

Cahier détaché n°2

LE MONITEUR

DES TRAVAUX PUBLICS ET DU BÂTIMENT

Les contrats de partenariat

Principes et méthodes

Rapport établi par un groupe de travail sous l'égide du ministère
de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

Sommaire

1 - POURQUOI UN CONTRAT DE PARTENARIAT ? 7

<i>Pourquoi une ordonnance sur les contrats de partenariat ?</i>	
<i>Extrait de l'exposé des motifs de l'ordonnance du 17 juin 2004.</i>	<i>7</i>
<i>Qu'est-ce qu'un contrat de partenariat ?</i>	<i>8</i>
Un contrat global	8
Un contrat de longue durée	8
Un contrat aux modalités de rémunération originales	8
Un contrat administratif qui satisfait aux règles communautaires relatives à la passation des marchés publics	9
<i>À quelles conditions juridiques recourir aux contrats de partenariat ?</i>	<i>9</i>
La complexité du projet	10
L'urgence	10
<i>Pourquoi recourir à un contrat de partenariat ?</i>	<i>11</i>
Introduction	11
Le respect des délais et des coûts	11
Une qualité de gestion contractualisée	11
Le recours à des solutions innovantes	12
Permettre une exploitation innovante des équipements	12
<i>Trois mauvaises raisons de recourir à un contrat de partenariat</i>	<i>12</i>
S'affranchir des contraintes budgétaires	12
Éviter de passer des marchés publics	13
Se dessaisir au profit de la personne privée	13
<i>Les conditions du succès</i>	<i>13</i>

2 - JUSTIFICATIONS JURIDIQUES ET FINANCIÈRES DU RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT 15

<i>Le principe de l'évaluation préalable</i>	<i>15</i>
Définition de l'évaluation	15
Le champ et les objectifs de l'analyse comparative	16
Exemple de comparaison entre un contrat de partenariat et une concession	18
<i>Méthodologie proposée pour l'analyse des risques et de leur répartition</i>	<i>18</i>
Qu'est-ce qu'un risque ?	18
Comment recenser et répartir les risques ?	19
Comment évaluer et quantifier les risques ?	21
<i>Méthodologie proposée pour l'évaluation économique et financière</i>	<i>22</i>
Méthode d'évaluation financière	22
Une démarche exigeante	22
L'identification et le calcul des coûts financiers	23
Surcoûts et gains potentiels de la réalisation du projet sous forme de contrat de partenariat	23
Les surcoûts	23
Les gains financiers	24

L'actualisation des flux financiers selon les modes de réalisation du projet	25
L'appréciation qualitative du projet réalisé sous la forme d'un contrat de partenariat	25
De l'évaluation globale à l'analyse multicritère	25
Prise en compte de différences dans le calendrier de réalisation	26
La conclusion de l'analyse comparative	26
<i>Le statut du rapport d'évaluation</i>	26
Introduction	26
L'organisme expert: une ressource à disposition des personnes publiques	27
Le cas particulier des collectivités territoriales	27

3 - LA PROCÉDURE DE PASSATION DES CONTRATS DE PARTENARIAT 28

<i>Introduction</i>	28
<i>Qui conduit la procédure?</i>	28
<i>Avec qui est menée la procédure?</i>	29
<i>L'expression des besoins de la personne publique</i>	29
<i>Le choix de la procédure</i>	30
Le dialogue compétitif	30
L'urgence	30
Le cas innovant des offres spontanées	30
<i>Le déroulement de la procédure</i>	30
L'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de consultation	31
Délai de dépôt des candidatures	31
Sélection des candidatures et remise des offres ou des propositions	31
Le dialogue compétitif	32
La procédure d'appel d'offres	32
L'attribution du contrat	33
L'indemnisation des candidats	33
<i>Quelle place pour la maîtrise d'œuvre?</i>	33
Les cas où la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage pour tout ou partie de la conception	34
Les cas où la personne publique confie la totalité de la conception au partenaire privé	34
<i>La place accordée aux PME et aux artisans par le contrat</i>	35

4 - ÉTABLIR DES RELATIONS CONTRACTUELLES FIABLES ET OPÉRATIONNELLES 37

<i>Les clauses obligatoires</i>	37
Introduction	37
La durée	37
Le contrat doit fixer les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre les contractants	38
Le contrat doit comporter des objectifs de performance	38
Les modalités de rémunération du cocontractant	38
Les modalités de variation du contrat et les modalités de paiement	39
Les modalités de variation	39
Les modalités de paiement du partenaire privé	39
Les clauses relatives à la protection du domaine public et du service public	40
Les modalités de contrôle	41
Sanctions et pénalités	41
Le contrôle sur la cession du contrat	41
Cession de contrat	42

Changement de contrôle du capital du cocontractant	42
Comparaison entre ces procédures	42
Les modalités de prévention et de règlement des litiges et le recours éventuel à l'arbitrage	43
<i>L'environnement fiscal du contrat</i>	43
Taxe foncière sur les propriétés bâties	43
Les contrats de partenariat et la TVA	43
Éligibilité au FCTVA	44
<i>La cession de créances</i>	44
Favoriser le financement des contrats de partenariat à un moindre coût	44
Maintenir le partenaire en risque	46
<i>La convention tripartite</i>	47
<i>Consolidation et déconsolidation de la dette publique</i>	48
Rappel des notions de consolidation et déconsolidation financières	48
Le traitement comptable afférent aux montages complexes	48
Dispositif comptable et budgétaire transitoire applicable aux collectivités et établissements publics locaux	50
Contrat de partenariat et assurances	50
ANNEXE : RECOMMANDATION RELATIVE AUX RELATIONS ENTRE MAÎTRES D'ŒUVRE ET ENTREPRENEURS RESPECTUEUX DE LEURS DOMAINES RESPECTIFS D'INTERVENTION	51

Préface

Le contrat de partenariat, qui vient d'être créé, va compléter utilement la panoplie de moyens dont disposent nos collectivités pour rendre toujours plus efficace et économe la commande publique.

Il n'a pas vocation à remplacer des outils qui ont fait leurs preuves, tels que le marché public ou la délégation de service public. Mais, comblant un manque et utilisé à bon escient, il permettra à l'État et aux collectivités territoriales de rendre aux citoyens un meilleur service à un meilleur coût. L'amélioration de la satisfaction des besoins qui en résultera, mais aussi l'association efficiente des partenaires privés, seront en outre facteurs de croissance et de développement économique.

Le contrat de partenariat sera également porteur d'innovations dont la gestion publique tirera profit. Nous en citerons tout particulièrement deux : l'évaluation préalable et le dialogue compétitif.

L'évaluation préalable participe de la culture de l'évaluation qui se développe chez les gestionnaires publics. Elle doit les conduire à se demander, lorsqu'ils seront confrontés à des projets susceptibles de faire l'objet de contrats de partenariat, si les conditions juridiques d'éligibilité sont bien remplies et s'il est économiquement et financièrement justifié de choisir ce nouveau mode de contrat. L'analyse comparative à laquelle ils devront alors procéder les incitera à faire les efforts nécessaires pour mieux connaître les coûts de fonctionnement de leurs propres services et à réfléchir aux moyens de les maîtriser.

Le dialogue compétitif est une procédure nouvelle et prometteuse de passation des contrats. Appliquée aux projets complexes, elle a pour but de permettre à la personne publique de mieux déterminer ses besoins, de définir plus précisément ce qu'elle attend et au partenaire privé d'affiner sa réponse, de mieux calibrer sa proposition. S'il est mené avec rigueur et efficacité, le dialogue compétitif doit être facteur de créativité et de productivité.

Le présent guide pratique vise à informer les différents acteurs des principales caractéristiques et des modalités de passation du contrat de partenariat. Il n'a pas de valeur réglementaire. Élaboré au sein d'un groupe de travail qui a réuni des représentants de l'administration et des membres de toutes les professions concernées, il est le fruit d'un partenariat public-privé réussi ! Que tous ceux qui ont contribué à sa rédaction en soient vivement remerciés. Bien évidemment, il sera régulièrement complété et actualisé pour tirer les leçons de l'expérience.

Nous formons le vœu qu'il accompagne utilement les premiers pas du contrat de partenariat pour que celui-ci contribue activement à la modernisation de l'État !

*Thierry BRETON
Ministre de l'Économie,
des Finances et de l'Industrie*

*Jean-François COPÉ
Ministre délégué au Budget
et à la Réforme budgétaire
Porte-parole du gouvernement*

Les contrats de partenariat

Principes et méthodes

1 - POURQUOI UN CONTRAT DE PARTENARIAT ?

Pourquoi une ordonnance sur les contrats de partenariat? Extrait de l'exposé des motifs de l'ordonnance du 17 juin 2004

Les titulaires d'une mission de service public disposent de plusieurs modalités d'action : la régie, la création de structures dédiées ou le recours au secteur privé par la voie contractuelle. Depuis très longtemps sont nouées fréquemment des relations contractuelles avec des entreprises ou des groupes d'entreprises chargés de fournir aux collectivités publiques et aux citoyens biens, services et travaux ou de gérer des services publics.

Ces relations contractuelles prennent en droit français deux formes maintenant bien définies par la jurisprudence et depuis peu par les textes, celle des marchés publics ou celle des délégations de service public. Elles constituent des formes traditionnelles d'association du secteur privé dont le régime est particulièrement abouti.

Les marchés publics sont des contrats qui font entrer les administrations et les entreprises dans des relations de client à fournisseur. Le prix versé par l'administration est la contrepartie immédiate de la prestation fournie par l'entreprise, et les relations entre les cocontractants sont régies de façon quasi immuable par le contrat pendant toute la durée, en général limitée, de ce dernier. L'entreprise ne court aucun risque autre que celui que connaît normalement tout fournisseur.

Les délégations de service public permettent de confier à un tiers, sous le contrôle de l'administration, la gestion et l'exploitation d'un service public. Il s'agit d'un service assuré par l'entreprise, en général avec ses propres moyens, et qui produit une activité économique (distribution de l'eau, concession de plage, autoroute...) dont la rémunération est directement assurée par l'exploitation. Les conventions de délégation de service public sont, à l'instar des marchés publics, des contrats dont les termes évoluent peu, même si leur durée est longue. À la différence des marchés publics, l'entreprise se voit transférer le risque lié à la consommation du service par les usagers, même si l'intensité de ce risque varie en réalité selon la nature du service fourni.

Mais il est d'autres formes de relations contractuelles qui n'entrent dans aucune de ces deux catégories et pour lesquelles les montages sont

complexes et fort peu encadrés jusqu'à présent. Certaines font l'objet d'une réglementation, par exemple les conventions domaniales ou, dans le cas des collectivités territoriales, les baux emphytéotiques, mais souvent une insécurité juridique préjudiciable aux personnes publiques comme aux entreprises entoure ces « tiers contrats ».

Des expériences menées à l'étranger illustrent la gamme envisageable. Après avoir largement adopté notre modèle des concessions, nos voisins se sont en effet engagés dans des formes contractuelles nouvelles qu'il est convenu de désigner sous l'appellation de partenariats public-privé. Ces contrats ont pour objet de faire appel à l'initiative et au financement privés pour faire naître des équipements nouveaux, ou assurer la mise à disposition de services, destinés à assister les autorités administratives dans l'exercice de leurs missions. Conçus et gérés selon les normes propres au secteur privé, ces équipements et services sont mis à la disposition des administrations selon un cahier des charges élaboré pour les besoins du service public.

Néanmoins, c'est sous la responsabilité des opérateurs privés que ces équipements ou services sont gérés. La philosophie de ces contrats est en effet de permettre à l'administration de tirer profit des capacités de gestion d'une entreprise privée, tenue de trouver les financements les mieux adaptés à son activité, voire d'assurer aux équipements en cause des débouchés autres que ceux qui répondent strictement aux besoins de l'administration contractante. C'est ce qui permet aux autorités administratives d'obtenir que la rémunération soit étroitement liée à des critères de performance dans l'exécution de la prestation et calculée sur l'ensemble de la durée du contrat. C'est aussi ce qui conduit à donner à ces contrats un caractère global. Lorsque ces contrats comprennent une part de construction, la contrepartie de la responsabilité de l'entreprise, c'est la latitude qui lui est laissée pour concevoir et bâtir l'équipement que l'administration utilisera. L'avantage pour l'administration, c'est que l'entreprise lui fournira un service complet pouvant aller de la conception et la construction de l'équipement jusqu'à son exploitation et sa maintenance. La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique ne s'applique donc pas, mais la loi 72-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture s'applique.

Mais, et c'est ici que le terme de partenariat prend tout son sens, il s'agit d'équipements ou de services exigeant des investissements importants qui sont assumés par la personne privée, et dont l'exploitation n'est pas destinée à assurer la rémunération. Dès lors, les financements pri-

vés ne seront mobilisables que si le contrat assure un partage des risques très rigoureux tout au long de la vie, nécessairement longue, du contrat. Ceci implique que toutes les parties (administration, banques, opérateurs...) tissent des relations contractuelles qui déterminent avec précision l'ensemble des risques identifiés et quelle partie les prend en charge, et qui engagent chacun dans des participations ou des garanties mutuelles. Pour l'administration, il peut s'agir, par exemple, d'accorder des sûretés sur des biens domaniaux, ou de prévoir de façon détaillée quelles garanties aura la banque si l'opérateur chargé du service vient à défaillir. Cet ensemble contractuel complexe destiné à assurer un partage précis des risques distingue ces contrats de partenariat à la fois des marchés publics et des délégations de service public.

Enfin, ces contrats de longue durée – le plus souvent supérieure à cinq ans – doivent être conçus pour évoluer. C'est indispensable pour s'assurer que le partage des risques reste optimal pour l'ensemble des contractants. Si, par exemple, l'opérateur obtient au bout de quelques années des modalités de refinancement intéressantes, il est normal que l'administration recueille les fruits d'une partie des économies ainsi réalisées. Si les exigences de qualité du service évoluent, l'équilibre du contrat doit être remanié. Si ces exigences ne sont pas remplies, le contrat doit être revu en tenant compte des intérêts de l'administration comme de ceux des investisseurs financiers. Des clauses de rendez-vous permettant d'apprécier à intervalles réguliers comment évoluent les équilibres complexes prévus par le contrat sont donc indispensables et doivent conduire, le cas échéant, à des renégociations. C'est là une différence notable avec le régime des marchés publics en droit français ainsi qu'avec celui des délégations de service public. Il a paru utile au législateur d'habiliter le gouvernement à permettre le développement de ces nouvelles formes de contrats. Il convient à la fois de ne pas brider inutilement des initiatives privées dans des domaines qui peuvent intéresser les administrations et améliorer la gestion des services, et de permettre aux administrations de mobiliser des financements privés dans des domaines nouveaux. Or ces contrats ne pourront trouver à se développer que s'ils font l'objet d'un encadrement exemplaire de nature à garantir la transparence lors de la passation et tout au long de la vie du contrat.

Qu'est-ce qu'un contrat de partenariat ?

Un contrat global

Un contrat de partenariat est un contrat global qui comprend nécessairement au moins trois éléments : le financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public ;

la construction ou la transformation des ouvrages ou des équipements ou d'autres investissements (y compris immatériels) ;

leur entretien et/ou leur maintenance et/ou leur exploitation et/ou leur gestion.

De manière facultative, ce contrat peut contenir des prestations de service concourant à l'exercice de la mission de service public qui est de la compétence de la personne publique cocontractante ainsi que tout ou partie de la conception des ouvrages.

Un contrat de longue durée

Un contrat de partenariat ne peut avoir de sens que sur une certaine durée. Elle est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues.

En effet, il ne peut y avoir de justification économique pour les deux partenaires à recourir à un contrat de partenariat que sur la durée :

par la baisse attendue du coût du service (conception, réalisation, exploitation/maintenance par la même personne) ;

par un meilleur entretien des ouvrages qui allonge leur durée de vie ;

par la liberté laissée aux partenaires de choisir une durée tenant compte des caractéristiques du financement du projet. Afin d'optimiser le financement on peut, par exemple, imaginer un contrat qui est conclu pour une durée plus courte que l'amortissement matériel de l'ouvrage construit et qui prévoit à son terme une possibilité de rachat de cet ouvrage à sa valeur résiduelle.

Même si cette notion peut varier selon la nature des projets, un délai de cinq ans peut être considéré comme minimal.

Ceci suppose que la personne publique soit en mesure d'assurer le pilotage de ce contrat sur toute sa durée qui dépassera le plus souvent, pour les collectivités locales, celle d'une mandature.

Un contrat aux modalités de rémunération originales

La rémunération du contractant par la personne publique présente trois éléments caractéristiques :

elle est étalée sur la durée du contrat ;

elle est liée à des objectifs de performance ;

elle peut intégrer des recettes annexes.

Contrairement aux marchés régis par le code des marchés publics, les contrats de partenariat autorisent une rémunération dans laquelle les investissements initiaux ne sont pas nécessairement réglés à leur « réception », mais donnent lieu à des paiements tout au long de la phase d'exploitation. L'ordonnance pose une obligation de transparence en exigeant que le contrat de partenariat comprenne

une clause relative à cette rémunération qui distingue pour son calcul les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement. C'est ainsi, si on prend l'hypothèse d'un versement fixe annuel, que la personne publique doit toujours être en mesure de savoir, par exemple, quelle part est liée au remboursement des emprunts souscrits.

Le deuxième élément caractéristique de la rémunération du contrat de partenariat concerne la place prépondérante donnée aux objectifs de performance. L'objet premier d'un contrat de partenariat étant l'amélioration du service rendu aux usagers, il est légitime que la rémunération tienne compte des résultats obtenus en la matière. Il importe donc que ces objectifs fassent l'objet d'une négociation très fine entre les deux partenaires. En effet, il ne s'agit pas seulement de répondre aux besoins propres de la collectivité ou à ceux des usagers, mais de s'interroger sur la façon d'optimiser la prestation rendue au regard des procédés contractuels traditionnels.

Le dernier élément porte sur la souplesse laissée par l'ordonnance concernant la possibilité de disposer de recettes accessoires. Le contrat de partenariat doit permettre la mise en place de financements innovants combinant plusieurs éléments : versement direct par la personne publique, revenus provenant de la valorisation du domaine public, recettes supplémentaires d'exploitation. Sur ce dernier point, il ne s'agit pas, comme en matière de délégation de service public de recevoir une redevance directement liée à l'exploitation du service public mais d'optimiser la gestion de l'ouvrage ou de l'équipement en autorisant le partenaire privé à tirer une rémunération d'une exploitation « hors service public ». Par exemple, si le contrat de partenariat a comme support un musée, le partenaire privé peut être autorisé à louer les salles afin d'accueillir des manifestations de prestige d'entreprises privées.

Un contrat administratif qui satisfait aux règles communautaires relatives à la passation des marchés publics

La question de la qualification du contrat de partenariat a été tranchée explicitement lors des débats parlementaires relatifs à la loi d'habilitation.

C'est d'abord un contrat administratif, par détermination de la loi. Aussi l'ensemble du droit administratif s'applique au contrat de partenariat, qu'il s'agisse des règles jurisprudentielles ou des mécanismes de contrôle.

De par sa durée, ses modalités de rémunération et les conditions de son exploitation, le contrat de partenariat n'est pas un marché public au sens du code des marchés publics. Les dispositions contenues dans ce code ne lui sont donc pas applicables.

En revanche, la question s'est posée de leur qualification en droit communautaire. Celui-ci ne connaît, en matière de commande publique, que deux catégories de contrats : les concessions et les marchés publics. Ce qui n'est pas concession est marché public. Ces derniers sont régis pour leur passation par la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004. Quant aux concessions de travaux et de services, la procédure négociée est la règle. Il n'est pas impossible que, marginalement, certains contrats de partenariat puissent être qualifiés de concessions¹ mais d'une manière générale il s'agira de marchés publics au sens du droit communautaire. Aussi, afin de renforcer la sécurité juridique de ces contrats, l'ordonnance prend le parti de la plus grande prudence et applique à ces contrats l'ensemble des règles de passation des marchés publics communautaires.

À quelles conditions juridiques recourir aux contrats de partenariat ?

Le recours aux contrats de partenariat est encadré par une décision n° 2003-473 DC-26 juin 2003 du juge constitutionnel². Celui-ci réserve le recours à ces contrats « à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ».

L'ordonnance tient compte de cette réserve d'interprétation en prévoyant que le recours aux contrats de partenariat n'est possible que dans deux hypothèses : celle d'un projet complexe et celle de l'urgence.

(1) Le contrat de concession en droit communautaire présente les mêmes caractéristiques qu'un marché public à l'exception du fait que la contrepartie des travaux ou des services effectués consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage et le service, soit dans ce droit assorti d'un prix. Par rapport aux marchés publics, la principale différence réside donc dans le lien qu'établit l'opérateur avec l'usager.

(2) « considérant, en quatrième lieu, qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tel que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ».

La complexité du projet

La réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel est traduite dans l'ordonnance par la référence qui est faite au a) de l'article 2. On est en présence d'un projet complexe lorsque la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir elle-même les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet.

Cette traduction de l'exigence constitutionnelle est issue des dispositions figurant à l'article 29 de la directive du 31 mars 2004 relative à la coordination de la procédure de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de service³ qui définit les conditions dans lesquelles il peut être recouru à la procédure du dialogue compétitif.

Ce mode de passation est en effet possible lorsqu'« un marché est particulièrement complexe ». Il apparaît, en effet, que les notions de complexité communautaire et constitutionnelle sont à certains égards très proches et qu'ancrer le contrat de partenariat dans la procédure de dialogue compétitif répondait exactement à la réflexion menée par la Commission « sur les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions » dans son Livre vert du 30 avril 2004 (COM [2004] 327).

Le considérant n° 31 du texte communautaire précise, à ce sujet, que « 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 transports intégrés, 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. Dans la mesure où le recours à des procédures ouvertes ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, il convient de prévoir une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché (...) ».

La complexité du projet est une condition objective. Il ne s'agit pas d'une impossibilité subjective, c'est-à-dire due à des carences du pouvoir adjudicateur lui-même. Celui-ci ne peut donc se borner à affirmer qu'il n'est pas capable de définir ou d'évaluer. Le pouvoir adjudicateur doit, au contraire, démontrer que cela est objectivement impossible, au regard de la nature du contrat spécifique.

Cette complexité sera démontrée si la personne publique n'est, par exemple, pas en mesure de définir le montage

financier ou juridique optimal de l'opération ou que le projet est tellement innovant qu'il est nécessaire de faire émerger de la compétition des solutions techniques *ad hoc*.

L'urgence

L'urgence évoquée par le Conseil constitutionnel n'est pas différente de celle traditionnellement admise par les juridictions administratives. Il s'agit d'une urgence « objective » qui ne doit pas résulter *a priori* du fait de l'administration.

Il y a urgence quand le besoin en construction ou rénovation d'équipements ou d'ouvrages résulte d'une cause extérieure à l'administration (par exemple, l'implantation d'un grand centre industriel qui nécessite la construction d'équipements publics : écoles, logements, rénovation après la survenance d'une catastrophe naturelle).

Cette appréciation peut toutefois s'avérer délicate lorsque l'urgence résulte d'une carence de la puissance publique. On peut faire l'hypothèse que le juge administratif fera preuve dans ce dernier cas d'un certain pragmatisme. Il y est invité par le Conseil constitutionnel lui-même qui, dans sa décision sur la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI), a estimé que les dérogations aux articles 7 de la loi MOP et 10 du code des marchés publics introduites par celle-ci se fondaient sur des « raisons d'intérêt général » liées à la nécessité « de faciliter et d'accélérer la construction des immeubles affectés à la gendarmerie nationale et à la police nationale ». Les conditions d'un retard « préjudiciable » à l'intérêt général sont donc remplies alors même que la nécessité de relancer la construction de tels immeubles a pour origine une certaine carence de la politique immobilière du ministère concerné. Dans cette hypothèse, il convient de se montrer circonspect lorsque le recours aux contrats de partenariat est uniquement justifié par l'urgence.

À cet égard, il convient ici de citer un extrait de la décision du Conseil

d'État en date du 29 octobre 2004 rejetant les recours contre l'ordonnance du 17 juin 2004. Après avoir rappelé les dispositions de la décision du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel relatives aux motifs d'intérêt général auxquels répondent les contrats de partenariat, il est ajouté : « qu'il résulte des termes mêmes de cette décision que, sous réserve qu'elle 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 qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat ». La rédaction

(3) Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux de fourniture et de service, JOUE du 30 avril 2004 L. 134/114.

du considérant n° 18 du Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 portant sur la « loi de simplification du droit », est quasiment la même que celle du Conseil d'État : « Considérant qu'il résulte des termes mêmes de cette décision que l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat, dès lors qu'elle 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 ; qu'il en va de même de la complexité du projet, lorsqu'elle est telle que, comme l'énonce le a) des deux articles critiqués, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet. »

Le Conseil constitutionnel conclut ainsi dans son considérant n° 19 :

« Considérant que sont dès lors conformes aux exigences formulées par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée les conditions auxquelles les dispositions dont la ratification est contestée subordonnent la passation des contrats de partenariat ; que l'évaluation préalable que ces dispositions prévoient a pour but de vérifier que ces conditions sont satisfaites ».

Pourquoi recourir à un contrat de partenariat ?

Introduction

Les contrats de partenariat se caractérisent par un partage des risques entre la personne publique cocontractante et les opérateurs privés. Ce partenariat se doit d'être équilibré. Son objet est de parvenir à une conception et à une gestion plus efficaces des tâches confiées aux cocontractants privés.

Le recours à la formule du contrat de partenariat doit en effet permettre de trouver des solutions optimales tenant à la nature même de ce type de contrat, à la fois globale et de long terme. Un certain nombre de gains sont à en attendre : intégration dans une procédure unique de contrats normalement séparés, réduction des risques d'interface entre conception, réalisation et exploitation ou gestion, économies d'échelles potentielles sur des séries longues et gains de productivité tenant au recours à une gestion

privée dont la qualité est contractualisée et financièrement sanctionnée.

Le respect des délais et des coûts

Dans le cadre du contrat de partenariat, les modalités de rémunération due au titre de la réalisation de l'ouvrage devront être liées pour partie au respect des délais de livraison, le risque de construction étant généralement transféré au partenaire privé. L'incitation à tenir ces délais sera donc particulièrement forte lorsque le paiement débutera quand l'ouvrage et l'équipement seront en service. Elle se traduit dans la pratique par la mise en place de techniques d'organisation permettant d'optimiser les délais.

Ce mécanisme incitatif, mis en place en Grande-Bretagne, est sans nul doute le facteur explicatif des résultats mis en évidence dans différentes études comme celle du National Audit Office et de la Chambre des communes qui montrent que les projets réalisés sous forme de partenariats public-privé se traduisent en moyenne par un plus grand respect des coûts et des délais conventionnellement fixés⁴. Par conséquent, ces partenariats sont d'autant plus potentiellement fructueux que la situation de départ était marquée par des délais longs ou des risques importants de surcoûts.

Ponctuellement, l'optimum financier d'un projet donné pourra conduire à accorder des avances au partenaire privé. Il pourra également arriver que le service rendu démarre avant la fin de la réalisation d'un ouvrage, auquel cas il conviendra bien entendu de rémunérer le service fait.

Une qualité de gestion contractualisée

La supériorité de la qualité de gestion par le secteur privé ne se présume pas et doit être démontrée pour chaque projet (voir chapitre sur l'évaluation) car c'est sous la responsabilité des opérateurs privés que ces équipements ou services sont gérés. Le risque lié à l'exploitation leur est donc généralement (mais non obligatoirement) transféré.

La finalité de ces contrats est en effet de permettre à l'administration de tirer profit des capacités de gestion d'une entreprise privée. Cette dernière est en effet tenue de trouver les financements les mieux adaptés à son activité, voire d'assurer aux équipements en cause des débouchés autres que ceux qui répondent strictement aux besoins de l'administration contractante.

C'est ce qui permet aux autorités administratives de calculer la rémunération sur l'ensemble de la durée du contrat et d'exiger que la rémunération soit étroitement liée

(4) Le pourcentage de projets de construction dont les coûts ont été supérieurs aux prix fixés par le contrat est, d'après ces études de 73 % en marché public et de 22 % en PFI (Private Finance Initiative, l'équivalent de nos PPP en Grande-Bretagne), alors que le pourcentage de non-respect des échéanciers fixés dans le contrat sont respectivement de 70 % et 24 %. Dans ce même rapport qui analysait 37 projets de PFI, il était indiqué que 28 ouvrages avaient été livrés à temps ou avant la date limite ; que sur les neuf restant, six n'avaient connu qu'un retard inférieur à deux mois et que pour les trois autres de lourdes pénalités avaient été infligées à l'opérateur privé : « PFI: Construction Performance » report by the controller and Auditor general ordered by the House of Commons (5 février 2003).

