités en cas de litige sur l'exécution du contrat : le conflit d'intérêt serait inévitable au cas où le pouvoir adjudicateur serait amené à agir contre un cocontractant dont il serait actionnaire et co-décisionnaire. L'inclusion de la personne publique dans l'entité juridique responsable de l'exécution du contrat l'exposerait inévitablement, malgré les précautions concevables, à des risques juridiques et financiers que le recours au contrat a précisément pour objet de reporter sur un tiers, qui évalue son propre risque, le limite par ses capacités propres et en justifie la rémunération.

1.3. La communication prévoit également le cas de la création d'une société nouvelle dont le capital serait détenu par plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou plusieurs opérateurs privés. Le droit interne, notamment celui de la commande publique et celui des sociétés d'économie mixte locales, permet-il à plusieurs collectivités territoriales d'attribuer, ensemble, un contrat à un actionnaire-opérateur privé dans le cadre d'un PPPI ?

Cette question postule la coopération de plusieurs collectivités territoriales prises séparément et non à l'intérieur d'un établissement public de coopération intercommunale, qui serait un pouvoir adjudicateur unique.

En règle générale le contrat engage un pouvoir adjudicateur et un seul, qui agit dans le cadre de ses compétences. Il est certes loisible aux personnes publiques, pour certains types de contrat, de s'associer pour choisir un seul et même prestataire ou partenaire, soit en constituant un groupement de commande (article 8 du Code des marchés publics) soit, en matière de partenariat, en confiant à l'une d'elles un mandat pour choisir en leur nom (article 1^{er}, III de l'ordonnance visée ci-dessus du 17 juin 2004). Après la désignation du titulaire, chaque personne publique est liée à lui par contrat. Dans le cas du partenariat la convergence est assurée par une délégation appropriée de compétence d'une collectivité à l'autre. Aucune attribution conjointe de contrat n'est possible en matière de délégation de service public ni en en matière de concession de travaux publics.

L'impossibilité en vertu de la législation actuelle de conclure directement ce contrat avec une entité nouvelle formée en cours de consultation se vérifie dans les mêmes termes que pour la question 1.1.

Sans doute, après la conclusion du contrat commun ou des contrats issus du groupement de commande, la faculté de céder ce ou ces contrats existe, selon les principes rappelés en réponse à la question 1.2. Toutefois deux risques supplémentaires sont à relever :

a) La cession du futur contrat pour constituer un « PPPI » devrait être décidée dès le début d'une consultation. Lors de la décision de constituer un groupement de commande ou d'adopter un partenariat commun, les collectivités envisageant de se grouper seraient confrontées à ce choix, dont l'effet sur la réalité de la concurrence et sur le niveau de risque économique leur incombant serait significatif ; les différences d'appréciation entre elles, selon la compétence que chacune exerce et l'ampleur de la mission dont elle est responsable, seraient un frein à l'adoption d'une position commune.

b) Le montage juridique permettant à l'opérateur d'apporter effectivement son savoir-faire à l'entité, réduisant en conséquence les pouvoirs de décision des partenaires publics et reportant

certaines clauses du contrat initial sur des conventions conclues entre la société conjointe et l'opérateur, est encore plus problématique en présence de deux ou plusieurs institutions poursuivant par le contrat des objectifs opérationnels différents sur la base de compétences distinctes.

Il apparaît donc qu'une formule dite « PPPI », caractérisée par la conclusion puis la cession du contrat, associant plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un même cocontractant, pourrait présenter un faible niveau de protection des intérêts contractuels des collectivités associées, en raison notamment des risques de divergences d'intérêts entre elles dont le règlement ne pourrait être trouvé au sein d'une société commune où chacune n'aurait qu'un pouvoir limité et où toutes dépendraient de la position de leur opérateur commun.

1.4. A quelles conditions le droit interne, notamment le droit de la commande publique, permet-il de recourir à des procédures de mise en concurrence équivalentes à celles prévues pour la passation de contrats, lorsqu'il s'agit de choisir des opérateurs appelés à prendre une participation dans une société préexistante à capital mixte ou à capital public exclusif et à participer directement à l'exécution des missions confiées par contrat à la société ?

