

Projet d'infrastructures en PPP

Structures juridiques de complexes sportifs et leurs mécanismes d'exploitation sous un angle pratique.

Dr. Peter Burkhalter et Emmanuel Emery, Hodler Rechtsanwälte (www.hodler.ch)

Aperçu

I. INTRODUCTION

II. EXAMENS CONCRETS DES DIFFÉRENTS DEGRÉS DE PRIVATISATION

- A. Les composantes de la structure juridique
- B. Différents modèles juridiques en Suisse
 - 1. L'exemple de Bâle
 - 2. Le modèle Neuchâtelois
 - 3. Le Stade de Suisse de Berne
 - a. Sous l'angle des droits réels
 - b. Sous l'angle du système d'exploitation

III. PRÉSENTATION D'UNE STRUCTURE APRÈS EXAMEN DES DIFFÉRENTS NIVEAUX DE PRIVATISATION

- A. Terrain et DDP
- B. Investissement et Société de Stade SA
- C. Société opératrice
- D. Domaine contractuel et relations entre les acteurs du projet

IV. BIBLIOGRAPHIE

I. INTRODUCTION

Le partenariat public-privé (PPP) est un instrument d'investissement très efficace dans le cadre du développement de nouvelles infrastructures publiques. Avec les multiples défis économiques, écologiques ou technologiques de la société actuelle, les relations entre le secteur public et le secteur privé ont changé. Le PPP permet non seulement une répartition des coûts mais également une séparation des risques entre les acteurs publics et privés de l'ouvrage. Les PPP permettent de rendre possibles les différents projets ou d'en accélérer leur processus de développement¹. Une fois que les

¹ BOLZ, p. 8.

acteurs et investisseurs sont connus, il s'agit de monter la structure juridique du projet afin d'établir un système d'exploitation, de gestion et de commercialisation performant et de pouvoir en bénéficier à long terme.

Comme il n'est pas dans la vocation de l'Etat d'intervenir dans les domaines industriels et commerciaux, c'est le plus fréquemment dans le domaine du développement d'infrastructures que le partenariat va exister². Le concept du PPP rencontre aujourd'hui un franc succès dans l'élaboration de projets tels que les centres administratifs cantonaux ou communaux, écoles, halles d'exposition, remontées mécaniques ou autres quartiers d'habitation³. Le PPP est également très fréquent lors de la réalisation d'infrastructures sportives telles que stades de football ou patinoires auxquels sont incorporés centres commerciaux, parkings collectifs ou encore piscines et halles de gymnastique.

Nous présenterons par le biais de cet article différentes possibilités de structures juridiques permettant d'obtenir une exploitation et un rendement performants des complexes sportifs, plus spécifiquement des stades de football, ceci à la lumière de quelques exemples concrets.

II. EXAMENS CONCRETS DES DIFFÉRENTS DEGRÉS DE PRIVATISATION

A. Les composantes de la structure juridique

L'élaboration de la structure juridique permettra de développer le complexe envisagé. Outre le montage financier qui demande souvent d'après négociations, les différents acteurs doivent s'entendre notamment sur le degré de privatisation que va atteindre le projet et sur l'affectation du terrain. Les pouvoirs publics ont alors un large pouvoir décisionnel. En effet, dans de nombreux cas, le terrain choisi pour le développement du projet est propriété de l'Etat. A ce titre-là, plusieurs choix s'offrent à lui. Il peut simplement mettre à disposition des investisseurs son terrain pour un prix raisonnable, ou même gratuitement, pour ensuite ne plus intervenir dans le projet. L'Etat peut également être actif dans le développement du projet et garder un pouvoir décisionnel tant sur la mise en place des infrastructures que sur leur future exploitation.

Outre la question de la propriété du terrain et du droit distinct et permanent (DDP), d'autres éléments sont à définir tels que les apports financiers publics et privés, la société propriétaire du complexe ou également l'entreprise d'exploitation des différentes infrastructures.

Chaque cas présenté ci-dessous sera illustré par un tableau synoptique résumant les différents degrés possibles de privatisation.

² RUEGG/METTAN/VODOZ, p. 151.

³ ZUFFEREY/STÖCKLI, p. 248.

B. Différents modèles juridiques en Suisse

1. L'exemple de Bâle

A Bâle, le Parc St-Jacques a été construit sous la forme d'un DDP, la ville de Bâle étant la propriétaire du terrain. Au sens de l'article 779 CC⁴, le propriétaire peut établir en faveur d'un tiers une servitude lui conférant le droit d'avoir ou de faire des constructions soit sur le fonds grevé, soit au-dessous. Le droit de superficie donne la possibilité de dissocier la propriété du sol de la propriété des constructions qui s'y trouvent, permettant en cela de mettre en échec le principe de l'accession dans le domaine des constructions⁵. Conformément à l'article 675 CC, ces constructions sont la propriété du titulaire du droit de superficie. La propriété sur une construction est indissolublement liée à la titularité de la servitude, en ce sens que le propriétaire de la construction ne peut être que le titulaire de la servitude de superficie. Pour être distinct, le droit ne doit pas être constitué en faveur d'un fonds dominant et ne doit pas être exclusivement établi en faveur d'une personne déterminée⁶. Pour être permanent, le droit distinct doit être établi pour trente ans au moins ou pour une durée indéterminée. En outre, le droit qui remplit les conditions de droit distinct et permanent n'est considéré comme immeuble que s'il est immatriculé au registre foncier⁷.

