

Présentation du contrat de partenariat

Fiche

1

Textes

- Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.
- Circulaire du 14 septembre 2005 sur les règles budgétaires afférentes à la signature du contrat de partenariat.
- Circulaire du 29 novembre 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales.
- Décret n° 2005-1740 du 30 décembre 2005 modifiant le 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 modifiant l'article D. 1414-1 du Code général des collectivités territoriales.
- Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.
- Décret n° 2009-243 du 2 mars 2009 relatif à la procédure de passation et à certaines modalités d'exécution des contrats de partenariat passés par l'État et ses établissements publics ainsi que les personnes mentionnées aux articles 19 et 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.
- Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés est revenue sur certains aspects du régime financier applicable aux contrats de partenariat pour adapter son régime au contexte de crise financière.
- Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 14 applicable aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif.

I. L'historique du contrat de partenariat

A. Un arsenal juridique complexe

Le contrat de partenariat consiste à faire financer par un partenaire, en contrepartie du versement d'un « loyer », la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public. Il s'agit donc d'un contrat global.

Les contrats de partenariats ont été introduits dans l'arsenal juridique français par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 en s'inspirant de l'expérience de la Grande-Bretagne et des PFI (Private Finance Initiative) apparus dans les années 1990.

Avant cette ordonnance, et pour répondre de toute urgence à des besoins sectoriels, la loi n° 2002-1094 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) du 29 août 2002 avait permis à l'État de confier au secteur privé la construction et la maintenance d'immeubles utilisés par la police, la gendarmerie ou la défense nationale. Les secteurs de la Justice et de la Santé ont fait l'objet de lois sectorielles spécifiques avant l'ordonnance générale de 2004 sur les CP.

La volonté étant d'inscrire le CP dans la logique des contrats publics de droit commun à part entière, le projet de loi déposé par le ministre de l'Économie, Christine Lagarde, en février 2008 au Sénat a été discuté d'avril à juillet 2008 pour aboutir à la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 après une censure partielle du Conseil constitutionnel de certaines dispositions le 24 juillet. L'objectif d'assouplissement procédural et de neutralité est globalement atteint pour banaliser cet outil juridique de l'investissement public parmi d'autres (marchés publics ou délégations de service public).

Dans la continuité de l'œuvre législative de 2004, la loi n° 2008-735 de 2008 prend toute une série de dispositions à caractère juridique et fiscal qui visent à faciliter le recours aux CP de la part des personnes publiques étatiques ou territoriales tout en levant certaines ambiguïtés sur certains points qui avaient été insuffisamment traités (neutralité fiscale, assouplissement des critères d'éligibilité, utilisation du domaine en partenariat).

Compte tenu de la crise financière de 2008, l'outil des CP a été retravaillé sur certains aspects techniques via la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics

et privés et notamment sous l'angle financier. Les personnes publiques peuvent désormais conclure des contrats de partenariat, contrats globaux par définition, tout en finançant elles-mêmes une partie des équipements dès le départ de l'opération.

Jusqu'en 2010, les loyers payés par le public n'étaient pas inscrits au bilan, dès lors, les CP étaient très avantageux sur le plan politique puisqu'ils permettaient à l'État, ou aux collectivités territoriales, de ne pas faire apparaître dans leur bilan les dettes. Un arrêté en date du 16 décembre 2010 est venu rétablir le principe de sincérité budgétaire sur les contrats de partenariat public-privé en obligeant à assimiler le loyer versé au prestataire privé par la personne publique à un endettement. Ce texte rend donc le recours aux contrats de partenariat public-privé beaucoup moins attractif pour financer à crédit les investissements des acteurs publics.

Depuis le 1^{er} janvier 2011, les collectivités locales sont obligées d'inscrire ces loyers à leurs bilans, ainsi que l'État depuis le 1^{er} janvier 2012.

B. Le contrat de partenariat: un outil juridique en voie de banalisation ?

Si les premiers bilans des CP ont jugé leur démarrage assez timoré (selon Hervé Novelli, ancien secrétaire d'État chargé des Entreprises et du Commerce lors d'un colloque de décembre 2007), la réforme de 2008 puis le soutien public au financement des CP en 2009, par le biais d'une circulaire, peut être interprété comme un premier signe de la banalisation des contrats de partenariat.

Si en février 2010, sur les 327 projets lancés, seuls 57 contrats ont été signés, dont les trois quarts par des collectivités locales surtout dans le secteur de l'éclairage public (avec une majorité de projets inférieurs à 30 M€), l'année 2011 a constitué en revanche une véritable montée en puissance des contrats de partenariat.