Dans le système juridique français, le support se prêtant le mieux à recevoir le transfert d'un contrat complexe est la société anonyme de droit commun régie par le Code de commerce, complété ainsi qu'il sera exposé plus loin par des dispositions spéciales. L'importance des enjeux financiers, la prise en compte des mouvements patrimoniaux liés à un contrat complexe et potentiellement de longue durée, la nécessité de fixer juridiquement le partage des pouvoirs de décision, vont dans ce sens. C'est le choix qui sera postulé dans les développements qui suivent.

L'inclusion de l'opérateur choisi dans une société préexistante, dont le capital serait déjà constitué, est difficilement concevable en raison de la nécessité de préserver l'intégrité du contrat, base de la relation entre l'opérateur et le pouvoir adjudicateur. Il ne serait pas conforme aux exigences de bonne fin du contrat, de continuité du service public et d'égalité des usagers devant celui-ci, qui conditionnent la régularité de la cession de contrat, que la structure de la société conjointe place l'opérateur dans une position le privant du pouvoir réel de décision. Choisi après sélection en fonction de ses capacités et de la qualité de son offre, il devrait disposer, au sein de la structure cessionnaire, des moyens de déployer ses ressources et son savoir-faire au service des engagements inscrits dans le contrat. Si la répartition économique du capital le plaçait en position minoritaire dans les organes d'administration de la société, des dispositions statutaires appropriées devraient garantir que son accord soit requis sur les décisions clés pour la gestion de l'entité. La participation de la personne publique à ces instances aurait pour but de lui conférer un droit à l'information et une influence dans la définition des projets de la société et de ses axes de gestion, mais ne saurait la substituer, dans la conduite de l'exécution du contrat, à l'opérateur qu'elle a choisi à cette fin sur le fondement de ses mérites.

Dès lors, la répartition du capital et des pouvoirs de décision ne devrait pas être prédéterminée par une situation préexistante ni par une règle uniforme : elle devrait refléter la réalité économique des apports des deux partenaires. L'opérateur économique apportant par hypothèse des capacités techniques et financières importantes, la personne publique, sauf à faire reconnaître comme apports des actifs résultant de sa contribution au projet – actifs dont le mode d'évaluation, en pareil cas, devrait assurer la protection de la valeur des propriétés

publiques – ne participerait au capital qu'en fonction de sa contribution financière effective et se trouverait dans de nombreux cas minoritaire.

En outre, pour préserver les intérêts publics en jeu dans le contrat, la société conjointe qui en reçoit cession ne doit pas être porteuse d'autres engagements susceptibles d'entamer ses capacités opérationnelles et financières, voire de compromettre sa pérennité. La mise en œuvre du mécanisme du « PPPI » passerait donc, si ce choix était retenu, par la constitution de sociétés dédiées à la réalisation de chaque contrat qui formerait leur objet social exclusif, constituées essentiellement entre la personne publique et l'opérateur choisi et conférant à ce dernier, d'une part un pouvoir de décision au sein des instances sociales suffisant pour l'exercice de sa mission propre, d'autre part des droits spécifiques sur les résultats financiers du contrat, en particulier au cas où seraient prévues des clauses limitant le risque financier couru par la personne publique. Un tel schéma à deux partenaires permettrait d'inscrire leurs garanties réciproques dans les statuts de la société et dispenserait de recourir à un pacte d'actionnaires, moins assuré juridiquement et potentiellement discriminatoire à l'égard d'autres associés.

Pour ces raisons, il est difficilement envisageable, pour la constitution d'un « PPPI », d'emprunter la voie d'une intégration de l'opérateur à une société préexistante où d'autres associés auraient organisé leurs intérêts et en particulier celle d'une société d'économie mixte, dont la loi postule, sauf des exceptions limitées, l'administration par des organes où les collectivités publiques sont majoritaires. Ecarter cette formule éviterait en outre de confronter les actionnaires privés d'une telle société à la perspective d'une augmentation de capital liée à l'arrivée en son sein d'un opérateur porteur d'apports financiers plus importants que les leurs, et d'une cohabitation pour toute la durée du contrat avec un partenaire détenteur de pouvoirs spécifiques et guidé par des intérêts nettement distincts, en particulier quant à la répartition des résultats financiers de l'activité.

L'introduction du « PPPI » impliquerait au contraire la mise en place d'un modèle adapté de société commerciale, différent de la société d'économie mixte locale.

1.5. Quelles seraient les exigences de publicité applicables dans ces deux hypothèses (sélection d'un partenaire privé, dans un premier cas pour constituer une société à capital mixte, dans un second cas pour intégrer une société d'économie mixte préexistante pour constituer une société à capital mixte) ?