Les DDP permettent aux collectivités publiques de mener une politique foncière active tout en restant propriétaire du fonds et en développant des activités sociales ou commerciales. Ainsi, la ville de Bâle a mis à disposition de la Genossenschaft Stadion St-Jakob-Park le terrain sous forme de DDP pour un prix raisonnable. La structure mise en place à Bâle est hautement privatisée et ne laisse que très peu de place à une intervention étatique.

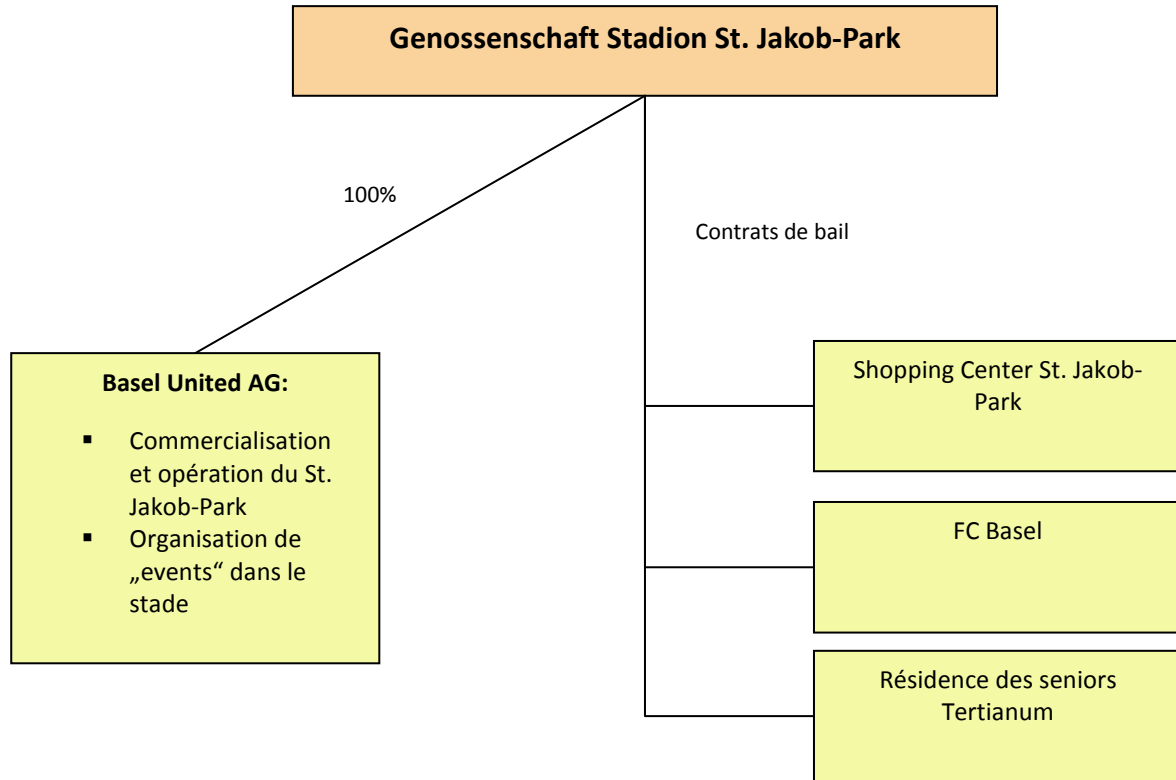
Le degré de privatisation est dans ce cas de figure très élevé. Le projet a été entièrement financé par des privés alors que le stade et son complexe sont détenus par le même propriétaire, qui est la Genossenschaft Stadion St-Jakob-Park. Cette structure permet dès lors de tirer un rendement optimal de l'infrastructure. La Genossenschaft Stadion St-Jakob-Park détient à 100% la "Basel United Stadion-Management AG" qui s'occupe de la commercialisation et de la location du stade, aide à la planification professionnelle d'évènements et apporte des conseils avisés dans tous les domaines. Le Shopping Center St-Jakob-Park, le FC Bâle ainsi que la résidence des séniors Tertianum sont au bénéfice d'un contrat de bail et louent des locaux au sein du complexe. Le FC Bâle est ainsi locataire du stade pour un montant annuel déterminé.

