

Le partage des gains dans les contrats publics

- Le contrat initial ou un avenant peut prévoir et organiser un partage des gains entre la collectivité publique et son cocontractant.
- Le cocontractant se rémunère en fonction des gains qu'il procure à la collectivité publique, ou alors cette dernière récupère des gains que le cocontractant a réalisés.

Auteur

Laurent Richer, professeur à Paris I et avocat au barreau de Paris

Mots clés

Contrats publics • Partage des gains • Répartition des risques • Résultats • Intéressement • Prix • Modalité de détermination • Variation du prix • Économies réalisées • Publicisation des profits • Renégociation •

Pour être complète, l'étude du droit des contrats publics doit appréhender, non seulement le cadre normatif dans lequel les contrats sont conclus, mais aussi la manière dont les parties remplissent ce cadre : les pratiques contractuelles. Il existe en la matière des tendances générales, communes à plusieurs catégories de contrats et de collectivités. L'une des tendances actuelles consiste à prévoir dans les clauses originelles du contrat ou dans un avenant un partage des gains entre la collectivité publique et son cocontractant. On entend par là soit que le cocontractant est rémunéré en fonction des gains qu'il procure à la collectivité publique, soit que cette dernière récupère des gains que le cocontractant a réalisés.

Ces clauses de partage des gains, qui ont une incidence directe sur la répartition des risques entre les parties, peuvent présenter un attrait particulier en période de crise. Mais sont-elles licites ?

La réponse est différente selon les situations, et il semble possible de distinguer deux sortes de partages qui relèvent d'inspirations opposées : la clause de partage qui figure *ab initio* dans le contrat est plutôt d'inspiration libérale en ce qu'elle introduit une logique de marché dans le contrat, alors que le partage *a posteriori*, plus ou moins imposé, a un caractère nettement dirigiste en faisant participer la collectivité publique aux résultats du cocontractant. On distinguera de la sorte le partage incitatif et le partage participatif.

I. Le partage incitatif

Il est de plus en plus fréquent que le titulaire d'un marché public soit rémunéré en tout ou en partie non par une somme payée par le pouvoir adjudicateur, en fonction du coût de la prestation, mais par un intéressement aux économies que le prestataire permet au pouvoir adjudicateur de réaliser. La généralisation d'un tel système d'intéressement ne serait pas inconcevable, comme le montre l'exemple américain des marchés de

« value engineering », qui prévoient le partage des économies proposées par le titulaire⁽¹⁾, mais, en France, le système de l'intéressement a une portée plus limitée.

Certaines administrations n'ont pas attendu l'article 5 de la loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement pour conclure des « contrats de performance énergétique ». Ainsi, on peut citer l'exemple d'un contrat conclu avant 2001 par une grande université parisienne dans lequel le titulaire était rémunéré pendant cinq ans par un pourcentage sur les économies réalisées par rapport au budget énergie de l'année précédant son intervention. Plus récemment sont apparus les marchés d'audit

A) Marchés d'audit fiscal ou social

Dans les marchés d'audit social une société de conseil vérifie la situation d'une personne publique, par exemple un établissement public, au regard des règles du droit social et lui propose des économies consistant en récupération d'éventuels trop payés. La rémunération est assurée par une facturation « au résultat » sur les remboursements de charges obtenus grâce à l'intervention de la société. Des marchés de même type ont été conclus pour des missions d'audit fiscal, par exemple, pour vérifier les perceptions de taxe professionnelle opérées par l'État pour le compte de communes.

L'avantage pour le pouvoir adjudicateur est clair : le travail fourni n'est payé que si un résultat est obtenu. Cependant, ce type de rémunération suscite des réticences de la part des administrations parce que, dans le cas où le résultat est obtenu, le *success fee* n'est pas proportionné au travail fourni.

Les marchés d'audit social ont fait l'objet d'une circulaire du ministère de la Santé en date du 20 février 2009⁽²⁾. Selon cette circulaire, les « conventions de recherche d'économies » sont des marchés publics, qui doivent donc être soumis au code des marchés publics pour leur passation et, par ailleurs, le mode de rémunération au prorata des économies « peut être envisagé », mais, la circulaire incite à stipuler une rémunération mixte comportant une part fixe et une part variable.

