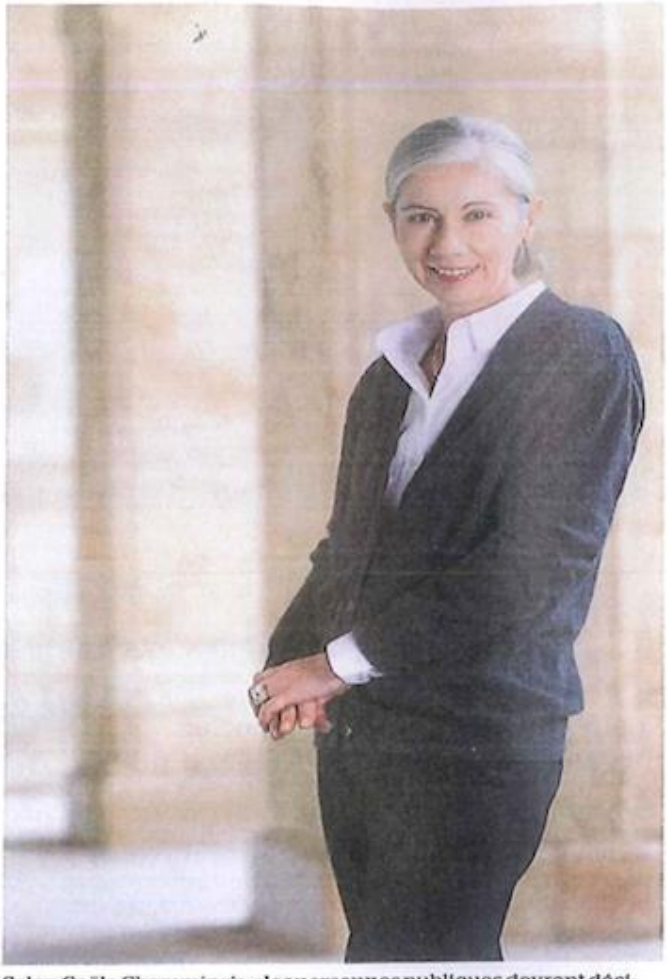
Commande publique
« La réforme sécurise l'articulation entre marchés de partenariat et gestion du service public »

Gaële Chamming's, avocate associée au cabinet Chamming's Avocats, docteure en droit public.

Articuler une mission de service public avec un contrat de partenariat n'est pas chose aisée. La réforme des marchés publics en cours apporte une réponse théorique. Néanmoins la mise en œuvre pourrait s'avérer complexe.

Quelle est la place du service public dans un contrat de partenariat aujourd'hui ?
La doctrine considère que le contrat de partenariat (CP) n'est qu'un support de l'exercice du service public. Les prestations intégrées dans un tel contrat ne peuvent que concourir à une mission de service public. Leur périmètre est difficile à déterminer. Un CP s'articule mal avec une délégation de service public (DSP). Dans un tel cas, les responsabilités se chevauchent. Le délégataire engagé à ses risques et périls ne maîtrise ni l'entretien ni la maintenance car l'exploitation technique de l'ouvrage entre dans le périmètre des CP. La personne publique n'a pas de place dans ces interfaces de contrats, ce qui peut générer des conflits avec les usagers du service public.

La réforme du cadre juridique de la commande publique apporte-t-elle une réponse plus satisfaisante ?
L'article 67 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics modifie le socle de base des marchés de partenariat (qui remplacent les CP). Ce socle couvre la construction et le financement. A côté, il y a des options à la carte : conception, aménagement, entretien, maintenance, gestion ou exploitation d'un ouvrage, gestion du service public. L'ordonnance ne mentionne pas le risque d'exploitation (qui distingue les marchés publics des concessions), mais fixe des conditions de seuils et une évaluation préalable. Le cadre juridique apparaît plus sûr, en théorie, pour articuler ce type de marché global avec la gestion d'un service public. Dans le marché de partenariat, il s'agit davantage d'un marché de service plutôt que d'une exploitation du service public. Le partenaire privé ne se rémunérera pas directement auprès des usagers et ne s'engagera pas sur un risque d'exploitation. Dans un tel contrat, la personne publique fixera à son partenaire des objectifs de performance sur la gestion d'un service public, par exemple sur la qualité d'un service comme cela peut exister aujourd'hui dans les marchés de conception, réalisation, exploitation-maintenance (CREM). Il s'agit d'un outil nouveau où il n'y a besoin ni d'exploiter un service public ni d'un partenaire qui s'engage à ses risques et périls. La réforme apporte donc *a priori* une solution plus satisfaisante en matière de « globalité ».



Selon Gaële Chamming's, « les personnes publiques devront décider très en amont du type d'exploitation de leurs services publics ».

Le dispositif sera-t-il facile à mettre en œuvre ?
Il implique que la personne publique sache très en amont du contrat si elle veut exploiter le service public en régie ou le déléguer. Elle devra être capable de porter la faisabilité du projet très tôt, c'est-à-dire par exemple de décider du devenir d'agents publics concernés. La pratique pourrait donc se révéler complexe car il y a souvent des enjeux politiques derrière ces réflexions. En outre, les marchés de partenariat sont des contrats de long terme quand une DSP de type affermage dure de cinq à sept ans. Et il faudra passer l'étape de l'efficience économique. Peu de personnes publiques devraient donc s'y lancer sans un profond travail en amont. ● Propos recueillis par Bénédicte Rallu