à des critères de performance et de qualité dans l'exécution de la prestation.

Le recours à des solutions innovantes

Le contrat de partenariat ne suppose pas que la personne publique ait complètement arrêté son programme ou son projet avant le lancement de la procédure. Au contraire, dans la phase de dialogue qui va s'initier au moment de la mise en concurrence, elle va pouvoir affiner ses choix. La formule du contrat de partenariat peut permettre de mieux faire bénéficier le secteur public des innovations du secteur privé, à la fois grâce à la procédure du dialogue compétitif qui autorise la personne publique à découvrir et discuter de ces solutions innovantes et grâce à la possibilité donnée au secteur privé de présenter spontanément des projets.

Permettre une exploitation innovante des équipements

Afin de diminuer les coûts des équipements publics, le contrat de partenariat ouvre la possibilité à l'exploitant de rechercher des sources de rémunération diversifiées.

Il lui est ainsi permis de se rémunérer par des revenus complémentaires nés d'une exploitation alternative de l'équipement, dès lors que cela est matériellement possible en dehors du cadre des besoins du service public. C'est ainsi, par exemple, que dans un contrat de partenariat qui a comme objet la construction d'un grand ensemble sportif, des espaces peuvent être réservés à des entreprises pour y réaliser des stands d'exposition de leurs produits.

Ce concept d'exploitation duale (liée à l'exercice du service public/tournée vers des opérateurs privés) doit ainsi amener le cocontractant privé à rechercher des solutions innovantes pour l'exploitation d'un équipement ou d'un service qui ne serait pas exclusivement dédié aux besoins de la personne publique.

En outre le caractère global du contrat se traduit notamment par l'inclusion de services pour lesquels sont attendus des gains de productivité, résultant d'une meilleure gestion et d'un effet d'apprentissage que doit permettre la durée du contrat.

Trois mauvaises raisons de recourir à un contrat de partenariat

S'affranchir des contraintes budgétaires - 1

Si le contrat de partenariat est souvent présenté comme un instrument permettant de favoriser l'investissement public en mobilisant des ressources privées, la conclusion d'un contrat de partenariat ne saurait être envisagée comme un moyen de pilotage du solde budgétaire, d'externalisation du besoin de financement des administrations publiques ou d'externalisation de la dette publique. Les critères posés

par les instances communautaires rendraient d'ailleurs inopérante toute opération en ce sens.

De même, les contrats de partenariat ne doivent pas être conçus dans une optique de déplafonnement des montants pluriannuels alloués aux ministères dans le cadre de la programmation de leurs investissements, sous peine à la fois d'un affaiblissement du suivi des finances publiques et d'un risque accru de moindre sélectivité des investissements. Les règles d'emploi, précisées ci-dessous, visent ainsi à s'assurer de la disponibilité et de la comptabilisation des autorisations d'engagement afférentes à ces contrats.

En tout état de cause, pour l'État et ses établissements publics dotés d'un comptable public, le représentant du ministre chargé des finances devra s'assurer, avant la signature du contrat, de la cohérence des engagements financiers avec la disponibilité des crédits et apprécier leurs conséquences sur les finances publiques. Le contrôle budgétaire habituel des investissements doit s'exercer lorsqu'ils figurent dans un contrat de partenariat comme il s'exercerait pour une réalisation sous forme de marché public.

De même, pour les collectivités territoriales, le recours aux contrats de partenariat ne saurait être considéré comme un moyen commode de

déguiser l'endettement réel de la collectivité et de reporter de façon artificielle la charge budgétaire sur les gestions futures sans se préoccuper des ressources disponibles sur moyen terme.

En tout état de cause, les agences de notation ou les banquiers prendront nécessairement en compte cette « dette cachée » dans leurs analyses et évalueront la capacité de la collectivité à financer cet engagement sur long terme, y compris sa capacité à reprendre le service public considéré en régie directe en cas de défaillance du tiers privé.

C'est pourquoi, outre la nécessité de procéder de façon précise et objective à l'évaluation économique prévue par les textes, il est indispensable que l'exécutif, lorsqu'il souhaite recourir aux contrats de partenariat, vérifie les marges de manœuvre financières de la collectivité sur le moyen terme, afin de s'assurer de la capacité de la collectivité de faire face à l'ensemble de ses engagements pluriannuels. À cet égard, l'exécutif est obligé, au moment de la décision de l'assemblée délibérante d'autoriser la signature du contrat, de fournir le coût global, en moyenne annuelle du contrat de partenariat envisagé et un ratio indiquant la part que ce coût représente par rapport aux recettes réelles de fonctionnement de la collectivité territoriale (il s'agit des recettes totales de la section de fonctionnement du budget atténuées des recettes d'ordre). Cette disposition vise à mieux apprécier l'impact du contrat sur les finances de la collectivité et son évolution dans le temps (écarts par rapport à ce coût moyen au cours du contrat) ainsi que la disponibilité des ressources pour y faire face.

Par ailleurs, l'ordonnance prévoit également, pour des motifs de transparence financière, une annexe budgétaire retraçant l'ensemble de ses engagements au titre du contrat de partenariat. Cette annexe normalisée devra en particulier faire apparaître les composantes de la rémunération versée au cocontractant et leur « amortissement » sur la durée du contrat.

Éviter de passer des marchés publics - 2

Toute tentative ayant pour finalité de contourner la réglementation du code des marchés publics ne peut être que contre-productive.

A priori, les prestations qui relèvent d'un contrat de partenariat peuvent quasiment toujours être réalisées sous la forme de plusieurs marchés publics.

Si le besoin de la collectivité peut être satisfait sous cette forme, le recours au contrat de partenariat doit être justifié. Il faut donc que l'économie interne du contrat de partenariat et les avantages que l'on attend

de la participation du secteur privé en matière de délais, de qualité du service et de gestion de l'ensemble soient suffisamment importants pour attester que l'intérêt général commande de recourir à un tel contrat. De même, un gain de temps important entre la procédure de passation du contrat de partenariat et celle des marchés publics ne peut être espéré. En effet, si la procédure de dialogue compétitif retenue dans l'ordonnance permet un enrichissement itératif du projet, elle n'est cependant pas nécessairement plus brève que les autres procédures prévues dans le code des marchés publics.

Ainsi, les raisons motivant le recours à un contrat de partenariat diffèrent de celles entraînant le recours à un marché public et ce bien que les contrats de partenariat soient assimilés à des marchés publics au sens du droit communautaire.

Se dessaisir au profit de la personne privée - 3

Le contrat de partenariat ne doit pas être regardé comme le moyen pour une personne publique de se dessaisir de ses compétences. Il s'agit d'exercer différemment certaines de ses attributions.

Ainsi, la personne publique qui s'engage sur le long terme doit assurer un pilotage précis et périodique du contrat (voir page 57).

Il s'agit d'une exigence d'efficacité économique, puisqu'elle doit être en mesure de déterminer si le service rendu par la personne privée correspond aux besoins définis, et de contrôle de l'action publique, puisqu'elle doit s'assurer de la bonne utilisation des deniers publics.

Il est donc recommandé qu'une équipe dédiée remplisse cette mission. En outre, la personne publique doit toujours être en mesure de mobiliser un « plan de secours » en cas de défaillance ou de carence du cocontractant. Ceci sup-

pose qu'elle en définisse précisément les contours dès la signature du contrat.

Les conditions du succès

Ce serait une illusion de croire que l'on peut demander au contrat de partenariat de régler toutes les difficultés auxquelles on est confronté dans le financement des équipements publics et dans la passation des contrats :

- l'utilité socio-économique du projet demeure un préalable indispensable ; celle-ci acquise, l'objet du contrat est de transformer cette utilité socio-économique en rentabilité financière et en faisabilité budgétaire en concevant la ressource publique comme un levier et en optimisant l'allocation des risques entre acteurs publics et privés ;

- les formes traditionnelles de la commande publique (marchés publics et délégation de service public) gardent toute leur pertinence : c'est dans les domaines où elles ne permettent pas une répartition des risques efficiente entre acteurs publics et privés que le contrat de partenariat trouve son champ d'action privilégié. Même si cela ne concerne qu'une part minoritaire de la commande publique, l'enjeu est considérable ;

- le montage et la structuration financière du projet ainsi que les garanties apportées ont un coût. Le contrat de partenariat n'est intéressant que si ce coût est plus que compensé par les gains apportés en :

- définissant mieux le programme ;
- réalisant plus vite et avec une meilleure garantie sur les coûts et les délais ;

- gagnant en coût, sûreté et qualité de fonctionnement ;
- préservant la valeur patrimoniale de l'équipement par un entretien régulier ;

- faisant payer l'utilisateur à côté du contribuable quand cela est justifié, dans des conditions plus souples que ne le permet la concession ;

- segmentant et allouant mieux les risques, améliorant ainsi l'économie globale du projet et sa structuration financière.

Ensuite, le montage juridico-financier n'aura d'efficacité réelle que s'il s'accompagne d'un changement profond des pratiques :

- pour les clients publics, adopter un nouvel état d'esprit :

- faire faire plutôt que faire ;

- imposer non des obligations de moyens mais des obligations de résultat ;

- acheter non un ouvrage mais un service (le fait de disposer d'un ouvrage géré et entretenu, voire de contribuer à la réalisation du service qui y est attaché) ;

- pour les entreprises et industriels, raisonner sur le long terme :

- considérer la durée de vie de l'ouvrage et non sa seule période de réalisation ;

internaliser les arbitrages entre investissement et fonctionnement ;

- pour les acteurs financiers, considérer la fonction d'investisseur s'engageant dans la durée comme une fin en soi et non comme un moyen d'accès à des contrats adjacents. Le contrat de partenariat, vecteur d'un renouveau de l'action publique, se développera réellement si le marché se structure autour d'investisseurs de long terme afin de stabiliser les montages.

Concrètement, trois types de contrats de partenariat pourront se développer, avec transferts de risques croissant vers le partenariat privé :

- les contrats à vocation première de portage mobilier ou immobilier, où les fonctions d'entretien-exploitation sont réduites à la maintenance due par le propriétaire. Leur but est d'apporter des garanties de coût et de délai de réalisation ainsi que de durabilité de l'ouvrage mis à disposition. Ils se rapprochent des BEA (Bail emphytéotique administratif) ou AOT-LOA (Autorisation d'occupation temporaire – location avec option d'achat) avec convention non détachable de location, en leur faisant bénéficier d'un cadre juridiquement plus clair, plus encadré, fiscalement et financièrement mieux optimisé ;

- les contrats « performanciels » où la rémunération est assise de façon significative sur des critères de performance. À paiement 100% public comme les précédents, ils comprennent une part importante d'entretien et/ou de gestion et/ou d'exploitation et vont plus loin dans le changement d'attitude du client public : celui-ci n'achète plus un ouvrage (ou la mise à disposition d'un ouvrage) mais un service complet. Ils se rapprochent du *Private Finance Initiative* (PFI) anglais ;

- les contrats à risque commercial partagé où, en outre, par l'intermédiaire, d'une part, de la fréquentation introduite comme critère de performance, d'autre part, de revenus annexes tirés de l'utilisation de l'équipement pour des besoins autres que ceux de la personne publique, le partenaire privé assure une partie du risque de revenu. Ils se rapprochent de la délégation de service public (DSP) sans en avoir toutes les caractéristiques (les revenus ne sont pas substantiellement liés aux résultats de l'exploitation, le péage éventuel est perçu au nom et pour le compte de la puissance publique et peut ainsi être fixé plus pour optimiser l'utilisation de l'ouvrage que pour maximiser les recettes).

Les prémisses des contrats de partenariat

Le rapport du Conseil d'État intitulé « Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques », adopté en juin 1986, a fait apparaître la nécessité d'offrir plus de garanties aux investisseurs privés susceptibles de participer à la valorisation du domaine public. Cette préoccupation doit toutefois se concilier avec la nécessaire protection du domaine public ainsi qu'avec la garantie de continuité de l'exercice du service public sur ces emprises. Le législateur est donc intervenu à plusieurs reprises pour donner plus de souplesse aux collectivités publiques dans leurs investissements immobiliers.

Ainsi, l'article 13 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation aménage la portée des principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité en définissant un régime spécifique de bail emphytéotique qui peut être consenti indifféremment sur le domaine privé et le domaine public des collectivités locales, de leurs établissements publics ou des groupements de ces collectivités.

La loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public a, pour sa part, réformé le régime de l'occupation du domaine public artificiel de l'État et de ses établissements. Afin de favoriser l'essor des activités économiques sur le domaine public, cette loi a, en effet, ouvert la faculté de consentir aux occupants des titres d'occupation du domaine public constitutif de droits réels.

La loi offre en outre, sous certaines conditions, la possibilité de financer par crédit-bail les ouvrages, constructions et installations réalisés dans le cadre des autorisations d'occupation constitutives de droits réels, à l'exclusion de ceux affectés au service public ou destinés directement à l'usage du public.

Par ailleurs, dans des domaines particuliers, le législateur a créé des instruments contractuels spécifiques qui embrassent certaines des caractéristiques des contrats de partenariat, tout en continuant d'être gérés par leur législation particulière. L'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, outre qu'il étend le champ d'application du bail emphytéotique administratif, autorise non seulement, de manière expresse, l'État à prendre à bail, avec option d'achat, les ouvrages nécessaires aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales édifés sur le fondement d'une autorisation d'occupation temporaire de son domaine public mais permet aussi le financement par crédit-bail de ces constructions.

La loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008 (article 7) étend la procédure de location avec option d'achat aux immeubles à construire sur le domaine public de l'État pour les besoins des armées ou des services du ministère de la Défense. Enfin, l'article 119 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure prévoit que les dispositions de l'article 3 de la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure sont applicables aux immeubles affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles.

Enfin, l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 a inséré au code de la santé publique un article L. 6148-2 qui autorise les baux emphytéotiques sur les biens immobiliers appartenant à un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique.

2 - JUSTIFICATIONS JURIDIQUES ET FINANCIÈRES DU RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT

Le principe de l'évaluation préalable

Définition de l'évaluation

L'article 2 de l'ordonnance précise que :

« Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation :

a) montre ou bien que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ;

expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct. »

L'évaluation a donc deux objets :

- elle doit tout d'abord – paragraphe a – permettre de vérifier que les exigences constitutionnelles (motifs d'intérêt général tels que « la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé⁵ ») et les conditions fixées par la réglementation européenne pour recourir à la procédure du « dialogue compétitif » sont bien remplies. Le dialogue compétitif doit être en effet, sauf le cas échéant pour les projets présentant un caractère d'urgence, le mode de passation usuel des contrats de partenariat (cf. ci-dessous). Il ne sera possible de recourir au dialogue compétitif que dans les cas où la personne publique, confrontée à la complexité du projet qu'elle veut réaliser, n'est pas objectivement en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage juridique ou financier du projet, le dialogue avec les candidats sélectionnés ayant pour objet de faire émerger les solutions aptes à répondre à ces questions ;
- en second lieu – paragraphe b – l'évaluation doit permettre à la personne publique, au-delà de l'utilité même du projet, d'explicitier les motifs qui pourraient fonder l'intérêt pour elle de recourir à un contrat de partenariat plutôt qu'à

une autre modalité de passation de la commande publique ou d'exécution du service dont elle a la charge.

Il s'agit d'examiner si le recours au contrat de partenariat permet d'offrir une solution alternative moins coûteuse et/ou plus avantageuse (apportant un meilleur rapport coût/performance) pour atteindre les objectifs poursuivis par la personne publique.

Les dispositions du paragraphe b) de l'article 2 s'inspirent du modèle britannique du *Public Sector Comparator* s'imposant aux *Private Finance Initiative* (PFI), lesquels ne doivent être engagés que s'ils contribuent à réduire le coût actualisé du projet ou à créer plus de valeur ou à permettre de meilleures performances.

Il faut toutefois noter que les paragraphes a) et b) de l'ordonnance n'imposent pas les mêmes contraintes juridiques. Le paragraphe a) fixe les conditions juridiques devant être strictement respectées pour que la légalité du recours au contrat de partenariat ne puisse être contestée, tandis que le paragraphe b) impose la réalisation d'une analyse comparative permettant de déterminer et d'exposer les motifs que retient la personne publique pour expliquer son choix de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat.

Si cette analyse doit être effectuée de manière approfondie, sauf éventuellement en cas d'urgence, et avec sérieux, le non-respect de ces exigences pouvant entraîner la sanction du juge au titre de son contrôle minimal, il ne peut être exigé à ce stade une démonstration formelle à caractère mathématique. Si toute comparaison sérieuse suppose un effort de quantification, indispensable en l'occurrence, ses résultats doivent être considérés avec prudence : par hypothèse, l'évaluation qui doit être effectuée avant le dialogue compétitif ne peut pas préjuger des résultats de ce dernier. En outre, la personne publique n'aura pas toujours une connaissance parfaitement exacte de ses propres coûts, et notamment de ses « coûts cachés » (la démarche proposée, qui participe du développement de la « culture de l'évaluation » au sein des services publics, a aussi pour objet de contribuer aux progrès à réaliser en ce domaine). Symétriquement, les économies et gains de productivité attendus d'une réalisation en contrat de partenariat seront souvent difficilement quantifiables et se confirmeront, ou pas, au cours du dialogue avec les candidats si le contrat de partenariat a été retenu.

Enfin, l'analyse comparative ne doit pas être circonscrite au seul

domaine des coûts, aussi important soit-il pour la décision, elle doit aussi porter au minimum sur la performance et le partage des risques et les motifs sur lesquels la personne publique pourra s'appuyer pour justifier un recours à un contrat de partenariat ne sont pas limités à la sphère éco-

(5) *Décision du Conseil constitutionnel n° 2003-473 du 26 juin 2003.*

nomique et financière mais peuvent être aussi de caractère juridique ou administratif.

Ainsi, l'évaluation en s'appuyant sur la comparaison de grandes masses financières, aura-t-elle principalement pour objet de faire apparaître les conditions qui devront être remplies pour que ce choix soit un succès, de fixer des repères pour les futures négociations et de mettre en exergue les leviers sur lesquels ceux-ci devront agir. Il va de soi qu'une incohérence qui ne pourrait être clairement justifiée entre l'évaluation préalable et le résultat de la négociation poserait un problème évident et rendrait le contrat de partenariat inenvisageable. Il en est de même si le principe du partenariat était retenu alors que l'évaluation préalable faisait apparaître un fort déséquilibre en défaveur du contrat de partenariat. L'évaluation sera toujours accessible au public dans le cadre de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée, relative notamment à la liberté d'accès aux documents administratifs.

L'évaluation préalable est certainement, avec la conduite de la procédure de passation du contrat, la phase la plus délicate de la réalisation d'un projet de partenariat. Elle nécessite, en effet, une réelle expertise en matière juridique, financière, comptable et technique dont ne disposent pas tous les acteurs de la commande publique. Il est donc fortement recommandé à la personne publique qui envisage de conclure un contrat de partenariat de faire appel à des conseils extérieurs si de telles compétences lui font défaut.

Le champ et les objectifs de l'analyse comparative

L'analyse comparative n'a pas pour objet de déterminer si la réalisation de l'investissement projeté (une infrastructure de transport, un hôpital, un musée, un grand système informatique...) a une utilité collective justifiant une décision de mise en œuvre. Celle-ci doit avoir été prise, avant que soit effectuée l'analyse comparative, sur la base, chaque fois que cela est possible, du calcul du bénéfice socio-économique attendu de l'opération, la valorisation étant effectuée à l'aide du taux d'actualisation socio-économique (4 % actuellement) fixée à cette intention par le Commissariat général du plan. On ne se désintéressera toutefois pas complètement de cette valorisation socio-économique dans la mesure où la comparaison des modes de réalisation peut faire apparaître, selon les cas d'espèce, des écarts importants dans les délais de mise en service ; la prise en compte de l'avantage socio-économique apporté par une mise à disposition significativement plus rapide du service attendu sera alors justifiée dans le rapport d'évaluation.

L'analyse comparative demandée à ce stade doit porter sur les différents modes juridiques envisageables (marché public, gestion en régie, délégation de service public, bail

emphytéotique administratif, contrat de partenariat) et leur éventuelle combinaison pour atteindre l'objectif que la personne publique s'est fixé. L'analyse doit notamment porter sur le coût global, la performance et le partage des risques. Dans la plupart des cas, la comparaison pertinente aboutira à une alternative (par exemple un marché public suivi d'une gestion en régie qu'il conviendra de comparer à un contrat de partenariat).

Les trois éléments de comparaison rappelés ci-dessus (coût global, performance, partage des risques) ne sont pas exclusifs d'autres qui pourraient paraître judicieux dans tel ou tel cas particulier. Mais ces trois critères, fixés par l'ordonnance, ont une importance tellement évidente pour fonder le recours à un contrat de partenariat qu'ils doivent figurer dans toute analyse comparative.

• La comparaison des coûts globaux du projet selon qu'il est réalisé dans le cadre d'un contrat de partenariat ou sous toute autre forme est importante pour que la personne publique puisse se prononcer valablement sur l'intérêt d'engager la procédure de passation d'un contrat de partenariat. Cette évaluation doit donc être effectuée avec la plus grande rigueur possible ; une méthodologie pour la mener à bien est présentée ci-dessous. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que l'on ne pourra comparer que des coûts prévisionnels puisque, sauf cas exceptionnel d'externalisation, il s'agira de mener à bien des projets nouveaux soumis à aléas quel que soit leur mode juridique de réalisation (ainsi le coût d'un contrat de partenariat incluant la réalisation d'un équipement comportera des incertitudes pour la construction de celui-ci et pour son exploitation ultérieure ; le même projet réalisé sous forme d'un marché public suivi d'une exploitation en régie n'échappera pas aux aléas liés à la construction, le coût de l'exploitation en régie par des agents publics pouvant toutefois être cerné avec moins d'imprécision).

En outre, l'exigence de complexité imposée aux projets pour qu'ils soient éligibles au contrat de partenariat (sauf cas d'urgence) rend encore plus difficile, voire dans certains cas impossible sauf à admettre des fourchettes très larges, une évaluation de leur coût prévisionnel, indépendamment même de leur mode juridique d'exécution, puisque la personne publique est censée ne pas être objectivement en mesure de déterminer seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet. Ces difficultés objectives ne doivent toutefois pas servir d'alibi à la personne publique pour se dispenser de faire le plus sérieusement et le plus complètement possible l'exercice d'évaluation de coût demandé. Mais il conviendra d'en examiner les résultats avec prudence et de prendre le recul qui s'impose pour en tirer des conclusions.

Bien souvent, plutôt que de rechercher une précision illusoire, il sera judicieux de retenir des fourchettes. Ainsi par exemple, si l'on est incapable de déterminer à l'avance avec précision les gains de productivité ou organisationnels à attendre d'une exploitation par le privé, sera-t-il justifié de retenir plusieurs hypothèses et d'en chiffrer les incidences respectives. Cette manière de faire présentera en outre l'avantage de faire clairement apparaître les incertitudes en termes de coûts qui devront être levées lors du dialogue compétitif pour qu'à l'issue de cette procédure la personne publique soit en mesure d'apprécier en toute connaissance de cause l'intérêt financier de conclure le contrat de partenariat.

- L'analyse comparative doit porter en second lieu sur la performance, ce qui doit conduire la personne publique à s'interroger tout d'abord sur le contenu exact des prestations dont elle entend bénéficier lors de la mise en œuvre du contrat de partenariat. Il lui faudra notamment déterminer si tel service qu'elle envisage de confier à son cocontractant répond bien à un véritable besoin et si la question ne pourrait pas être résolue autrement, par exemple dans le cadre d'une redéfinition de ses missions ou d'une restructuration interne.

Une fois ce premier travail effectué, elle devra s'efforcer de calibrer le contenu des prestations qu'elle envisage d'inclure dans le contrat de partenariat et de déterminer ainsi le degré de performance attendu (en s'interrogeant par exemple sur la qualité de service attendue, sur les impératifs à respecter en toute circonstance, sur les horaires des prestations, sur les délais à l'intérieur desquels doivent être satisfaites les demandes...). Cette analyse suppose que soient effectués en permanence des arbitrages « qualité/coût » ; elle n'est donc pas séparable du premier point évoqué ci-dessus.

La personne publique devra enfin se demander de manière objective et sans présupposé idéologique si un partenaire privé intervenant dans le cadre d'un contrat de partenariat est *a priori* le mieux placé pour réaliser dans les meilleures conditions les prestations attendues et atteindre les niveaux de performance espérés. Dans un certain nombre de cas, la réponse sera clairement négative, parce que l'on estimera par exemple que les prestations en cause concernent trop directement des actions de souveraineté ou touchent au cœur de la mission de service public et ne sont pas de ce fait transférables au secteur privé, ou encore parce que l'on considérera que le risque d'une défaillance contractuelle toujours possible ne peut en aucun cas être assumé (même si le contrat doit contenir une clause prévoyant cette hypothèse et indiquant comment est alors assurée la continuité du service public).

Dans d'autres cas, un avantage compétitif pourra être légitimement espéré de la dévolution de la prestation au

secteur privé, justifiant ainsi que l'on envisage la passation d'un contrat de partenariat. Mais bien évidemment les conclusions de cette analyse préalable devront être corroborées par les résultats qui seront obtenus à l'issue du dialogue compétitif.

- Le partage des risques est le troisième élément de comparaison qui doit faire l'objet d'une analyse systématique.

L'optimisation du partage des risques est en effet une condition déterminante de la réussite du contrat de partenariat. La personne publique peut être tentée de chercher à transférer le maximum de risques sur le partenaire privé, dans l'espoir de réduire l'incertitude à laquelle elle est confrontée, mais cette attitude n'est pas pertinente. Il faut optimiser le transfert en vue d'obtenir le meilleur rendement financier du contrat pour la personne publique (ce que les anglo-saxons appellent *best value for money* dans les contrats de PFI). Par exemple, si la personne publique cherche à conserver tous les attributs du propriétaire tout en faisant peser la plupart des risques sur le partenaire privé, le coût du contrat a toutes les chances d'être plus élevé. L'exemple de certaines délégations de service public dans le domaine des transports a également montré que le transfert sans précaution de l'intégralité du risque de fréquentation au partenaire privé pouvait entraîner de graves échecs.

Il convient tout d'abord de recenser l'ensemble des risques encourus et d'en effectuer la répartition pour chacun des scénarios comparés (par exemple marché public suivi d'une gestion en régie ou contrat de partenariat) en utilisant notamment les outils définis ci-dessous tels que la matrice des risques. Dans un contrat de partenariat, certains risques devront par nature rester à la charge de la personne publique mais d'autres pourront être avantageusement portés par le cocontractant privé. Pour d'autres enfin, un partage entre les parties apparaîtra comme la meilleure solution : ce sera notamment le cas pour le risque de génie civil lorsque les travaux en question seront par exemple soumis à un risque géologique qu'il sera impossible d'évaluer précisément avant la réalisation desdits travaux. Il faut en réalité éviter deux écueils contradictoires : soit une trop grande pusillanimité qui reporterait sur la personne publique l'essentiel des risques, soit à l'inverse une « fuite en avant » dans laquelle le cocontractant privé se verrait affecter sans contrepartie ou avec des contreparties insuffisantes des risques déraisonnables qu'il n'est pas capable de maîtriser, ce qui ne pourrait conduire qu'à des désagréments futurs et très probablement à un contentieux.

L'analyse doit être poursuivie par l'évaluation des risques, pour chacun des scénarios, et leur traduction en coûts et gains potentiels pour la personne publique. C'est l'objet de la méthodologie présentée ci-dessous. Là encore, si

la personne publique décide d'engager la procédure de passation d'un contrat de partenariat, il faudra comparer le partage des risques auquel on parviendra à l'issue du dialogue compétitif à ce qui était envisagé initialement en justifiant le cas échéant les écarts éventuels.

Le rôle de l'analyse comparative préalable apparaît ainsi mieux, elle n'a pas vocation à se substituer à la décision de la personne publique d'engager la procédure de passation d'un contrat de partenariat mais de l'éclairer: en effet, si dans un certain nombre de cas elle peut permettre d'écarter sans ambiguïté le recours à un contrat de partenariat en faisant apparaître qu'il n'a aucune chance de constituer une alternative acceptable pour la personne publique, dans beaucoup d'autres elle fera seulement apparaître les interrogations qui doivent être levées et les conditions qui doivent être remplies pour que le recours à cette nouvelle catégorie de contrats soit justifié. Autant qu'une aide à la décision d'engager la procédure, elle doit être le moyen privilégié de bien préparer et d'encadrer le dialogue compétitif pour lequel elle doit constituer un guide de référence qu'il conviendra d'actualiser au fur et à mesure de son déroulement.

