

Urgence et complexité

Les notions d'urgence et de complexité constituent la condition juridique fixée par l'ordonnance du 17 juin 2004 pour qu'un projet soit réalisable en contrat de partenariat (l'une au moins doit être vérifiée). La présente fiche a pour objet de définir le mieux possible ces deux notions.

Les notions en cause sont a priori limitées et cantonnées. Le contrat de partenariat constitue en effet un montage dérogatoire au droit commun de la commande publique et les deux conditions indiquées sont interprétées de façon limitative par la doctrine, dans la ligne des décisions rendues tour à tour par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat sur la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit puis sur la loi de ratification des dispositions législatives prises sur son fondement et enfin sur l'ordonnance du 17 juin 2004. Mais, en réalité, ces notions sont plus ouvertes qu'il n'y paraît.

I Urgence

La notion d'urgence est déjà employée dans le code des marchés publics, pour justifier le recours à des procédures dérogatoires. Il existe dans le code deux formes d'urgence : l'urgence simple, qui permet de raccourcir les délais normaux de consultation, et l'urgence impérieuse ou extrême, qui permet de recourir à la passation d'un marché négocié ou d'un marché à bons de commande sans maximum ni minimum avec plusieurs titulaires. Elle fait l'objet d'une interprétation stricte car elle implique l'existence de circonstances objectives (l'urgence ne doit pas résulter du fait de la personne publique).

Les directives "marchés publics", quant à elles, évoquent principalement la notion d'urgence impérieuse, aux articles 31 et 38 de la directive 2004/18 et 40 de la directive 2004/17, datées toutes deux du 31 mars 2004. La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a eu l'occasion de donner une interprétation de ces dispositions et de la notion d'urgence. Elle l'a ainsi assortie de trois conditions cumulatives : l'existence d'un événement imprévisible, une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés en cas de mise en concurrence et un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse qui en résulte.

Toutefois, dans l'ordonnance sur les contrats de partenariat, l'urgence constitue une condition de fond du recours au contrat de partenariat et non une condition dans le choix d'une procédure de passation abrégée. Et, si la condition d'urgence est remplie, la procédure applicable est l'appel d'offres, c'est-à-dire la procédure de droit commun prévue par les directives. Ceci peut donc justifier une appréciation autonome et plus extensive de la notion d'urgence dans le cadre de l'ordonnance sur les contrats de partenariat que dans le cadre du code des marchés publics ou des directives « marchés publics ».

L'urgence dans l'ordonnance sur les contrats de partenariat ne doit donc pas être entendue comme celle qui justifie de déroger aux procédures de passation de droit commun pour gagner

du temps. Outre qu'il serait sans doute vain de considérer qu'un contrat aussi complexe que le contrat de partenariat pourrait être attribué très rapidement, une interprétation en ce sens est éloignée de celle qui a été donnée tant par le Conseil Constitutionnel que par le Conseil d'Etat qui, dans sa décision du 29 octobre 2004, définit l'urgence comme ce qui « 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 ainsi définie ne se limite pas a priori aux seules situations imprévisibles et extérieures à la puissance publique. L'urgence ne semble pas exclure la carence de la personne publique car lorsqu'on examine les raisons expliquant un retard préjudiciable à l'intérêt général dans la réalisation d'équipements collectifs, on y trouve très souvent une carence de la collectivité publique, sauf cas exceptionnel ou de force majeure (accident, catastrophe naturelle,...). Une interprétation aussi restrictive viderait de tout effet utile la notion d'urgence, ce qui n'était pas l'intention du législateur.

A titre d'exemple, le caractère d'urgence pourrait être démontré s'agissant de la rénovation ou de l'élargissement d'une route, si une accidentologie particulièrement élevée ou une situation de congestion préjudiciable au bon fonctionnement du réseau routier résultant d'une insuffisance d'investissements étaient identifiées, car cela pourrait permettre de caractériser cette gravité dans l'insuffisance des équipements. Un autre exemple de situation d'urgence est celui de l'émergence de besoins collectifs faisant suite à des événements peu ou pas prévisibles et nécessitant la réalisation rapide d'équipements publics.

Les arguments fondés sur la sécurité défaillante, le vieillissement préjudiciable de certains ouvrages, ou la nécessité d'une mise en conformité lourde d'un équipement public pourraient aussi constituer des arguments de nature à appuyer l'urgence, dès lors qu'ils donnent lieu à une démonstration, et non à de simples affirmations.

