

LES CONTRATS DE PARTENARIAT :

GUIDE METHODOLOGIQUE

Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

VERSION DU 25 mars 2011

TABLE DES MATIERES

1. POURQUOI UN CONTRAT DE PARTENARIAT ?	7
1.1. Pourquoi une ordonnance sur les contrats de partenariat ? Extrait de l'exposé des motifs de l'ordonnance du 17 juin 2004	7
1.2. Qu'est-ce qu'un contrat de partenariat ?	9
1.2.1. Un contrat global	9
1.2.2. Un contrat de longue durée	9
1.2.3. Un contrat aux modalités de rémunération originales	10
1.2.4. Un contrat administratif qui satisfait aux règles communautaires relatives à la passation des marchés publics	10
1.3. A quelles conditions juridiques recourir aux contrats de partenariat ?	11
1.3.1. La complexité du projet.....	12
1.3.2. L'urgence	12
1.3.3. Le critère de l'efficacité économique	13
1.4. Pourquoi recourir à un contrat de partenariat ?	14
1.4.1. Introduction	14
1.4.2. Le respect des délais et des coûts	14
1.4.3. Une qualité de gestion contractualisée	15
1.4.4. Le recours à des solutions innovantes	16
1.4.5. Permettre une exploitation innovante des équipements.....	16
1.5. Trois mauvaises raisons de recourir à un contrat de partenariat	17
1.5.1. S'affranchir des contraintes budgétaires et comptables.....	17
1.5.2. Eviter de passer des marchés publics	18
1.5.3. Se dessaisir au profit de la personne privée.....	18
1.6. Les conditions du succès	19
2. JUSTIFICATIONS JURIDIQUES, ECONOMIQUES ET FINANCIERES DU RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT : CHOIX DES SCHEMAS A COMPARER ET STATUT DU RAPPORT D'EVALUATION	21
2.1. Le principe de l'évaluation préalable	21
2.1.1. Définition de l'évaluation.....	21
2.1.2. Le champ et les objectifs de l'analyse comparative	24
2.2. Le rapport d'évaluation préalable	27
2.2.1. Introduction	27
2.2.2. L'organisme expert : une ressource à disposition des personnes publiques	28

2.2.3. Le cas particulier des collectivités territoriales	29
3. L’EVALUATION ECONOMIQUE ET FINANCIERE.....	31
3.1. Comparaison des schémas avant prise en compte du risque	31
3.1.1. Le périmètre	31
3.1.2. Le calendrier global.....	32
3.1.3. Coûts de gestion du projet pour la personne publique.....	32
3.1.4. Phase de réalisation du projet.....	32
3.1.5. Concours publics	33
3.1.6. Montant à financer	34
3.1.7. Données fiscales.....	34
3.1.8. Données de financement communes aux deux schémas	35
3.1.9. Données de financement propres au contrat de partenariat	36
3.1.10. Données relatives à la phase d’exploitation	36
3.1.11. Recettes de valorisation.....	37
3.1.12. Recettes tirées du service public.....	37
3.1.13. Coefficients d’indexation	37
3.1.14. Actualisation.....	37
3.1.15. Prise en compte de différences dans le calendrier de réalisation.....	38
3.1.16. Valeur résiduelle	38
3.1.17. Prise en compte du développement durable	39
3.1.18. Performances.....	39
3.1.19. Présentation des résultats.....	39
3.2. comparaison des schémas après l’analyse des risques et leur répartition	39
3.2.1. Qu’est-ce qu’un risque ?.....	41
3.2.2. Comment recenser et répartir les risques ?.....	41
3.2.3. Comment monétariser les risques ?.....	44
3.2.4. Les méthodes de monétarisation des risques.....	45
3.2.5. Présentation des résultats.....	52
4. LA PROCÉDURE DE PASSATION DES CONTRATS DE PARTENARIAT.....	54
4.1. Introduction	54
4.2. Qui conduit la procédure ?	54
4.3. Le choix de la procédure	56
4.3.1. Le dialogue compétitif.....	56
4.3.2. L’appel d’offres.....	56

4.3.3. La procédure négociée.....	56
4.3.4. Le cas innovant des offres spontanées.....	57
4.4. Avec qui est menée la procédure ?	57
4.5. L'expression des besoins de la personne publique	58
4.6. Le déroulement de la procédure.....	58
4.6.1. L'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de consultation	59
4.6.2. L'indemnisation des candidats non retenus.....	60
4.6.3. Délai de dépôt des candidatures (élément commun aux trois procédures de passation).....	60
4.6.4. Sélection des candidatures et remise des offres ou des propositions (élément commun aux trois procédures de passation).....	60
4.6.5. Le dialogue compétitif.....	61
4.6.6. La procédure d'appel d'offres restreint	62
4.6.7. La procédure négociée.....	63
4.6.8. L'attribution du contrat	64
4.7. Quelle place pour la maîtrise d'œuvre ?	65
4.7.1. Les cas où la personne publique confie la totalité de la conception au partenaire privé	66
4.7.2. Les cas où la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage pour tout ou partie de la conception	66
4.8. La place accordée aux pme et aux artisans par le contrat	67
4.9. Le contrôle juridictionnel.....	68
5. ETABLIR DES RELATIONS CONTRACTUELLES FIABLES ET OPÉRATIONNELLES	70
5.1. Introduction	70
5.2. La durée.....	70
5.3. Le contrat doit fixer les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre les contractants	71
5.4. Le contrat doit comporter des objectifs de performance	71
5.5. Les modalités de rémunération du cocontractant.....	72
5.6. Les modalités de variation du contrat.....	73
5.7. Les modalités de paiement du partenaire privé	75
5.8. Les clauses relatives à la protection du domaine public et du service public	76
5.9. Les modalités de contrôle	77
5.10. Les sanctions et pénalités	78
5.11. Le contrôle sur la cession du contrat.....	78
5.11.1. Cession de contrat	79
5.11.2. Changement de contrôle du capital du cocontractant.	80
5.11.3. Comparaison entre ces procédures	80

5.12. Les modalités de prévention et de règlement des litiges et le recours éventuel à l'arbitrage	81
6. L'ENVIRONNEMENT FISCAL DU CONTRAT DE PARTENARIAT.....	82
6.1. Les taxes et redevances exigibles à la délivrance du permis de construire	82
6.1.1. Le versement pour le dépassement du plafond légal de densité (VDPLD)	82
6.1.2. La redevance pour la création de bureaux en Ile-de-France.....	83
6.1.3. La taxe locale d'équipement -TLE.....	83
6.1.4. La redevance d'archéologie préventive (RAP).....	83
6.2. Taxes exigibles à la publication du contrat.....	84
6.2.1. La taxe de publicité foncière (TPF).....	84
6.2.2. Le salaire du conservateur des hypothèques.....	84
6.3. Taxes exigibles au titre de la construction des ouvrages	84
6.4. Taxes exigibles pendant l'exploitation de l'ouvrage	85
6.4.1. L'impôt sur les sociétés (IS).....	85
6.4.2. La taxe professionnelle (TP) et la Contribution Economique Territoriale (CET)	85
6.4.3. La taxe sur la valeur ajoutée (TVA).....	86
7. LE FINANCEMENT D'UN CONTRAT DE PARTENARIAT.....	89
7.1. Généralités.....	89
7.1.1. Pourquoi un financement privé ?.....	89
7.1.2. La détermination du besoin de financement.....	89
7.1.3. La durée du financement	92
7.2. LES DIFFERENTS TYPES DE MONTAGES FINANCIERS	93
7.2.1. Le montage en « financement de projet ».....	93
7.2.2. L'approche Corporate	101
7.2.3. Le recours au crédit-bail.....	104
7.2.4. Maintenir le partenaire en risque	106
8. ASPECTS BUDGETAIRES ET COMPTABLES	108
8.1. La comptabilisation des contrats de partenariat comptabilité générale par l'autorité publique et l'opérateur privé	108
8.1.1. La comptabilisation par le partenaire privé : l'interprétation de l'IFRIC	108
8.1.2. La comptabilisation par l'autorité publique : problématique et réglementation	110

8.2. La problématique en comptabilité nationale et pour Eurostat, et l'impact sur la dette publique.....	112
9. ASSURANCES.....	116
9.1. Etudier le schéma assurantiel dès le dialogue compétitif.....	116
9.2. Transférer effectivement le risque au partenaire privé.....	117
9.3. Bien choisir les bénéficiaires des polices d'assurance	117
9.4. Faciliter contractuellement un règlement rapide des sinistres	118
9.5. Les Polices ou clauses à étudier avec attention.....	119
9.5.1. Prévenir les doubles couvertures	119
9.5.2. Cadrer les responsabilités en matière d'assurance de la construction	119
9.5.3. L'assurance pendant la période d'exploitation	120
9.5.4. Prévoir l'hypothèse dans laquelle un risque devient non assurable.....	121
9.5.5. Contrôler la bonne exécution des obligations d'assurance sur la durée	121
ANNEXE 1 : PLAN TYPE DU RAPPORT D'EVALUATION PREALABLE.....	122
ANNEXE 2 : ESTIMATION DE L'AVANTAGE SOCIO-ECONOMIQUE LIE A LA MISE EN SERVICE PLUS RAPIDE D'UN OUVRAGE EN CONTRAT DE PARTENARIAT	134
ANNEXE 3 : ESTIMATION DE LA VALEUR RESIDUELLE	145
ANNEXE 4 : LE CONTRAT DE PARTENARIAT COMME VECTEUR DU DEVELOPPEMENT DURABLE	148
ANNEXE 5 : CONTRAT DE PARTENARIAT ET TECHNOLOGIE DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION ELECTRONIQUE.....	154
ANNEXE 6 : TABLEAU DES TAXES APPLICABLES AUX CONTRATS DE PARTENARIAT	157
ANNEXE 7 : CHARTE DU DIALOGUE COMPETITIF	163
ANNEXE 8 : LE TRAITEMENT DES SUBVENTIONS ACCORDEES AUX PROJETS MENES EN CONTRAT DE PARTENARIAT	169
ANNEXE 9 : GLOSSAIRE JURIDIQUE ET FINANCIER DES PPP.....	172

1. POURQUOI UN CONTRAT DE PARTENARIAT ?

1.1. POURQUOI UNE ORDONNANCE SUR LES CONTRATS DE PARTENARIAT ? EXTRAIT DE L'EXPOSE DES MOTIFS DE L'ORDONNANCE DU 17 JUIN 2004

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

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

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

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

A la différence des marchés publics, l'entreprise se voit en principe transférer le risque lié à la consommation du service par les usagers.

Mais il existait d'autres formes de relations contractuelles qui n'entraient dans aucune de ces deux catégories et pour lesquelles les montages étaient complexes et fort peu encadrés. Certaines faisaient l'objet d'une réglementation, par exemple, les conventions domaniales ou, dans le cas des collectivités territoriales, les baux emphytéotiques mais souvent une insécurité juridique préjudiciable aux personnes publiques comme aux entreprises entourait et entoure encore parfois ces « tiers contrats ».

Des expériences menées à l'étranger ont montré la voie. Après avoir largement adopté notre modèle des concessions, nos voisins se sont en effet engagés dans des formes contractuelles nouvelles qu'il est convenu de désigner sous l'appellation de **partenariats public-privé (PPP)**.

Ces contrats ont pour objet de faire appel à l'initiative et au financement privés pour faire naître des équipements nouveaux, ou assurer la mise à disposition de services, destinés à assister les autorités administratives dans l'exercice de leurs missions.

Conçus et gérés selon les normes propres au secteur privé, ces équipements et services sont mis à la disposition des administrations pour les besoins du service public.

La Commission Européenne a publié en date du 19 novembre 2009 une communication au Parlement Européen ainsi qu'au Conseil sur le rôle central que sont appelés à jouer les PPP pour mobiliser les investissements privés et publics en vue d'une relance de l'économie et d'une transformation structurelle à long terme, reconnaissant par là le caractère incontournable de ces partenariats et l'urgence qu'il y a dans le contexte de crise économique et financière à favoriser leur essor, au niveau européen comme au niveau national :

« Les partenariats public-privé (PPP) peuvent constituer des moyens efficaces de mener à bien des projets d'infrastructure, d'assurer des missions de service public et, plus largement, d'innover dans le contexte des efforts entrepris pour relancer l'économie. De même, les PPP sont des instruments intéressants pour le développement structurel à long terme d'infrastructures et de services, du fait qu'ils permettent de bénéficier à la fois des avantages du secteur privé et de ceux du secteur public ».

Ces équipements ou services sont gérés sous la responsabilité des opérateurs privés. La philosophie de ces contrats est en effet de permettre à l'administration de tirer profit des capacités de gestion d'une entreprise privée, tenue de trouver les financements les mieux adaptés à son activité, voire d'assurer aux équipements en cause des débouchés autres que ceux qui répondent strictement aux besoins de l'administration contractante.

Ce qui permet aux autorités administratives d'exiger que la rémunération soit étroitement liée à des critères de performance dans l'exécution de la prestation et calculée sur l'ensemble de la durée du contrat. Et conduit à donner à ces contrats **un caractère global**.

Lorsqu'ils comprennent une part de construction, la contrepartie de la responsabilité de l'entreprise, est la latitude qui lui est laissée pour concevoir et bâtir l'équipement que l'administration utilisera. L'avantage pour l'administration, est que l'entreprise lui fournira un service complet pouvant aller de la conception et la construction d'un ouvrage, d'un équipement ou d'un bien immatériel jusqu'à son exploitation et sa maintenance.

Dans le cas des contrats de partenariat, il s'agit d'équipements ou de services exigeant des investissements importants assumés par la personne privée, et dont l'exploitation n'est pas destinée à assurer la rémunération.

Dès lors, les financements privés ne seront mobilisables que si le contrat assure un partage des risques très rigoureux tout au long de la vie, nécessairement longue, du contrat. Ceci implique que toutes les parties (administration, banques, opérateurs...) tissent des relations contractuelles complexes qui déterminent avec précision l'ensemble des risques identifiés et quelle partie les prend en charge, et qui engagent chacun dans des participations ou des garanties mutuelles.

Cet ensemble contractuel complexe destiné à assurer un partage précis des risques distingue ces contrats de partenariat à la fois des marchés publics et des délégations de service public.

Enfin, **ces contrats de longue durée** - le plus souvent supérieurs à cinq ans - sont conçus pour évoluer. C'est indispensable pour s'assurer que le partage des risques reste optimal pour l'ensemble des contractants sur la durée. Des clauses de rendez-vous permettant d'apprécier à intervalles réguliers comment évoluent les équilibres complexes prévus par le contrat sont donc indispensables et doivent conduire, le cas échéant, à des renégociations.

C'est là une différence notoire avec le régime des marchés publics ainsi qu'avec celui des délégations de service public.

1.2. QU'EST-CE QU'UN CONTRAT DE PARTENARIAT ?

1.2.1. Un contrat global

Un contrat de partenariat est un contrat global qui comprend nécessairement au moins trois éléments :

- le financement (qui peut n'être que partiel) d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public ;
- la construction ou la transformation des ouvrages ou des équipements ou d'autres investissements (y compris immatériels) ;
- leur entretien et/ou leur maintenance et/ou leur exploitation et/ou leur gestion.

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

1.2.2. Un contrat de longue durée

Un contrat de partenariat ne peut avoir de sens que sur une certaine durée. Celle-ci n'est pas encadrée par l'Ordonnance, qui ne fixe ni durée plancher, ni durée plafond. Elle est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues.

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

- par la baisse du coût du service attendue par l'attribution à la même personne de la conception, de la réalisation, de l'exploitation/maintenance du bien ;
- par un meilleur entretien des ouvrages qui allonge leur durée de vie ;
- par la liberté laissée aux partenaires de choisir une durée tenant compte des caractéristiques du financement du projet. Afin d'optimiser le financement on peut, par exemple, imaginer un contrat qui est conclu pour une durée plus courte que l'amortissement matériel de l'ouvrage construit et qui prévoit à son terme une possibilité de rachat de cet ouvrage à sa valeur résiduelle.