En effet, selon le rapport d'activité de la MAPPP pour l'année 2011 : 123 CP ont été signés à fin 2011 pour un montant cumulé d'investissements de 9 millions d'euros et 43 avis favorables à l'engagement de nouveaux projets en CP ont été émis, soit un accroissement de 19 % sur l'année précédente.

Les 5 plus gros projets sont :

- la ligne à grande vitesse (LGV) Sud Europe Atlantique Tours Bordeaux, consortium dirigé par Vinci ; 7,8 milliards d'euros, dont la moitié financée

par l'État et les collectivités territoriales. Vinci bénéficie en outre de la garantie de l'État pour son prêt à 1,5 milliard d'euros ;

- le LGV Bretagne-Pays de la Loire, réalisé par Eiffage ; 3,4 milliards d'euros ;
- le contournement ferroviaire de Nîmes et de Montpellier, remporté par Bouygues, 1,8 milliard d'euros ;
- le canal Seine-Nord (coût prévu de 4,3 milliards d'euros), non encore conclu et dont la signature n'est pas assurée en raison de la crise ;
- le Projet Balard ou « Pentagone à la française » (3,5 milliards d'euros, pour un loyer de 130 millions par an pendant 27 ans, attribué au groupement Opale, mené par Bouygues).

Les plus gros contrats (plus de 40 millions d'euros) passés depuis 2006 ont été remportés par Vinci (près de la moitié en valeur) ; Eiffage (21 %) et Bouygues (21 %), trois entreprises ayant remporté 90 % de ces « méga-contrats ». GDF-Suez, EFT et Veolia sont également très présents sur les CP concernant l'énergie. Cette prédominance de quelques groupes s'explique notamment par le montant des études de marché devant être engagées avant de postuler, celui-ci pouvant aller jusqu'à 15 à 20 millions d'euros pour le projet Balard, ce qui nécessite un capital de base déjà très élevé.

II. Le plan des fiches

Le plan de cet ouvrage a été choisi pour faciliter la compréhension des contrats de partenariat et appréhender au mieux leurs problématiques et les modalités de leur mise en œuvre.

A. La présentation du contrat de partenariat (Fiche 2)

Dans un premier temps, sera étudiée la question de l'utilisation du contrat de partenariat : il est en effet essentiel de comprendre, son objet, sa nature et son mode de financement relativement complexe.

B. L'évaluation préalable (Fiches 3 à 10)

Dans un second temps, seront présentées les modalités de l'évaluation préalable. Le contrat de partenariat demeurant un contrat dérogatoire de la commande publique, il est essentiel d'apprécier d'un point de vue juridique, technique, financier et en matière de partage des risques s'il est plus intéressant qu'un autre montage juridique ; de même, il convient

de vérifier si le critère de l'urgence, de la complexité et/ou de l'efficacité économique est rempli (Fiche 3).

Dans le cadre d'un rapport d'évaluation préalable et en fonction de son objet (réalisation d'une infrastructure, d'un bâtiment, d'un équipement sportif ou culturel...), le contrat de partenariat sera donc comparé aux marchés publics et à la maîtrise d'ouvrage publique (Fiche 4), aux marchés globaux, tels qu'ils ont été introduits dans le Code des marchés publics par le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 (Fiche 5), à la délégation de service public (Fiche 6), au bail emphytéotique administratif (Fiche 7), à l'AOT (Fiche 8) ou encore à la VEFA (Fiche 9).

Bien que les entreprises publiques locales (EPL, Fiche 10) ne constituent qu'un partenariat institutionnel et non contractuel, elles peuvent toutefois se poser en alternative au contrat de partenariat lors des études amont.

C. Les modalités de passation du contrat de partenariat (Fiches 11 à 15)

Une fois le recours au contrat de partenariat justifié, il convient dès lors de déterminer son mode de passation. Depuis la loi du 28 juillet 2008, le choix de la procédure de passation est dissocié du critère d'éligibilité retenu pour le recours au contrat de partenariat (urgence, complexité ou efficacité économique). Toutefois, ce choix est encadré et soumis aux conditions, quel que soit le critère d'éligibilité retenu (procédure d'appel d'offres restreint, dialogue compétitif ou procédure négociée – Fiche 11).

La particularité du contrat de partenariat réside dans l'obligation du partenaire de préfinancer la conception et/ou la réalisation de l'ouvrage. C'est pourquoi, les modalités de son financement (Fiche 12), mais également la question du montage financier lui-même (Fiche 13), font l'objet d'un traitement tout particulier et d'importantes précisions.