⁴ *Code civil suisse, du 10 décembre 1907.*

⁵ *STEINAUER, p. 99.*

⁶ *STEINAUER, p. 37.*

⁷ *STEINAUER, p. 38.*



Élément	Privatisation minimale	Privatisation moyenne	Privatisation maximale
Terrain	Parcelles du secteur public	Parcelles partagées entre secteur public et privé par le biais d'une société commune	Parcelles du secteur privé
DDP (Stade, Complexe environnant)	Secteur public est le propriétaire du terrain ainsi que du stade et du complexe → un DDP n'est pas nécessaire	DDP mis à disposition par le secteur public au privé gratuitement / DDP mis à disposition par le secteur public à une société du secteur privée dont participe le secteur public.	DDP mis à disposition par le secteur public au privé pour un prix raisonnable

Investissement	Stade et Complexe sont financés entièrement par le secteur public	Financement du Stade et du Complexe est partagé entre le secteur public et un privé	Stade et Complexe sont financés entièrement par le secteur privé
Société de Stade (propriétaire du stade et du complexe)	Secteur public contrôle la société de Stade à 100%	Secteur public et privé	Société de stade contrôlée entièrement par le secteur privé
Société Opératrice	Secteur public contrôle la société de Stade à 100%	Secteur public et privé	Société de stade contrôlée entièrement par le secteur privé
Conclusion	Degré de privatisation élevé		

2. Le modèle Neuchâtelois

A l'opposé du modèle bâlois, nous relevons l'exemple de Neuchâtel où les pouvoirs publics ont joué un rôle majeur dans le développement du complexe de la Maladière. La ville de Neuchâtel a mis à disposition le terrain aux investisseurs qui ont pris l'entière responsabilité financière de la construction, pouvant s'évaluer à environ CHF 200 mios. Le stade une fois construit, d'une valeur de CHF 36 mios, a été remis gratuitement à la ville de Neuchâtel contre la cession à un investisseur de 30'000 m² de terrain appartenant conjointement à la ville et au canton de Neuchâtel. L'ensemble du complexe est devenu, en fin de réalisation, une copropriété entre la Ville (stade) et une société simple (surfaces commerciales et administratives, caserne, salles de gymnastique). Pour les infrastructures qui lui sont nécessaires et dont elle n'est pas propriétaire, telles que caserne ou salles de gymnastique, la Ville a conclu des contrats de baux avec la société simple. Un autre investisseur est quant à lui devenu locataire à long terme des surfaces commerciales et en assure la gestion.

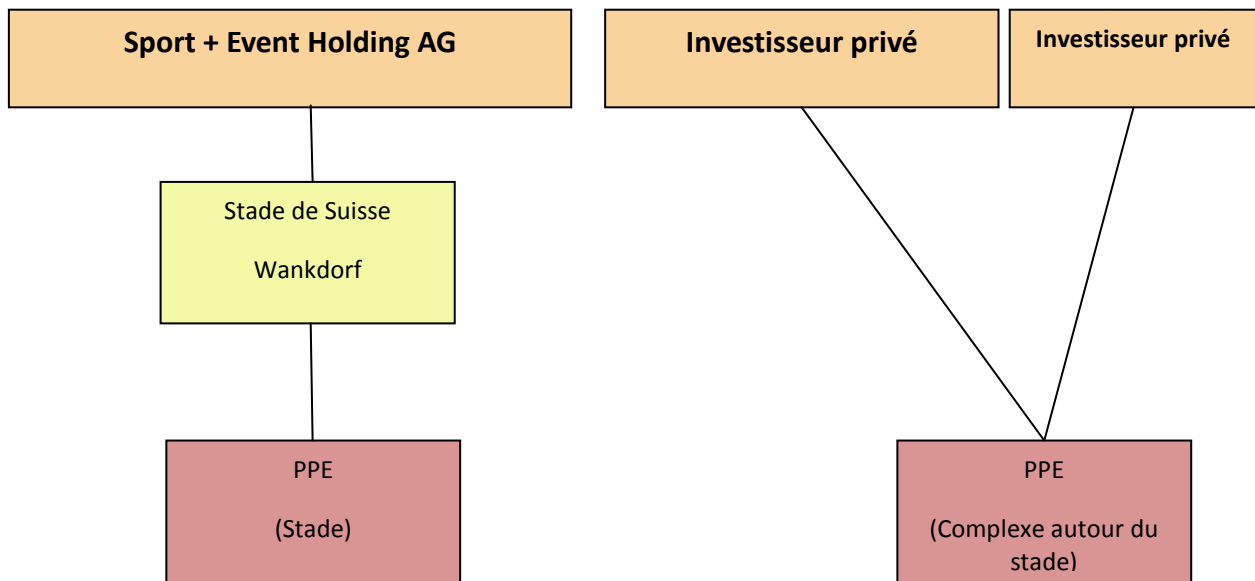
Élément	Privatisation minimale	Privatisation moyenne	Privatisation maximale
Terrain	Parcelles du secteur public	Parcelles partagées entre secteur public et privé par le biais d'une société commune	Parcelles du secteur privé