En pratique, la durée peut varier selon la nature des projets.

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

1.2.3. Un contrat aux modalités de rémunération originales

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

- elle est étalée sur toute la durée du contrat ;
- elle est liée à des objectifs de performance ;
- elle peut intégrer des recettes complémentaires ou accessoires, dites de « valorisation ».

Contrairement aux marchés régis par le code des marchés publics, les contrats de partenariat autorisent une rémunération dans laquelle les investissements initiaux ne sont pas réglés à leur « réception » mais donnent lieu à des paiements tout au long de la phase d'exploitation.

L'ordonnance pose **une obligation de transparence** en exigeant que le contrat de partenariat comprenne une clause relative à cette rémunération qui distingue pour son calcul les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement.

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

Le dernier élément porte sur la souplesse laissée par l'ordonnance concernant la possibilité de **disposer de recettes de valorisation**. Le contrat de partenariat doit permettre la mise en place de **financements innovants** combinant plusieurs éléments : versement direct par la personne publique, revenus provenant de la valorisation du domaine public, exploitation alternative des ouvrages et équipements.

Sur ce dernier point, il ne s'agit pas, comme en matière de délégation de service public de recevoir une redevance directement liée à l'exploitation du service public mais d'optimiser la gestion de l'ouvrage ou de l'équipement en autorisant le partenaire privé à tirer une rémunération d'une exploitation « hors service public ». Par exemple, si le contrat de partenariat a comme support un musée, le partenaire privé peut être autorisé à louer les salles afin d'accueillir des manifestations de prestige d'entreprises privées en dehors des heures d'ouverture. Il conviendra cependant de veiller à réserver la priorité à la satisfaction des besoins publics.

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

La question de la qualification du contrat de partenariat a été tranchée explicitement lors des débats parlementaires relatifs à la loi d'habilitation. Elle a été confirmée par le Conseil d'Etat, lors de son examen du recours contre l'ordonnance de 2004 (CE, 29 octobre 2004, *M. Sueur et autres*, req. n°269814).

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

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

En revanche, la question s'est posée de leur qualification en droit communautaire. Celui-ci ne connaît, en matière de commande publique, que deux catégories de contrats : les concessions et les marchés publics. Ce qui n'est pas concession est marché public. Ces derniers sont régis pour leur passation par la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 (et par la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 s'agissant des marchés passés par des entités adjudicatrices dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux).

Les marchés prévus par la directive 2004/18 sont en principe attribués à l'offre économiquement la plus avantageuse. L'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas nécessairement assimilable au prix le plus bas, ce qui bien entendu ne doit pas conduire l'acheteur à minorer exagérément l'importance du critère prix dans l'analyse des offres. Il doit également être en mesure d'apprécier la performance globale des prestations et porter une attention particulière à leur qualité, ainsi qu'au respect, tant par les fournisseurs que par les utilisateurs, des modalités d'exécution du contrat.

Quant aux concessions, seules les concessions de travaux (désormais distinguées en droit français par l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux « contrats de concessions de travaux publics ») sont régies par le titre III de la directive 2004/18, qui n'impose aucune procédure de passation spécifique. En droit français, la passation des délégations de service public (qui englobaient préalablement à l'ordonnance du 15 juillet 2009 précitée concessions de travaux et concessions de services) est encadrée par la loi du 29 janvier 1993 (loi Sapin) relative aux délégations de service public.

L'arrêt *Sueur* du Conseil d'Etat précité a clairement qualifié les contrats de partenariat de marchés publics au sens du droit de l'Union européenne.

1.3.A QUELLES CONDITIONS JURIDIQUES RECOURIR AUX CONTRATS DE PARTENARIAT ?

Le recours aux contrats de partenariat est encadré par une décision n° 2003-473 DC-26 juin 2003 du juge constitutionnel¹.

¹ « considérant, en quatrième lieu, qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour pré-financer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déférée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tel que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ».

L'ordonnance tient compte de cette réserve d'interprétation en prévoyant que le recours aux contrats de partenariat n'est possible que dans certaines hypothèses. Ces hypothèses étaient initialement au nombre de deux (projet complexe ou urgent). Une troisième hypothèse a été ajoutée par la loi du 28 juillet 2008 procédant à la modification de l'ordonnance de 2004.

1.3.1. La complexité du projet

On est en présence d'un projet complexe lorsque la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir elle-même les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet.

Cette traduction de l'exigence constitutionnelle est issue des dispositions figurant à l'article 29 de la directive du 31 mars 2004 relative à la coordination de la procédure de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de service² qui définit les conditions dans lesquelles il peut être recouru à la procédure du dialogue compétitif.

Le considérant n° 31 du texte communautaire précise, à ce sujet, que « *les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes peuvent, sans qu'une critique puisse leur être adressée à cet égard, être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières/juridiques.*

Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'importantes infrastructures de transports intégrés, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance. Dans la mesure où le recours à des procédures ouvertes ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, il convient de prévoir une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché. (...) ».

Au-delà de la seule complexité technique, la complexité peut également être démontrée si la personne publique n'est, par exemple, pas en mesure de définir le montage financier ou juridique optimal de l'opération.

1.3.2. L'urgence

Avant la loi du 28 juillet 2008 il y avait urgence quand le besoin en construction ou rénovation d'équipements ou d'ouvrages résultait d'une cause extérieure à l'administration (par exemple, l'implantation d'un grand centre industriel qui nécessite la construction d'équipements publics - écoles, logements... ; rénovation après la survenance d'une catastrophe naturelle).

Cette appréciation pouvait toutefois s'avérer délicate **lorsque l'urgence résulte d'une carence de la puissance publique**, par exemple dans le domaine de la politique immobilière de l'Etat. Le juge administratif était invité à faire preuve d'un certain pragmatisme par le Conseil constitutionnel lui-même qui, dans sa décision sur la LOPSI, a estimé que les

² Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux de fourniture et de service, JOUE du 30 avril 2004 L. 134/114.

dérogrations aux articles 7 de la loi MOP et 10 du code des marchés publics introduites par la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure se fondaient sur des « *raisons d'intérêt général* » liées à la nécessité « *de faciliter et d'accélérer la construction des immeubles affectés à la gendarmerie nationale et à la police nationale* ». Les conditions d'un retard « *préjudiciable* » à l'intérêt général sont donc remplies alors même que la nécessité de relancer la construction de tels immeubles a pour origine une certaine carence de la politique immobilière du ministère concerné. Le critère de l'urgence a nécessité un nouvel effort de définition dans la mesure où les incertitudes à son égard demeuraient trop importantes.

Les rédacteurs de la loi ont donc repris et élargi la définition de ce critère. Le nouvel article 2 de l'ordonnance dispose désormais que : « *Le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible* ». Du fait des aléas de la navette parlementaire, la rédaction diffère légèrement pour les collectivités territoriales, le membre de phrase « *quelles que soient les causes de ce retard* » ayant disparu dans les dispositions jumelles relatives aux collectivités territoriales (nouvel article L 1414-2 du Code général des collectivités territoriales).

Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 23 juillet 2010 relatif au collège de Villemandeur, a depuis conforté cette vision élargie du concept d'urgence comme critère d'accès au contrat de partenariat.

1.3.3. Le critère de l'efficacité économique

La loi du 28 juillet 2008 a ajouté un troisième cas de recours aux contrats de partenariat. Ce troisième critère est celui de l'efficacité économique, dit aussi du **bilan coûts/avantages**. Il s'agit, pour la personne publique, de démontrer que le recours au contrat de partenariat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique.

Les éléments de comparaison sont, entre autres, les caractéristiques du projet, les exigences du service public, les insuffisances et difficultés rencontrées dans la réalisation de projets comparables. La loi précise que « Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage ».

Il s'agit là d'un apport majeur de la loi du 28 juillet 2008 qui a modifié l'ordonnance sur les contrats de partenariat. Le législateur a en effet consacré la pratique de l'évaluation économique comparative en créant cette « troisième voie » d'accès au contrat de partenariat. Ce critère est de nature différente des deux premiers, puisque l'éligibilité n'est vérifiée dans ce cas qu'à l'issue de l'analyse comparative. C'est l'occasion pour les décideurs de justifier leur choix par une motivation économique et financière plutôt que par une motivation principalement juridique, comme dans le cas de la complexité ou de l'urgence. C'est la traduction de l'exigence constitutionnelle du « bon usage des deniers publics » comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.

L'introduction de ce troisième cas trouve en effet son origine dans l'intérêt pour la collectivité nationale à ce que la décision des acteurs publics de faire appel à un schéma de contractualisation prenne mieux en compte son impact économique. C'est pourquoi, l'évaluation économique-financière pour le critère du bilan doit être plus approfondie (notamment en matière de prise en compte des risques) que dans les autres voies d'accès au contrat de partenariat.

En cohérence avec cet élargissement des voies d'accès au contrat de partenariat, la MAPPP a défini une méthodologie d'évaluation comparative plus aboutie, permettant de mieux prendre en compte des écarts significatifs entre les calendriers des deux schémas. Cette méthode - décrite au chapitre 3 - repose sur la prise en compte des avantages socio-économiques permettant de mieux apprécier l'intérêt du contrat de partenariat, qui fait apparaître en général une mise à disposition plus rapide des ouvrages, entraînant un démarrage plus rapide de la production des avantages socio-économiques.

Cette méthodologie s'inscrit dans une vision nouvelle pour le décideur public, axée sur **le concept de service**. Cette approche fait que le montant global des coûts actualisés ne peut suffire à lui seul à déterminer le schéma optimal, la comparaison devant également porter sur la production d'avantages rapportés à la durée de service.

On trouvera plus loin dans le présent guide des détails sur les nouvelles modalités de l'évaluation préalable. La MAPPP a veillé à ce que ces nouvelles modalités restent simples et soient cohérentes avec les modalités utilisées antérieurement. Ainsi, en schéma de référence, la méthode consiste à continuer à calculer une VAN (Valeur Actuelle Nette) des coûts comme antérieurement et en schéma CP une VAN des coûts corrigée.

Bien entendu, comme antérieurement, il conviendra de compléter ce calcul économique plus fin, par des arguments à caractère qualitatif, qu'il s'agisse de développement durable ou de la nécessité de respecter des contraintes de délai (par exemple, gagner une ou deux rentrées scolaires pour un collègue à construire).

1.4. POURQUOI RECOURIR A UN CONTRAT DE PARTENARIAT ?

1.4.1. Introduction

Les contrats de partenariat apportent une réponse globale, performancielle et sécurisée au plan des coûts et des délais à des problématiques de projets complexes à forts enjeux financiers et/ou de qualité de service, pour lesquels les collectivités publiques ne savent pas, ou mal, optimiser leur réponse. Ils se caractérisent par un **partage des risques** entre la personne publique cocontractante et les opérateurs privés.

Ce partenariat se doit d'être équilibré. Son objet est de parvenir à une conception et à une gestion plus efficiente des tâches confiées aux cocontractants privés.

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

1.4.2. Le respect des délais et des coûts

Dans le cadre du contrat de partenariat, la rémunération due au titre de la réalisation de l'ouvrage devra être liée pour partie au respect des délais de livraison, le risque de construction étant généralement transféré au partenaire privé. Les premiers retours d'expérience collectés par la MAPPP pour la trentaine de contrats de partenariat réalisés et mis en service à la mi 2010, comme par les diverses missions sectorielles s'agissant d'autres outils de la famille PPP (MAINH-ANAP pour les BEH ou AMOTMJ-APIJ pour les AOT-

LOA) montrent que les projets réalisés sous forme de partenariats public-privé se traduisent en moyenne par un plus grand respect des coûts et une excellente tenue des délais conventionnellement fixés³. Par conséquent, ces partenariats sont d'autant plus potentiellement fructueux que la situation de départ était marquée par des délais longs ou des risques importants de surcoûts.

La raison en est simple : il est généralement convenu que la rémunération du partenaire privé commencera à être versée après vérification que l'équipement livré répond bien aux caractéristiques contractuellement définies. Cette disposition doit figurer expressément dans le contrat. En cas de retard de livraison, la durée d'exploitation ne sera généralement pas prolongée.

Ponctuellement, l'optimisation financière d'un projet donné pourra toutefois conduire au versement d'acomptes au partenaire privé ou à lui transférer des subventions d'équipement provenant d'autres collectivités, à la condition expresse que ces subventions soient versées directement à la collectivité publique et non directement au partenaire privé, sauf règles spécifiques contraires, telles les subventions versées par l'ADEME au partenaire.

Il pourra également arriver que le service rendu démarre avant la fin de la réalisation d'un ouvrage, auquel cas il conviendra bien entendu de rémunérer le service fait, ou que le projet soit découpé en plusieurs tranches, ce qui pourra impliquer dans certains contrats de débiter les paiements à la livraison de chacune des tranches. Ces dispositions doivent clairement figurer dans les clauses contractuelles.

Par l'évaluation préalable qu'elle impose, cette méthode est la seule à intégrer l'ensemble des coûts dans la durée d'un projet (conception, réalisation et entretien), **seule solution permettant de choisir économiquement, entre des solutions alternatives**, celle dont la phase initiale est plus coûteuse.

En MOP, il est pratiquement impossible de proposer à la personne publique une solution dont le niveau d'investissement est largement supérieur à celui d'une autre solution qui n'offrirait pas les mêmes avantages économiques et financiers dans les phases d'exploitation et/ou recettes de valorisation.

1.4.3. Une qualité de gestion contractualisée

La supériorité de la qualité de gestion par le secteur privé ne se présume pas et doit être démontrée pour chaque projet (voir chapitre 3) car c'est sous la responsabilité des opérateurs privés que ces équipements ou services sont gérés.

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

C'est ce qui permet aux autorités administratives de calculer la rémunération sur l'ensemble de la durée du contrat et d'exiger que la rémunération soit étroitement liée à des critères de performance et de qualité dans l'exécution de la prestation.

³ Les délais ont été tenus, voire anticipés, dans la quasi-totalité des cas revus, sauf modification du programme fonctionnel par l'administration en cours de procédure.

1.4.4. Le recours à des solutions innovantes

Le contrat de partenariat ne suppose pas que la personne publique ait complètement arrêté son programme ou son projet avant le lancement de la procédure. Au contraire, sauf en cas d'appel d'offres, elle va pouvoir affiner ses choix pendant la procédure de passation du contrat.

Le secteur public pourra ainsi bénéficier des innovations et de la créativité du secteur privé, à la fois grâce aux procédures de dialogue compétitif ou à la procédure négociée, et grâce à la possibilité donnée au secteur privé de présenter spontanément des projets.

1.4.5. Permettre une exploitation innovante des équipements

Afin de diminuer les coûts des équipements publics, le contrat de partenariat ouvre la possibilité au partenaire privé de rechercher des sources de rémunération diversifiées.

Il est ainsi permis au partenaire privé de se rémunérer par des **recettes de valorisation**⁴ qui sont des recettes tirées d'une exploitation d'ouvrages ou équipements répondant à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante en dehors du cadre des besoins du service public.

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

Les recettes de valorisation sont une particularité du contrat de partenariat en ce qu'elles autorisent l'utilisation de la part revenant à la personne publique pour rémunérer le partenaire privé, le plus souvent par soustraction immédiate à la rémunération due par la personne publique au partenaire privé, si le contrat en dispose ainsi.

La loi du 28 juillet 2008 modifiant l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat a étendu le champ des recettes de valorisation à travers la possibilité expresse d'exploiter le domaine privé de la personne publique et surtout de conclure dans ce cadre des baux de droit privé d'une durée supérieure à celle du contrat de partenariat.

