

PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ ET ACTIONS LOCALES

**Par Luc Baumstark
Albane Hugé
Catherine Marcadier
et Catherine Maubert
Chef de projet du groupe *Racines***

**Avec la participation de
Laurent Deruy**

n° 9 – Juillet 2005

Depuis quelque temps, un nouveau sigle fait fureur dans les discours publics, qu'ils soient tenus par les représentants de l'État ou des collectivités territoriales : PPP. Auparavant ce sigle hantait les internautes soucieux de leurs connexions. La manie des sigles qui sévit un peu partout crée une de ces confusions qui devient commune. Ainsi les coutumiers de l'industrie pharmaceutique ont-ils mis quelque temps à comprendre que les SMR ne désignaient pas un service médical rendu, mais des stratégies ministérielles de réforme. Donc, il faut le savoir, désormais, depuis une fameuse ordonnance du 17 juin 2004, les PPP désignent les partenariats public-privé et non plus le codage d'une transmission informatique.

L'expression développée ne renseigne pas encore sur la vraie nature des PPP. Et, quoiqu'une année se soit écoulée, des exemples concrets n'ont pas encore permis d'illustrer le nouveau sigle. Nous devons donc nous en tenir aux textes, à leurs intentions et commentaires divers pour savoir de quoi il est question. Or quand nous regardons de près le contenu de ces PPP, nous pouvons regretter qu'une certaine platitude lexicale appauvrisse une véritable innovation dont les enjeux n'ont suscité aucune forme d'invention ou de travail linguistique susceptible d'en faire comprendre l'identité.

En effet, à travers les marchés publics ou les délégations de service public, il nous semblait qu'il existait déjà des formes de partenariats entre l'État ou les collectivités territoriales et le secteur privé. Ainsi pouvait-on qualifier la relation entre l'État et les prestataires privés qui ont construit l'admirable viaduc de Millau. Mais il ne s'agit plus de cela, ni même des concessions confiées à des grands groupes spécialistes de l'exploitation des eaux. La meilleure preuve d'une véritable inno-

vation réside dans les sentiments contradictoires qu'elle induit. À ce titre, les PPP donnent l'impression d'être très innovants car les décideurs publics locaux s'en méfient et l'État n'en a pas encore donné l'exemple. Autrement dit, face à cette innovation, chacun cherche le piège ou les arrières-pensées.

Je comprends que le groupe de projet *Racines* se soit intéressé à ces PPP. Mobilisé sur la relation des collectivités territoriales avec l'État stratège, ce groupe, conduit par Catherine Maubert, ne pouvait qu'être sensible aux réactions locales, à l'écriture juridique des textes en question et aux effets attendus de ces nouveaux partenariats. L'objectif des PPP est tout à fait clair : faire en sorte que des projets qui correspondent à des besoins réels de la population ne tardent pas à être mis en œuvre, ne soient pas dépendants d'administrations tatillonnes et soient conduits en pleine responsabilité par des acteurs privés. Les conditions d'urgence et de complexité, justifiées par l'intérêt général et l'utilité économique d'un projet, fondent la légitimité d'un PPP et, de ce point de vue, on ne peut que se réjouir que l'État suggère et permette à chacun de prendre les moyens de ses objectifs.

À propos des PPP, le débat ne se situe guère entre idéologues habitués à ferrailer sur le thème des privatisations ou des nationalisations. Le fait même que les nouveaux contrats de partenariat soient l'objet d'une évaluation juridique et économique préalable donne une certaine rigueur à la démarche publique, tout en responsabilisant davantage le partenaire privé. Chargé de trouver les financements nécessaires d'un projet, de choisir ses propres partenaires, de garantir les délais et coûts de réalisation, le partenaire privé prend des risques non négligeables qui peuvent l'angoisser à

une époque où la sécurité semble le premier objectif de maints acteurs économiques.

C'est certainement l'expérience qui nous enseignera l'efficacité des PPP. Mais si le groupe *Racines* les analyse a priori, c'est qu'il souhaite comprendre les résistances qu'il entend s'exprimer localement tout en suggérant des améliorations du dispositif qui permettent de lui donner sa pleine efficacité. La suggestion qui est, par exemple, faite de dédommager systématiquement les meilleurs candidats à un PPP me semble excellente pour obtenir des projets de qualité, très travaillés et approfondis. L'État ou les collectivités locales doivent effectivement considérer comme un investissement tout le temps passé à leur proposer un service nouveau qu'ils considèrent eux-mêmes comme d'intérêt général.

Le Plan est directement concerné par les PPP car les processus de décision propres à l'État stratège sont plus intéressants à examiner et à valider que son essence abstraite. En même temps, nous pensons qu'il n'est pas possible d'isoler cette décision de contracter un PPP sans intégrer d'autres dimensions de la décision publique. En ce sens, le prix du temps* doit être comme un souci majeur de l'État. La récente révision à la baisse du taux d'actualisation – développée dans ce texte du groupe *Racines* – permet de prendre davantage en compte le temps long. Mais il faut aller encore plus loin : en intégrant le calcul économique, en tenant

compte des éléments nouveaux qu'apporte le développement durable, la gestion des risques ou les valeurs croissantes des biens naturels non renouvelables, le décideur public ne peut plus s'adresser à ses partenaires privés dans les mêmes termes. Le problème n'est certainement plus d'être le moins cher, ici et maintenant, mais d'être le moins cher sur trente, cinquante ou deux cent ans selon le projet dont il est question. Autrement dit, une entreprise privée doit pouvoir obtenir un contrat de partenariat quand elle peut démontrer qu'elle est finalement moins chère sur le long terme au regard du calcul économique.

Ce travail sur les PPP est donc particulièrement intéressant et très significatif du rôle que doit jouer le Plan dans notre pays : tout doit être mis en cohérence et les PPP ne peuvent être isolés d'une stratégie globale de l'État, mise en œuvre dans ses décisions publiques et comprise par des collectivités territoriales qui sont certainement aussi sensibles au temps long que l'État lui-même.

Je tiens donc à remercier le groupe *Racines* pour cette contribution significative aux travaux du Plan et en particulier, Laurent Deruy dont la compétence juridique a beaucoup compté dans les analyses et suggestions présentes dans ce texte.

Alain Etchegoyen

(*) "Le prix du temps et la décision publique" rapport du groupe d'experts présidé par Daniel Lebègue, Commissariat général du Plan, La Documentation française, février 2005.

Avec l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, une nouvelle forme de partenariats public-privé voit le jour : les contrats de partenariat.

En droit, **les partenariats public-privé** (PPP) peuvent être envisagés à partir de la définition qu'en donne le livre Vert de la Commission européenne du 30 avril 2004 : sont en cause "*des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service*". Sur ces bases s'inscrit une relation enracinée dans une durée relativement longue et caractérisée par une allocation des risques entre acteurs publics et entrepreneurs. Les PPP regroupent en définitive des associations de personnes publiques et privées tantôt structurelles (l'économie mixte), tantôt contractuelles (les concessions en sont la forme originelle).

La réforme, qui a donné lieu à de nouvelles formes de partenariats public-privé – d'abord sectorielles (dans les domaines de la santé, la justice, la police et la défense nationale) puis générales (les contrats de partenariat) – **a été motivée par l'insuffisance des solutions apportées par le droit de la commande publique pour répondre aux objectifs des collectivités publiques.**

Les montages contractuels classiques (en particulier les marchés publics et les délégations de service public) ne permettent pas de mener à bien tous les projets de construction et de modernisation d'équipements et d'infrastructures qui sont pourtant indispensables à une relance de la croissance dans un contexte de contrainte budgétaire forte. **Les marchés publics**, fondés sur une logique insuffisamment incitative, en principe

de courte durée, et dissociant les opérations de conception, de construction et de maintenance tout en prohibant le paiement différé, génèrent des coûts d'interface importants pour les collectivités tout en créant insuffisamment de gains de productivité. **Les délégations de service public**, si elles constituent bien des PPP au sens fort du terme, sont caractérisées par un certain nombre de rigidités qui limitent leur recours : en particulier, elles sont subordonnées à l'existence d'un service public à gestion déléguable et au critère d'une rémunération "substantiellement liée aux résultats de l'exploitation", autrement dit à un transfert obligatoire du risque "volume" à l'opérateur privé, qui n'en a que rarement la maîtrise et qui en conséquence en fait payer le prix à la collectivité et/ou à l'utilisateur.

Face à ces contraintes, se sont développées de manière diffuse des pratiques d'évitement : les marchés d'entreprise de travaux publics (METP), le recours à la vente en état futur d'achèvement (VEFA), montage de droit immobilier échappant au Code des marchés publics, puis l'instauration de mécanismes favorisant le financement privé d'équipements implantés sur le domaine public via les montages fondés sur les baux emphytéotiques administratifs (BEA) et sur les autorisations d'occupation temporaire (AOT). Elles se sont toutefois avérées insuffisantes.

Les contrats de partenariat (CP) à l'inverse associent de nombreux avantages compétitifs :

– *un objet global défini avec souplesse* : tout CP implique obligatoirement le préfinancement privé, la construction et la maintenance/l'exploitation d'équipements ou d'ouvrages publics ; à ces éléments peuvent s'ajouter le transfert de la conception

et de prestations concourant à l'exercice de la mission de service public dont est en charge la personne publique ; la réunion de ces éléments – obligatoirement scindés en droit des marchés publics – favorisera des économies d'interface et la responsabilisation des entreprises en phases de conception et de construction ;

– *un contrat de longue durée facilitant le financement privé et un régime juridique sécurisé pour les investisseurs* : le CP introduit des facilités de recours au crédit-bail, et définit un partage des risques garantissant sa "bancabilité", à savoir la propension des banques à s'engager dans le projet et à offrir des taux de financement avantageux ;

– *un contrat autorisant le différé de paiement public* : les collectivités publiques pourront disposer rapidement d'équipements tout en supportant le coût principal lors de la phase de maintenance/exploitation ;

– *un contrat incitatif* : des clauses de performance sont introduites pour inciter le partenaire à honorer dans les temps des missions dont la qualité est contractuellement sanctionnée ; en pratique, sa rémunération comportera une part variable subordonnée à l'exécution rapide et fiable de ses obligations.

Ces avantages se retrouvent également dans **les PPP sectoriels** qui ont précédé la réforme de 2004 (cf. LOPSI et LOPJ de 2002 et ordonnance dite "BEH" de 2003). Du reste, ils ne sont pas sans faire écho aux contrats de Private Finance Initiative (PFI) britanniques, qui ont inspiré de nombreux États avant la France (Pays-Bas, Italie, Espagne, Portugal, Allemagne, Japon, Australie...). Cette exportation générale du modèle britannique doit largement à l'efficacité des PFI, qui génèrent des dépassements de budget et de délais dans trois fois moins de cas

en moyenne qu'en maîtrise d'ouvrage publique (étude du *National Audit Office*, 2003).

Fondés sur la recherche de la *Best Value for Money*, les PFI ne sont engagés que lorsque le Public Sector Comparator, indicateur du coût global des opérations envisagées en maîtrise d'ouvrage publique, démontre que le projet sera réalisé à moindre coût et à meilleure qualité en PPP. Il s'agit dans chaque cas d'intégrer les externalités positives qu'on attend du savoir-faire des opérateurs privés, les économies d'échelle et d'interface escomptées, et de les confronter au surcoût généré par le financement privé et les coûts de transaction importants qui caractérisent la passation de contrats globaux tels que les PFI (recours aux conseils privés, indemnisation des entreprises non retenues, notamment).

Après l'apparition en 1992 des PFI, un grand nombre d'États ont adapté de telles solutions pour créer des montages innovants. En ce sens, les contrats de promoteurs en Italie constituent une forme originale de PPP, associant initiative privée, paiement public différé et financement privé, de même que les concessions à péage virtuel (*shadow tolls*) en Espagne et au Portugal se présentent sous la forme de montages concessifs particulièrement souples, associant paiement public et transfert du risque de l'exploitation, tout en favorisant la maîtrise des coûts et des délais et la qualité du service rendu à l'utilisateur par un ensemble de clauses incitatives.

En France, les contrats de partenariat n'ont à ce jour fait l'objet que d'une seule application par la commune d'Auvers-sur-Oise, en matière d'éclairage public. Ils suscitent un certain nombre d'inquiétudes chez leurs utilisateurs potentiels (collectivités publiques, entreprises, conseils privés),

(1) Dans le paysage administratif des missions d'appui aux PPP, la mission d'appui du MINEFI constitue l'unique organisme généraliste. Pour des projets sectoriels, d'autres instances pourront utilement être saisies (par exemple la MAINH dans le secteur hospitalier). La Mission d'appui du MINEFI et la MAINH ont élaboré des guides de bonnes pratiques pour faciliter la passation des PPP.

faute de décisions contentieuses, et compte tenu de la forte technicité de la procédure d'évaluation qui précède leur passation : elle doit attester de l'urgence ou de la complexité justifiant le recours à cette solution contractuelle d'une part, et établir que le contrat de partenariat constitue pour le projet en cause une modalité préférable à la régie et/ou aux autres contrats administratifs en termes de coût global, de performance et de partage des risques. Toutefois, cette inquiétude n'empêche en rien un intérêt notable pour la réforme : enthousiasme et appréhension vont de pair en l'absence de retours d'expériences. Ceci est d'autant plus vrai pour les responsables locaux.

Aujourd'hui, la contribution des acteurs locaux dans les dépenses d'investissement publiques occupe une part largement prépondérante (68,6 %), tendance à la hausse qui se confirme chaque année (de 1997 à 2003, + 4,6 % par an et en moyenne de dépenses d'investissement hors dette pour les collectivités locales et leurs groupements à fiscalité propre), ce qui n'est pas sans lien avec la conduite de l'acte II de la décentralisation (loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales). L'échelon local est donc particulièrement attentif à la réforme des PPP.

Les champs visés par les contrats de partenariat locaux doivent être délimités eu égard aux compétences des collectivités territoriales et au périmètre des services publics locaux. De nombreux secteurs sont concernés (secteurs de l'eau, des déchets, de l'énergie, du chauffage urbain, des transports, du stationnement, des loisirs et des TIC, notamment). Pour tout nouveau projet, il faudra donc arbitrer les mérites et défauts comparatifs de **la gestion directe** (régie + marchés

publics), de **la gestion déléguée** (délégation de service public) et de **la gestion partenariale** (LOPSI/LOPJ, ordonnance "BEH", contrats de partenariat).

Par ailleurs, la conduite de l'évaluation juridique et économique préalable posera dans un premier temps un certain nombre de difficultés qu'il faudra surmonter par le recours aux conseils privés et à l'expertise de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat¹.

Si l'évaluation préalable cristallise de nombreuses inquiétudes, dans le même temps, nombreux sont les acteurs locaux qui s'interrogent sur les intérêts économiques et financiers de la réforme :

- les coûts de transaction sont-ils rédhibitoires en contrats de partenariat ?
- quel coût d'opportunité risque d'avoir à supporter la collectivité ?
- quels avantages peut-on tirer de la globalité du contrat et de la dissociation *rationae temporis* de la disponibilité de l'ouvrage et du paiement public ?
- comment mettre à profit une allocation optimale des risques, élément central de la définition des contrats de partenariat ?
- enfin, comment mesurer l'utilité sociale des dépenses publiques – le "prix du temps" – ?

L'absence de réponse claire à ces questions ne peut qu'alimenter les **réserves exprimées par les élus locaux** à l'égard du contrat de partenariat. Ces réserves trouvent également d'autres points de justification :

- le doute quant aux innovations qu'apporte le CP par rapport à la DSP ;

- les craintes liées à la transcription comptable des opérations réalisées en CP (alors que la conduite de l'acte II de la décentralisation comporte déjà une part d'incertitude budgétaire) ;
- les risques juridiques en lien avec leur passation ;
- les asymétries d'information entre collectivités publiques et partenaires privés ;
- la crainte d'une évacuation des compétences locales du fait de l'externalisation des missions ;
- enfin, les déficits d'information, de pédagogie et d'exemplarité par l'État.

À ces inquiétudes, nous suggérons des réponses pour que les responsables locaux puissent mettre à profit un dispositif que l'État a jugé utile d'instituer ; celles-ci passeront pour partie par :

- une amélioration de l'ordonnance et du guide des bonnes pratiques du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie ;

- davantage de pédagogie et d'information à destination des acteurs locaux ;
- l'indemnisation des candidats non retenus après le dialogue compétitif ;
- la constitution de pôles de compétences pluridisciplinaires (mutualisation de certaines fonctions) ;
- la finalisation du dispositif comptable et budgétaire transitoire applicable aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics.

Dans cette perspective, l'État et les collectivités locales pourront profiter des innovations introduites par les contrats de partenariat dans les modes d'action publique : en particulier la logique d'évaluation juridique et économique préalable qui les sous-tend et la logique d'achat non pas d'un ouvrage mais d'un service par la personne publique à son partenaire. Ces innovations, utilisées à bon escient, pourraient constituer un facteur de la relance économique.

SOMMAIRE

<u>INTRODUCTION</u>	13
<u>CHAPITRE PREMIER</u>	
L'émergence des contrats de partenariat	15
1. Le renouveau des partenariats public-privé	15
2. Présentation comparative des contrats publics	26
<u>CHAPITRE 2</u>	
Les contrats de partenariat : entre innovation et adaptation	35
1. Les innovations introduites par l'ordonnance sur les contrats de partenariat	35
2. Les modèles d'inspiration : exemples étrangers	43
<u>CHAPITRE 3</u>	
Contats de partenariat et collectivités locales : les enjeux	55
1. Les champs concernés	55
2. Les intérêts économiques et financiers	60
3. Les enjeux politiques et budgétaires	68
<u>CONCLUSION</u>	79
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	81
<u>ANNEXE 1</u>	83
<u>ANNEXE 2</u>	85

Dans le cadre de ses missions transversales, le groupe de projet *Racines* s'est saisi du sujet des partenariats public-privé (PPP) avec deux visées principales : apporter des éléments objectifs de compréhension et d'appréciation de ces instruments et mettre en perspective les enjeux révélés dont celui de renforcer les responsables locaux dans leur capacité à réaliser des projets et ainsi conforter le processus de décentralisation.

Quel usage les acteurs pourraient-ils faire des contrats de partenariat, nouveau mécanisme institué par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 ?

Pour répondre à cette question, il convient de rappeler le contexte dans lequel s'inscrivent les contrats de partenariat et éclairer les innovations introduites par l'ordonnance : la nécessité d'apporter des solutions alternatives aux collectivités publiques pour réaliser des équipements ou des infrastructures et offrir des services. Ces éléments rappelés, on pourra se prononcer sur le point central du débat : l'appropriation des contrats de partenariat par les collectivités locales.

En termes de partenariats public-privé, l'existence précède l'essence

En dépit du débat autour des partenariats public-privé qui a émergé dans les mois précédant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, force est de constater que des formes de partenariats public-privé structurelles (les sociétés d'économie mixte) et contractuelles (la concession, en particulier) existent en France depuis plusieurs décennies. En dehors même d'une logique partenariale, un certain nombre de contrats – en particulier les marchés publics – permettent l'association d'opérateurs privés à des projets d'utilité publique.

C'est pourquoi il convient de s'interroger sur les motifs de création des contrats de partenariat, alors même que le droit de la commande publique comporte traditionnellement une large gamme de mécanismes d'association du secteur privé au secteur public. On mesurera ainsi l'utilité de la réforme à l'aune des potentialités offertes par le droit des contrats publics classiques. On appréciera aussi de manière critique les différentes formules contractuelles préexistant aux contrats de partenariat, au vu des objectifs poursuivis par l'État et les collectivités locales en termes de modernisation et de rénovation de leurs infrastructures, bâtiments et services.

L'analyse comparative souligne en effet que les contrats de partenariat s'inscrivent à la fois dans la continuité et en rupture avec le droit de la commande publique : **continuité**, car leur création est le signe de la relance des investissements privés dans les projets publics, **rupture**, du fait des importantes dérogations qu'ils introduisent au regard du droit de la commande et de la domanialité publiques.

Les apports de la réforme

L'ordonnance sur les contrats de partenariat introduit un certain nombre d'innovations dans le droit des contrats administratifs, conçues pour favoriser une meilleure gestion publique et un emploi optimisé des deniers publics.

Les caractéristiques essentielles des contrats de partenariat – la globalité de leur objet, leur logique d'évaluation préalable, la conception qu'ils retiennent du partage des risques et l'association qu'ils opèrent entre préfinancement privé et paiement public différé – se retrouvent dans un certain nombre d'exemples étrangers ayant servi de modèle aux rédacteurs de l'ordonnance sur les contrats de partenariat.

Un levier d'action pour les collectivités locales ?

Une fois déterminés le contexte du renouveau des partenariats public-privé français ainsi que les caractéristiques essentielles du contrat de partenariat, il est possible de se prononcer sur l'utilisation qui pourrait en être faite par les responsables locaux.

En l'état, l'appréciation de la réforme par les élus locaux reste globalement

critique. Ces réserves vis-à-vis du contrat de partenariat trouvent diverses explications qu'il convient d'explorer et de discuter.

Afin de compléter les déjà nombreuses études et pronostics consacrés aux contrats de partenariat, il s'agit de fournir, au travers d'une approche pluridisciplinaire (juridique, économique, sociale, financière et politique), un éclairage nouveau sur les enjeux locaux de cette importante réforme.

CHAPITRE PREMIER

L'émergence des contrats de partenariat

L'apparition récente d'une nouvelle forme de partenariats public-privé (PPP) – les contrats de partenariat (CP), issus de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 –, s'inscrit dans une dynamique de réforme de l'État et des modes de gestion publics. De fait, ceux-ci sont progressivement apparus lacunaires, alors que la nécessaire redynamisation de la croissance française ne peut être pensée sans que l'État et les collectivités locales ne se dotent d'équipements, d'infrastructures et de services pour répondre à leurs ambitions économiques et créer de l'emploi.

Il est apparu nécessaire de compléter l'offre présente en matière de partenariats public-privé (1.) par des PPP d'un nouveau type (1.1.), étant donné les rigidités que présentaient les formes classiques d'association du secteur public à des opérateurs privés (1.2.). Ces contraintes avaient toutefois déjà fait l'objet de tentatives de contournement par le recours à un certain nombre de mécanismes permettant de lever les obstacles inhérents aux modes de gestion classiques (1.3.).

De surcroît, et plus généralement, les contrats de partenariat s'inscrivent dans la continuité d'une évolution du droit public français animée par la volonté d'associer dans des conditions plus favorables pour chacun d'entre eux les collectivités publiques et les opérateurs privés (2.).

1. Le renouveau des partenariats public-privé

1.1. De nouveaux partenariats public-privé

Les partenariats public-privé (PPP) ne font pas l'objet d'une définition juridique stricte, à la différence des contrats de partenariat (CP), définis

par l'article Premier de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, qui les a institués dans l'ordre juridique français. On désigne par la terminologie de partenariats public-privé un ensemble de formes, d'associations des opérateurs privés à des projets publics, principalement pour la réalisation d'infrastructures publiques, la gestion de services publics et/ou la réalisation de projets immobiliers.

Les partenariats public-privé comprennent au sens large une association d'acteurs publics et privés qui peut prendre la forme de structures ou d'organismes (*cf.* l'économie mixte, incarnée dans les SEM nationales ou locales) ou celle de contrats.

Le regain d'intérêt pour les partenariats est en partie lié au programme d'"externalisation" lancé par différents gouvernements et ministères dans un ensemble hétéroclite de domaines (en particulier, la gestion immobilière inspirée du *facility management* – c'est-à-dire le fait de confier à un spécialiste l'ensemble de la gestion d'un immeuble –).

En droit, on relève pour autant une tentative de définition du partenariat public-privé (PPP) dans le livre Vert de la Commission (Bruxelles, 30 avril 2004). Après avoir noté que le PPP n'est pas défini au niveau communautaire, la Commission précise que "ce terme se réfère en général à des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service". À la suite de quoi, la Commission pose quatre critères essentiels qui qualifient les PPP :

– "la durée relativement longue de la relation, impliquant une coopération

entre le partenaire public et le partenaire privé sur différents aspects d'un projet à réaliser ;

– *le mode de financement du projet*, assuré pour partie par le secteur privé, parfois par le biais de montages complexes entre divers acteurs [étant entendu que] des financements publics, parfois très importants, peuvent néanmoins s'ajouter aux financements privés ;

– *le rôle important de l'opérateur économique*, qui participe à différents stades du projet (conception, réalisation, mise en œuvre, financement) (alors que) le partenaire public se concentre essentiellement sur la définition des objectifs à atteindre en termes d'intérêt public, de qualité des services offerts, de politique des prix, et assure le contrôle du respect de ces objectifs ;

– *la répartition des risques* entre le partenaire public et le partenaire privé... en fonction des capacités respectives des parties en présence à évaluer, contrôler et gérer ceux-ci".

En France, en première analyse, deux modèles relativement purs d'association du secteur privé dans un cadre contractuel existent :

– le premier est fondé sur une logique de fourniture contre paiement d'un prix : les marchés publics (MP), régis tant par la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (loi MOP) que par le Code des marchés publics ;

– le second est caractérisé par le transfert du risque (parfois de la construction et en toute hypothèse de l'exploitation d'un service public) à un opérateur privé : les délégations de service public (DSP).

Par ailleurs, les expériences étrangères ou internationales offrent également des cadres d'analyse diversifiés des PPP. Un certain nombre de grands projets d'infrastructures associant le secteur privé ont été structurés depuis longtemps sous la forme de ce qu'il est convenu d'appeler un financement de projet. Ce sont des projets de longue durée, préfinancés privativement par une société ad hoc créée à cet effet et payés sur la durée du contrat par la personne publique. Les expériences étrangères dénotent l'existence de montages contractuels alternatifs aux MP et DSP français, l'exemple le plus significatif étant le contrat de Private Finance Initiative (PFI) en Grande-Bretagne (cf. chapitre 2).