1.6. Eu égard au fait que la publicité constitue le stade initial de la procédure de mise en concurrence, quelles peuvent être les exigences, en termes de contenu de la publicité, relatives :

- *aux clauses d'exécution du contrat ;*
- *aux statuts de la société à capital mixte ;*
- *au pacte d'actionnaire éventuel entre l'actionnaire-opérateur et la personne publique ?*

Ainsi qu'il est dit ci-dessus, seule la méthode de la constitution d'une société dédiée à l'exécution du contrat cédé apparaît, en l'état du droit applicable, pouvoir être mise en œuvre pour donner le cas échéant une existence au « PPPI » en droit français.

Cette formule d'exécution du contrat impliquerait, en vertu du principe de transparence des procédures, que l'obligation faite au bénéficiaire choisi de céder son contrat à la société conjointe créée à cet effet soit exposée dans les documents de la consultation et présentée

avec suffisamment de précision pour que les opérateurs intéressés en perçoivent les conséquences dès l'ouverture de la compétition.

Ceci implique à tout le moins la présentation, dans la publicité préalable, de l'organisation de la société conjointe prévue, des dispositions spécifiques de ses statuts relatives à la répartition des droits de vote dans les instances sociales, à celle des résultats financiers de l'entité, aux garanties réciproques des deux partenaires, à la protection des savoir-faire, procédés et apports intellectuels de l'opérateur, à l'activité de la société et aux conditions financières de la liquidation de celle-ci en fin de contrat.

Ces obligations de publicité relatives à l'intention de créer un « PPPI » découlent de l'application de dispositions déjà prévues dans la législation en vigueur régissant la commande publique. Il serait toutefois recommandable, dans l'intérêt de la sécurité juridique déjà évoqué dans la réponse à la question 1.2, de prévoir dans les textes relatifs aux contrats en cause la mention spécifique de l'obligation de publicité relative à la constitution obligée d'une société conjointe cessionnaire du contrat.

1.7. Si l'une ou l'autre des modalités de constitution d'un PPPI sus-évoquées ne peuvent être considérées comme compatibles avec le droit français, quelles modifications des dispositions législatives et réglementaires, notamment du droit de la commande publique et du droit des sociétés d'économie mixte, seraient nécessaires pour réaliser ce type d'opérations ?

Les réponses apportées aux questions 1.1 à 1.6 indiquent que la création d'un « PPPI » par cession de contrat est possible en application des textes en vigueur. Toutefois l'originalité de ce mode d'exécution du contrat et les conséquences multiples qu'il entraîne justifient, dans l'intérêt de la sécurité juridique, que son déroulement soit précisé et encadré par des adjonctions à ces textes. En outre les particularités dans la structure et la gouvernance des sociétés conjointes chargées de l'exécution du contrat après cession rendraient souhaitables des compléments au Code de commerce pour assurer un minimum d'homogénéité des solutions retenues.

Des dispositions définissant les caractères propres des sociétés conjointes cessionnaires des contrats de commande publique devraient également être introduites dans le Code général des collectivités territoriales, en vue notamment de prévoir des dispositions limitant la prise de risque financier des collectivités – ce qui peut présenter une grande complexité s'agissant d'engagements contractuels de longue durée, impliquant des investissements importants et des aléas économiques – et de préciser, comme pour les sociétés d'économie mixte locales, les règles applicables aux élus participant aux organes de décision des sociétés. Les dispositions limitant le droit des collectivités territoriales d'acquérir des parts de capital de sociétés (articles L. 2253-1 et suivants pour les communes, L. 3231-6 et suivants pour les départements, L. 4253-3 et 4 pour les régions), elles aussi inspirées par une préoccupation de prudence financière, seraient à ajuster en conséquence.

Il n'y aurait pas lieu en revanche, compte tenu des observations formulées en réponse à la question 1.4, de modifier les dispositions du Code général des collectivités territoriales régissant les sociétés d'économie mixtes locales, auxquelles ne serait pas destinée la cession de contrats.

Il appartiendrait au Gouvernement, s'il entendait prendre l'initiative de la modification en cause, de choisir à quelles catégories de contrats appliquer cette formule de cession de contrat.