En pratique, les recettes de valorisation peuvent être regroupées en trois catégories :

- l'exploitation de manière alternative (aux besoins du service public) des ouvrages ou équipements publics (salles de conférence,...), en dehors des besoins du service public ;
- la vente de services commerciaux complémentaires au service public (commerces, petite restauration, revente de production énergétique excédentaire) ;
- la valorisation de la partie du domaine de la personne publique non affecté au service public (bureaux, centre commercial, hôtellerie).

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

⁴ « Recettes de valorisation » doit être préféré à « recettes annexes », ce dernier terme induisant une problématique qui n'a pas lieu d'être sur la proportion de ces recettes au regard du loyer versé par la personne publique au titre de la mission confiée au partenaire privé. Autrement dit, rien n'interdit dans la loi que ces recettes issues d'une activité annexe à l'objet principal du contrat viennent financer le besoin public dans une plus large proportion que les seules ressources budgétaires.

1.5. TROIS MAUVAISES RAISONS DE RECOURIR A UN CONTRAT DE PARTENARIAT

1.5.1. S'affranchir des contraintes budgétaires et comptables

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

Les critères posés par les instances communautaires rendraient d'ailleurs très incertaine toute opération en ce sens. Les règles posées par l'organisme européen Eurostat permettant de considérer que l'actif n'est pas public sont en effet susceptibles d'évoluer à moyen terme et les nouvelles dispositions prévues par la loi du 28 juillet 2008 imposent désormais aux collectivités locales de retracer dans une annexe à leurs comptes annuels la dette liée à la part investissements de leurs contrats de partenariat.

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

En tout état de cause, pour l'Etat et ses établissements publics dotés d'un compte public, les représentants du ministre chargé des finances et du ministre chargé du budget devront s'assurer, avant la signature du contrat, de la cohérence des engagements financiers avec la disponibilité des crédits et apprécier leurs conséquences sur les finances publiques⁵. *Le contrôle budgétaire habituel des investissements doit s'exercer lorsqu'ils figurent dans un contrat de partenariat comme il s'exercerait pour une réalisation sous forme de marché public.*

L'évaluation ex-ante de la soutenabilité budgétaire s'effectue sous la responsabilité de la direction du Budget, dans les formes que celle-ci prescrit.

De même, pour les collectivités territoriales, le recours aux contrats de partenariat ne saurait être considéré comme un moyen commode de déguiser l'endettement réel de la collectivité et de reporter de façon artificielle la charge budgétaire sur les gestions futures sans se préoccuper des ressources disponibles sur moyen terme.

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

C'est pourquoi, outre la nécessité de procéder de façon précise et objective à l'évaluation économique prévue par les textes, il est indispensable que l'exécutif, lorsqu'il souhaite recourir aux contrats de partenariat, vérifie les marges de manœuvre financières de la collectivité sur le moyen terme, afin de s'assurer de la capacité de la collectivité de faire face à l'ensemble de ses engagements pluriannuels.

⁵ Selon les dispositions de l'article 3 du décret 2009-242 du 2 mars 2009

A cet égard, l'exécutif est obligé, au moment de la décision de l'assemblée délibérante d'autoriser la signature du contrat, de **fournir le coût global**, en moyenne annuelle du contrat de partenariat envisagé et un ratio indiquant la part que ce coût représente par rapport aux recettes réelles de fonctionnement de la collectivité territoriale (il s'agit des recettes totales de la section de fonctionnement du budget atténuées des recettes d'ordre). Cette disposition vise à mieux apprécier l'impact du contrat sur les finances de la collectivité et son évolution dans le temps (écarts par rapport à ce coût moyen au cours du contrat) ainsi que la disponibilité des ressources pour y faire face.

L'article L 2313-1 du CGCT a par ailleurs été complété pour intégrer dans les annexes obligatoires aux documents budgétaires des communes celles relatives aux engagements financiers résultant des contrats de partenariat et à la dette liée à la part investissement de ces contrats.

1.5.2. Eviter de passer des marchés publics

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

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

Si le besoin de la collectivité peut être satisfait sous cette forme, le recours au contrat de partenariat doit être justifié. Il faut donc que l'économie interne du contrat de partenariat et les avantages que l'on attend de la participation du secteur privé tant en matière de délais, de qualité du service et de gestion de l'ensemble soient suffisamment importants pour attester que l'intérêt général commande de recourir à un tel contrat.

De même, un gain de temps important entre la procédure de passation du contrat de partenariat et celle des marchés publics peut rarement être escompté.

En effet, si la procédure de dialogue compétitif retenue dans l'ordonnance permet un enrichissement itératif du projet, elle n'est cependant pas nécessairement plus brève que les autres procédures prévues dans le Code des marchés publics.

Ainsi, les raisons motivant le recours à un contrat de partenariat diffèrent de celles entraînant le recours à un marché public.

1.5.3. Se dessaisir au profit de la personne privée

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

Ainsi, **la personne publique qui s'engage sur le long terme doit assurer un pilotage précis et périodique du contrat** (voir §1.6).

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

Il est donc recommandé qu'une équipe dédiée remplisse cette mission.

En outre, la personne publique doit être en mesure de mobiliser un « **plan de secours** » en cas de défaillance ou de carence du cocontractant. Ceci suppose qu'elle en définisse précisément les contours dès la signature du contrat.

1.6.LES CONDITIONS DU SUCCES

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

- **l'utilité socio-économique du projet demeure un préalable indispensable** ; celle-ci acquise, l'objet du PPP est de transformer cette utilité socio-économique en rentabilité financière et en faisabilité budgétaire en concevant la ressource publique comme un levier et en optimisant l'allocation des risques entre acteurs publics et privés ; par ailleurs les gains attendus en terme de délai permettent d'anticiper la concrétisation de cette utilité socio-économique ;
- les formes traditionnelles de la commande publique (marchés publics et délégation de service public) gardent toute leur pertinence : c'est dans les domaines où elles ne permettent pas **une répartition des risques efficiente entre acteurs publics et privés** que le contrat de partenariat trouve son champ d'action privilégié. Même si cela ne concerne qu'une part minoritaire de la commande publique, l'enjeu est considérable ;
- le montage et la structuration financière du projet ainsi que les garanties apportées ont un coût. Le contrat de partenariat n'est intéressant que si ce coût est plus que compensé par les gains apportés en :
 - . définissant mieux le programme ;
 - . réalisant plus vite et avec une meilleure garantie sur les coûts et les délais (visibilité budgétaire garantie) ;
 - . gagnant en coût, sûreté et qualité de fonctionnement ;
 - . préservant la valeur patrimoniale de l'équipement par un entretien régulier ;
 - . faisant payer l'utilisateur à côté du contribuable quand cela est justifié, dans des conditions plus souples que ne le permet la concession ;
 - . segmentant et allouant mieux les risques, améliorant ainsi l'économie globale du projet et sa structuration financière.

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

- **pour les clients publics, adopter un nouvel état d'esprit** :
 - . faire faire plutôt que faire ;
 - . imposer non des obligations de moyens mais des obligations de résultat, contractualisées et financièrement sanctionnées: respect des délais et des coûts, gains de productivité, diminution des consommations,... ;
 - . acheter non un ouvrage, mais une disponibilité, un service (le fait de disposer d'un ouvrage géré et entretenu, voire de contribuer à la réalisation du service qui y est attaché) ;

- . considérer le coût global de possession d'un ouvrage ou équipement sur sa durée de vie (« coût global de possession ») ;
- **pour les entreprises et industriels, raisonner sur le long terme :**
 - . considérer la durée de vie de l'ouvrage et non sa seule période de réalisation ;
 - . internaliser les arbitrages entre coûts d'investissement et de fonctionnement ;
- **pour les acteurs financiers, considérer la fonction d'investisseur s'engageant dans la durée comme une fin en soi** et non comme un moyen d'accès à des contrats adjacents. Le contrat de partenariat, vecteur d'un renouveau de l'action publique, ne se développera réellement que si le marché se structure autour d'investisseurs de long terme afin de stabiliser les montages.

Au regard des coûts incompressibles de procédure comme de la nécessité de placer le partenaire privé en risque financier à un niveau significatif, il y aura lieu de rechercher un montant minimum d'investissement à lui faire réaliser et porter dans le cadre du contrat de partenariat.

2. JUSTIFICATIONS JURIDIQUES, ECONOMIQUES ET FINANCIERES DU RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT : CHOIX DES SCHEMAS A COMPARER ET STATUT DU RAPPORT D'EVALUATION

2.1.LE PRINCIPE DE L'EVALUATION PREALABLE

2.1.1. Définition de l'évaluation

L'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004, modifié par la loi du 28 juillet 2008, précise que :

« I. - Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret, faisant apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat. Chaque organisme expert élabore, dans son domaine de compétences, une méthodologie déterminant les critères d'élaboration de cette évaluation dans les conditions fixées par le ministre chargé de l'économie. Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable. Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation imprévisible, cette évaluation peut être succincte.

II. - Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :

1° 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 répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ;

2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible ;

3° Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage ».

L'évaluation préalable a donc deux objets, sachant qu'elle n'a pas pour objet de justifier l'intérêt socio-économique du projet, supposé acquis à ce stade, ni d'apprécier la soutenabilité budgétaire des engagements souscrits au titre du contrat de partenariat :

- elle doit tout d'abord permettre de **vérifier que le projet concerné répond à l'un des deux premiers critères** cités dans l'ordonnance (complexité ou urgence) ou que le bilan de l'évaluation rend le projet éligible au troisième critère (critère du « bilan » ou de « l'efficacité économique », cf. ci-après) ;
- ensuite, l'évaluation doit **permettre à la personne publique d'explicitier les motifs** qui pourraient fonder l'intérêt pour elle de recourir à un contrat de partenariat plutôt qu'à une autre modalité de passation de la commande publique ou d'exécution du service dont elle a la charge. Parmi ces motifs le fait d'offrir une solution alternative moins coûteuse et/ou plus avantageuse (apportant un meilleur rapport coût / performance) pour atteindre les objectifs poursuivis par la personne publique relève à l'évidence de l'intérêt général. C'est d'ailleurs en ce sens que la loi du 28 juillet 2008 a ajouté, à l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004, le troisième critère d'éligibilité du contrat de partenariat, du « bilan favorable », consacrant en cela l'exigence du « bon usage des deniers publics » (cf. 1.3.3) ;
- il faut toutefois noter que les paragraphes I et II de l'ordonnance n'imposent pas les mêmes contraintes juridiques. Le paragraphe II fixe les conditions juridiques devant être strictement respectées pour que la légalité du recours au contrat de partenariat ne puisse être contestée, tandis que le paragraphe I impose la réalisation d'une analyse comparative permettant de déterminer et d'exposer les motifs que retient la personne publique pour expliquer son choix de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat.

Si cette analyse doit être effectuée de manière approfondie, (sauf éventuellement en cas d'urgence née d'une situation imprévisible), le non-respect de ces exigences pouvant entraîner la sanction du juge, il ne peut être exigé à ce stade une démonstration formelle à caractère mathématique.

Si toute comparaison sérieuse suppose un effort de quantification, indispensable en l'occurrence, ses résultats doivent être considérés avec prudence : par hypothèse, **l'évaluation**, qui doit être effectuée avant le dialogue compétitif, **ne peut pas préjuger des résultats de ce dernier**.

En outre, la personne publique n'a pas toujours une connaissance parfaitement exacte de ses propres coûts, et notamment de ses « coûts cachés » (la démarche proposée, qui participe du développement de la « culture de l'évaluation » au sein des services publics, a aussi pour objet de contribuer aux progrès à réaliser en ce domaine). Symétriquement, les économies et gains de productivité attendus d'une réalisation en contrat de partenariat sont souvent difficilement quantifiables et se confirment, ou pas, au cours du dialogue avec les candidats si le contrat de partenariat a été retenu.

De même, la détermination ex ante de recettes dites de « valorisation » s'avère particulièrement difficile pour la personne publique avant toute discussion avec les futurs candidats.

Dans ces conditions, l'évaluation préalable ne doit pas être considérée comme un exercice à caractère prédictif dont la qualité devrait être mesurée en comparant ses conclusions et le contenu du contrat signé plusieurs mois après.

Enfin, l'analyse comparative ne doit pas être circonscrite au seul domaine des coûts, aussi important soit-il pour la décision.

Elle doit aussi porter au minimum sur la performance et le partage des risques et les motifs sur lesquels la personne publique pourra s'appuyer pour justifier un recours à un contrat de partenariat ne sont pas limités à la sphère économique et financière mais peuvent être aussi de caractère juridique, administratif, ou se rapporter au concept de développement durable. Ce dernier thème s'accordant particulièrement bien avec la durée longue du contrat de partenariat (cf. les objectifs de performance énergétique ou les clauses sociales d'insertion, voir l'annexe 3 : « Le PPP comme vecteur du développement durable »).

L'arrêté du 2 mars 2009 fixe désormais la méthodologie applicable à l'évaluation préalable. Ainsi, aux termes de l'article 1^{er}, l'évaluation préalable doit-elle comporter les éléments suivants:

« I. - Présentation générale :

a) Du projet, notamment son objet, l'historique, le contexte et ses enjeux ;

b) De la personne porteuse du projet, notamment ses compétences et son statut.

II. - Partie juridique démontrant l'urgence, la complexité ou l'efficacité du projet et présentant les schémas juridiques envisageables.

III. - Analyse comparant les divers schémas juridiques retenus, comprenant :

a) Un cadrage, notamment les périmètres, les procédures, les calendriers et la durée totale du contrat distinguant la durée des travaux et la durée d'exploitation ;

b) Un chiffrage en coût complet, comprenant notamment les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement, de fonctionnement du projet pour la personne publique et pour le partenaire privé avec leur évolution dans le temps, une estimation des recettes de valorisation éventuelles ainsi que le traitement comptable et fiscal retenu ;

c) Une actualisation, comprenant notamment la période et le taux retenu, et une estimation des coûts en valeur actuelle des flux nets de décaissement dans chacun des schémas pour la personne porteuse du projet ;

d) Une prise en compte du risque, des performances et du dédit, présentant notamment la répartition des risques entre les acteurs public et privé, leur valorisation monétaire, les calculs des valeurs de basculement des principaux paramètres et les tests de sensibilité sur les principaux postes de coûts ;

e) La prise en compte du développement durable ».

Ainsi, l'évaluation, en s'appuyant sur la comparaison de grandes masses financières, a-t-elle principalement pour objet de faire apparaître les conditions qui devront être remplies pour que ce choix soit un succès, de fixer des repères pour les futures négociations et de mettre en exergue les leviers sur lesquels ceux-ci devront agir.

L'évaluation sera accessible au public dans le cadre de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, relative à la liberté d'accès aux documents administratifs, mais sa communication n'est obligatoire qu'après la signature du contrat.

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

2.1.2. Le champ et les objectifs de l'analyse comparative

L'analyse comparative n'a pas pour objet de déterminer si la réalisation de l'investissement projeté (une infrastructure de transport, un hôpital, un musée, une plateforme informatique,...) a une utilité collective justifiant une décision de mise en œuvre.

Celle-ci doit avoir été prise, avant que soit effectuée l'analyse comparative, sur la base, chaque fois que cela est possible, du calcul du bénéfice socioéconomique attendu de l'opération, estimé selon les instructions ministérielles, conformément aux recommandations du Conseil d'analyse stratégique.

Toutefois, l'analyse comparative ne se désintéresse pas totalement des aspects socioéconomiques dans la mesure où lorsque la comparaison des modes de réalisation fait apparaître des écarts importants dans les délais de mise en service, l'avantage socioéconomique apporté par une mise à disposition significativement plus rapide du service attendu peut être obtenu à partir de celui estimé dans l'évaluation socio-économique.