Exemple de comparaison entre un contrat de partenariat et une concession

La délégation de service public est, aux côtés des opérations conduites sous maîtrise d'ouvrage publique, un mode classique de la commande publique. Elle emporte, contrairement au contrat de partenariat, le transfert de la mission de service public au partenaire privé. Cette question est primordiale dans le choix de ce mode contractuel. En cas d'hésitation, il peut être utile de procéder à une analyse plus fine des deux modes de contractualisation.

Le régime de la concession de service public, qui emporte transfert de la maîtrise d'ouvrage de l'opération et délègue l'exploitation «aux risques et périls du concessionnaire», est un mode de relation contractuelle entre partenaires publics et privés efficace et qui a été largement diffusé. Par principe, dans ce mode de relation contractuel, les risques relatifs à l'opération sont transférés au partenaire privé. L'existence d'une possibilité de rémunération sur l'usager, couvrant les coûts initiaux d'investissement et de financement ainsi que les coûts d'exploitation du service, est donc l'élément clé du dispositif contractuel de la concession de service public.

Or, il existe des activités, en particulier celles liées aux activités de tourisme et loisirs (musées, stades, parcs...) sur lesquelles une demande solvable provenant des usagers est trop faible ou (et) trop aléatoire sur la durée de l'opération pour s'inscrire dans un schéma de concession.

Il en résulte alors que la couverture des risques de fréquentation impose:

d'accroître significativement la part de fonds propres à mobiliser ce qui renchérit fortement le coût de financement global tout en limitant la quotité de ressources d'emprunt mobilisables;

de recourir à des formes de garantie de recettes (au moins partielles) accordées par la puissance publique qui sont à l'encontre de l'esprit et des textes régissant le mécanisme concessif, voire entraînent des risques de requalification de contrat.

Il en résulte que pour les activités théoriquement déléguables qui présentent une forte volatilité des recettes attendues ou pour lesquelles le prix demandé sert plus à réguler la fréquentation de l'ouvrage qu'à maximiser les recettes, le choix du recours à un mécanisme concessif, s'il est logique sur le plan juridique, n'est souvent pas optimal sur un plan financier.

Le partage des risques entre collectivité et partenaire privé comme l'institue le contrat de partenariat peut alors constituer une alternative. À ce titre, l'étude d'évaluation devra mettre l'accent sur la prévisibilité des flux de recettes attendus de l'usager.

L'analyse de la répartition des risques devra alors préciser la nature des risques qui resteront portés par la collectivité et préciser les modes de partage et d'incitation du partenaire privé à accroître la fréquentation, sans pour autant transformer le contrat de partenariat en délégation de service public.

Le rapport d'évaluation devra alors décrire le mode de structuration de l'opération envisagé et surtout les conséquences positives attendues de ce mode de structuration sur le coût de financement du projet par rapport à la situation de référence que constitue la délégation de service public et en prenant en compte l'ensemble des concours publics nécessaires.

Méthodologie proposée pour l'analyse des risques et de leur répartition

Le partage des risques ayant bien évidemment une incidence financière, l'analyse des risques et de leur répartition doit être effectuée avant que soit achevée l'évaluation des coûts de façon que les résultats de la première puissent être intégrés dans la seconde.

Qu'est-ce qu'un risque ?

Un risque est un événement, un facteur ou une influence qui menace la bonne marche du projet en agissant sur les délais, les coûts ou la qualité des prestations réalisées.

En maîtrise d'ouvrage publique, ces coûts sont cachés; ils doivent néanmoins faire l'objet d'une évaluation. À l'inverse, dans un contrat de partenariat une partie de ces risques

est transférée au secteur privé. C'est l'une des caractéristiques principales du contrat de partenariat.

La définition des risques et leur partage sont essentiels à la réussite d'une opération de contrat de partenariat. En effet, le principe des contrats de partenariat est de répartir les risques entre ceux des cocontractants qui sont les mieux à même de les supporter du point de vue technique, économique et financier. Ce partage doit être équilibré.

En effet, le coût associé à chaque risque est différent selon l'entité qui le porte. Il s'agit en fait de rechercher dans le contrat de partenariat, après en avoir dressé un recensement exhaustif, l'allocation optimale des risques entre les différents partenaires. Au cours de la mise au point du contrat, la personne publique devra s'assurer que les clauses contractuelles offrent de réels moyens d'inciter ou d'obliger le partenaire privé à respecter ses engagements et qu'en cours d'exécution du contrat les risques sont correctement assumés par son cocontractant.

Sauf à parvenir à une standardisation des projets, les risques doivent être appréciés, au cas par cas, selon les caractéristiques propres à chaque projet et les objectifs poursuivis par la personne publique. C'est la raison pour laquelle l'évaluation préalable doit se fonder sur une appréciation exacte des besoins, des risques et des coûts qui y sont associés.

Comment recenser et répartir les risques ?

Le recensement détaillé des risques se fait au travers d'une matrice des risques qui est un des outils essentiels de l'analyse financière du projet. En fait, la répartition des risques sera largement fonction de la nature spécifique de l'investissement réalisé sous forme de contrat de partenariat. Il dépendra notamment de ses caractéristiques techniques et des aléas qui peuvent en affecter la construction ou l'exploitation. Une des meilleures bases pour identifier les risques liés à un projet est de se référer, pour la personne publique concernée, aux risques habituellement rencontrés sous maîtrise d'ouvrage publique. Les dépassements de délais et de coûts doivent être inclus.

On aurait ainsi plusieurs catégories de risques :
 les risques normalement supportés à 100% par l'une ou l'autre des parties dans le cadre d'une maîtrise d'ouvrage privée ou publique ;

les risques transférables au secteur privé ;
 les risques partagés entre le public et le privé.

Les risques sont généralement analysés en fonction de la période au cours de laquelle ils sont susceptibles de se réaliser : ils sont soit temporaires (liés à une phase du projet), soit permanents.

L'élaboration d'une matrice des risques est délicate : c'est à la fois un guide (notamment pour le dialogue compétitif qui doit suivre), un élément d'analyse clé de l'équilibre recherché de l'opération, et l'occasion de réfléchir aux diverses garanties et notamment aux mécanismes d'assurances permettant de couvrir - ou non - tel ou tel risque.

Pour les besoins de la comparaison entre le recours à un contrat de partenariat et la réalisation du projet sous un autre mode juridique, il conviendra de remplir la matrice (voir tableau ci-après) dans les deux hypothèses.

La matrice qui suit ne peut avoir pour vocation à s'appliquer à tous les contrats de partenariat ; elle ne peut servir que d'illustration théorique.

Exemple de matrice de risques

Risques	Porteur du risque		Commentaires
	Personne publique	Personne privée	
Période préliminaire			
Défaillance de la conception			
Modification du projet : - reprise des projets rendue nécessaire par difficultés (études de sols...) - reprise des projets du fait de modifications			Selon l'origine de la modification (personne publique, privée, loi)
Retard dans la mise au point des projets			Selon l'origine de la difficulté
Incapacité à construire suivant le cahier des charges			
Période de développement et de construction			
Mauvaise estimation des coûts de construction : - répercutables sur entreprises travaux - non répercutables			Selon surcoûts et/ou retards
Mauvaise estimation du calendrier			
Risque archéologique			
Risque géologique			
Risque météorologique			
Retard dans l'accès au site et dans la mise à disposition du foncier			Selon l'origine du retard
Retard dans l'obtention des autorisations administratives nécessaires au démarrage			Selon l'origine du retard
Sûreté et sécurité sur le site			
Modifications législatives et réglementaires			Selon la spécificité des normes
Défaillance technique d'un constructeur			
Défaillance d'un financeur			
Retard à la livraison			
Malfaçons rendant ou non les ouvrages impropres à leur destination			
Risque d'interface entre conception, construction et exploitation			
Période d'exploitation			
Risques de performance			
Défauts du partenaire privé ou de ses sous-traitants (non exécution ou défaut d'exécution du service) : - du fait d'une carence prouvée de l'exploitant - du fait d'un défaut des ouvrages, équipements, fournitures			
Incapacité/impossibilité à atteindre les standards de qualité fixés			Selon la cause

Risques	Porteur du risque		Commentaires
	Personne publique	Personne privée	
Grève			Selon l'origine
Défauts latents des ouvrages			
Modification des spécifications du fait de l'évolution législative et réglementaire			
Disponibilité de l'ouvrage			
Risques sur les coûts d'exploitation			
Mauvaise estimation des coûts de fourniture des services dus, de la maintenance, de structure, ...			
Risques de surcoûts d'exploitation du fait d'un défaut des ouvrages (de conception/de réalisation)			
Modifications législatives et réglementaires spécifiques au secteur			
Modifications législatives et réglementaires non spécifiques au secteur			
Risques de surcoûts du fait d'une moindre qualité (que prévu) des installations (réparation, remplacement, renouvellement accrus)			
Mauvaise estimation du coût de gestion des personnels			
Variation des ressources liées à l'exploitation du service			
Mauvaise estimation des revenus annexes			
Modification fiscale			
Risques spéciaux			
Risques de déchéance et de fin anticipée de contrat			
Résiliation du fait de la personne publique			
Défaut du cocontractant privé			
Déchéance du cocontractant privé			
Défaut de la personne publique			
Risques technologiques et d'obsolescence			
Obsolescence de l'investissement			
Modification des spécifications technologiques			
Risques de valeur résiduelle (coûts de démantèlement ou de réaffectation)			
Risques d'assurance			
Variation des primes			
Risques non couverts			
Risques financiers			

Risques	Porteur du risque		Commentaires
	Personne publique	Personne privée	
Variation des taux			
Risques de change			
Inflation			
Autres risques			
Risque environnemental			
Force majeure et autres risques non assurables			

Trois risques méritent par ailleurs une attention particulière et une bonne identification préalable des responsabilités entre la puissance publique et les intervenants privés.

Le risque opérationnel

Le coût d'un contrat de partenariat peut être augmenté inutilement si l'administration impose à son prestataire des obligations de résultat excédant ses propres besoins.

Des coûts, dont on aurait dû faire l'économie, seraient alors subis par le cocontractant privé qui les répercutera dans la redevance versée par la puissance publique.

Cette configuration trouve de multiples illustrations. Ainsi, en matière de gestion immobilière, le surcalibrage d'un risque opérationnel peut conduire à des exigences injustifiées de délais de réparation des dysfonctionnements constatés.

Dès lors, il convient de calibrer les performances attendues de manière que les exigences correspondent précisément aux besoins, et il faudra veiller lors du dialogue compétitif à ce que les pénalités appliquées aux prestataires soient proportionnées aux difficultés effectivement rencontrées dans le cadre de l'exécution du contrat.

Le risque volume

Le risque volume peut être lié à un risque de fréquentation ou un risque de prix ou à une combinaison des deux. Il peut avoir une incidence sur deux types de rémunération :

- la rémunération payée par la personne publique peut varier (en plus des variations liées à la performance) selon l'utilisation qui est faite du bien ou du service mis à sa disposition du secteur public. Le risque volume est alors assimilable à un risque de fréquentation. Dans certains projets autoroutiers à péage virtuel par exemple, la rémunération varie en fonction du nombre de véhicules qui empruntent la route. À l'inverse, les projets immobiliers anglais sont réputés sans risque de volume dans la mesure où la rémunération ne dépend pas du nombre effectif de patients dans un hôpital ou de prisonniers dans une prison, l'assiette de la rémunération (avant déduction pour mauvaise performance) étant forfaitaire ;

la rémunération complémentaire obtenue par la personne privée du fait d'une utilisation alternative du bien peut être sujette à un risque de fréquentation mais aussi de prix, il s'agit donc d'un risque assimilable à un risque commercial, comme par exemple dans le cas de la location de boutiques dans le hall d'un hôpital (fleuriste...).

Ne doivent pas être considérés comme un risque de volume, les ajustements de paiement suivants :

- un ajustement de la rémunération en fonction de la fréquentation qui n'aurait comme but et conséquence que de compenser la partie variable des coûts (pour justement éviter un risque de volume) liée à cette fréquentation. Il peut s'agir par exemple d'un ajustement de la rémunération en fonction du nombre de plateaux-repas servis dans un hôpital (dans l'hypothèse où ce service est confié à la personne privée) ;

- une réduction du loyer résultant d'une évolution des besoins de la personne publique. Dans un projet hospitalier par exemple, ce peut être le besoin de fermer un service. S'il est prévu dans le contrat qu'en cas de modification

des besoins de la personne publique le loyer sera recalculé de façon à ne pas modifier l'économie du projet (en préservant les ratios de couvertures de la dette et le taux de rentabilité interne [TRI] des actionnaires par exemple), le projet sera réputé sans risque de volume. À l'inverse si le maintien de l'économie du projet (c'est-à-dire de sa rentabilité ainsi que de son profil de risque) n'est pas garanti dans le contrat en cas de diminution des besoins du secteur public et que la personne privée a la charge, dans ce cas, de trouver une utilisation alternative des locaux libérés (avec le risque de ne pas y parvenir donc de voir sa rentabilité et sa solidité financière diminuées), il en résultera un surcoût important pour la personne publique au travers des coûts de financement initiaux et, selon les secteurs, une difficulté probable pour le partenaire privé à financer le projet.

Le risque d'évolution du cadre légal et réglementaire

Celui-ci résulte de dispositions prises par la puissance publique dans le cadre de son activité souveraine (en particulier en cas d'évolution de réglementations techniques, environnementales, fiscales, etc. applicables au projet ou à son secteur et ayant pour effet de mettre en péril la viabilité du titulaire du contrat). Bien qu'il soit possible de considérer qu'en cas de litige la jurisprudence administrative ferait application des principes dégagés en la matière, notamment pour les concessions de service public sur la base des théories du fait du prince et de l'imprévision, il est recommandé d'appréhender et de lister ces risques de manière précise, par exemple en les intégrant dans une grille de partage de ces risques discutée entre les candidats et la personne publique dans le cadre du dialogue.

L'intervention de nombreuses normes (européennes, nationales ou locales) est susceptible d'avoir un impact sur l'économie générale du contrat, par exemple en matière environnementale ou urbanistique. S'il est toujours possible de laisser porter ce risque par le partenaire privé, il convient cependant de garder à l'esprit que le coût de prise en charge sera exorbitant dès lors que le partenaire privé n'a pas de prise sur ces risques.

Comment évaluer et quantifier les risques ?

Pour poursuivre l'analyse, les risques doivent être évalués pour chacun des scénarios (procédure traditionnelle et contrat de partenariat), en s'appuyant sur la matrice des risques décrite pages 35 à 37.

Les risques doivent être traduits en coûts et gains potentiels pour la personne publique. Cela implique :

d'évaluer la sévérité des risques

Il s'agit du montant d'engagement potentiel auquel le maître d'ouvrage peut être appelé en termes de couverture pour chacun des risques identifiés. Cette analyse doit se fonder sur des statistiques relatives à des projets comparables et récents. Il est à noter que ce montant peut être atténué, dans certains cas, grâce à une police d'assurance ; de déterminer la probabilité d'occurrence de chacun des risques. Cette analyse doit s'appuyer sur des hypothèses raisonnables et documentées (statistiques récentes, autres méthodes de calcul des probabilités).

Choix des outils statistiques pour la quantification des risques

Prenons l'exemple des conséquences du risque de construction dans un cas concret⁶.

Exemple de risque de dépassement de coûts

Scénarios	Conséquence (en %)	Résultat	Conséquence (en valeur ou sévérité)	Probabilité	Valeur du risque
Coûts inférieurs	-5 %	95 000	-5 000	5 %	-250
Coûts égaux	0 %	100 000	0	10 %	0
Dépassement léger	15 %	115 000	+15 000	50 %	7 500
Dépassement fort	30 %	130 000	+30 000	20 %	6 000
Dépassement très élevé	40 %	140 000	+40 000	15 %	6 000
Sous-total				100 %	19 250

La démarche en apparence la plus simple et qui peut être retenue en première analyse est de déterminer la valeur du risque comme étant le produit de la conséquence du risque en valeur par la probabilité d'occurrence. C'est l'approche en « valeur moyenne » illustrée ci-dessus et qui conclut, dans l'exemple présenté, à un total de dépassement de coût d'une valeur de 19 250 pour un coût estimé de 100 000.

Mais cette manière de faire n'est pas scientifiquement exacte car elle met sur un pied d'égalité des scénarios de risque sans aucune commune mesure, en ne permettant pas de prendre en compte l'effet de la distribution des risques.

Si elle souhaite procéder à une analyse plus précise, la personne publique devra recourir, au besoin avec l'appui d'une expertise extérieure, à des outils probabilistes ou statistiques plus évolués.

Dans tous les cas, l'analyse doit amener à identifier les risques qui seront supportés à un moindre coût par la personne privée.

Le modèle financier du projet doit ensuite retracer les différents scénarios, selon le partage des risques adopté, en termes de coûts et de gains potentiels pour la personne publique.

(6) Qui n'a pas pour objet de refléter la situation constatée pour les marchés publics.

Cette analyse préalable servira de base pour la phase de dialogue et est promise à s'enrichir des différentes propositions des candidats.

Méthodologie proposée pour l'évaluation économique et financière

Méthode d'évaluation financière

Plusieurs méthodologies pourraient être proposées pour conduire l'évaluation comparative : celle présentée ci-dessous n'a pas un caractère normatif.

- La méthode d'évaluation financière repose sur une comparaison des coûts et délais prévisionnels en valeur actuelle entre la réalisation publique directe d'une part et la réalisation en contrat de partenariat d'autre part.

- Le projet doit être apprécié en fonction de son intérêt financier pour la personne publique.

À partir d'une allocation préliminaire des risques, une évaluation du coût de réalisation du projet peut être menée ; elle peut se définir comme la valeur actuelle nette de l'ensemble des flux liés au projet. Le partage des risques peut être optimisé afin d'obtenir le coût de réalisation le plus faible (cf. ci-dessus).

Les éléments qui ne sont pas liés au choix de la procédure mais à l'opportunité même du projet, qui doit avoir été évaluée préalablement, n'ont pas à être pris en compte à ce stade.

Il s'agit de comparer les flux d'encaissements et de décaissements générés pendant toute la durée d'exécution du contrat par :

l'activité, objet du contrat, si elle existe déjà ;

le projet, s'il était réalisé sous une autre forme de passation de la commande publique, y compris son exécution en régie pour les projets nouveaux ;

le projet, s'il était réalisé sous la forme d'un contrat de partenariat. L'analyse suppose de comparer le coût global du projet, en considérant :

les objectifs poursuivis en termes de qualité et de délais ;

les coûts associés qu'ils soient directs ou indirects ;

les coûts cachés (notamment en termes d'assurance implicite du secteur public et des délais dans la mise en œuvre du projet : ce sont les risques supportés par le secteur public dans le cadre d'une maîtrise d'ouvrage publique) ;

les revenus annexes.

- L'évaluation du projet peut comporter deux étapes : une première phase de l'analyse prend en compte l'ensemble des coûts ;

une seconde phase prend en compte le coût supplémentaire généré par les risques identifiés et transférables, les surcoûts financiers, les économies de gestion attendues d'une

réalisation en contrat de partenariat et une évaluation des gains potentiels qui peuvent être tirés d'une exploitation complémentaire à celle du service public⁷.

À l'issue de ces deux phases, l'analyse se poursuit par l'actualisation des flux pour chaque mode de réalisation avec un taux de référence unique : le coût du financement pour la personne publique. L'actualisation financière a pour objet de ramener le coût global à un montant unique en valeur actuelle. Il s'obtient en affectant le flux de chaque année d'un coefficient appelé taux d'actualisation. Ce taux permet d'exprimer la valeur actuelle des coûts annuels du projet par référence au coût qui permettrait aux investisseurs publics de mobiliser des financements.

Une démarche exigeante

Des difficultés à identifier les coûts concourant au projet seront rencontrées, en raison notamment de l'absence de comptabilité analytique dans certaines administrations.

Pour autant, ces difficultés ne sauraient justifier une absence d'analyse comparative sincère et étayer d'une façon objective et crédible sur la base de données ou d'hypothèses vérifiables.

Plusieurs difficultés doivent être mentionnées :

- L'évaluation du coût prévisionnel total de l'opération en raison notamment, comme indiqué ci-dessus, de sa complexité avérée (sauf cas d'urgence) :

une identification malaisée de toutes les composantes de coûts (coûts directs et coûts indirects) ;

l'incertitude dans le chiffrage de certaines variables opérationnelles. Comment traduire en termes budgétaires le gain de délai de réalisation et comment déterminer de manière préalable, avec suffisamment de fiabilité, ce gain ?

une mesure délicate des revenus complémentaires qui peuvent être tirés d'une exploitation alternative ;

la difficulté à mesurer l'impact sur les coûts des transferts de risques envisagés dans le contrat de partenariat.

- L'identification du coût prévisionnel du service en régie dans le cadre d'une comparaison avec l'externalisation du service.

Si le coût du service proposé par le prestataire privé est appréhendé avec plus ou moins de précision, et fait en tout état de cause l'objet d'un chiffrage rendu nécessaire par la démarche contractuelle, il n'en va pas de même pour l'évaluation du coût du service en régie, faute d'une comptabilité analytique suffisamment précise. Les projets d'externalisation de gestion immobilière constituent un exemple typique en la matière : il n'est pas toujours aisé de rattacher l'ensemble des charges relatives à l'entretien public d'un parc immobilier, tout spécialement les charges de personnels. Il en va de même de tous les coûts liés directement ou indirectement à la maîtrise d'ouvrage.

(7) Ces revenus ne peuvent qu'être estimés avec la plus grande prudence.

- L'appréhension des gains de productivité qui peuvent être réalisés sur les charges publiques transférées. Une analyse à périmètre constant impose en outre qu'une attention particulière soit portée à la situation des personnels qu'il n'est pas question de transférer à l'opérateur privé. Les revenus ne peuvent qu'être estimés avec prudence.

L'identification et le calcul des coûts financiers

- Pour permettre la comparaison des modes de réalisation du projet, il convient dans un premier temps de connaître quels coûts aurait ce projet s'il était réalisé sous un mode classique (passation d'un marché ou réalisation en régie et exploitation en régie ou dans le cadre d'un marché spécifique).

Plusieurs catégories de coûts sont à identifier :

- Les coûts directs

Ce sont les coûts pouvant être affectés directement à l'objet du contrat. Il s'agit notamment des coûts de montage, de conception et de construction, des coûts de maintenance et d'adaptation de l'équipement, des coûts d'exploitation (y compris la masse salariale et les engagements de retraite). Leur recensement s'appuie sur les éléments de comparaison disponibles pour des projets récents et similaires. Dans le cas de projets portant sur un domaine nouveau, le calcul des coûts devra se fonder sur des hypothèses réalistes et justifiées.

- Les coûts indirects

A contrario, les coûts indirects nécessitent une ventilation forfaitaire pour être répartis. Il s'agit notamment des coûts de gestion et de contrôle, de comptabilité, de communication, des coûts fiscaux, de négociation... Ils sont affectés au projet sur la base d'un prorata (en journées/hommes) réaliste et justifié. Les coûts de fonctionnement de la maîtrise d'ouvrage supportés par d'autres services ne doivent pas être omis.

- Par ailleurs, les flux de recettes annexes éventuelles doivent être retracés.

On aurait ainsi par exemple :

Types de coûts	Types de recettes
Coûts directs	Recettes annexes directes
Montage du projet (conseil,...), conception, construction	
Entretien, maintenance, renouvellement des équipements de maintenance,...	
Coûts d'exploitation : assurances, fournitures, salaires, engagements de retraite, impôts,...	

(8) Ce risque peut néanmoins être limité dès lors que l'amélioration ultérieure des conditions de financement du prestataire privé se traduit, de par les clauses contractuelles, par un partage des gains en cas de refinancement plus favorable du prestataire. Le défaut de ce type de clause n'a pas permis, dans le cadre des contrats de réhabilitation/exploitation de certains lycées franciliens, de moduler le niveau moyen des redevances versées par la région (qui étaient calculées sur la base d'un coût moyen de portage financier de 8,30%) à la suite de baisse des taux d'intérêt. *A contrario*, dans le cas du contrat de la prison de Fazarkerley au Royaume-Uni, le prestataire a obtenu un gain de refinancement reversé à hauteur de 10% au Service des prisons. De la même manière, le contrat du New Estate Development prévoit que le prestataire ne pourra conserver que 60% des gains de refinancement.

Types de coûts	Types de recettes
Coûts indirects	Recettes indirectes
Coûts de gestion, de comptabilité, de facturation, de communication, d'études, impôts sur ces coûts,...	Accroissement d'impôts et taxes résultant de la réalisation et de l'utilisation de l'ouvrage*

* Lorsque ces recettes peuvent bénéficier à une collectivité publique autre que celle qui est maître d'ouvrage de l'opération, elles ne peuvent être intégrées aux recettes liées au projet; elles peuvent par ailleurs être difficiles à estimer en valeur absolue, mais c'est la comparaison entre les différentes modalités de réalisation qui importe.

Surcoûts et gains potentiels de la réalisation du projet sous forme de contrat de partenariat

Les surcoûts

Au-delà du transfert des risques, la réalisation d'un projet sous la forme d'un contrat de partenariat présente généralement un certain nombre de surcoûts. Ces surcoûts doivent être pris en compte lors de l'analyse comparative et doivent s'ajouter aux flux calculés précédemment.

Ces surcoûts sont de plusieurs ordres :

- Coûts de montage

La période qui précède la conclusion du contrat de partenariat (évaluation, procédure de passation, négociation) est plus longue que dans les autres modes de réalisation. Elle fait appel à des compétences que ne possède pas, en principe, la personne publique. Ce sont des coûts directs (conseils et expertises externes) ou indirects (fonctions spécialisées dans les services de la personne publique) qui dépendront de la taille et de la complexité de l'opération.

- Coûts financiers et d'arrangement

Ce surcoût est avéré dans la mesure où la structure privée assurant le financement du contrat de partenariat obtient par nature des conditions de financement moins favorables que la puissance publique. Il s'agit dès lors d'intégrer une évaluation de ce surcoût à la phase d'analyse, basée sur les conditions connues des marchés financiers⁸.

Le transfert de risques, s'il n'est pas optimal en termes financiers, présente un surcoût pour la personne publique. Un transfert excessif de risques à la personne privée aura des répercussions sur son coût de financement (marge pour risque des emprunts, part accrue des fonds propres dans le financement, rentabilité plus forte attendue de ceux-ci) et, par conséquent, sur le niveau des versements de la personne publique. C'est l'objet de l'évaluation préalable (cf. ci-dessus) puis du dialogue compétitif que de réduire ce coût.

- Coûts fiscaux

La fiscalité applicable au contrat de partenariat peut être différente de celle qui résulterait d'un autre mode de réalisation malgré les efforts faits pour se rapprocher le plus possible de la neutralité fiscale (cf. pages 91 et suivantes les conditions d'éligibilité au FCTVA [fonds de compensation pour la TVA] et d'exonération de la taxe foncière).

- Marge commerciale ou d'exploitation du secteur privé L'opérateur privé se rémunérera au cours de la vie du contrat. C'est une charge qui doit être intégrée au projet à la différence notamment d'une exploitation en régie de l'équipement. Pour mesurer ce surcoût, on se basera sur des données statistiques relatives au secteur d'activité concerné pour chacune des prestations fournies dans le cadre du contrat de partenariat. En tout état de cause, les opérateurs privés peuvent être tentés, compte tenu de la nouveauté de cette forme de contrat et des incertitudes qui peuvent en résulter à leurs yeux, de facturer des marges supérieures à la normale sur chacun des postes de coûts qu'ils auront à assumer. C'est la raison pour laquelle les contrats devront être négociés avec la plus grande rigueur.

Il convient toutefois de ne prendre en compte à ce titre que la marge complémentaire réalisée par le partenaire privé pour les fonctions et risques supplémentaires qu'il endosse via le contrat de partenariat, sachant que sous maîtrise d'ouvrage publique, il réalise une marge sur les prestations (réalisation, maintenance et éventuellement exploitation) qu'il effectue pour la personne publique.

Les gains financiers

Parallèlement à ces surcoûts, la réalisation sous forme de contrat de partenariat doit pouvoir générer des gains qui sont liés à une maîtrise d'ouvrage privée.