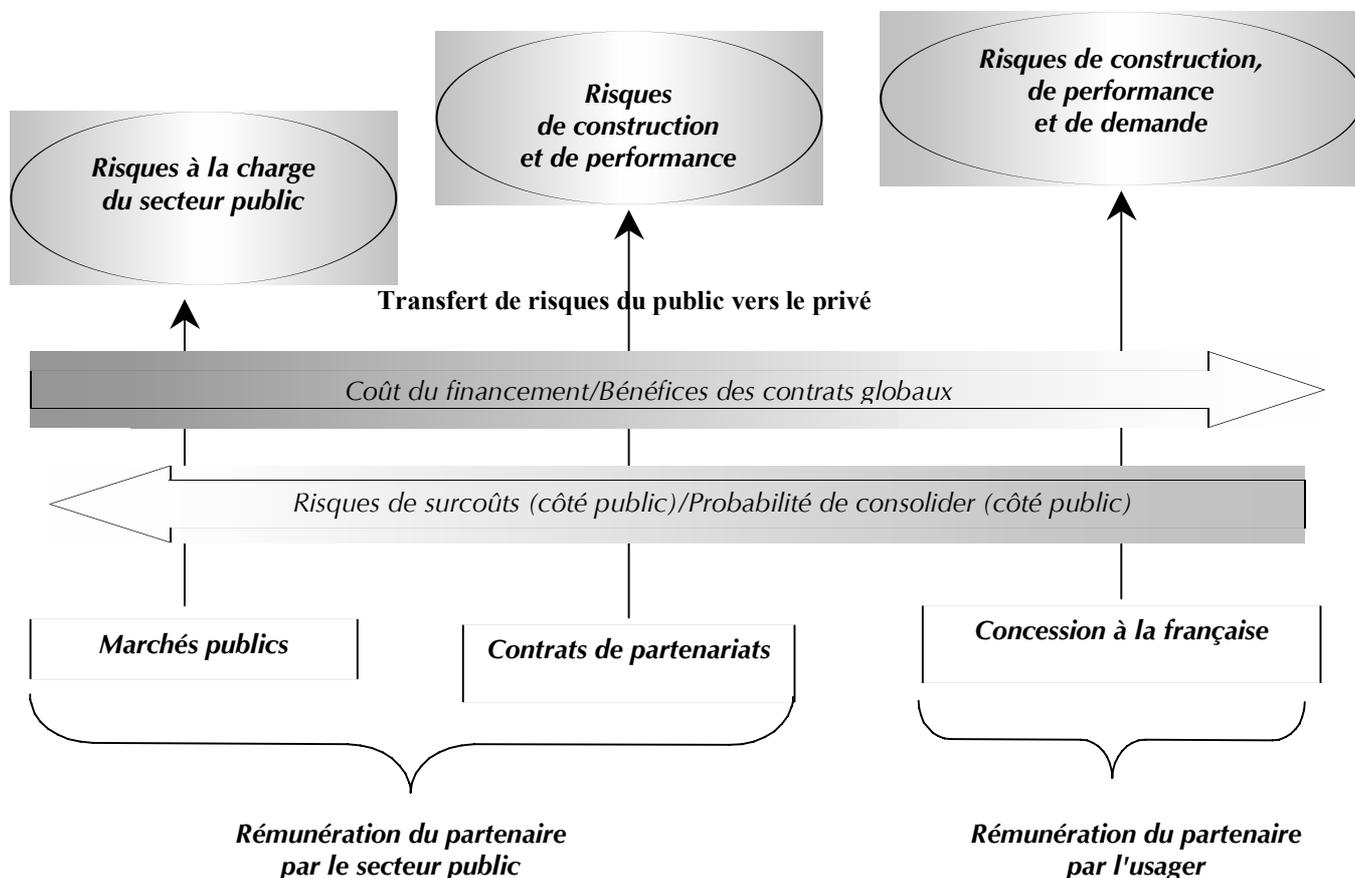
Aujourd'hui, la France s'est engagée dans la voie d'une rénovation des instruments juridiques permettant d'atteindre les modèles de PPP tels qu'ils sont conçus par les expériences étrangères et par la définition donnée par la Commission.

1.2. Objectifs poursuivis et contraintes du droit de la commande publique

Les contraintes actuelles sont telles que les personnes publiques se trouvent dans la nécessité de répondre à des besoins de plus en plus importants quantitativement comme qualitativement, avec moins de moyens.

En effet, elles doivent faire face d'une part, à un besoin de modernisation et d'investissement dans des secteurs très variés (police, justice, santé publique notamment), et d'autre part, à une contrainte budgétaire forte liée aux engagements fiscaux pris par le Président de la République actuel, ainsi qu'à la limitation de l'endettement public imposée par le traité de Maastricht.

Panorama des partenariats public-privé



Source : DEXIA

Enfin, dans le but d'assurer la construction et la rénovation de nombreux édifices publics, le recours à l'externalisation permet une mise à profit du savoir-faire des opérateurs privés.

Les objectifs poursuivis

L'un des objectifs poursuivis par les réformes en matière de partenariats public-privé découle de la contrainte budgétaire : il s'agit d'optimiser les coûts sur une longue durée.

Cet objectif ne peut être satisfait que moyennant la réunion de deux leviers d'action :

- un étalement des coûts budgétaires dans le temps (tant pour parer aux

hypothèses de pression fiscale trop brutale qu'à celles d'endettement public excessif) ;

- la dévolution à un unique opérateur des opérations de conception, de construction et d'exploitation/maintenance (tant pour réaliser des économies d'échelles que pour responsabiliser l'opérateur dans les étapes de conception et de réalisation, souvent porteuses de surcoûts d'exploitation lorsque ces différentes phases sont confiées à des opérateurs distincts et non interdépendants).

Le second objectif tient à la nécessité d'attirer des capitaux privés.

Cet objectif ne peut être réalisé que moyennant l'élaboration d'un partage

des risques optimisé entre collectivités publiques et opérateurs privés. Ce partage des risques est déterminant pour des raisons comptables. Schématiquement, lorsque les personnes publiques transfèrent l'intégralité du risque – comme en DSP – au secteur privé, ce dernier ne peut déconsolider la dette de son bilan, tandis que dans le cadre d'un MP, la consolidation s'opère dans les comptes publics. Cet objectif est en outre lié à l'évolution des normes comptables internationales. La situation d'endettement de nombreuses entreprises privées rend l'objectif de déconsolidation crucial. Pour leur part, les administrations publiques n'échappent pas à l'exigence de déconsolidation en raison des critères de Maastricht.

• *La nouvelle décision d'Eurostat "Le déficit et la dette – Traitement des partenariats public-privé" du 11 février 2004 [STAT/04/18] permet de faire sortir du bilan des administrations publiques les actifs liés aux PPP lorsque (conditions cumulatives) le partenaire privé supporte le risque de construction, ainsi qu'au moins l'un des deux risques suivants : celui de disponibilité ou celui lié à la demande.*

Les entraves à l'objectif contractuel poursuivi

Les contraintes qui pèsent sur l'État et les collectivités publiques et les objectifs en termes financiers et d'investissement expliquent pour une large part la réforme contractuelle engagée. Le mode idéal de contrat qui pourrait satisfaire aux attentes des personnes publiques réunit les avantages suivants :

- un contrat souple dans la définition de l'objet et aussi global que possible,
- de longue durée,
- facilitant le financement privé,

- autorisant le différé de paiement public,
- caractérisé par un régime juridique sécurisé.

Or, le droit public français classique ne permet pas de conclure un tel contrat.

La difficulté en droit français de conclure des contrats globaux

Le droit des marchés publics, issu tant de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique (loi MOP) que du Code des marchés publics, reste largement réfractaire à l'idée de contrat global.

En revanche, la concession (forme particulière de délégation de service public) rend possible la conclusion d'un contrat global, étant toutefois précisé que le recours au montage concessif souffre d'un critère réducteur particulièrement préjudiciable : l'existence nécessaire d'un service public à gestion déléguable.

• Le droit des marchés publics français : un droit réfractaire à l'idée de contrat global

Les marchés publics sont, en l'état actuel du droit, définis par le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics.

Aux termes de l'article Premier du Code, ce sont des "contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées" par un certain nombre de "personnes morales de droit public (...) pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services".

Cette caractéristique permet notamment de distinguer la délégation de service public du marché public, puisque dans le cadre du marché public, le cocontractant doit simple-

ment fournir les moyens de fonctionnement d'un service public qu'il n'exploite pas.

La rémunération des marchés publics se présente sous la forme d'un prix, en principe non fonction du risque de l'exploitation même si le marché peut comporter des "clauses incitatives" (article 16), qui du reste sont d'application rare, compte tenu de la brièveté de la relation contractuelle.

Le droit des marchés publics est, par principe, peu compatible avec la conclusion de contrats globaux, la loi n° 85-704 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (loi MOP), applicable aux marchés publics, disposant, par son article 7, que "pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur".

De cet article, il résulte que les collectivités publiques, dans leurs relations contractuelles, doivent respecter une distinction entre :

- d'une part, le maître d'œuvre (concrètement, l'architecte), qui assure toute la phase en amont du projet (la conception, les études d'impact...) ainsi que l'assistance pendant la construction ;
- d'autre part, l'entrepreneur (concrètement, l'entreprise de BTP), qui assure toute la phase en aval du projet (la réalisation des travaux).

Ce principe a pu paraître rigide dans les hypothèses où le développement du parc immobilier est d'urgence. Pour autant, la loi MOP prévoyait certaines atténuations à la règle, en posant une dérogation au principe par son article 18-I, qui vise les marchés de conception-réalisation. Cependant, la dérogation a paru trop limitative aux acteurs publics : elle n'est en

effet justifiée que pour des "motifs d'ordre technique [qui] rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage". Le champ des marchés publics de conception-réalisation est donc particulièrement étroit dans le cadre de la loi MOP.

De plus, la porte ouverte sur les marchés globaux par le Code des marchés publics est largement insuffisante.

En effet, aux termes de l'article 10 du Code des marchés publics issu du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics :

"(...) Pour les marchés ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, si l'acheteur public choisit de recourir à un marché alloti, la construction fait obligatoirement l'objet d'un lot séparé. S'il choisit de recourir à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction".

L'article 10 du Code des marchés publics pose le principe du recours à l'allotissement des marchés. S'il envisage la passation d'un marché global, cette modalité perd de son intérêt par la rémunération nécessairement segmentée du cocontractant, ce qui proscribit toute perspective d'économies d'échelle ou de compensation d'une opération sur l'autre.

• La délégation de service public : un contrat global d'application limitée

Les délégations de service public (DSP) comprennent un type de contrat qui permet l'association d'opérations de construction et d'exploitation au profit d'un unique cocontractant : la

concession. En ce sens, la concession constitue bien un type original de PPP. En atteste le cas de la concession pour le financement, la conception, l'exploitation et l'entretien du viaduc de Millau, d'une durée de 78 ans, totalement préfinancée par le concessionnaire (la Compagnie Eiffage), en contrepartie d'une rémunération sur les péages directement perçus auprès des usagers. Cependant, la concession se présente sur le mode d'une alternative limitative : elle ne peut être conclue que sur le fondement d'un service public dont la gestion est déléguable.

En effet, la délégation de service public, contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, rémunéré substantiellement en fonction des résultats de l'exploitation (article 3 de la loi MURCEF – loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier –), a pour objet d'associer le cocontractant de l'administration à l'exécution même d'un service public.

Pour que l'on puisse se situer dans le cadre du montage de la délégation de service public, il faut donc à la fois :

- qu'une activité de service public soit identifiable ;
- que sa gestion soit effectivement déléguable et déléguée au cocontractant de l'administration.

La concession constitue une forme particulière de DSP, étant précisé qu'elle seule permet (par contraste à l'affermage et la régie intéressée), de confier la construction et l'exploitation d'un ouvrage ou d'une infrastructure à un opérateur privé. Mais obéissant à la définition de la DSP, elle ne

peut porter que sur un service public déléguable.

La difficulté d'associer financement privé et paiement public étalé sur toute la durée du contrat

D'une part, le droit des contrats publics français constitue une entrave au développement viable de PPP car il repose sur des modèles contractuels "purs".

Les modèles MP et DSP sont en effet des modèles caractérisés par une certaine rigidité. L'association de ces deux modèles par la pratique comporte inévitablement un risque de requalification du contrat (en raison de la spécificité des règles de passation propre à chaque contrat, toute requalification est de nature à rendre illégale la décision d'attribution du contrat). Cette caractéristique rend impossible la combinaison d'une subvention publique importante et d'un financement privé.

D'autre part, les règles de paiement du prix en matière de marché public sont caractérisées par une rigidité qui nuit aux objectifs budgétaires et fiscaux des collectivités publiques. Elles rendent en effet impossible un étalement des paiements dans le temps, vu les termes de l'article 94 du Code des marchés publics qui dispose que : *"Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé"*. Les marchés publics sont donc porteurs d'une rigidité importante au plan financier : l'interdiction du paiement différé aggrave la situation de déficits publics des collectivités publiques, pourtant astreintes aux objectifs du pacte de stabilité.

Enfin, seule la délégation de service public (et en particulier en son sein la concession) permet d'instaurer une relation contractuelle de longue durée (environ 20 ans). À cet égard, la DSP,

aux termes de la loi, doit être d'une durée suffisante pour permettre l'amortissement des investissements réalisés par le délégataire, même si cette durée pour un ensemble important d'opérations doit en tout état de cause être limitée à 20 ans : la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, dite "loi Barnier", en ce qui concerne les secteurs de l'eau potable, du traitement et de l'incinération des déchets, prévoit que les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à 20 ans sauf autorisation circonstanciée du trésorier payeur général. À l'inverse, les marchés publics sont généralement de très courte durée (environ 2 à 3 ans).

Les difficultés dans la mise en place d'un cadre juridique sécurisé

D'abord, la solidité de la qualification du contrat pose problème dans le cadre des marchés publics (MP) et des délégations de service public (DSP), car le distinguo entre ces deux formes contractuelles s'opère par le prisme d'une notion extrêmement vague : une rémunération "substantiellement liée aux résultats de l'exploitation" pour la DSP, par opposition à une rémunération par un prix pour le MP.

Ce critère distinctif est potentiellement risqué car imprécis : on a pu le constater lorsque la Commission européenne a critiqué la qualification en concession du contrat portant sur la construction du Stade de France, estimant qu'il s'agissait en définitive d'un marché public. L'exemple des contrats de mobiliers urbains, *in fine* considérés par le juge administratif comme des marchés publics dans la mesure où les abandons de recettes publicitaires s'analysent en un prix, présentait aussi toutes les caractéristiques de l'incertitude de la qualification.

Ensuite, qu'il s'agisse d'un MP ou d'une DSP, les principes de l'exécution du contrat en cas de survenue d'une difficulté sont difficiles à cerner pour des opérateurs privés, et en particulier étrangers. Alors que le droit anglo-saxon confère aux stipulations contractuelles une importance déterminante, dans une logique de prévisibilité renforcée, le droit public français régit les difficultés d'exécution des contrats par un ensemble de théories jurisprudentielles qui complètent ou suppléent les clauses stipulées par les parties, connues des seuls spécialistes du droit administratif français (théories du fait du prince, des sujétions imprévues et de l'imprévision).

Enfin, le droit des contrats administratifs gagnerait à présenter davantage de garanties aux investisseurs privés. À cet égard, peuvent être un obstacle à l'investissement privé :

- le pouvoir de résiliation unilatérale, source d'inquiétude pour les opérateurs privés ;
- dans le cas particulier d'opérations sur le domaine public, la possibilité restreinte de conférer des droits réels à l'occupant, ainsi que les contraintes encadrant les cessions de créances et les cessions partielles de contrat.

Un recours à l'expertise privée rendu difficile

À l'exception notable de la concession, le droit des ouvrages publics français est assez rebelle à la maîtrise d'ouvrage privée et encore davantage au fait de confier la maîtrise d'ouvrage publique à une personne privée.

En droit privé, le maître d'ouvrage est la personne pour le compte de laquelle les travaux ou ouvrages sont exécutés (article 1787 s. du Code civil).

La domanialité publique est définie dans la jurisprudence par la conjonction de deux éléments

1. Un élément organique : une personne publique propriétaire du bien ;
2. Un élément matériel : l'affectation du bien à une utilité publique (c'est-à-dire l'affectation du bien : soit à l'usage direct du public, soit à un service public – sous réserve, dans ce dernier cas, d'un aménagement spécial dénotant de l'effective affectation au service public –).

Au fil du temps, la jurisprudence du Conseil d'État a rendu largement inopérant le critère correctif de l'aménagement spécial, tout en développant très largement la notion de service public, ce qui a favorisé une extension importante du périmètre de la domanialité publique, soumise à un régime contraignant. En effet, le domaine public ne peut être cédé, ni grevé de droits réels (en particulier ils ne peuvent faire l'objet d'hypothèque, ni de crédit-bail), ni expropriés ni saisis.

On pouvait alors penser qu'il était toujours loisible aux collectivités territoriales de déclasser un terrain nu, y faire construire un ouvrage, puis l'intégrer dans le domaine public en phase d'exploitation du service public. Cette option a été clairement rejetée par le Conseil d'État, dans un arrêt de principe de 1985 qui a fait naître ce que la doctrine nomme la "domanialité publique virtuelle" (CE, 6 mai 1985, Eurolat, n° 41589). Aux termes de cet arrêt, dès lors qu'un terrain du domaine privé d'une collectivité publique fait l'objet de travaux de construction tendant à édifier un ouvrage destiné à une utilité publique, ce terrain doit par anticipation, dès le commencement des travaux, être soumis aux contraintes résultant du régime de la domanialité publique. Cette position a été reprise dans un avis du Conseil d'État du 31 janvier 1995 : "L'appartenance d'un terrain nu qui est la propriété d'une personne publique au domaine public ne se concrétise que dans la mesure où ce terrain reçoit une affectation à l'usage direct du public ou à un service public moyennant des aménagements spéciaux. Le fait de prévoir de façon certaine l'une ou l'autre de ces destinations implique cependant que le terrain est soumis dès ce moment aux principes de la domanialité publique".

En droit public, l'article 2 de la loi MOP dispose que *"Le maître d'ouvrage est la personne morale (...) pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre"*.

Il résulte de ces textes qu'il existe un principe de liaison entre, d'une part, la qualité de maître d'ouvrage, et, d'autre part, la qualité de personne pour laquelle l'ouvrage est construit. La loi MOP telle qu'elle est interprétée en jurisprudence pose trois conditions cumulatives pour qu'une personne publique soit le maître d'ouvrage. Si une seule de ces trois condi-

tions fait défaut, une maîtrise d'ouvrage privée est envisageable. Ces conditions cumulatives sont les suivantes :

- la construction d'un immeuble entièrement destiné à devenir la propriété de la personne publique ;
- un transfert de la propriété de l'ouvrage dès son achèvement ;
- la direction technique des travaux par la personne publique.

La satisfaction de ces conditions, plaçant l'opération dans le cadre de la maîtrise d'ouvrage publique, exclut tout transfert de la maîtrise d'ouvrage au secteur privé. Les personnes publiques dans ce contexte ne peu-

vent donc pas bénéficier d'une conduite des opérations enrichie de l'expertise du secteur privé, d'où leur recours fréquent à la vente en état futur d'achèvement (VEFA), qui permet de lever de tels obstacles (cf. 1.3.).

1.3. Un développement diffus de pratiques d'évitement des contraintes

Trois types de pratiques existent :

- celles qui ont été rejetées tant par la jurisprudence que par la loi : les marchés d'entreprise de travaux publics (METP) ;
- celles qui se sont développées par une lecture "en creux" du droit administratif : la vente en état futur d'achèvement (VEFA) ;
- celles qui ont été avalisées par le législateur et qui se sont traduites par l'apparition de nouveaux contrats : les montages fondés sur les baux emphytéotiques administratifs (BEA) et sur les autorisations d'occupation temporaire (AOT), ainsi que des formules équivalentes adaptées à certains secteurs.

Une pratique condamnée : les marchés d'entreprise de travaux publics (METP)

Sont en cause des contrats créés par la pratique dans les années 1960-1970 que la jurisprudence a d'abord admis, pour les condamner à la fin des années 1990.

Dans un premier temps, les METP renvoyaient à une catégorie *sui generis* consacrée et validée par la jurisprudence. Sont en cause des contrats de longue durée, ayant pour objet de confier à un cocontractant unique la construction d'un ouvrage et son exploitation, moyennant une rémunération forfaitaire versée de manière

fractionnée par la collectivité publique. Ni marchés publics ni délégations de service public, tout en associant des éléments de définition de ces deux instruments, les METP vont faire l'objet d'un usage important par les personnes publiques (et en particulier les collectivités locales, qui y voient un moyen de financer dans des délais brefs des équipements coûteux, sans recourir à l'emprunt et sans augmentation brutale de la pression fiscale).

Cependant, à partir du moment où la jurisprudence administrative va juger problématique l'absence de fondement juridique de ces contrats, elle va les rattacher aux marchés publics, et partant, les considérer irréguliers, dès lors qu'ils contreviennent à l'interdiction du paiement différé et aux règles d'allotissement (CE, 8 février 1999, préfet des Bouches-du-Rhône c/commune de La Ciotat, n° 150931). Les METP ont encore été sujets à un certain nombre de critiques d'ordre politique : ont été décriés leur opacité financière ainsi que le surcoût présenté par le financement privé par rapport à l'emprunt public.

Le législateur aurait pu supprimer cette illégalité en institutionnalisant les METP mais cela ne sera pas entrepris, dans un contexte de dévoiement de la pratique des METP : au fil du temps, se sont développés des "faux METP", à savoir des marchés bénéficiant des avantages du METP sans pour autant confier au cocontractant l'exploitation d'un ouvrage, mais seulement sa construction et/ou sa maintenance.

Une pratique d'évitement des contraintes : la vente en état futur d'achèvement (VEFA)

Les collectivités publiques vont se tourner vers la maîtrise d'ouvrage privée en imaginant des montages contractuels faisant échec à l'un ou

l'autre des trois critères de définition de la maîtrise d'ouvrage publique.

D'abord, les personnes publiques vont pouvoir faire échec à la première condition – celle de la construction d'un immeuble entièrement destiné à devenir la propriété de la personne publique – en faisant construire des immeubles accueillant à la fois des ouvrages publics et des bureaux privés (d'où la multiplication, par exemple, des crèches en rez-de-chaussée dans les villes nouvelles).

Ensuite, aux fins de réaliser le transfert de la propriété de l'ouvrage dès son achèvement, les dispositifs de type crédit-bail ou location avec option d'achat (LOA) diffèrent l'entrée en jouissance de la propriété pour la personne publique (cf. 2).

Enfin, pour déroger à la condition relative à la direction technique de la personne publique, la formalisation du projet peut être confiée – au moins en apparence – au partenaire privé.

Ces stratégies d'évitement de la maîtrise d'ouvrage publique ne sont pas anodines. Elles permettent :

- de sortir du périmètre d'application du Code des marchés publics ;
- de bénéficier du savoir-faire du secteur privé dans la direction technique des travaux.

L'exemple le plus emblématique de la stratégie d'évitement de la loi MOP et du Code des marchés publics par les personnes publiques s'illustre dans leur recours à la vente en état futur d'achèvement (VEFA).

Montage issu du droit privé, la VEFA constitue un contrat de vente, par lequel une personne achète immédiatement un immeuble non construit, à charge pour le vendeur de le

construire et d'en remettre la propriété à une certaine date, en tout cas postérieure à l'achèvement des travaux. L'acquéreur paie par tranches. Le contrat prévoit une somme, des levées et remises de fonds et éventuellement des garanties hypothécaires.

- *Aux termes de l'article 1601-3 du Code civil, "La vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux. Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux".*

La jurisprudence a admis l'utilisation du procédé VEFA pour les personnes publiques, sous réserve toutefois du respect de certaines conditions.

- *Suivant l'arrêt CE du 8 février 1991, Région Midi-Pyrénées c/Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne et autres (n° 57679), "si aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers en utilisant le contrat de vente en l'état futur d'achèvement prévu à l'article 1601-3 du code civil, elles ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque, comme en l'espèce, l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres".*

De cette jurisprudence, il résulte que la VEFA est un marché public déguisé, et qu'elle est en conséquence illicite, lorsque l'administration l'utilise pour (conditions cumulatives) : (i) la construction même d'un immeuble pour son propre compte, (ii) conçu en fonction de ses besoins propres, (iii) l'immeuble étant entièrement destiné à devenir sa propriété.

Les inconvénients de la VEFA : limitation des opérations concernées

La VEFA n'est pas concevable pour l'immobilier spécifiquement public (ex. : une médiathèque) : en effet, dans ce cas, comment l'administration pourrait-elle prétendre qu'elle ne fait que tirer parti d'une opération privée ?

Les avantages de la VEFA

- Un procédé simple : avocat + notaire.
- Un paiement progressif (ce qui permet à la collectivité publique d'équilibrer sa trésorerie et de supporter un moindre effort financier du fait de l'échelonnement).
- Une maîtrise d'ouvrage privée, et partant, absence de soumission aux obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par le Code des marchés publics.

La VEFA constitue un montage intéressant pour tout bâtiment qui se présente sous la forme d'un immeuble public sans singularité. Il peut même s'agir d'un commissariat de police en rez-de-chaussée de bureaux (Conseil d'État, Avis des sections de l'Intérieur et des Travaux publics réunies, 31 janvier 1995, n° 356960).

• Les pratiques permises par la loi

Face aux contraintes, le législateur, prenant acte de l'impasse dans laquelle

se trouvaient les collectivités publiques pour présenter à leurs partenaires privés des conditions contractuelles adaptées à la vie des affaires, a créé des montages contractuels dérogeant à la loi MOP et aux principes régissant le domaine public.

Domanialité publique : les mesures de déclassement global et l'émergence de montages contractuels dérogatoires

La jurisprudence "Eurolat" a immédiatement été perçue comme problématique. Plus précisément, avec la jurisprudence "Eurolat", le champ de la domanialité publique s'étend considérablement, puisqu'il s'agit d'aligner les contraintes de la domanialité publique sur des terrains qui ne sont pas encore affectés à une utilité publique, mais qui vont l'être de manière certaine.

C'est dans ce contexte que le législateur va intervenir en vue de lever certains obstacles.

L'intervention législative va permettre d'opérer le déclassement global de vastes ensembles domaniaux pour faciliter la gestion d'entreprises publiques (La Poste, France Télécom – avant privatisation –, projet de loi en cours pour ADP) ou de biens immobiliers à l'usage de bureau appartenant à l'État ou à ses établissements publics (cf. ordonnance n° 2004-825 du 19 août 2004 modifiant l'article 2 du Code du domaine de l'État pour les intégrer dans le domaine privé des personnes publiques concernées).