L'analyse comparative demandée à ce stade doit **faire apparaître les divers schémas juridiques retenus** (marché public, gestion en régie, délégation de service public, bail emphytéotique administratif, concession de travaux publics, concession d'aménagement, contrat de partenariat) et leur éventuelle combinaison pour atteindre l'objectif que la personne publique s'est fixé.

L'analyse doit notamment porter sur **le coût global, la performance** au regard des préoccupations de développement durable, le partage des risques. Dans la plupart des cas, la comparaison pertinente se limite à une alternative (par exemple un marché public suivi d'une gestion en régie ou encore un bail emphytéotique administratif qu'il conviendra de comparer à un contrat de partenariat).

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

a) **La comparaison des coûts globaux** du projet selon qu'il est réalisé dans le cadre d'un contrat de partenariat ou sous toute autre forme est importante pour que la personne publique puisse se prononcer valablement sur l'intérêt d'engager la procédure de passation d'un contrat de partenariat. Cette évaluation doit donc être effectuée avec la plus grande rigueur possible ; une méthodologie pour la mener à bien est présentée ci-dessous.

Lorsque le projet est éligible au titre de la complexité, ceci rend encore plus difficile, voire dans certains cas impossible, sauf à admettre des fourchettes très larges, une évaluation de leur coût prévisionnel, indépendamment même de leur mode juridique d'exécution. En effet, la personne publique est censée ne pas être objectivement en mesure de déterminer

seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet.

Ces difficultés objectives ne doivent toutefois pas servir d'alibi à la personne publique pour se dispenser de faire le plus sérieusement et le plus complètement possible l'exercice d'évaluation de coût demandé. Mais il conviendra d'en examiner les résultats avec prudence et de prendre le recul qui s'impose pour en tirer des conclusions.

Plutôt que de rechercher une précision illusoire, il sera judicieux de retenir des ordres de grandeur. Ainsi par exemple, si l'on est incapable de déterminer à l'avance avec précision les gains de productivité ou organisationnels à attendre d'une exploitation par le privé, il est justifié de retenir plusieurs hypothèses et d'en chiffrer les incidences respectives. Cette manière de faire présente en outre l'avantage de faire apparaître les incertitudes en termes de coûts qui doivent être levées lors du dialogue compétitif pour qu'à l'issue de cette procédure la personne publique soit en mesure d'apprécier en toute connaissance de cause l'intérêt financier de conclure le contrat de partenariat.

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

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

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

Dans d'autres cas, un avantage compétitif peut être légitimement espéré de la dévolution d'une prestation globale au secteur privé, justifiant ainsi que l'on envisage la passation d'un contrat de partenariat. Mais bien évidemment les conclusions de cette analyse préalable doivent être corroborées par les résultats qui seront obtenus à l'issue du dialogue compétitif.

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

L'optimisation du partage des risques est en effet une condition déterminante de la réussite du contrat de partenariat.

La personne publique peut être tentée de chercher à transférer le maximum de risques sur le partenaire privé, dans l'espoir de réduire l'incertitude à laquelle elle est confrontée, mais cette attitude n'est pas pertinente dans la mesure où le partenaire privé lui refacture le risque à un prix bien supérieur si elle le maîtrise moins bien que la personne publique.

Il faut optimiser le transfert en vue d'obtenir le meilleur rapport qualité/prix pour la personne publique (ce que les Anglo-Saxons appellent « best value for money » dans les contrats de PFI). Par exemple, si la personne publique cherche à conserver tous les attributs du propriétaire tout en faisant peser la plupart des risques sur le partenaire privé, le coût du contrat a toutes les chances d'être plus élevé. L'exemple de certaines délégations de service public dans le domaine des transports a également montré que le transfert sans précaution de l'intégralité du risque de fréquentation au partenaire privé pouvait entraîner de graves échecs.

Il convient tout d'abord de **recenser l'ensemble des risques encourus et d'en effectuer la répartition** pour chacun des schémas comparés (par exemple marché public suivi d'une gestion en régie ou contrat de partenariat) en utilisant les outils définis ci-dessous et notamment la matrice des risques.

Dans un contrat de partenariat, certains risques devront par nature rester à la charge de la personne publique mais d'autres pourront être avantageusement portés par le cocontractant privé. Pour d'autres enfin, un partage entre les parties apparaîtra comme la meilleure solution : ce sera notamment le cas pour le risque de génie civil lorsque les travaux en question seront par exemple soumis à un risque géologique qu'il sera impossible d'évaluer précisément avant la réalisation desdits travaux.

Il faut en réalité éviter deux écueils contradictoires : soit une trop grande pusillanimité qui reporterait sur la personne publique l'essentiel des risques, soit à l'inverse une « fuite en avant » dans laquelle le cocontractant privé, se verrait affecter sans contrepartie ou avec des contreparties insuffisantes des risques déraisonnables qu'il n'est pas capable de maîtriser, ce qui ne pourrait conduire qu'à des désagréments futurs et très probablement à un contentieux.

Au demeurant, la réalité du partage des risques, qui ne consiste que rarement à transférer la totalité d'un risque particulier à l'une des parties pour la durée complète du contrat dans un mode binaire, permet une allocation fine des risques : c'est ainsi que le partage peut s'opérer dans le temps (par exemple, le risque de changement législatif ou réglementaire en matière constructive peut être transféré à la partie privée pendant une durée courte en considération de la nécessaire anticipation de ce risque par un professionnel de la construction) ou encore en montant (par exemple en prévoyant le transfert d'un risque à la partie privée dans la limite d'un plafond au-delà duquel la personne publique assume le coût additionnel de ce risque).

L'analyse doit être poursuivie par **l'évaluation des risques**, pour chacun des schémas, et leur traduction en coûts et gains potentiels pour la personne publique.

C'est l'objet de la méthodologie présentée ci-dessous. Là encore, si la personne publique décide d'engager la procédure de passation d'un contrat de partenariat, il faudra comparer le partage des risques auquel on parviendra à l'issue du dialogue compétitif à ce qui était envisagé initialement en justifiant le cas échéant les écarts éventuels.

d) l'analyse comparative doit également être menée au regard **des préoccupations de développement durable**.

L'adéquation entre le modèle contractuel du contrat de partenariat et les préoccupations de développement durable est largement démontrée dans l'annexe 3, notamment sur le plan environnemental.

Le contrat de partenariat permet également de prendre en compte les préoccupations d'ordre social, notamment ce qu'il est convenu d'appeler les clauses d'insertion, permettant l'accès au marché du travail des personnes qui en sont éloignées. Là encore, la durée longue du contrat de partenariat joue en sa faveur. Une clause d'insertion sociale a bien sûr plus d'intérêt lorsqu'on prend un engagement contractuel sur 20 ans en contrat de partenariat que lorsqu'on prend un engagement sur 4 ans en marché public classique.

Dans l'hypothèse où, au vu des résultats de l'évaluation préalable, le contrat de partenariat ne serait pas retenu par la personne publique, l'évaluation préalable n'aura pas été réalisée en vain dans la mesure où la personne publique aura acquis de l'information, notamment sur le coût global du projet sur la durée tenant compte des risques de dérives de délais et de coûts, qui lui permettra de mieux gérer le projet.

~ ~ ~ ~ ~

Le rôle de l'analyse comparative préalable apparaît ainsi mieux, elle n'a pas vocation à se substituer à la décision de la personne publique d'engager la procédure de passation d'un contrat de partenariat, mais à l'éclairer.

En effet, si dans un certain nombre de cas elle peut permettre d'écarter sans ambiguïté le recours à un contrat de partenariat en faisant apparaître qu'il n'a aucune chance de constituer une alternative acceptable pour la personne publique, dans beaucoup d'autres elle fera seulement apparaître les interrogations qui doivent être levées et les conditions qui doivent être remplies pour que le recours à cette nouvelle catégorie de contrats soit justifié.

Autant qu'une aide à la décision d'engager la procédure, elle doit **être le moyen privilégié de bien préparer et d'encadrer le dialogue compétitif** en identifiant les leviers de création de valeur liés au recours au contrat de partenariat pour la personne publique. A ce titre, elle doit constituer un guide de référence qu'il conviendra d'actualiser au fur et à mesure de son déroulement.

2.2. LE RAPPORT D'EVALUATION PREALABLE

2.2.1. Introduction

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

Le rapport doit en effet mettre en évidence, conformément à l'arrêté du 2 mars 2009 :

- **une présentation générale du projet**, son objet, l'historique, le contexte, et ses enjeux, ainsi qu'une présentation de la personne publique ;
- **les objectifs** poursuivis par la personne publique et les durées envisagées ;
- **l'analyse des coûts** avec et sans contrat de partenariat ;
- le montant de la « fourchette » allouée au contrat de partenariat, si ce mode de réalisation s'avérait justifié ;
- une évaluation des dépenses liées à des engagements de cette nature sur le long terme, comparée aux ressources disponibles. Il s'agit de mettre en évidence le niveau de rigidité des budgets qui peut résulter de ce type de contrats.

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

L'ordonnance confie une mission générale d'assistance à un organisme expert. Le seul organisme expert est, à ce jour, la Mission d'Appui aux partenariats public-privé (MAPPP), créée par le décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004, placée auprès du ministre chargé de l'économie et des finances, qui a vocation à regrouper l'ensemble des compétences nécessaires à l'élaboration du rapport d'évaluation.

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

L'intervention de la MAPPP est ainsi rendue obligatoire pour l'Etat et ses établissements publics à l'issue la phase d'élaboration du rapport d'évaluation ; elle en valide le contenu.

Elle peut néanmoins être sollicitée par toute autre personne publique qui en éprouverait le besoin.

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

Par ailleurs la personne publique peut solliciter l'appui de la MAPPP pour la phase de contractualisation.

Toutefois l'intervention de la Mission d'Appui ne doit en aucune façon dispenser les personnes publiques de recourir aux prestataires spécialisés (notamment dans les domaines juridique et financier) dont elles ont besoin pour élaborer et négocier les contrats de partenariat, leurs rôles respectifs étant complémentaires.

Enfin, le rôle de la MAPPP a été renforcé par l'apport de nouvelles missions qui lui ont été confiées par la loi du 28 juillet 2008 : détermination de la méthodologie déterminant les critères d'élaboration de l'évaluation préalable et rôle de recensement et d'analyse économique des contrats de partenariats signés, ce qui a conduit à **l'obligation légale de transmission des contrats de partenariat et de leurs annexes à ladite Mission.**

2.2.3. Le cas particulier des collectivités territoriales

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

Cette évaluation, prévue à l'article L. 1414-2 du CGCT, doit être effectuée avant le lancement d'une procédure de passation de contrat de partenariat, afin d'être présentée à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale, ou de l'établissement public local.

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

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

- la **complexité** du projet ;
- le caractère **d'urgence**, sachant que si le membre de phrase « quelles que soient les causes de ce retard » ne se trouve pas dans la définition applicable aux collectivités territoriales comme elle se trouve dans celle applicable à l'Etat, rien dans les débats parlementaires n'indique une réelle volonté du législateur pour apprécier différemment l'urgence en fonction de la qualité de la personne publique à l'origine du projet ;
- le **bilan** entre les avantages et les inconvénients plus favorable.

Quel que soit le critère d'éligibilité retenu, le rapport d'évaluation doit comporter tous les éléments d'appréciation permettant de démontrer à l'assemblée délibérante que le contrat de partenariat est en mesure de répondre aux besoins dans des conditions avantageuses pour la collectivité.

Contrairement aux contrats de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics, **le recours à la MAPPP n'est pas obligatoire** pour valider l'évaluation préalable ou pour l'appui à la procédure d'attribution/contractualisation. Mais sur leur demande les collectivités territoriales et leurs établissements publics bénéficient des services de l'organisme expert de l'Etat, que ce soit pour la validation de l'évaluation préalable ou pour l'appui à la procédure d'attribution/contractualisation. S'agissant de la validation du rapport d'évaluation préalable, la MAPPP devra être destinataire des versions électroniques du rapport et des calculs afin de rendre son avis dans les plus brefs délais.

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

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

De plus, ces spécialistes peuvent apporter, lors de la passation des contrats de partenariat, une mission globale d'assistance pour l'établissement, la négociation et le pilotage de ces contrats. Enfin, le décret n°2009-244 du 2 mars 2009 a ajouté un nouvel article D1414-6 au sein du code général des collectivités territoriales, lequel impose que les contrats de partenariat et leurs annexes ainsi que leurs avenants soient communiqués à la MAPPP dans un délai maximum d'un mois à compter de leur signature.

Par ailleurs, les services placés sous l'autorité du préfet peuvent être sollicités par les collectivités territoriales dans le cadre de leurs missions de contrôle de légalité et de conseil juridique. En effet, l'article L. 2131-2 du code général des collectivités territoriales prévoit que les contrats de partenariat sont soumis à l'obligation de transmission au préfet. De même, ce dernier peut recourir, le cas échéant, à l'expertise du Pôle interrégional d'appui au contrôle de légalité (PIACL) et de la MAPPP.

L'organisme expert

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

Pour que de tels organismes experts apportent une réelle valeur ajoutée, il est extrêmement important de s'assurer d'une bonne articulation avec les équipes chargées de la mise en œuvre des projets de partenariat dans les différentes administrations ou autres entités.

L'organisme expert créé en France - la Mission d'appui aux partenariats public-privé ou MAPPP, rattachée au ministre chargé de l'Economie a une mission générale d'assistance et de conseil et apporte son concours lors des différents stades de la vie des contrats de partenariat : élaboration et validation des rapports d'évaluation, négociation et conclusion, suivi de la vie des contrats en cours d'exécution.

La MAPPP propose également au Ministre de l'Economie l'avis final prévu par le décret du 2 mars 2009 requis pour son accord à la conclusion d'un contrat de partenariat au niveau de l'Etat. Elle intervient directement soit à titre obligatoire soit sur demande des personnes publiques intéressées. L'article 3-1 du décret du 19 octobre 2004 portant création de la MAPPP dispose expressément que la Mission est saisie obligatoirement pour avis sur l'évaluation préalable des projets de l'Etat et de ses établissements publics.

Enfin, pour l'Etat comme pour les collectivités territoriales, la loi a créé une obligation de transmission à la MAPPP des contrats de partenariat, de leurs annexes et avenants, dans le délai d'un mois à compter de leur signature.

3. L'ÉVALUATION ÉCONOMIQUE ET FINANCIÈRE

L'évaluation économique et financière doit montrer que le recours au contrat de partenariat permet d'offrir à la personne publique une solution alternative moins coûteuse et/ou plus avantageuse que le mode de référence de la commande publique en termes de coût global actualisé, de partage des risques, de performances et de développement durable.

Pour ce faire, une attention toute particulière devra être portée à la justification des hypothèses sous-tendant les chiffrages effectués, ainsi qu'aux commentaires des résultats et à l'appréciation de leur robustesse. Les écarts de coûts et de délais entre les schémas devront être justifiés et validés par la personne publique au regard de sa pratique et de ses retours d'expériences.

S'agissant du critère du bilan, l'évaluation économique et financière devra être plus approfondie, notamment en matière d'évaluation des risques, que celle qui aurait prévalu si le critère d'éligibilité retenu avait été la complexité ou l'urgence.

La méthodologie à appliquer est celle décrite dans l'arrêté du 2 mars 2009. Cependant, bien que la comparaison en termes de coût global doive être effectuée hors taxes, la comparaison sera également effectuée toutes taxes comprises, ceci afin d'approcher au mieux la réalité des charges budgétaires prévisionnelles induites pour la personne publique. Dans le cas où le projet est porté par une collectivité locale et qu'il s'avère éligible au mécanisme du FCTVA, il conviendra de procéder à une comparaison toutes taxes comprises corrigée du remboursement au titre du FCTVA de la TVA grevant l'investissement.