Un des objectifs du contrat de partenariat est de faire profiter la personne publique d'une réduction des coûts obtenue par l'opérateur privé lequel a des objectifs de performance et de productivité clairement fixés. Le montant des versements de la personne publique dépendra des économies opérées par le transfert d'activités et de risques au secteur privé d'une part, et des revenus annexes qui pourraient être tirés d'une exploitation alternative au service public des équipements par le cocontractant privé d'autre part.

- Gains sur la maîtrise d'ouvrage: ils proviennent du transfert de la maîtrise d'ouvrage privée (en MOP [maîtrise d'ouvrage publique], coûts internes ou recours à mandat ou AMO [assistance à maîtrise d'ouvrage]), étant précisé que l'appréciation de ce gain devra tenir compte des coûts que la personne publique conservera à sa charge dans le cadre de ses obligations de contrôle au cours de l'exécution du contrat de partenariat.

- Gains réalisés sur la conception/construction

Il s'agit des gains attendus dans la réalisation des ouvrages ou équipements faisant l'objet du projet du fait notamment des économies attendues de l'intégration dans un contrat unique de la conception et de la construction, ainsi que de la réduction du risque d'interface entre la construction et l'exploitation. Les gains peuvent résulter des arbitrages entre coûts d'investissement et de fonctionnement-maintenance, où la responsabilité globale attribuée au partenaire privé lui laisse une forte capacité d'initiative. Il convient cependant de préciser que ces gains ne doivent pas résulter d'une économie réalisée sur les prestations d'études ou le montant des travaux au détriment de leur qualité. Il est notamment rappelé à ce propos que lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages est confiée au cocontractant de la personne publique, la qualité globale des ouvrages figure nécessairement parmi les critères d'attribution du contrat.

- Gains réalisés sur l'exploitation

Ils sont constitués des gains de productivité qui doivent résulter d'une recherche permanente de la performance pendant toute la durée du contrat et qui peuvent être normés *a priori* et sécurisés par les clauses d'incitation et de pénalité. Des gains peuvent résulter également d'une meilleure spécialisation technique du cocontractant privé qui peut faire bénéficier le projet d'un *know how* que ne possède pas la personne publique.

- Gains réalisés lorsque le transfert des risques est optimisé Ces gains aléatoires doivent être évalués avec prudence: ils devront être confirmés à l'issue du dialogue compétitif et méritent une expertise préalable fine. Le recours à des conseils extérieurs est particulièrement recommandé dans les cas complexes pour leur évaluation préalable.

- Gains réalisés sur le maintien de la valeur patrimoniale Lorsque les montants consacrés à l'entretien/maintenance dans le contrat de partenariat sont supérieurs à ceux qui seraient consacrés par la personne publique dans une autre forme de contrat, et lorsque leur régularité est mieux garantie, ils conduisent au maintien d'une valeur patrimoniale plus importante.

- Gains et revenus complémentaires tirés de l'exploitation de l'ouvrage Ils viennent en réduction des versements que la personne publique devra effectuer. À ce titre, les besoins de la personne publique doivent être correctement calibrés en termes de disponibilité de l'équipement. Des mécanismes suffisamment incitatifs doivent être mis en place lorsque une exploitation alternative est possible. Néanmoins, ces revenus restent difficiles à anticiper et les estimations devront se fonder sur des hypothèses raisonnables que le dialogue compétitif devra confirmer.

- Gains de disponibilité

L'expérience britannique montre que les contrats de partenariat permettent souvent une amélioration du respect des délais de construction par le partenaire privé. L'uti-

lité sociale générée par ce respect du calendrier peut être valorisée.

L'actualisation des flux financiers selon les modes de réalisation du projet

L'actualisation consiste à calculer la valeur actuelle d'une somme future. La valeur actuelle de un euro perçu ou donné dans n périodes et actualisé au taux i⁹ est de :

$$1/(1+i)^n$$

On peut prendre des décisions financières en comparant, pour chaque décision, les valeurs actuelles de séquences de coûts. La valeur actuelle des coûts futurs, plus l'investissement initial, est appelée la valeur actuelle nette (VAN).

C'est la dernière étape qui doit permettre la comparaison financière des différents modes de réalisation du projet. L'actualisation des flux est opérée pour chaque mode de réalisation avec un taux de référence unique: le coût du financement pour la personne publique sur la période considérée. Ce coût varie selon la collectivité concernée :

le taux de référence est l'OAT (obligation assimilable du Trésor) pour l'État ;

pour les autres personnes publiques (établissements publics, collectivités), ce taux dépendra de leur santé financière appréciée aux conditions du marché (OAT+x points de base).

Le choix de ce taux, qui ne préjuge pas de celui qui sera effectivement retenu pour le projet, a essentiellement une valeur méthodologique pour comparer la réalisation de celui-ci sous forme traditionnelle ou par recours au contrat de partenariat.

La comparaison des VAN doit permettre en effet de mesurer l'opportunité de recourir à l'un ou à l'autre des modes de réalisation. La différence entre la VAN d'un projet réalisé sous maîtrise d'ouvrage publique et celle du même projet réalisé en contrat de partenariat doit être positive pour que le recours au contrat de partenariat soit justifié.

On aurait ainsi comme mode d'analyse financière comparative (l'ensemble des données étant en VAN) :

(voir tableau ci-contre)

Au cours de l'évaluation, dans les deux cas, il conviendra d'intégrer des provisions pour aléas propres à chaque mode de réalisation pour tenir compte des incertitudes très importantes qui subsistent à ce stade.

L'appréciation qualitative du projet réalisé sous la forme d'un contrat de partenariat

Deux éléments qualitatifs ne feront pas nécessairement l'objet d'une quantification mais devront être justifiés et explicités. Il s'agit :

- du caractère consolidant ou déconsolidant de l'opération réalisée en contrat de partenariat sur le plan de la comptabilité nationale. En effet, si le montage s'avérait déconsolidant pour la personne publique elle disposerait d'une plus large faculté d'investir dans des délais plus courts sous réserve de la contrainte budgétaire qui porte, en tout état de cause, sur les engagements, et de la rigidification des budgets

qui en résulterait, limitant ainsi les marges de manœuvre ultérieures ;

- des marges de manœuvre générées par le recours à un prestataire privé.

Des charges difficilement compressibles en gestion directe (personnel notamment) en cas d'évolution des besoins du service public sont ainsi transférées, ce qui permet une meilleure adaptabilité des moyens aux missions. Ces marges de manœuvre nouvelles sont à mettre en regard des capacités de la personne publique à redéployer, s'il y a lieu, les moyens existants dans l'hypothèse de la conclusion d'un contrat de partenariat.

De l'évaluation globale à l'analyse multicritères

L'évaluation doit être conduite en termes économiques et financiers pour l'intérêt du service. L'effort de quantification qui est demandé a pour objet de mettre en évidence

Maîtrise d'ouvrage publique	Contrat de partenariat
Coûts directs de l'investissement + Coûts indirects de l'investissement + Coûts directs de la maintenance et de l'exploitation + Coûts indirects de la maintenance et de l'exploitation - Recettes éventuelles d'exploitation + Coûts cachés et aléatoires	
= Coût global de l'opération en MOP	Coût global de l'opération en MOP + Surcoûts de montage + Surcoûts de financement + Surcoûts liés au transfert des risques + Surcoûts fiscaux + Marge du secteur privé - Gains sur la maîtrise d'ouvrage - Gains réalisés sur la conception/construction - Gains réalisés sur l'exploitation - Gains liés au transfert des risques - Gains réalisés sur le maintien de la valeur patrimoniale - Recettes complémentaires issues de l'exploitation = Montant total estimés des versements
Coût global actualisé en MOP	Coût global actualisé en contrat de partenariat
= Gains/pertes nés d'une réalisation en contrat de partenariat	

(9) Le taux d'actualisation financière i doit être un taux de période.

l'ensemble des gains et des coûts qui sont souvent implicitement portés par le partenaire public lorsqu'il assure la maîtrise d'ouvrage. Le recours au mécanisme d'actualisation, puisqu'il permet de ramener l'ensemble des flux à une même valeur (donc comparable), est la base méthodologique du mécanisme d'évaluation. Mais d'autres critères méritent d'être examinés en tant que tels; ainsi convient-il de compléter l'évaluation financière et le calcul des coûts globaux actualisés par une analyse multicritère retenant les divers aspects économiques et financiers quantifiés relatifs à l'intérêt éventuel du lancement de l'opération en partenariat.

L'analyse multicritères, base de la décision de lancement de l'opération, consistera donc également à justifier en fonction des risques et bénéfices attendus du projet et des avantages propres à la méthode du partenariat et si leur évaluation n'a pu être réalisée dans le cadre de l'évaluation en termes de coûts directs et indirects:

les différences de performance;

l'économie liée au maintien d'une valeur patrimoniale des ouvrages, en particulier immobiliers, à condition que cette appréciation puisse être justifiée par l'expérience propre à la personne publique qui se propose de conclure le contrat de partenariat;

l'intérêt de disposer plus rapidement de l'ouvrage et du service considéré et donc la prise en compte des gains socio-économiques liés à une réalisation anticipée du projet, si tel est le cas, via l'usage du contrat de partenariat (cf. paragraphe suivant).

Prise en compte de différences dans le calendrier de réalisation

Parmi les critères analysés, celui du calendrier de réalisation peut s'avérer particulièrement important: il s'agit de l'intérêt général de disposer plus rapidement de l'ouvrage et du service considéré et donc de la prise en compte des gains socio-économiques liés à une réalisation anticipée du projet, si tel est le cas, via l'usage du contrat de partenariat.

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, un délai de livraison plus long se traduira, du fait du mode de calcul d'actualisation décrit plus haut, par une réduction du coût du projet (à la limite, ne pas le réaliser produirait une réduction infinie). Cette conclusion n'est certes pas contestable sur le strict plan budgétaire, elle l'est lorsque l'objet de l'évaluation est de déterminer le mode de réalisation d'un projet socio-économiquement rentable qui doit être réalisé pour augmenter la richesse du pays.

Pour pallier cet inconvénient, il y aura lieu, en particulier quand des décalages importants de calendrier sont prévisibles entre une réalisation en contrat de partenariat et une réalisation en MOP, d'évaluer cet avantage socio-économique, non seulement de façon qualitative mais si possible aussi quantitative.

Pour ce faire, il faut se référer à l'utilité socio-économique du projet qui a dû être déterminée en amont de la présente évaluation. En toute rigueur, il faut recalculer cette utilité dans les deux hypothèses de calendrier de réalisation et les comparer. En première approximation, on pourra toutefois considérer qu'un décalage d'un an a une incidence équivalant au dixième de l'utilité globale (et de même proportionnellement pour un décalage plus important). Dans un contexte de ressources rares et de prise en compte des ratios de dette et de déficit maastrichtien, on peut rappeler que le fait pour une personne publique de jouir plus rapidement d'un investissement amènera, le plus souvent, à renoncer à d'autres projets jugés moins prioritaires.

La conclusion de l'analyse comparative

En définitive, l'analyse comparative est destinée à:

- mettre en évidence l'intérêt de recourir à un contrat de partenariat;
- établir «une fourchette» pour le montant du contrat de partenariat soumis à candidature si cette formule devait être retenue;
- servir de base aux négociations futures. Le document s'enrichira des propositions des candidats. Il devra permettre de vérifier que l'offre finale retenue permet des économies ou présente des avantages pour la personne publique, à qualité au moins égale de service rendu.

L'enjeu de la mise en concurrence est de jouer sur l'ensemble de ces paramètres. La personne publique devra, au stade de l'évaluation préalable, s'interroger avant tout sur la crédibilité des hypothèses qu'elle aura retenues et, à l'issue du dialogue compétitif, vérifier que les conclusions en résultant ne sont pas modifiées.

Le rapport d'évaluation

Introduction

Le rapport d'évaluation est un rapport complexe à établir. Il est recommandé de faire appel à des ressources extérieures pour l'établir s'il s'avère que la personne publique, surtout lorsqu'elle n'est pas soumise à l'obligation de faire appel à l'organisme expert, ne dispose pas de l'expertise adéquate. Sont en effet nécessaires pour le réaliser des compétences juridiques, comptables, financières et techniques. Son élaboration peut dans ce cas-là générer un coût significatif pour la personne publique. La taille et la complexité du projet sont en définitive des éléments déterminants pour que ces coûts, de nature plutôt forfaitaire, ne soient pas disproportionnés par rapport au coût global du projet.

Il est souhaitable qu'avant de s'engager dans une réalisation sous forme de contrat de partenariat, la personne publique s'entoure pour cette évaluation des meilleurs conseils.

Le rapport doit en effet mettre en évidence :
 les objectifs poursuivis par la personne publique et les durées envisagées ;
 l'analyse des coûts avec et sans contrat de partenariat ;
 le montant de la « fourchette » allouée au contrat de partenariat, si ce mode de réalisation s'avérait justifié ;
 une évaluation des dépenses liées à des engagements de cette nature sur le long terme, comparée aux ressources disponibles. Il s'agit de mettre en évidence le niveau de rigidité des budgets qui peut résulter de ce type de contrats.

L'organisme expert : une ressource à disposition des personnes publiques

L'ordonnance confie une mission générale d'assistance à des organismes experts qui ont vocation à regrouper l'ensemble des compétences nécessaires à l'élaboration du rapport d'évaluation.

Ils sont mis en place pour faire face aux difficultés que peuvent rencontrer les personnes publiques face au secteur privé. En effet, le secteur privé bénéficie d'une expérience et de compétences déjà éprouvées en matière de partenariat public-privé pour les contrats conclus à l'étranger qui peuvent lui conférer un avantage certain vis-à-vis du secteur public. Il est dans l'intérêt de la personne publique de se prémunir contre tout risque de déséquilibre.

La participation d'un organisme expert est ainsi rendue obligatoire pour l'État et ses établissements publics lors de la phase d'élaboration du rapport d'évaluation ; il en valide le contenu.

Il peut néanmoins être sollicité par toute autre personne publique qui en éprouverait le besoin.

Il peut en outre être sollicité lors de la phase de dialogue par toute personne publique. Cette phase cruciale après celle de l'analyse comparative fait appel à des compétences particulières en matière de négociation. Le propre des contrats de partenariat, en portant sur une obligation de résultats plus que de moyens, est en effet de laisser le dialogue se nouer sur des éléments complexes du contrat tels que la répartition des risques entre les cocontractants, qui sont des points déterminants pour la rentabilité financière du contrat de partenariat.

Mais il faut souligner que l'intervention de l'organisme expert ne doit en aucune façon dispenser les personnes publiques de recourir aux prestataires spécialisés (notamment dans les domaines juridique et financier) dont elles ont besoin pour élaborer et négocier les contrats de partenariat, leurs rôles respectifs étant complémentaires.

Le cas particulier des collectivités territoriales

Les contrats de partenariat des collectivités territoriales sont soumis de même à l'obligation de procéder à une évaluation préalable. Cette évaluation, prévue à l'article

L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT), doit être effectuée avant le lancement d'une procédure de passation de contrat de partenariat, afin d'être présentée à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale, ou de l'établissement public.

En effet, c'est l'organe délibérant qui se prononce sur le principe du recours à un contrat de partenariat, au vu de l'évaluation qui est présentée.

Comme pour l'État, l'évaluation doit démontrer que les conditions juridiques pour le recours au contrat de partenariat sont réunies, sous l'un ou l'autre des deux aspects.

- Compte tenu de la complexité du projet, la collectivité territoriale, ou l'établissement public, n'est pas en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, ni d'établir le montage juridique et financier. Le recours au contrat de partenariat est alors le moyen de finaliser efficacement le projet, par rapport aux autres procédures habituelles.

- Le projet présente un caractère d'urgence telle qu'un contrat de partenariat mettant en œuvre le savoir-faire et les méthodes de conduite de projet du secteur privé constitue la réponse la plus efficace. Enfin, dans l'un ou l'autre de ces cas, le rapport d'évaluation doit comporter tous les éléments d'appréciation permettant de démontrer à l'assemblée délibérante que le contrat de partenariat est en mesure de répondre aux besoins dans des conditions avantageuses pour la collectivité. Il doit avoir été établi après une analyse comparative, en terme de coût global, de performance et de partage des risques, des différentes options possibles, mettant en évidence les motifs économiques, juridiques et administratifs conduisant à privilégier le recours au contrat de partenariat, dans les conditions précisées ci-dessus.

Contrairement aux contrats de partenariat de l'État et de ses établissements publics, le recours à des organismes experts n'est pas obligatoire pour procéder à l'évaluation. De ce fait, rien ne s'oppose en principe, à ce que les services des collectivités territoriales, ou des établissements publics locaux, procèdent eux-mêmes à l'évaluation, ou à ce qu'ils recourent à des prestataires de service librement choisis.

Rien ne s'oppose non plus à ce que les collectivités territoriales et leurs établissements publics recourent aux services des organismes experts de l'État.

Cette liberté de choix résulte du principe de libre administration des collectivités territoriales.

Il va de soi, étant donné la complexité des sujets relevant des contrats de partenariat, que le recours à des spécialistes extérieurs aux collectivités territoriales est recommandé, pour des raisons d'objectivité et de technique pour l'élaboration de ces évaluations, nécessitant des compétences juridiques, comptables, financières, techniques que les prestataires de services spécialisés savent effectuer

de manière intégrée. Leur réalisation en interne dans une collectivité territoriale pourrait engendrer des surcoûts de réalisation qu'il n'est pas nécessaire d'ajouter au coût du contrat de partenariat lui-même.

De plus, ces spécialistes peuvent apporter, lors de la passation des contrats de partenariat, une mission globale d'assistance pour l'établissement, la négociation et le pilotage de ces contrats, auxquels les collectivités territoriales peuvent trouver intérêt.

La mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat

La promotion des contrats de partenariat s'accompagne, dans certains pays comme le Royaume-Uni, de la création d'organismes experts à l'échelon national et territorial, dont le rôle est d'apporter une assistance technique et de servir de plate-forme pour qu'il y ait partage des connaissances et du savoir-faire, mais aussi d'assurer une cohérence dans la pratique quotidienne des contrats.

En France, une mission d'appui a été créée par le décret du 19 octobre 2004. Placée auprès du ministre chargé de l'Économie et des Finances et dotée d'un comité d'orientation, elle a une vocation générale d'assistance et de conseil en apportant son concours lors des différents stades de la vie des contrats de partenariat : élaboration des rapports d'évaluation, de la négociation et de la conclusion, suivi de la vie des contrats en cours d'exécution. Elle intervient directement à titre obligatoire pour l'État et ses établissements publics ou sur demande d'autres personnes publiques intéressées.

En outre, elle établit et actualise le présent guide pour la conclusion des contrats de partenariat.

À ce titre, elle sera amenée à collecter et centraliser l'ensemble des informations nécessaires à la conclusion de ces contrats. Ces premiers retours d'expérience seront également nécessaires pour mettre à disposition des personnes publiques des pratiques éprouvées qui devraient permettre d'abaisser encore le coût d'un recours aux contrats de partenariat.

3 - LA PROCÉDURE DE PASSATION DES CONTRATS DE PARTENARIAT

Introduction

Il est important de rappeler ici que la personne publique, après la phase d'évaluation, doit se donner les moyens de mener une procédure efficace et respectueuse des principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats et de transparence.

Il convient que la phase de réflexion préalable et l'élaboration du programme fonctionnel soient menées avec une grande rigueur, afin, d'une part, d'éviter par la suite des modifications tardives génératrices d'allongement des délais, d'autre part de fournir aux candidats une information précise et fiable quant aux besoins et aux objectifs poursuivis par la personne publique pour permettre

un échange véritablement productif pendant le dialogue compétitif et/ou leur permettre de formuler leurs offres de façon satisfaisante.

En conséquence, il s'avère fondamental¹⁰ que la personne publique :

procède ou fasse procéder à des études approfondies de faisabilité et de programmation avant le lancement de la procédure : la description préalable des besoins et des attentes en termes qualitatifs et la justification des options possibles (en y incluant celles esquissées à la phase d'évaluation) permettront la définition précise des critères de sélection des concurrents et d'appréciation des offres, et la richesse des échanges ultérieurs ;

mette en place une organisation appropriée, associant diverses compétences au sein de sa structure ou à ses côtés, afin de maîtriser tous les éléments à négocier avec les groupements concurrents, puis pour garantir le suivi et le contrôle des engagements pris par le contractant : cette expertise devra pouvoir être assurée tant en matière architecturale et technique, que juridique, financière et économique tout au long du processus de mise en place du contrat global, puis de son développement ; assure la conduite et la maîtrise d'un calendrier offrant un temps suffisant pour que chaque étape du processus apporte sa plus-value à l'ensemble de la démarche.

De plus, il est également fondamental que la personne publique intervienne et exige de son partenaire qu'il agisse dans la transparence des procédures et des comptes.

Qui conduit la procédure ?

La procédure est conduite par l'autorité habilitée à engager la collectivité dans une relation contractuelle.

Dans le cas de l'État, il s'agit soit du ministre, soit d'un agent disposant d'une délégation de signature l'habilitant à signer un contrat. À la différence des marchés publics, il n'existe pas en matière de contrat de partenariat de « personne responsable du marché ». Tout comme pour la négociation et la signature d'une convention de délégation de service public, la procédure menant à un contrat de partenariat sera engagée par l'autorité compétente en raison des fonctions qu'elle exerce au sein d'un ministère, et qui peut varier selon l'objet du contrat. Il faut bien entendu insister sur l'absolue nécessité de faire gérer la procédure par un agent exerçant des fonctions d'un niveau élevé, qui aura la responsabilité de l'équipe de négociation.

Dans le cas d'un établissement public de l'État, les statuts de l'établissement désignent l'autorité habilitée à signer un contrat.

S'agissant des collectivités territoriales, l'assemblée délibérante autorise le lancement de la procédure, en se pro-

(10) Les enquêtes récentes menées en Europe attirent fortement l'attention sur le caractère fondamental de ces recommandations, en préalable à toute poursuite d'action de la part de l'autorité publique.

nonçant sur le principe du recours au contrat de partenariat, après avoir pris connaissance de l'évaluation du projet, qui devra démontrer l'intérêt d'un contrat de partenariat pour réaliser l'opération projetée.

Ce dispositif se distingue de celui prévu pour les marchés publics, dans lequel l'assemblée délibérante ne doit délibérer que pour autoriser la signature du marché, après la fin de la procédure, mais se rapproche de celui applicable aux dispositions qui prévoient l'intervention de l'assemblée délibérante pour décider du principe de recourir à la délégation de service public (DSP), puis pour finaliser le choix du prestataire.

Autre particularité, l'intervention d'une commission composée sur le modèle de celle concernant les DSP (chargée d'ouvrir les offres des prestataires et de donner son avis à l'assemblée délibérante). Cette commission présidée par l'autorité habilitée à signer, et composée de membres de l'assemblée délibérante, tient lieu de commission d'ouverture des plis. L'ordonnance prévoit expressément que la commission intervient à plusieurs niveaux :

d'une part, pour dresser la liste des candidats admis à participer à la procédure ;

d'autre part, chaque fois qu'un avenant supérieur à 5 % du montant initial du contrat est présenté par le contractant, la commission donne alors son avis à l'assemblée délibérante qui doit en autoriser la signature.

Dans ce contexte particulier, l'autorité habilitée à conduire la procédure pour les collectivités territoriales est aussi l'organe exécutif chargé d'exécuter les décisions de l'assemblée délibérante. Cet organe peut déléguer la conduite de procédure aux personnes habilitées :

au sein des communes (article L. 2122-18 et 19 du CGCT) aux adjoints, ou au directeur général des services, au directeur général adjoint, au directeur des services techniques ;

pour les départements et régions (L. 3221-3 et L. 4231-3 du CGCT), aux vice-présidents ou conseillers régionaux, ou enfin aux responsables des services du département ou de la région.

Avec qui est menée la procédure ?

Les candidatures peuvent, en théorie, être soumises soit par des entreprises individuelles soit par des groupements d'entreprises. C'est ce second cas qui devrait se présenter le plus souvent, compte tenu de la diversité et de la globalité des prestations attendues. Les entreprises sont évidemment libres de déterminer la forme du groupement qui les liera. L'autorité qui mène la procédure devra cependant veiller à ce que l'offre soit déposée soit par l'ensemble des prestataires concernés (opérateurs, constructeurs, établissements financiers...), soit par un mandataire dont les pouvoirs devront être soigneusement vérifiés, soit par une société de projet créée à cet effet.

Il faut noter que dans le cas de projets complexes faisant appel à plusieurs opérateurs spécialisés (ingénierie, construction, maintenance, services annexes, etc.), le contrat de partenariat sera très vraisemblablement signé par une société de projet constituée pour la circonstance et dont les actionnaires appartiendront aux groupes de ces opérateurs ou à certains d'entre eux (également appelés sponsors dans une terminologie anglo-saxonne). Néanmoins, il est vraisemblable qu'au stade de la soumission des offres, cette société ne sera pas encore constituée de sorte que l'avis d'appel public à concurrence devra prévoir (ou en tout cas ne devra pas interdire) la possibilité pour le groupement sélectionné de se substituer une société *ad hoc*. Les membres du groupement qui a déposé l'offre deviendront actionnaires de cette société de projet ou y seront liés par contrat.

Lorsque le marché des partenariats public-privé aura atteint un certain degré de maturité, on verra probablement se développer des sociétés spécialisées regroupant les compétences voulues (comme celles qui assurent la gestion d'hôpitaux ou d'établissements pénitentiaires au Royaume-Uni) qui seront alors en mesure de répondre directement et de façon autonome aux appels à concurrence concernant les contrats de partenariat.

Lorsque la procédure du dialogue est adoptée, l'autorité devra faire en sorte que l'ensemble des parties prenantes soit associé au dialogue, même si l'on peut concevoir qu'un mandataire soit désigné pour être l'interlocuteur privilégié de l'administration. Le jeu multiple de relations contractuelles que supposent les contrats de partenariat complexes implique en effet que le dialogue engage la totalité des prestataires, dont l'offre globale est façonnée progressivement au fur et à mesure des discussions.

Dans le cas où un projet serait spontanément présenté par un opérateur, la collectivité doit, conformément à l'article 10 de l'ordonnance, juger de son intérêt. Si cet examen conduit la collectivité à entreprendre de réaliser ce projet, elle doit lancer une procédure de mise en concurrence sans donner d'avantage particulier à l'auteur de la proposition, qui peut participer à la procédure s'il n'est pas visé par une clause d'exclusion, et présente les garanties techniques, professionnelles et financières suffisantes. En particulier, elle ne doit pas entamer avec lui un véritable dialogue sur le fond du projet et des montages qui lui sont associés au risque de s'engager dans ses choix futurs et de faire ainsi échec à la concurrence avant l'engagement de celui-ci.

L'expression des besoins de la personne publique

Contrairement par exemple aux marchés publics, il n'existe pas dans la procédure des contrats de partenariat de « programme » *stricto sensu*, mais un programme fonctionnel qui doit définir les besoins de la personne publique sans

préjuger des moyens techniques qui seront mis en œuvre pour y répondre.

Il sera utile également d'anticiper les coûts induits pour les candidats par la définition même du programme fonctionnel. Si le champ des possibles ou des incertitudes est trop vaste, le coût d'élaboration des propositions en sera augmenté, ce qui réduira la compétition. Par exemple, si la recherche du site optimum de réalisation de l'infrastructure est laissée aux candidats – ce qui peut être une option –, le coût de formulation des offres sera inévitablement accru, la personne publique ayant toutefois la possibilité d'indemniser les candidats non retenus.

Le choix de la procédure

L'ordonnance met deux procédures à la disposition des collectivités qui envisagent la conclusion d'un contrat de partenariat. La première est inspirée de la procédure du dialogue compétitif qui est introduite dans les nouvelles directives communautaires sur la passation des marchés publics. La seconde concerne les hypothèses d'urgence et reprend la procédure d'appel d'offres restreint. La phase de publicité et de sélection des candidatures leur est commune.

Le dialogue compétitif

Cette procédure de passation de contrats est issue des dispositions contenues à l'article 29 de la directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, complétées par le considérant n° 31 de la même directive. Le recours à la procédure du dialogue s'imposera chaque fois que la collectivité veut susciter l'initiative privée sur les moyens techniques, sur les montages juridiques ou le modèle financier envisageables. La collectivité pourra alors entreprendre des discussions avec les opérateurs candidats sur les contours du projet ainsi que sur le modèle économique du contrat. Il va de soi que cette procédure ne pourra pas être choisie pour des projets simples pour lesquels il n'existe pas une vraie palette de choix techniques ou encore si les choix financiers de la collectivité sont arrêtés par avance (sauf éventuellement en cas d'urgence, un tel projet ne répond pas aux exigences juridiques auxquelles est soumis un contrat de partenariat).