En définitive, la notion de gravité du manque à combler semble devoir l'emporter sur la carence éventuelle de la collectivité publique dans l'appréciation de la légalité du recours au contrat de partenariat sur la base de l'urgence. Il convient toutefois que la personne publique démontre cette urgence en établissant que le retard dans les investissements préjudicie gravement à l'intérêt public et que le recours au contrat de partenariat se justifie par la nécessité de répondre à des besoins collectifs connus mais ignorés ou négligés.

II Complexité

La complexité, quant à elle, est définie plus précisément dans l'ordonnance du 17 juin 2004. Elle traduit la décision rendue par le Conseil constitutionnel dans laquelle il était fait référence à *"des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que ... la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé"*.

Elle correspond aussi précisément aux conditions de mise en œuvre de la procédure du dialogue compétitif, telles qu'elles figurent dans la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 (article 29) et dans le code des marchés publics.

Le considérant 31 de la directive indique ainsi: "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."

L'exégèse de cet article et de ce considérant a été facilitée par la publication par les services de la Commission européenne d'une « fiche explicative sur le dialogue compétitif » qui démontre une compréhension large de cette notion. Ainsi, la possibilité du recours au dialogue compétitif doit être examinée en tenant compte des capacités de la personne publique concernée, capacités qui varient en fonction de la nature et de la taille de ladite personne publique, mais aussi en fonction du contexte socio-économique dans lequel s'inscrit le projet. Le « pouvoir adjudicateur », pour reprendre les termes européens, a une « obligation de diligence » : si par des moyens raisonnables il ne peut être en mesure de définir les moyens techniques nécessaires ou établir le montage juridico-financier, le recours au dialogue est possible.

La complexité d'un projet est décrite sous trois approches possibles : la complexité technique, juridique ou financière, sachant qu'une seule de ces approches suffit à valider le recours à la procédure du dialogue compétitif. Le considérant n°31 de la directive du 31 mars 2004 précitée, qui a institué la procédure du dialogue compétitif, cite à titre illustratif les infrastructures de transport intégrées, les grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré.

La complexité technique doit être évaluée au regard de l'incapacité de spécifier les moyens techniques à utiliser pour répondre aux besoins de la personne publique, mais également au regard de la difficulté à établir parmi plusieurs solutions possibles laquelle est la plus à même de répondre de manière optimale à ces besoins (l'exemple cité dans la fiche est celui du choix entre un pont et un tunnel pour relier deux rives d'un fleuve). C'est donc l'impossibilité de déterminer quelle est la meilleure solution aux plans technique et économique, et pas seulement l'impossibilité objective de déterminer les spécifications techniques, qui permettra de justifier le recours au contrat de partenariat sur la base de la complexité.

La complexité financière peut être notamment retenue lorsque la personne publique n'est pas en mesure de déterminer seule et à l'avance le meilleur montage financier possible, situation que l'on rencontre fréquemment du fait de l'inexpérience des collectivités publiques dans ce domaine, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de montages de grande ampleur (concernant par exemple les grosses infrastructures routières ou ferroviaires) nécessitant une optimisation spécifique. Une illustration de cette complexité peut aussi être trouvée dans le souhait de restructurer un équipement public au moindre coût en demandant aux partenaires privés de proposer des solutions de valorisation du terrain support de l'opération. Elle permettra par exemple à l'INSEP, dont la rénovation va être réalisée sous la forme d'un contrat de partenariat, de bénéficier d'une partie des recettes réalisées par le partenaire privé par la location de chambres ou d'espaces pour la tenue de congrès ou conférences.

La complexité juridique d'un projet peut résulter bien souvent de la difficulté de la personne publique à appréhender « ex ante » avec suffisamment de précision et de fiabilité la répartition des risques que les opérateurs privés sont prêts à accepter. C'est l'un des

principaux intérêts du dialogue compétitif que de permettre au cocontractant public d'apprécier ce que le marché est capable d'accepter en termes de transfert de risques et d'optimiser par là même le coût global du projet.

La MAPP s'est donc appliquée à rechercher dans chaque projet qui lui était soumis si celui-ci présentait un caractère de complexité technique, financière ou juridique, tel que défini par les services de la Commission, au regard des capacités et des contraintes de la personne publique initiatrice du projet. Par ailleurs, la MAPP s'est attachée à prendre en compte le contexte global de la réalisation du projet considéré, comme par exemple la nécessité de tenir compte des contraintes de délais que la personne publique a retenues à des fins d'intérêt général.