3.1. COMPARAISON DES SCHEMAS AVANT PRISE EN COMPTE DU RISQUE

Les hypothèses relatives aux différents schémas de commande publique envisageables concernent le périmètre, le calendrier global, les coûts de gestion et de réalisation, les concours publics, les données fiscales et de financement, les coûts de maintenance et d'exploitation ainsi que les éventuelles recettes liées au projet. Plusieurs schémas possibles sont envisageables, combinant marchés publics, variantes du PPP (BEA, BEH, AOT-LOA, ...), DSP, ... Un schéma alternatif, ou plus rarement deux, pourra faire l'objet de l'étude comparative chiffrée.

En règle générale, le schéma de référence retenu correspond à un montage en marché public dit « schéma MOP » pour la phase conception et construction, complété par des marchés publics d'entretien-maintenance et/ou de gestion, ou éventuellement en régie, à moins qu'un affermage ne soit envisagé.

3.1.1. Le périmètre

Le périmètre du projet doit être précisément décrit et justifié, sachant que dans le schéma CP le périmètre peut être plus étendu compte tenu de la possibilité accrue pour le partenaire privé de réaliser des investissements supplémentaires dédiés à la génération de recettes de valorisation.

La personne publique porteuse du projet devra s'assurer que dans le schéma CP :

- les surcoûts liés aux activités de valorisation ont bien été pris en compte sur la durée du contrat ;
- le loyer qu'elle doit verser est inférieur au loyer qu'elle aurait dû payer en l'absence de ces activités. En effet, celles-ci doivent dégager un surplus à répartir contractuellement entre les deux parties publique et privée.

3.1.2. Le calendrier global

Les échéanciers à comparer doivent mentionner les durées des études, des procédures de passation, de réalisation et d'exploitation. Devront être également précisées, la date de signature du contrat et la durée du contrat dans le schéma CP, cette dernière étant déterminée en fonction de l'amortissement économique des investissements ou des modalités de financement retenues.

Pour les besoins de la comparaison, une même durée sera retenue pour le schéma MOP.

3.1.3. Coûts de gestion du projet pour la personne publique

Dans les deux schémas, la personne publique doit mobiliser des ressources et des moyens en personnels et en matériel pour mener à bien la conduite du projet jusqu'à sa livraison.

Les ressources correspondent aux prestations fournies par les divers assistants recrutés et aux indemnités à verser aux candidats non retenus. La personne publique devra s'assurer que le montant des indemnités est fixé à un niveau pertinent au regard de l'investissement demandé aux participants au dialogue compétitif. L'implication des personnels de la personne publique pourra être évaluée en termes de charge salariale en hommes x jours, et les moyens en matériel estimés à leurs coûts.

Dans le schéma CP, les montants correspondants doivent être directement pris en charge par la personne publique sur son budget. En tout état de cause, ces coûts pèsent au final sur celle-ci.

3.1.4. Phase de réalisation du projet

Dans les deux schémas, la personne publique doit prendre en compte l'ensemble des coûts associés à la phase de réalisation du projet.

Aux coûts habituellement retenus, qui correspondent aux phases et activités liées à la définition du projet, à la préparation, à l'organisation et à l'exécution des travaux, s'ajoutent les coûts d'assurances⁶, les taxes éventuelles et les frais de conseil et de montage facturés par le partenaire privé.

L'estimation initiale des coûts d'investissements s'effectue « hors risques » ; mais elle inclut cependant, dans chaque schéma, des éléments qui renvoient au caractère en partie aléatoire des données de base de cette estimation. Ces éléments sont différents selon les schémas :

⁶ Les projets de l'Etat et des Etablissements Publics de l'Etat engagés en contrat de partenariat sont exonérés de l'obligation d'assurance dommages ouvrage.

- **dans le schéma MOP**, aux coûts de conception et de réalisation viendra s'ajouter le plus souvent une provision pour aléas et imprévus exprimée en pourcentage de l'assiette des travaux. Elle est représentative du montant estimé des aléas classiques de chantier et des incertitudes pesant sur certains coûts. Elle n'a pas vocation à être systématiquement consommée ;
- **dans le schéma CP**, la provision pour aléas et imprévus n'apparaîtra pas le plus souvent ; par contre ce schéma pourra inclure un poste « **contrat de promotion immobilière** » (au sens de l'article 1831-1 du code civil).
 - Il s'agit d'un mandat par lequel le maître d'ouvrage (en l'occurrence le signataire privé du CP) confie à un promoteur (opérateur spécialisé) le soin de faire construire l'ouvrage considéré, celui-ci s'engageant sur les délais et les coûts.
 - Le coût de ce contrat, exprimé en pourcentage de l'assiette du coût de conception et de réalisation inclut les coûts de structure du promoteur et sa rémunération (marge) mais également le coût du transfert des risques associés au chantier du maître d'ouvrage au promoteur (ce transfert est constitutif du mandat de promotion immobilière).
 - *En ce sens, il traduit une prise en compte anticipée des risques dans le schéma CP et justifie donc pour partie le niveau inférieur des risques pesant sur la personne publique dans ce schéma.*
 - **A la différence de la provision pour aléas, ce poste fait partie intégrante de la rémunération du partenaire privé.**

Dans les deux cas, ces éléments ne biaisent pas le résultat final de la comparaison des schémas sous réserve que ces surcoûts ne soient pas également imputés au titre de la prise en compte du risque – **ces surcoûts traduisant un risque anticipé et facturé immédiatement** – auquel cas il y aurait manifestement un double compte.

Dans le schéma CP, **un coefficient d'optimisation** peut être appliqué, sous réserve d'une justification étayée, au coût de construction afin de traduire la capacité du partenaire privé à mieux négocier avec ses fournisseurs et à réaliser les gains de productivité ou de série que permet la globalité du contrat.

Inversement, toujours dans le schéma CP, le titulaire du contrat étant en charge à la fois de la conception et de la réalisation ainsi que des prestations d'entretien, de maintenance et de renouvellement, il lui est possible d'opter en faveur de matériaux et d'équipements de qualité et de durabilité élevées souvent plus coûteux que dans le schéma de référence, ceci pour obtenir des économies sur les postes d'entretien, de maintenance et de renouvellement et pour mettre en œuvre une recherche d'optimum technico-économique sur la durée.

3.1.5. Concours publics

Les projets éligibles à des subventions le sont quel que soit le mode contractuel retenu.

Aussi le montant des concours publics sera identique que le projet soit réalisé dans le schéma MOP ou dans le schéma CP. Ces subventions peuvent intervenir lors de la phase de réalisation et/ou d'exploitation (subvention d'investissement et/ou d'exploitation).

La provenance et les modalités de versement de ces subventions devront être précisées sachant qu'elles peuvent impacter très significativement le montant des loyers à verser au partenaire privé (cf. annexe 8).

Il convient de prendre garde au fait qu'une collectivité locale ne peut pas s'auto-subventionner : un tel cas de figure est considéré par l'administration fiscale comme une avance de rémunération ce qui implique l'application de la TVA sur ce concours.

La loi du 28 juillet 2008 a précisé que **le financement apporté par le partenaire privé peut n'être que partiel, sous certaines limites** : ainsi le capital de l'éventuelle société de projet doit-il être intégralement souscrit par le titulaire du contrat de partenariat. Par ailleurs, le décret n°2009-987 du 20 août 2009 d'application de la loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés précise que **les projets des collectivités territoriales doivent être financés majoritairement par le titulaire du contrat de partenariat lorsque leur montant est inférieur à un seuil de 40 M€ HT.**

Ce seuil sera apprécié en additionnant sur la durée du contrat tous les loyers HT, exprimés en euros courants, versés au partenaire privé (**avant** prise en compte de tout financement public, i-e, pour la totalité du montant à financer).

- **Si ce cumul des loyers est supérieur à 40 M€** : aucune contrainte ne pèse sur la part du financement public qui peut donc être majoritaire.
- **Si ce cumul des loyers est inférieur à 40 M€** : il conviendra de calculer le rapport entre d'une part les subventions et avances sur rémunération et, d'autre part, le montant de l'investissement à financer. **Ce dernier rapport devra être inférieur à 50% pour que le projet soit majoritairement financé par le partenaire privé.** Si ce rapport est supérieur à 50%, le montant des apports publics alors doit être réduit.

3.1.6. Montant à financer

La comparaison doit porter à la fois sur les montants exprimés HT et TTC. Lorsque la comparaison des schémas est effectuée TTC, le montant à financer dans le schéma MOP est exprimé TVA comprise, alors que dans le schéma CP, le montant financé par le partenaire privé (censé récupérer la TVA en vertu du principe de la livraison à soi-même) est exprimé hors TVA, la TVA ne s'appliquant qu'au stade aval du loyer financier facturé à la personne publique.

3.1.7. Données fiscales

Les données fiscales à préciser concernent essentiellement le taux de TVA applicable et l'assujettissement du projet au mécanisme du FCTVA. Ces données sont traitées dans le chapitre 6.

Le contrat de partenariat étant un contrat de prestations de services (au sens du droit fiscal tout au moins) réalisé à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel, les prestations issues du contrat sont donc intégralement soumises à la TVA au taux normal ou au taux réduit par application des dispositions de l'article 256 du CGI.

L'administration fiscale considère que la condition exigée par le droit communautaire (article 135 de la directive 2006/112/CE) pour exonérer la composante « frais financiers », à savoir que celle-ci correspond à la contrepartie d'une opération bancaire ou financière individualisée rendue au profit de la partie versante, n'est pas réalisée, du fait que le preneur des services financiers est le partenaire privé.

Lorsque des opérations sont passibles de taux différents mais sont facturées pour un prix global, chacune d'elles peut être taxée à raison de son prix et du taux qui lui est propre (art.268 du CGI). Dès lors, la redevance versée par le partenaire public pourra être décomposée si le contrat de partenariat stipule clairement la fourniture de prestations distinctes dans leur usage et leur taux ; chacune de ces prestations conservant le caractère d'une prestation globale de PPP, combinant investissement, financement et maintenance.

Par ailleurs, **un taux réduit ou nul peut être applicable pour des raisons de localisation géographique du projet** (Corse, DOM,...). A cet égard, le cas échéant, selon la nature de la prestation fournie par le cocontractant à la personne publique, les dispositions prévues par le CGI en matière d'exonération sont susceptibles d'être mises en œuvre.

Dans le schéma MOP, plusieurs taux de TVA peuvent s'appliquer, le(s) taux applicable(s) durant la phase de mise en œuvre du projet pouvant être différent(s) de celui à appliquer durant la phase d'exploitation. En revanche, en contrat de partenariat, seul un taux de TVA est applicable.

S'agissant de la comparaison à mener dans le cadre du rapport d'évaluation préalable, si le taux de TVA qui s'applique dans le schéma MOP durant la phase de réalisation est différent de celui qui s'applique durant la phase d'exploitation, on pourra retenir dans le schéma CP le taux qui s'applique à la phase de construction et l'appliquer aux montants des loyers HT, à condition que les dépenses associées soient très majoritaires par rapport aux dépenses à engager durant la phase d'exploitation.

Le taux de TVA applicable au projet est aussi fonction de l'activité sous-jacente. Par convention, dans le cadre du rapport d'évaluation préalable et dans le schéma CP, un même taux de TVA sera appliqué à un projet répondant à plusieurs activités. Le taux unique sera celui de l'activité la plus importante et il s'appliquera sur la totalité du montant du loyer HT.

En tout état de cause, les conventions retenues dans le cadre du rapport d'évaluation préalable devront être confirmées, la personne publique étant invitée à se rapprocher des services fiscaux avant de finaliser la procédure d'attribution pour sécuriser les aspects fiscaux.

3.1.8. Données de financement communes aux deux schémas

Les données globales de financement concernent pour l'essentiel **le taux auquel se finance la personne publique et les commissions d'arrangement et d'engagement**.

Par convention, et indépendamment des possibilités d'autofinancement sur dotations budgétaires, la personne publique est réputée se financer par emprunt dont le coût est calculé comme suit.

Le taux de financement de la personne publique est le taux fixe, majoré de la marge bancaire, reflétant la qualité de la signature de la personne publique. *Ce taux sera considéré comme étant le taux d'actualisation.*

La commission d'arrangement est la commission versée en une fois aux prêteurs à la mise à disposition des fonds, tandis que **la commission d'engagement** est une commission annuelle rétribuant les prêteurs pour la partie de la dette mise à disposition et non encore utilisée.

Le financement est fonction du profil d'avancement des travaux⁷.

⁷ Le profil d'avancement prend quatre formes : uniforme (les coûts sont répartis uniformément durant la période de réalisation), triangulaire (les coûts sont croissants jusqu'au milieu de la période de réalisation, puis

3.1.9. Données de financement propres au contrat de partenariat

Les principales données de financement propres au schéma CP, dans la formule la plus couramment utilisée qui est la technique du financement de projet, concernent **la structuration et le coût de la dette bancaire**, ainsi que **la part et le rendement des fonds apportés par les actionnaires**.

Le ratio dette / (dette + fonds propres), appelé **levier**, mesure la proportion du financement total assuré par l'endettement, le solde étant apporté par les actionnaires sous forme de fonds propres (voir infra.). Ce ratio s'inscrit généralement entre 85% et 95% en fonction de l'importance du risque assumé par le partenaire privé, sachant que plus le risque est élevé et plus ce ratio est faible.

La cession de créance acceptée intervient après la constatation par la personne publique du caractère conforme de l'ouvrage aux prescriptions contractuelles. Elle a pour objet de permettre à la personne publique de bénéficier d'une amélioration des conditions de financement par la diminution des marges bancaires. Le ratio rémunération cédée et acceptée sur rémunération totale due au titre de l'investissement et du financement ne peut excéder 80%.

La marge sur dette cédée et acceptée s'ajoute au taux de financement de la personne publique⁸. Cette marge est par construction plus faible que la marge sur la dette en risque projet.

La marge sur dette en risque projet est la marge appliquée au financement en période de construction à la part de la dette non acceptée après la livraison de l'ouvrage.

La rentabilité des fonds propres après l'impôt sur les sociétés est le taux de rendement interne souhaité par les actionnaires rémunérant le risque qu'ils encourent.

La durée du coussin de maturité est la durée de sécurité égale à la différence entre la date de fin du contrat et la date prévue du remboursement de la dette en risque projet.

3.1.10. Données relatives à la phase d'exploitation

Les coûts intervenant lors de la période d'exploitation du projet concernent **les coûts d'entretien-maintenance-exploitation, les coûts de gros entretien et de renouvellement (GER)**, ainsi que **les coûts liés aux assurances et à la gestion du projet**.

Les assurances intervenant durant la phase d'exploitation ont pour objet de couvrir la personne publique et le partenaire privé contre les risques assurables. Les risques concernés, qui donnent lieu au versement de primes, ne doivent donc pas être pris en compte dans l'analyse du risque.

Les dépenses de GER doivent être programmées et provisionnées. Ces provisions sont prises en compte dans la détermination du loyer versé au partenaire privé.

décroissants jusqu'à la fin de la réalisation), crescendo (les coûts croissent linéairement jusqu'à la fin de la période de réalisation) ou laissés libres. En l'absence d'information concernant le profil à adopter, on retiendra le profil « uniforme ».

⁸ Ou plus précisément, cette marge s'ajoute au taux Euribor swappé correspondant à la durée moyenne (duration) du financement mobilisé par la personne privée, taux qui peut diverger légèrement du taux de base correspondant pour la personne publique (OAT pour l'Etat ou équivalent pour une autre structure publique)

Les coûts de maintenance-exploitation courante peuvent être réalisés dans les deux schémas pour tout ou partie par du personnel appartenant à la personne publique. Dans le schéma CP et pour certains projets, dont notamment les projets de TIC, les évolutions des coûts de maintenance-exploitation courante peuvent être différenciées afin de permettre de mieux traduire l'influence de l'externalisation.