L'urgence

On doit préciser que la personne publique, dans l'hypothèse de l'urgence, peut soit recourir à l'appel d'offres restreint, soit, si les critères énoncés ci-dessus sont remplis, passer par le dialogue compétitif.

(11) Avis CES, 19 octobre 2000.

(12) COM (2004) 327 final.

(13) Livre vert de la Commission européenne sur les PPP.

Le cas innovant des offres spontanées

La question se pose dans le cas où une entité privée a conçu un projet d'intérêt général innovant susceptible d'intéresser la collectivité et qui suppose, pour sa mise en œuvre, un contrat de partenariat. Dans la mesure où la collectivité ne peut contracter avec ce partenaire qu'après mise en concurrence, il y a un risque que les entités privées ne soient pas incitées à identifier de nouveaux projets de peur de se les faire ravir par un concurrent. Cette préoccupation a d'ailleurs été soulignée par le Comité économique et social européen dans son avis sur «le renforcement du droit des concessions et des contrats de partenariat public-privé»¹¹ du 19 octobre 2000 mais également par la Commission européenne dans son «Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions»¹².

Cependant, quelle que soit la (ou les solutions retenues) par la collectivité publique pour inciter l'initiative privée, «il convient d'éviter que les avantages compétitifs donnés à l'initiateur du projet ne rompent l'égalité de traitement des candidats»¹³.

L'article 10 de l'ordonnance prévoit la possibilité d'offres spontanées, la procédure étant la même que lorsque c'est la personne publique qui prend l'initiative, ce qui implique donc que cette personne publique pourra décider ou non d'indemniser l'ensemble des candidats ou ceux dont les offres seront les mieux classées. Le respect de cette procédure implique évidemment de vérifier au préalable que l'auteur du projet sera autorisé à se porter candidat au regard des règles générales d'exclusion et de ses capacités propres.

Le déroulement de la procédure

Les points développés jusqu'à la page 65 sont communs que nous soyons dans une procédure d'appel d'offres restreint ou en dialogue compétitif à l'exception d'une remarque de vocabulaire. Dans le premier cas on parle «d'offres», dans le second de «propositions» pour caractériser les documents remis par les candidats.

Pour les collectivités territoriales, l'attribution du contrat est déterminée par l'article L. 1414-10 du CGCT.

C'est l'assemblée délibérante qui autorise la signature du contrat de partenariat par l'organe exécutif ou déclare la procédure infructueuse. Ces dispositions sont celles normalement prévues par le CGCT (L. 2122-21) qui dispose que sous le contrôle du conseil municipal, le maire est chargé, d'une manière générale, d'exécuter les décisions du conseil municipal.

Il en est de même des présidents de conseils régionaux et conseils généraux.

Le projet de délibération est accompagné d'une information destinée à éclairer les élus sur les incidences du contrat de partenariat sur les finances locales. Cette information doit porter obligatoirement sur le coût prévisionnel global du contrat, en moyenne annuelle, pour la personne publique, et l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la personne publique.

L'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de consultation

L'avis d'appel public à la concurrence qui marque le lancement de la procédure doit être publié dans une ou plusieurs publications de sorte que, en fonction de l'importance du projet, une véritable concurrence soit suscitée. Il peut renvoyer à un règlement de consultation pour la précision de certaines de ses mentions.

En pratique, il peut s'agir soit de publications professionnelles soit de revues généralistes, ou les deux à la fois, avec le souci d'une couverture suffisante, c'est-à-dire nationale, voire internationale. Cette publicité préalable est calquée sur le modèle des marchés publics.

Chaque fois que le montant, c'est-à-dire le coût total d'un projet pour la collectivité atteindra le seuil de 150 000 € HT pour l'État et de 230 000 € HT pour les collectivités territoriales, un avis devra être publié dans le Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) ainsi qu'au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), éventuellement complété par le document de consultation.

Cet avis et son règlement de consultation, le cas échéant, devront contenir une description complète des objectifs et des performances attendus du projet sans en négliger les aspects économiques et financiers. Il pourra indiquer, le cas échéant, que les discussions se dérouleront en phases successives, sachant que ce découpage en plusieurs phases est impératif si l'on souhaite éliminer au cours de la procédure des solutions insatisfaisantes.

En outre, un soin particulier devra être apporté à la définition des critères de sélection des candidatures et de choix des offres, sans perdre de vue que les critères de candidature ne peuvent porter que sur les capacités professionnelles et les garanties que présentent les opérateurs.

C'est dès le stade de l'avis d'appel public à la concurrence que la personne publique doit indiquer si elle a choisi la procédure d'appel d'offres ou celle du dialogue.

L'avis peut éventuellement fixer un nombre maximum de candidats autorisés à concourir, étant précisé que le nombre minimum doit être de trois dans le cadre du dialogue compétitif et de cinq dans le cadre de l'appel d'offres restreint, sous réserve qu'un nombre suffisant de candidats remplisse les conditions pour concourir. Dans tous les cas, il est impératif d'organiser une concurrence réelle entre les candidats, le nombre devra donc être choisi en adé-

quation avec le nombre d'intervenants possibles dans un secteur d'activité donné.

Enfin il est préférable, afin de solliciter le plus grand nombre de solutions, de faire figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence la possibilité d'indemnisation des candidats, si tel a été le choix de la personne publique, en précisant bien si tous les candidats seront indemnisés ou seuls ceux qui seront parvenus jusqu'à un rang de classement à déterminer au préalable ou ceux qui auront été invités à remettre une offre finale.

Délai de dépôt des candidatures

L'ordonnance prévoit pour le dépôt des candidatures un délai minimum de 40 jours à compter de l'envoi à publication de l'avis. Ce délai peut bien sûr être plus long, il doit être mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence. Les délais de présentation des candidatures et des propositions doivent être adaptés à la complexité des projets.

Il est en effet de l'intérêt à la fois des opérateurs et des collectivités que ces délais permettent une maturation suffisante des offres ou des propositions, qui dans bien des cas exigeront au préalable que les opérateurs qui se présentent groupés mènent entre eux des discussions élaborées.

Sélection des candidatures et remise des offres ou des propositions

La sélection des candidatures doit se faire exclusivement sur la base des critères, nécessairement précis, énoncés dans l'avis d'appel public à concurrence, ou éventuellement dans le règlement de consultation, sans qu'à ce stade une discussion s'engage avec les candidats.

Le décret pris en application des articles 3, 4 et 7 de l'ordonnance prévoit la liste exhaustive des renseignements et documents susceptibles d'être demandés à l'appui des candidatures. Cette liste est également calquée sur celle des documents et renseignements pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

La personne publique peut ne demander que certains des renseignements et documents figurant dans la liste, mais n'est pas autorisée à exiger des informations n'y figurant pas. L'article 3 du même décret précise que les candidats établissent à ce stade une déclaration sur l'honneur attestant qu'ils ne se trouvent dans aucun des cas d'exclusion à candidature mentionnés à l'article 4 de l'ordonnance.

Il conviendra de veiller à ce que la concurrence soit effective, sous réserve évidemment qu'un nombre suffisant de candidats remplisse les critères de sélection

Un candidat dont la candidature aura été écartée pourra, sur sa demande, obtenir de la personne publique communication des motifs de ce rejet.

Le dialogue compétitif

Au terme de la procédure de sélection des candidatures, la collectivité va engager un dialogue avec chaque opérateur ou groupement d'opérateurs dont la candidature aura été retenue dans le but de lui faire réaliser une première proposition. Il appartient à la collectivité de déterminer le délai à l'intérieur duquel cette première proposition devra être présentée, en tenant compte de la complexité du projet. Le dialogue a pour objet de permettre aux opérateurs d'affiner leur proposition, et à la collectivité de préciser son projet.

Il a lieu séparément avec chacun des opérateurs.

Le dialogue ne doit pas conduire à modifier les caractéristiques initialement présentées dans l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) dont les dispositions sur la nature du projet et les objectifs et performances attendues doivent demeurer intangibles. Sous cette réserve, le dialogue peut porter sur l'ensemble des aspects techniques, juridiques et financiers du projet.

Le dialogue n'est enfermé dans aucun délai prédéterminé. Au fur et à mesure qu'il se déroule, la collectivité doit constamment mettre en rapport les besoins qu'elle a initialement exprimés et l'adéquation à ces besoins des solutions dont les contours se précisent. C'est pourquoi il lui est permis d'éliminer en cours de dialogue des solutions dont il est clair qu'elles sont inadéquates, à condition que cette élimination soit faite sur la base des critères de sélection affichés dans l'avis d'appel à concurrence et éventuellement précisés dans le règlement de consultation, et à condition qu'il ait été préalablement spécifié dans l'AAPC que le dialogue s'effectuait en phases successives, la personne publique devant être à même de justifier cette éviction en cas de recours contentieux. À cette occasion, l'article 7 de l'ordonnance prévoit que la personne publique peut demander des clarifications, des précisions ou des compléments concernant les offres, ainsi que la confirmation des engagements qui y figurent.

En effet, lorsque la personne publique estime avoir identifié la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins, elle invite alors les candidats encore en lice à lui remettre une offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue (ces solutions pouvant ne pas être les mêmes pour les différents candidats), dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois. Une offre finale comportera au moins la présentation détaillée de l'offre technique, de l'offre de service et de l'offre financière.

Cette phase de la procédure est certainement la plus délicate. En effet, la directive 2004/18 du 31 mars 2004 précise qu'«en tout état de cause le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle». Il importe donc de maintenir jusqu'à ce stade une concurrence réelle, tout en utilisant des éléments issus du

dialogue, sans pour autant violer la protection des affaires ni avantager un des candidats en course. Ce d'autant plus que la personne publique, dans son invitation à remettre une offre finale, définit les conditions d'exécution du contrat, dont les clauses relatives à son évolution, et, éventuellement, précise sans en changer la teneur les critères d'attribution du contrat contenus dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de consultation. Toute la difficulté sera donc, lors de la précision des critères, de ne privilégier aucune offre parmi celles qui restent en compétition, et de ne pas donner aux candidats l'impression de voir leurs idées «pillées» au profit d'un autre candidat. Chaque candidat encore en lice tient compte des précisions éventuellement apportées par la personne publique et ne remet une offre que sur la base de sa propre solution afin de préserver son «savoir-faire». Il peut être également envisagé de demander à un candidat s'il accepte que son idée serve de base à la définition de la solution privilégiée pour l'offre finale et de déterminer les conditions de son acceptation.

La procédure d'appel d'offres

La procédure d'appel d'offres peut seulement être utilisée lorsque le projet présente un caractère d'urgence. Si la personne publique recourt à cette procédure, elle se doit de respecter les règles de publicité et de mise en concurrence organisées par le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004.

S'agissant des collectivités territoriales, la procédure est définie et codifiée très précisément aux articles L. 1414-8 et suivants du code général des collectivités territoriales. Les règles de transmission de candidatures, d'ouverture des plis, celles relatives aux lettres de consultation et à l'attribution du contrat sont classiques et n'appellent pas de commentaires particuliers, si ce n'est de prêter attention aux délais, différents selon que l'on se trouve face à une situation d'urgence ou pas. L'article L. 1414-10 détermine les compétences entre les différents organes des collectivités territoriales.

Contrairement aux collectivités locales, les règles de compétences internes à l'État relèvent des modalités d'organisation du service et la conduite de la procédure ne nécessite pas d'être décrite dans un texte réglementaire à l'instar de la réglementation en matière de délégations de service public. En particulier, les règles concernant la désignation des personnes responsables des marchés décrites dans le code des marchés publics ne trouvent pas ici à s'appliquer. Il est cependant nécessaire compte tenu de la nature pluridisciplinaire des contrats de partenariat que l'autorité habilitée à signer ce contrat s'entoure de tous les conseils nécessaires, éventuellement au sein d'une commission qui joue alors le rôle d'aide à la décision. Il est recommandé d'attacher un soin particulier à la composition de cette

commission qui peut faire appel à des compétences pluridisciplinaires. Elle peut être *ad hoc*, adaptée au projet envisagé, ou permanente.

Le décret du 27 octobre 2004 précité organise les éléments communs à la procédure de dialogue compétitif et à celle d'appel d'offres qui sont nécessaires aux principes constitutionnels et communautaires de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures.

Tout contrat de partenariat doit ainsi être précédé d'une publicité permettant une mise en concurrence effective. Au-dessus des seuils de 150 000 € (HT) pour l'État et de 230 000 € (HT) pour les collectivités locales, cette publicité s'effectue au JOUE et au BOAMP. En dessous de ces seuils, dans des hypothèses qui seront limitées compte tenu de la nature des contrats de partenariat, une publicité adaptée suffit.

Les avis ainsi publiés sont ceux fixés par arrêté du ministre chargé de l'Économie pour les marchés publics.

Les articles 2 et 3 du décret fixent la liste des seuls renseignements et documents que la personne publique peut exiger des candidats afin d'apprécier leurs capacités.

Enfin, si les modalités précises du déroulement de l'appel d'offres ne sont pas définies, il est bien entendu recommandé de suivre la procédure classique, c'est-à-dire de distinguer la phase d'établissement de la liste des candidats autorisés à présenter une offre et la phase de sélection des offres.

Le déroulement précis de ces deux phases pourra utilement s'inspirer de la procédure décrite par le code des marchés publics.

L'attribution du contrat

Le contrat est attribué, classiquement, au candidat qui a présenté « l'offre économiquement la plus avantageuse ». Il doit l'être bien entendu en application des critères définis par la personne publique, critères éventuellement précisés lors de l'étape de l'offre finale pour la procédure de dialogue compétitif. L'ordonnance prévoit une pondération des critères d'attribution ou, si cela s'avère « objectivement impossible », une hiérarchisation de ces critères.

L'offre « économiquement la plus avantageuse » ne signifie pas le prix le plus bas : l'article 29 de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 évoquée plus haut renvoie sur cette notion à l'article 53 de la même directive qui précise que les critères d'attribution des marchés, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, peuvent être, « par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, les services après-vente et l'assistance technique, la date de livraison... ». Il est rappelé toutefois que l'ordonnance prévoit que figurent nécessairement

dans les critères d'attribution le coût global de l'offre, des objectifs de performance et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des PME et des artisans ainsi que la qualité globale des ouvrages à réaliser lorsqu'il y a lieu.

L'ordonnance prévoit également une obligation dite de *stand-still*. La personne publique en effet doit, lorsqu'elle a fait son choix, informer les candidats encore en lice du rejet de leur offre et respecter un délai de dix jours entre la date de notification de cette information et la date de signature du contrat. Le non-respect de ce délai de dix jours emportera l'annulation du contrat.

L'ordonnance prévoit une obligation particulière de publication d'un avis d'attribution du contrat au Journal officiel de l'Union européenne. Le modèle devant être utilisé pour cet avis d'attribution est celui fixé par le ministre chargé de l'économie pour les marchés publics.

Enfin, il est rappelé que l'article L. 1414-10 du code général des collectivités territoriales prévoit des modalités particulières d'attribution du contrat.

L'indemnisation des candidats

En l'état, aucune disposition nationale ou communautaire n'impose, dans le cadre d'une procédure de dialogue compétitif, d'indemniser les candidats.

Toutefois, en fonction du niveau des prestations demandées par la personne publique, une telle indemnisation peut être justifiée dès lors que :

- elle permet, sans aucun doute, de favoriser l'accès au contrat et ainsi d'élargir la concurrence ;
- elle renforce les chances d'obtenir de meilleures offres sur le plan qualitatif ;
- elle réduit les risques de contentieux quant aux modalités de passation du contrat.

Quelle place pour la maîtrise d'œuvre ?

Les équipements publics et, en particulier, les bâtiments publics participent à l'identité de la ville, ils constituent des repères de celle-ci, ils assurent très souvent une fonction symbolique dans la vie de nos sociétés et constituent notre patrimoine culturel. L'architecture est d'intérêt public. Les valeurs d'usage et patrimoniale dépendent directement de la qualité de la conception et constituent donc l'enjeu fondamental de toute opération de construction.

Pour ces raisons, des responsables de collectivités publiques, lorsqu'ils font appel à des partenariats pour la construction et l'exploitation ultérieure de leurs équipements, pourront souhaiter conserver une entière liberté de choix du concepteur et du projet architectural. Ils pourront déterminer le meilleur projet architectural, puis consulter en contrat de partenariat, garantissant la qualité du projet et favorisant la transparence de la consultation, chaque

groupement répondant pour un même objet. Aussi a-t-il été expressément prévu dans le 1^{er} article de l'ordonnance que la personne publique, préalablement à la procédure de choix d'un partenaire privé, puisse garder tout ou partie de la conception des ouvrages en la confiant au concepteur qu'elle aura choisi en pleine responsabilité.

La personne publique peut aussi souhaiter s'en remettre au prestataire du contrat de partenariat pour mener à bien l'ensemble de l'opération, financement, conception, construction, maintenance, exploitation. La totalité de la conception de l'ouvrage sera alors confiée à l'équipe titulaire du contrat de partenariat dans les conditions définies à l'article 12 de l'ordonnance, la qualité architecturale, en tant que composante de la qualité globale des offres, faisant alors obligatoirement partie des critères d'attribution du contrat.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 2 décembre 2004, a validé l'ensemble de ce dispositif dans les considérants reproduits ci-après :

« 28. Considérant, en troisième lieu, qu'il ressort des termes mêmes de l'ordonnance que, si la personne publique peut confier tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire du contrat de partenariat, elle n'est pas tenue de le faire ; que, lorsqu'elle ne confie à ce titulaire qu'une partie de la conception, il lui est possible de faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'elle assume ; que, même lorsqu'elle confie toute la conception des ouvrages à son cocontractant, l'article 12 de l'ordonnance, dont les dispositions sont reprises à l'article L. 1414-13 du code général des collectivités territoriales, impose que les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural ; qu'en vertu des mêmes dispositions, doivent figurer, au nombre des critères d'attribution du contrat, la qualité globale des ouvrages et, parmi les conditions de son exécution, l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation ;

29. Considérant qu'en contribuant ainsi à préserver la spécificité de la fonction de maîtrise d'œuvre et la qualité architecturale des ouvrages, l'ensemble de ces dispositions assure, compte tenu des caractéristiques particulières des situations dans lesquelles est justifiée la conclusion d'un contrat de partenariat, le respect du principe d'égalité ».

Les cas où la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage pour tout ou partie de la conception

Pendant cette phase de conception préalable à la consultation du partenaire privé, la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, s'applique à l'exécution de la mission de base définie au 4^e alinéa de son article 7.

Pour le choix du concepteur, la personne publique applique les règles de la commande publique (selon les cas, code des marchés publics ou loi n° 91-3 du 3 janvier 1991). Elle organisera pour ce faire des concours d'architecture. Ceux-ci s'imposeront pour les bâtiments neufs importants. Une fois le concepteur choisi, la personne publique lui fera poursuivre la conception jusqu'au stade des études d'avant-projet, objet le cas échéant du permis de construire, qui seront intégrées dans le dossier de consultation des candidats au contrat de partenariat.

La personne publique pourra avoir prévu :

soit que le concepteur poursuive sa mission de maîtrise d'œuvre, selon des modalités (prestations, conditions de rémunération...) qu'elle aura définies préalablement, pour le compte du partenaire privé ou au sein du groupement titulaire du contrat de partenariat ;

soit que le concepteur reste à ses côtés en qualité d'assistant pendant la réalisation de l'ouvrage et sa mise en service par le partenaire privé. Dans tous les cas, il conviendra de prévoir des dispositions particulières tant dans le marché de maîtrise d'œuvre que dans le contrat de partenariat pour prendre en compte les spécificités de ce dernier.

Les cas où la personne publique confie la totalité de la conception au partenaire privé

Compte tenu de l'importance de la conception dans l'équilibre du contrat de partenariat et nonobstant le fait que la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique ne s'applique pas, il est apparu nécessaire, dans l'hypothèse où le contrat de partenariat comporte à la fois la conception et la construction d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages, de prévoir des dispositions particulières pour assurer le rôle des concepteurs (architecture, ingénierie...). Celles-ci sont prévues à l'article 12 de l'ordonnance. Il en résulte que :

l'équipe de maîtrise d'œuvre devra être identifiée clairement lors de la candidature ;

la qualité globale des ouvrages fait obligatoirement partie des critères d'attribution ;

l'offre comportera le plus souvent un projet architectural. Ce sera obligatoirement le cas pour tout contrat de partenariat comprenant la construction d'un bâtiment.

Le contrat précisera la composition et la qualification de la maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation. Les étapes de conception (avant-projet, projet) seront respectées dans leur enchaînement pour permettre les itérations successives nécessaires à l'optimisation du projet et la prise en compte des objectifs de conception, de réalisation et d'exploitation. Les tâches effectuées par le maître d'œuvre, notamment au titre du suivi de la réalisation jusqu'à la réception des ouvrages, seront précisément définies.

Enfin, conformément au dernier alinéa de l'article 7-I de l'ordonnance sur les contrats de partenariat, la personne

publique pourra, afin d'avoir des offres étudiées dans toutes leurs composantes, indemniser leurs auteurs. Cette disposition favorise par ailleurs l'élargissement de la concurrence.

La place accordée aux PME et aux artisans par le contrat

Les PME et les artisans peuvent comme toutes les autres entreprises concourir et emporter des contrats de partenariat. En outre, le législateur a estimé qu'en raison de leur durée et de la combinaison de multiples facettes, ces contrats devaient comporter des clauses permettant que, dans les faits et pas simplement en théorie, les PME et artisans soient associés à ces contrats.

L'article 8 de l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit parmi les critères d'attribution des contrats de partenariat conclus par l'État et ses établissements publics «la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans». La même rédaction figure à l'article L. 1414-9 applicable aux contrats de partenariat conclus par des collectivités territoriales et leurs établissements publics. L'appréciation reste à l'initiative du partenaire privé en fonction des caractéristiques du tissu économique local et du secteur d'activité.

Ces dispositions ont également été examinées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 décembre 2004 précitée et ont fait l'objet des développements suivants : «26. Considérant, en deuxième lieu, que l'article 8 de l'ordonnance prévoit que, parmi les critères d'attribution du contrat de partenariat, doit figurer la part de son exécution «que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans»; que l'article L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales, dans la rédaction que lui donne l'article 14 de l'ordonnance, comporte la même prescription; qu'au nombre des clauses devant figurer dans un contrat de partenariat sont mentionnées, aux termes du premier alinéa du f) de l'article 11 de l'ordonnance et de l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales, les «modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment... des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans»; que le second alinéa du f) des mêmes articles, qui doit être regardé comme visant les entreprises directement

chargées par le titulaire du contrat de partenariat de la construction des ouvrages et équipements, prévoit la constitution obligatoire, au profit de ces entreprises, d'une caution leur garantissant le paiement au fur et à mesure

de la réalisation des travaux, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la réception de ceux-ci; que, compte tenu des caractéristiques particulières des situations dans lesquelles est justifiée la conclusion d'un contrat de partenariat, l'ensemble de ces mesures assure le respect du principe d'égalité;

27. Considérant qu'en tout état de cause, aucune disposition de l'ordonnance ne fait obstacle à ce qu'une petite ou moyenne entreprise se porte candidate, notamment dans le cadre d'un groupement d'entreprises, à l'attribution d'un contrat de partenariat».

On entend par «petites et moyennes entreprises» les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas 250 employés et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas en moyenne sur les trois dernières années 40 000 000 d'euros. Ne sont pas considérées comme des petites et moyennes entreprises les entreprises dont le capital social est détenu à hauteur de plus de 33 % par une entreprise n'ayant pas le caractère d'une petite et moyenne entreprise.

Pour rendre effective l'obligation de contrôle par la personne publique de l'engagement du titulaire d'attribuer une partie du contrat à des PME et artisans, les articles 11, f), et L. 1414-12, f) de l'ordonnance du 17 juin 2004 imposent l'insertion dans le contrat de partenariat de clauses relatives :

«Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

En ce qui concerne les sous-traitants auxquels il est fait appel pour la construction des ouvrages et équipements, une clause fait obligation au titulaire du contrat de partenariat de constituer une caution leur garantissant le paiement au fur et à mesure de la réalisation des travaux, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la réception de ceux-ci».

Pour que l'accès des PME et artisans ne soit pas un vœu pieux, il convient que le titulaire communique à la personne publique : – lors de la signature du contrat de partenariat, l'identité de toute entreprise et notamment des PME et artisans retenus dès la phase de passation (identification - montant - délivrance de la caution, etc.); – en cours d'exécution, les mêmes éléments au fur et à mesure de l'intervention éventuelle de nouvelles entreprises, et notamment des PME et artisans.

La personne publique a un pouvoir de contrôle des conditions selon lesquelles le titulaire du contrat de partenariat fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat. Elle peut donc avoir des exigences en matière de

conditions d'intervention et de sélection des entreprises auxquelles le titulaire entend faire appel.

Par ailleurs, il est rappelé que le Conseil d'État a estimé dans sa décision précitée en date du 29 octobre 2004 que l'ensemble des mesures relatives à la protection des petites et moyennes entreprises: «qu'alors même qu'elles ne revêtent qu'un caractère indicatif, ces mesures satisfont, dans leur ensemble, aux exigences... de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003». Les articles précités de l'ordonnance prévoient également des dispositions pour garantir le paiement des sous-traitants auxquels le titulaire du contrat fait appel pour la construction des ouvrages et équipements.

Dans la décision précitée, le Conseil d'État précise que «pour l'application de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, à laquelle l'ordonnance n'a nullement pour effet de déroger, les entreprises chargées, par le titulaire du contrat, de la réalisation de tels travaux auront en principe la qualité, non de sous-traitants de la personne publique, mais d'entrepreneurs principaux».

En effet, avant d'expliquer le système de garantie de paiement pour ces sous-traitants, il convient au préalable de situer le «sous-traitant», au sens de l'ordonnance du 17 juin 2004, dans le cadre de l'architecture du dispositif. Il faut se placer sous l'angle de la personne publique. Ainsi, les entreprises qui interviennent à la demande du titulaire du contrat de partenariat sont perçues comme des sous-traitants.

Néanmoins, le titulaire du contrat de partenariat assurant la mission de maîtrise d'ouvrage, le schéma traditionnel maîtrise d'ouvrage/entreprise principale/entreprise sous-traitante n'est pas celui visé par l'ordonnance. Par conséquent, ces sous-traitants doivent être distingués de ceux qui sont définis par la loi n° 75 1334 du 31 décembre 1975. En effet, ceux visés par l'ordonnance contractent avec le titulaire du contrat de partenariat, lequel «assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser» (cf. art. 1^{er}, 2nd alinéa, et L. 1414-1, 2nd alinéa). Les sous-traitants de la loi de 1975 ne sont pas liés au maître de l'ouvrage, ils contractent avec une entreprise principale et bénéficient des dispositions protectrices prévues par cette loi.

Le propos de l'ordonnance concerne la protection des entreprises dites sous-traitantes liées au titulaire du contrat. Ce dernier a l'obligation de les payer dans un délai maximum de 45 jours au fur et à mesure de la réalisation des travaux et, au plus tard, à compter de la réception de ceux-ci. Il est important que les entreprises qui réalisent

les travaux bénéficient de paiements réguliers afin de ne pas risquer d'entraîner leur défaillance.

Le titulaire du contrat de partenariat est également tenu de constituer lors de la conclusion du contrat une caution d'un organisme financier leur garantissant le paiement des sommes dues.

Rien ne s'oppose par ailleurs à ce que cette obligation se cumule avec celle prévue par l'article 1799-1 du code civil à la charge d'un maître de l'ouvrage privé qui conclut un marché de travaux, sous réserve des conditions prévues par cet article.

Le contrôle juridictionnel de la passation

Dans un souci de transparence, il a été décidé d'appliquer à la procédure des contrats de partenariat la possibilité de recourir au référé pré-contractuel, ce qui constitue d'ailleurs une obligation communautaire dès lors que le contrat de partenariat est un marché au sens communautaire. Ce référé est établi par l'article L. 551-1 du code de justice administrative, complété par l'ordonnance relative aux contrats de partenariat et par la loi n° 04-806 (art. 153) relative à la politique de santé publique, et rédigé comme suit:

Art. L. 551 1 : Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public.

Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'État dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours.

Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'État, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen a été commise.

Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. Symétriquement, les dispositions de l'article L. 554-2 du code de justice administrative relatives aux modalités de suspension de certains actes pris en matière de marchés ou de délégations de service public sont étendues aux contrats de partenariat.