DDP (Stade, Complexe environnant)	Secteur public est le propriétaire du terrain ainsi que du stade et du complexe → un DDP n'est pas nécessaire	DDP mis à disposition par le secteur public au privé gratuitement / DDP mis à disposition par le secteur public à une société du secteur privé dont participe le secteur public.	DDP mis à disposition par le secteur public au privé pour un prix raisonnable
Investissement	Stade et Complexe sont financés entièrement par le secteur public	Financement du Stade et du Complexe est partagé entre le secteur public et un privé	Stade et Complexe sont financés entièrement par le secteur privé
Société de Stade (propriétaire du stade et du complexe)	Secteur public contrôle la société de Stade à 100%	Secteur public et privé	Société de stade contrôlée entièrement par le secteur privé
Société Opératrice	Secteur public contrôle la société de Stade à 100%	Secteur public et privé (pas de réelle société opératrice)	Société de stade contrôlée entièrement par le secteur privé
Conclusion	Degré de privatisation moyen		

3. Le Stade de Suisse de Berne

a. Sous l'angle des droits réels

A l'instar du Parc St-Jacques, le Stade de Suisse a été construit sous la forme d'un DDP. La Bourgeoisie de Berne est la propriétaire du terrain. Le DDP a ensuite été partagé en diverses propriétés par étages (PPE). L'une des parties du droit de superficie contient le stade qui est la propriété de Stade de Suisse Wankdorf Nationalstadion AG. Le complexe constitue l'autre partie du DDP dont sont propriétaires conjointement deux investisseurs privés.