Les coûts de gestion du projet assuré par la personne publique dans le schéma MOP et par la société de projet dans le schéma CP ont principalement pour objet de coordonner, de contrôler et de veiller à la bonne exécution du volet maintenance-exploitation.

3.1.11. Recettes de valorisation

Les recettes de valorisation sont les recettes que le partenaire privé peut être autorisé à se procurer en exploitant de manière alternative les ouvrages ou équipements publics (salles de conférences,...), en vendant des services commerciaux complémentaires au service public (restauration, revente de production énergétique excédentaire,...) ou en valorisant la partie du domaine de la personne publique non affectée au service public (bureaux, centre commercial, hôtellerie,...).

Ces recettes sont une particularité du contrat de partenariat. Mais il est possible, dans certains cas, pour la personne publique dans le schéma MOP de bénéficier de recettes complémentaires, bien que cela soit difficile à mettre en œuvre (principe de « spécialité ») et à évaluer.

3.1.12. Recettes tirées du service public

Ces recettes correspondent aux recettes commerciales payées par les usagers au titre de l'utilisation de l'ouvrage public.

Ces recettes peuvent être plus importantes dans le schéma CP que dans le schéma MOP compte tenu du fait que le partenaire privé est en mesure de mieux attirer et fidéliser la clientèle, bien qu'il ne supporte pas le risque de demande.

Toutefois, si ces recettes sont trop importantes dans l'équilibre économique du contrat, le projet relève alors plutôt d'une logique concessive. La loi du 28 juillet 2008 autorise désormais expressément le partenaire privé à percevoir des recettes au nom et pour le compte de la personne publique.

3.1.13. Coefficients d'indexation

Aux postes de coûts intervenant pluri annuellement durant les périodes de réalisation et d'exploitation du projet doivent être associés des coefficients d'indexation spécifiques destinés à prendre en compte leur évolution dans le temps.

3.1.14. Actualisation

Le calcul des coûts globaux actualisés (valeurs actuelles nettes) des deux schémas nécessite d'actualiser les chroniques des flux financiers à la charge de la personne publique associés à chacun d'eux. *Pour ce faire, il est nécessaire de fixer un seul et même taux d'actualisation⁹ et une seule et même date d'actualisation communs aux deux schémas.*

⁹ Le taux d'actualisation permet d'exprimer des quantités monétaires à une même date et de les ajouter. A titre d'illustration, si le taux d'actualisation est égal à i alors 1€ vaudra $1/(1+i)^n$ l'année n .

Le taux d'actualisation sera égal au taux de financement de la personne publique (l'OAT pour l'Etat et pour les collectivités locales un taux de référence majoré d'une marge traduisant la qualité de leur signature) et la date d'actualisation sera la date de réalisation du contrat de partenariat.

3.1.15. Prise en compte de différences dans le calendrier de réalisation

Compte tenu des caractéristiques du contrat de partenariat, qui participent structurellement à la recherche de la performance, la mise en service d'un projet réalisé en contrat de partenariat intervient généralement plus rapidement que si ce même projet était réalisé en maîtrise d'ouvrage publique.

Or, le jeu de l'actualisation, d'une part, et, d'autre part, le fait que seuls sont pris en compte les coûts dans le calcul de la VAN (et éventuellement les recettes dites de « valorisation » dans le schéma CP¹⁰) et pas les avantages socio-économiques, conduisent à pénaliser le schéma CP dans la mesure où la mise en service plus rapide que dans le schéma MOP se traduit par des décaissements intervenant plus tôt alors que les avantages socio-économiques concomitants ne sont pas estimés.

Pour pallier cet inconvénient, il y aura lieu, en particulier quand des décalages importants de calendrier sont prévisibles entre une réalisation en contrat de partenariat et une réalisation en MOP, d'évaluer cet avantage socio-économique et de l'intégrer dans le champ de l'analyse comparative.

La MAPPP a développé à cet effet une méthodologie d'évaluation de cet avantage socio-économique qu'elle préconise d'appliquer. Cette méthodologie est décrite à l'annexe 1.

3.1.16. Valeur résiduelle

La valeur résiduelle de nature technico-économique reflète la valeur d'usage des ouvrages et équipements à la fin de la durée d'exploitation du projet, cette valeur venant en déduction de la valeur actuelle nette des coûts.

Dans une approche comparative, la prise en compte de la valeur résiduelle pourra être limitée aux projets répondant à l'une au moins des deux caractéristiques suivantes :

- des décalages importants de calendrier sont prévisibles entre une réalisation en contrat de partenariat (CP) et une réalisation en MOP. En effet, en l'absence de décalage important l'écart entre les valeurs résiduelles des schémas MOP et CP est faible et peut donc être négligé ;
- la durée de comparaison des deux schémas n'est pas très longue. En effet, sur une longue durée, l'écart de valeurs résiduelles, même conséquent, sera considérablement réduit par le jeu de l'actualisation de sorte que cet écart pourra être également négligé.

Aussi, la prise en compte de la valeur résiduelle pourra être limitée aux projets comportant ces deux aspects.

En tout état de cause, l'effet de la prise en compte de la valeur résiduelle est de deuxième ordre par rapport à celui de l'avantage socio-économique.

¹⁰ Dans les cas de figure où le projet mis en œuvre dégage des recettes pour la personne publique (péages,...) au titre du service d'intérêt général rendu, il n'y aura pas lieu de procéder au calcul de l'avantage socio-économique.

La méthode d'estimation la valeur résiduelle que la MAPPP propose d'appliquer, à titre conservatoire et exploratoire, est décrite à l'annexe 2.

3.1.17. Prise en compte du développement durable

L'article 6 de la Charte de l'environnement de 2004 définit le développement durable comme la conciliation de « la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ». Ce concept renvoie à une croissance économique et donc à des investissements alliant le bien être social, la préservation de la planète, de l'environnement et du cadre de vie ainsi que des ressources naturelles non renouvelables. Le développement durable recouvre donc les dimensions tant environnementale qu'économique et sociale.

Les préoccupations relevant du développement durable sont implicitement intégrées dans les coûts globaux actualisés des schémas et il conviendra donc d'exprimer sous forme quantitative les éléments déjà pris en compte sous forme monétaire et de présenter sous forme qualitative les éléments qui ne se prêtent pas à la quantification.

Pour l'essentiel, la réalisation en contrat de partenariat contribuera au développement durable à travers la mise en service plus rapide de l'ouvrage générateur d'avantages socio-économique accrus, un niveau plus élevé de qualité et à un moindre coût d'usage complet sur la durée de vie de l'ouvrage, une valeur patrimoniale plus élevée, éventuellement grâce à des actions d'insertion sociale pouvant s'inscrire dans la durée.

3.1.18. Performances

Outre les aspects quantitatifs et monétaires, les meilleures performances attendues au plan technique du contrat de partenariat sont à rechercher dans le respect des délais, la contractualisation des engagements et leur traduction financière dans la modulation de la rémunération du partenaire privé.

3.1.19. Présentation des résultats

Les principaux résultats de l'analyse comparative seront mis en évidence afin d'éclairer la personne publique sur les avantages et inconvénients respectifs des deux schémas.

A ce titre, devront être notamment rappelés les écarts en termes de date de mise en service, de coût global actualisé, avec et sans taxes, tenant compte de l'avantage socio-économique lié à une mise en service plus rapide du projet en contrat de partenariat, et éventuellement de valeur résiduelle. Les montants à financer et les coûts de financement seront rappelés.

Le **loyer à verser au partenaire privé sera précisé** et ventilé dans ses trois composantes principales (remboursement du principal, frais financiers, coûts de fonctionnement).

3.2.COMPARAISON DES SCHEMAS APRES L'ANALYSE DES RISQUES ET LEUR REPARTITION

L'apport principal de l'évaluation préalable est l'analyse du risque et de sa répartition optimale (allocation raisonnée des risques à la partie la mieux à même de les maîtriser du point de vue technico-économique) : elle constitue le cœur de la démarche du contrat de partenariat.

En effet, l'analyse des risques est, avec le coût du financement, le principal facteur discriminant entre les schémas envisageables.

Avant la prise en compte des risques le contrat de partenariat est pénalisé par le coût des procédures (évaluation préalable, coût des assistants) et par les surcoûts de financement (marges bancaires et rémunération des capitaux propres), les gains apportés par le contrat de partenariat durant les phases de construction et d'exploitation du projet ne permettant pas généralement de contrebalancer le coût des procédures et les surcoûts de financement. *C'est donc la prise en compte des risques « cachés » dans le schéma de référence qui, dans la plupart des cas, va rendre plus avantageux le contrat de partenariat.*

Ces risques « cachés » sont nombreux et conséquents comme en témoignent les projets de l'Etat et des collectivités territoriales qui ont souvent été marqués par des dérapages importants de délais de réalisation et de coûts de construction, puis d'entretien durant la phase d'exploitation¹¹. La raison de ces dérives est essentiellement due à une faible culture du risque dans le secteur public, faible culture qui se traduit par une prise en compte inexistante ou simpliste du risque se fondant sur l'idée que le secteur public étant réputé être son propre assureur il ne se couvre pas contre les risques et qu'il les supporte entièrement lorsqu'ils se réalisent.

Dans la sphère publique, la tendance consiste donc encore à raisonner en avenir certain ou déterministe et non pas en avenir incertain ou probabiliste, alors que les dérives maintes fois constatées sont autant de plaidoyers pour intégrer le risque dans les choix publics.

Mais il est vrai que l'approche juridique du risque reste encore prééminente et que l'approche économique de la commande publique peine à entrer dans les esprits, de sorte que les deux principaux outils de la commande publique que sont les marchés publics et la concession se caractérisent respectivement par :

- dans le premier cas, une conservation quasi intégrale du risque par la personne publique, y compris le risque de construction compte tenu de la difficulté d'imputer les responsabilités entre les titulaires des différents lots techniques reliés par de multiples interfaces ;
- dans le second cas, le transfert de risques par le concessionnaire sur le concédant à travers des clauses de paysage et d'équilibre, ou la prise en charge de risques par le concessionnaire au prix d'une facturation élevée alors que la concession est supposée être aux risques et périls du concessionnaire.

Ainsi, il n'est procédé à une répartition optimale des risques ni en marchés publics et ni en délégation de service public.

Il faut bien comprendre que si le risque est lié au projet et qu'il pèse aussi bien sur la personne publique que sur le partenaire privé, ce dernier est en situation de mieux le gérer, ce qui doit permettre une meilleure tenue des coûts et des délais qu'en maîtrise d'ouvrage publique.

En effet, si en maîtrise d'ouvrage publique, le jeu entre la personne publique et les entreprises est très souvent à somme nulle, de sorte que les modifications nécessaires des

¹¹ De nombreuses dérives ont été notamment dénoncées par la Cour des Comptes, les Chambres Régionales des Comptes et l'Inspection Générale des Finances. Le Centre Scientifique et Technique du Bâtiment (CSTB) et la Mission Interministérielle pour la Qualité des Constructions Publiques (MIQCP) ont également sensibilisé les maîtres d'ouvrages sur les risques de dérive des coûts et de délais.

marchés (avenants ou compléments de travaux) impactent directement le bilan financier de la personne publique, en revanche, en contrat de partenariat, le jeu est à somme positive, en vertu des principes même du contrat de partenariat qui en font un outil assurantiel contre les risques et d'allocation optimale des risques entre les parties prenantes.

3.2.1. Qu'est-ce qu'un risque ?

Le risque n'est pas l'incertitude. Sa connaissance met le décideur à l'abri des surprises et des erreurs, alors que l'incertitude peut conduire le décideur à se protéger en ne prenant pas de décision et compromettre ainsi le développement de sa collectivité.

Le risque appelle de la part des pouvoirs publics un comportement de prévention, alors que l'incertitude appelle un comportement de précaution. Si l'analyse des risques est une affaire de techniciens, en revanche, la gestion du risque est par nature une préoccupation de décideurs. Aussi les élus et les décideurs doivent-ils être sollicités et sensibilisés.

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

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

3.2.2. Comment recenser et répartir les risques ?

Le recensement des risques se fait au travers d'une matrice des risques précisant pour chacun des risques quel acteur (maître d'ouvrage et entreprises en maîtrise d'ouvrage publique et partenaire privé en contrat de partenariat) le supporte entièrement, s'il n'est pas partagé, et dans quelle proportion il est partagé entre les différents acteurs s'il ne peut être intégralement supporté par un même acteur.

La meilleure manière d'identifier les risques auxquels est exposé un projet est encore de se référer, pour la personne publique concernée, aux risques habituellement rencontrés sous maîtrise d'ouvrage publique, les dépassements de délais et de coûts devant être pris en considération.

La répartition des risques sera largement fonction de la nature du projet et dépendra notamment de ses caractéristiques techniques et des aléas qui peuvent affecter la construction ou l'exploitation.

L'analyse requiert de la part de la personne publique une attention toute particulière dans la mesure où la matrice des risques constitue le tableau de bord permettant de rechercher l'équilibre du projet lors du dialogue compétitif et de réfléchir aux diverses garanties et notamment aux mécanismes d'assurances permettant de couvrir ou non tel ou tel risque.

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

La matrice suivante n'a qu'une valeur illustrative de la démarche et n'a donc pas vocation à s'appliquer à tous les contrats de partenariat. Elle nécessite une adaptation notamment pour les projets ayant trait aux technologies de l'information et de la communication. En outre, cette matrice est sommaire et ne peut donc être qualifiée de

document contractuel. Elle donne aux candidats une indication sur le partage des risques envisagé par la personne publique. La véritable répartition des risques, devant être une traduction fidèle des engagements contractuels, est postérieure à la procédure.