4 - ÉTABLIR DES RELATIONS CONTRACTUELLES FIABLES ET OPÉRATIONNELLES

Les clauses obligatoires

Introduction

Une des particularités du contrat de partenariat est de ne pas se référer à des cahiers des charges types, comme c'est le cas pour les marchés publics même si l'expérience permettra de dégager un corps de doctrine.

Toutefois, l'ordonnance a pris soin dans son article 11 de prévoir toute une liste de clauses obligatoires, dont l'absence sera considérée comme une cause de nullité du contrat. L'obligation porte sur l'existence même de la clause et son caractère effectif; toutefois une grande liberté est laissée aux contractants dans la rédaction des clauses obligatoires.

La durée

La durée du contrat doit être spécifiée.

La durée du contrat doit être établie en fonction de l'objet à réaliser, de la nature des services attachés au contrat en période d'exploitation et des modalités de financement du contrat.

Dans le cadre du dialogue compétitif on peut envisager de demander des offres sur la base d'une durée fixée par le secteur public mais de laisser la possibilité de soumettre une proposition sur la base d'une autre durée, plus courte ou plus longue.

Dans tous les cas, la durée du contrat proposée devra tenir compte des éléments suivants:

la durée de l'amortissement de l'investissement à réaliser et des cycles de gros entretien et de renouvellement; la durée du contrat doit être aussi proche que possible de la durée de vie de l'actif et de ses composantes afin d'optimiser les synergies de construction et de maintenance; à la durée nécessaire pour amortir les financements du projet et pour obtenir le juste retour des capitaux propres investis, calculé en fonction d'un taux de rendement déterminé à l'origine et considéré comme raisonnable; un contrat trop court obligeant à amortir le financement sur une durée nettement plus réduite que celle de l'actif financé est *a priori* pénalisant, tandis qu'au-delà d'une certaine maturité (environ 30 ans aujourd'hui) la disponibilité réduite des financements et l'augmentation marginale du taux d'intérêt qui en découle peut rendre dissuasif leur mise en place;

– la durée d'exploitation optimale

Il convient de prévoir à cet égard une durée suffisamment longue pour que l'organisation mise en place pour rendre

les services soit optimale (en termes de qualité et de productivité), et que l'exploitant ait la possibilité de maximiser le retour attendu des investissements et actions engagés durant la période de mise en œuvre.

La définition de cette durée doit également tenir compte de la nécessité de remettre en concurrence, à l'issue d'un délai à déterminer, l'objet du contrat, sachant que des mécanismes de révision du prix en fonction de l'évolution du marché peuvent aussi être prévus pendant le contrat.

À titre d'exemple, un contrat de partenariat comprenant la construction d'infrastructures ou de bâtiments à la durée de vie longue, couplée à des services relativement standards et aux coûts majoritairement assez prévisibles, pourra faire l'objet d'une durée longue (de 20 à 35 ans, voire exceptionnellement plus); en revanche un contrat portant sur des actifs à la durée de vie économique plus courte ou incertaine (ex: technologies de l'information), ou portant essentiellement sur des services, devront avoir une durée nettement plus courte (10 à 20 ans, voire moins).

Par ailleurs, pour certains investissements dont la durée de vie excède très sensiblement les 30 ou 40 années, tels certains investissements d'infrastructures, on pourrait imaginer que le contrat ait une durée de vie moins longue que celle des investissements mais que pour atténuer le coût de ceux-ci à répercuter dans la rémunération due, il soit prévu que soit versée en fin de contrat une indemnité correspondant à la valeur économique résiduelle dudit investissement.

Il est rappelé que la délimitation de la durée du contrat est une nécessité constitutionnelle lorsque le contrat emporte occupation du domaine public. En effet, dans sa décision n° 94-346 du 21 juillet 1994, le Conseil constitutionnel, saisi de la conformité de la loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, a relevé dans un de ses considérants que l'obligation de fixer la durée de l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public, et le fait que la durée cumulée ne peut excéder soixante-dix ans, constituaient une garantie de la protection due à la propriété publique.

Le contrat doit fixer les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre les contractants

L'optimisation du partage des risques est une condition déterminante de la réussite du contrat de partenariat. Il n'est pas question de transférer à tout prix le plus grand nombre de risques mais d'optimiser ce transfert en vue d'obtenir le meilleur rendement financier du contrat pour la personne publique (ce que les anglo-saxons appellent *best value for money* dans les contrats de PFI).

De plus, la répartition de certains risques (notamment les risques de construction, de demande et de disponibilité)

est déterminante pour apprécier la comptabilisation des engagements souscrits par la personne publique selon les normes Eurostat de Système européen de comptabilité (SEC).

Les points présentés pages 33 et suivantes proposent un mode d'analyse des risques (à noter que les clauses doivent être remplies, mais pas nécessairement toutes les lignes de la matrice, qui n'est pas obligatoire).

Le contrat doit comporter des objectifs de performance

L'article 11 c) de l'ordonnance est ainsi rédigé : « Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :

c) aux objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation ».

Ces objectifs de performance, qui varieront évidemment d'un contrat à l'autre, sont fondamentaux au regard du choix du recours au contrat de partenariat et de son suivi ultérieur. Une des raisons majeures de ce choix est en effet la qualité des prestations qu'on est en droit d'attendre de la conclusion d'un contrat global, compte tenu notamment du savoir-faire et des gains de productivité attendus du partenaire privé. Il est donc indispensable, pour la clarté et l'équilibre des relations contractuelles, que les performances attendues soient clairement définies et précisément quantifiées.

Deux types de performance peuvent être appréhendées concomitamment ou en substitution selon la nature du projet. Il s'agit des : – performances techniques mesurées en terme de qualité de service

rendu à la personne publique (notamment disponibilité de l'équipement) ;

– performances en terme de fréquentation des ouvrages et des services associés selon le principe du risque partagé. À ce titre, il ne s'agit pas, comme en délégation de service public, de transférer le risque de fréquentation vers le partenaire privé. L'opérateur privé assure une exploitation de service pour le compte de la collectivité. Il perçoit une rémunération qui peut comprendre un terme lié à un niveau de fréquentation conventionnellement indiqué.

À ce niveau est alors associé un mécanisme de bonus-malus, système de rémunération qui permet d'inciter le partenaire privé à produire des efforts pour accroître le niveau de fréquentation de l'ouvrage.

Le niveau de fréquentation est un objectif qui peut être fondamental pour certains projets, mais il doit toutefois être manié avec précaution, ce dit niveau pouvant dépen-

dre de paramètres extérieurs à la responsabilité du cocontractant.

De façon générale, les indicateurs doivent être mesurables de manière objective et ce pendant toute la durée du contrat. Le soin attaché à la rédaction de ces clauses est d'autant plus important que l'éventuelle non réalisation de ces objectifs commandera la mise en jeu éventuelle des pénalités prévues aux d) et g) de l'article 11.

Les modalités de rémunération du cocontractant

Rappelons la rédaction de la première partie de l'article 11 d) : « Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : d) à la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante... ».

La distinction dans le calcul de la rémunération de ce qui relève de l'investissement, du fonctionnement et du financement est fondamentale. C'est en effet l'opacité de la rémunération qui a été à l'origine des critiques faites aux marchés d'entreprise de travaux publics. Il s'agit ici au contraire de faire en sorte que la rémunération soit la plus transparente possible. Cette transparence va d'ailleurs dans le sens d'un financement facilité du contrat en rendant plus facile la cession isolée de la créance représentative du coût de l'investissement à des établissements de crédit dans les conditions posées à l'article 28 de l'ordonnance.

Pour la même raison, et pour une raison économique évidente, la rémunération pourra tenir compte des éventuelles recettes annexes que le partenaire privé est susceptible de tirer de l'exploitation de l'ouvrage ou équipement objet du contrat pour son compte propre, même si ces recettes restent privées. L'exemple souvent cité est la location de l'équipement faisant l'objet du contrat par le partenaire privé en dehors des périodes d'utilisation par la personne publique.

La date à partir de laquelle des paiements seront demandés à la personne publique est également un critère essentiel de la répartition des risques (selon par exemple que des paiements sont ou ne sont pas demandés en période de construction) et peut de ce fait influencer de manière significative la structure de financement.

Le contrat de partenariat peut en effet prévoir que la rémunération due par la personne publique est liée à la disponibilité de l'ouvrage. Il se peut que le versement débute à la « constatation » par la personne publique de la conformité de l'ouvrage à sa destination ou aux étapes techniques. Si tel est le cas général, l'ordonnance n'exclut pas

la possibilité d'une rémunération partielle durant la période de réalisation de l'immobilisation (qui pourra être considérée selon le cas comme une subvention d'équipement *ab initio* analogue à celle utilisée dans les concessions ou comme une avance sur les rémunérations futures de mise à disposition de l'ouvrage).

Les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), sous réserve que l'opération présente un intérêt local (communal, intercommunal, départemental ou régional), peuvent octroyer des subventions d'équipement à des organismes publics qui ont conclu un contrat de partenariat avec un opérateur privé.

La subvention d'équipement versée vient alimenter le budget général de la collectivité bénéficiaire. En application du principe de non-affectation des dépenses et des recettes, la subvention est libre d'emploi pour cette dernière qui peut choisir d'en reverser tout ou partie au tiers privé titulaire du contrat de partenariat sous forme de subvention *ab initio* ou d'avance sur sa rémunération future. Les deux parties peuvent par convention fixer la destination et les conditions d'emploi de cette subvention.

Les modalités de variation du contrat et les modalités de paiement

Les modalités de variation

La seconde partie de l'article 11 d) est ainsi rédigée : «... aux motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment aux conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation».

Pour les modalités de variation, il convient tout d'abord, de manière classique, de prévoir, s'il y a lieu, les conditions d'évolution «automatique» de la rémunération en fonction de la variation d'indices ou de taux d'intérêt reflétant l'évolution des coûts des différentes composantes de la rémunération. Mais il peut s'agir aussi d'essayer de prévoir et d'organiser les conséquences contractuelles de la variation de certaines données, tout en restant bien entendu dans le cadre des principes gouvernant les évolutions possibles d'un contrat administratif. En d'autres termes, pour un contrat dont la passation est réglementée, la variation autre que celle prévue dans le contrat ne doit pas entraîner de «bouleversement de l'économie» du contrat, selon la formulation jurisprudentielle classique, ce qui impliquerait alors de passer un nouveau contrat respectant, entre autres, les formalités de publicité et de mise en concurrence. Pour un contrat de longue durée, il peut donc être intéressant de s'entendre à l'avance sur les variations prévisibles du contrat, ce que l'article 11 prévoit en son point h :

«h) aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant».

Il faut ici rappeler que ces clauses «évolutives» doivent avoir été rendues publiques au cours de la procédure de dialogue, afin de respecter les conditions de publicité et de mise en concurrence. Ceci concerne par exemple le partage avec la personne publique des gains tirés par le partenaire privé d'un refinancement.

Le paragraphe 4 de l'article L. 1414-12 prévoit une disposition particulière pour les avenants aux contrats de partenariat passés par les collectivités territoriales ou leurs établissements publics.

En effet, tout projet d'avenant de plus de 5% est soumis à l'autorisation de l'organe délibérant, conformément à l'article L. 2122-21 du CGCT. Dans le cas particulier des contrats de partenariat, la commission prévue à l'article L. 1414-6 du CGCT (qui dresse la liste des candidats admis à participer au dialogue compétitif) est consultée et communique son avis

à l'assemblée délibérante. Cette commission qui dresse aussi la liste des candidats admis à participer au dialogue compétitif est composée :

de cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste, ainsi que de l'autorité habilitée à signer le contrat dans le cas d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département, d'une commune de plus de 3 500 habitants et d'un établissement public ;

du maire et de trois membres du conseil municipal élus à la représentation proportionnelle au plus fort reste dans le cas d'une commune de moins de 3 500 habitants.

Des suppléants sont élus suivant les mêmes conditions.

Les modalités de paiement du partenaire privé

Outre que la rémunération doit impérativement distinguer les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement (cf. page 11), l'ordonnance prévoit que l'éventuelle compensation entre les sommes dues par la personne publique à son partenaire privé, et celles dues par ce dernier à la personne publique au titre de pénalités ou de sanctions, doivent faire l'objet d'une compensation par la personne publique au moins une fois par an (ce qui ne fait pas obstacle à la possibilité de céder définitivement, sans compensation applicable au cessionnaire, une partie de la créance détenue par le titulaire du contrat et représentant une fraction des investissements dont la réalisation a été constatée par la personne publique).

Le principe de ces pénalités et sanctions est posé par l'article 11 g) en cas de manquement du cocontractant à ses obligations, notamment celles liées aux objectifs de performance évoqués page 10, qui doivent constituer le véritable fil rouge du contrat.

- Les comptables publics exercent les contrôles qui leur incombent conformément aux articles 12 et 13 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique. Dans le cadre de leurs contrôles, les comptables publics vérifient notamment la validité de la créance et s'assurent du caractère libératoire du règlement.

Le comptable doit donc disposer, comme pièce justificative du paiement, d'une copie du contrat exécutoire que lui fera parvenir la personne publique. Il exerce ses contrôles sur la base du contrat, car c'est celui-ci qui fixe les modalités de paiement et détermine les modes de calcul des sanctions et pénalités.

- La désignation du cocontractant revêt une importance particulière car les paiements ne peuvent être effectués, sauf en cas de cession de créances telle que définie ci-après page 84, qu'au cocontractant désigné dans le contrat, même si sa rémunération peut comprendre des éléments liés aussi bien à l'investissement qu'au fonctionnement ou au financement. La production au comptable assignataire de la copie d'un échéancier ou d'une annexe spécifique à l'exécution financière du contrat, faisant apparaître les montants normalement dus, leur périodicité, les dates des premier et dernier versements, est souhaitable car elle lui permettrait de procéder avec efficacité aux contrôles que lui imposent le règlement général de la comptabilité publique et la jurisprudence financière.

- La mise en œuvre des clauses relatives à l'exécution financière du contrat de partenariat peut conduire le titulaire à être redevable de sommes au titre de sanctions et pénalités.

Dans ce cas, le recouvrement est poursuivi selon les procédures de droit commun de chacune des collectivités publiques.

- Cependant, si le titulaire du contrat de partenariat cède sa créance, l'article 28 introduit une disposition spécifique visant à accorder une garantie de paiement au cessionnaire. Le contrat de partenariat peut, en effet, prévoir qu'une part de la rémunération, représentant une fraction du coût des investissements, est définitivement acquise au cessionnaire. Cette disposition est codifiée au code monétaire et financier, à l'article L. 313-29-1. La mise en œuvre de cette disposition, qui constitue une clause facultative, est soumise à quatre conditions :

cette clause doit être prévue au contrat ;

le contrat doit indiquer la part de la créance définitivement acquise ;

la personne publique doit constater avant paiement que les investissements ont été réalisés, ou que la tranche de travaux correspondant à la fraction de la redevance cédée est conforme au contrat ;

le titulaire doit avoir cédé sa créance en tout ou partie.

Sur cette part spécifique, définie au contrat dans les conditions et limites prévues à l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, le comptable ne peut donc exercer aucune compensation.

L'opposition à l'état exécutoire, émis dans le cadre de l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, n'a pas d'effet suspensif, dans la limite du montant de la part irrévocable. Dans le respect de cette limite, le comptable public doit donc poursuivre, par tout moyen approprié, le recouvrement des sommes qui seraient dues par le titulaire.

Les clauses relatives à la protection du domaine public et du service public

Lorsque le contrat de partenariat permet la construction d'ouvrages et d'équipements nécessaires au service public sur le domaine public de la personne publique cocontractante, deux précisions doivent être apportées :

lorsque le projet emporte, pour sa réalisation, l'occupation d'emprises du domaine public de la personne publique cocontractante, le contrat de partenariat vaut pour sa durée titre d'occupation du domaine public concerné ;

le titulaire du contrat dispose, sauf stipulation contraire de son contrat, d'un droit réel sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ce droit lui confère sur les équipements et ouvrages réalisés les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat destinées à garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

Ce dispositif s'applique au domaine public de l'État, des établissements publics de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, ainsi que sur celui des établissements publics de santé, et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique.

Par ailleurs, lorsque le contrat emporte occupation du domaine public de l'État, la détermination des conditions financières liées à cette occupation doit être effectuée en association avec la direction des services fiscaux du lieu de situation de l'emprise domaniale (service des domaines), comme en matière de concessions de service public.

L'article 11 de l'ordonnance prévoit que le contrat doit comporter obligatoirement des clauses relatives « e) aux obligations du cocontractant ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages et équipements au service public dont la personne publique contractante est chargée et le respect des exigences du service public ». Il

faut noter que cette disposition ne s'oppose pas à une utilisation mixte publique-privée des équipements.

Les exigences de la protection due à la propriété publique ont déjà été évoquées. Or l'affectation des biens à l'utilité publique (affectation aux besoins d'un service public ou à l'usage direct du public) est une des conditions essentielles de l'appartenance d'un bien au domaine public. Il faut donc veiller dans le contrat à rédiger des clauses permettant de garantir cette affectation. On retrouve d'ailleurs cette obligation à l'article 13 de l'ordonnance, qui prévoit la constitution de droits réels sur des ouvrages construits sur le domaine public « dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public ».

Le respect des exigences du service public fait essentiellement référence aux principes d'égalité, de continuité et de mutabilité. Il s'agit là encore d'une exigence constitutionnelle. Dans la décision du Conseil constitutionnel n° 94-346 du 21 juillet 1994 précitée page 12, on trouve en effet le considérant suivant :

« Considérant en sixième lieu que lorsque le droit d'occupation du domaine public résulte d'une concession de service public ou d'outillage public, l'article L. 34-5 prescrit en son second alinéa que le cahier des charges précise les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités du service public ». Le Conseil en tire la conclusion que cette garantie fait partie de celles qui sont de nature à assurer le fonctionnement des services publics.

On peut également ranger dans cette même rubrique les paragraphes j) et k) du même article 11, relatifs à l'organisation de la continuité du service public en cas de défaillance du cocontractant et aux conséquences de la fin du contrat, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages et équipements.

La nécessité d'assurer la continuité du service public en cas de défaillance ou de déchéance du cocontractant est évidemment un impératif pour lequel on ne peut pas se contenter d'affirmations de principe : il faut que, dès la phase d'évaluation préalable à la passation du contrat, à l'instar de ce que font les services publics britanniques dans la même situation, la personne publique ait réfléchi précisément à cette question pour déterminer les actions qu'elle devrait entreprendre immédiatement dans cette hypothèse. Le contrat doit être explicite sur les moyens qui devraient alors être mis en œuvre, le cas échéant aux frais du cocontractant privé.

Les modalités de contrôle

L'article 11 impose des clauses relatives : « f) aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocon-

tractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans. En ce qui concerne les sous-traitants auxquels il est fait appel pour la construction des ouvrages et équipements, une clause fait obligation au titulaire du contrat de partenariat de constituer une caution leur garantissant le paiement au fur et à mesure de la réalisation des travaux, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la réception de ceux-ci ».

Il est important de rappeler ici que la personne publique reste responsable du service public qui relève de sa compétence ; encore une fois, il ne s'agit pas d'une délégation de service public. Il convient donc de prévoir précisément les pouvoirs de la personne publique sur ce point.

Sanctions et pénalités

L'énumération de l'article 11 se poursuit ainsi :

« g) Aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de la part du cocontractant. »

La rédaction de ces clauses doit être équilibrée. Bien sûr, il s'agit d'inciter au respect, avant tout, des objectifs de performance ; toutefois, des pénalités disproportionnées pourraient avoir un effet contre-productif, le partenaire privé pouvant être enclin à délaisser l'aspect qualitatif pour se focaliser uniquement sur certaines données chiffrables ou des dates de livraison à respecter.

Il conviendra également de déterminer l'assiette de ces pénalités, c'est-à-dire la partie de la rémunération du partenaire qui pourra être affectée par ces pénalités. Une application brutale des pénalités à l'intégralité de la rémunération ne manquerait pas d'avoir des effets sur la « bancabilité » du contrat.

Une précision doit être apportée. Comme il a été vu ci-dessus, le h) de l'article 11 prévoit « des clauses relatives aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification des aspects du contrat ou à sa résiliation... ». Ceci n'entame en rien le pouvoir de résiliation unilatérale des contrats par l'administration, qui reste l'un des principes fondamentaux du droit administratif, et ne saurait être écarté par des stipulations contractuelles contraires. Les motifs d'une telle résiliation unilatérale doivent être d'intérêt général, en rapport avec l'objet du contrat, la partie privée ayant droit à l'indemnisation intégrale du préjudice subi et du manque à gagner.

Le contrôle sur la cession du contrat

Le i) de l'article 11 impose de prévoir les modalités de contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession par-

tielle ou totale du contrat. Ces dispositions se distinguent totalement de la cession de créance prévue à l'article 28 de l'ordonnance.

Afin de dissiper tout risque de confusion, il convient d'apporter quelques précisions sur le régime de la cession de contrat et du changement de contrôle du capital du cocontractant de l'administration.

Cession de contrat

• La cession d'un contrat concerne le transfert de ce contrat à une personne morale distincte du cocontractant initial qui est alors substituée au contractant en tous ses droits et obligations. Ainsi, le Conseil d'État a précisé¹⁴ que l'opération consistant en un « changement de propriétaire des actions composant le capital social, même dans une proportion très largement majoritaire » ne constitue pas une cession de contrat. En revanche, « la réalisation d'opérations de scission et de fusion, lorsque ces opérations aboutissent à la création de sociétés nouvelles [...] ou lorsque, à la suite d'autres formes de transmissions de patrimoines ou de cessions d'actifs, une société nouvelle se voit attribuer, en qualité de cessionnaire, [...] un contrat de délégation de service public » est une cession de contrat.

Dans l'avis précité, le conseil d'État a défini le régime de la cession des marchés publics et des délégations de service public. En tant que contrats administratifs conclus en considération de la personne, ce régime est applicable aux contrats de partenariat.

• La cession de contrat ainsi définie doit, même en l'absence de stipulation contractuelle expresse, faire l'objet d'une autorisation préalable de l'administration cocontractante.

Dans ce cadre, l'administration ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour refuser d'autoriser une cession de contrat. En effet, une telle opération ne peut être refusée que :

lorsque le cessionnaire pressenti ne présente pas les garanties techniques ou financières pour assurer la bonne exécution du contrat, la continuité du service public et/ou l'égalité des usagers ;

ou si la cession envisagée peut avoir pour effet de remettre en cause des éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial.

Le caractère préalable de l'accord peut faire difficulté quand le transfert du contrat d'une entité juridique à une autre s'inscrit à l'intérieur d'une opération d'ensemble, telle une fusion (si le titulaire initial du contrat est l'absorbé) compte tenu des règles légales très strictes sur la communication préalable à ces opérations dès que le groupe est coté (OPA...).

(14) Conseil d'État, avis, 8 juin 2000, n° 141654.

(15) Ni même sa réalité économique si le changement de contrôle est indirect.

(16) Conseil d'État, 31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, rec. p. 334.

• Précisons, enfin, que l'exigence d'une autorisation en cas de cession - et donc d'une appréciation préalable des garanties et compétences du cessionnaire - a pour corollaire l'absence de toute obligation de publicité ou de remise en concurrence à la charge de l'administration pour le choix du nouveau titulaire. Il faut également préciser que, conformément à l'avis du Conseil d'État précité, cette cession de contrat ne doit pas pouvoir être considérée comme une manœuvre ou un détournement de procédure dans le but notamment de contourner les règles de mise en concurrence applicables au contrat initial.

Changement de contrôle du capital du cocontractant

• Un changement de contrôle dans le capital du titulaire d'un contrat ne s'analyse pas comme une cession de contrat dans la mesure où il ne comporte pas de changement de la personne morale titulaire du marché. En pratique d'ailleurs, le changement de contrôle ne concerne le plus généralement qu'indirectement la collectivité, dans la mesure où la réalité économique de l'entreprise contractuelle¹⁵ (l'organisation, les hommes...) n'en est pas modifiée. En conséquence, l'autorisation préalable de la personne publique cocontractante à un changement de contrôle n'est en principe pas nécessaire.

Par ailleurs, aucun texte ni aucune jurisprudence n'impose au cocontractant de l'administration de l'informer systématiquement en cas de changement de contrôle de son capital.

• Toutefois, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État¹⁶ - rendue en matière de délégations de service public mais transposable aux contrats de partenariat - que la personne publique cocontractante peut prononcer, dans l'intérêt général, la résiliation unilatérale d'un contrat dès lors que les garanties techniques et financières au vu desquelles le contrat a été conclu ont été substantiellement modifiées. Dans l'arrêt « Téléphériques du massif du Mont-Blanc », c'est en se fondant sur le risque de conflit d'intérêts que pouvait entraîner la modification de la détention du capital du cocontractant que le Conseil d'État a validé la résiliation du contrat décidée par la collectivité locale. En pratique, une information (ou autorisation préalable) est parfois stipulée dans le contrat.

Comparaison entre ces procédures

Au total, les différences de procédures selon qu'il y a cession de contrat ou changement de contrôle du capital du cocontractant sont les suivantes : en cas de cession de contrat, une autorisation préalable de l'administration est en principe toujours nécessaire, y compris dans le cas où

le contrat ne la prévoit pas expressément (avis du Conseil d'État du 8 juin 2000); alors qu'en cas de changement de contrôle du titulaire, une simple information peut suffire, qu'elle soit ou non prévue par le contrat (jurisprudence Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc du 31 juillet 1996).

Bien que les cas dans lesquels la personne publique peut refuser l'autorisation (cession) ou provoquer la résiliation du contrat (changement de contrôle) soient les mêmes, les natures des opérations sont en réalité profondément différentes. La cession qui emporte substitution de contractants implique l'accord de la personne publique qui est une condition de sa légalité. Le changement de contrôle qui par lui-même n'a pas d'incidence directe sur l'exécution du contrat ne l'implique pas en principe: ce n'est que s'il est démontré que cette situation lui cause préjudice qu'il y a un droit de résiliation du contrat avec le plus souvent indemnisation du contractant.

Les modalités de prévention et de règlement des litiges et le recours éventuel à l'arbitrage

Le l) de l'article 11 dispose que le contrat fixe les modalités de prévention et de règlement des litiges. Il peut s'inspirer pour cela des pratiques éprouvées telles que le recours à un mécanisme d'expertise contradictoire ou à un comité paritaire de suivi, qui peut constituer une instance de conciliation dont la saisine est obligatoire avant toute procédure contentieuse ou arbitrale.

Ce même l) précise en effet que le contrat fixe les conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française. Il convient de souligner qu'il s'agit là d'une faculté (et non d'une obligation) offerte aux cocontractants qui devront décider au cas par cas de l'utiliser ou non, ainsi que de recourir aux techniques de médiation ou de conciliation. Le recours à un juge statuant comme arbitre résulte en effet de la convention des parties qui, soit avant tout litige (par une clause compromissoire), soit après la naissance du litige (par un compromis), s'accordent pour le faire régler par un ou plusieurs arbitres qu'elles désignent ou le cas échéant font désigner. Les dispositions correspondantes doivent en tout état de cause figurer dans le contrat initial.

L'environnement fiscal du contrat

Taxe foncière sur les propriétés bâties

Conformément à l'article 26 de l'ordonnance, les immeubles construits dans le cadre des contrats de partenariat et qui sont incorporés au domaine de la personne publique à l'expiration du contrat conformément aux clauses de ce contrat sont exonérés de taxe foncière sur les propriétés

bâties pendant toute la durée du contrat dans les mêmes conditions que celles prévues au 1° de l'article 1382 du code général des impôts.

Ainsi, l'exonération de taxe foncière sur les propriétés bâties des immeubles construits dans le cadre d'un contrat de partenariat est subordonnée au respect des trois conditions suivantes:

l'immeuble doit, à l'issue du contrat de partenariat, être incorporé au domaine de la personne publique;

l'immeuble doit être affecté à un service public ou d'utilité générale;

l'immeuble doit être non productif de revenus. Toutefois, si pour l'application des dispositions de l'article 1382-1° du code général des impôts, l'absence de revenus s'apprécie au regard de la collectivité propriétaire de l'immeuble, l'ordonnance précise qu'au cas particulier, cette condition s'apprécie au regard de la personne publique au domaine de laquelle la construction doit être incorporée.

Pour bénéficier de l'exonération de taxe foncière sur les propriétés bâties, le titulaire du contrat doit joindre à la déclaration des constructions nouvelles ou de changements de consistance ou d'affectation prévue à l'article 1406 du code général des impôts une copie du contrat et tout document justifiant de l'affectation de l'immeuble.