En matière contractuelle, la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 crée le bail emphytéotique administratif (BEA), qui concerne l'échelon local et 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 crée l'autorisa-

tion d'occupation temporaire grevée de droits réels (AOT), qui concerne l'échelon national (cf. 2.1).

Par suite, vont intervenir d'autres textes qui vont avoir pour effet d'étendre les hypothèses de constitution de droits réels sur le domaine public dans des cas qui n'entraient pas dans les prévisions des lois de 1988 et de 1994 (cf. 2.2.).

Loi MOP : la création de "dérogations à la dérogation"

Alors que la loi MOP limitait la dérogation des marchés de conception-réalisation à des hypothèses jugées trop restrictives, cet obstacle va être contourné par la création de "dérogations à la dérogation". Vont être visés des secteurs sensibles, où la nécessité de développer le parc immobilier est d'urgence.

Ainsi en est-il des secteurs de la sécurité intérieure, de la justice, des armées, de la défense nationale et de la santé. Des dispositifs sectoriels vont généraliser le *modus operandi* de la conception-réalisation dans des cas où pourtant, aucun motif d'ordre technique ne pouvait justifier son recours. En effet, les textes dont il est question ont cela de commun qu'ils permettent de passer un marché portant à la fois sur la conception, la réalisation, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou d'équipements (ou sur une combinaison de ces différentes missions), au lieu de passer n + 1 marchés pour chacune de ces missions.

2. Présentation comparative des contrats publics

Antérieurement à l'institution des contrats de partenariat, le recours des personnes publiques au secteur privé

pour l'exécution de services ou la réalisation d'ouvrages était envisageable au moyen de divers montages contractuels à caractère général (2.1.) ou sectoriel (2.2.), qui aujourd'hui demeurent des voies alternatives aux nouveaux partenariats public-privé.

2.1. Les instruments généraux

Les instruments généraux sont de deux types.

D'une part, il s'agit de contrats qui sont enracinés dans le droit français depuis plusieurs siècles : les délégations de service public (DSP) et les marchés publics (MP). Encore faut-il préciser que seules les DSP instituent une relation de partenariat à la fois parce qu'elles confèrent souvent une mission globale aux opérateurs privés mais aussi parce qu'elles transfèrent une responsabilité dévolue à la personne publique alors que le titulaire d'un marché public assure la fourniture de moyens pour le service public et n'est pas investi d'une mission globale.

D'autre part, on observe des schémas contractuels de création récente (fin des années 1980, début des années 1990) qui remettent en cause un certain nombre de principes jusqu'alors parfaitement ancrés dans le droit des contrats publics : il s'agit de montages fondés sur les baux emphytéotiques administratifs (BEA) et sur les autorisations d'occupation temporaire du domaine public (AOT).

Les conventions de délégation de service public (DSP)

- **Les inconvénients**

Outre le fait que la délégation de service public tombe – comme le marché public – sous le coup du délit de favoritisme (encore dit "délict d'avan-

tage injustifié", cf. article 432-14 du Code pénal), ses inconvénients principaux résident :

- dans la restriction de son objet à un service public déléguable ;
- dans une définition fondée sur la rémunération du cocontractant qui doit être substantiellement liée aux résultats d'exploitation, critère susceptible d'appréciation et, par suite, d'insécurité juridique.

• Les avantages pour la collectivité publique

Une forme particulière de DSP – la concession – permet de confier la construction d'une infrastructure publique et la gestion d'un service public par un même contrat à un même cocontractant (le concessionnaire), qui se voit transférer la maîtrise d'ouvrage. L'affermage se distingue de la concession par la fourniture des équipements par la collectivité, d'où, en principe, une maîtrise d'ouvrage publique suivie d'une exploitation privée.

La concession est un contrat de longue durée (liée à l'amortissement des investissements réalisés par le concessionnaire, elle est limitée à 20 ans dans les secteurs de l'eau, de l'assainissement et des déchets), dans lequel la responsabilité juridique et les risques de gestion sont supportés par le cocontractant, qui bénéficie toutefois de deux séries de protection : (i) une exclusivité dans la gestion du service – objet du contrat, et (ii) un droit à l'équilibre économique prenant la forme d'une indemnisation lorsque survient un bouleversement de nature à remettre en cause l'économie générale du contrat, que cet événement perturbateur provienne du fait de la personne publique (théorie du fait du prince) ou de circonstances imprévisibles au moment de la conclusion

du contrat et étrangères à la volonté des parties (théorie de l'imprévision).

• Secteurs concernés par le montage

La distribution de l'eau en France est très majoritairement assurée en gestion déléguée, montage qui concerne 75 % du nombre d'usagers desservis. Trois acteurs majeurs sur le marché de l'eau : la Lyonnaise des Eaux, Veolia Environnement (via sa filiale Compagnie générale des Eaux), et la SAUR (ex-filiale du groupe Bouygues).

L'assainissement et la gestion des déchets font l'objet d'affermages le plus souvent.

En revanche, la concession va typiquement intervenir dans la construction de parcs de stationnement ou d'autoroutes, dans la mesure où le concessionnaire va pouvoir se rémunérer par les péages et redevances pour service rendu, disposant le plus souvent d'un droit d'exclusivité lui garantissant des recettes suffisantes pour compenser les dépenses qu'il engage, dans l'hypothèse où il gère convenablement le service et où le risque de la demande n'est pas trop handicapant. Globalement, le principe est que la concession trouve son domaine d'intervention de prédilection dans des activités générant une exploitation rémunérative. Le cas échéant, ce montage n'est pas viable pour le concessionnaire, attendu le critère obligatoire de la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation (d'où la quasi-absence de DSP dans le secteur des services publics sociaux).

Les marchés publics (MP)

• Les inconvénients

La procédure d'attribution des marchés publics est indéniablement perçue comme la plus contraignante.

Malgré un effort de simplification, le nouveau Code introduit la notion de marchés passés selon une “*procédure adaptée*” en lieu et place de la notion de “sans formalités préalables”, en ce qui concerne les marchés dont les prix sont inférieurs aux seuils fixés par le Code (ex. pour les marchés de travaux : 230 000 HT). Dès le premier euro dépensé, les marchés sont soumis à un certain nombre de principes énoncés par l’article Premier du Code (liberté d’accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures, définition préalable des besoins par l’acheteur public, respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et choix de l’offre économiquement la plus avantageuse).

En outre, les marchés sont des contrats d’assez courte durée, et qui en principe ne peuvent pas concerner une opération globale – sauf dispositifs sectoriels (cf. 2.2.) –. Autrement dit, si l’objet du marché est multiple, il faut passer autant de marchés qu’il y a de catégories de compétences requises.

Enfin, le marché public tombe sous le coup du délit de favoritisme.

• Les avantages

Contrairement à la délégation de service public, il permet à l’administration de répondre à ses besoins propres, en matière de fournitures, de travaux et de services.

Étant donné que la personne publique demeure le maître d’ouvrage, et que ce montage sépare la conception de la réalisation, le marché public favorise la qualité des études préalables. Les deux aspects sont dissociés : si une opération implique de la conception puis de la réalisation, elle fera l’objet de deux marchés successifs (un mar-

ché avec un maître d’œuvre puis un marché avec une entreprise de BTP).

• Opérations concernées par le montage

Elles sont diverses et relativement précises du fait du principe du non-recours aux marchés globaux. Par exemple :

- marchés de fournitures : fourniture de produits pharmaceutiques pour un hôpital public ;
- marchés de services : études de faisabilité, appel à des géomètres pour relevés topographiques ;
- marchés de travaux : installation d’un réseau de télécommunications.

Les baux emphytéotiques administratifs (BEA)

Le BEA a été créé par la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988, codifiée aux articles L. 1311-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

Seuls sont habilités à passer un BEA :

- les collectivités territoriales,
- les établissements publics locaux,
- les groupements de collectivités territoriales.

Il s’agit d’un contrat administratif inspiré du droit rural qui permet à une personne publique de faire financer des équipements publics par une personne privée – le preneur –, maître d’ouvrage de l’opération (d’où dérogation à la loi MOP). À cette fin, la loi de 1988 permet de déroger partiellement aux principes régissant le domaine public : inaliénabilité, imprescriptibilité, insaisissabilité et incessibilité. En effet, le mécanisme du BEA confère à son titulaire – le preneur – un droit réel pouvant faire l’objet d’hypo-

thèque et susceptible d'être consenti pendant une durée de 18 à 99 ans.

Mais le recours au BEA est étroitement conditionné par la sphère de compétences des collectivités locales. Ces dernières ne peuvent s'engager dans cette voie que pour des immeubles dont elles sont propriétaires et seulement aux fins de satisfaire un intérêt général ou immobilier entrant dans leur domaine de compétences. Il en résulte, a contrario et en pratique, qu'une collectivité ne saurait en aucun cas, par exemple, conclure un BEA en vue de la construction d'une université sur ses dépendances domaniales, dans la mesure où, se faisant, elle empiéterait sur les compétences de l'État. De plus, si le dispositif BEA est en principe opérationnel sur le domaine public, il est néanmoins exclu pour toute dépendance du domaine public relevant du champ d'application des contraventions de voirie (article L. 1311-2 du CGCT). Cette exclusion vise toutes les dépendances du domaine public fluvial, aéroportuaire et routier, ainsi que les voies ferrées locales.

En conférant des droits réels au preneur, le BEA permet la cession et l'hypothèque de ces droits, ce qui facilite le financement par des établissements de crédit.

Cette modalité de droit commun a toutefois été adaptée dans le but d'assurer une protection efficace de l'affectation du domaine public. En effet, l'hypothèque du droit réel du preneur ne peut être accordée que :

- moyennant l'agrément de l'établissement de crédit par la collectivité territoriale bailleuse ;
- et à la condition que les emprunts ainsi garantis aient pour seul objet de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur la dépendance louée.

**La notion d'hypothèque
en droit des sûretés
et des garanties du crédit**

En droit des sûretés et des garanties du crédit, on distingue les sûretés personnelles des sûretés réelles, selon que le créancier dispose d'un droit contre une personne autre que le débiteur principal, ou d'un droit sur une chose dont le débiteur est propriétaire.

Au titre des sûretés réelles, un mécanisme essentiel : l'hypothèque. Ce mécanisme présente de nombreux avantages. L'hypothèque a pour assiette le droit de propriété portant sur un immeuble (bâti ou non bâti). Elle permet au créancier de prêter des sommes d'argent importantes tout en ayant la certitude de disposer de la possibilité, le cas échéant, en cas d'insolvabilité du débiteur, de se rémunérer par la vente de l'immeuble.

Au surplus, l'article L. 1311-3 précise que la collectivité territoriale (ou l'établissement public local, ou l'EPCI) a la faculté de se substituer au preneur dans la charge des emprunts en résiliant ou en modifiant le bail "et, le cas échéant, les conventions non détachables". L'ensemble contractuel constitué par le BEA et la convention non détachable permet au preneur à bail de confier l'exploitation de l'ouvrage construit (ex. : un incinérateur) à une société d'exploitation ainsi investie d'une mission de service public. Cependant, la convention non détachable ne doit pas s'analyser en une DSP, auquel cas le risque d'annulation contentieuse s'applique à l'ensemble contractuel : il s'agirait en effet d'une DSP conclue sans application des procédures de passation requises, et partant, entachée de nullité.

• **Les inconvénients du BEA**

Outre le fait que le montage BEA exclut une catégorie importante d'opérations (champ des contraventions de voirie), surtout :

– il encourt un risque de requalification en DSP ;

– et le cas échéant, lorsque la convention non détachable d'organisation du service public n'est pas requalifiée, c'est un dispositif peu favorable à un contrôle de la pérennité de l'opération par la collectivité publique (il lui sera difficile d'imposer des obligations de service car le motif impulsif du BEA consiste simplement à conclure un contrat pour octroyer un avantage contre un programme d'intérêt général).

• Les avantages du BEA

C'est un contrat de longue durée (de 18 à 99 ans), qui permet de faciliter le financement privé grâce aux droits reconnus à l'emphytéote sur le domaine public.

Les autorisations d'occupation temporaire (AOT)

L'AOT constitue le pendant pour l'État et ses établissements publics du BEA pour les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics. Ce mécanisme a été introduit par 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, codifiée aux articles L. 34-1 et suivants du Code du domaine de l'État. Il résulte des termes de l'article L. 34-1 du Code du domaine de l'État que les personnes publiques à l'échelon national peuvent octroyer des autorisations d'occupation du domaine, soit unilatéralement, soit par voie contractuelle, assorties de droits réels au profit de leur bénéficiaire.

Comme dans le mécanisme BEA, l'occupant est maître d'ouvrage :

– parce qu'il est propriétaire jusqu'au terme du contrat des ouvrages qu'il édifie ;

– parce qu'il assure la direction technique des actions de construction.

Et à l'instar du BEA, l'AOT permet de confier aux prêteurs des garanties de leur financement sous forme d'hypothèques. Ces dernières, cependant, ne doivent pas porter atteinte à l'affectation du domaine et doivent avoir pour seul objet de permettre le financement d'opérations immobilières prévues par l'AOT.

En revanche, contrairement au BEA, l'AOT permet la conclusion par son titulaire de contrats de crédit-bail portant sur les ouvrages, constructions et installations qu'il réalise.

• *Le crédit-bail est un mécanisme prévu aux articles L. 313-7 à L. 313-11 du Code monétaire et financier. Il s'agit d'une convention par laquelle un établissement de crédit (le bailleur) met à la disposition d'un client (le preneur), moyennant le versement d'un loyer, des biens d'équipement ou du matériel d'outillage ou un immeuble à usage professionnel dont cet établissement reste propriétaire, sachant que le preneur peut, en fin de bail, soit relouer, soit restituer, soit racheter par un prix fixé à l'origine ces biens.*

L'article L. 34-7 du Code du domaine de l'État vise cette modalité de financement qui présente en particulier l'avantage d'être "déconsolidant" pour la collectivité. Ainsi, le titulaire de l'AOT peut, sous réserve de l'agrément de l'État, conclure des contrats de crédit-bail portant sur les ouvrages, constructions et installations qu'il réalise.

• Les inconvénients de l'AOT

Il est impossible de recourir au crédit-bail pour les ouvrages, constructions et installations :

– affectés à un service public et aménagé à cet effet, (ou)

- affectés directement à l'usage du public, (ou encore)
- réalisés pour une personne publique dans un but d'intérêt général.

Autrement dit, le recours au crédit-bail dans le cadre de l'article L. 34-7 est caractérisé par un périmètre extrêmement restreint.

Par ailleurs, le domaine public naturel est exclu du dispositif de constitution de droits réels (article L. 34-9 du Code du domaine de l'État).

• Les avantages de l'AOT

L'AOT peut être accordée pour une très longue durée pouvant aller jusqu'à 70 ans.

De plus, l'AOT a un champ d'application plus large que celui du BEA : les permissions de voirie sont intégrées dans le dispositif constitutif de droits réels sur le domaine public de l'État.

Enfin, le dispositif AOT a été interprété par le Conseil d'État comme susceptible d'être combiné avec une technique de financement particulièrement efficace : la location avec option d'achat (LOA). Dans son Avis des sections de l'Intérieur et des Travaux publics réunies en date du 31 janvier 1995 (n° 356960), le Conseil d'État interprète la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 comme ne s'opposant pas à ce qu'il soit fait usage du droit réel conféré par l'AOT *"en vue de la réalisation d'un ouvrage qui serait mis, par voie de bail, à la disposition de la personne gestionnaire du domaine de l'État"*. Cette modalité permet un paiement différé de l'ouvrage public tout en respectant l'affectation d'utilité publique, dans la mesure où le contrat de location comporte une clause d'option d'achat susceptible d'être levée par l'État à tout moment de l'exécution du contrat. Ce montage

a notamment fait l'objet d'une application pour la construction et la gestion de l'hôtel de police de Strasbourg : une AOT a été octroyée par l'État à une société civile immobilière, assortie d'une convention d'occupation d'un immeuble bâti au profit de l'État, reposant sur une location avec option d'achat (LOA), contrats auxquels s'est ajouté un marché de conception-réalisation. Ce montage a permis de faire assurer le financement, la conception, la construction et la gestion technique de l'hôtel de police. Cependant, on a pu observer que ce cadre juridique avait été jugé peu sécurisant par les investisseurs, notamment étrangers, qui à la réflexion, ont refusé de s'y engager.

2.2. Les instruments sectoriels

Les BEA dérogatoires : LOPSI/LOPJ et ordonnance BEH (baux emphytéotiques hospitaliers)

• Domaines concernés

Par dérogation à l'économie générale de la loi sur les BEA et aux dispositions de la loi MOP, il existe depuis quelques années des BEA sectoriels qui se caractérisent par un régime juridique nettement plus favorable aux investissements privés et qui permettent la conclusion de marchés globaux.

Les domaines concernés sont :

- la justice, la police et la gendarmerie nationale (loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure dite LOPSI et loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice dite LOPJ) ;
- la santé publique (ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisa-

tion et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médicaux-sociaux soumis à autorisation dite ordonnance BEH).

Aux termes de l'article L. 1311-2 du CGCT modifié par les lois et l'ordonnance précitées, tout bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un BEA en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins de la justice, de la police et de la gendarmerie nationales, ou d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique.

• **Innovations introduites par les BEA secteurs spéciaux**

Ces BEA secteurs spéciaux, d'une part, réalisent une extension du champ du droit commun des BEA et, d'autre part, sont dérogatoires à la loi MOP et au Code des marchés publics.

Sur l'extension du périmètre des BEA

D'abord, les opérations visées par les BEA secteurs spéciaux, même si elles entrent dans le champ des dépendances dont les collectivités sont propriétaires, sont destinées à mettre des immeubles à la disposition de l'État. Ensuite, les BEA sectoriels autorisent la conclusion de contrats de crédit-bail sans restrictions liées aux contraintes classiques de la domania- lité publique.

• *L'article L. 1311-4-1 du CGCT, introduit par la loi LOPSI et l'ordonnance BEH, dispose que "Jusqu'au 31 décembre 2007, les collectivités territoriales et les EPCI peuvent construire, y compris sur les dépendances de leur domaine public, acquérir ou rénover des bâtiments destinés à être mis à la disposition de l'État pour les besoins de la justice, de*

la police ou de la gendarmerie nationales ou d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique (...) Les constructions mentionnées au présent article ainsi que celles qui sont réalisées dans le cadre de contrats de partenariat peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public".

Sur la dérogation à la loi MOP et au Code des marchés publics

Ces contrats sont des marchés globaux, portant à la fois sur la conception, la réalisation, l'entretien et la maintenance d'ouvrages et d'équipements publics.

• **Économie générale du BEH**

Le bail emphytéotique hospitalier (BEH) comme tout BEA est caractérisé par une durée comprise entre 18 et 99 ans. Il permet de déroger aux articles 7 et 18 de la loi MOP, en prévoyant la possibilité pour un établissement public de santé ou une structure de coopération sanitaire de passer un marché portant à la fois sur la conception, la réalisation, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des bâtiments et équipements nécessaires au service public de la santé, ces diverses missions pouvant être combinées partiellement.

Il s'agit donc d'un marché public global assorti d'un BEA dérogatoire, et qui est caractérisé par des procédures de publicité et de mise en concurrence simplifiées.

Les avantages du BEH sont nombreux :

- raccourcissement des procédures d'attribution ;
- étalement des paiements sur une longue période ;

- délégation à un tiers unique de la maîtrise d'ouvrage de projets immobiliers importants ;
- externalisation à la carte (les opérations dévolues au cocontractant peuvent être choisies au sein d'une liste exhaustive conformément aux besoins des hôpitaux).

Une Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (la MAINH) a été instituée pour mettre à disposition des acteurs publics concernés un guide pour le choix et la mise en œuvre des modalités offertes par l'ordonnance BEH du 4 septembre 2003.

Partenariat public-privé sectoriel, le dispositif BEH connaît un grand succès depuis sa première utilisation par le centre hospitalier universitaire (CHU) de Caen, qui a lancé le 8 mai 2004 un appel à candidatures pour une extension de ses bâtiments pour un BEH d'une durée de 25 ans. Grâce au montage BEH, le CHU envisage un investissement total de 430 millions d'euros, dont seulement 100 millions d'euros seraient investis par le CHU à court terme (le restant de la somme pouvant être payé de manière différée, par des loyers versés mensuellement par le jeu du bail emphytéotique). Le financement est favorisé par la possibilité du recours au crédit-bail.

• Économie générale du BEA – LOPSI/LOPJ

La LOPSI comporte un volet intéressant l'État (v. *supra*) et un volet intéressant les collectivités locales. La LOPJ en revanche ne concerne que les collectivités locales. Cependant, cela n'a guère d'incidence car la LOPSI comprend un volet à la fois national et local sur la justice.

Les collectivités locales peuvent participer, si elles le souhaitent, jusqu'au

31 décembre 2007, à la réalisation d'opérations immobilières liées aux besoins de la justice, de la police nationale ou de la gendarmerie nationale, et à cet effet, sont autorisées à conclure un bail emphytéotique sur un bien immobilier leur appartenant en vue de réaliser une telle opération. Le BEA – LOPSI/LOPJ permet aux collectivités territoriales de construire, acquérir ou rénover des bâtiments affectés à la justice, à la police ou à la gendarmerie, sachant que par dérogation au droit commun des BEA, les droits réels nés de ces baux spéciaux peuvent faire l'objet d'un contrat de crédit-bail.

Ce dispositif présente pour les collectivités territoriales l'avantage d'être éligibles au fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA) : selon les textes, le concours des collectivités locales à la réalisation d'opérations immobilières entreprises avant le 31 décembre 2007 relatives à des bâtiments affectés à l'usage de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, ouvre droit à l'éligibilité au FCTVA, sous réserve que les bâtiments concernés soient mis à disposition de l'État à titre gratuit.

Les AOT – LOA sectorielles : LOPSI et loi de programmation militaire

• Domaines concernés

Dans des secteurs spéciaux, des lois ont eu pour effet d'amender le Code du domaine de l'État, en prévoyant des AOT dérogatoires :

- ouvrant droit à un recours au crédit-bail dénué des conditions qui habituellement restreignent considérablement son périmètre d'application ;
- autorisant des contrats globaux.

Les domaines concernés sont :

– la justice, la police nationale, la gendarmerie nationale (loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure dite LOPSI) ;

– l'armée, les services du ministère de la Défense (loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008 dite loi de programmation militaire).

• **Innovations introduites par les AOT – LOA secteurs spéciaux**

Le recours étendu au mécanisme du crédit-bail

• Aux termes de l'article L. 34-7-1 du Code du domaine de l'État, modifié par les mêmes lois précitées, "Par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article L. 34-7, le financement des constructions mentionnées à l'article L. 34-3-1 ou réalisées dans le cadre des contrats de partenariat peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public. Les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 34-7 sont applicables".

Dérogeant au premier alinéa de l'article L. 34-7, le "crédit-bail LOPSI et programmation militaire" n'est aucunement exclu pour les ouvrages, constructions et installations :

– affectés à un service public et aménagés à cet effet, (ni)

– affectés directement à l'usage du public, (ni même)

– réalisés pour une personne publique dans un but d'intérêt général.

La dérogation à la loi MOP

Ces contrats sont des marchés globaux : par ce mécanisme, l'État et ses établissements publics peuvent confier à un même cocontractant la conception, la construction, l'aména-

gement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés soit à la police ou à la gendarmerie nationales, soit aux armées et aux services du ministère de la Défense.

• **Une référence explicite à l'AOT – LOA**

La LOPSI et la loi de programmation militaire prévoient un mécanisme d'AOT d'une durée de 70 ans au maximum, associé à un contrat de location avec option d'achat (LOA).

• Aux termes de l'article L. 31-3-1 du Code du domaine de l'État, modifié par les lois programmation militaire et LOPSI, "L'État et le titulaire d'une AOT du domaine public peuvent conclure un bail portant sur des bâtiments à construire par le titulaire pour les besoins de la justice, de la police nationale, de la gendarmerie nationale, des armées ou des services du ministère de la Défense et comportant, au profit de l'État, une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations ainsi édifiées. Dans ce cas, le bail comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public".

Une fois ces divers dispositifs sectoriels adoptés, et compte tenu de la nécessité de faciliter le financement privé dans de nombreux autres domaines, le Gouvernement avait le choix :

– soit de créer de nouveaux dispositifs sectoriels dérogatoires à la loi MOP et aux principes de la domanialité publique ;

– soit de créer un dispositif général, intégrant les dérogations admises pour certains secteurs.

L'institutionnalisation du contrat de partenariat (ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) démontre que c'est cette seconde option qu'il a privilégiée (cf. chapitre 2).

CHAPITRE 2

Les contrats de partenariat : entre innovation et adaptation

Les contrats de partenariat s'inscrivent dans la perspective d'innover par rapport aux mécanismes juridiques qui leur préexistent en droit de la commande publique (1). Les logiques qui les caractérisent résultent d'une appropriation originale de solutions étrangères en partenariats public-privé (2).

1. Les innovations introduites par l'ordonnance sur les contrats de partenariat

1.1. L'économie générale des contrats de partenariat

Le contrat de partenariat (CP), nonobstant l'originalité de sa définition et de ses caractéristiques, se distingue le plus fortement des autres contrats publics par le sort qu'il réserve à l'évaluation et au partage des risques.

Définition des contrats de partenariat

• Aux termes de l'article Premier de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, prise sur le fondement de l'article 6 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit :

"Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels [une personne publique] confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la

personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser (...)"

Dispositif ouvert, le contrat de partenariat permet de confier à un unique cocontractant (ou à un unique groupement de cocontractants) tout ou partie des missions, de l'amont jusqu'à l'aval d'une opération immobilière (autrement dit, de la conception à l'entretien/maintenance/exploitation, en passant par la construction et la rénovation). À la périphérie du marché public et de la délégation de service public, il peut comprendre à la fois des missions ayant trait à l'un et à l'autre de ces montages contractuels, tout en associant financement privé et paiement public différé.

Ce nouveau contrat peut être passé tant par l'État et ses établissements publics que par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements (article L. 1414-1 et suivants du CGCT, modifiés par l'ordonnance du 17 juin 2004).