Si l'application du même mécanisme à un service de l'Etat ou à un établissement public national était envisagée, la même démarche serait à suivre. L'application des règles actuelles de passation de contrats publics permet de créer un « PPPI » par cession de contrat, mais la sécurité juridique recommande de le préciser en complétant les textes en vigueur. Les compléments à prévoir sur les dispositions relatives à la cession après conclusion seraient analogues à ceux envisagés pour les collectivités territoriales. Les dispositions de sauvegarde des intérêts financiers de l'Etat ou des établissements publics nationaux relèvent de l'autorité gouvernementale, directement ou par la voie de la tutelle et seraient à définir cas par cas. Aucune modification de texte ne serait nécessaire à cet égard.

2.1. La communication est délibérément centrée sur un modèle de sociétés à capital mixte dédiées à l'exécution du contrat pour lequel elles ont été constituées. En revanche, les sociétés d'économie mixte « traditionnelles », telles que définies aux articles L. 1521-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, pour lesquelles l'attribution d'un contrat fait l'objet d'une procédure de mise en concurrence mais dont le choix de l'actionnariat est libre, cumulent parfois plusieurs types d'activités et sont les attributaires de contrats distincts.

A quelles conditions une société à capital mixte de type PPPI constituée selon les modalités précédemment décrites peut-elle se voir confier ab initio plusieurs contrats à objet distinct ?

La formule de cession du contrat de commande publique à une société conjointe à objet unique ne comprenant essentiellement que l'opérateur et la personne publique responsable de la mission, définie dans les observations précédentes comme la voie la plus cohérente avec le droit français de la commande publique s'il était jugé utile d'organiser une formule de « PPPI », conduit à écarter la juxtaposition de plusieurs contrats pris en charge par une société commune à l'opérateur et à la personne publique. Celle-ci, en organisant la passation de plusieurs contrats ayant des objets distincts, est tenue en vertu des principes de valeur supra-législative déjà mentionnés de se livrer à une comparaison objective des offres présentées en vue de chacun d'eux et n'est par suite pas conduite à attribuer tous ces contrats au même opérateur.

2.2. Une société constituée selon les mêmes modalités peut-elle, en cours d'exécution du contrat pour lequel elle a été constituée, se porter candidate à l'attribution d'autres contrats, ayant ou non le même objet, passés par la même personne publique ou non ?

Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, la voie de la sécurité juridique et financière pour la personne publique conduit en principe à exclure que la société conjointe, où elle assume une part du risque d'exécution de la mission, s'expose à d'autres aléas en concourant pour d'autres contrats de commande publique. Il n'en irait autrement que si les deux associés convenaient que la candidature à un nouveau contrat constitue un complément naturel de leur contrat principal et n'y ajoute pas d'aléa significatif. Il ne pourrait pas s'agir d'une mission décidée par une autre personne publique : s'il est reconnu un intérêt au mécanisme du « PPPI », il implique que chaque personne publique soit actionnaire de la société chargée d'exécuter le contrat qu'elle-même a conclu, et non de la société chargée du contrat passé par une autre institution.

Ceci constitue un autre élément de différenciation entre la société conjointe envisagée dans le présent avis et une société d'économie mixte locale. Celle-ci a pour fonction, selon son objet

social, d'accomplir un ensemble d'opérations dans la durée, en sorte de conserver un volume d'activité assurant sa continuité. La diversification de ces opérations aboutit à un niveau moyen de risque économique, qui peut varier dans le temps. La société conjointe formant un « PPPI », au contraire, a à son programme une opération ou une mission d'une certaine ampleur, attribuée à un opérateur particulier au vu de ses capacités propres. Son équilibre économique n'est dépendant que de la bonne fin, au travers d'aléas possibles, du contrat correspondant qu'ont souscrit les deux partenaires public et privé.

2.3. Une société à capital mixte, constituée en vue d'un objet précis, peut-elle se voir attribuer plusieurs marchés successifs ou simultanés portant sur le même objet, et selon quelles modalités ?

Les observations formulées en réponse aux questions 2.1 et 2.2 excluent une telle possibilité pour le type de société mixte envisagé.

2.4. Une société à capital mixte, constituée en vue d'une opération complexe, peut-elle se voir attribuer plusieurs marchés successifs ou simultanés ayant des objets distincts mais concernant la même opération, et selon quelles modalités ?