Les contrats de partenariat et la TVA

Pour l'application des règles de taxe sur la valeur ajoutée (TVA), les contrats de partenariat se distinguent des contrats de concession ou d'affermage dès lors que, dans le cadre de ces contrats, une personne morale de droit public ne peut en aucun cas déléguer un service dont elle a la responsabilité et conserve en tout état de cause la qualité d'exploitant du service.

- Situation du partenaire: Pour l'application des règles en matière de TVA, la situation du cocontractant est celle d'un prestataire de services de la collectivité publique puisqu'il fournit des prestations non pas aux usagers des services concernés, mais à la collectivité publique contractante.

Les prestations de service réalisées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel ne sont pas soumises de plein droit à cet impôt en application des dispositions de l'article 256 du code général des impôts (CGI) sauf exonération particulière.

À cet égard, le cas échéant, et selon la nature de la prestation fournie par le cocontractant à la personne publique, les dispositions prévues par le CGI en matière d'exonération sont susceptibles d'être mises en œuvre. Il en serait ainsi dans l'hypothèse où la prestation du partenaire privé se limiterait à une simple location d'immeuble nu¹⁷, l'option pour l'assujettissement à la TVA pouvant cependant être exercée dans les conditions prévues par l'article 260-1° du CGI.

(17) Ces exonérations sont prévues de manière limitative par le CGI conformément aux dispositions de l'article 13 B. de la sixième directive n° 77/388/CEE.

En matière de droit à déduction, le cocontractant de la personne publique exerce le droit à déduction de la TVA ayant grevé les dépenses supportées pour les besoins de ses opérations soumises à la TVA dans les conditions de droit commun prévues par l'article 271 du CGI.

À cet égard, pour ouvrir droit à la déduction, il importe que le coût de ces dépenses soit répercuté dans le prix des opérations soumises à la TVA par le partenaire privé.

- Situation de la personne publique

La personne publique n'est pas fondée à exercer le droit à la déduction de la TVA afférente à la prestation facturée par le cocontractant lorsque l'exploitation du service ne donne pas lieu à la perception de recettes soumises à la TVA.

En effet, pour ouvrir droit à déduction, une dépense doit avoir été supportée pour les besoins d'une opération soumise à la TVA et son coût doit être répercuté dans le prix de cette opération (CGI, article 271). Or, en application des dispositions de l'article 256 B du CGI, les personnes morales de droit public ne sont pas assujetties à la TVA pour l'activité de leurs services administratifs, sociaux, culturels et sportifs lorsque leur non-assujettissement n'entraîne pas de distorsions dans les conditions de la concurrence, et sous réserve des opérations limitativement énumérées par cette disposition et pour lesquelles l'assujettissement à la TVA est de plein droit.

Toutefois, l'article 260 A du CGI prévoit que les collectivités locales, leurs groupements ou leurs établissements publics peuvent être assujettis à la TVA sur option au titre de certaines activités ou de certains services énumérés par cette disposition.

En revanche, le cas échéant, lorsque l'exploitation du service par la personne publique est soumise à la TVA de plein droit ou à la suite de l'exercice de l'option, la collectivité peut exercer le droit à la déduction de la TVA afférente aux prestations réalisées par le cocontractant privé dans les conditions de droit commun exposées ci-dessus.

Éligibilité au FCTVA

Afin d'éviter que le recours aux contrats de partenariat ne se traduise par des distorsions fiscales par rapport au recours à d'autres types d'outils juridiques comme les marchés publics, l'ordonnance du 27 juin prévoit l'éligibilité au FCTVA des contrats de partenariat sous certaines conditions :

l'assiette prise en compte chaque année pour l'attribution du FCTVA est la rémunération annuelle correspondant à l'investissement réalisé par le cocontractant (hors coût financier). Cela signifie que cette part de la rémunération globale devra être clairement identifiable dans les documents budgétaires de la personne publique ;

le FCTVA ne peut être versé que si l'activité de service public concernée ne donne pas lieu déjà à récupération de la TVA par la voie fiscale. Il conviendra donc, avant tout demande au titre de FCTVA, de vérifier auprès des services fiscaux la possibilité de récupération de la TVA par la voie normale, en particulier pour les services publics d'intérêt communal ;

l'éligibilité au FCTVA est subordonnée au fait que l'équipement en cause intègre bien le patrimoine de la personne publique au terme du contrat, cette intégration devant être constatée dans les clauses du contrat. Dans le cas contraire, si à la fin du contrat, l'équipement ne revient pas dans le patrimoine de la personne publique, celle-ci reverse la totalité des attributions reçues ;

l'attribution de FCTVA reçue par le cocontractant est minorée du montant des subventions toutes taxes comprises versées éventuellement par l'État à la personne publique pour la réalisation de l'équipement. Cette règle se justifie par le fait que l'État n'a pas vocation à aider doublement la collectivité ou l'établissement public considéré, à la fois par les subventions versées TTC et par le FCTVA.

Le calcul de l'attribution et le versement des attributions de FCTVA sont effectués dans les conditions de droit commun définies par l'article L. 1615-6 du code général des collectivités territoriales.

La cession de créances

Favoriser le financement des contrats de partenariat à un moindre coût

L'un des enjeux majeurs de la réforme des partenariats public-privé réside dans la possibilité lors du dialogue avec les candidats de trouver une solution de financement optimale. Le financement par le marché des investissements publics est nécessairement plus coûteux que par un financement public classique. Selon la part représentée par l'investissement dans le coût total du projet, ce surcoût de financement pourra être plus ou moins important pour la personne publique. Il existe ainsi un enjeu majeur à jouer sur cette composante financière ; les mécanismes de cession de créances et de titrisation offrent une alternative pour abaisser ce type de coûts en renforçant la «bancabilité» des projets.

Les taux d'intérêt pratiqués par les financeurs du projet varieront en effet en fonction du degré de risques pris ; la cession irrévocable et non soumise à compensation diminue ce niveau des risques et impacte directement les coûts de financement du cocontractant et donc *in fine* le montant des loyers qui seront versés au cours du contrat¹⁸. Parallèlement, les titulaires du contrat trouvent ici une technique favorable de refinancement ; sur un plan comp-

(18) Le coût de financement associé à l'investissement peut ainsi représenter dans l'hypothèse d'un contrat de partenariat de 25 ans jusqu'à 30% du coût total des loyers.

table, ils pourront par ce procédé déconsolider une partie de l'actif et des dettes à hauteur du montant cédé.

Au-delà de l'avantage concédé au titulaire du contrat, la cession de créances doit donc être regardée par la personne publique comme l'un des facteurs supplémentaires d'abaissement des coûts globaux de l'opération.

Le cocontractant dispose toujours de la capacité de céder les créances qu'il détient sur la personne publique. À ce titre, il peut faire appel aux mécanismes classiques de cession de créances ou à la possibilité ouverte par l'article 28 de l'ordonnance du 17 juin 2004. Cet article crée en effet un mécanisme propre aux contrats de partenariat en aménageant les dispositions relatives à la cession de créances dites « Dailly » mieux à même de préserver les intérêts de la personne publique en favorisant la cession de créances dans des conditions optimales sans pour autant exonérer le cocontractant de ses obligations contractuelles.

L'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier dispose :

« En cas de cession d'une créance détenue sur une personne publique par le titulaire d'un contrat de partenariat, ce contrat peut prévoir que, pour une part de la créance cédée représentant une fraction du coût des investissements, les dispositions des articles L. 313-28 et L. 313-29 ne sont pas applicables. Dans ce cas, le contrat prévoit que la part de la créance mentionnée ci-dessus est, après constatation par la personne publique contractante que les investissements ont été réalisés, définitivement acquise au cessionnaire, sans pouvoir être affectée par aucune compensation. Le titulaire du contrat est tenu de se libérer auprès de la personne publique contractante des dettes dont il peut être redevable à son égard du fait de manquements à ses obligations contractuelles et, notamment, du fait des pénalités qui ont pu lui être infligées ; l'opposition à l'état exécutoire émis par la personne publique n'a pas d'effet suspensif dans la limite du montant ayant fait l'objet de la garantie au profit du cessionnaire. »

Il convient de remarquer que le recours à ce mécanisme : a un champ d'application limité aux seules créances représentant une part de l'investissement hors coûts de financement et cédées sur la base des articles L. 313-23 et s. du code monétaire et financier. Le caractère irrévocable de la créance ne peut être acquis qu'en cas de cession effective ;

implique à ce titre que la cession ne puisse avoir lieu qu'au profit d'un établissement bancaire ;

produit les mêmes effets qu'une cession Dailly acceptée par la personne publique sur la base du bordereau prévu à l'article L. 313-29 du code monétaire et financier. C'est-à-dire qu'elle rend intangible, pour les prêteurs du titulaire

du contrat de partenariat, la créance cédée. La personne publique ne pourra ainsi valablement se libérer qu'entre les mains du cessionnaire de la créance et ne pourra lui opposer les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le titulaire du contrat de partenariat. L'absence de compensation possible crée dès lors une obligation de payer, à la charge de la personne publique, l'intégralité du montant de la créance cédée ;

ne dispense pas de la notification de la cession au comptable public assignataire de la dépense en application du décret du 29 décembre 1962¹⁹. L'information donnée au comptable public doit comporter tous les éléments nécessaires à l'identification de la créance et toute date permettant de définir les priorités en cas de multiples oppositions. Cette information doit également permettre au comptable de s'assurer que la part irrévocable cédée est conforme aux termes du contrat. L'irrévocabilité de cette part n'est acquise que lorsque la personne publique a constaté la réalisation des investissements. La personne publique doit donc attester au comptable public qu'elle a établi ce constat. L'information relative à la cession de créances définie à l'article L. 313-29-1 est faite au comptable assignataire désigné dans le contrat, par tout moyen permettant de donner date certaine (lettre recommandée avec accusé de réception, exploit d'huissier). Elle comprend la qualité du comptable assignataire, du cédant, du cessionnaire, la date de l'acte emportant cession de la créance, les éléments principaux du contrat de partenariat (parties contractantes, date de signature du contrat, son objet et l'article du contrat fixant le montant de la part irrévocable en cas de cession), le montant de la créance cédée et plus particulièrement la part de la créance cédée en application de l'article L. 313-29-1.

L'une des principales différences avec le régime de cession Dailly de droit commun est en fait de ne pas en retenir le formalisme (bordereaux de notification et acceptation) en lui préférant un système d'acceptation initiale de la cession, mieux à même de stabiliser les schémas de financement retenus à la conclusion du contrat de partenariat. Ces hypothèses pourront être étudiées dès la phase d'évaluation préalable, et discutées avec les candidats au cours de la procédure afin de trouver les conditions les plus favorables de financement du projet. Il appartiendra ainsi à la personne publique qui envisagerait de recourir à ce mécanisme de mettre en évidence les gains significatifs sur le coût de financement qui pourraient en résulter.

Il s'agit en fait d'optimiser *ab initio* le coût de financement de l'opération, dans la mesure où les conditions d'exercice de la cession seront connues entre les parties dès l'origine. Le mécanisme d'acceptation mis en œuvre par la cession,

(19) L'article 36 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique dispose en effet que « toutes oppositions ou autres significations ayant pour objet d'arrêter un paiement doivent être faites entre les mains du comptable public assignataire de la dépense ».

selon la procédure de l'article 28, ne doit donc concerner qu'une part du revenu tiré de la réalisation de l'ouvrage, ce montant étant déterminé au cas par cas au regard : de son intérêt financier (baisse du coût de financement et donc du loyer dû par la personne publique) ; des risques liés à l'ouvrage et donc des critères de disponibilités que la collectivité souhaite obtenir et la capacité du cocontractant à les satisfaire.

Si le principe d'une cession de créances est envisagé par la personne publique, elle devra faire figurer au sein du rapport d'évaluation, y compris dans sa version succincte lorsque l'urgence est constatée. En tout état de cause, l'optimum recherché devra prendre en compte les différentes hypothèses de transfert de risque et en présenter les différentiels de coûts de financement dans chacune d'entre elles.

Maintenir le partenaire en risque

Le contrat de partenariat est par nature un contrat global dans lequel les risques d'assemblage entre les différentes phases d'un projet (conception, réalisation, maintenance et exploitation technique) sont renvoyés au partenaire sur la durée au travers de mécanismes de paiement « performanciers ». Au sens de l'ordonnance sa rémunération « peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant ». Or, d'une manière générale, la cession de créances qui ne pourrait être sujette à compensation rompt ce lien entre la bonne exécution du contrat et le montant des loyers versés. Bien que le cédant ne soit pas soustrait à ses obligations contractuelles, l'effet de la cession est bien de ne plus faire dépendre une partie de la rémunération de la performance globale du cocontractant dès lors qu'elle fait l'objet d'une rémunération directe auprès de l'établissement bancaire cessionnaire. La part de la rémunération en risque (incluant l'investissement, le financement et le fonctionnement) pour le cocontractant diminue en effet à hauteur des créances cédées. La personne publique perd ainsi une partie de sa capacité à infliger des pénalités à défaut de mécanismes contractuels en garantissant le bon recouvrement. Cela résulte de la renonciation aux exceptions d'inexécution et au principe de la compensation.

L'ordonnance ne fixe pas de limites au montant des pénalités pouvant sanctionner la sous-performance du cocontractant. Il appartient dès lors au contrat de définir le régime des pénalités en fonction notamment de la part respective de l'investissement et des services dans la rémunération du cocontractant, et des risques effectivement transférés, en veillant à ce que ces pénalités restent proportionnées aux défaillances constatées.

Pour inciter le partenaire privé à maintenir ce niveau de performance dans la durée, il convient que le revenu qu'il

obtient de la mise à disposition de l'ouvrage ne soit pas dissocié de celui obtenu des fonctions de maintenance et d'exploitation technique. Le mécanisme de cession de créances prévu par l'article 28 de l'ordonnance introduit ainsi plusieurs aménagements originaux aux cessions Dailly :

- L'acceptation de la cession figurant dans le contrat est conditionnelle. La mise en place de la cession est en effet liée à la vérification de la réalisation effective de l'ouvrage conformément au contrat. Elle pourra tout aussi bien être liée au respect du délai de livraison ou à l'atteinte au moment de la cession, d'un niveau de performance conforme aux objectifs sur lesquels le partenaire privé s'était engagé lors de la conclusion du contrat de partenariat. Dans tous les cas, elle ne pourra intervenir avant la réalisation des investissements : l'applicabilité de toute stipulation relative à la cession est conditionnée par l'entrée en jouissance des investissements concernés par le contrat.

- Le montant cessible est limité. Cette limite est fixée par l'article L. 313-29-1 à une « fraction du coût des investissements », hors frais financiers. Il s'agit en fait de ne pas engager la personne publique au-delà de ce qui serait normalement dû dans le cadre d'un contrat en maîtrise d'ouvrage publique ou en application de la théorie de l'enrichissement sans cause. On peut admettre en effet qu'une fraction du coût des investissements puisse être cédée : il serait anormal que la personne publique soit amenée à payer, au travers des loyers, une « surprime » liée aux coûts de financement pour quelque chose qui serait dans tous les cas due. Ce montant doit être prévu par l'une des stipulations du contrat ; il doit être strictement inférieur à 100 % du coût de l'investissement tel qu'il est identifié en application de l'article 11 d) de l'ordonnance. Pour ne pas affecter l'allocation des risques, il ne devra normalement pas excéder la part des loyers cumulés qui n'est pas susceptible d'être concernée par les pénalités potentielles à leur montant plafond (sauf autres garanties du paiement de ces pénalités).

- Les pénalités ont un caractère automatique dans la limite du montant des créances cédées et le cocontractant doit pouvoir en répondre directement auprès de l'administration. Dans cette hypothèse l'article L. 313-29-1 prévoit ainsi que dans cette même limite, l'opposition à l'état exécutoire n'a pas d'effet suspensif, alors qu'il est admis en procédure administrative contentieuse que les recours dits « oppositions à exécution » et contestant l'existence, le montant ou l'exigibilité des états exécutoires ont un effet suspensif²⁰. Ce dispositif a vocation, malgré la cession de créances, à laisser une part de risque substantielle au cocontractant. C'est-à-dire que ce dernier doit à tout moment être en mesure de faire face à des pénalités qui dépasseraient le montant des loyers qui lui sont ver-

(20) Voir au-delà des textes applicables : CE, 18 juin 1985, commune des Angles, recueil Lebon, page 194.

sés suite à une cession de créances. Cette capacité devra ainsi être traduite au niveau de la structure financière du cocontractant (fonds propres notamment) ou par tout autre moyen qui serait prévu au contrat.

Il faut dans ce cadre noter qu'une cession de créances « acceptée par bordereau » qui s'inscrirait dans le régime de droit commun des cessions Dailly ne présente pas le même niveau de protection des intérêts de la personne publique et pourrait rentrer en contradiction avec les principes qui animent les contrats de partenariat. Le bénéfice financier de la cession ne serait pas partagé avec la personne publique et profiterait au seul cocontractant, sachant qu'un éventuel optimum aurait déjà été trouvé lors de la signature du contrat. De plus, si la cession porte sur une part supérieure à celle mentionnée à l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, la portée du contrôle que la personne publique exerce sur le titulaire du contrat s'en trouverait mécaniquement affaiblie. Une cession complémentaire de créances reviendrait en effet à « retransférer » l'essentiel des risques à la personne publique. Dans ce cas, la personne publique serait amenée à supporter un risque dont elle a déjà payé le transfert tout en diminuant l'incitation à la performance du cédant.

Il convient également d'attirer l'attention sur les effets comptables possibles d'une telle cession qui pourraient notamment amener la personne publique à réintégrer l'actif dans ses comptes si l'analyse des principaux risques et critères retenus par Eurostat (risques de construction, de disponibilité et de demande) n'a pas permis de livrer de conclusions claires quant à la classification de l'actif. Ce devrait plus particulièrement être le cas dans l'hypothèse où la cession équivaldrait à « retransférer » une part trop importante de risques à la personne publique.

Ainsi, si des cessions complémentaires ne sont pas exclues *a priori*, il est recommandé que celles-ci soient opérées aux risques des cessionnaires, c'est-à-dire sans acceptation de la personne publique sur le fondement de l'article L. 313-29²¹.

Pour mémoire, les cocontractants des personnes publiques peuvent mobiliser leurs créances en utilisant alternativement et parfois cumulativement les techniques suivantes :

cession de créances ordinaires régie par les articles 1689 et suivants du Code civil ;

(21) L'article L. 313-29 dispose que « sur la demande du bénéficiaire du bordereau, le débiteur peut s'engager à le payer directement : cet engagement est constaté, à peine de nullité, par un écrit intitulé : « Acte d'acceptation de la cession ou du nantissement d'une créance professionnelle ». Dans ce cas, le débiteur ne peut opposer à l'établissement de crédit les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau, à moins que l'établissement de crédit, en acquérant ou en recevant la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur. »

(22) Cf. C.E., 21 juin 1999, Banque populaire Bretagne-Atlantique, recueil Lebon page 306.

(23) Il convient de noter que, concernant les collectivités territoriales, cette acceptation doit faire l'objet d'une délibération de l'assemblée.

(24) Cf. Cass. Com. 2 juin 1992. Bulletin Civil IV n° 215 : voir en outre l'interprétation doctrinale quasi unanime sur l'acceptation conditionnelle et en particulier : R. CABRILLAC et B. TEYSSIE in R.T.D. Com. 45.4. oct. déc. 1992, page 841.

(25) Jurisprudence qui semble transposable au cas où le débiteur cédé est une personne publique ainsi qu'il ressort des conclusions explicites en ce sens de G. LE CHATELIER sur CE, 25 juin 2003 in AJDA 29 septembre 2003, page 1729.

cession de créances fondées sur les articles L.214-43 et suivants du Code monétaire et financier ;

cession de créances Dailly « notifiée » auprès du comptable public assignataire de la dépense, cette notification ayant pour effet d'interdire à la personne publique – débiteur cédé – de se libérer de sa dette contractuelle entre les mains du cédant. Il ne peut le faire valablement qu'auprès de l'établissement du crédit cessionnaire. Pour autant, dans une telle hypothèse, ce dernier n'a pas plus de droits que n'en a le cédant, et peut donc se voir opposer toutes les exceptions notamment de nullité, d'inexécution et de compensation que la personne publique tiers cédé aurait pu opposer au cédant²² ;

– cession de créances Dailly « acceptée » par l'ordonnateur de la personne publique²³, cette acceptation ayant non seulement pour effet d'obliger la personne publique à ne se libérer valablement de sa dette qu'auprès de l'établissement de crédit cessionnaire – à l'instar de la cession Dailly notifiée – mais aussi pour conséquence d'empêcher la personne publique débitrice d'opposer au cessionnaire les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant, et en particulier les exceptions d'inexécution et de compensation ;

– cession de créances Dailly avec « acceptation conditionnelle » selon le mécanisme admis par la Cour de cassation²⁴ et qui permet par exemple au débiteur cédé de conserver le bénéfice de l'exception d'inexécution si une telle condition figure dans l'acte d'acceptation même²⁵.

La convention tripartite

La convention tripartite, entre la personne publique, le titulaire du contrat et les tiers financiers, est dans nos pays voisins un élément juridique essentiel attaché aux contrats de partenariat, locaux ou étatiques. Ce type de convention est également fréquemment utilisé en France par les collectivités locales dans le cadre du financement de délégations de service public ou de baux emphytéotiques administratifs.

Il est souhaitable que les éléments contenus dans la convention tripartite soient connus lors de la signature du contrat.

Il peut être envisagé par souci de simplicité et de clarté d'intégrer cette convention dans le contrat.

Les buts essentiels recherchés dans la signature d'une convention tripartite sont :

- l'identification des tiers financiers dans le cadre du contrat de partenariat, lorsque ceux-ci sont les principaux bailleurs de fonds du projet;
- l'assurance que la personne publique a connaissance des sûretés accordées aux tiers financiers par le titulaire du contrat : cession de créances et cession ou hypothèque des droits réels notamment;
- la précision des devoirs d'information réciproques, les tiers financiers étant intéressés, tout comme la personne publique, aux performances du titulaire du contrat et à la pérennité du contrat de partenariat;
- la précision des droits et obligations des parties en cas de fin anticipée du contrat de partenariat ou en cas de force majeure afin d'assurer la continuité du service public : modalités de substitution du titulaire du contractant défaillant, de reprise des actifs par la personne publique, d'indemnisation directe des tiers financiers notamment.

Consolidation et déconsolidation de la dette publique

Remarque

Les normes évoquées ci-après ne concernent que la comptabilité nationale et sont issues des normes d'Eurostat. Elles ne s'imposent pas en l'état aux comptabilités générales des entités contractantes. Le Conseil national de la comptabilité (CNC) va engager des travaux de réflexion sur le traitement comptable des contrats de partenariat. Par conséquent, le traitement comptable de ces opérations chez les partenaires publics et privés ne pourra être précisé qu'à l'issue des travaux du CNC. L'ensemble de ces normes est ainsi susceptible d'évoluer dans un cadre tant national qu'international (travaux en cours à l'IASB [International Accounting Standards Board]).

Rappel des notions de consolidation et déconsolidation financières

Le contrat de partenariat recouvre une hétérogénéité de montages, qui vont de formules de location plus ou moins complexes d'actifs (ouvrages, équipements, etc.) préexistants ou non, spécifiques à l'usage du cocontractant public ou à l'inverse banalisées, à une simple externalisation du financement sur le modèle du crédit-bail.

L'enjeu du traitement comptable de ces montages, au regard des finances publiques, est de déterminer si le contrat de partenariat est « consolidant » (c'est-à-dire si la dette et le déficit publics s'accroissent du montant des tranches d'investissement réalisées par le partenaire privé indépendamment des versements annuels de l'État) ou « déconsolidant »

(seuls les paiements annuels de l'État viennent dégrader le déficit). Or, cette question du traitement comptable

d'un contrat, au sens de la comptabilité « maastrichtienne²⁶ », c'est-à-dire au regard des règles posées au niveau européen par le système européen des comptes économiques intégrés (SEC) et précisées par les recommandations d'Eurostat, soulève d'emblée deux difficultés :

- l'hétérogénéité des projets va conduire à apprécier différemment les règles de consolidation comptable (chez le cocontractant public) en fonction des caractéristiques du montage.

À titre d'illustration, le traitement « maastrichtien » d'un crédit-bail est clairement défini dans le cadre du manuel SEC ; à l'inverse le traitement d'une location avec option d'achat (LOA) requiert une analyse précise du contrat afin d'identifier précisément la répartition des risques entre les parties prenantes ;

- la deuxième difficulté trouve son origine dans le caractère novateur de la problématique.

Ainsi, Eurostat a-t-il publié récemment²⁷ un nouveau chapitre du Manuel pour le déficit et la dette publics relatif au traitement en comptabilité nationale des partenariats public/privé, au regard des critères établis par le SEC 95 et la procédure EDP (Excessive Deficit Procedure). Cette décision, ici reproduite dans ses grandes lignes, fait l'objet d'une analyse dans le présent guide.

Une fois posés ces préalables, le guide rappelle les règles de traitement afférentes aux montages les plus simples et propose des grilles de lecture pour les montages complexes - sous réserve d'analyses ultérieures, effectuées notamment par l'Insee.

Le traitement comptable afférent aux montages « complexes »

- Définition des montages complexes

La plupart des contrats de partenariat actuellement envisagés s'appuient sur des contrats se situant entre la location simple et le crédit-bail, souvent sous la forme de LOA, dont les paramètres (durée, montant du versement, garanties) déterminent le traitement comptable au regard du SEC 95. Ces contrats peuvent par ailleurs être accompagnés d'opérations de vente ou de titrisation, mais ces opérations sont à considérer distinctement en comptabilité nationale.

Ces montages complexes, désignés par Eurostat comme des « PPP assets », se caractérisent par les éléments suivants :

- le contrat s'étend sur plusieurs années (au moins quatre ou cinq ans²⁸) ;
- le partenaire privé (ou l'unité qu'il crée pour l'occasion) a déjà réalisé un certain nombre d'opérations commerciales au moment de la signature du contrat et continue à en faire pendant la durée de vie du contrat ;

(26) Ou comptabilité « nationale » dans la terminologie utilisée par l'Insee.

(27) Décision du 11 février 2004.

(28) Évaluation de la direction du Budget sur une base prudentielle. Cependant, aucune durée minimale n'est à ce stade précisée par Eurostat.

- le contrat concerne un ou plusieurs biens en particulier qui serviront directement à la fourniture d'un service dans les conditions de volume et de qualité précisées dans le contrat;
 - les biens concernés par le contrat de partenariat doivent impliquer une dépense d'investissement pour le partenaire privé, soit parce que le bien n'existe pas, soit parce qu'il doit être rénové, modernisé ou amélioré de manière significative. Cette deuxième possibilité est susceptible de s'appliquer aux biens déjà en possession de l'État;
 - le contrat doit concerner une branche d'activité dans laquelle l'État a habituellement un vaste degré d'implication (essentiellement la fourniture de biens publics, la couverture sociale, le développement régional, la sécurité et la justice);
 - le contrat spécifie que l'État sera l'acheteur principal du service fourni par le partenaire privé.
- Ces conditions ne signifient pas qu'il n'existe pas d'autres types de contrat de partenariat mais caractérisent les contrats pour lesquels le traitement «maastrichtien» ne procède pas mécaniquement de la lecture du SEC 95.
- Règles applicables au traitement comptable de ces montages.

La décision publiée par Eurostat le 11 février 2004 fournit les clefs d'étude de ces montages complexes. Les critères de doctrine à examiner pour déterminer si un contrat de partenariat est consolidant ou déconsolidant reposent sur l'étude des risques supportés respectivement par l'État et le partenaire privé.

La logique de traitement d'Eurostat consiste à s'interroger sur trois grands types de risques. Si ceux-ci sont supportés en majorité par le partenaire privé, alors le montage contrat de partenariat sera jugé «déconsolidant» au regard des finances publiques. Si, à l'inverse, la lecture du contrat conduit à faire pencher la balance des risques du côté du partenaire public, l'actif sera intégré comptablement à son bilan.

Les trois grands risques à analyser sont:

- le risque de construction²⁹

Il couvre la date de mise à disposition du bien, la certification de celui-ci, l'accroissement non prévu des coûts d'investissement, la déficience technique éventuelle ou tout élément externe négatif inattendu (pollution, bruits, vibrations);

- le risque disponibilité

Il couvre la mise à disposition d'un volume et d'une capacité d'utilisation du bien tels que définis dans le contrat initial, la maintenance et l'assurance³⁰ du bien en cas de sinistre; là encore, pour conclure que ce risque

est à la charge du partenaire privé, des pénalités importantes (représentant un risque financier pour le partenaire) doivent être prévues pour dédommager l'État le cas échéant;

- le risque de demande

Il prend en compte l'éventualité d'une demande moindre que celle prévue par le contrat pour l'utilisation des ouvrages ou équipements réalisés dans le cadre de celui-ci.