Un instrument contractuel novateur aux atouts nombreux

• Un atout budgétaire : un paiement différé lié à des objectifs de performance sur une opération globale

Aux termes de l'article Premier de l'ordonnance sur les contrats de partenariat, "la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat". Concrètement, cela signifie que si une personne publique confie à son partenaire la conception, la construction puis l'entretien d'une infrastructure, le paiement de la conception et de la construction continuera à s'éche-

lonner jusqu'à la fin du contrat (donc pendant l'entretien). Cette caractéristique des CP favorise une bonne gestion budgétaire des collectivités publiques, qui n'auront pas à s'appauvrir par des emprunts excessifs pour financer le paiement de lourdes opérations de construction. À cet égard, le contrat de partenariat favorise un meilleur respect de nos engagements européens (cf. pacte de stabilité).

Enfin, il faut relever qu'en permettant la dévolution d'opérations globales, les économies d'échelle qui en résultent bénéficient tant au partenaire qu'à la collectivité publique.

Ce type de rémunération est donc particulièrement avantageux par comparaison avec celui qui caractérise les marchés publics, dans la mesure où :

- les marchés publics ne peuvent, en principe, faire l'objet d'un paiement différé (à l'exception notable des marchés passés pour les besoins de la défense nationale),
- les marchés publics ne favorisent pas d'économies d'échelle puisqu'ils sont a priori soumis à la loi MOP, qui pose le principe de la séparation entre la conception et la construction.

Au total, *“de ce contrat, à la fois global et de long terme, on peut attendre les gains suivants : intégration dans une procédure unique de contrats normalement séparés, réduction des risques d'interface entre conception, réalisation et exploitation ou gestion, économies d'échelle potentielles sur des séries longues et gains de productivité tenant au recours à une gestion privée dont la qualité est contractualisée et financièrement sanctionnée”* (cf. Institut de la gestion déléguée (IGD), note sur la conduite des simulations du groupe de travail “Dimensions macro-économiques des partenariats public-privé”, fondée notamment sur

les observations de Noël de Saint-Pulgent).

• **Un outil efficace pour générer un financement privé : les facilités de recours au crédit-bail**

• *Aux termes de l'article 13 de l'ordonnance sur les contrats de partenariat :*

“Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire 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.”

Cet article a en outre pour effet majeur de modifier l'article L. 34-7-1 du Code du domaine de l'État pour ajouter les CP à la liste des contrats susceptibles de faire l'objet d'un recours au crédit-bail. L'extension du recours au crédit-bail pour les CP est également comprise dans les dispositions intéressant le domaine des collectivités locales (cf. CGCT, article L. 1311-4-1).

Les CP permettent donc d'étendre une facilité de financement qui avait été mise en place dans des domaines circonscrits (police, justice, gendarmerie nationale, armée, services du ministère de la Défense, santé publique) à des hypothèses dont l'objet n'a pas vocation à être limité.

• **La viabilité fiscale des CP locaux : l'éligibilité des collectivités territoriales au FCTVA et l'exonération de taxe foncière sur les propriétés bâties**

L'ordonnance s'attache à assurer la viabilité fiscale des contrats de partenariat, pour favoriser leur recours par les collectivités territoriales.

• *Par dérogation au principe posé par l'article L. 1615-7 al. Premier du CGCT, les collectivités territoriales recourant au contrat de partenariat peuvent bénéficier du fonds de compensation sur la taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA) "sur la part de la rémunération versée [au partenaire] correspondant à l'investissement réalisé par celui-ci pour les besoins d'une activité non soumise à la TVA", l'éligibilité au FCTVA étant toutefois "subordonnée à l'appartenance du bien au patrimoine de la personne publique ou à la décision de la personne publique d'intégrer le bien dans son patrimoine conformément aux clauses du contrat" (nouvelle rédaction de l'article L. 1615-12 du CGCT).*

Par ailleurs – au plan national comme local –, le contrat de partenariat permet l'exonération de taxe foncière sur les propriétés bâties des immeubles construits, sous réserve de la réunion de trois conditions :

- que l'immeuble construit par le partenaire soit, à l'issue du contrat, incorporé au domaine de la personne publique,
- que l'immeuble soit affecté à un service public ou d'utilité générale,
- et que l'immeuble soit non productif de revenus pour la collectivité propriétaire (cette dernière condition signifie que les collectivités publiques ne pourront pas bénéficier de l'exonération de la taxe foncière dans le cas où le contrat stipule une clause de retour gratuit au domaine de la personne publique de l'immeuble).

• **La mise à profit des apports des nouvelles directives "marchés publics" : le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse et la procédure du dialogue compétitif**

Tirant profit des nouvelles directives communautaires sur les marchés

publics (n° 2004/17 et n° 2004/18 du 31 mars 2004), le contrat de partenariat – marché public au sens du droit communautaire – intègre deux de leurs caractéristiques essentielles.

D'une part, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse présente l'avantage d'être plus souple que celui de l'offre la moins disante. En ce qui concerne les CP, la référence à l'offre économiquement la plus avantageuse est essentielle, encore bien davantage qu'en ce qui concerne les marchés publics. En effet, l'intérêt des personnes publiques pour tirer le meilleur parti de la relation partenariale n'est pas nécessairement de rémunérer le moins possible leur cocontractant, mais plutôt d'optimiser le partage des risques. De plus, un partenariat est un contrat de longue durée (au moins 10-15 ans, en toute vraisemblance), et il faut donc d'autant plus s'assurer de la qualité du projet présenté par le partenaire, et de sa viabilité sur le long terme. Il s'agit donc d'accorder une place déterminante à l'évaluation qualitative de l'offre.

D'autre part, la procédure du dialogue compétitif constitue une solution adaptée à la conclusion de marchés complexes tels que les contrats de partenariat. En effet, elle optimise la définition de ses besoins par la personne publique. Concrètement, il s'agira pour la personne publique d'établir un programme fonctionnel, où elle décrira ses attentes et ses exigences. Une fois ce document rédigé, la personne publique émet un avis d'appel à la concurrence. Peut alors s'ouvrir le dialogue entre candidats et acheteur public : à partir des attentes de l'acheteur public, les candidats vont proposer des solutions détaillées, que le secteur privé est plus enclin à concevoir pour répondre à la complexité des opérations objet du CP. L'acheteur

public pourra ainsi choisir le projet qui lui semble le mieux répondre à ses besoins, dont il n'avait pas nécessairement déterminé les conditions optimales de satisfaction.

Cette procédure, désormais introduite dans le Code des marchés publics, constitue une dérogation au principe de définition préalable de ses besoins par l'acheteur public. Alors qu'elle demeure une voie d'exception qui doit être rigoureusement justifiée dans les marchés publics, elle apparaît comme la procédure de droit commun dans les contrats de partenariat, étant précisé qu'elle est de mise pour tout projet complexe, alors que la procédure d'appel d'offres réside à titre subsidiaire dans les cas a priori moins fréquents où le projet est uniquement caractérisé par l'urgence (cf. article 5 de l'ordonnance).

• **La possibilité d'une initiative privée**

L'article 10 de l'ordonnance sur les contrats de partenariat dispose que la personne publique peut être "saisie d'un projet par une entreprise ou un groupement d'entreprises (et envisager) d'y donner suite en concluant un contrat de partenariat".

Cette modalité, qui ne fait pas l'économie des procédures de passation d'usage, constitue une opportunité pour les acteurs publics qui peuvent se voir proposer par le secteur privé un projet d'intérêt général qui ne serait pas entré dans leur champ de prévisions.

Les clauses obligatoires du contrat de partenariat

Au nombre de 12, elles sont énumérées par l'article 11 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Cet article illustre combien le contrat de partenariat a été conçu comme un instrument

caractérisé par un fort degré de prévision : cela en fait un outil d'optimisation de la sécurité juridique des relations contractuelles entre les personnes publiques et leurs partenaires, notamment étrangers.

Sans énumérer ici toutes les clauses, on peut néanmoins mettre en exergue certaines d'entre elles, telles que les clauses relatives :

- à la durée du contrat (qui doit être liée à l'amortissement des investissements ou aux modalités de financement retenues),
- au partage des risques entre la personne publique et son cocontractant (v. *supra*),
- aux objectifs de performance assignés au cocontractant (sanctions et pénalités y afférant en cas de non-respect),
- à la rémunération du cocontractant,
- aux modalités de la sous-traitance d'une partie du contrat s'il y a lieu (notamment aux PME).

1.2. L'enjeu de l'évaluation préalable

Pour la première fois en droit français, le choix d'un contrat doit être précédé d'une évaluation préalable. Deux volets :

- un volet intrinsèque : le recours au contrat de partenariat est-il possible ?
- un volet extrinsèque : le recours au contrat de partenariat est-il plus avantageux que celui d'autres contrats ?

L'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004, décrit le processus itératif en deux temps qui caractérise l'évaluation préalable :

“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 :

1. 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 ;

2. 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”.

Les conditions du recours aux contrats de partenariat : l’urgence et la complexité

Le législateur avait envisagé les CP comme une troisième voie : un contrat à vocation générale qui complète l’offre contractuelle pour les acheteurs publics (marchés publics et délégations de service public). Cependant, saisi de la conformité à la Constitution française de l’article 6 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, le Conseil constitutionnel a décidé de limiter la possibilité de recourir à de tels contrats.

L’article 6 de la loi d’habilitation dispose :

“Dans les conditions prévues par l’article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires pour (...) créer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d’une mission de service public pour la conception, la réalisation, la transformation, l’exploitation et le financement d’équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions (...)”.

Le Conseil constitutionnel, par la décision n° 2003-473 DC en date du 26 juin 2003 (loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit), va certes admettre que le Gouvernement puisse, par ordonnance, créer les contrats de partenariat. Mais cependant, il va dans le même temps réserver l’usage des CP à des circonstances particulières. Autrement dit, alors que le contrat de partenariat était pensé comme un montage alternatif à la délégation de service public et au marché public, il devient, à la suite de la décision du Conseil constitutionnel, un instrument subsidiaire.

En effet, après avoir énoncé qu’aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle ne s’opposait à l’attribution à un même cocontractant d’une mission globale, ni au recours au crédit-bail et à l’option d’achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public, le Conseil constitutionnel relève (cf. considérant n° 18) que :

“(…) toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domania- lité 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 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".

Comment interpréter ces conditions alternatives (urgence et complexité), que l'ordonnance sur les contrats de partenariat a intégrées à la suite de cette décision ?

- **La condition de l'urgence**

Comme le note l'IGD "l'urgence doit être objective et ne doit pas résulter a priori du fait de l'administration". Autrement dit, les personnes publiques ne sauraient alléguer l'urgence lorsque le retard en cause résulte de leur seule carence à agir.

Le Conseil d'État a pu préciser la condition d'urgence lorsqu'il a été saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (CE, Sect., 27 octobre 2004, M. Sueur et autres, n° 269814, v. considérant n° 10) : l'urgence propre à justifier le recours aux CP "*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*".

Le Conseil d'État pose le principe d'une appréciation locale des circonstances de l'urgence. De plus, le juge du Palais-Royal relève la gravité du retard justifiant l'urgence. Ce dernier point a pu être critiqué car il serait susceptible d'induire que "*l'État et les collectivités locales ne pourraient ainsi*

avoir recours au contrat de partenariat qu'à condition de se trouver dans une situation de pénurie et de vétusté de leur parc immobilier susceptible de mettre en cause la qualité, voire la continuité, des services publics correspondants" (S. Braconnier, 2004). C'est seulement à l'épreuve du temps et des contentieux, qu'on pourra constater la réalisation ou pas de ce scénario d'une interprétation réductrice de l'urgence *sui generis* des contrats de partenariat. Cette question est importante car si l'urgence et la complexité venaient à être interprétées avec trop de rigueur, bien des projets en matière de tourisme, de sport et de loisirs pourraient ne pas pouvoir faire l'objet d'un CP.

- **La condition de la complexité**

Sur cette condition, le Conseil d'État, dans sa décision "M. Sueur et autres", s'est borné à reproduire les énonciations du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire "la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé".

L'IGD relève qu'"un projet est 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". Les auteurs s'accordent en l'état sur cette définition de la complexité.

Il n'est pas étonnant que la complexité ait été fixée comme condition justifiant le recours au CP, étant entendu qu'elle justifie également le recours à la procédure du dialogue compétitif dans les marchés publics (d'où le caractère subsidiaire de la procédure du dialogue compétitif dans les marchés publics, par contraste à la procédure de l'appel d'offres). Cependant,

un contrat de partenariat peut être justifié par la seule urgence : cela signifie qu'il ne faut pas prêter à la complexité un sens trop générique, car au sens large, tout contrat de partenariat est un contrat complexe (en effet, il associe, aux termes de l'ordonnance, 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 équipements ou d'autres investissements – y compris immatériels – ; leur entretien et/ou leur maintenance et/ou leur exploitation et/ou leur gestion).

Plus précisément, la complexité du projet, *“condition objective”*, pourra *“prendre des formes très variées pouvant inclure l'incapacité de la personne publique à dégager les solutions techniques répondant à ses besoins ou l'inaptitude de la collectivité à formuler une solution de financement ou un montage juridique permettant de structurer les réponses à ses besoins. La complexité pourra dans ces conditions être liée à l'absence de précédent, à la technicité caractérisant le projet (haute technologie...) ou encore à la diversité des éléments composant le projet”* (L. Deruy, S. Lagumina, 2005).

Évaluation comparative en termes de coût global, de performance et de partage des risques

Comme le relève l'article 2 de l'ordonnance, l'évaluation préalable, après avoir établi l'urgence et/ou la complexité du projet, *“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”, étant précisé qu'*“en cas d'urgence, cet exposé peut être succinct”*.

L'analyse comparative devra exposer les différents modes juridiques envisageables pour le projet – éventuellement combinés – (marché public, gestion en régie, délégation de service public, bail emphytéotique administratif, autorisation d'occupation temporaire), pour ne retenir l'option *“contrat de partenariat”* que si comparativement aux solutions présentées par les autres montages, elle semble plus optimale en termes, notamment :

- de coût global,
- de performance,
- et de partage des risques.

L'acheteur public le plus souvent pourra se contenter de présenter uniquement un montage contractuel alternatif (le plus optimal outre le CP) et/ou la solution de la régie directe, pour les comparer à la solution du partenariat public-privé.

Parallèlement, la présentation des avantages induits par la solution du CP ne saurait être exagérément détaillée : le contrat de partenariat demeure un contrat complexe auquel les personnes publiques recourent faute de savoir quelles solutions permettraient de répondre au mieux à leurs objectifs. Un chiffrage des gains escomptés semble, au moins dans un premier temps, peu envisageable, même si par ailleurs les personnes publiques ne sauraient s'exonérer d'une présentation circonstanciée des mérites comparatifs de la solution partenariale.

On peut en l'absence de jurisprudence se demander quel type de contrôle exercera le Conseil d'État sur, d'une part, les critères juridiques d'urgence et de complexité, et, d'autre part, l'évaluation performantielle du montage.

Il semble néanmoins fort probable qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sera exercé sur les conditions d'urgence et de complexité, et qu'un contrôle moins approfondi le sera sur la phase aval de l'évaluation.

1.3. L'enjeu du partage des risques

Le partage des risques est un élément très important dans les contrats de partenariat. Outre le fait qu'il constitue un critère de l'évaluation préalable, une clause obligatoire de tout contrat de partenariat (article 11 de l'ordonnance) et un sujet majeur de négociations, il permet d'assurer au mieux l'équilibre économique et financier du contrat.

La constitution de la matrice des risques

À titre liminaire, les personnes publiques doivent élaborer une matrice des risques, c'est-à-dire des "événements probabilisables" susceptibles d'affecter l'exécution du contrat (T. Kirat, 2003).

Concrètement, la matrice des risques porte sur tous les volets des missions conférées au partenaire, de l'amont à l'aval : risques de la conception, de la construction et de performance en rapport avec les obligations d'entretien et de maintenance.

Le contrat de partenariat rompt avec la logique concessive, qui tend à polariser les débats sur le risque de fréquentation (risque volume), condition de l'équilibre économique du contrat. Dans un contrat de partenariat éligible aux critères posés par la décision d'Eurostat du 11 février 2004, au moins deux types de risques sont transférés au partenaire, l'un concernant la construction et ses phases amont le cas échéant, l'autre concer-

nant la disponibilité de l'ouvrage ou la demande (notons cependant qu'on ne saurait trop recommander aux acteurs publics de transférer l'intégralité du risque demande, sauf à risquer une requalification du contrat de partenariat en délégation de service public ; il faut en effet bien réaliser que la décision d'Eurostat concerne tous types de PPP, et qu'étant à vocation communautaire, elle occulte nécessairement les dichotomies subtiles du droit public français) :

- par exemple, en ce qui concerne la seule conception, il faudra déterminer les risques naturels (géologiques, archéologiques et météorologiques), notamment tout ce qui a trait à la défaillance des relevés topographiques ou des études des sols ;

- en ce qui concerne la construction, les prévisions du contrat de partenariat peuvent comprendre des items très variés, y compris même l'exercice du droit de grève par les employés du partenaire ou de ses sous-traitants, mais aussi des retards de livraison, la défaillance technique d'un constructeur, la sécurité et la sûreté du site ;

- enfin, le risque de disponibilité implique en particulier que le partenaire soit sanctionné s'il n'assure pas dans un délai donné des prestations de maintenance déterminées.

Concrètement, la matrice des risques se présente sous la forme d'un document pouvant aller jusqu'à une cinquantaine de pages, véritable grille d'analyse qui donnera les moyens à la personne publique de contrôler son partenaire de manière objective, transparente et rigoureuse en phase d'exécution du contrat, facteur de forte incitation à mieux exécuter ses obligations pour le partenaire. Elle est finalisée autant que possible par un chiffrage des risques (leur taux de pro-

babilité et leur coût en cas de survenue).

L'allocation optimale des risques

Les contrats de partenariat doivent faire l'objet d'une distribution optimale des risques car seule celle-ci peut permettre de maximaliser les avantages notamment financiers qu'attendent les personnes publiques et privées de ces contrats (notamment pour des raisons de comptabilité). La distribution optimale ne consiste pas, pour la personne publique, à tenter de mettre à charge du partenaire le plus grand nombre de risques : les partenaires – à raison – exigeront en conséquence une rémunération significativement augmentée, que les ressources publiques dans un contexte de raréfaction budgétaire ne permettent pas nécessairement d'allouer.

En définitive, un partage optimal des risques consiste à mettre à charge les risques sur celui des cocontractants qui peut le plus efficacement y répondre. Par exemple, les risques liés à un changement de normes de construction devront en principe être assumés par la personne publique, puisqu'il s'agit de risques résultant du comportement des personnes publiques (cela même si les personnes publiques concernées ne sont pas celles qui ont conclu le CP).

Trois types d'allocation des risques devront être combinés :

- la distribution de risques à la charge du partenaire,
- la distribution de risques à la charge de la personne publique,
- la distribution de risques à la charge conjointe du partenaire et de la personne publique.

En synthèse, de l'optimisation du par-

tage des risques résulte tant l'optimisation de la rémunération du partenaire que celle de la sécurité juridique pendant l'exécution du contrat. Elle est également au cœur de la notion de "bancabilité du projet". En effet, les banques vont procéder à un examen scrupuleux des matrices des risques retenues et des partages qui en résultent pour évaluer la bancabilité du projet (cf. troisième partie, 2.2.).

2. Les modèles d'inspiration : exemples étrangers

Si les contrats de partenariat n'existent dans l'ordre juridique français que depuis la promulgation de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, l'analyse comparative démontre qu'un nombre important d'États ont adopté le montage partenarial avant la France, à commencer par la Grande-Bretagne.

Le fait que la France ait adopté tardivement le dispositif n'est d'ailleurs guère étonnant : *"Il n'y a pas de modèle universel pour les PPP en Europe. Dans chaque pays, la structure juridique et contractuelle retenue a dû s'adapter aux exigences du cadre juridique existant. Nulle part, cette nécessité n'a été aussi importante qu'en France"* (P. Lignière, S. Ratledge).

Le modèle étranger le plus connu est celui des contrats de *Public Private Partnerships* – *Private Finance Initiative* (PPP/PFI) en Grande-Bretagne (2.1.), modèle dont on peut noter *"l'extraordinaire fortune (...) au-delà des frontières britanniques"* (M. Long), dans la mesure où il s'analyse en un montage contractuel innovant qui va rapidement devenir l'exemple à suivre pour les autres pays européens : Italie (2.2.), Espagne et Portugal (2.3.), notamment, s'approprient la logique PFI sous des modali-

tés singulières. Ces différentes formules constituent autant d'instruments que le législateur français s'est réapproprié partiellement dans la perspective d'instituer des partenariats public-privé efficaces.

2.1. Le modèle britannique : les contrats de Private Finance Initiative

Si aujourd'hui, la *Private Finance Initiative* (PFI) désigne une forme générique de contrats qui a inspiré les PPP européens, cette dénomination visait originellement un programme politique, succédant à l'apparition de contrats de partenariat sectoriels (à l'image des mécanismes nés des LOPSI et LOPJ en France).

Généalogie de la "PFI" : d'un programme gouvernemental à une forme générique de contrats

En 1990, une première loi va créer des contrats globaux dans le domaine de la santé, permettant de confier au secteur privé la conception, la construction, la rénovation, l'entretien et la gestion d'hôpitaux (*National Health Service and Community Care Act*). En 1991, une loi similaire intervient dans le domaine de la justice criminelle, pour favoriser le développement des infrastructures carcérales (*Criminal Justice Act*).

À la suite de ces législations sectorielles, le programme de la PFI voit le jour en 1992, à l'occasion du discours annuel du budget du chancelier de l'Échiquier de l'époque, Norman Lamont. Ce dernier annonce un programme du gouvernement ambitieux, dont l'objet est de concilier un certain nombre d'impératifs potentiellement contradictoires :

- augmenter la capacité de financement du secteur public,

- améliorer la qualité des infrastructures et des services publics,

- diminuer la dépense publique.

Auparavant, le gouvernement de Margaret Thatcher avait entrepris des vagues de privatisations jugées défavorables par l'opinion publique : le levier de la privatisation devait donc être utilisé avec circonspection. Dans le même temps, il convenait de résorber les déficits publics, contrainte qui prend d'autant plus d'acuité avec la nécessité de respecter les critères de convergence de l'UEM. Enfin, les infrastructures et équipements publics étaient en proie à la vétusté.

C'est dans cette perspective qu'apparaît le programme de la PFI, qui crée un nouveau montage contractuel pour apporter une réponse à ces divers enjeux. Rapidement, le contrat de PFI va revêtir une existence autonome, ayant vocation à survivre au programme de la PFI et par conséquent au gouvernement de l'époque (ce qui s'est vérifié par son usage sous le gouvernement travailliste de Tony Blair).

Définition et caractéristiques essentielles des contrats de "PFI"

• Des modalités de rémunération diversifiées

Les contrats de PFI ne sont pas un modèle mais des modèles contractuels.

On en dénombre plusieurs formes ; ainsi, distingue-t-on les contrats de PFI suivant l'origine de la rémunération :

- certains font l'objet du versement d'un prix par l'administration (les services *Sold to the public sector*),

- d'autres font l'objet du versement d'un prix perçu sur les usagers (les *Financially freestanding*).

Le champ des PFI est donc plus vaste que celui des contrats de partenariat français, pour lesquels la rémunération ne peut consister qu'en un prix versé par l'administration. Les PFI, au contraire, visent à la fois nos PPP et nos concessions (tout du moins s'agissant du critère de la rémunération), même si la plupart des contrats de PFI sont des services *Sold to the public sector*, le montage concessif étant réservé à de très grands projets (cas du métro londonien).

En revanche, comme dans les contrats de partenariat français, la rémunération du cocontractant dans les contrats de PFI est fondée sur des clauses performantielles. Le contrat stipule toute une série d'objectifs à atteindre en termes de disponibilité d'équipements et de qualité des services en fixant des dates butoir. Ces clauses sont appliquées avec rigueur : le cocontractant subira des pénalités financières en cas de non-respect des termes du contrat.

• L'objet des contrats de PFI

Les contrats de partenariat en Grande-Bretagne sont indifféremment nommés :

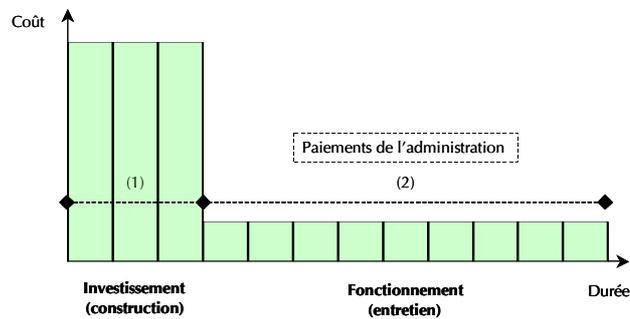
- contrats de PPP (*Public Private Partnerships*),
- contrats de PFI (*Private Finance Initiative*),
- contrats de DBFO (*Design, Build, Finance and Operate*) – nonobstant d'autres formes plus restreintes dans leur objet et plus anciennes : essentiellement les BOT (*Build Operate Transfer*), qui sont purement immobiliers mais qui restent le modèle le plus utilisé –.

L'aspect le plus marquant du montage PFI est l'aspect "financement du projet" : un PFI est un contrat dans le cadre duquel l'entité privée a la charge du financement (en général, 10 % de financement par la société de projet sur ses fonds propres, le reste étant assuré par les banques).

Compte tenu de son objet et de ses autres caractéristiques, le modèle le plus typique (le plus global) du contrat de PFI (c'est-à-dire le "PFI – DBFO – *Services sold to the public sector*") est un contrat :

- de longue durée (environ 20 à 30 ans ; 40 ans maximum pour les collectivités locales et sans limite de durée pour l'État, la durée étant calculée compte tenu de la nécessité d'amortir les infrastructures édifiées et gérées),
- conclu par une autorité publique pour la conception, le financement, la réalisation d'ouvrages et la gestion de services dont ils sont le support,
- avec un consortium rémunéré par un prix payé à échéances régulières par l'administration, ce prix étant basé sur des critères performantiels et de disponibilité des ouvrages réalisés,
- les paiements commençant uniquement lorsque le service reçoit un début d'exécution.