Dès lors que la question envisage plusieurs marchés, le jeu normal de la concurrence exclut qu'ils bénéficient tous au même opérateur. Il peut en aller différemment – à supposer qu'il s'agisse d'un type de contrat se prêtant à l'allotissement – s'il s'agit de lots d'un même marché que le règlement de consultation permet de cumuler et qui présenteraient une cohérence entre eux. On se trouve alors dans un cas analogue à celui de l'exécution d'un seul contrat. Au cas où il serait envisagé d'étendre la formule du « PPPI » aux marchés publics eux-mêmes, il conviendrait que cette possibilité y soit expressément prévue.

Une autre hypothèse correspondant à la question posée peut être trouvée dans les concessions d'aménagement régies par l'article L-300-4 du Code de l'urbanisme et se manifester, par exemple, sous la forme de phases successives d'une opération urbaine, ce qui supposerait que la formule des « PPPI » soit également appliquée à ces conventions très spécifiques. Là encore le droit impose que le jugement des candidatures à ces contrats soit impartial, ce qui ne conduit pas à ce que le titulaire du contrat relatif à une phase d'un projet soit systématiquement attributaire de la suivante. Si cela se produit cependant après une consultation régulière, il est certes logique que les deux partenaires d'un « PPPI » cessionnaire d'une convention d'aménagement restent associés pour mettre en œuvre une convention ultérieure se rattachant à la même opération. Le respect des exigences de sincérité financière énoncées précédemment conduirait à recalculer les apports des deux partenaires et à ajuster les clauses financières applicables pendant l'activité de la société conjointe ainsi qu'à sa dissolution ; cette modification, objet de négociation entre les partenaires, peut être faite en conservant la même entité juridique.

Dans le cas de conclusion d'un accord-cadre, ce sont certains des candidats initiaux qui en sont titulaires et ils ne disposent que d'un droit à concourir à chaque marché à venir. La formule du « PPPI » ne s'appliquerait qu'à chaque marché particulier, dans les conditions décrites précédemment.

2.5. Le problème de la coexistence éventuelle de deux régimes statutaires distincts se pose. La mise en place d'un régime permettant la constitution d'une société de type PPPI ferait-elle obstacle à ce qu'une société d'économie mixte traditionnelle participe aux procédures de mise en concurrence prévues pour la mise en place d'un PPPI ?

Ainsi qu'il a été indiqué plus haut, cette méthode contractuelle ne trouve en tout état de cause à s'appliquer que lors de l'intervention d'un opérateur spécialisé, disposant de capacités opérationnelles, techniques et financières de haut niveau, auquel la personne publique s'associe dans le but d'acquérir une influence directe et une information privilégiée sur l'exécution du contrat. Dans le cas général, les sociétés d'économie mixte locales ne disposent pas des capacités d'un opérateur spécialisé et leur participation à une compétition en vue d'un contrat à exécuter en « PPPI » ne présenterait pas d'utilité. Lorsque l'une d'elles détient de telles capacités, elle apporte d'emblée à la personne publique qui en détient la majorité les avantages supposés d'un « PPPI ». Si la collectivité en cause choisit cependant de mener sa consultation en prévoyant la constitution d'un « PPPI » et si la société d'économie mixte qu'elle contrôle remporte le contrat, elles seront amenées à créer une société conjointe dédiée à cette mission, composée de la personne publique responsable et de la société dont elle est actionnaire majoritaire.

Si, en revanche, une société d'économie mixte locale agissant comme opérateur et contrôlée par une collectivité locale venait à remporter, dans le cadre fixé par l'article L. 1523-1 du Code général des collectivités locales, un contrat attribué par une autre personne publique, la situation ainsi créée ne serait pas juridiquement différente du cas d'un « PPPI » constitué avec un cocontractant quelconque : le délégant ayant choisi cette forme de passation serait tenu de constituer avec cette entreprise la société conjointe prévue dans sa consultation.

3.1. En ce qui concerne le régime légal et répartition du capital de la société à capital mixte, le dispositif prévu par la communication interprétative remet-il en cause le régime général des sociétés d'économie mixte locales françaises tel qu'il est défini par les articles L. 1521-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ? En particulier, existe-t-il des obstacles constitutionnels à la création de sociétés à capital mixte de type PPPI, dans lesquelles la répartition du capital entre partenaires publics et privés ne serait pas encadrée par des seuils ?

Dans le schéma de l'exécution du contrat de commande publique d'abord attribué selon les règles en vigueur puis cédé à une société conjointe, qui résulte des développements présentés en réponse aux questions 1.1 à 1.4, le régime législatif des sociétés d'économie mixte défini dans le Code général des collectivités locales n'a pas à être modifié : ces sociétés, sauf à en bouleverser la conception et à en compromettre les acquis, ne sont pas le support approprié à la collaboration exclusive d'un opérateur professionnel et d'une personne publique pour la mise en œuvre d'un contrat complexe.

