

Partenariats public-privé et marchés publics

Les partenariats publics privés (PPP) sont des outils de plus en plus utilisés en pratique. Yasmine Sözerman, avocate et associée auprès de Reymond & Associés s'intéresse au traitement de ces instruments au regard du droit des marchés publics.

Le concept de PPP

Le droit suisse ne comprend pas de définition de la notion de PPP. Ce concept est difficile à appréhender tant l'instrument est protéiforme. L'exemple usuel est celui du PPP contractuel en vue de la réalisation d'une infrastructure, telle une école, un stade sportif ou encore un centre administratif. Pour de tels projets, les contrats conclus entre la collectivité publique et le partenaire privé engloberont en général la conception, le financement, la construction, l'exploitation et la maintenance de l'infrastructure. A titre d'exemple, il n'est pas rare qu'une collectivité publique mette son terrain à disposition d'une entité privée par l'octroi d'un droit de superficie. Le partenaire privé sera ensuite chargé de la réalisation et de l'exploitation de l'infrastructure en échange du paiement d'un loyer par la collectivité. L'opération se clôt en général par le transfert de la propriété de l'ouvrage à la collectivité publique au terme de la période convenue.

La notion de marchés publics

Le droit suisse des marchés publics fait actuellement l'objet d'une refonte totale. Pour la première fois, la loi définira la notion de marché public, soit un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire.

En vertu de cette définition, un marché ne sera donc soumis au droit des marchés publics que lorsqu'il est adjugé en échange d'une contre-prestation et qu'il vise l'exécution d'une tâche publique.

Soumission des PPP au droit des marchés publics?

Déterminer si un PPP est soumis au droit des marchés publics est difficile tant les PPP peuvent revêtir de formes variées. Pour chaque projet, il faudra déterminer si les conditions cumulatives suivantes sont réunies:



Yasmine Sözerman
Avocate, Associée,
LL.M. Columbia Law School

www.jmlegal.ch

1. Le contrat est conclu en échange d'une contre-prestation.

Le droit des marchés publics adopte ici une approche économique. La contre-prestation pourra consister en une rémunération en espèces, par exemple des loyers à payer par la collectivité au partenaire privé pour la mise à disposition de l'infrastructure réalisée, ou en un avantage en nature, tel le droit d'utiliser un terrain appartenant à la collectivité.

2. Le contrat est conclu en vue de l'exécution d'une tâche publique.

La notion de tâche publique n'est pas clairement définie. Elle fait en général l'objet d'une acception large et englobe toutes les activités qui favorisent un intérêt public, sans être nécessairement elles-mêmes des tâches

publiques à proprement parler. Il paraît certain que la réalisation de bâtiments ou d'infrastructures publics comme un hôpital, une crèche ou une salle communale remplit cette condition.

La pratique des tribunaux

Les tribunaux n'ont eu que peu d'occasions de se pencher sur le point de savoir si les PPP étaient soumis au droit des marchés publics.

Le Tribunal administratif de Schwytz a reconnu l'existence d'une transaction assujettie au droit des marchés publics dans le cas d'une commune qui cédait à une caisse de pension un droit de propriété sur une partie d'un terrain et un droit de superficie sur l'autre partie. La caisse s'engageait à y réaliser d'une part des logements et des commerces et d'autre part diverses infrastructures destinées à revenir en propriété à la commune à l'issue du droit de superficie (école, halle à usages multiples, caserne de pompiers, hangar pour les véhicules de l'édilité, collecteur de déchets).

Dans une autre affaire, le Tribunal cantonal de Lucerne a considéré que l'on se trouvait en présence d'un marché public lorsque le canton octroie un droit de superficie de 30 ans sur son terrain à une société coopérative privée pour qu'elle y construise un nouveau centre pour requérants d'asile et le loue ensuite à la collectivité. Dans ce cas, le Tribunal cantonal a constaté l'illicéité du choix du partenaire.

“ Il est ainsi primordial de procéder - aussitôt que possible dans le projet - à une analyse minutieuse du PPP et de chacun de ces aspects pour déterminer si les règles du droit des marchés publics s'y appliquent.

“ Le Tribunal cantonal de Lucerne a considéré que l'on se trouvait en présence d'un marché public lorsque le canton octroie un droit de superficie de 30 ans sur son terrain à une société coopérative privée pour qu'elle y construise un nouveau centre pour requérants d'asile et le loue ensuite à la collectivité.

Il est ainsi primordial de procéder - aussitôt que possible dans le projet - à une analyse minutieuse du PPP et de chacun de ces aspects pour déterminer si les règles du droit des marchés publics s'y appliquent.

TEXTE YASMINE SÖZERMAN

AVOCATS
RECHTSANWÄLTE
ATTORNEYS AT LAW

REYMOND
& ASSOCIÉS