Ce dernier point constitue un élément qui permet de distinguer PFI et PPP français : dans le montage PPP français, le paiement peut commencer dès la construction, alors que dans le cas britannique, tant que l'infrastructure n'offre pas un service ouvert au public, aucun paiement public n'est concevable.



(1) Dans les contrats de partenariat français, les paiements de l'administration peuvent être effectués dès le début des travaux

(2) La logique de la PFI anglo-saxonne implique que les paiements liés à la conception – réalisation ne débutent que lorsque le service reçoit un commencement d'exécution

• **Un montage contractuel tripartite**

La PFI se présente sous la forme de trois contrats qui réunissent trois types d'acteurs :

- un contrat principal (le contrat de PFI), passé entre une société de projet et une personne publique,
- un contrat de financement, passé entre la société de projet et un établissement de crédit,
- un accord direct (*direct agreement*), passé entre l'établissement de crédit et la personne publique.

Les banques financent ainsi les opérations de construction (et de conception, le cas échéant) et se remboursent sur les flux financiers, c'est-à-dire les paiements de l'administration.

Dans un ensemble contractuel de type PFI, deux des acteurs sont réunis dans un consortium : la société de projet et l'établissement de crédit (ou plus généralement les financiers, qui peuvent être multiples). Par ailleurs, le consortium va comprendre un certain nombre de sociétés ("entreprises membres") qui vont assurer chacune telle ou telle autre partie de la construction, à la demande de la société de projet.

En cas de défaillance des sociétés (entreprises membres et société de projet), les banques peuvent :

- soit rompre le contrat, auquel cas l'administration cherchera un nouvel exploitant et indemniser les financiers (conformément aux clauses du *direct agreement*),
- soit se substituer à la société de projet (clause de *step-in*), en assurant financièrement les engagements pris par celle-ci (applications en France : Stade de France, périphérique nord de Lyon et Tunnel sous la Manche).

On relèvera que les prêteurs disposent d'un certain nombre de garanties dont l'une des plus importantes est le droit de préférence sur le *cash-flow*. Cela signifie que les banques disposent d'une sûreté sur les recettes générées par l'exploitation du projet une fois amortis les coûts d'exploitation.

• **Des contrats de *common law***

Les PFI sont des contrats de *common law*. Cela s'explique par l'unicité du droit anglais, qui ne consacre pas la dichotomie droit public/droit privé qui régit l'ordre juridique français.

Par suite, ces contrats ne font pas l'objet d'un régime d'exécution dis-

tinct de celui qui prévaut en présence de contrats passés entre personnes privées. Il n'existe pas en Grande-Bretagne d'exorbitance du droit administratif comme en France, même si la notion de *public law* irradie de plus en plus le droit des contrats en Angleterre, le droit français ayant pu s'exporter en partie à l'étranger.

Deux conséquences résultent de la qualification de contrats de *common law* :

– la liberté de contracter (*freedom of contract*) : il en résulte que tout peut être délégué au privé, excepté les missions régaliennes,

– l'inviolabilité du contrat (*sanctity of contract*) : elle est absolue et notamment l'administration ne dispose en aucun cas – au contraire de ce qui prévaut en France – d'un droit de modification unilatérale ; il en résulte que le contrat de PFI doit tendre à être un "contrat complet", comportant toutes les dispositions utiles en cas de survenue de risques en phase d'exécution.

Sur le terrain de l'inviolabilité du contrat, on peut noter que le montage du PPP français s'aligne largement sur celui du PFI anglo-saxon : un contrat comportant des clauses très détaillées est rédigé de sorte à soumettre si possible intégralement l'exécution à la loi des parties.

• *Les théories du fait du prince, de l'imprévision et des sujétions imprévues devraient trouver un champ d'application plus limité dans les contrats de partenariat, l'allocation des risques ayant pour objet de solutionner dans le contrat les conséquences de la survenue d'événements imprévisibles (même s'il convient en cas de contradiction avec les stipulations des parties de s'interroger sérieusement sur la valeur d'ordre*

public ou supplétive de ces théories des contrats administratifs).

La proposition est toute autre s'agissant de la théorie de la force majeure : celle-ci étant fondée sur des événements non pas risqués ou imprévisibles mais incertains et non probabilisables, on peut raisonnablement penser qu'elle aura vocation à pleinement s'appliquer dans les nouveaux PPP.

• **Évaluation comparative et partage des risques : la recherche de la *best value for money***

Le concept de la *best value for money* (qui correspond à l'idée du meilleur rapport qualité/prix) va jouer un rôle déterminant dans le recours aux contrats de PFI.

Cette notion succède à celle de *cost-effectiveness* (efficacité des coûts), qui était le référentiel dans le choix d'une délégation contractuelle des activités publiques dans les années 1980, sous l'empire des règles posées par un haut responsable de l'administration des finances, Sir William Ryrie (les *Ryrie Rules*). En filigrane de ce concept, il y avait l'idée suivant laquelle l'administration ne devait pas offrir à son cocontractant des garanties que le secteur privé n'aurait pas pris le risque de proposer. C'est donc une notion qui tient de l'économie des deniers publics, à l'image du critère du moins-disant, consacré jusqu'en 2001 par le droit des marchés publics français.

Désormais, avec la PFI, on raisonne en termes de *best value for money*. Ce concept permet de réaliser l'évaluation préalable des contrats de PPP. Il s'agit de déterminer en amont si le recours au secteur privé présente ou non un meilleur rapport qualité/prix que la gestion directe par l'administration.

Si "l'administration peut, théoriquement, réaliser une infrastructure pour

un coût inférieur au secteur privé, du fait notamment de taux d'emprunt plus réduits", cependant, cette économie réalisée s'accompagne de "surcoûts dus à des délais d'exécution des infrastructures, une mauvaise gestion latente, un manque d'initiative et d'innovation, l'impossibilité de réaliser des économies d'échelle", surcoûts qu'on ne retrouve pas en situation de gestion privée (P. Cossalter, 2001). Au demeurant, contre l'argument du coût supérieur de l'emprunt privé, il a pu être observé que "la plupart des projets en partenariat public-privé sont notés au même niveau de risque que les dettes souveraines par les agences de rating" (F. Marty, S. Trosa, A. Voisin, 2003).

Un bilan coûts-avantages est réalisé par référence au *Public Sector Comparator* (PSC), qui est un indicateur du coût global des opérations envisagées en maîtrise d'ouvrage publique. L'évaluation va donc consister à comparer pour une opération donnée le résultat du PSC avec les coûts prévisionnels du contrat de PFI projeté, dont on a déterminé l'économie générale de l'allocation des risques.

Les retours d'expérience en Grande-Bretagne ont démontré que chaque type de risque doit être transféré à la partie la mieux adaptée pour l'assumer. Cette conception n'a pas toujours prévalu : au commencement, dans la construction et la gestion des prisons, les autorités britanniques ont cherché à transférer le plus possible de risques au secteur privé, notamment le risque volume (c'est-à-dire le taux de remplissage des prisons). Ce fut une erreur, car le secteur privé fait payer très cher un risque d'une nature telle qu'il ne peut le contrôler.

Aujourd'hui, les personnes publiques ont bien réalisé que de l'optimisation du partage des risques, dépend l'optimisation de la *best value for money*.

Par ailleurs, le système du recours à la PFI se veut pragmatique et opérationnel. En la matière, il n'existe pas d'obstacles juridiques qui viendraient entraver l'analyse de la *best value for money*. On sait qu'en droit français, les contrats de partenariat au contraire ont manqué de devenir la troisième voie pour se présenter sur le mode de montages subsidiaires (vu les conditions restrictives de l'urgence et de la complexité). Rien de tel n'existe à l'endroit des PFI, qui peuvent même être déclenchés sans PSC en cas d'indisponibilité du capital nécessaire à financer le projet escompté dans le cadre d'une gestion publique (Guide du Trésor, 1995), dès lors que l'utilité socio-économique du projet est avérée.

- **Un régime de passation fondé sur une procédure négociée**

Le régime de la passation des contrats de PFI consiste en une procédure négociée, partant du postulat que seule la négociation permet de tendre vers la *best value for money*.

La passation fait l'objet d'une succession en plusieurs étapes visant à retenir la meilleure offre :

- une fois opérée l'évaluation préalable (fondée sur les prévisions du *Public Sector Comparator*), un avis d'appel à candidature est publié au "Journal Officiel de l'Union européenne" (outre la publication de l'avis sur Internet et dans la presse spécialisée), sous la forme d'un cahier des charges en termes de résultats souhaités (*output specification*) ;

- les offres qui résultent de cet appel à candidature vont être triées pour aboutir à une *short list* (c'est-à-dire une liste restreinte de candidats : généralement trois candidats vont être retenus) lors de la "phase de pré-qualification" ;

- les candidats de la *short list* entrent en “phase de négociation” avec l’administration ;
- à l’issue des négociations, chaque candidat présente une offre définitive, de sorte que l’administration puisse faire son choix ultime en faveur d’un candidat et d’une offre.

Cette procédure a pu poser problème au regard des exigences du droit communautaire, mais aujourd’hui, depuis la consécration par la directive n° 2004-18 du 31 mars 2004 du système du dialogue compétitif, il semblerait bien que toute incompatibilité soit proscrite. Force est de constater que si elle est moins rigide que l’appel d’offres, la procédure négociée n’a pas eu pour effet d’exclure les opérateurs étrangers en privilégiant les capitaux nationaux, loin s’en faut. En effet, on constate que les grands groupes étrangers, et en particulier français, ont largement bénéficié des partenariats public-privé britanniques. En conclusion, s’il y a pu avoir une incompatibilité formelle au droit communautaire pendant un certain nombre d’années, cela n’a en rien empêché le respect des objectifs substantiels du droit communautaire : l’absence de barrières à l’entrée et l’exercice d’une concurrence effective dans des marchés ouverts.

Bilan de la pratique des contrats de “PFI”

En décembre 1999, des analyses ont été produites par le *Treasury Taskforce* (composé de nombreux experts économistes et financiers) sur 29 montages PFI en cours d’exécution. Selon cette étude, les PFI permettraient de réaliser une économie de 17 % par rapport au pilotage d’opérations similaires par les services de l’administration (*prestations in house*).

Une autre étude, réalisée par le *National Audit Office* (NAO) – homologue de notre Cour des comptes – met en évidence en 1998 une économie de 10 % sur le coût des prisons financées par le *Public Private Partnerships* par rapport à la gestion directe. Le NAO, plus généralement, publie des rapports annuels où il rend compte du contrôle qu’il exerce, depuis 1992, sur tous les projets en amont et en aval de la PFI, selon les règles de la comptabilité publique et au regard du critère de la *value for money*.

Enfin, les PPP favorisent la maîtrise des coûts et des délais. Un rapport du NAO de février 2003, procédant à l’analyse de 37 projets de construction en PFI en comparaison avec des projets publics similaires, relève que seuls 22 % des projets en PPP dépassent le budget prévu contre 73 % des projets publics, et que les délais ne sont dépassés que dans 24 % des cas en PFI contre 70 % des cas en projets publics (PFI : *Construction Performance*, NAO, Londres, février 2003).

D’un point de vue général, le bilan des PFI est plutôt positif. Preuve en est que les collectivités publiques s’engagent de plus en plus dans cette voie, et notamment les collectivités locales (depuis la création en 1996 du “4P’s” (*Public Private Partnerships Programme*) par l’association des autorités locales d’Angleterre et du Pays de Galles, qui a une fonction de promotion et de conseil dans l’usage de la PFI). Toutefois, une réserve à pu être émise concernant l’application des PFI aux secteurs sujets à des évolutions rapides. Steve Trueman, directeur de 4P’s, estime qu’*“on s’est rendu compte que les PFI étaient totalement inadaptés au secteur des hautes technologies, dont le matériel – et le prix – évoluent trop vite. C’est pourquoi les PFI initiés dans ce secteur se sont qua-*

siment tous soldés par des échecs retentissants". Tout dépend en la matière de la rapidité de création de produits de substitution crédibles dans les marchés concernés (on entend ici par "produits de substitution" des biens ou services qui présentent des caractéristiques en termes de prix, de qualité, de fonctionnalité, telles que les utilisateurs abandonnent progressivement mais durablement le produit préexistant sur le marché en cause).

2.2. Le modèle italien : les contrats de promoteur

Un type de contrat retient l'attention en Italie : les contrats de promoteur.

Apparus dans un contexte requérant une optimisation du financement privé des infrastructures et ouvrages publics, ces contrats ont cela de particulier qu'ils s'analysent en un montage concessif de travaux et/ou de services publics, mais d'initiative privée.

Économie générale des contrats de promoteur

• Définition

Les contrats de promoteur sont définis par la loi-cadre sur les travaux publics n° 109 du 11 février 1994 (*legge Merloni*) modifiée par la loi L. 415/98 du 18 novembre 1998, portant nouvelle réglementation en matière de travaux publics en concession de construction et gestion avec apport de capitaux privés (*Project financing*).

Ils s'analysent comme des contrats de concession de construction et de gestion d'infrastructures publiques et ils présentent les avantages suivants :

- une souplesse dans la détermination de la durée du contrat (jusqu'à 30 ans) ;

- une latitude importante du point de vue de l'objet du contrat (aux termes de la loi : "*le projet définitif, le projet exécutif et l'exécution des travaux publics ou d'utilité publique et de travaux qui lui sont structurellement et directement liés, ainsi que leur gestion fonctionnelle et économique*") ;

- une structure tarifaire modulable, associant paiement public et financement privé ;

- une maîtrise des délais et des coûts contractuellement sanctionnée ;

- la prise en charge du risque de gestion de l'ouvrage par le concessionnaire ;

- une initiative privée susceptible d'être à l'origine de la concession (article 37 bis et suivants).

• Une concession caractérisée par un objet souple

De manière tout à fait exceptionnelle en Europe, la concession italienne peut porter sur "*des ouvrages destinés à l'utilisation directe par l'administration publique, lorsqu'ils représentent une utilité fonctionnelle pour la gestion des services publics, à condition que subsiste à la charge du concessionnaire l'aléa économique-financier de la gestion de l'ouvrage*" (article 19-2 ter de la loi de 1994 modifiée).

Cette disposition illustre la volonté du législateur italien de ne pas circonscrire la concession au périmètre de gestion des services publics. En effet, la concession italienne peut être utilisée :

- tant pour un service dont les destinataires sont les usagers du service (comme en France),

- que pour un service à destination de l'administration – cliente, qui assure

conjointement la prestation en faveur des usagers (ce qui en droit français, vu la dichotomie entre délégations de service public et marchés publics ne pourrait entrer que dans le champ de la dernière catégorie).

• Les modalités de l'initiative privée

Fait rare dans les droits nationaux européens, le contrat de promoteur est un contrat de délégation initié par des personnes privées (entreprises ou groupements d'entreprises), dénommées "entrepreneurs" ou "promoteurs" depuis 1998. Depuis lors, l'Espagne a transposé la modalité de l'initiative privée, même si les formes en sont moins sophistiquées (pas de cadre de projet public en amont), par une loi du 23 mai 2003. Il n'en demeure pas moins vrai que la concession d'initiative privée historiquement apparaît pour la première fois dans la loi italienne et que c'est la législation italienne qui en consacre la forme la plus aboutie.

Le procédé est le suivant : l'administration publique rend compte de ses orientations en termes d'urbanisme et d'aménagement du territoire, et sur le fondement de ces indications générales, disponibles sur les sites Internet institutionnels, un promoteur est fondé à proposer la réalisation d'un projet d'équipement ou d'infrastructure. Attendu le caractère privé de l'initiative, il incombe à l'entrepreneur de réaliser les études de conception. Dans un dossier remis à la collectivité publique, le promoteur opère une étude de faisabilité, définit le projet compte tenu des besoins de l'administration et des usagers du service, et propose un système de tarification et un mode de préfinancement (viabilisé par accord avec un institut de crédit).

Après examen du dossier du promoteur, la collectivité dispose d'une alternative :

– soit elle juge que le projet est insuffisamment sérieux ou ne présente pas d'intérêt significatif,

– soit elle lance une procédure de consultation basée sur l'étude du promoteur, susceptible de modifications relativement substantielles, de sorte à bénéficier d'une mise en concurrence.

La procédure de consultation permet à la collectivité publique d'optimiser son choix contractuel, en retenant la meilleure offre et le candidat qui présente le plus de garanties professionnelles, techniques et financières. Le promoteur primitif, s'il n'est pas retenu, est indemnisé par son concurrent ayant remporté la procédure de consultation, à hauteur du coût des études réalisées.

• Une structure tarifaire modulable, associant paiement public et financement privé

L'introduction d'instruments favorisant le financement privé : le droit des concessions italiennes permet depuis 1998 que le concessionnaire puisse créer une société de projet (la "SPV"), susceptible d'émettre des obligations, source majeure de préfinancement privé.

Un paiement public susceptible d'être différé : l'article 9 du décret législatif n° 190 du 20 août 2002 d'application de la loi n° 443 du 21 décembre 2001 (*legge obiettivo*) apporte un certain nombre de précisions quant aux concessions de construction et de gestion d'infrastructures. Il énonce notamment que si le concessionnaire préfinance l'ouvrage public, en contrepartie, il peut l'exploiter et bénéficier d'"une somme payée en tout ou en partie après l'achèvement des travaux".

Une procédure ritualisée dans le paysage juridique italien à la faveur de l'échelon local

• Une initiative privée intervenant dans le cadre d'une offre ouverte

Aux termes de l'article 37 bis de la loi-cadre sur les travaux publics, avant le 30 juin de chaque année, des "promoteurs" peuvent présenter aux collectivités publiques leurs projets intervenant dans le cadre d'un contrat de concession.

L'article 37 ter de la même loi dispose qu'avant le 30 octobre de chaque année, les administrations adjudicatrices se prononcent sur la faisabilité des opérations proposées.

Pour les opérations jugées viables et d'intérêt public, une mise en concurrence est organisée avant le 31 décembre (article 37 quater). La présélection, qui conduit à l'établissement d'une *short list* (le promoteur et deux concurrents) s'opère compte tenu du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse. À son terme, la collectivité publique négocie avec les membres de la *short list* pour retenir et améliorer l'offre la plus convaincante, dans la lignée du projet initié par le promoteur primitif.

• Bilan de la pratique du contrat de promoteur : un atout pour les collectivités locales

Ce contrat, apparu en 1998 (loi modifiant la loi-cadre sur les travaux publics), s'est rapidement développé. Ce dispositif est essentiellement d'usage local : régions et communes en sont les principaux utilisateurs. Cela n'est guère étonnant compte tenu du principe de décentralisation de la compétence d'entreprendre les travaux publics en Italie.

En 2001, on dénombre en phase d'étude pour les collectivités locales environ 150 ouvrages d'initiative privée, d'un montant moyen de 15 millions d'euros (de 500 000 pour des petits projets à 1 milliard d'euros dans le cadre du projet du tunnel souterrain milanais). En avril 2002, l'Institut des grandes infrastructures note que déjà 19 projets de promoteurs ont été adjugés, d'un montant total de 2,5 milliards d'euros. Ces projets concernent des réseaux de distribution urbains (gaz, égouts), des équipements sportifs et de loisirs, des parkings et des hôpitaux, et pour le plus important, une liaison autoroutière entre Rome et Pescara.

Des cas concrets d'application de ce dispositif ont été étudiés par le groupe de travail *Dimensions macro-économiques des partenariats public-privé* de l'IGD, notamment celui de la résidence universitaire à Pise. Ce cas est riche d'enseignements pour différentes raisons. D'abord, il révèle la tendance italienne – que l'on ne retrouve pas en Grande-Bretagne – à favoriser un partenariat accessible aux PME et artisans (en l'occurrence le promoteur devenu concessionnaire était un consortium composé d'une centaine de petites entreprises). Ensuite, il dénote de la souplesse de la procédure italienne, souplesse accrue lorsque le choix public porte sur le candidat – promoteur primitif : l'administration lors des négociations a demandé à ce dernier toute une série de modifications, qui in fine ont été acceptées. Enfin, ce cas illustre la filiation étroite qui existe entre la PFI et la concession italienne : le cocontractant assure ici la conception, la construction (3 ans), la gestion et la maintenance du site (30 ans), et surtout le préfinancement de la phase amont, dans la mesure où le paiement public n'intervient qu'à la réception de l'ouvrage ; enfin, des clauses de pénalité et d'incitation sont stipulées

de sorte à assurer maîtrise des délais et des coûts et qualité du service.

2.3. Espagne et Portugal : le système des concessions à péage virtuel

Un montage concessif original

- **Un modèle contractuel associant montage concessif et paiement public**

Inspirées par l'expérience britannique, la pratique espagnole (aujourd'hui consacrée par le législateur, cf. loi n° 13/2003 du 23 mai 2003 relative au contrat de concession de travaux publics) et la loi portugaise (décret-loi n° 267/97 du 2 octobre 1997 portant création des concessions sans paiement par l'utilisateur – les contrats dits SCUT –) ont créé un nouveau modèle contractuel, caractérisé par l'association d'un montage concessif avec une formule de versements directs par la collectivité publique pour remplacer, ou compléter le cas échéant, les droits perçus sur les usagers.

Via le mécanisme du péage virtuel (*shadow tolls*) – encore dit "péage fictif" – le concessionnaire assume l'obligation de concevoir, construire, financer et exploiter une infrastructure (généralement routière) pendant un certain nombre d'années, en contrepartie de versements périodiques publics, calculés en référence d'un risque trafic. Ce mode de paiement peut le cas échéant compléter un paiement perçu sur les usagers (péage réel + péage virtuel). L'avantage tient dans la capacité de l'État et des collectivités locales de moduler le rapport entre financement perçu sur l'utilisateur et financement perçu sur le contribuable (cette seconde voie, plus diffuse, faisant l'objet de moindres contestations, même si elle n'est pas de nature à favoriser l'équité et la responsabilisation des usagers, en cas de péage

purement virtuel).

Dans tous les cas, le paiement a cela d'avantageux qu'il est étalé dans le temps et qu'il est de nature à inciter le concessionnaire à de meilleures performances, qui peuvent aussi constituer des objectifs d'ordre qualitatif.

- **Un système favorisant maîtrise des coûts et des délais et qualité du service rendu à l'utilisateur**

Le péage virtuel (*shadow tolls*) est versé en fonction du trafic réel, grâce à des systèmes de comptage, afin d'y intéresser l'entreprise. Autrement dit, la rémunération du concessionnaire est subordonnée, tout au long du contrat, à la circulation effective. Une conséquence majeure y est associée : le cocontractant devra autant que faire se peut éviter les perturbations du trafic lors des travaux de réparation. Le contrat pourra ajouter des clauses de pénalité en ce sens pour renforcer l'effet dissuasif.

En outre, il est d'usage, dans ce type de concessions, de stipuler que les versements ne commencent que lors de l'ouverture à la circulation de l'infrastructure routière ou autoroutière. C'est là un facteur d'incitation à la maîtrise des délais d'achèvement des travaux pour le cocontractant.

Enfin, la loi espagnole du 23 mai 2003 introduit une "clause de progrès" obligeant le concessionnaire à maintenir durant toute la durée du contrat l'ouvrage public en conformité aux normes applicables (techniques, environnementales et de santé) et à améliorer le service rendu aux usagers compte tenu du progrès scientifique.

Applications du dispositif

Le dispositif de la concession à péage virtuel a été assez largement appliqué

en Espagne (en l'absence même d'une loi spéciale l'instituant jusqu'en mai 2003) et au Portugal. En France, il semblerait qu'il soit envisageable, compte tenu du primat que le juge administratif accorde aujourd'hui au critère du risque d'exploitation, en tant que critère substitutif à celui de la rémunération perçue sur l'utilisateur. Pour autant, les opérateurs publics et privés français n'ont jamais mis en œuvre cette modalité, en grande partie par crainte, en l'absence de précédents, d'une probable annulation contentieuse.

Au Portugal, les opérations lancées dans le cadre du programme SCUT (acronyme signifiant "*sans paiement par l'utilisateur*") sont d'une ampleur remarquable. Non moins de 7 autoroutes ont été concédées pour une période de 30 ans. Chacun de ces projets comporte des sections à construire par le concessionnaire ainsi que des tronçons déjà réalisés, dès lors soit à réhabiliter, soit à reprendre en l'état. La Banque européenne d'investisse-

ment (BEI) a largement contribué à la réussite de ces opérations, finançant à près de 50 % le programme SCUT. Trois des projets autoroutiers ont été remportés par le groupement mené par Eiffage et comprenant CDC Projets, EGIS Projects et l'entreprise portugaise Contacto.

Ce système a pu être utilisé en outre au Pays de Galles, au profit d'une société commune constituée par Vinci Concessions et Morgan Sindall Investments, qui a obtenu l'autorisation de mise en service du contournement routier du sud de Newport. Le projet de type PPP, d'un coût estimé à 79 milliards d'euros, a permis de confier à la *joint-venture* le financement, la conception, la construction et l'exploitation du contournement routier, sur une durée de 40 ans, en contrepartie d'une rémunération totalement assurée par un mécanisme de péage virtuel (donc un prix progressif, fonction du risque trafic). Le financement du projet a été assuré moyennant un prêt courant sur 38 ans.

CHAPITRE 3

Contrats de partenariat et collectivités locales : les enjeux

Aujourd'hui, la contribution des acteurs locaux dans les dépenses publiques d'investissement occupe une part largement prépondérante. Si les collectivités territoriales ne sont pas directement soumises aux critères de Maastricht (c'est l'État qui répond de ses obligations vis-à-vis de l'Union européenne, quand bien même le calcul du déficit public intègre bien évidemment les budgets des collectivités locales), les élus sont conscients de la nécessité d'équilibrer les budgets dont ils ont la responsabilité et de fournir à la collectivité des services publics performants tout en assurant la cohésion territoriale et les conditions d'une économie pérenne.

Les contrats de partenariat (CP) visent l'échelon national et l'échelon local : l'ordonnance qui les institue est en effet à l'origine de nouvelles dispositions du Code général des collectivités territoriales (CGCT, article L. 1414-1 et suivants).

La spécificité de l'échelon local oblige à s'interroger sur l'utilisation de l'outil partenarial par :

- les collectivités locales : communes, départements, régions ;
- et leurs groupements : établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre (communautés de communes, communautés d'agglomérations, communautés urbaines) et syndicats intercommunaux (SIVOM, SIVU).