Matrice qualitative des risques

Risque	Porteur du risque				Commentaires
	Schéma de référence		Contrat de partenariat		
	Personne publique	Entreprises	Personne publique	Partenaire privé	
1 - Phase préliminaire					
Défaillance de la conception	-	-	-	-	-
Modification du projet : - rendue nécessaire par des difficultés (études de sols...) - du fait des changements	-	-	-	-	Selon l'origine de la modification (personne publique, privée, loi).
Retard dans la mise au point des projets	-	-	-	-	Selon l'origine de la difficulté.
Incapacité à construire suivant le cahier des charges	-	-	-	-	-
2 - Phase de développement et de construction					
Mauvaise estimation des coûts de construction - Répercutables sur les entreprises de travaux - Non répercutables	-	-	-	-	Selon surcoûts et/ou retards
Mauvaise estimation du calendrier	-	-	-	-	-
Risque archéologique	-	-	-	-	-
Risque géologique	-	-	-	-	-
Risque météorologique	-	-	-	-	-
Retard dans l'accès au site	-	-	-	-	Selon l'origine du retard
Retard dans l'obtention des autorisations administratives nécessaires au démarrage	-	-	-	-	Selon l'origine du retard
Sûreté et sécurité sur le site	-	-	-	-	-
Modifications législatives et réglementaires	-	-	-	-	Selon la spécificité des normes
Défaillance technique d'un constructeur	-	-	-	-	-
Défaillance d'un financeur	-	-	-	-	-
Retard à la livraison	-	-	-	-	-
Malfaçons rendant ou non les ouvrages impropres à leur destination	-	-	-	-	-
Risque d'interface entre conception, construction et exploitation	-	-	-	-	-
3- Phase d'exploitation					
Risques de performance					
Défauts du partenaire privé ou de ses sous-traitants (non exécution ou défaut d'exécution du service) - du fait d'une carence prouvée de l'exploitant - du fait d'un défaut des ouvrages, équipements, fournitures	-	-	-	-	-
Incapacité /impossibilité à atteindre les standards de qualité fixés	-	-	-	-	Selon la cause
Grève	-	-	-	-	-
Défauts latents des ouvrages	-	-	-	-	-
Modification des spécifications du fait de l'évolution législative	-	-	-	-	-
Disponibilité de l'ouvrage	-	-	-	-	-
Risques sur les coûts d'exploitation					
Mauvaise estimation des coûts de fourniture des services dus, de la maintenance, de structure, ...	-	-	-	-	-
Risques de surcoûts d'exploitation du fait d'un défaut des ouvrages (de conception/de réalisation)	-	-	-	-	-
Modifications législatives et réglementaires spécifiques au secteur	-	-	-	-	-
Modifications législatives et réglementaires non spécifiques au secteur	-	-	-	-	-
Risques de surcoûts du fait d'une moindre qualité (que prévu) des installations (réparation, remplacement, renouvellement accrus)	-	-	-	-	-
Mauvaise estimation du coût de gestion des personnels	-	-	-	-	-
Variation des ressources liées à l'exploitation du service	-	-	-	-	-
Mauvaise estimation des revenus complémentaires	-	-	-	-	-
Modification fiscale	-	-	-	-	-
4 - Risques spéciaux					
Risque de déchéance et de fin anticipée de contrat					
Résiliation du fait de la personne publique	-	-	-	-	-
Défaut du cocontractant privé	-	-	-	-	-
Déchéance du cocontractant privé	-	-	-	-	-
Défaut de la personne publique	-	-	-	-	-
Risques technologiques et d'obsolescence					
Obsolescence de l'investissement	-	-	-	-	-
Modification des spécifications technologiques	-	-	-	-	-
Risques de valeur résiduelle					
Valeur des actifs immatériels	-	-	-	-	-

Coût de démantèlement et de réaffectation						
Risques d'assurance						
Variation des primes						
Risques non couverts						
Risques financiers						
Variation des taux					-	-
Risques de change					-	-
Inflation					-	-
Autres risques						
Risque environnemental					-	-
Force majeure et autre risques non assurables					-	-

Au terme de cette analyse, la personne publique doit constater à la lecture de la matrice que les principaux risques qu'elle devait totalement ou partiellement assumer dans le schéma de référence ont bien été transférés au partenaire privé

Trois risques méritent par ailleurs une attention particulière et une bonne identification préalable des responsabilités entre les acteurs. Il s'agit du risque opérationnel, du risque de demande, et du risque d'évolution du cadre légal et réglementaire.

3.2.2.1. *Le risque opérationnel*

Le coût d'un contrat de partenariat peut être augmenté inutilement si la personne publique impose au partenaire privé des performances excédant ses propres besoins. Des coûts, dont on aurait dû faire l'économie, seraient alors subis par le cocontractant privé qui les répercutera dans la rémunération facturée à la personne publique.

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

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

3.2.2.2. *Le risque de demande*

Le risque de demande peut être lié à un risque de fréquentation ou de prix ou à une combinaison des deux. Il est supporté par la personne publique en contrat de partenariat. Le risque de demande peut avoir une incidence sur deux types de rémunération :

- **la rémunération payée par la personne publique** lorsque l'équipement public est utilisé par des usagers et que ces derniers ne paient pas directement pour pouvoir en bénéficier. C'est le cas, par exemple, des projets autoroutiers à péage virtuel, pour lesquels la rémunération du gestionnaire varie en fonction du nombre de véhicules qui emprunte l'autoroute. A l'inverse, la plupart des projets immobiliers sont réputés sans risque de demande dans la mesure où la rémunération ne dépend pas de sa fréquentation. C'est le cas, par exemple, des hôpitaux et des établissements pénitentiaires où l'assiette de la rémunération (avant déduction pour mauvaise performance) ne dépend pas du nombre de patients ou de détenus ;
- **la rémunération du partenaire privé au titre des revenus tirés des activités de valorisation** (utilisation alternative des ouvrages ou équipements publics, vente de services commerciaux complémentaires au service public, valorisant des espaces annexes aux ouvrages publics) qui est sujette à un risque de fréquentation mais aussi de prix qui s'assimile à un risque commercial.

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

- **un ajustement de la rémunération en fonction de la fréquentation** qui aurait comme but de compenser la partie variable des coûts liée à cette fréquentation. Il peut s'agir par exemple d'un ajustement de la rémunération en fonction du nombre de plateaux repas servis dans un hôpital (dans l'hypothèse où ce service est confié à la personne privée) ou de la rémunération d'entretien/maintenance dans un établissement recevant du public où l'usure des installations est directement liée à la fréquentation ;
- **une réduction du loyer résultant d'une évolution des besoins** de la personne publique prévue dans le contrat. Ainsi en cas de modification des besoins de la personne publique le loyer sera-t-il recalculé de façon à ne pas modifier l'économie du projet (préservation des ratios de couvertures de la dette et du TRI des actionnaires par exemple), de sorte que le projet sera réputé sans risque de volume. A l'inverse, si le maintien de l'économie du projet (rentabilité et profil de risque) n'est pas garanti dans le contrat en cas de diminution des besoins de la personne publique et que le partenaire privé a la charge dans ce cas de trouver une utilisation alternative des locaux ou équipements libérés, le surcoût correspondant sera répercuté à la personne publique au travers des provisions pour risque.

3.2.2.3. Le risque d'évolution du cadre légal et réglementaire

Le cadre légal et réglementaire résulte de dispositions prises par la puissance publique dans le cadre de son activité souveraine.

Or ce cadre peut évoluer et modifier les réglementations techniques, environnementales et fiscales applicables au projet ou à son secteur et avoir pour effet de mettre en péril l'équilibre financier du partenaire privé. Bien qu'il soit possible de considérer qu'en cas de litige, la jurisprudence administrative ferait application des principes dégagés en la matière sur la base des théories du fait du prince et de l'imprévision, il est recommandé d'appréhender ces risques en les intégrant dans la matrice des risques qui sera discutée lors du dialogue compétitif.

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

De manière générale, on peut considérer que les risques d'évolution de la réglementation sont pris en charge par le partenaire privé lorsqu'ils s'appliquent indifféremment à tous les secteurs, et qu'ils doivent être pris en charge par la personne publique lorsqu'ils s'appliquent de manière spécifique à un secteur.

3.2.3. Comment monétariser les risques ?

Une fois effectuées l'identification et la répartition des risques pesant sur un projet quel que soit son mode de réalisation (schéma de référence ou contrat de partenariat) au moyen de la matrice des risques (approche qualitative des risques), il convient alors de sélectionner,

parmi l'ensemble des risques répertoriés, ceux dont les impacts sont à la fois importants en termes de coût et de délai afin d'intégrer ces impacts dans les coûts globaux actualisés (VAN) avant prise en compte du risque.

L'estimation des impacts des risques nécessite :

- de déterminer **la probabilité d'occurrence** de chacun des risques (quelle est la probabilité pour ce risque se réalise ?). Cette analyse doit se fonder sur des retours d'expériences concernant des projets comparables et récents ou, à défaut, sur des dires d'experts ;
- d'évaluer **la sévérité** des risques (quel est l'impact du risque si ce dernier se réalise ? Il s'agit du montant d'engagement potentiel auquel la personne publique peut être appelée en termes de couverture pour chacun des risques identifiés, ou des dérives de délais (phase de construction) ou d'indisponibilité (phase d'exploitation) auxquelles elle peut s'attendre (les dérives de délais impactant les coûts). Cette évaluation doit également se fonder sur des retours d'expériences concernant des projets comparables et récents ou, à défaut, sur des dires d'experts. Il est à noter que la sévérité d'un risque peut être atténuée, dans certains cas, grâce à une couverture d'assurance.

L'estimation de la sévérité d'un risque peut résulter d'une loi de distribution discrète ou d'une loi de distribution continue¹², cette dernière pouvant prendre différentes formes (loi normale, log-normale, triangulaire,...). Si l'usage d'une loi de distribution discrète est acceptable pour un projet de petite taille (coût de construction inférieur ou voisin à 50 M€ HT), en revanche, l'usage d'une loi de distribution continue est nécessaire pour les projets de plus grande taille et, indispensable, lorsque le bilan avantages/inconvénients est le critère d'éligibilité retenu pour passer contrat le partenariat.

Les impacts des risques sont ensuite obtenus en :

- déterminant l'information conjointe (**produit de la probabilité d'occurrence du risque par sa sévérité**) qui est la seule appréhendable en l'absence d'étude détaillée sur le risque, et notamment sur ses causes ;
- **puis en répartissant le risque entre la personne publique et le partenaire privé.**

Le partenaire privé ne recourt généralement pas à des méthodes aussi sophistiquées pour apprécier les risques qu'il encoure. Il se fonde principalement sur ses retours d'expériences qu'il intègre dans son offre à travers les provisions pour aléas et imprévus, les marges bancaires, la part des capitaux propres et leur taux de rémunération.

3.2.4. Les méthodes de monétarisation des risques

Les deux grandes familles de monétarisation des risques se distinguent par l'existence ou non d'une loi de distribution continue de la sévérité du risque.

¹² Une loi de probabilité est dite discrète lorsque la variable aléatoire associée est discrète, c'est-à-dire lorsque le nombre de valeurs qu'elle peut prendre est fini ou dénombrable (pour une loi de surcoût par exemple, la variable « surcoût » ne peut prendre que quelques valeurs auxquelles sont associées des probabilités sachant que la somme des probabilités est égale à 1). Une loi de probabilité est dite continue lorsque le nombre de valeurs que prend la variable aléatoire est infini ou indénombrable.

3.2.4.1. La sévérité du risque est distribuée selon une loi discrète

L'utilisation d'une loi discrète de répartition du risque conduit à recourir à une méthode en termes de « valeur moyenne », dite de criticité.

Cette méthode est présentée ci-dessous à l'aide d'un exemple illustratif, ne correspondant donc pas à un cas réel, portant sur le risque de surcoût de construction dans le schéma MOP.

Les hypothèses retenues conduisent à majorer le coût de construction initial sans risque (10 M€) de 21,75% et de le porter au total à 12,175 M€ après prise en compte du risque, sachant que ce risque est supposé totalement imputé à la personne publique. Au final, la personne publique devra donc supporter dans le schéma MOP un coût de construction de 12,175 M€ et non de 10 M€ comme elle l'avait estimé avant la réalisation de l'ouvrage.

Dérive du coût de construction dans le schéma MOP

Dépassements	Sévérité	Probabilité d'occurrence	Probabilité conjointe	Coût du risque
Coûts égaux	0%	5%	0,00%	0 €
Dépassement léger	15%	55%	8,25%	825 000 €
Dépassement fort	30%	25%	7,50%	750 000 €
Dépassement très élevé	40%	15%	6,00%	600 000 €
Valeur moyenne	-	100%	21,75%	2 175 000 €

En supposant qu'en contrat de partenariat, le coût de construction est identique à celui du schéma MOP, ce qui pénalise le contrat de partenariat dans la mesure où il n'est pas tenu compte des gains de productivité permis notamment par le marché global, le risque moyen de surcoût de construction est estimé à 875 000 €, sur la base d'hypothèses différentes n'ayant également qu'une valeur illustrative. Ce surcoût est totalement à la charge du partenaire privé, de sorte que la personne publique ne devra supporter que le coût initialement prévu, soit 10 M€.

Dérive du coût de construction en contrat de partenariat

Dépassements	Sévérité	Probabilité d'occurrence	Probabilité conjointe	Coût du risque
Coûts égaux	0%	60%	0,00%	0 €
Dépassement léger	15%	25%	3,75%	375 000 €
Dépassement fort	30%	10%	3,00%	300 000 €
Dépassement très élevé	40%	5%	2,00%	200 000 €
Valeur moyenne	-	100%	8,75%	875 000 €

Les dérives de délais de construction peuvent être également estimées selon la même approche.

La dérive moyenne de la durée de construction est estimée, sur la base des hypothèses retenues, à trois mois dans le schéma MOP, pour une durée de construction initialement prévue de 15 mois, et à trois semaines en contrat de partenariat.

Dérive des délais de construction dans le schéma MOP

Dépassements	Sévérité	Probabilité d'occurrence	Probabilité conjointe	Dérive de délais (mois)
Délais égaux	0%	10%	0,00%	0,0
Dépassement léger	10%	50%	5,00%	0,8
Dépassement fort	30%	25%	7,50%	1,1
Dépassement très élevé	50%	15%	7,50%	1,1
Valeur moyenne	-	100%	20,00%	3,0

Dérive des délais de construction en contrat de partenariat

Dépassements	Sévérité	Probabilité d'occurrence	Probabilité conjointe	Dérive de délais (mois)
Délais égaux	0%	70%	0,00%	0,0
Dépassement léger	10%	20%	2,00%	0,3
Dépassement fort	30%	10%	3,00%	0,5
Dépassement très élevé	50%	0%	0,00%	0,0
Valeur moyenne	-	100%	5%	0,8

Cet exemple illustre tout l'intérêt pour le décideur public de procéder à une analyse des risques. En effet, si ce dernier n'intègre pas les risques dans sa décision, il va opter pour le schéma MOP alors que dans ce schéma le projet va s'avérer au final à la fois plus cher (+21,75%) et plus long (9 semaines) à construire que s'il avait été réalisé en contrat de partenariat.

Le même principe sera appliqué pour tous les autres risques retenus, et les surcoûts globaux et les dérives totales de délais en période de construction et d'exploitation seront obtenus en sommant les valeurs moyennes des surcoûts et des dérives de délais associées¹³.

La méthode en termes de « valeur moyenne » n'est généralement pas appropriée du fait qu'elle met sur un pied d'égalité des scénarios de risque sans aucune commune mesure et en ne permettant pas de prendre en compte la distribution des risques (seule est calculée une valeur moyenne du risque).

3.2.4.2. La sévérité du risque est distribuée selon une loi continue

Le recours à des lois de probabilité continues pour traduire la sévérité du risque est plus satisfaisant en ce qu'il permet de mieux mesurer le risque en ne se limitant pas à un seul indicateur de risque (la moyenne). Cependant, cela suppose une calibration des lois et des paramètres ainsi que l'utilisation d'outils nécessitant de faire appel à une expertise extérieure à la personne publique.

La compréhension et l'appropriation des résultats par la personne publique sera d'autant plus maîtrisée qu'elle aura participé à l'exercice de calibration, en apportant sa propre expérience sur les projets qu'elle a réalisés et qu'elle aura fait l'effort de bien assimiler le principe et les limites de la méthode.

3.2.4.2.1. Illustration

A titre d'illustration du principe sont indiquées ci-après, dans chacun des schémas, les lois (supposées normales) et les paramètres associés (moyenne et écart-type) au risque « Etude » de la phase conception-réalisation d'un projet immobilier.

¹³ En toute rigueur, cette sommation ne peut être effectuée que si les risques retenus sont indépendants, ce qui s'avère inexact dans la très grande majorité des cas dans la mesure où certains risques sont manifestement corrélés. Cependant, cette approximation n'est pas de nature à impacter sensiblement le sens de la comparaison.

Seuls les surcoûts et les dérives de délais, se traduisant par une dégradation pour la personne publique, par rapport aux coûts et délais retenus initialement (avant risques) sont pris en compte.

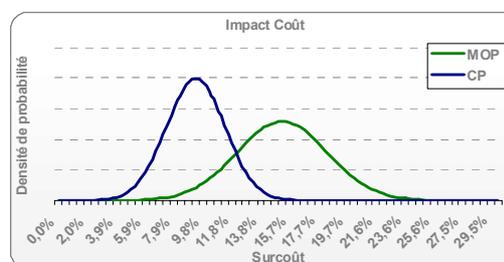
En effet, il est fait l'hypothèse que les coûts et les délais initiaux sont certains (un coût final plus faible pour l'entreprise titulaire du marché ou pour le partenaire privé ne sera pas répercuté à la personne publique). Aussi les courbes de distribution obtenues correspondent-elles à des courbes de surcoûts et de dérives de délais.