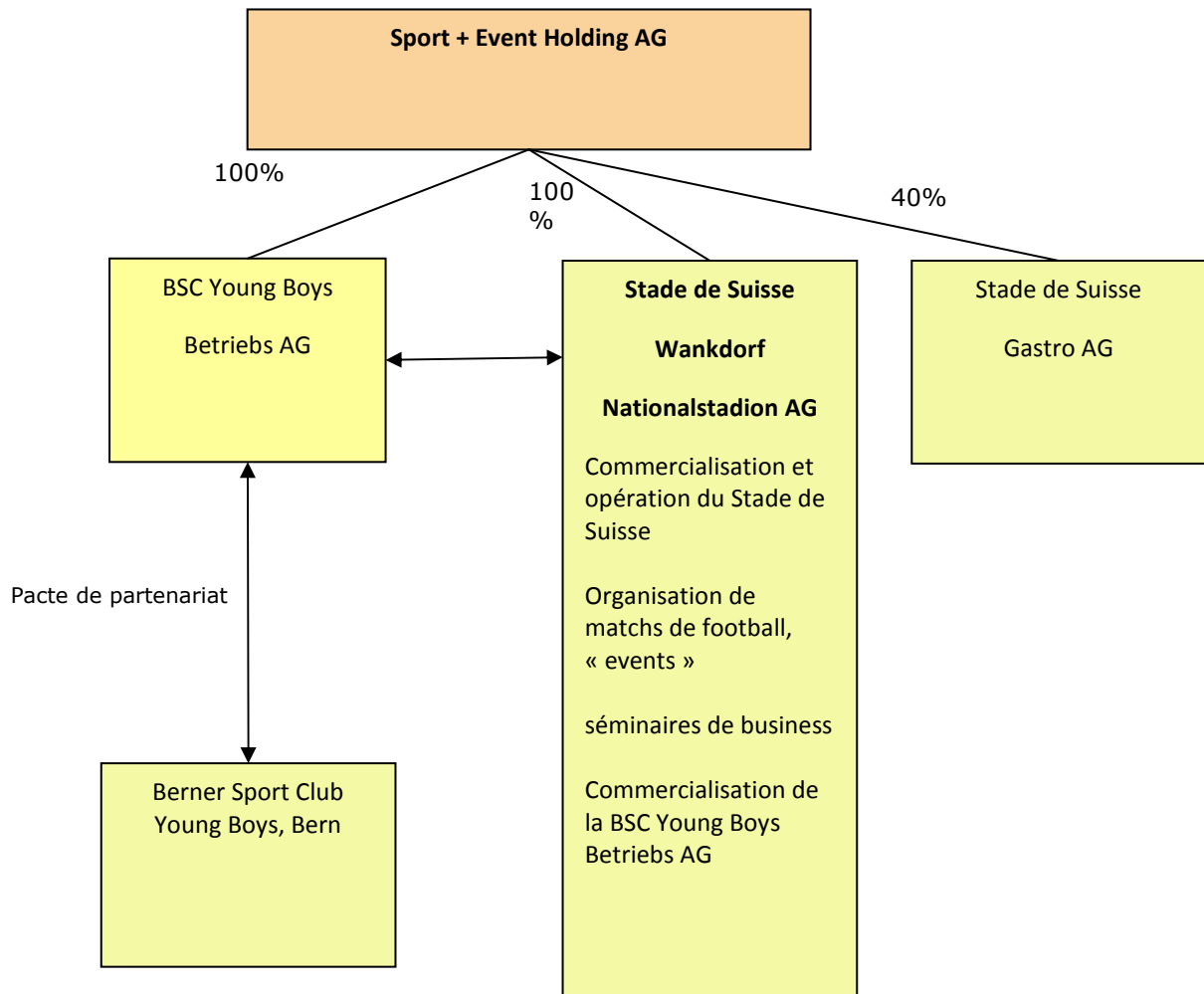


Au sens de l'article 712a al. 1 CC, les parts de copropriété d'un immeuble peuvent être constituées en propriété par étage, de manière que chaque copropriétaire a le droit exclusif d'utiliser et d'aménager intérieurement des parties déterminées d'un bâtiment. Selon l'article 712b al. 2 CC, le copropriétaire ne peut pas acquérir le droit exclusif notamment sur le bien-fonds et, le cas échéant, le droit de superficie en vertu duquel le bâtiment a été construit. Ceci vise effectivement le cas où plusieurs personnes construisent ensemble un immeuble sur le terrain d'autrui en vertu d'un droit de superficie et constituent entre elles une propriété par étage. Ainsi, dans le cas d'espèce, tout l'immeuble est soumis à la copropriété, respectivement à la propriété par étage, des bénéficiaires du droit de superficie, chaque bénéficiaire acquérant le droit exclusif de jouir d'une partie de l'immeuble et demeurant copropriétaire des parties communes.

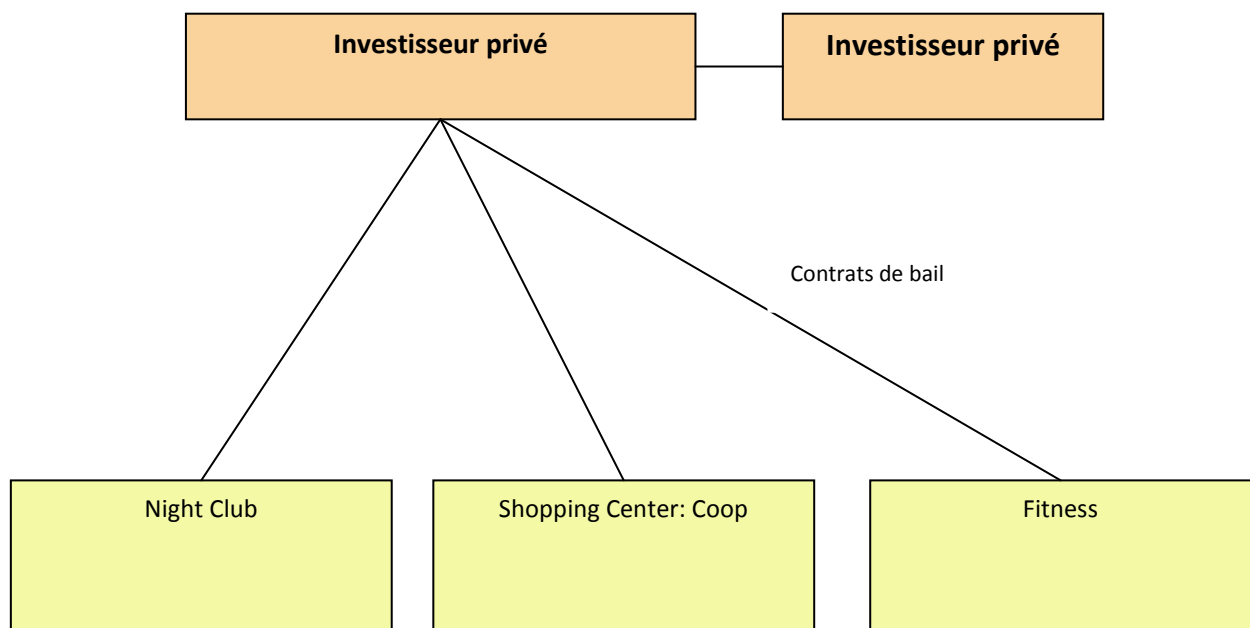
A l'instar du Parc St. Jacques, cette structure comporte un haut degré de privatisation.

b. Sous l'angle du système d'exploitation

Le stade de Suisse est exploité par la société Stade de Suisse Wankdorf Nationalstadion AG qui est responsable de la commercialisation et de l'exploitation du stade, de l'organisation des matchs de football, d'événements et autres séminaires. Elle commercialise également la BSC Young Boys Betriebs AG, société anonyme du club de football Berner Sport Club Young Boys. Le Stade de Suisse est un stade multifonctionnel dédié au sport, à la culture, à l'économie et à la société. Outre les matchs de football de Super League des BSC Young Boys ou autres matchs internationaux, le Stade de Suisse accueille en moyenne 1'800 événements par an, pouvant aller de la simple réunion d'entreprise au concert d'un artiste mondialement connu.



Le complexe est quant à lui exploité par ses propriétaires. Ainsi, le night-club, le Shopping Center Coop et le Fitness sont locataires de leurs locaux et sont dès lors au bénéfice d'un contrat de bail.