Cette réserve incite à se demander s'il est illégal de ne facturer qu'au résultat

B) Légalité de la facturation au résultat

L'illégalité pourrait résulter soit de ce que le prix ne serait pas déterminé, soit de ce qu'il ne serait pas proportionnel à la contreprestation, soit de ce que serait enfreinte l'interdiction du paiement différé.

L'article 12 du code des marchés publics prévoit que lorsqu'un marché est passé selon une procédure formalisée, les pièces constitutives comportent obligatoirement, entre autres mentions : « le prix ou les modalités de sa détermination ». De la

même manière qu'en droit civil des contrats, le contrat est valable, même s'il ne fixe pas un montant du prix, dès lors qu'il prévoit les méthodes de détermination de celui-ci, ce qui est bien le cas en l'espèce.

Au demeurant, il a déjà été admis que le prix d'un marché peut varier en fonction des résultats de l'activité du titulaire : c'est, par exemple, ce qui se passe dans les marchés de mobilier urbain⁽³⁾, où le titulaire est rémunéré par la publicité apposée sur le mobilier urbain ; de la même manière, la Commission Centrale des Marchés a, jadis, considéré comme des marchés publics valables les contrats conclus avec des agences de voyages, lesquelles étaient rémunérées par les rabais obtenus auprès des entreprises de voyages et des hôtels⁽⁴⁾.

Il pourrait être soutenu que le prix serait illicite pour être déterminé en référence non aux moyens déployés, mais aux résultats, c'est-à-dire aux économies réalisées. Mais un principe de proportionnalité entre la valeur de la prestation et les sommes versées n'a été posé par la jurisprudence que pour ce qui concerne les redevances perçues sur les usagers du service public ; il n'existe rien de tel pour ce qui est du prix prévu par un marché public.

C'est ce que montre d'ailleurs l'exemple cité précédemment des marchés de mobilier urbain dans lesquels il n'existe strictement aucune relation entre la valeur des travaux réalisés pour les besoins de la commune et le montant des recettes publicitaires procurées par la location des surfaces mises à disposition du titulaire du marché.

L'inexistence d'un tel principe de proportionnalité est confirmée par le fait que le signataire d'un contrat administratif ne peut remettre en cause la validité de celui-ci en raison de l'insuffisance du prix que dans le cas où les clauses relatives au prix sont manifestement entachées d'une erreur matérielle. Par ailleurs, la jurisprudence administrative ne fait pas de la lésion un vice du consentement⁽⁵⁾.

Enfin, selon l'article 96 du code des marchés publics, « est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé ». Ne faut-il pas considérer que la subordination du paiement au remboursement des sommes récupérées aboutit à un paiement différé ?

Pour considérer qu'on serait en présence d'un paiement différé, il faudrait admettre que la prestation prévue par le marché est uniquement une prestation d'analyse et de conseil, ce dont il résulterait que le service est fait et doit être payé au moment de l'émission de la recommandation. Si c'est ainsi que le service a été défini, la rémunération au prorata risque d'enfreindre l'interdiction du paiement différé. En revanche, si le contrat prévoit que le service consiste à obtenir des remboursements, le titulaire ayant une obligation de résultat, le service est rendu pendant la durée du contrat et le paiement n'est donc pas différé, il est échelonné.

Il paraît, dans ces conditions, légal de prévoir des clauses de rémunération par voie d'intéressement aux résultats. Mais à côté de ce partage incitatif peut aussi exister un partage participatif qu'on pourrait aussi dénommer contributif et qui ne doit pas devenir confiscatoire.

(1) J. Cibnic, R.C. Nash et J. F. Nagle, *Administration of Government Contracts*, 4^e éd., Wolters Kluwer, 2006, p. 409 et s. Ce type de contrat est prévu par l'article 48.101 du Code of Federal Regulation : « (a) Value engineering is the formal technique by which contractors may (1) voluntarily suggest methods for performing more economically and share in any resulting savings or (2) be required to establish a program to identify and submit to the Government methods for performing more economically. Value engineering attempts to eliminate, without impairing essential functions or characteristics, anything that increases acquisition, operation, or support costs ».