Pour qu'un contrat de partenariat soit déconsolidant, il est nécessaire que le risque de construction et le risque de mise à disposition ou le risque de demande soient supportés par le partenaire privé.

La décision d'Eurostat précise les modalités d'analyse de ces risques, en soulignant par exemple que:

- pour le risque de construction, «l'obligation de l'État de commencer à effectuer des paiements réguliers à un partenaire sans tenir compte de l'état effectif des actifs est la preuve que l'État supporte la majorité des risques de construction»;

- pour le risque de disponibilité, «l'État est réputé ne pas supporter un tel risque s'il lui est permis de réduire de façon significative (à titre de pénalité) ses paiements périodiques, comme tout client normal pourrait l'exiger dans un contrat commercial. Les paiements publics doivent dépendre du degré effectif de disponibilité fourni par le partenaire durant une certaine période de temps. Mais l'application des pénalités lorsque le partenaire fait défaut sur ses obligations de services doit être automatique et doit également avoir un effet important sur les recettes/profits du partenaire, et ne pas être purement *cosmétique* ou symbolique»;

- pour le risque de demande, «ce risque ne doit couvrir qu'une modification de la demande ne résultant pas d'une qualité inadéquate ou faible des services fournis par le partenaire [...] Le gouvernement sera réputé assumer le risque lorsque celui-ci est obligé de garantir un niveau donné de paiement au partenaire indépendamment du niveau effectif de la demande exprimée par l'utilisateur final, rendant sans effet les fluctuations du niveau de la demande sur la rentabilité du partenaire».

Dans le cas où cette grille d'analyse ne permettrait pas de livrer des conclusions claires, Eurostat prévoit que l'étude d'éléments supplémentaires emporte la décision et cite notamment la nature des acteurs, l'importance du financement public, l'effet des garanties publiques ou les provisions relatives à l'attribution finale des actifs.

Outre ces critères, la comparaison entre durée de vie économique de l'actif et durée du contrat reste pertinente: un actif ne représentant plus une valeur écono-

(29) Pour apprécier ce risque, l'État doit être en mesure de vérifier que le partenaire privé remplit les exigences du contrat passé; sinon, l'État doit bénéficier d'un ajustement des loyers payés qui ne soit pas marginal.

(30) Il est utile de préciser, le cas échéant, que le montant des garanties apportées éventuellement par l'État pour couvrir le projet auprès des établissements financiers doit également être d'ampleur réduite.

mique significative au terme du contrat de partenariat n'a normalement pas vocation à être classé dans le bilan du partenaire.

Dispositif comptable et budgétaire transitoire applicable aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics

S'agissant des collectivités et établissements publics locaux et dans l'attente des résultats de la réflexion conduite par le CNC, les précisions suivantes peuvent être apportées pour le paiement des premières rémunérations des partenaires privés (les comptes actuels des nomenclatures sont utilisés, ils feront l'objet d'une actualisation ultérieure si nécessaire) :

- la partie de la rémunération représentant un coût de fonctionnement s'impute au compte de charge 611³¹ (mandat en section de fonctionnement) ;
- la partie de la rémunération représentant un coût de financement s'impute au compte de charge 6618 (mandat en section de fonctionnement) ;
- la partie de la rémunération représentant un coût d'investissement s'impute au compte d'actif 2764³² (mandat en section d'investissement). Elle est, le cas échéant, éligible au FCTVA dans les conditions fixées par l'article L1615-12 du CGCT.

Par ailleurs, l'engagement pluriannuel pris par la collectivité au titre d'un contrat de partenariat devra être traduit par le vote d'une autorisation de programme (AP) concernant la rémunération correspondant à l'investissement réalisé par le tiers. Pour les départements, les régions et leurs établissements publics, qui peuvent d'ores et déjà avoir recours aux autorisations d'engagement (AE) pour certaines dépenses de fonctionnement, la partie correspondant à la part de la rémunération imputée en section de fonctionnement devra également faire l'objet du vote d'une AE. Pour les communes et leurs établissements publics, qui ne peuvent pour l'instant recourir aux AE, l'engagement pluriannuel correspondant à la rémunération imputée en section de fonctionnement devra faire l'objet au minimum d'une retranscription dans l'annexe au budget prévue par les textes. Celle-ci retracera en effet l'ensemble des engagements de la collectivité au titre d'un contrat de partenariat.

Contrat de partenariat et assurances

La mission globale qui caractérise le contrat de partenariat induit la nécessaire identification des obligations et responsabilités qui pèsent sur les différents acteurs concourant à la réalisation de cette mission : celui (ou ceux) titulaire(s) du contrat de partenariat et directement lié(s)

à la personne publique, ceux intervenant indirectement, eux liés au(x) titulaire(s) du contrat de partenariat. La question corrélative pour chacun de ces acteurs est de connaître quelle est l'assurance des risques découlant de ses obligations et responsabilités.

- Les professionnels (maître d'œuvre, entreprises, techniciens...) liés au titulaire du contrat de partenariat sont redevables des responsabilités classiques imputables à tout professionnel qui construit. À ce titre, ils disposent déjà de solutions d'assurances, elles aussi traditionnelles.

Ainsi, après réception de l'ouvrage construit, ils sont tenus des garanties légales et de l'obligation d'assurance décennale (assurance des travaux de bâtiment), édictées par la loi du 4 janvier 1978 :

garantie de parfait achèvement, non couverte par l'assurance ;

garantie de bon fonctionnement (bâtiment uniquement) objet d'une assurance facultative, le plus souvent proposée dans les polices couvrant la responsabilité décennale ;
garantie décennale, couverte par une assurance obligatoire pour les seuls travaux de bâtiment.

En ce qui concerne les sous-traitants de ces professionnels, ils ne sont pas directement liés au titulaire du contrat de partenariat maître d'ouvrage et dès lors ils ne sont pas tenus par les dispositions de la loi du 4 janvier 1978. C'est le plus souvent par la voie conventionnelle que les questions de responsabilité et d'assurance sont traitées.

- Aux côtés des constructeurs et de leurs sous-traitants, sont aussi susceptibles d'intervenir d'autres prestataires de services ou fournisseurs. Ils encourent des responsabilités différentes, fonction des prestations qu'ils s'engagent à réaliser et disposent des mêmes assurances que celles aujourd'hui existantes.

- C'est donc le contrat de partenariat, qui par la fusion des missions et métiers classiques qu'il opère, crée une situation juridique et des risques nouveaux pour lesquels il n'existe pas de réponse standardisée en matière de couverture d'assurance.

Cette situation juridique sera rendue plus complexe par la réponse apportée par les principaux acteurs contribuant à la réalisation de cette mission globale (conception-réalisation-maintenance-exploitation).

En effet, la somme des obligations que peut traduire un contrat de partenariat pour son titulaire peut recouvrir celles :

- d'un maître d'ouvrage ;
- d'un maître d'œuvre ;
- d'une entreprise de travaux ;
- d'un propriétaire qui met à disposition un ouvrage ;
- d'un prestataire de maintenance ;
- d'un exploitant.

(31) Compte 6288 pour les comptabilités M21-22-31.

(32) Compte 2761 pour les comptabilités M21-22-31.

Qui plus est, le contrat de partenariat est supposé opérer un transfert de risques excédant le risque habituel attaché à chacune de ces fonctions. Enfin, il fixera des objectifs de performance réunis de façon inhabituelle sur un même acteur, celui qui conçoit, réalise, entretient et/ou exploite. Le marché de l'assurance, dont les produits actuels n'apportent que des réponses parcelaires à ce besoin global, va devoir développer des solutions sur mesure. Celles-ci seront fondées sur le contenu et l'organisation spécifiques de chaque contrat de partenariat, pour adapter, au-delà des garanties légales, les couvertures des garanties aujourd'hui proposées en matière de dommages aux biens, de responsabilités, et plus encore de pertes d'exploitation. Ce dernier aspect nécessite la réflexion la plus approfondie.

Les réflexions à ce titre pourraient porter sur l'étude de garanties d'assurance adaptées à la situation spécifique, telles que :

assurance de dommages directs et pertes d'exploitation pour couvrir l'éventuel préjudice du titulaire du contrat de partenariat en cas de sinistre (réparation de la chose sinistrée et, le cas échéant, sa perte d'exploitation) ;

– assurance des responsabilités : responsabilité civile (RC) délictuelle, quasi délictuelle et autres..., car le titulaire du contrat de partenariat peut devoir à la personne publique des réparations s'il ne lui assure pas, par exemple la disponibilité des ouvrages, la continuité des services, ou la performance promise.

Non seulement, il sera bien évidemment nécessaire de bien distinguer contractuellement les différents types de manquements susceptibles de se produire entre les parties, mais en outre, il lui faudra négocier avec les assureurs des solutions d'assurance adaptées à ses responsabilités spécifiques, sachant que les responsabilités encourues vis-à-vis de la personne publique contractante du fait de la mauvaise exécution du contrat ou de la non atteinte des performances promises ne peuvent être couvertes par l'assurance que dans certaines circonstances et sous de strictes conditions.

Si le titulaire réunit ainsi sur sa seule tête, de façon novatrice, une série de risques et de solutions d'assurances corrélatives, le contrat de partenariat doit pouvoir décrire le processus de la mise en œuvre de ces solutions, voire organiser les conditions d'un éventuel transfert du bénéfice de certaines d'entre elles vers la personne publique.

ANNEXE RECOMMANDATION RELATIVE AUX RELATIONS ENTRE MAÎTRES D'ŒUVRE ET ENTREPRENEURS RESPECTUEUX DE LEURS DOMAINES RESPECTIFS D'INTERVENTION

Le présent document, proposé à EGF BTP et à l'UNSA a été entériné le 7 juillet 2004 par EGF BTP. L'UNSA a sollicité l'avis du ministre de la Culture et de la Communication et de la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques qui ont considéré que ce document constituait une base positive permettant de définir les rapports entre les différents acteurs et ne contenait pas de dispositions contraires à la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture. Syntec-Ingénierie a accepté ce document.

Les contrats de partenariat sont conclus dans le cadre fixé par l'ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004.

Ces contrats sont le fruit d'actions conjuguées et équilibrées d'intervenants qui unissent leurs compétences et assument les responsabilités correspondantes dans le cadre d'un contrat de longue durée. Les coéquipiers du partenariat s'engagent à travailler dans un état d'esprit positif lors de la mise en œuvre de ces contrats.

Objet du présent document

Il s'agit de définir les rôles respectifs des divers acteurs, afin de favoriser leur travail en commun d'une façon efficace, transparente, équilibrée et respectueuse de leurs domaines respectifs de compétence, dans une stratégie collective de développement durable.

Présentation du document

Le point 1 fixe les principes du partenariat entre les maîtres d'œuvre, les entrepreneurs et les autres acteurs du partenariat.

Le point 2 expose les modalités d'organisation du partenariat. Le point 3 propose une instance de suivi.

Le point 4 définit les conditions de fonctionnement des études.

Le point 5 décrit sommairement divers cas de réalisation de contrats de partenariat de contenus variables.

- Le cas n° 1 expose la situation où la personne publique désigne une équipe de maîtrise d'œuvre indépendante et lui confie une mission complète. Le contrat de partenariat comprend le financement et la réalisation, ainsi que, pour la durée du contrat, les autres prestations choisies par la personne publique.

- Dans le cas n° 2, la personne publique confie à une équipe de maîtrise d'œuvre indépendante l'établissement

d'un projet jusqu'au niveau d'avancement qu'elle a fixé, et impose au groupement lauréat d'intégrer les maîtres d'œuvre dans le groupement.

- Dans les autres cas envisagés, la personne publique choisit d'intégrer, dès le début de la consultation lancée en vue de la conclusion d'un contrat de partenariat, une équipe de maîtrise d'œuvre dans les divers groupements candidats.

Principes de partenariat

Les acteurs sont conscients de l'enjeu des contrats de partenariat.

Bien que ce type de contrat ne soit conclu qu'entre la personne publique et la société ou le groupement de partenariat, l'équipement ou les prestations objets du contrat ont pour destinataires les *maîtres d'usage*, terme englobant aussi bien les usagers permanents ou occasionnels que les personnes responsables de la gestion, de l'exploitation et de l'entretien, les élus locaux, les contribuables, et tout citoyen susceptible d'être concerné par la réalisation du contrat, à court, moyen ou long terme.

Pour assurer la réussite de ce type de contrat, les acteurs des contrats de partenariat s'engagent sur les principes suivants :

- la relation de partenariat exige une ambition de performance et la mise en œuvre de toutes les compétences nécessaires pour la conception et la réalisation des ouvrages ou équipements et pour l'exécution des autres prestations concernées ;
- les partenaires disposent d'une grande liberté de proposition dans leur démarche de professionnels dans un esprit de confraternité, de respect mutuel et de relations loyales ;
- chaque professionnel est responsable des actions ressortant de sa compétence ;
- en particulier, les parties reconnaissent à l'architecte sa vocation de créateur de l'œuvre, dans le cadre de la mission de maîtrise d'œuvre de bâtiment, et s'engagent à lui donner les moyens de réussir la synthèse architecturale des objectifs et des contraintes d'ordre culturel, social, urbanistique, environnemental, esthétique, fonctionnel, technique et économique, dans le respect du cadre réglementaire et normatif imposé ;
- la distribution des rôles et les principes de travail doivent être clairs pour garantir à la personne publique la qualité finale de l'objet du contrat.

Modalités de partenariat

Fonctionnement des équipes de partenariat

Dans les cas où une *société de projet* associant les principaux acteurs du partenariat est créée spécifiquement pour le contrat, l'architecte ne sera pas associé de cette société,

mais ses conditions d'intervention comme celles des autres acteurs de la maîtrise d'œuvre seront régies par un contrat qui s'inspirera des principes du présent document.

Dans les autres cas, les partenaires constitueront un *groupement* :

- un comité directeur sera chargé de définir les stratégies des partenaires privés groupés pour répondre à un appel d'offres ou présenter une offre spontanée. Il réunit : la personne qui assurera la fonction de maître d'ouvrage, l'investisseur, l'équipe de maîtrise d'œuvre et en particulier l'architecte pour les ouvrages de bâtiment, l'entrepreneur et l'exploitant.

Cette direction multicéphale gèrera les décisions majeures dans le déroulement de l'opération, en phase de conception et de réalisation, et éventuellement en phase d'exploitation ;

- quand la personne publique a décidé de ne confier qu'une partie de la conception au titulaire du contrat de partenariat (conformément à l'article 1 de l'ordonnance ou à l'article L.1414-1 du CGCT) et a fait établir la première partie du projet par une équipe de maîtrise d'œuvre qu'elle a désignée dans les règles qui lui sont propres, les titulaires du contrat intégreront dans leur groupement cette équipe en vue de la poursuite des missions de maîtrise d'œuvre, si la personne publique l'a annoncé dès le lancement de la consultation ;

- un contrat de groupement des partenaires cosignataires d'un contrat de partenariat définira le rôle de chacun, dans le respect des responsabilités assurées par chacun des acteurs concernés.

Les fonctions essentielles des acteurs du contrat de partenariat

- Personne assurant la fonction de maîtrise d'ouvrage représente le groupement auprès de la personne publique
- préside la structure de décision collégiale
- Investisseur
 - proposition de solutions financières en amont
 - simulations financières
 - mise à disposition des fonds
 - suivi du financement
- Maître d'œuvre : architecte, ingénierie et autres partenaires
 - recherches et esquisses aboutissant à un avant-projet sommaire
 - avant-projet définitif et dossier en vue de la demande de permis de construire
 - projet de conception
 - maquettes et dossiers de présentation
 - participation aux arbitrages architecturaux et techniques liés aux études de synthèse et visa des plans d'exécution

- suivi de la qualité architecturale et technique lors de la réalisation, en conformité avec le projet
 - participation aux opérations de réception assistance éventuelle pendant la période d'exploitation¹
 - Entrepreneur BTP
- proposition à l'équipe de maîtrise d'œuvre de solutions et de méthodes permettant l'utilisation optimale des moyens et techniques de l'entreprise
- participation à la mise au point des avant-projets et du projet
 - le cas échéant, simulation et modélisation technique de la construction
 - chiffrage et synthèse
 - établissement des plans et documents d'exécution et de synthèse
 - exécution des travaux et organisation du chantier
 - participation aux opérations de réception et exécution des prestations dues pendant la période de parfait achèvement
 - Exploitant, mainteneur, prestataire de services
 - propositions de solutions d'usage et de maintenance dès les études préalables
 - chiffrage et synthèse des actions d'entretien, d'exploitation et de maintenance
 - suivi et exécution des fonctions d'entretien, d'exploitation et de maintenance
 - autres prestations de service

Instance de suivi

Au niveau national, un observatoire sera créé pour évaluer les résultats des diverses opérations engagées ou en cours d'exploitation. Il sera constitué entre les principales professions concernées, notamment les unions ou fédérations de maîtres d'ouvrage publics et privés, d'architectes, d'ingénieurs et d'entrepreneurs, avec des représentants des autorités publiques à titre consultatif.

Cet observatoire pourra être sollicité par les parties concernées par ce type de contrat de partenariat: il donnera son avis sur les problèmes posés et proposera des solutions au cas par cas sur les opérations pour lesquelles il est questionné. S'il le décide, il pourra participer à l'établissement d'un bilan annuel du déroulement de la politique des contrats de partenariat et pourra proposer des orientations pour améliorer les procédures.

Au niveau régional, un comité de suivi paritaire veillera aux bonnes pratiques et arbitrera sans délai les conflits.

Fonctionnement des études

Les acteurs des contrats de partenariat conviennent d'une répartition des rôles respectueuse des spécificités des divers partenaires.

- L'équipe de maîtrise d'œuvre sera définie clairement lors de la constitution du groupement.
- Les étapes de conception (esquisse éventuelle, APS, APD, projet) seront respectées dans leur enchaînement pour permettre, dès le début des études, les itérations successives nécessaires à l'optimisation du projet et la prise en compte des objectifs de conception, de réalisation et d'exploitation.
- Dans le cadre actuel de la législation, la demande de permis de construire sera déposée sur la base d'un avant-projet définitif.
- La mission de synthèse doit être identifiée et valorisée clairement en phase d'études et en phase de réalisation; la mission de l'équipe de maîtrise d'œuvre comprend le suivi de la réalisation jusqu'à la réception des ouvrages.
- La mission confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre correspondra donc sensiblement à une mission de base (au sens du décret MOP n° 93-1268), exécutée pour le compte du groupement et adaptée à la procédure en cause.
- La rémunération de la maîtrise d'œuvre sera évaluée en se référant aux indications données par le *Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage* (Équipement et MIQCP, 1994), tout en tenant compte de la part de conception assumée éventuellement par l'entreprise, et en incluant, s'il y a lieu, le suivi par le maître d'œuvre, pendant la durée du contrat, des ouvrages mis en service.
- L'entreprise ou le gestionnaire du contrat est mandataire du groupement vis-à-vis de la personne publique, mais, sur des questions ayant une incidence architecturale ou technique, il s'interdit de proposer des options ou des solutions sans l'accord, selon le cas, de l'architecte ou de l'ingénierie, à défaut, sans communiquer au client leur avis.
- Dans le cas de concours avec indemnisation prévue par la personne publique, les indemnités seront réparties entre les partenaires, en tenant compte du travail fait par chacun d'eux par rapport à la mission totale qui pourrait lui être confiée dans le contrat de partenariat.
- Dans le cas de mise en concurrence avec production d'un projet architectural et d'études sans indemnisation, les partenaires conviendront préalablement de leur participation financière aux études.
- Dans le cas où l'architecte, ou une équipe de concepteurs, a élaboré un projet fonctionnel ou architectural et formulé une proposition de développement de projet « par offre spontanée ou suite à un concours, ou par désignation préalable sur références » et ce, avant la décision du maître d'ouvrage de faire usage de la procédure de contrat de partenariat sur ledit projet, les partenaires du contrat s'engagent à ne pas exclure le ou les auteurs du projet.

(1) L'ensemble des éléments de cette mission ci-dessus prend en compte les objectifs d'exploitation, d'entretien, de maintenance et de transformation éventuelle.

L'architecte auteur, ou l'équipe de concepteurs, aura le choix entre deux positions dans le déroulement des études et de la réalisation :

soit être le conseil du maître d'ouvrage et à ce titre, rémunéré par lui ;

soit être le maître d'œuvre de l'équipe de partenariat définitivement retenu pour le projet, et, à ce titre, missionné et rémunéré dans l'équipe projet.

Situations types de partenariat

Cas 1

La personne publique s'appuie sur une équipe de maîtrise d'œuvre à laquelle elle confie une mission proche de la mission de base type « loi MOP »

- La personne publique établit ou fait établir tous les documents de programmation nécessaires pour engager l'opération.

- Cette personne applique les procédures habituelles pour la désignation

de son équipe de maîtrise d'œuvre, à laquelle elle confie une mission de base « type loi MOP », adaptée pour tenir compte des fonctions assumées par les titulaires du contrat de partenariat.

- La maîtrise d'œuvre élabore les avant-projets, le dossier de permis de construire et le projet en dialogue avec la personne publique et avec la participation des maîtres d'usage.

- La consultation des candidats au contrat de partenariat s'effectue sur la base du projet établi par la maîtrise d'œuvre, du programme fonctionnel et du cahier des charges concernant les autres prestations dues pendant la durée du contrat.

- Le contrat de partenariat portera sur le financement, la réalisation, et toutes les prestations que la personne publique aura décidé de confier au titulaire du contrat.

- Pendant la réalisation de l'équipement jusqu'à la réception de celui-ci et pendant la phase de parfait achèvement, la maîtrise d'œuvre poursuit sa mission pour le compte de la personne publique.

- Après mise en service de l'équipement, la personne publique se fait assister par tout opérateur de son choix (y compris éventuellement par sa maîtrise d'œuvre) pour le contrôle de la bonne exécution des prestations dues pendant la durée du contrat.

Cas 2

La personne publique s'appuie sur une équipe de maîtrise d'œuvre pour une fraction de la mission de conception

- La personne publique établit ou fait établir tous les documents de programmation nécessaires pour engager l'opération.

- Cette personne procède selon les procédures habituelles à la désignation d'une équipe de maîtrise d'œuvre à laquelle elle attribue une mission de conseil, d'assistance et de conception, limitée dans le temps et dans son contenu.

- L'équipe de maîtrise d'œuvre élabore, en dialogue avec le maître d'ouvrage et la participation des maîtres d'usage, les seuls éléments de mission que le client aura décidé de lui confier (au moins les avant-projets et le dossier de permis de construire).

- La consultation des candidats au contrat de partenariat s'effectue sur la base du dossier établi par l'équipe de maîtrise d'œuvre (au stade d'élaboration décidé par la personne publique), du programme fonctionnel et du cahier des charges concernant les autres prestations que la personne publique entend confier au titulaire du contrat ; les clauses du

contrat imposent au groupement lauréat d'intégrer dans son équipe la maîtrise d'œuvre qui est l'auteur du projet.

- Le contrat de partenariat porte sur le financement, la suite des missions de maîtrise d'œuvre, la réalisation et les autres prestations dues pendant la durée du contrat.

- L'équipe de maîtrise d'œuvre étant désormais intégrée au groupement, ses titulaires poursuivent leur mission pour le compte de celui-ci pour la suite des études, pendant la réalisation de l'ouvrage et éventuellement au cours de son exploitation.

- L'équipe de maîtrise d'œuvre n'ayant plus de fonction d'assistance et de conseil au profit de la personne publique, celle-ci se fait assister ou non par tout opérateur de son choix :

lors de la poursuite de la conception ;

pendant la réalisation ;

pour les opérations de réception ;

et pour le contrôle de l'exécution des prestations dues pendant la durée du contrat.

Cas 3

La personne publique consulte les candidats au contrat de partenariat sur la base d'un programme fonctionnel et d'un cahier des charges

- La personne publique établit ou fait établir tous les documents de programmation nécessaires pour consulter des groupements de concepteurs et de réalisateurs et les programmes fonctionnels définissant les prestations à assurer pendant la durée du contrat.

- Les candidats élaborent avec les maîtres d'œuvre de leur groupement un projet répondant aux attentes de la personne publique, comportant un projet architectural et les propositions de financement, de conception, de réalisation et d'exécution des prestations que la personne publique entend confier au titulaire du contrat.

- La personne publique choisit le groupement qui a proposé le meilleur projet et présenté l'offre économiquement

la plus avantageuse à l'issue du dialogue compétitif ou de l'appel d'offres.

- Les rédacteurs de la présente recommandation demandent que la personne publique indemnise les études des concurrents non retenus, selon un forfait indiqué dans le règlement de la consultation.
- Le contrat de partenariat comprendra le financement, la conception, la réalisation et les prestations dues pendant la durée du contrat.
- La maîtrise d'œuvre poursuit sa mission pour le compte du groupement pour la suite des études, pendant la réalisation de l'ouvrage, éventuellement au cours de son exploitation.
- La maîtrise d'œuvre étant intégrée au groupement titulaire du contrat, la personne publique se fait assister ou non par tout opérateur de son choix : pour suivre la conception, la réalisation, et les opérations de réception, et pour le contrôle de la bonne exécution des prestations dues pendant la durée du contrat.

Cas 4

La personne publique consulte les candidats au contrat de partenariat pour répondre à un besoin

- La personne chargée d'une mission de service public exprime son besoin sous la forme d'un programme fonctionnel.
- Les groupements candidats ont la charge d'élaborer une programmation détaillée puis un projet avec les « programistes » et les maîtres d'œuvre de leur groupement.
- La personne publique engage le dialogue avec chacun des candidats qu'elle a retenus et poursuit les discussions conformément aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004 pour l'État et de l'article L.1414-7 du CGCT pour les collectivités territoriales.
- Les offres des groupements comportent un projet architectural et les propositions de financement, de conception, de réalisation et d'exécution des prestations que la personne publique entend confier au groupement titulaire du contrat.
- Au terme du dialogue, la personne publique choisit le groupement qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction des critères d'attribution définis dans l'avis d'appel à la concurrence et parmi lesquels figure nécessairement la qualité globale des ouvrages.
- Les rédacteurs de la présente recommandation demandent que l'autorité publique indemnise les études des

concurrents non retenus, selon un forfait indiqué dans le règlement de la consultation.

- Le contrat de partenariat comprend le financement, les prestations de programmation et de maîtrise d'œuvre, la réalisation et les autres prestations dues pendant la durée du contrat.
- Pendant la réalisation de l'ouvrage, l'équipe de maîtrise d'œuvre poursuit sa mission pour le compte du groupement pour la suite des études, pendant la réalisation et, éventuellement, pendant l'exploitation de l'ouvrage.
- La maîtrise d'œuvre étant intégrée au groupement titulaire du contrat, la personne publique se fait assister ou non par tout opérateur de son choix pour juger les offres et pour suivre : la conception, la réalisation, et les opérations de réception ; et le contrôle de la bonne exécution des prestations dues pendant la durée du contrat.

Cas 5

Offre spontanée par une société privée ou un groupement

- Une personne privée qui a l'idée d'un équipement ou d'un service d'intérêt public constitue un groupement avec les partenaires de son choix.
- Cette personne, ou le groupement, étudie et établit un dossier justifiant l'intérêt de cette initiative et propose à l'État ou à une collectivité territoriale de la mettre en œuvre.
- Si la personne publique retient l'idée, elle lance un appel à concurrence sur la base du dossier établi par la personne ou le groupement privé, validé, complété ou amendé par la personne publique ; selon son contenu, on se trouve dans les conditions des cas 3 ou 4 décrits plus haut.
- Les candidats intéressés étudient et remettent les offres qui comportent les éléments exigés pour choisir le lauréat.
- La personne publique choisit le projet et l'offre répondant le mieux à l'objet de la consultation et autorise le groupement lauréat à engager l'opération.
- Le dossier d'appel public à concurrence précise obligatoirement que, si la personne à l'origine de l'idée n'est pas lauréate, le lauréat devra lui verser une indemnité à hauteur de 2% du coût TTC de l'opération.
- Si le lauréat doit verser une indemnité aux autres candidats qui ont remis une offre, le dossier d'appel public à la concurrence établi par la personne publique doit indiquer la valeur et le nombre de ces indemnités.