Ce questionnement, aujourd'hui prospectif, est envisagé sous trois angles : les champs concernés par les CP locaux (1.), les intérêts économiques et financiers déterminant le recours aux CP pour les collectivités locales et leurs groupements (2.), les enjeux politiques et budgétaires propres à favoriser ou, le cas échéant, contraindre l'usage des CP par les responsa-

bles locaux (3.).

1. Les champs concernés

Cette dimension est analysée compte tenu des variables suivantes : compétences des collectivités territoriales et périmètre des services publics locaux (1.1.) ; degré d'expertise des collectivités dans la conduite de l'évaluation préalable du montage partenarial (1.2.).

1.1. Les compétences des collectivités territoriales

Les collectivités locales et leurs groupements ont en charge de répondre à un certain nombre de besoins collectifs. Cette réponse se traduit par la mise en œuvre de politiques et par la création et la gestion (directe ou déléguée) de services publics locaux.

Les services publics locaux concernent un ensemble de secteurs de proximité dont la tendance est à l'élargissement compte tenu :

- d'une part du transfert de nouvelles compétences au profit de l'échelon local (cf. Acte II de la décentralisation, cf. loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales) ;
- et d'autre part de l'apparition de nouveaux besoins collectifs liés notamment au progrès technique.

Secteurs concernés

Sans prétendre à l'exhaustivité, sont concernés :

- l'eau (distribution et assainissement) ;
- les déchets (collecte et traitement/épuration) ;
- l'énergie (distribution de gaz et d'électricité) ;

- le chauffage urbain (gestion des réseaux) ;
- le stationnement ;
- les transports (en termes d'équipements et d'infrastructures) ;
- les services funéraires et crématoriums ;
- les TIC (télécommunications, Internet moyen et haut débit dans les conditions fixées par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, cf. article L. 1425-1 du CGCT) ;
- les loisirs (tourisme, sport, activités culturelles) ;
- la restauration collective et scolaire ;
- les équipements accueillant des services publics sociaux (à destination notamment de populations âgées, précaires ou en incapacité).

Modes de gestion

Schématiquement, les activités de services publics locaux, qu'ils soient administratifs (SPA) ou industriels et commerciaux (SPIC), font l'objet d'une gestion par les collectivités locales et leurs groupements qui peut être :

- directe (régie + marchés publics) ;
- déléguée (délégations de service public) ;
- partenariale (baux emphytéotiques administratifs avec convention d'exploitation du service adossée ; baux emphytéotiques sectoriels issus de la loi n° 2002-1094 du 19 août 2002 dite "LOPSI", de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 dite "LOPJ" et de l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant création des baux emphytéotiques hospitaliers dits "BEH" ; contrats de partenariat issus de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004).

• **Dans le premier modèle**, la gestion des services publics est dite directe dans la mesure où :

– soit la collectivité locale assure elle-même la prestation, de l'amont à l'aval ;

– soit elle assure le service et assume les risques qui y sont liés, mais passe des marchés de conception, de travaux, de fournitures et/ou de services pour associer le secteur privé à la fourniture des moyens du service public, ce qui juridiquement implique la combinaison de la régie et du droit des marchés publics (MP), régi par les dispositions du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics et de la loi n° 85-704 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite "loi MOP").

L'avantage de ce modèle est que la personne publique maîtrisera l'information notamment relative aux coûts du service. Différents facteurs favorisent cette information : la mise en concurrence fréquente des marchés publics, leur courte durée, l'étroit contrôle dont ils font l'objet (du fait de la logique de prestation contre un prix). La contrepartie de cet avantage informationnel réside dans le fait que ces contrats tendent à cantonner la responsabilité du titulaire du marché à l'exécution de ce dernier. Cette relation de courte durée avec la personne publique est rarement incitative en terme de réduction des coûts d'exploitation et donc peu favorable à l'efficacité. Enfin, le paiement d'une prestation facturée par l'entreprise à la personne publique n'opère aucun transfert de risque.

• **Dans le deuxième modèle**, la gestion des services publics est dite déléguée, le délégataire assumant en général le risque lié à la gestion du service public

(sauf cas particulier des concessions de travaux où seuls les risques d'exploitation sont délégués outre la mission de construction).

Il s'agit d'un système extrêmement incitatif : tout gain de productivité réalisé profite à l'entreprise cocontractante et à l'utilisateur. En contrepartie de cet avantage, la personne publique accepte d'abandonner à son délégataire une "rente informationnelle". En pratique, en dépit de la procédure du rapport d'information remis annuellement par le délégataire à la collectivité locale délégante (article L. 1411-3 du CGCT), on constate que les délégations de service public ont peu favorisé le contrôle par les personnes publiques de la conduite des missions assignées à leur cocontractant privé.

• **Enfin, le troisième modèle**, partenarial, est constitué d'un ensemble de formules hybrides, toutes caractérisées par la recherche d'une répartition des risques entre collectivité publique et opérateur privé.

L'idée, dans la formule partenariale, va simultanément consister :

– à lever des obstacles et rigidités d'ordre juridique qui caractérisent les modèles MP et DSP (cf. chapitre Premier) ;

– à rechercher une conciliation entre deux objectifs rarement réalisés de manière conjointe : obtenir une information précise et fiable d'une part, et inciter son partenaire à offrir de meilleures prestations d'autre part.

L'application du montage partenarial aux technologies de l'information et de la communication (TIC)

Les contrats de partenariat pourraient présenter des avantages compétitifs importants par rapport aux marchés

publics et aux concessions dans le secteur des TIC, en termes de bancabilité comme de service rendu à l'utilisateur.

Les TIC constituent des services qui ne peuvent être assurés que moyennant la construction préalable d'une infrastructure essentielle coûteuse (le réseau de fibre optique). Aujourd'hui, l'initiative privée fait défaut dans la construction de cette infrastructure essentielle, les opérateurs privés concentrant par souci de rentabilité leurs activités dans les services qui s'y rattachent. Cette politique stratégique des entreprises conduit à l'existence de nombreuses "zones blanches" non desservies par les nouvelles technologies.

Avant l'apparition des contrats de partenariat, l'intervention de la puissance publique pour mettre un terme à ces inégalités territoriales entre usagers du service public pouvait se traduire en théorie par différentes options :

– la régie ;

– les marchés publics (soit un marché global alloti, soit un marché de travaux publics suivi d'un marché de services) ;

– une maîtrise d'ouvrage publique pour les travaux suivie d'un affermage ;

– la concession.

Cependant, ces différentes options présentent des inconvénients majeurs dans le secteur des TIC : la régie et la maîtrise d'ouvrage publique se heurtent à la technicité des opérations envisagées et à l'important financement qu'elles requièrent ; les marchés publics, de courte durée et fondés sur une logique forfaitaire, sont peu incitatifs et créent des coûts d'interface préjudiciables ; enfin, supportant le risque d'exploitation, le concessionnaire a tout intérêt à ne pas desservir

les zones blanches, et si l'autorité publique délégante le subventionne à ces fins, le contrat de délégation de service public encourt la requalification en marché public.

Le contrat de partenariat pourrait à l'inverse présenter en la matière de nombreux avantages. Tout d'abord, s'agissant d'opérations nécessitant de lourds investissements, les banques acceptent plus aisément de s'engager dans la transaction (la bancabilité d'un projet étant subordonnée à un certain ratio "coût du projet/coûts de transaction"). La créance de la banque sur l'opérateur en CP prend la forme d'un loyer versé par une collectivité publique, présentant donc un risque "secteur public", par essence très faible. Le contrat de partenariat pourrait permettre de développer y compris dans les zones blanches les réseaux de collecte (autrement dit la fibre optique GPON : technologie de substitution à l'ADSL, elle offre un débit pouvant aller jusqu'à 100 MB/seconde), et donc par suite les réseaux de desserte (les services de TIC), étant entendu que le risque transféré à l'entreprise n'est pas un risque volume. Dans cette perspective, le contrat de partenariat peut favoriser l'égalité des usagers devant le service public et la cohésion territoriale.

1.2. L'enjeu de l'évaluation juridique et économique préalable

Du principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales dérive le principe du libre choix du mode de gestion des services publics locaux par les collectivités locales et leurs groupements. Cependant, en pratique, le choix du mode de gestion est déconnecté de toute culture d'évaluation.

L'ordonnance sur les contrats de partena-

nariat à cet égard est porteuse d'un important changement de perspective : pour recourir à de tels contrats, les instances locales ne devront pas se borner à se prononcer sur le seul principe du recours au contrat de partenariat. Elles devront au surplus justifier l'intérêt général et l'utilité économique qui conduisent à privilégier la forme du contrat de partenariat par rapport aux autres modes de gestion des services publics possibles pour un projet déterminé.

L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 conditionne en effet le recours au contrat de partenariat à la satisfaction de deux conditions juridiques alternatives (l'urgence et la complexité) et à une analyse économique dont l'objet est de démontrer l'utilité du montage en contrat de partenariat par rapport aux autres solutions (contractuelles ou en régie) en termes de coût global, de performance et de partage des risques.

La phase d'évaluation juridique et économique (article L. 1414-2 du CGCT) nécessite des compétences juridiques, techniques et financières au profit des collectivités locales. La phase de négociation, elle-même, sollicite de telles compétences, sauf à risquer une asymétrie d'information entre les collectivités locales et les entreprises candidates au partenariat (notamment les grands groupes de BTP) au détriment des premières.

Si l'on considère, notamment en raison des coûts des ressources financières de transaction, que les contrats de partenariat ne pourront raisonnablement être envisagés que pour des opérations relativement importantes (v. *supra* 2.2.), les collectivités concernées devraient être essentiellement les départements et les régions. Les communes pourront toutefois s'engager dans cette voie soit directement, pour

une part minoritaire d'entre elles, soit indirectement, par le transfert de leurs compétences à des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI). Les principaux EPCI concernés devraient être les communautés urbaines et les communautés d'agglomérations, ces deux types de structures bénéficiant d'une assise financière assez forte depuis la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale (dite "loi Chevènement"). Cependant, même ces échelons de "taille critique" ne disposent pas nécessairement d'un degré d'expertise suffisant. Il serait souhaitable que se constituent **des pôles de compétences pluridisciplinaires** pour tirer parti de la mise en concurrence des choix publics, à l'image de ce qui est pratiqué au Royaume-Uni depuis le lancement en 1992 du programme de la *Private Finance Initiative* (PFI). En synthèse, les nouveaux partenariats public-privé imposent de nouvelles compétences publiques, ce qui pose la question de la mutualisation de certaines fonctions, notamment pour les petites collectivités.

• *Le contrat de partenariat n'est pas exclu pour les communes, même non regroupées, comme l'a montré l'unique contrat de partenariat signé à ce jour, entre Auvers-sur-Oise (6 900 habitants) et le groupement formé par EL-ALE, société implantée à Sarcelles, déjà fournisseur d'une vingtaine de communes du département et ETDE, filiale du groupe Bouygues, pour la gestion globale de l'éclairage public de la commune (rénovation, maintenance et fourniture d'énergie). L'urgence a été invoquée au titre de l'évaluation préalable compte tenu de la dangerosité des installations, non compatibles aux normes. Les délais de recours étant expirés, le motif de l'urgence ne fera pas l'objet d'une appréciation par le juge administratif.*

Il n'en demeure pas moins vrai que pour les collectivités, indépendamment de leur dimension, la consultation de conseils extérieurs semble inéluctable. Il s'agit d'une solution satisfaisante, mais qui le serait bien davantage si les collectivités étaient à même d'"évaluer les évaluations" d'origine externe. L'enjeu d'**une expertise internalisée** ne doit pas être négligé dans la mesure où il est le gage à la fois d'**une indépendance dans la décision** par les collectivités locales et d'une efficacité renforcée des choix publics.

Le rôle de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, instituée par le décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004, doit, à cet égard, faire l'objet d'une appréciation nuancée. Elle peut en effet être sollicitée pour "*rendre une expertise sur l'économie générale des projets de contrat*" et "*assister les personnes publiques dans le cadre de l'élaboration des projets*" et de "*la négociation des contrats*". Pour autant, elle ne saurait avoir vocation à se substituer à des compétences locales éventuellement défaillantes. Organisme expert présidé par Noël de Saint-Pulgent, la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat doit être envisagée comme intervenant :

– dans un premier temps, vraisemblablement de manière active, dès la phase amont, pour toute question tenant à la bonne conduite de l'évaluation ;

– dans un second temps, si l'usage des CP se banalise, en dernière instance, au terme d'un solide travail d'étude de la part des personnes publiques qui lui demandent un soutien, pour éviter un engorgement des demandes à prendre en compte, qui serait immanquablement préjudiciable à une conclusion dans un délai raisonnable de ces contrats.

La mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat dans le paysage juridique des missions d'appui aux PPP

Précisons avant tout que les organes délibérants ne sont aucunement liés par les avis des missions d'appui aux PPP : ils conservent la plénitude du pouvoir décisionnel sur l'opportunité ou non de recourir au contrat de partenariat.

La mission d'appui instituée par le décret du 19 octobre 2004 n'est pas l'unique interlocuteur des collectivités publiques dans la réalisation des contrats de partenariat. Cependant, elle se distingue de toutes autres structures par sa vocation transversale et multisectorielle.

Les autres missions d'appui, par contraste, sont des structures à vocation sectorielle :

– la Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (la MAINH) constitue l'interlocuteur de premier rang des collectivités publiques concernant des projets d'hôpitaux (en BEH comme en CP) ;

– l'Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la Justice (l'AMOTMJ) pilote les études et travaux de nombreuses opérations de construction, rénovation et réhabilitation de palais de justice et d'établissements pénitentiaires ;

– enfin, un organisme expert chargé de l'évaluation des partenariats de l'État au sein du ministère de la Défense (organisme expert Défense) a été institué par le décret n° 2004-1551 du 30 déc. 2004 pris sur le fondement de l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 sur les contrats de partenariat.

Au total, un organisme généraliste et trois organismes sectoriels interviennent gratuitement à la demande des collectivités publiques en appui à la phase d'évaluation, étant précisé que deux des quatre organismes experts ont été institués sur le fondement de l'ordonnance et donc ont une vocation plus ciblée sur les contrats de partenariat (et non les PPP lato sensu) : la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat et l'organisme expert Défense. Ce dualisme génère une situation d'interrégulation, potentiellement conflictuelle en théorie. Cependant, il semblerait que ces institutions cohabitent en bonne intelligence en veillant aux risques de conflits de compétence positifs et négatifs et à la cohérence de leurs lignes directrices respectives.

2. Les intérêts économiques et financiers

Les intérêts économiques et financiers locaux en jeu dans les contrats de partenariat s'analysent au vu :

- des ambitions et contraintes des collectivités locales : aspects économiques, sociaux et budgétaires (2.1.) ;
- des atouts et faiblesses du contrat de partenariat en comparaison aux autres modes de gestion des services publics (2.2.).

2.1. Contraintes et besoins des collectivités locales

Le taux d'endettement des collectivités locales s'est stabilisé depuis la fin des

années 1980 mais on constate depuis deux ans un nouvel infléchissement des finances publiques locales lié à la montée en charge plus rapide des dépenses (nouvelles compétences, conjoncture économique, nouveaux textes législatifs et réglementaires – exemple des 35 heures –) par rapport à l'évolution des recettes. Les collectivités locales et leurs groupements à fiscalité propre ont plutôt eu tendance à augmenter leurs dépenses d'investissement hors dette depuis 1997 (+ 4,6 % par an en moyenne jusqu'en 2003), ce qui traduit l'importance de leurs besoins en termes de construction, renouvellement et modernisation d'équipements et d'infrastructures.

Il ne faudrait cependant pas se fonder de manière univoque sur l'état de

raréfaction des finances publiques pour privilégier la solution des contrats de partenariat. En effet, subordonner le recours au contrat de partenariat à des situations où les finances publiques ne permettent pas de procéder autrement et où la délégation de service public ne peut pas être envisagée consisterait en un usage non optimisé de ce contrat. Fondé sur une logique similaire à celle du contrat de PFI anglo-saxon, le contrat de partenariat, moyennant une étude préalable sérieuse, devrait permettre de réaliser des économies d'échelle ainsi qu'une disponibilité des ouvrages plus rapide (laquelle génère de l'utilité socio-économique) par rapport à la réalisation d'une même opération en maîtrise d'ouvrage publique. **Le seul critère pertinent au plan économique** qui doit conduire à juger de l'opportunité ou non du contrat de partenariat est le suivant : les coûts de transactions générés par le CP sont-ils inférieurs ou supérieurs aux avantages socio-économiques liés à la réalisation de l'équipement ou de l'infrastructure ?

Au surplus, le contrat de partenariat rend possible **une pression fiscale étalée dans le temps**, ainsi qu'**un partage des risques**, ce que ne permettent :

- ni la délégation de service public (DSP), le plus souvent financée par les usagers du service et fondée en tout état de cause sur un transfert intégral des risques au partenaire (notamment le risque volume, encore dit "risque trafic" ou "risque fréquentation") ;
- ni le marché public (MP), où le cocontractant est nécessairement payé par un prix supporté sur une seule année d'exercice par le contribuable, et qui en toute hypothèse maintient l'intégralité du risque du côté de la personne publique.

2.2. Atouts et faiblesses du contrat de partenariat

• Les coûts de transaction

Il n'existe pas de rapport de proportionnalité pur entre la complexité de l'opération envisagée en CP et les coûts de transaction y afférant.

Plus précisément, les coûts de transaction comportent une part fixe irréducible, indépendamment du type d'opération envisagé, qui associe les coûts suivants : évaluation préalable, renégociations, recherche d'information, contrôle de l'opérateur. **L'indemnisation des entreprises non retenues** pourrait également être envisagée : il s'agit d'une simple faculté aux termes de l'article 7 de l'ordonnance et de l'article L. 1414-7 du CGCT, mais les débats entre opérateurs publics et privés conduisent le plus souvent à considérer qu'une telle indemnisation des candidats non retenus, mais inscrits dans la short list lors du dialogue compétitif, semble indispensable pour inciter les entreprises à proposer leurs candidatures, et faire ainsi jouer la concurrence pour bénéficier des meilleures offres (ce sujet cristallise un certain nombre de craintes du côté des entreprises, parallèlement à l'enjeu de la confidentialité des informations échangées lors du dialogue compétitif).

Par ailleurs, pour des opérations d'un montant comparable, les coûts de transaction augmentent lorsque décroît le niveau d'expertise de la collectivité publique (cf. coût du recours aux conseils extérieurs).

En conséquence, pour des opérations de faible ampleur, s'impose la conclusion suivant laquelle les contrats de partenariat ne sont pas le montage économiquement pertinent – nonobstant les obstacles juridiques liés à la

phase d'évaluation –, à la réserve près, toutefois, qu'en assignant au partenaire la réalisation d'une opération à objets multiples (ex. : construction d'une piscine, d'un centre culturel et maintenance de l'éclairage public sur une zone déterminée), on peut escompter des effets d'échelle sur les coûts de transaction.

En synthèse, le contrat de partenariat risque d'induire des coûts de transaction plus importants que les marchés publics et les délégations de service public, en particulier pour les collectivités qui ne disposent pas en interne des compétences requises en terme d'évaluation. Toutefois, cet écart pourrait se réduire au fur et à mesure de la banalisation des contrats de partenariat. Or, l'utilisation du CP est notamment conditionnée par :

- l'apprentissage des collectivités locales et de leurs groupements en termes d'expertise juridique, financière et économique ;
- la réduction du risque juridique et économique qui inquiète aujourd'hui les élus.

• Le coût d'opportunité

Contrats de longue durée, les CP risquent d'impacter le budget des collectivités locales et de leurs groupements principalement dans des dépenses de fonctionnement sur plusieurs dizaines d'années. Ces dépenses correspondent à autant de ressources que les collectivités ne pourront pas mettre à disposition d'autres projets de biens collectifs. En effet, au plan comptable, les collectivités locales sont tenues de respecter l'équilibre du budget de la section de fonctionnement, phénomène qui, mis en rapport avec la conclusion d'un contrat de partenariat, limite le solde d'autofinancement (ce solde, calculé par la différence des recettes et des dépenses de fonctionnement, alimente en principe la section d'invest-

tissement). Le contribuable et la collectivité risquent d'avoir à supporter un coût d'opportunité supérieur en contrat de partenariat par rapport à un projet mené en marché public ou en délégation de service public, dès lors que les marchés sont en principe de courte durée et que les délégations, caractérisées par une logique de transfert du risque, sont moins coûteuses pour la collectivité en cas d'aléa (sauf cas de mise en jeu, toutefois, des théories du fait du prince, des sujétions imprévues et de l'imprévision). Enfin, si les infrastructures, équipements et services fournis par le partenaire engendraient sur le long terme une utilité soio-économique inférieure aux prévisions initiales, le coût du contrat de partenariat serait principalement supporté par les générations futures, ce qui pourrait être politiquement problématique.

L'idée est donc qu'avec les contrats de partenariat, les collectivités locales prennent un risque de voir réduites leurs marges de manœuvre dans la conduite de projets futurs sur une période relativement longue (5 à 30 ans environ). Cet élément obligera les collectivités locales à bien veiller à l'utilité future des biens et services réalisés en CP, et en conséquence observer une vigilance particulière dans les secteurs soumis à des risques d'importantes mutations technologiques. La remarque vaut cependant également pour une solution en bail emphytéotique administratif (BEA) avec convention d'organisation du service public adossée, et a fortiori pour une solution en DSP, contrat de durée aussi longue que le CP, et ce, que les financements publics proviennent de l'utilisateur (usager du service) ou du contribuable (collectivité). Plus précisément, le coût d'opportunité en DSP devrait, pour deux raisons au moins, excéder le coût d'opportunité en CP :

– d’une part, parce que l’ordonnance sur les contrats de partenariat prévoit au titre des clauses obligatoires des clauses de rendez-vous avec le partenaire pour réévaluer les conditions du contrat (double avantage du CP : un contrat complet et ouvert) ;

– d’autre part, parce que le surcoût financier lié à l’externalisation du pré-financement (cf. taux pratiqués par les banques et notation des agences) devrait dans la plupart des cas être moins onéreux en CP qu’en DSP, compte tenu du fait qu’à la différence du délégataire, le partenaire ne devrait supporter que les risques qu’il est le mieux à même de maîtriser (cette réflexion autour du partage optimal des risques n’est pas nouvelle mais elle n’est que très rarement mise à profit dans les concessions, tandis que l’ordonnance sur les contrats de partenariat en fait un critère d’évaluation préalable, un sujet de négociations ainsi qu’une clause obligatoire du contrat) et que les banques disposent d’une garantie assise sur le loyer versé par l’administration au partenaire.

Enfin, si les contrats de partenariat entament le solde d’autofinancement, il faut réaliser que pour mener à bien les projets éligibles aux contrats de partenariat en maîtrise d’ouvrage publique, les collectivités locales seraient obligées d’engager des fonds d’investissement et surtout de recourir à l’emprunt. Dans cette perspective, le remboursement de la dette place également les collectivités en situation de restriction budgétaire future.

• **Les avantages liés à la globalité du contrat**

Le contrat de partenariat, compte tenu de son caractère global, devrait permettre :

– la réduction des risques d’interface (en particulier entre conception et

construction, et entre construction et maintenance) en responsabilisant le cocontractant sur l’intérêt qu’il tire à ne négliger aucune des phases de l’opération, étant donné qu’il supporte une partie des risques liés à chacune de ces étapes ;

– la réalisation d’économies d’échelle (effet synergie en ressources humaines et structurelles) ;

– la mise à disposition pour les usagers d’équipements caractérisés par une certaine cohérence architecturale et en bon état sur une longue durée (cf. maintenance et entretien).

Ces différents avantages ne se retrouvent pas dans le modèle du marché public, contrat nécessairement limité dans son objet, dans la mesure où la loi MOP proscrit en principe le recours aux marchés de conception-réalisation. De surcroît, même dans le cadre des marchés de conception-réalisation, la maintenance ne peut être dévolue au même cocontractant.

• **Disponibilité de l’ouvrage et paiement public : une avantageuse dissociation dans le temps**

Le contrat de partenariat permet à une personne publique de faire préfinancer un ouvrage ou une infrastructure par un opérateur qui ne sera rémunéré que progressivement, le dernier paiement étant réalisé en fin d’exécution du contrat. Concrètement, la majeure partie des paiements publics interviendra dans la plupart des cas lors de la phase d’entretien-maintenance. Ainsi les collectivités peuvent entreprendre **des projets à forte utilité économique et sociale**, mais qui auraient présenté des difficultés rédhibitoires en termes de dépenses d’investissement s’il s’était agi de les mener dans le cadre de marchés publics.

À cet égard, au titre des clauses performantielles (clauses de bonus/malus), le CP pourra comprendre des pénalités pour inciter le partenaire à garantir une disponibilité de l'ouvrage dans un certain délai de même qu'une qualité constante de l'entretien. En Grande-Bretagne, ces clauses sont d'usage fréquent et ont démontré leur efficacité (cf. rapport du *National Audit Office* de février 2003 : les délais ne seraient dépassés que dans 24 % des cas en PFI contre 70 % des cas en projets publics).

- **Transfert des risques, paiement public et "bancabilité"**

La rémunération de l'entreprise cocontractante en contrat de partenariat sera de type binôme, comportant une part fixe ainsi qu'une part variable, fondée sur un système de bonus/malus en fonction du respect des objectifs de performance assignés au partenaire. L'état actuel du droit ne permet pas de déterminer avec exactitude quel taux pourra être retenu pour la part variable. Cependant, il ne faudrait pas que l'administration la fonde sur un transfert des risques de type exploitation, sauf à risquer une annulation contentieuse du montage, requalifié dès lors en délégation de service public.

Il n'en demeure pas moins vrai que l'existence même d'une part fixe dans la rémunération du partenaire a pour effet de transformer pour une partie significative un risque de crédit "société de projet" en un risque "secteur public", donc un risque très faible pour la banque créancière de l'opérateur privé partenaire.

2.3. Les enjeux comptables : distinction des systèmes de comptabilité

L'analyse des impacts de la conclusion de contrats de partenariat sur les

comptes des collectivités publiques (cf. 3.) ne saurait être appréhendée sans distinguer au préalable les différents systèmes de comptabilité : la Comptabilité nationale, la comptabilité privée et les comptes des collectivités territoriales.