(2) Circulaire n°DHOS/F4/2009/56 du 20 février 2009 relative aux contrats passés par des établissements de santé en vue de l'optimisation de leurs charges URSSAF http://www.circulaires.gouv.fr/pdf/2009/04/cir_583.pdf.

(3) Voir CE ass. 4 novembre 2005, Sté Jean-Claude Decaux : RFDA, 2005, p. 1083, concl. D. Casas.

(4) Marchés publics, n°5/95-96, p. 2, cité dans les conclusions D. Casas, préc.

(5) Voir D. Pouyaud, La nullité des contrats administratifs, p. 138.

II. Le partage participatif

Il existe plusieurs manières pour une collectivité publique de participer aux résultats de l'entreprise avec laquelle elle contracte. Ainsi, la redevance d'occupation du domaine public est établie en fonction des « avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation » (art. L. 2125-3 CGPPP), ce qui permet de prévoir le versement d'un pourcentage du chiffre d'affaires. Des clauses d'intéressement figuraient aussi fréquemment dans les concessions de service public et on en trouve encore dans certaines délégations de service public. Leur légalité paraît, cependant, douteuse au regard du principe de proportionnalité entre le prix du service et le coût des prestations fournies aux usagers.

Mais, à côté de ces formes traditionnelles de participation de la personne publique contractante aux résultats, apparaissent de nouvelles formes de prélèvements qui sont soit prévues dès l'origine, dans la clause de rémunération, soit introduites par voie d'avenant.

Le contrat peut prévoir que le prix payé par le pouvoir adjudicateur est réduit, parfois jusqu'à zéro, par déduction de gains que ce même contrat permet de réaliser.

Un système de ce type peut exister dans le contrat de partenariat quand le titulaire est autorisé à utiliser les équipements au profit de tiers avec affectation partielle des recettes ainsi réalisées à la réduction des loyers⁽⁶⁾.

Est-ce concevable en matière de marchés publics ? Il peut paraître paradoxal que le titulaire d'un marché public paye le pouvoir adjudicateur (hors le cas de corruption évidemment) ; pourtant cela se pratique. Ainsi, plusieurs administrations de l'État ont conclu des marchés pour l'achat de tickets restaurants en prévoyant, parmi les critères d'attribution du marché, un critère relatif au pourcentage des produits financiers que le soumissionnaire s'engage à rétrocéder à l'administration. De la sorte a été bouleversée l'économie d'un système législatif et réglementaire dans lequel l'émetteur des titres restaurants tire une partie de sa rémunération des placements temporaires que l'article R. 3262-24 du Code du travail l'autorise à réaliser. On peut douter que ce critère soit vraiment lié à l'objet du marché, mais le tribunal administratif de Paris a considéré que ce n'est qu'une forme du critère du prix⁽⁷⁾. Ce n'est peut-être pas le dernier mot de la jurisprudence. Mais c'est surtout dans le domaine de la délégation de service public que se développe la publicisation des profits.

A Renégociation des DSP

En matière de délégation de service public une forme particulière de partage des gains est apparue qui consiste à « renégocier » le contrat au motif qu'il a permis au délégataire de réaliser des « surprofits » ou risque de le permettre.

Les analyses économiques des contrats publics font une place importante à la renégociation entendue tantôt comme la modification du contrat en cours⁽⁸⁾, tantôt comme la conclusion d'un nouveau contrat succédant à un précédent contrat avec le même

opérateur privé⁽⁹⁾. Toute modification touchant aux données essentielles de l'échange est considérée par les économistes comme une renégociation et cette renégociation fait figure pour eux de phénomène normal, au moins dans le cas de contrat incomplet, qui n'est pas rare. Ainsi, la renégociation est devenue au Royaume-Uni un élément intrinsèque de la vie des contrats de PFI⁽¹⁰⁾.