La structure juridique adoptée à Berne est totalement privatisée et permet un rendement performant de l'exploitation.

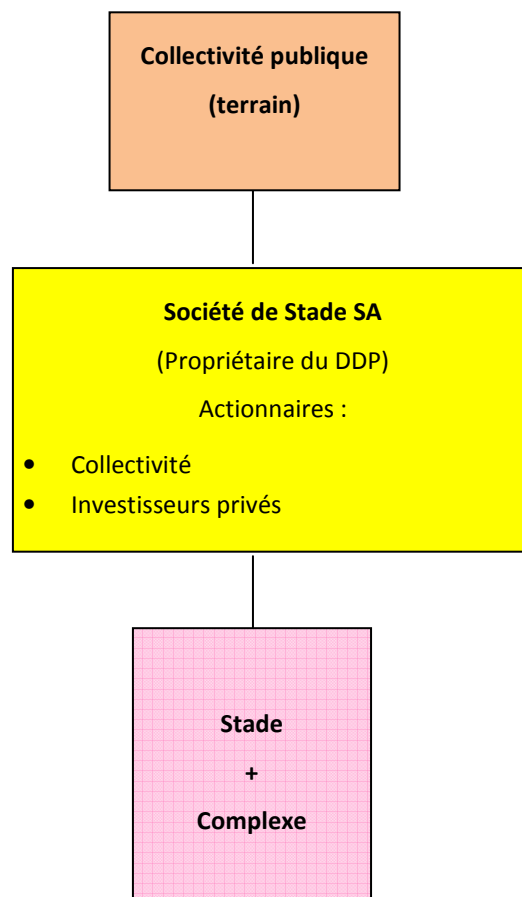
Elément	Privatisation minimale	Privatisation moyenne	Privatisation maximale
Terrain	Parcelles du secteur public	Parcelles partagées entre secteur public et privé par le biais d'une société commune	Parcelles du secteur privé
DDP (Stade, Complexe environnant)	Secteur public est le propriétaire du terrain ainsi que du stade et du complexe → un DDP n'est pas nécessaire	DDP mis à disposition par le secteur public au privé gratuitement / DDP mis à disposition par le secteur public à une société du secteur privée dont participe le secteur public.	DDP mis à disposition par le secteur public au privé pour un prix raisonnable
Investissement	Stade et Complexe sont financés entièrement par le secteur public	Financement du Stade et du Complexe est partagé entre le secteur public et un privé	Stade et Complexe sont financés entièrement par le secteur privé
Société de Stade (propriétaire du stade et du complexe)	Secteur public contrôle la société de Stade à 100%	Secteur public et privé	Société de stade contrôlée entièrement par le secteur privé
Société Opératrice	Secteur public contrôle la société de Stade à 100%	Secteur public et privé	Société de stade contrôlée entièrement par le secteur privé
Conclusion	Degré de privatisation élevé		

III. PRÉSENTATION D'UNE STRUCTURE APRÈS EXAMEN DES DIFFÉRENTS NIVEAUX DE PRIVATISATION

A. Terrain et DDP

Dans cette troisième partie, nous présentons un projet de construction d'un stade comprenant des infrastructures sportives, des surfaces commerciales et des immeubles locatifs. Le terrain appartient à la collectivité publique. Un droit de superficie est attribué à une entité et ce droit n'est pas divisé en PPE. Le propriétaire du droit de superficie ne forme ainsi qu'une entité. Il peut s'agir d'une société anonyme (Société de Stade) dont l'actionnariat provient du public et du privé, ou uniquement du privé.

Pour obtenir une structure à rendement optimal, il paraît important que le DDP ne soit effectivement pas divisé en PPE, ceci permettant de rassembler les synergies et d'obtenir un rendement maximal.



B. Investissement et Société de Stade SA

Lorsqu'un PPP est envisagé dans le but de réaliser une infrastructure, en l'occurrence ici un complexe sportif, il implique différentes relations juridiques. Au centre du projet se trouve la société de projet, ici appelée Société de Stade SA, qui peut être structurée comme une société anonyme. Lorsque la

collectivité publique prend des parts dans la société, il s'agira d'un PPP institutionnel⁸. Cette société qui peut avoir la forme d'une société d'économie mixte aura la tâche d'exécuter le projet du PPP⁹.

Différentes possibilités sont à disposition de la collectivité pour qu'elle puisse garder un contrôle sur les infrastructures. Ainsi, l'émission d'actions de la société à droit de vote privilégié au sens de l'article 693 CO, la nomination d'une majorité de membres du secteur public à la tête du conseil d'administration de la société ainsi que la conclusion d'un pacte d'actionnaires entre les différents acteurs sont toutes des mesures envisageables pour permettre au secteur public de participer activement au processus décisionnel du projet et de son exploitation. Ceci permet à la collectivité d'avoir une influence dans le choix du management du complexe, indépendamment des apports effectués par les investisseurs. Une société d'économie mixte sous la forme de société anonyme peut désigner trois types de situation : lorsque la collectivité détient la majorité du capital, lorsqu'elle ne détient qu'une minorité du capital mais possède, au sens de l'art. 762 CO, en vertu des statuts, un droit de représentation qualifiée au sein des organes ou lorsque la collectivité ne détient qu'une minorité du capital et ne possède aucun droit de représentation¹⁰.