- *La Comptabilité nationale* produit des données agrégées pour la France entière. Elle est élaborée par l'INSEE, dans le cadre du système européen de comptabilité. Elle permet notamment de mesurer la dette publique qui sert de critère de Maastricht. La décision d'Eurostat du 11 février 2004 porte sur cette Comptabilité nationale. La "déconsolidation" permet de requalifier comme non publique, au niveau agrégé, des dettes inscrites dans les comptes de collectivités locales au titre de PPP, à condition que le risque soit porté par le partenaire privé. Il s'agit d'une opération statistique qui n'a aucun impact direct sur les comptes des collectivités elles-mêmes. Cela a en revanche un impact sur la mesure de la dette publique. À court terme, tant que de nouveaux PPP ne seront pas lancés, ce mécanisme peut faire baisser le ratio dette/PIB de la France en faisant basculer des dettes de la catégorie dette publique à la catégorie dette privée. À long terme, cela peut encourager les PPP, car les emprunts liés aux investissements publics ainsi réalisés ne seront pas comptabilisés dans la dette publique.

- *La comptabilité privée* sert à donner une image de la situation patrimoniale et financière d'une entreprise privée. Il faut distinguer les comptes sociaux, produits par chaque entreprise ayant la personnalité morale, et les comptes consolidés, qui donnent l'image financière globale d'un groupe d'entreprises, c'est-à-dire d'une ou des maisons mères avec sa ou ses filiales. Les comptes consolidés font

notamment apparaître l'ensemble des dettes de toutes les entités du groupe. La principale question est alors de définir quel est le périmètre de consolidation (l'ensemble des entreprises qui sont considérées comme contrôlées par la maison mère, et dont les comptes seront intégrés) et le mode d'intégration des bilans des sociétés. En attendant d'éventuelles réformes liées à l'harmonisation des normes comptables (IAS/IRFS), les règles habituelles s'appliquent : en fonction du pourcentage de détention du capital d'une société (par exemple qui porte le projet PPP) par la maison mère, les dettes sont intégrées totalement, partiellement ou pas du tout dans les comptes consolidés.

- *Les comptes des collectivités territoriales* n'ont pas à suivre la règle définie par Eurostat et ne sont pas soumis directement aux exigences du Pacte de stabilité. Un certain nombre d'élus craignent cependant que le contrat de partenariat ne crée des situations de désendettement fictif (cf. 3.).

2.4. Taux d'actualisation : la mesure de l'utilité sociale des dépenses publiques

Avec les nouveaux PPP, des interrogations assez vives émergent sur les éventuelles dérives financières : ce n'est pas parce qu'il existe une procédure légale de financement qu'un projet est économiquement justifié et qu'il convient nécessairement de le réaliser. Si l'on part du principe général que la décision publique doit par essence maximiser le bien-être social, on remet au centre du débat la question de l'évaluation socio-économique des projets par les pouvoirs publics, responsables du bon usage des deniers publics.

• *La rentabilité socio-économique d'un projet pour la collectivité se distingue de la seule rentabilité financière dans le sens où elle intègre d'autres éléments que les seuls flux financiers : sécurité, pollutions et nuisances, raréfaction de certains biens naturels tels que ressources énergétiques ou matières premières, progrès scientifique et technologique escomptés, effet de serre et changement climatique, comportements des consommateurs et usagers, risques économiques et sociaux... Ces évaluations doivent alors apprécier la nature des bénéfices et des coûts, le fait que certains effets sont sûrs et que d'autres sont incertains, voire difficilement prévisibles, et que ces effets peuvent se produire à des dates différentes.*

Responsables du bon usage des deniers publics, les décideurs publics doivent être à même de s'assurer :

- d'abord que les dépenses qu'ils engagent sont utiles et répondent à l'intérêt général ;
- puis que les avantages attendus du projet valent les dépenses engagées et les coûts qui seront supportés par la collectivité.

De ce point de vue, la valorisation du taux d'actualisation n'est pas sans conséquence : ni sur l'arbitrage entre le court terme et le long terme, ni sur l'arbitrage entre les différents projets lorsque se manifeste une contrainte budgétaire. Le calcul économique – et le taux d'actualisation qui lui est associé – permet en effet d'explicitier la vision partagée que la collectivité se fait de l'avenir. Définir un taux d'actualisation qui traduit la pondération relative du présent et du futur dans la prise en compte des impacts monétarisés des décisions collectives – véritable "taux de substitution" entre le présent et l'avenir –, c'est s'accorder sur le bon niveau d'effort que la collectivité doit consentir aujourd'hui pour répondre aux enjeux de demain.

• *L'actualisation est l'opération qu'il est nécessaire de faire pour rendre comparables des valeurs économiques qui s'échelonnent dans le temps : il s'agit de ramener la valeur future d'un bien, d'une dépense à une valeur actuelle. L'actualisation repose sur deux éléments essentiels : l'appréciation des flux monétaires (échancier des dépenses et recettes immédiates et futures, réelles ou fictives) et le taux d'actualisation (coefficient permettant de ramener le futur au présent). Le taux d'actualisation est un taux de substitution entre le futur et le présent ; il traduit la valeur du temps pour une entreprise ou une collectivité : c'est en quelque sorte le "prix du temps".*

Le Commissariat général du Plan a procédé, à la demande du Premier ministre et dans le prolongement des décisions du Comité interministériel d'aménagement et de développement du territoire (CIADT, réunion du 18 décembre 2003), à une révision du taux d'actualisation qui était depuis 1985 la référence utilisée dans l'évaluation socio-économique des projets d'investissement publics ("Le prix du temps et la décision publique", rapport du groupe d'experts présidé par D. Lebègue, collection Les Regards prospectifs, n° 1, Commissariat général du Plan, février 2005). Si une telle révision satisfait bien des attentes, elle ne peut véritablement aider à la décision que si on apporte d'autre part une réponse aux difficultés de mise en œuvre de l'évaluation socio-économique, qui doit elle-même être enrichie. Aussi la revalorisation du taux d'actualisation se comprend dans une perspective de réhabilitation politique du calcul économique comme aide à la décision.

Cette réhabilitation se décline autour des principaux points suivants :

– un renforcement de la formation des agents publics nationaux et territo-

riaux dans l'utilisation du calcul économique (à l'instar des pratiques initiées au sein de la Communauté européenne) ;

– une application étendue du calcul économique : traditionnellement employé dans les projets d'infrastructures, il gagnerait à l'être dans tous les secteurs d'intervention des pouvoirs publics (transports, énergie, R & D, défense, santé/hôpitaux, systèmes scolaire et universitaire, justice, retraites...);

– une sophistication indispensable du calcul, pour qu'il intègre l'utilité sociale d'éléments souvent déterminants dans les projets mais d'évaluation difficile (cet enrichissement passe par un renforcement de la recherche et la mobilisation des nombreux secteurs concernés pour établir les règles élémentaires d'usage qui leur sont adaptées ; il passe également par la participation de la France aux réflexions européennes visant à dresser des cadres référentiels communs, alors que l'harmonisation des taux devient un objectif majeur pour traiter les projets de coopération bilatérale et les interventions financières propres ou partenariales de la Communauté – fonds structurels, partenariats public-privé... –);

– la recherche d'un large consensus des nombreux acteurs économiques et sociaux impliqués, s'agissant des principes généraux de calcul et de la prise en compte de certaines externalités (vecteur indispensable de crédibilité des principes et valeurs retenus, cette ambition justifie que les investigations préliminaires soient menées dans un cadre interministériel et ouvert largement à l'extérieur – comme peut l'être le Commissariat général du Plan – et que les propositions retenues puissent ensuite faire l'objet d'un débat plus large sanctionné par une décision politique).

Le nouveau taux d'actualisation

Le taux d'actualisation public est unique et s'applique de manière uniforme à tous les projets d'investissement publics considérés et à tous les secteurs d'activité. S'écarter de ce principe conduirait à accepter systématiquement des incohérences importantes dans l'allocation des ressources publiques. Il est recommandé aux collectivités territoriales – notamment aux Conseils régionaux – d'utiliser le même taux, surtout pour les investissements dont l'envergure est plus large que celle du territoire de référence.

La problématique de l'actualisation doit être clairement séparée d'au moins deux autres aspects du calcul économique qui lui sont souvent à tort associés : la question du développement durable (externalités et risques par secteurs et par projets) et la question des fonds publics (contraintes budgétaires et coût d'opportunité des fonds publics).

Le taux d'actualisation est un taux d'actualisation calculé hors prime de risque. La prise en compte du risque ne doit pas être intégrée par le biais d'une augmentation implicite du taux d'actualisation. Le risque doit être traité pour lui-même au niveau de l'évaluation de chacun des projets et cela tant pour les prévisions de quantité que pour celles de prix. Ce point constitue un élément majeur des évaluations qui a été jusqu'ici considérablement sous-estimé. Cela ne disqualifie pas l'intérêt de l'évaluation du risque dans le cadre de l'évaluation du coût des opérations – objet du contrat, mais en revanche, cela signifie que la question du risque doit être clairement séparée de celle du taux d'actualisation. Elle peut inversement être associée au calcul du taux d'intérêt à long terme des obligations publiques, sur la base des obligations assimilables du Trésor (OAT).

Le taux d'actualisation se comprend comme l'ensemble formé par le taux d'actualisation et un système de prix relatifs des biens dans lequel notamment le prix de l'environnement croît nettement par rapport aux autres.

Le taux d'actualisation est un taux d'actualisation réel et doit être utilisé dans des calculs effectués en monnaie constante (hors inflation).

Le taux d'actualisation de base est ramené de 8 % à 4 %.

Le taux d'actualisation est décroissant avec le temps pour les évaluations qui portent sur le très long terme. La décroissance du taux est effective à partir de 30 ans. La décroissance du taux d'actualisation est continue pour éviter les effets de seuil ; il s'appuie sur la formule proposée dans le rapport. La décroissance du taux d'actualisation est limitée par un plancher fixé à 2 %.

Ce taux doit faire l'objet de révisions périodiques tous les 5 ans, pour éviter d'être en déphasage avec les principaux indicateurs macro-économiques (croissance potentielle du pays, évolution des taux d'intérêts à long terme, variables démographiques, etc.). Cette révision doit s'appuyer sur un exercice de prospective sur la croissance économique.

• Un taux d'actualisation situé dans un nouveau contexte

Dans la logique actuelle, l'État se désengage de plus en plus de la sphère productive pour se consacrer à des tâches de régulation, sous la pression de l'intégration européenne et de la mondialisation, avec notamment la libéralisation des mouvements de capitaux et la montée en puissance des collectivités territoriales qui les

accompagnent. La perspective d'un grand nombre d'investissements lourds se dessine aujourd'hui aussi bien au niveau européen (interconnexion des grands réseaux) qu'au niveau des collectivités (investissement dans les réseaux de distribution). Dans une situation de multiplicité de financeurs aux logiques différenciées, faut-il définir autant de taux d'actualisation qu'il y a de collectivités ? Si en théorie le taux d'actualisa-

tion constitue un choix tutélaire lié à la liberté de prélever l'impôt et d'investir, force est de constater qu'une diversité des taux d'actualisation n'apporterait pas de changements significatifs et compliquerait inutilement les débats. Pour l'État et pour les collectivités territoriales, il apparaît donc plus raisonnable d'en rester à un seul taux de référence.

En conclusion, l'utilisation du calcul économique sur ces bases modernisées peut contribuer grandement à augmenter, à effort égal, la "production d'utilité publique" et à enrichir les débats en objectivant sur la base de procédures reconnues par les acteurs l'utilité sociale des projets envisagés.

3. Les enjeux politiques et budgétaires

Globalement, on constate aujourd'hui un manque d'enthousiasme des élus locaux pour le contrat de partenariat. Cette situation est susceptible d'évolution, mais en l'état, ce sentiment de scepticisme au niveau local à l'égard des contrats de partenariat mérite que l'État y prête attention et en examine les ressorts.

3.1. Les réserves à l'égard des contrats de partenariat

Envisager cette difficulté sous l'angle du clivage politique serait procéder à une analyse simpliste. En effet, les réticences que suscitent au niveau local les contrats de partenariat se manifestent d'une manière suffisamment générale pour qu'elles ne puissent être attitrées à des logiques partisanes.

Les arguments qui suscitent ou sont susceptibles de susciter des réserves chez les élus sont de différents ordres :

- **Les arguments tendant à relativiser le caractère innovant du contrat de partenariat**

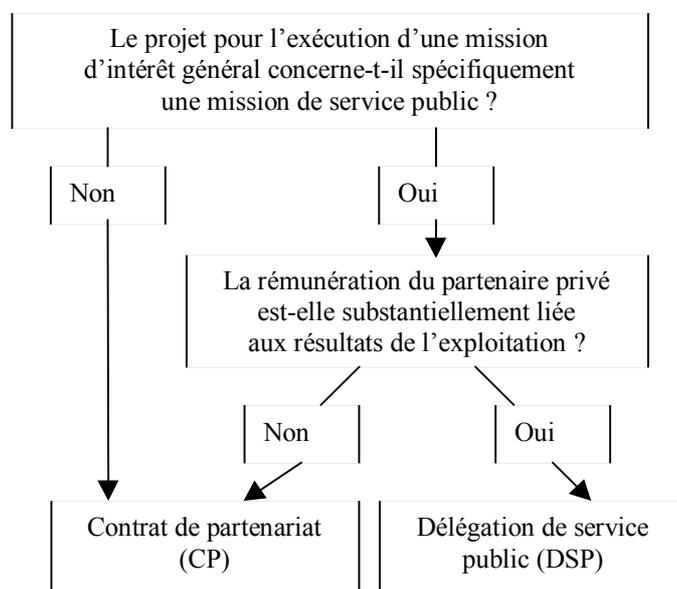
Historiquement, les montages concessifs – ou associant des éléments de définition des concessions et des affermage – constituent les premières formes de partenariat public-privé, étant entendu que ce sont des contrats globaux, de longue durée, caractérisés par une maîtrise d'ouvrage privée ainsi que par un transfert des risques à la charge du délégataire.

Partant, le contrat de partenariat (CP) ne présenterait pas d'avantage comparatif évident vis-à-vis de la délégation de service public (DSP). Au contraire, faisant l'objet de procédures de passation relativement complexes et juridiquement risquées, le CP constituerait une solution moins opportune que la DSP pour obtenir des effets similaires.

Cette argumentation, fût-elle partiellement fondée, appelle un certain nombre de nuances.

La première tient au clivage partage/transfert des risques entre CP et DSP. Il est indéniable que la DSP postule un transfert maximum des risques là où le CP répartit ceux-ci entre les acteurs qui les maîtrisent le mieux. Cette différence est essentielle en termes comptables et en termes de bancabilité. En effet, les banques renchérissent le taux du prêt consenti lorsque l'assuré se voit transféré un risque sujet à un fort aléa – ainsi le risque d'exploitation, difficile à maîtriser pour les entreprises délégataires –, tout transfert de risque ayant un prix, a fortiori s'il est difficilement maîtrisable.

La seconde tient au fait que le CP rend possible des opérations non susceptibles d'être réalisées en concession ou en affermage, à savoir :



Source : IGD

– des opérations ne portant pas sur la gestion même d'un service public ;

– ou encore des opérations pour lesquelles il paraît économiquement ou politiquement peu souhaitable de transférer le risque volume (économiquement, car il s'agit d'un risque non maîtrisable par celui qui en a la charge ; politiquement, car ce transfert peut se traduire par un coût excessif supporté par l'utilisateur du service public).

• La transcription comptable des opérations réalisées en contrat de partenariat

Les responsables locaux sont nombreux à s'interroger sur la transcription comptable des contrats de partenariat. Cette question suscite trois types de craintes :

– celle de la débudgétisation des loyers versés au partenaire ;

– celle de la constitution d'un endettement occulte ;

– celle d'une mise à mal du budget de fonctionnement par des opérations qui

relèvent en principe davantage de la section d'investissement.

Dans l'attente des résultats de la réflexion conduite par le Conseil national de la comptabilité, c'est un dispositif transitoire qui est proposé aux collectivités territoriales et acteurs publics. Cependant, il est indispensable que ce dispositif soit finalisé et complété grâce à la réflexion du CNC concernant notamment le mode de comptabilisation de la dette contractée par le partenaire public.

Ce dispositif transitoire apparaît comme une solution de compromis, voire dans certains cas une solution contradictoire avec la norme Eurostat, l'Office statistique des Communautés européennes. En tant qu'autorité statistique de la Commission, Eurostat n'examine pas les motivations, la rationalité et l'efficacité des partenariats publics privés, mais doit fournir des orientations claires concernant leur traitement dans les comptes nationaux, et leur impact sur les données du secteur des administrations publiques.

**Dispositif comptable et budgétaire transitoire
applicable aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics
(source : MINEFI, “Les contrats de partenariat : principes et méthodes”)**

S’agissant des collectivités et établissements publics locaux, 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.

La question centrale, en termes de comptabilité nationale, posée par les CP, est celle de la comptabilisation des actifs – objets du contrat de partenariat, actifs qui peuvent être enregistrés soit comme actifs publics soit dans le bilan du partenaire privé. En comptabilité nationale, ces actifs peuvent être considérés comme actifs non publics exclusivement s’il existe une forte évidence que le partenaire privé supporte la plus grande partie du risque lié au partenariat spécifique.

Eurostat a sélectionné trois catégories principales de risques “génériques”

- Le “risque de construction”, couvrant notamment des événements comme la livraison tardive, le non-respect de normes spécifiées, les surcoûts, la déficience technique et les effets extérieurs négatifs.

- Le “risque de disponibilité” dans le cas où le partenaire privé n’est pas en mesure de livrer le volume contractuellement convenu ou de répondre, comme spécifié dans le contrat, aux normes de sécurité ou de certification publiques liées à la prestation de services aux utilisateurs finals ; ceci s’applique également lorsque le partenaire ne répond pas aux normes de qualité relatives à la prestation de services, requises dans le contrat et découlant d’un manque évident de “performance” du partenaire.

- Le “risque lié à la demande” couvrant la variabilité de la demande (plus élevée ou plus faible qu’escomptée lors de la signature du contrat) lorsque celle-ci n’est pas imputable au comportement (gestion) du partenaire du secteur privé, mais à d’autres facteurs, tels que le cycle économique,

de nouvelles tendances du marché, la concurrence directe ou l'obsolescence technologique.

Si les actifs demeurent propriété du partenaire à l'issue du projet, et si ces actifs continuent de représenter une valeur économique significative, ils sont normalement classés dans le bilan du partenaire privé. À l'inverse, si le partenaire public a l'obligation ferme d'acquérir les actifs à l'issue du contrat à un prix prédéterminé ne reflétant pas la valeur économique des actifs à ce moment (telle qu'escomptée sur la base d'une hypothèse conservatrice au moment de la signature du contrat), ou a payé pour le droit d'acquérir les actifs pendant toute la durée du contrat moyennant des paiements réguliers supérieurs à ce qu'ils auraient été sans ce droit, il peut alors être fondé d'enregistrer les actifs comme actifs publics.

Ainsi, les actifs peuvent être considérés comme non publics et sortir du patrimoine des administrations publiques seulement si les deux conditions suivantes sont réunies :

- le partenaire privé supporte le risque de construction ;
- le partenaire privé supporte au moins l'un des deux risques suivants: celui de disponibilité ou celui lié à la demande.

Ceci a des conséquences importantes pour les finances publiques, tant du point de vue du déficit que de la dette. Les dépenses initiales en capital, relatives aux actifs, seront enregistrées comme formation de capital fixe des administrations publiques, avec un impact négatif sur le déficit/excédent public. En contrepartie de cette dépense de l'État, la dette publique au sens de Maastricht augmentera. Les paiements réguliers du partenaire

public au partenaire privé auront un impact sur le déficit/excédent public uniquement pour ce qui est de la partie relative aux achats de services et à "l'intérêt imputé".

Ainsi, Eurostat prévoit deux modes de comptabilisation (montages consolidants et déconsolidants) et recommande que les actifs liés à un partenariat public-privé soient classés comme actifs non publics ou actifs publics en fonction de cette analyse des risques (construction, disponibilité/demande) et leur répartition entre l'opérateur privé et l'entité publique.

Montages consolidants et montages déconsolidants selon Eurostat : transcription comptable pour les collectivités locales

Un montage consolidant consisterait à comptabiliser en dépenses de la section d'investissement les coûts liés à l'acquisition du bien et en recettes l'emprunt souscrit pour le financement, puis chaque année pendant la durée du contrat à comptabiliser :

- en section de fonctionnement les charges financières, les dépenses de maintenance, et les dotations aux amortissements ;
- en section d'investissement, les dépenses liées au remboursement du capital de la dette et les recettes d'ordre liées aux amortissements.

La dette serait ainsi intégrée dans les comptes de la collectivité.

Un montage déconsolidant consisterait simplement à comptabiliser un loyer en section de fonctionnement pendant toute la durée du contrat. La dette est en quelque sorte "externalisée" auprès de l'opérateur, titulaire du contrat de partenariat.

Le choix entre les deux montages dépendrait selon la norme Eurostat de l'analyse des risques : si ceux-ci sont supportés par l'opérateur, la collectivité pourra opter pour un montage "déconsolidant". Dans le cas inverse, elle devra prendre en compte l'actif et le passif dans ces comptes.

Difficultés liées au dispositif transitoire pour la comptabilisation des opérations en contrats de partenariat

Le dispositif transitoire figurant dans le guide intitulé "Principes et méthodes" élaboré par le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie présente plusieurs difficultés pour les collectivités locales :

- si on préconise une harmonisation entre la comptabilisation des opérations en contrats de partenariat entre les administrations publiques et les administrations publiques locales, il constitue une solution de compromis entre le montage "consolidant" et "déconsolidant" ;

- il minore la dette des collectivités ce qui rend peu lisible l'analyse financière et la comparaison entre collectivités locales.

• Les risques juridiques

Les réserves des élus à l'égard des contrats de partenariat sont particulièrement motivées par l'existence de risques de remise en cause par le juge de la décision de recourir à un CP, ou – si elle est distincte de la signature du contrat – sur le fondement de l'irrégularité de l'évaluation préalable, qui requière en effet de démontrer l'urgence ou la complexité du projet.

Certes, le risque juridique caractérise tout aussi bien les MP et les DSP (on sait la subtilité du critère de la rémunération "substantiellement liée aux résultats de l'exploitation"), mais il est renforcé et plus préjudiciable en CP :

- renforcé, car le dispositif d'évaluation juridique et économique préalable n'est pas encore assimilé par les collectivités, qui en revanche ont tiré les enseignements de la pratique des procédures en MP ou en DSP ;

- plus préjudiciable, car les coûts de transaction en CP sont supérieurs, de sorte qu'une annulation contentieuse présente un coût plus important pour les collectivités.

S'il ne faut pas sous-estimer le risque juridique, il faut cependant le relativiser. En particulier, la mission d'appui permettra de sécuriser la passation des contrats de partenariat, saisie des questions des acteurs locaux. Et le développement des contrats de partenariat rendra possible à terme l'apprentissage de bonnes pratiques propres à annihiler l'aléa dans la conduite des procédures de passation. À cet égard, le contrat de partenariat pourrait connaître le même succès que la mise en œuvre de la loi Sapin.

• La question de l'incertitude

Les collectivités locales sont aujourd'hui très préoccupées par la question des transferts de compétences et compensations financières y afférant (actuellement insuffisantes). Ce problème les place dans une situation d'incertitude budgétaire sur l'avenir. La conclusion de contrats de partenariat tendrait à renforcer l'incertitude.

• L'asymétrie d'information et la crainte d'une évasion des compétences locales

Les élus locaux appréhendent aujourd'hui la conduite des négociations en contrats de partenariat : une distorsion importante caractériserait le poids respectif des acteurs au détriment des collectivités locales, y compris les communautés. Dans cette perspective, notamment, certains élus locaux et maîtres d'œuvres expriment des

Les transferts de charges en rapport aux transferts de compétences inscrits dans la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales s'évaluent pour leur ensemble à hauteur de 9,6 à 11 milliards d'euros dont environ 8 milliards d'euros pour les départements, le solde étant essentiellement destiné aux régions (source : ADF, Ernst & Young, Étude d'impact de l'Acte II de la décentralisation – Aspects financiers et organisationnels, avril 2005).

Cette nouvelle phase de décentralisation repose sur une révision constitutionnelle qui s'accompagne de la loi organique du 29 juillet 2004 relative à l'autonomie financière des collectivités locales, et qui garantit constitutionnellement le maintien de l'autonomie financière des collectivités territoriales via une compensation financière intégrale, concomitante aux transferts effectifs des compétences.

La Commission consultative sur l'évaluation des charges émet un avis sur la juste compensation de ces charges transférées.

La loi prévoit une compensation calculée sur la base des dépenses effectuées par l'État avant le transfert de compétences (moyenne sur 3 ans pour les dépenses de fonctionnement, moyenne sur au moins 5 ans pour l'investissement). En revanche, elle ne garantit pas de compensation financière "glissante", c'est-à-dire l'adéquation entre l'évolution de la charge et de la recette. Ce risque d'absence d'évolutivité de recette transférée (TIPP) a notamment posé problème à un certain nombre de départements face à l'augmentation régulière et sensible du nombre de demandeurs du RMI depuis sa mise en application en 2004. De même, les transferts de charges des régions seront compensés avec cette même TIPP, qui a évolué en 2005 de 1 % par rapport à 2004. En outre, des incertitudes demeurent encore à ce jour sur les modalités de transferts de la taxe spéciale sur les conventions d'assurance (TSCA), recette destinée à compenser l'ensemble des transferts départementaux inscrits dans la loi du 13 août 2004, dont ceux de la voirie nationale et des personnels TOS.

craintes quant à la qualité architecturale des infrastructures ou ouvrages concernés (cependant, l'article 12 de l'ordonnance permet d'apporter un certain nombre de garanties de ce point de vue, envisageant les obligations liées au transfert partiel ou total de la conception des ouvrages).

Par ailleurs, une généralisation du recours aux contrats de partenariat pourrait induire une perte de compétence des collectivités locales considérées en terme de maîtrise d'ouvrage ; ceci pose un problème d'indépendance des choix publics. En effet, comment une collectivité qui se dessaisirait de ses compétences internes serait-elle à même de juger de manière éclairée la compétence externe ?