Enfin, le contrat de partenariat présente également la particularité d'être très encadré et le CGCT énumère une liste des clauses qui doivent obligatoirement être incluses dans le contrat (Fiche 14), dont la matrice des risques qui constitue un élément déterminant de ce contrat aux modalités de passation plus qu'originales (Fiche 15).

Pré requis Fiche 1

Textes

- L'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.
 - Code général des collectivités territoriales, art. L.1414-1 et suivants.
 - La loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.
-

Pour en savoir plus *La performance des contrats de partenariat en France: une première évaluation intégrant la phase d'exploitation.* Stéphane SAUSSIÉ et Phuong Tra TRAN. <http://chaire-eppp.org>
La standardisation des contrats de partenariat: étendue et limites de l'exercice de rationalisation, Béatrice MAJZA, Revue Contrats et Marchés publics, août-septembre 2012.

Définition: La déconsolidation: *technique financière et comptable qui permet de sortir un actif ou un passif du bilan d'une société.*

Le contrat de partenariat (CP) est un contrat de la commande publique qui s'intercale, en droit interne, entre les marchés publics et les délégations de service public. Il s'en distingue par son objet, son mode de financement et son partage des risques.

I. L'objet du CP

Le contrat de partenariat va emprunter plusieurs des caractéristiques propres à différents contrats de la commande publique.

L'objet du contrat de partenariat est défini à l'article L.1414-1.I du CGCT comme «*un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers [...] une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement [...]. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de*

ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée».

A. Un contrat lié au service public

Le CP porte sur un ouvrage, un équipement ou un bien immatériel **nécessaire** au service public. Son objet est plus restrictif que celui des Baux emphytéotiques administratifs (BEA cf. Fiche 7) qui peuvent porter notamment sur la réalisation d'une opération d'intérêt général ou l'accomplissement d'une mission de service public. Il se distingue également des contrats de délégation de service public (article L1411-1 du CGCT) qui visent à confier la gestion d'un service public dont l'administration a la responsabilité.

Un CP porte donc sur une infrastructure ou un équipement qui sera le support du service public géré directement par la personne publique ou confié à un fermier.

Cependant, l'administration peut confier au titulaire du CP, *des prestations de services concourant à l'exercice de la mission de service public dont elle est chargée*. Il s'agira principalement des prestations liées à la gestion l'ouvrage public lui-même: comme par exemple les réseaux de télécommunication. *«En pratique de nombreuses situations se présentent dans lesquelles il peut paraître délicat de distinguer au quotidien ce qui relève de l'exploitation d'un service public et de l'exploitation d'un ouvrage ou équipement. Ainsi, en ce qui concerne les infrastructures de réseaux, les ouvrages d'art, les équipements sportifs ou autres équipements spécialisés, la différence entre exploitation du service public et exploitation d'un ouvrage n'est pas nette»* (Réponse à la question n° 95948 Assemblée nationale publiée au JO du 27/06/2006).



Attention

Il peut être difficile de distinguer le CP de la Délégation de service public (DSP) sur ce critère d'exploitation du service public. Le CP se distinguera alors de la DSP par son mode de financement.

B. Un contrat global

Le CP est un contrat global, au même titre que les BEA et les DSP (cf. Fiche 6), qui comprend :

• **Obligatoirement les missions suivantes:**

- la construction ou la transformation ;
- l'entretien ;
- la maintenance (par « maintenance », on désigne les prestations permettant le maintien en condition opérationnelle des matériels à titre préventif ou correctif) ;
- l'exploitation ou la gestion de l'ouvrage ;
- tout ou partie de leur financement (ce point distingue catégoriquement le contrat de partenariat du marché public qui n'est jamais financé par le cocontractant).

• **Facultativement les missions suivantes:**

- la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;
- des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

C. Un contrat qui partage les risques

Le CGCT, dans son article L.1414-12 prévoit que le « *contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives: b) Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant* ». Les parties au contrat doivent identifier les risques techniques (conception, réalisation, entretien, maintenance, etc.), juridiques (recours, annulation, autorisations administratives comme le permis de construire, etc.) mais aussi économiques, tout au long de la durée du contrat. Ils doivent ensuite se les répartir et ou les partager, de manière efficiente, enfin que la partie qui est la plus à même à supporter le risque identifié l'assume (cf. Fiche 15).

II. Le mode de financement spécifique au CP

Le mode de financement des CP le différencie des marchés publics et des DSP.

A. Un préfinancement privé

Le partenaire va préfinancer les études de conception et la réalisation de l'ouvrage, sans avance de la collectivité. En effet, celle-ci ne verse son premier loyer qu'à la réception de l'ouvrage. Cette période de préfinancement est intégralement supportée par le partenaire, qui a donc intérêt