La présence accrue de la collectivité publique au sein même de la Société de Stade peut jouer le rôle important de garde-fou et éviter ainsi la participation d'investisseurs douteux et potentiellement dangereux pour la bonne marche de l'exploitation.

Tel qu'il a été exposé plus haut, le fait que le complexe entier soit aux mains de la même entité permet un rendement optimal. La Société de Stade est une unité stratégique et décisionnelle qui chapeaute le complexe entier. Toutefois, afin de garantir un succès de la structure à long terme, il faut un opérateur professionnel actif dans le domaine de l'exploitation et de la commercialisation des activités liées à une telle structure.

C. Société opératrice

La réalisation de l'infrastructure, puis surtout son exploitation, son entretien et sa commercialisation, seront confiés à des sous-traitants (outsourcing). Ces entreprises pourront être en relations contractuelles avec la société de projet¹¹, être détenues par celle-ci ou même prendre part au capital. Les compétences de la société opératrice sont dans le domaine du marketing, de l'événementiel ou de la gérance.

⁸ ZUFFEREY/STÖCKLI, p.249.

⁹ ZUFFEREY/STÖCKLI, p.251.

¹⁰ ZUFFEREY/STÖCKLI, p.251.

¹¹ ZUFFEREY/STÖCKLI, p.250.

La société opératrice est détenue à 100% par la Société de Stade ou est liée par un contrat d'opération avec celle-ci.

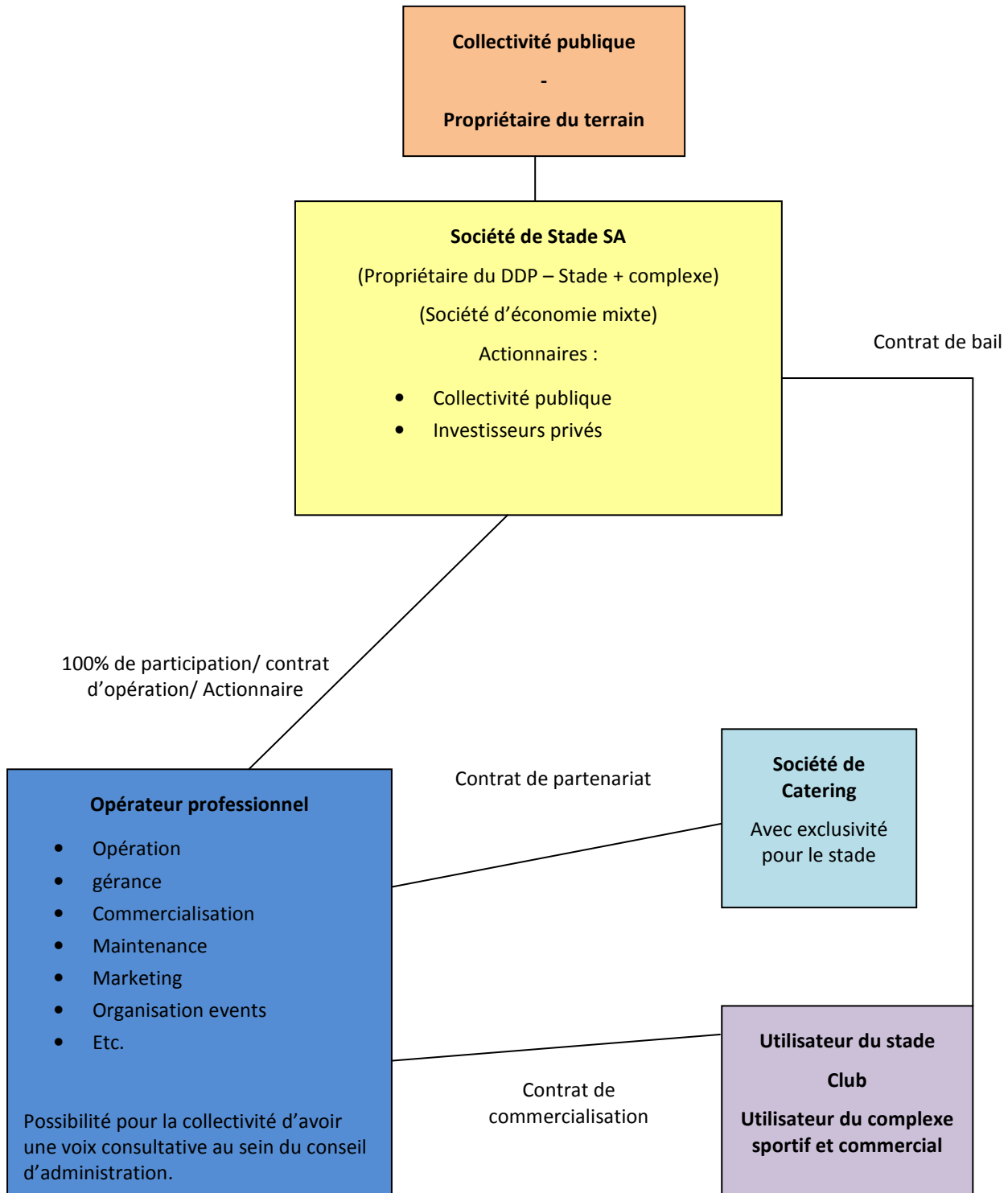
Le fait que la même entité s'occupe de la commercialisation du stade, du club et du complexe (équipements sportifs, équipements privés et locaux commerciaux) permet d'établir une ligne de conduite claire et précise et évite tout risque de superposition ou de conflits entre les forces en présence. Stratégiquement, il est important que la société opératrice ait des compétences et un réseau à la hauteur de son cahier des charges.