Pour le juriste la notion de renégociation fait figure d'anomalie à tous points de vue. C'est une anomalie quand le contrat lui-même n'a pas été négocié, mais a été soumis à une procédure d'appel d'offres, mais, même en dehors de cette considération procédurale, très importante en droit public, la notion de renégociation contient une idée de remise en cause de la parole donnée qui n'est guère compatible avec l'effet obligatoire du contrat. Or, les récentes expériences dans le domaine des DSP ne démentent pas totalement cette impression.

B Renégociation : contrat ou distrat

Les contrats de DSP étant conclus pour une longue durée et devant être adaptés aux évolutions du service public font, plus souvent que d'autres, l'objet d'avenants, dont certains sont prévus dès l'origine par des clauses de « rendez-vous ». Cependant, depuis quelques années, s'est développée la pratique dite de la « renégociation », notamment dans le domaine particulièrement sensible de l'eau potable.

La renégociation du contrat a pour objet de corriger le contrat considéré par le délégant comme déséquilibré, parce qu'il aurait permis au délégataire de faire des profits exagérés. Il ne s'agit donc pas d'adapter le contrat, mais de le corriger. Le préfixe « re » indique que la négociation va au-delà de l'adaptation du contrat à des événements nouveaux et qu'elle remet en cause le contrat tel qu'il a été voulu à l'origine. L'accord qui résulte d'une renégociation relève donc autant de la catégorie du distrat⁽¹¹⁾ que de celle du contrat. En effet, dans la pratique, la renégociation se déroule dans un contexte plus ou moins conflictuel : la collectivité publique menace de reprendre en régie ou d'invoquer une éventuelle nullité du contrat en soutenant ne devoir qu'une indemnité dérisoire, dont le versement est, de toute façon, renvoyé à un lointain procès. Le délégataire finit donc par accepter des baisses de tarifs et/ou le financement d'investissements supplémentaires.

Ont de la sorte été renégociées les DSP du service de l'eau à Lyon en 2007, à Bordeaux en 2008, à Saint-Etienne en 2009.

À Lyon en 2007 la communauté urbaine a décidé de revoir le contrat la liant à Veolia et SDEI. Les parties ne s'étant pas mises d'accord, un médiateur a été désigné qui a préconisé une baisse de prix de 16 %, les sociétés ont été « incitées » à l'accepter par la menace d'une délibération qui aurait fixé unilatéralement (et illégalement) le prix de l'eau.

À Bordeaux, la CUB a fait réaliser en 2005 un audit qui a conclu que le contrat avait laissé à la société Lyonnaise des eaux

(6) Voir par exemple le contrat de partenariat du Stade de Lille, analysé par P. Cuhe et K. Debaecker, BJCE 2009, n° 63, p. 104.

(7) TA Paris 20 février 2009, Sté Accor Services, n° 0901491.

(8) J.-M. Oudot, Choix contractuels et performances : le cas des contrats d'approvisionnement de défense, thèse Paris I, 2007, p. 122 et s.

(9) P. Gagnepain, M. Ivaldi et D. Martimort, « Renégociation de contrats dans l'industrie du transport urbain en France », Rev. économique, vol. 60, juillet 2009, p. 927.

(10) House of Commons, Committee of Public Accounts, PFI refinancing update, Twenty-second Report of Session 2002-03; A. C. L. Davies, The Public Law of Government contracts, OUP, 2008, p. 202 et s.

(11) Le « distrat » est un accord qui tire les conséquences de la cessation d'un accord sur un contrat précédemment conclu ; une de ses variétés est la convention de résiliation (voir le code tunisien des obligations et contrats dont un chapitre s'intitule « De la Résiliation Volontaire (Distrat) »).

d'importantes « marges de manœuvre » et qu'il était « possible d'envisager l'affectation des marges de manœuvre identifiées par un audit au financement, en tout ou partie, du programme d'investissements futur ». En fin de compte, par un protocole signé fin 2006⁽¹²⁾ la société a accepté de financer 234 millions d'euros d'investissements et de baisser les prix. On peut aussi citer le cas de Saint-Etienne où la nouvelle municipalité élue en mars 2008 a brandi la menace de reprise en régie pour obtenir une baisse des tarifs par suppression de la répercussion des redevances qui avaient été introduites pour compenser la fin de la répercussion des droits d'entrée⁽¹³⁾.