C'est une autre catégorie de société à participation publique qu'il conviendrait d'instituer, ainsi qu'il a été exposé en réponse à la question 1.4. La jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat n'a pas dégagé de principe de valeur supra-législative imposant un niveau particulier de participation financière des personnes publiques à des sociétés de capitaux. Celle-ci doit résulter de la valeur respective des apports des associés, et s'il est dérogé à cette règle qui s'appuie à la fois sur le droit de propriété, sur le principe d'égalité et sur la liberté d'entreprendre, ce ne peut être que pour un motif d'intérêt général et de manière proportionnée. Il a été fait application de ce raisonnement dans la décision du Conseil Constitutionnel n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, qui déclare non-conforme à la Constitution une disposition attribuant d'office la majorité à une catégorie de sociétaires sans justification appropriée.

3.2. L'hypothèse de la constitution d'une société à capital mixte nouvelle pose la question des modalités de répartition de son capital : celles-ci peuvent-elles être fixées dans les statuts de la société, une fois le ou les partenaires privés sélectionnés, ou doivent-elles être fixées dès le lancement de la procédure de mise en concurrence des opérateurs privés devant entrer dans le capital de la société de type PPPI ?

Selon la logique exposée plus haut, notamment en réponse aux questions 1.4 et 3.1, la répartition du capital entre les deux partenaires d'une société conjointe de « PPPI » doit résulter de la valeur de leurs apports. En vertu de l'article 1843-2 du code civil, le droit de vote des associés est proportionnel à la part de capital social qu'ils détiennent. La répartition du capital détermine donc le pouvoir dont chaque associé dispose au sein de la société, avec le correctif possible des articles L. 225-123 et L. 225-125 du Code de commerce, qui permettent de moduler les droits de vote des associés définis à partir de la répartition économique des parts.

Les modalités de cette détermination des parts respectives du capital doivent être prévues dans la publicité préalable évoquée dans la réponse aux questions 1.5 et 1.6. La valeur des apports elle-même ne pourrait pas être déterminée avant la conclusion du contrat puisque les éléments d'actif matériels et immatériels que les divers candidats pourraient apporter à la société conjointe s'ils étaient retenus ne seraient pas identiques.

A l'ouverture de la consultation le pouvoir adjudicateur devrait à cet égard :

- a) définir un minimum d'apport, en financement et en autres actifs, exigé du candidat retenu en relation avec les objectifs du contrat ;
- b) annoncer le montant de sa propre contribution et la valeur de ses autres apports ;
- c) préciser si nécessaire la méthode d'évaluation prévue pour fixer le montant des apports respectifs;
- d) indiquer le cas échéant les minima de droits de vote reconnus à l'opérateur et au pouvoir adjudicateur par les statuts de la société projetée.

3.3. En outre, la communication interprétative n'apporte pas d'indication particulière quant à la forme sociale de la société à capital mixte. Est-il envisageable de limiter l'objet social et la durée d'existence d'une société commerciale à la seule exécution d'un marché public, d'un contrat de partenariat ou d'une concession ?

Les articles 1844-7 du Code civil et L. 210-2 du Code de commerce permettent de fixer la durée d'une société anonyme en fonction d'une échéance déterminée, telle que la fin d'exécution d'un contrat. La législation applicable laisse aux associés toute liberté quant à la définition de l'objet licite de la société.

3.4. Dans quels cas l'interdiction faite aux personnes publiques de participer au capital de la société de projet prévue par l'article 14 de la loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissements publics et privés du 17 février 2009 doivent-elles s'appliquer ?

L'analyse des travaux préparatoires de cette disposition, introduite en fin de débat parlementaire dans la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 en complément d'une autre

disposition permettant au titulaire d'un contrat de partenariat de n'apporter qu'une partie du financement de l'opération prévue au contrat, montre que l'intention du législateur était de faire obstacle à ce que la personne publique, fournissant en pareil cas une partie du financement, soit appelée à entrer au capital d'une société constituée pour la réalisation du projet. Elle est venue encadrer la faculté de participation financière de la personne publique au contrat de partenariat introduite par la même loi à la fin du premier alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 17 juin 2004 et de l'article L. 1414-1 du Code général des collectivités territoriales.