A titre d'exemple, la société opératrice d'un stade de football et de son complexe se devrait d'avoir des connaissances développées et une grande expérience dans l'organisation et la gestion d'événements sportifs et culturels de grande envergure. Ceci ne pouvant que favoriser les revenus supplémentaire et l'exploitation optimale des équipements.

D. Domaine contractuel et relations entre les acteurs du projet

Le schéma proposé ci-dessous représente un exemple de structure juridique que peuvent monter les parties à un projet en PPP. Comme le dit toutefois à juste titre le Professeur Zufferey, chaque PPP présente ses particularités en fonction de l'objet à réaliser et des buts à atteindre¹². Ainsi, tout projet est adaptable selon les réels besoins des entités parties au PPP. Ces schémas ne sont dès lors aucunement figés mais requièrent dans tous les cas des relations contractuelles solides et bien définies entre les différents acteurs du projet.

¹² ZUFFEREY/STÖCKLI, p.251.



Dans le cas où une Société de Stade est créée et que celle-ci est composée d'un actionnariat mêlant investisseurs privés et secteur public, une convention d'actionnaires devra veiller à contenir des clauses favorables aux deux parties, indépendamment des montants respectifs investis. Ainsi, afin d'éviter tout risque de dilution, le secteur public devrait pouvoir bénéficier d'actions à droit de vote privilégié au sens de l'article 693 CO. La convention d'actionnaires pourrait également prévoir des clauses de non-concurrence afin d'éviter que des investisseurs privés actionnaires de la Société de Stade n'investissent dans un marché concurrentiel.

Selon le schéma proposé ci-dessus, différents contrats seront conclus, notamment avec une société opératrice, en vue de l'exploitation et de la commercialisation des infrastructures. Dans un cas de privatisation moyennement bas où le secteur public voudra être présent dans le processus de décision et d'exploitation du complexe, différents moyens, tels que des voix consultatives ou la présence de représentants de la collectivité au sein du conseil d'administration de la société opératrice, sont à disposition afin d'y garantir une gestion conforme au but voulu par la collectivité. Ceci permettrait d'éviter des situations risquées où le secteur public n'a plus aucun impact réel sur l'opérateur et par-là sur le fonctionnement et la gestion du complexe.

Il est dans tous les cas important de mettre sur pieds une stratégie commune entre les secteurs publics et privés pour viser un équilibre entre les différents acteurs du projet en vue d'une situation de win-win satisfaisante pour tous.

L'adoption de la structure juridique et de la stratégie d'exploitation permet ensuite de concrétiser la phase ayant trait aux concepts juridiques et économiques, soit les négociations et la phase contractuelle. Les contrats d'opération avec la société opératrice, de commercialisation avec le club de football par exemple, de bail avec les différents utilisateurs des infrastructures ou de partenariat pourront être négociés en présence des différents acteurs.

Finalement, tout au long de la phase transactionnelle et à chaque instant de la vie de la Société de Stade, il paraît important d'appliquer les principes de corporate governance. Ceux-ci ne pourront que favoriser une gestion optimale de la Société et un processus décisionnel transparent en vue de viser l'intérêt des actionnaires, de tous les acteurs du projet et de mener au succès du PPP.

IV. BIBLIOGRAPHIE

BOLZ URS (éditeur), Public Private Partnership in der Schweiz. Grundlagenstudie – Ergebnis einer gemeinsamen Initiative von Wirtschaft und Verwaltung, Zurich 2005.

FORSTMOSER / JAAG, Der Staat als Aktionär. Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, Zurich 2000.

RUEGG / METTAN / VODOZ, Le partenariat public-privé, un atout pour l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement?, Lausanne 1994.

STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome II, Berne 2002.

ZUFFEREY / STÖCKLI, Aktuelles Vergaberecht 2010 / Marchés publics 2010, Zurich 2010.