Il est à penser que la meilleure connaissance des comptes des délégataires qui résulte du décret de 2005 sur le rapport du délégataire incitera de plus en plus les délégants à se lancer dans ce type de renégociation. Il est loin d'être sûr que les avenants qui en seront issus n'apporteront pas de modifications substantielles à des clauses essentielles, mais ni les usagers ni les représentants de l'État ne vont contester des baisses de tarifs, ce qui procure une relative immunité au contrat, même s'il est inégal.

(12) www.cub-ps.net/index.php/

(13) J. Jupin « Eau : Saint-Etienne obtient une baisse des tarifs », La lettre du cadre territorial, n° 79, 1^{er} mai 2009.

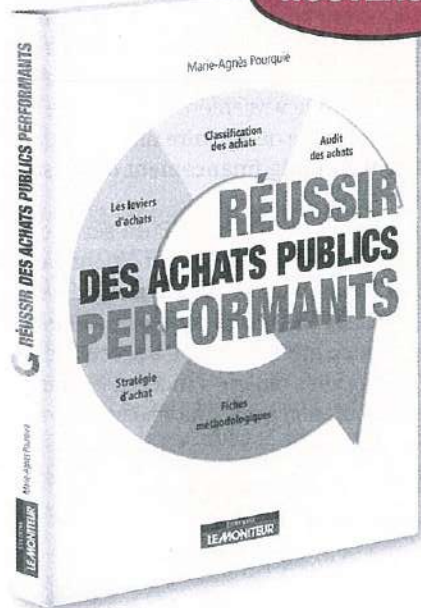
Conclusion

Il ressort de ce rapide examen de certaines pratiques contractuelles que le partage des gains est de plus en plus recherché. On pourrait le critiquer au motif qu'il s'apparente à un processus de corruption, puisque, comme dans la corruption, le rapport marchand est inversé : c'est le fournisseur qui paie, mais cette critique n'est évidemment pas recevable à la fois parce que le paiement est fait à la collectivité publique et non à son agent et parce que ce paiement ne s'accompagne pas de transfert de pouvoir, alors que « dans la situation qui rend possible un processus de corruption, le client dispose d'un pouvoir dont n'est pas d'ordinaire doté le client courant »⁽¹⁴⁾.

Cependant, une interrogation subsiste, au moins dans le cas où c'est un marché public qui met en place le partage des gains : la quête du partage s'apparente à une véritable « politique secondaire » méconnue : de même que les marchés publics sont utilisés comme instruments de politique sociale et environnementale, de même ils le sont ici au service de la politique de trésorerie des collectivités publiques. ■

(14) A. Etchegoyen *Le corrupteur et le corrompu*, Julliard, 1995, p. 43.

NOUVEAUTÉ



Optimiser vos achats grâce à une méthode et des outils performants

Cet ouvrage répond aux questionnements des acheteurs : comment connaître ses besoins ? Quelles sont les familles d'achat pertinentes ? Quels sont les potentiels de productivité ? Comment préparer concrètement ses achats ? L'auteur expose une méthode expérimentée et des outils : **diagnostic, solutions et erreurs à éviter**. Cette approche, dont l'objectif est d'améliorer la performance économique, permet de **comprendre les enjeux de la fonction achat, d'améliorer son organisation et de professionnaliser ses pratiques**. Les exemples concrets, les schémas et les tableaux illustrent les étapes du processus achat et permettent d'en visualiser les écueils.

Marie-Agnès Pourquié – Hors collection – 2008 – 194 pages
40 € – Réf. commande : 112671

Commander cet ouvrage sur editionsdumoniteur.com

EDITIONS
LE MONITEUR
editionsdumoniteur.com