L'objectif de protection des collectivités publiques contre les aléas de réalisation d'un contrat de partenariat, qui a inspiré cette proposition parlementaire, est directement contraire à la logique du « PPPI » qui placerait la personne publique en position d'associé dans la société chargée d'exécuter le contrat. Elle illustre l'un des risques inhérents à cette formule, rappelé dans les développements qui précèdent, et qui peut sans doute être limité par des clauses spécifiques dans les statuts de la société mais non entièrement supprimé.

Une initiative législative introduisant le mécanisme du « PPPI » dans la législation des contrats de commande publique devrait donc supprimer les mots « à l'exception de toute participation au capital » à la fin du premier alinéa des deux articles mentionnés plus haut. Il n'en irait autrement que si l'initiative en question appliquait la formule du « PPPI » seulement aux autres catégories de contrat, telles la délégation de service public et la concession de travaux publics, en faisant exception du contrat de partenariat.

4.1. L'existence d'une société à capital mixte dans les conditions envisagées pose la question de la sortie de l'opérateur privé du capital de la société. Est-il légalement possible de prévoir que le terme du contrat initial entraîne automatiquement la dissolution de la société ?

Il a été répondu à cette question avec la question 3.3. Toutefois la dissolution de la société, coïncidant par construction avec le terme du contrat, devrait être organisée dans les statuts de la société conjointe constituée ; les formalités qui l'accompagnent, en particulier la liquidation et la répartition de l'actif et du passif résiduels, devraient avoir été prévues initialement et clairement précisées dans les documents de la consultation.

4.2. Est-il également légalement possible d'organiser au terme du contrat initial une nouvelle mise en concurrence, pour l'attribution d'un nouveau contrat à la société à capital mixte et le choix d'un nouvel actionnaire-opérateur privé ?

Dans ce cas, est-il possible d'organiser, soit dès la conclusion du contrat initial soit à son terme, les modalités de la sortie contrainte du capital de l'actionnaire-opérateur privé initial à l'issue dudit contrat ?

La mise en concurrence en vue d'une nouvelle mission succédant à la réalisation de l'objet du contrat initial est imposée par le droit des contrats de commande publique, sous les exceptions très limitées que précisent les textes. Les principes énoncés dans le présent avis en réponse aux questions précédentes conduisent à dissoudre la société conjointe à la fin de l'exécution du premier contrat. Un nouveau contrat « successif » – comme la gestion pour une durée déterminée d'un équipement ayant été précédemment réalisé puis géré en vertu d'un contrat de partenariat ou d'une concession – aurait un objet distinct. Il donnerait donc lieu à une consultation nouvelle, dans laquelle le partenaire sortant ne dispose d'aucune préférence, et, même en cas de reconduction, la société conjointe à constituer, placée dans une situation économique différente, serait elle aussi nouvelle.

4.3. Est-il légalement possible d'organiser par ailleurs les modalités par lesquelles l'actionnaire-opérateur privé peut, en cours d'exécution du contrat, céder ses parts dans le capital, et ses droits et obligations au contrat, à un tiers ?

Le raisonnement juridique retenu en réponse à la présente demande d'avis est fondé sur la préservation de l'équilibre du contrat qui est intégralement transféré, en application des règles gouvernant la cession de contrat public, à la charge d'une société dédiée à ce seul objet. Les principes inspirant ces règles permettent que soit opérée une cession des parts de l'opérateur partenaire de la personne publique responsable à une autre entreprise. Cette nouvelle cession devrait suivre ces mêmes principes.

La personne publique responsable ne peut donc donner son consentement à la cession de parts d'un opérateur que si le nouvel opérateur proposé présente des garanties de capacité équivalentes à celles du titulaire en place quant à l'exécution du contrat. Si des conventions complémentaires ont été conclues entre l'opérateur initial et la société conjointe, la personne publique doit s'assurer que des engagements équivalents de fourniture de capacités sont obtenus du partenaire entrant.

Cet avis a été délibéré et adopté par le Conseil d'Etat (section de l'administration) dans sa séance du 1^{er} décembre 2009.

SIGNÉ : *Michel PINAULT, Président,
Alain RICHARD, Rapporteur,
Philippe BARBAT, Rapporteur
Sylvie GUYARD, Secrétaire,*

POUR EXTRAIT CERTIFIE CONFORME :

Le Secrétaire adjoint de la Section,

Véronique KLEINHOLT