Ces objections se rattachent à une projection possible mais peu probable de recul net de la maîtrise d'ouvrage

publique au profit de la gestion partenariale. Cependant elles doivent être prises en compte dans la problématique plus générale des risques liés au manque de formation et de culture de l'évaluation des collectivités locales.

Par ailleurs, on ne peut pas exclure le scénario d'une compétence optimisée des collectivités locales dans l'évaluation et le contrôle d'opérations externalisées (logique du "faire faire"), qui renforcerait la capacité à "faire" par le bénéfice des retours d'expériences en partenariat avec les acteurs privés, spécialistes des domaines concernés par les différentes opérations – objet du PPP.

- **Les déficits d'information, de pédagogie et d'exemplarité par l'État**

Les collectivités locales hésitent à s'engager dans une voie dans laquelle on ne dispose pas de retours d'expé-

rience. Actuellement, les seuls cas qui permettent aux collectivités d'évaluer l'intérêt du contrat de partenariat ne concernent pas cette forme spécifique de contrat mais des formes apparentées (PFI anglo-saxons, autres exemples étrangers et internationaux et PPP sectoriels avec en particulier les baux emphytéotiques hospitaliers).

De surcroît, on a pu déplorer la lenteur de la mise en place de la mission d'appui et de la publication concomitante du guide des bonnes pratiques du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie (27 mai 2005).

Enfin, il serait souhaitable que l'État s'engage en faveur des collectivités locales dans l'organisation de journées de formation consacrées à l'apprentissage des procédures de passation en contrat de partenariat. Les maîtres d'ouvrage publics ne pourront procéder à l'évaluation et assurer dans de bonnes conditions la négociation que s'ils bénéficient préalablement d'un solide programme de formation. L'État doit donc prendre en considération les difficultés inhérentes à la gestion du changement.

3.2. Mise en perspective : de nouveaux modes d'action publique

Les contrats de partenariat créent au moins deux types d'innovations majeures dans les modes d'action publique, au-delà de la question des apports au pur plan du droit de la commande publique.

- Le premier type d'innovation tient à la logique d'évaluation juridique et économique préalable qui les sous-tend.

Aujourd'hui, des réflexions sont conduites dans diverses instances

pour tenter de valoriser l'utilité socio-économique des projets publics suivant leurs modes de gestion, parallèlement à une réflexion autour de l'enjeu de la réversibilité des choix des modes de gestion. C'est du reste toute la problématique de la Charte des services publics locaux du 16 janvier 2002, signée par l'Association des maires de France (AMF), l'Association des maires des grandes villes de France (AMGVF), l'Assemblée des départements de France (ADF), l'Association des régions de France (ARF) et l'Institut de la gestion déléguée (IGD), qui définit une série d'objectifs visant à garantir "la qualité et la performance [des services publics] et favoriser la cohésion tant sociale que territoriale".

Avec le contrat de partenariat, il va s'agir de procéder à une évaluation comparative des modes de gestion pour un projet donné – condition indispensable pour conclure un contrat de partenariat –, mais on peut très bien imaginer que la sphère publique reproduise ce type de raisonnement avant d'opter pour d'autres solutions que le contrat de partenariat. Dans cette optique, **l'évaluation préalable** pourrait à l'usage dépasser le strict champ de son objet et inciter les collectivités locales à mieux déterminer les avantages comparatifs et les coûts relatifs des différentes solutions dont elles disposent pour mener à bien des projets d'utilité publique.

Le bénéfice que la collectivité pourra tirer du calcul économique est tributaire de la capacité de l'État à renforcer ou à créer en son sein des dispositifs appropriés d'évaluation de politiques publiques et à assurer leur diffusion et leur promotion vers les corps constitués impliqués ou concernés par l'évaluation (Cour des comptes, Parlement, Conseil d'État...) comme vers les différents échelons de collectivités territo-

Les principaux objectifs de la Charte des services publics locaux :

- la clarté des rôles entre autorité organisatrice, usager et opérateur,
- la réversibilité des choix dans les modes de gestion,
- la mise en place d'indicateurs de performance pour comparer les différentes options (régie/délégation),
- la recherche d'un équilibre entre incitation de l'opérateur et diffusion des gains de productivité au bénéfice du progrès social, économique et environnemental.

Plus récemment, un rapport confié par l'IGD à Christian Babusiaux, ancien directeur général de la DGCCRF, a recommandé la mise en compétition des modes de gestion des services publics locaux, à partir d'une refonte de certaines règles ayant pour effet de nuire à la comparabilité des modes de gestion et à leur réversibilité (La Documentation française, juin 2005). Le rapport souligne notamment que la comparaison entre régie et délégation se heurte à des exigences moins importantes en terme de comptabilité pour les personnes publiques par rapport à celles auxquelles sont soumis les opérateurs privés. À ce facteur discriminant s'ajoutent de nombreuses distorsions dans la compétition, notamment du point de vue de la récupération de la TVA, de l'assujettissement à la taxe professionnelle et du paiement de la redevance d'occupation du domaine public.

riales, notamment régionaux. La systématisation des évaluations a posteriori constituerait également un bon moyen d'améliorer de manière continue la méthode d'évaluation elle-même et de préconiser – voire d'imposer si nécessaire – des cadres de référence pour traiter certains problèmes difficiles. Les insuffisances relevées pourraient aussi motiver des programmes de recherche articulés avec les besoins de l'évaluation sous des aspects tant théoriques que de portée opérationnelle. Là encore l'intervention du niveau européen constitue une opportunité à rechercher.

On peut rappeler à cet égard que la Banque européenne d'investissement (BEI), institution créée par le traité instituant la Communauté européenne, met à disposition des États et des collectivités locales des prêts dont "la durée de vie moyenne (...), plus longue que celle des prêts bancaires, est bien adaptée aux contrats de partenariat" (X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson, M. Fornacciari, 2005). Les prêts accordés par la BEI sont caractérisés par des taux particulièrement

bas, ce qui implique qu'elle soit, en contrepartie, particulièrement attentive à la bancabilité du projet. Les collectivités intéressées par cette modalité devront bien veiller à instruire dans les délais requis leurs demandes de financement auprès de la BEI.

- Le second type d'innovation réside dans la logique de **fourniture d'un "package" de prestations de service** qui est inhérente aux contrats de partenariat.

La personne publique achète non pas un ouvrage mais un service à son partenaire, service qui consiste à réaliser mais surtout à assurer l'entretien régulier d'un équipement utile à la collectivité. Cette nouvelle approche globale conduit à une dépréciation relative du critère du moins-disant sur la phase de la construction, pour lui privilégier celui de l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour leur part, les entreprises sont dans l'obligation de considérer davantage la durée de vie de l'ouvrage (et de son utilité socio-économique) que la durée de sa seule construction.

En synthèse, le contrat de partenariat contraint à la prise en compte du long terme dans des domaines où auparavant les regards publics et privés avaient tendance à se focaliser sur le court terme (la construction). Il oblige également le secteur public et le partenaire privé à dialoguer en bonne intelligence dans un objectif commun d'amélioration des services publics.

Les contrats de partenariat : un instrument de développement économique pour les collectivités locales

En cas d'utilisation raisonnée du contrat de partenariat, nombreux sont ceux qui, à l'instar du président de l'Institut de la gestion déléguée Claude Martinand, pronostiquent une relance de la croissance économique française (cf. colloque "Les Échos", 19 mai 2005).

Cette perspective optimiste se fonde sur les avantages socio-économiques qui s'attacheraient à l'usage des contrats de partenariat et plus généralement des PPP dans des secteurs stratégiques (santé, éducation, NTIC, réseau ferré, énergie, environnement, infrastructures...) : *"Le lancement de PPP stratégiques sur une échelle suffisante, de l'ordre de 10 milliards d'euros par an après une montée en puissance de trois ou quatre ans, pourrait, selon les élasticités macro-économiques habituelles, apporter de 0,2 % à 0,4 % de croissance annuelle en plus, soit des créations d'emplois annuelles nettes supérieures à 50 000. Les PPP stratégiques sont des fers de lance au service d'un État stratège pour accélérer le retour de l'économie française sur un sentier de croissance rapide"* (C. Saint-Étienne, 2005).

Dans un contexte marqué par le ralentissement de la croissance économique française, la priorité donnée par le Gouvernement à l'emploi et la

volonté de donner vie aux ambitions de la Stratégie de Lisbonne (Conseil européen des 23 et 24 mars 2000), les économistes s'accordent pour dire que **l'efficacité de la relance dépend de la qualité des investissements retenus** et non des montants des dépenses engagées. La question de la mesure de l'utilité socio-économique des projets est donc déterminante.

Enfin, avec 68,6 % des dépenses d'investissements publics (Observatoire des finances locales, juillet 2005), **les collectivités territoriales sont les premiers acteurs du développement local**. L'usage du contrat de partenariat pourrait leur permettre pour certains projets de répondre mieux et plus rapidement aux attentes d'infrastructures et de services publics dans le seul souci de l'intérêt général.

3.3. Pistes d'évolution

Pour que les collectivités locales puissent mettre à profit les contrats de partenariat, dispositif que l'État a jugé utile d'instituer, nous proposons un ensemble de pistes d'évolution.

L'amélioration de l'ordonnance n° 2004-559

Nous suggérons une réécriture partielle de l'ordonnance en ce qui concerne l'indemnisation des entreprises non retenues.

Actuellement, l'article 7 de l'ordonnance et l'article L. 1414-7 du CGCT indiquent qu'"Il peut être prévu qu'une prime sera allouée à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées".

Nous préconisons que le législateur rende **l'indemnisation obligatoire** au moins pour les deux candidats les mieux placés sur la *short list* après le candidat retenu (ou les deux meilleurs

candidats stricto sensu en cas d'abandon du projet en cas de négociations avancées).

Cette indemnisation nous semble devoir être obligatoire pour favoriser une concurrence effective sur les projets en partenariat, la présentation de solutions techniques et financières performantes étant très coûteuse pour les entreprises, notamment les groupements de PME que l'ordonnance ambitionne pourtant ne pas défavoriser.

Les entreprises, même protégées par l'exigence de confidentialité qui pèse sur les personnes publiques, hésiteront à divulguer des process innovants en phase de dialogue compétitif si elles ne sont pas indemnisées en contrepartie à hauteur au moins d'une part substantielle des études engagées.

Au-delà de la reformation, la clarification des textes

Il existe une contradiction apparente entre les termes de l'article 2 dernier alinéa de l'ordonnance (équivalent de l'article L. 1414-2 dernier alinéa du CGCT) et ceux des décrets pris sur son fondement.

En effet, l'ordonnance dispose que *"l'évaluation est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret"*, ce qui laisse à supposer un caractère systématique sinon prescriptif de la consultation auprès de la mission d'appui à la création des contrats de partenariat ou de l'organisme expert Défense. Pourtant, la lecture des décrets instituant de tels organes exclut clairement l'hypothèse d'une consultation qui serait obligatoire pour les collectivités. En ce sens, l'article Premier du décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission

d'appui à la réalisation des contrats de partenariat dispose qu'*"il est créé un organisme expert chargé de procéder en liaison avec toute personne intéressée à l'évaluation prévue à l'article 2 de l'ordonnance susvisée"*.

Il y a là une ambivalence des termes qui est de nature à soulever des inquiétudes inutiles quant à la sécurité de la passation des contrats de partenariat.

L'ordonnance d'autre part n'est pas claire sur le possible recours à la titrisation, forme de financement structuré consistant à isoler des créances dans une entité ad hoc qui en fait l'acquisition en se finançant par l'émission de titres souscrits par des investisseurs qualifiés (L. Deruy, S. Lagumina, 2005).

Enfin, reste en suspens la question de savoir si la gestion d'un service public peut être déléguée dans le cadre de l'ordonnance. L'ordonnance dispose que le partenaire peut se voir confier la gestion *"d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public"*, ainsi que – à titre facultatif – *"d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée"*. Au sens du droit communautaire, il ne fait guère de doute que les contrats de partenariat sont des marchés publics (de travaux ou de services selon ce qui prédomine dans l'objet de l'opération), et non des concessions, puisqu'il n'y a pas a priori de transfert du risque d'exploitation. Toutefois, on pourrait imaginer le transfert de missions de gestion de service public dénué de transfert du risque d'exploitation. L'ordonnance ne consacre pas explicitement cette hypothèse mais ses termes sont insuffisamment précis pour totalement l'exclure.

L'amélioration progressive du guide "Contrats de partenariat. Principes et méthodes" du MINEFI

C'est là un objectif que se donne la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat que l'on ne peut qu'approuver.

En l'état, ce guide des bonnes pratiques, par sa qualité, sa clarté et la richesse de ses informations, constitue un outil indispensable pour les collectivités locales ambitionnant la conclusion de contrats de partenariat. Le guide élaboré par la MAINH sert actuellement de référence majeure dans la conduite des projets en BEH. On ne peut que plébisciter la perfectibilité de ces guides.

Pédagogie, information et consultation par l'État à destination des responsables locaux

C'est un point crucial.

Certes, la conduite des projets en PPP est grandement favorisée par le recours à l'expertise des missions d'appui, mais encore faut-il que les acteurs locaux soient sensibilisés en amont aux enjeux de la réforme et surtout qu'ils puissent exprimer leurs questions et réserves afin que l'État puisse y apporter des réponses.

Nous suggérons donc :

- l'organisation de journées de formation tout à la fois extrêmement pédagogiques et fournissant aux participants des informations très précises sur les contrats de partenariat et plus généralement les PPP ;

- la réalisation d'une consultation auprès des collectivités locales se donnant pour objet de déterminer les attentes des élus.

Du côté des collectivités locales **la constitution de pôles de compétences pluridisciplinaires** peut être envisagée, pour organiser la mutualisation d'un certain nombre de fonctions. La gestion du changement introduit par la culture de l'évaluation gagnera à être mise à profit elle constitue un défi non négligeable.

La finalisation du dispositif comptable et budgétaire transitoire

Le dispositif transitoire applicable aux collectivités locales souffre de certaines contradictions avec la décision d'Eurostat qu'il conviendra de solutionner.

Par ailleurs, la question de la transcription comptable des opérations en contrat de partenariat est suffisamment sensible du point de vue des responsables locaux pour que l'État apporte en la matière des éléments de compréhension beaucoup plus précis.

CONCLUSION

Si les contrats de partenariat restent à ce jour d'application marginale (un seul contrat signé, mais cependant de nombreux projets à l'étude), ils auront au moins eu un effet majeur : relancer le débat sur les partenariats public-privé.

Ce débat n'est pas sans soulever des difficultés politiques et culturelles.

D'abord, il relance avec vigueur la thématique de **la réforme de l'État**. La manifestation la plus significative à cet égard est assurément **la notion d'évaluation comparative des modes de gestion des services publics**. Les contrats de partenariat contraignent en effet les personnes publiques à chiffrer les coûts des projets réalisés en maîtrise d'ouvrage publique, là où auparavant elles n'en percevaient pas nécessairement la plénitude, vu l'absence d'obligation à leur encontre de présenter des comptes projets consolidés. L'enjeu lié à cette question est celui de favoriser **la performance et la transparence de l'action publique** par la mise en place notamment d'instruments de contrôle et de régulation adaptés. La nouvelle approche méthodologique du contrat de partenariat devrait conduire également à un changement culturel de la puissance publique au sens où elle nécessite de raisonner en terme d'achat de "service rendu" et non plus de "service ou ouvrage acheté".

De surcroît, le renforcement du partenariat public-privé aura de nombreux effets qu'il est plus ou moins facile d'anticiper. Parmi ceux-là, on en retiendra deux qui sont explicitement recherchés et souvent mis en avant dans les débats : d'une part le partenariat public-privé devrait **accélérer la réalisation des investissements** que les pouvoirs publics n'ont pas toujours les moyens de financer, d'autre part il devrait **renforcer les responsables locaux dans leur capacité à réaliser**

des projets et donc conforter le processus de décentralisation en cours dans notre pays.

Les collectivités territoriales sont parfois arrêtées dans leurs projets par la contrainte budgétaire sachant que les marges de manœuvre supplémentaires dépendent du bon vouloir de l'État (décision en matière de fiscalité, subventions, aides...). Le contrat de partenariat peut ouvrir des opportunités qui changeront cet état de fait. La systématisation de ces pratiques peut donc à terme **modifier les équilibres des pouvoirs** entre les niveaux local et national.

Par ailleurs, on pressent aujourd'hui que si les contrats de partenariat peuvent être envisagés pour une multitude de domaines, leur avantage comparatif par rapport aux solutions contractuelles classiques semble particulièrement significatif dans les domaines où les services externalisés sont les plus complexes et représentent des enjeux vitaux pour les entreprises (l'économie des services, par opposition aux biens industriels). Les contrats de partenariat gagneront à être développés là où le secteur privé est plus performant que le secteur public, par le savoir-faire qui est le sien et par les solutions innovantes qu'il propose pour **résoudre la complexité**.

Il faut encore rappeler que l'ordonnance sur les contrats de partenariat accorde une part non négligeable aux mécanismes permettant de **garantir le respect des obligations de service public qui s'imposent à l'opérateur privé**, de même que les contrats de partenariat n'ont pas pour objet de permettre la rétrocession à la sphère marchande du cœur des activités de service public.

La réforme des partenariats public-privé constitue une voie à exploiter pour les collectivités locales. Le nou-

veau dispositif (les contrats de partenariat), s'il présente de nombreux avantages comparatifs par rapport aux autres formes d'association du secteur privé à des projets publics, reste per-

fectible, et c'est dans cette optique que nous avons rédigé les quelques recommandations qui nous semblent essentielles pour encourager une utilisation efficace des nouveaux PPP.

BIBLIOGRAPHIE

- Lois et règlements

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

Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire

Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI), article 3-II

Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ)

Loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, article 6

Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médicaux-sociaux soumis à autorisation

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat

Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat

Décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du Code général des collectivités territoriales

Projet de loi organique modifiant la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, amendements présentés par M. le sénateur Jean Arthuis et adoptés par le Sénat le 16 décembre 2004

Décret n° 2004-1551 du 30 décembre 2004 instituant un organisme expert chargé de l'évaluation des partenariats de l'État au sein du ministère de la Défense

- Jurisprudence

Conseil constitutionnel, décision n° 2002-460 DC, 22 août 2002, *loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*

Conseil constitutionnel, décision n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, *loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*

Conseil d'État, n°269814, 27 octobre 2004, *M. Sueur et autres*

Conseil constitutionnel, décision n° 2004-506 DC, 2 décembre 2004, *loi de simplification du droit*

- Lignes directrices

Eurostat, décision "Le déficit et la dette – Traitement des partenariats public-privé", 11 février 2004, STAT/04/18

Commission des Communautés européennes, Bruxelles, 30 avril 2004, COM(2004) 327 final, *livre Vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*

Ministère des Solidarités, de la Santé et de la Famille, Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier, *Le guide du bail emphytéotique hospitalier, un outil global et innovant au service de l'investissement hospitalier*, février 2005

Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, *Les contrats de partenariat. Principes et méthodes*, mai 2005

- Ouvrages

LIGNIÈRES (P.), *Partenariats publics-privés*, Litec, 2000

COSSALTER (P.) et DU MARAIS (B.), *La Private Finance Initiative*, IGD, 2001

BEZANÇON (X.), DERUY (L.), FISZELSON (R.) et FORNACCIARI (M.), *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé*, Le Moniteur, 2005

- Rapports publics – études

Ministry of Finance, PPP Knowledge Centre, *Manuals Public-Private Partnerships ; Public Private Comparator*, août 2002 (2 vol.)

Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques, rapport d'enquête, *Comprendre les pratiques européennes. Le développement de la procédure de PPP/PFI en Grande-Bretagne*, novembre 2003

European Commission, rapport *Ressource Book on PPP Case Studies*, juin 2004

Commissariat général du Plan, rapport du groupe d'experts présidé par LEBÈGUE (D.), *Le prix du temps et la décision publique*, La Documentation française, février 2005

Institut de la gestion déléguée, rapport du groupe d'experts présidé par BABUSIAUX (C.), *Régie, marché, contrat de partenariat, délégation. Quelle compétition pour l'amélioration du service public ? Comparabilité, transparence, réversibilité*, La Documentation française, juin 2005

- Revues

"La Gazette", Études et Documents, cahier détaché, IGD, *Évaluation des contrats globaux de partenariat. Principes, méthode et comparaisons*, 5 avril 2004

"La Gazette", Études et Documents, cahier détaché, *Les contrats de partenariats publics/privés. Présentation des aspects juridiques, fiscaux et financiers*, 26 juillet 2004

"Le Moniteur", cahier détaché n° 2, n° 5264, BREVILLE (A.) et BEZANÇON (X.), *Quel montage contractuel en partenariat public-privé ? Étude comparée des différentes formes contractuelles y compris le nouveau contrat de partenariat*, 15 octobre 2004

"Le Moniteur", cahier détaché n° 2, n° 5286, BEZANÇON (X.) et FORNACCIARI (M.), *Le contrat de partenariat et la collectivité territoriale. Comment utiliser le contrat de partenariat ?*, 18 mars 2005

BABIN (L.) et MACAIRE (A.), *Réseaux de télécommunications : le recours aux contrats de partenariats public-privé*, "Petites Affiches", n° 182, p. 3-11, 10 septembre 2004

BRACONNIER (S.), *L'apparition des contrats de partenariat dans le champ de la commande publique*, "JCP G.", p. 2134-2142, 24 novembre 2004

DERUY (L.) et LAGUMINA (S.), *L'ordonnance relative aux contrats de partenariat : dépasser la polémique*, "BJCP", n° 36, p. 348-361

DERUY (L.), *Partenariats public-privé : réforme contractuelle ou révolution culturelle ?*, "Les Échos", 23 juin 2003

KIRAT (T.), *L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats "incomplets" à la pratique des contrats administratifs*, "Revue internationale de droit économique", n° 1, p. 11-46, 1^{er} janvier 2003

MARTY (F.), TROSA (S.) et VOISIN (A.), *Le chaînon manquant des contrats publics : les PPP. Entre marchés publics et délégation de service public*, "Pouvoirs locaux", n° 59 IV/2003, p. 123-129, décembre 2003

QUIGGIN (J.), *Risk, PPPs and the Public Sector Comparator*, "Australian Accounting Review", vol. 14, n° 2, p. 51-61, juillet 2004

DE SAINT-PULGENT (N.) et LAGUMINA (S.), *Le contrat de partenariat. Nouvel outil de gestion publique*, entretien in "JCP G.", p. 2131-2133, novembre 2004

ANNEXE 1

Équipe du projet PPP et actions locales

Catherine Maubert, *chargée de mission, chef de projet du groupe Racines*

Catherine Presse, *assistante*

Luc Baumstark, *conseiller scientifique, chef de projet, groupe Utilities*

Guilhem Bentoglio, *chargé de mission, chef de projet, groupe Délös*

Stéphane Cadiou, *conseiller scientifique, groupe Racines*

Laurent Deruy, *avocat à la Cour, Cabinet Gide-Loyrette-Nouel, chargé d'enseignement, Paris-II*

Philippe Hirtzman, *chef du Service des entreprises et du développement des activités économiques*

Albane Hugé, *stagiaire DESS droit public de l'économie de Paris-II, groupe Racines*

Catherine Marcadier, *conseiller scientifique, groupe Racines*

Contacts :

catherine.maubert@plan.gov.fr
cpresse@plan.gov.fr

Remerciements

Que soient ici remerciés chaleureusement pour leur aide, leur temps et leurs encouragements :

- Institut de la gestion déléguée, groupe de travail "Dimensions macro-économiques des partenariats public-privé" ; en particulier :

Cédric Le Bris, *chargé de mission, Institut de la gestion déléguée*

Vincent Piron, *directeur de la stratégie, Vinci concessions*

Christian Saint-Étienne, *professeur des universités, président de l'Institut France Stratégie*

Noël de Saint-Pulgent, *président de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat*

- Ludovic Babin, *avocat à la Cour, Cabinet Lovells*

- Pierre Couturier, *directeur des finances, Conseil général de l'Aube*

- Louis-François Fleri, *responsable expérimentation "e-Bourgogne", Conseil régional de Bourgogne*

- Stéphane Manoukian, *directeur de mission, Cabinet Ernst & Young*

|

ANNEXE 2

Composition du groupe de projet Racines

Catherine Maubert, *chef de projet, chargée de mission, Commissariat général du Plan*

Membres extérieurs

Laurent Davezies, *professeur, Institut d'urbanisme de Paris ; chercheur, Centre de recherche sur l'environnement, les transports, l'économie et les institutions locales, université de Paris-Val-de-Marne*

Aïssa Dermouche, *préfet du Jura*

Michel Doly, *président du Conseil économique et social de la région Auvergne ; professeur, faculté de médecine et de pharmacie, université d'Auvergne Clermont-1*

Bernard Fortino, *directeur régional France Sud (OTV) – Veolia Environnement ; premier adjoint de Château-Arnoux-Saint-Auban (Alpes-de-Haute-Provence) ; délégué de la Communauté de communes de la Moyenne-Durance*

Michel Franck, *président honoraire de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris ; expert près la Cour d'appel de Paris*

Pierre Jamet, *directeur général des services du Conseil général du Rhône*

Francis Laffon, *rédacteur en chef du quotidien "L'Alsace" ; membre de l'Association des Journalistes de l'information sociale*

Anne Lalo, *maître de conférences, université de Nice Sophia-Antipolis ; chercheur, Laboratoire d'analyses sociologiques et anthropologiques des risques (LASAR), université de Caen*

Philippe Laurent, *maire de Sceaux (Hauts-de-Seine) ; vice-président du Conseil général des Hauts-de-Seine*

Michel Piron, *député de Maine-et-Loire ; conseiller général du canton de Thouarcé, conseiller municipal de Thouarcé ; président de la Communauté de communes des Côteaux-du-Layon*

Michel Rostagnat, *chargé de mission, Inspection générale de l'administration, ministère de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales*

Membres internes du Commissariat général du Plan

Stéphane Cadiou, *conseiller scientifique*

Philippe Hirtzman, *chef du Service des entreprises et du développement des activités économiques (SEDAE)*

Benoît Lajudie, *chargé de mission*

Catherine Marcadier, *conseiller scientifique*

Albane Hüge, *stagiaire*

Catherine Presse, *assistante*