Eléments associés au risque « Etude » durant la phase de conception-réalisation

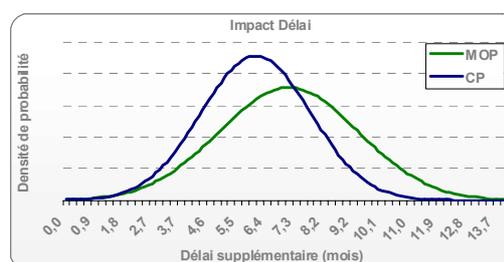
Projet	Bureaux	
Phase	Conception, Réalisation	
Risque	Etude	
Allocation des surcoûts en CP	Public	Privé
	0%	100%
Contrat	MOP	CP
Probabilité d'occurrence	1%	1%

Exemple
Risques liés au terrain/site : géologique, archéologique, météorologique ...

Impact Coût		
Loi	Normale	Normale
Mu (Moyenne)	15,3%	9,4%
Sigma (Ecart-type)	3,1%	2,0%
Moyenne	15,3%	9,4%
Ecart-type	3,1%	2,0%
Impact moyen	0,2%	0,1%



Impact Délai		
Loi	Normale	Normale
Mu (Moyenne)	7,1	6,1
Sigma (Ecart-type)	2,2	1,7
Moyenne	7,1	6,1
Ecart-type	2,2	1,7
Impact moyen	0,07	0,06



On observe que dans le schéma CP, le surcoût moyen imputable au risque « Etude » est de 9,4% alors qu'il est de 15,3% dans le schéma MOP, et que les écarts-types sont respectivement égaux à 2% et 3,1%, le tout traduisant l'idée que le risque de surcoûts est en moyenne moins élevé et moins dispersé dans le schéma CP.

S'agissant des délais, on observe que la dérive moyenne est de 6,1 mois dans le schéma CP et de 7,1 mois dans le schéma MOP. Quant à l'écart-type, il est égal à 1,7% dans le schéma CP et à 2,2% dans le schéma CP.

Sachant que la probabilité d'occurrence du risque « Etude » est de 1% dans les deux schémas, le surcoût moyen est de 0,15% (arrondi à 0,2%) dans le schéma CP et de 0,09% (arrondi à 0,1%) dans le schéma MOP.

Pour tous les autres risques retenus devront être associés : les lois de distribution de surcoûts et de dérives de délais, les paramètres associés, et les probabilités d'occurrence.

Une approche, qui constitue une **variante** de celle présentée ci-dessus, peut être mise en œuvre. Elle se caractérise néanmoins par des inconvénients qui limitent son utilisation à un projet pouvant être bien maîtrisé par la personne publique.

Cette approche se fonde sur **un raisonnement différentiel** conduisant à ne quantifier que les risques qui sont maîtrisés de façon différente dans les deux schémas. Aussi en contrat de partenariat les coûts globaux actualisés supportés par la personne publique avant et après risques seront-ils identiques, sauf si un risque pèse spécifiquement sur ce schéma. Cette méthode ne permet pas de traduire les effets des risques qui pèseraient indifféremment sur les deux schémas. L'approche différentielle ne permet donc pas de procéder à une comparaison exhaustive des coûts globaux des deux schémas après risques.

3.2.4.2.2. Tirages de Monte-Carlo

La méthode de Monte Carlo est la plus utilisée car la plus appropriée. C'est une approche numérique d'approximation d'une loi dépendant de plusieurs lois différentes dont il n'existe pas de formule analytique simple.

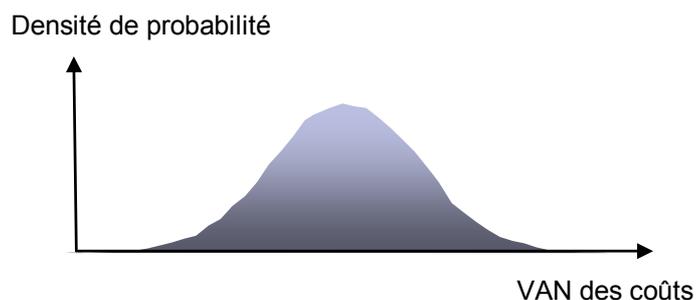
Cette méthode permet d'obtenir les lois de distribution des coûts globaux actualisés (VAN) et des délais associés à chaque schéma (MOP et CP) à partir des résultats issus de plusieurs milliers de scénarios aléatoires.

Un scénario consiste à tirer une valeur sur chacun des risques modélisés, la combinaison de ces valeurs se traduisant par une VAN et un délai. Le tirage de plusieurs milliers de scénarios permet alors de disposer des courbes de VAN et de délais dans chacun des schémas (MOP et CP).

Supposons, à titre d'illustration, que trois risques sont retenus pour les coûts (conception, réalisation, exploitation) et un seul risque en matière de délai (durée des travaux).

La méthode de Monte-Carlo consiste à tirer de manière aléatoire, dans chacun des schémas, un surcoût sur chacune des trois courbes de surcoût et une dérive de délais sur la courbe de durée des travaux de l'ouvrage. Les surcoûts sont ensuite introduits dans l'outil de simulation qui va calculer un coût global actualisé (VAN). A l'issue de plusieurs milliers de tirages (5 000 en pratique) une courbe de densité de probabilité en fonction du coût global actualisé et une courbe de densité de probabilité des dérives du délai de construction sont obtenues.

**Courbe de distribution du coût global actualisé (VAN)
supposée normale pour illustration**
(L'aire sous la courbe représente 100% des tirages)

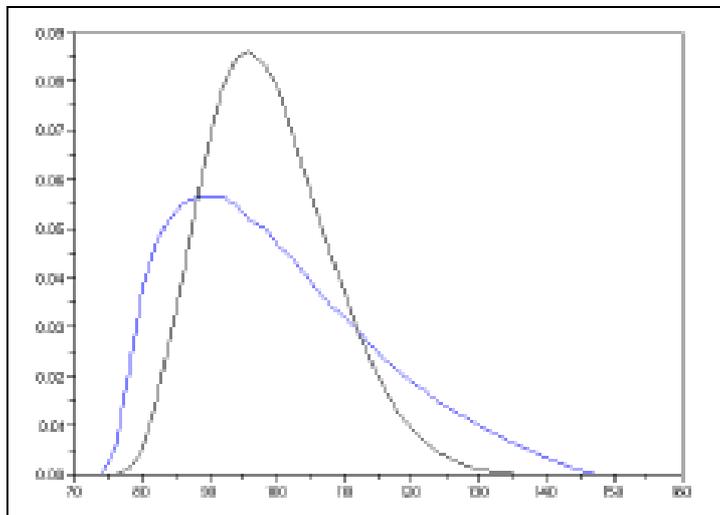


3.2.4.2.3. L'interdépendance des risques

L'interdépendance des risques ne peut être prise en compte que si la personne publique dispose d'éléments permettant d'apprécier les corrélations entre les risques (matrice de corrélation), ce qui est encore rarement aujourd'hui le cas faute d'observations. Or l'absence de prise en compte de l'interdépendance des risques favorise le schéma MOP dans la mesure où dans ce schéma les risques de dérive de coûts et de délais auxquels est confrontée la personne publique sont plus importants que dans le schéma CP.

Le schéma ci-dessous illustre les conséquences de l'interdépendance des risques. On observe que la prise en compte de l'interdépendance des risques (courbe bleu clair) déforme la courbe obtenue en l'absence d'interdépendance des risques (courbe bleu foncé) en augmentant son amplitude. Alors que le maximum du coût global actualisé est de 130 en l'absence d'interdépendance, ce maximum est porté à 145 après prise en compte de l'interdépendance.

Prise en compte de l'interdépendance des risques



En outre, l'application de la méthode de Monte-Carlo ne permet pas de traduire mécaniquement en termes de coûts les effets d'une dérive de délais, les tirages des coûts et des délais se faisant séparément. Toutefois cet aspect est partiellement pris en compte à travers le calibrage des lois de surcoûts, ces derniers intégrant implicitement une part imputable aux dérives de délais.

3.2.4.2.4. Indicateurs du risques

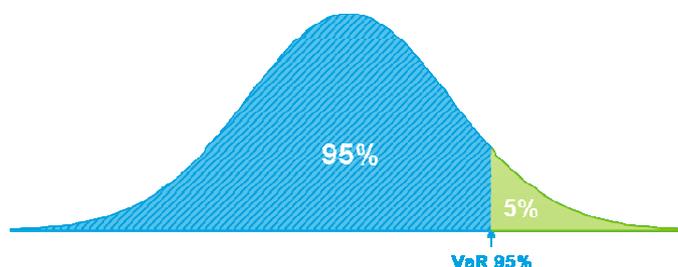
Deux indicateurs seront calculés : la valeur moyenne à risque et la VaR.

- La valeur moyenne à risque est la moyenne des VAN des coûts simulés par la méthode de Monte Carlo. Cette valeur représente le coût moyen attendu du projet après prise en compte des risques.
- La Valeur à Risque (VaR à X%) mesure le risque que la personne publique est prête à prendre pour un niveau de confiance X% donné.

Ainsi, la VaR à 95% signifie que 95% des scénarios auront une VAN des coûts inférieure ou égale à celle correspondant à la VaR à 95%.

La VaR permet de connaître le risque maximum encouru pour le projet (différence entre la VAN avec et sans risques) pour un niveau de confiance donné.

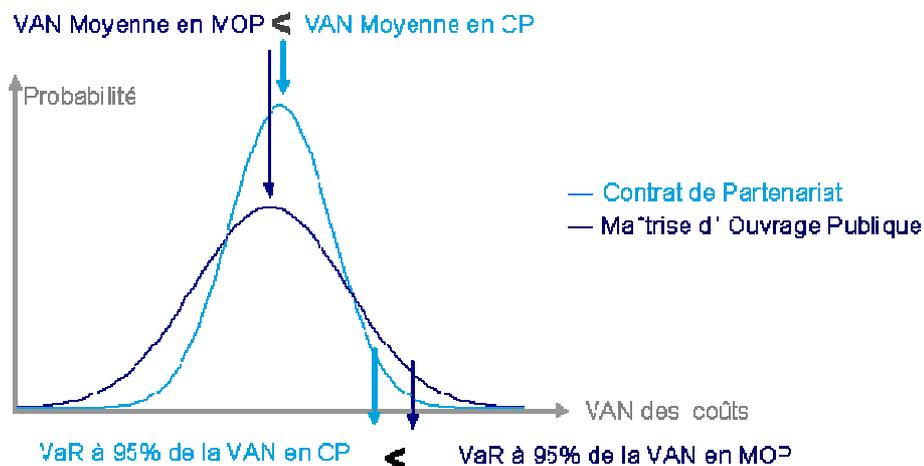
Illustration de la VaR à 95%



La VaR retenue peut varier entre 75% et 95% selon la nature du projet et le degré de maîtrise de la personne publique. Ainsi, la VaR à 75% pourra-t-elle être retenue pour un ouvrage routier ne comportant pas d'ouvrage, alors que la VaR à 95% pourra être appliquée à un projet nécessitant un process tel qu'une plate-forme informatique par exemple.

La VaR est l'indicateur qui sera retenu pour comparer les deux schémas sachant que la valeur moyenne à risque n'est pas pertinente pour procéder à cette comparaison dans la mesure où, comme le montre la figure suivante, ce critère peut induire en erreur la personne publique lorsque son aversion au risque est importante, ce qui est souvent le cas.

Comparaison des VAN moyennes des coûts et des VaR à 95%



NB : un autre indicateur parfois utilisé est l'eVaR à 95% qui est la moyenne des valeurs extrêmes supérieures à la VaR à 95%. Cet indicateur traduit une aversion extrême au risque qui paraît peu adaptée à la commande publique.



La VaR est parfois retenue comme un indicateur permettant de discriminer les schémas lorsque qu'une seule loi de distribution par risque s'applique indifféremment aux deux schémas. Ainsi, le niveau de la VaR sera plus faible dans le schéma CP que dans le schéma MOP. Cette manière de raisonner n'est pas satisfaisante dans la mesure où elle suppose implicitement que l'aversion au risque de la personne publique n'est pas identique quel que soit le mode de réalisation du projet, ce qui est de toute évidence inexact.

3.2.5. Présentation des résultats

Les résultats devront indiquer les incidences de la prise en compte du risque sur l'ensemble des indicateurs retenus dans la présentation avant risques.

La robustesse de la supériorité d'un schéma sur l'autre sera mesurée par des tests de basculement sur les principaux postes de coût (construction, entretien-maintenance, marge dette cédée et acceptée).

A titre d'exemple, **le test de basculement** sur le coût de construction indique de combien doit augmenter le coût de construction dans le schéma CP pour que le coût global actualisé de ce schéma soit égal à celui du schéma MOP (en supposant que ce même coût n'augmenterait pas dans le schéma MOP ce qui est peu vraisemblable dans l'hypothèse où ils croîtraient dans le schéma CP). Plus l'augmentation nécessaire du coût est importante et plus la robustesse du schéma CP est avérée.

Aux tests de basculement s'ajoutera **une analyse de sensibilité** qui a pour objet d'indiquer la sensibilité des résultats dans chacun des schémas pour les principaux postes de coût, cette sensibilité étant typiquement estimée sur une plage variant de plus ou moins 20%.

La démarche préconisée pour établir la comparaison économique et financière des schémas est exigeante, mais les difficultés ne sauraient justifier l'absence d'une comparaison sincère et étayée d'une façon objective et crédible sur la base de données ou d'hypothèses vérifiables.

L'analyse économique et financière doit permettre d'estimer le montant des loyers que la personne publique devra verser au partenaire privé et qui servira ensuite dans les discussions avec les candidats lors du dialogue compétitif.

La personne publique est invitée à s'assurer que la comparaison reste favorable au schéma CP à l'issue de la procédure d'attribution sur la base de l'offre finale retenue : elle cherchera à vérifier que l'offre finale permet bien de réaliser des économies ou qu'elle présente des avantages pour la personne publique, à qualité au moins égale de service rendu, et que le choix du contrat de partenariat n'est pas remis en cause.

Cadre général de la comparaison économique et financière des schémas

Maîtrise d'ouvrage publique		Contrat de partenariat	
	Coûts de gestion		
+	Coûts de conception		
+	Coûts de réalisation		
-	Concours publics		
+	Coûts de financement		
+	Coûts d'exploitation et de maintenance		
-	Recettes principales éventuelles d'exploitation		
-	Valeur résiduelle		
+	Coûts cachés et aléatoires		
=	Coût global de l'opération en MOP	=	Coût global de l'opération en MOP
		-	Avantages socio-économique liées à une mise en service plus rapide
		+	Surcoûts de montage
		+	Surcoûts de financement
		-	Gains réalisés sur la conception
		-	Gains réalisés sur la réalisation
		-	Gains réalisés sur l'exploitation-maintenance
		-	Gains réalisés sur les recettes principales éventuelles d'exploitation
		-	Recettes complémentaires issues de l'exploitation
		+	Coûts des risques
		-	Valeur résiduelle
			Coût global de l'opération en CP
	Coût global actualisé en MOP		Coût global actualisé en CP
	Différence	=	Gains/pertes résultant d'une réalisation en CP

4. LA PROCÉDURE DE PASSATION DES CONTRATS DE PARTENARIAT

4.1. INTRODUCTION

La personne publique, après la phase d'évaluation, doit se donner les moyens de mener une procédure efficace et respectueuse des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Il convient donc que la phase de réflexion préalable et l'élaboration du programme fonctionnel soient menées avec une grande rigueur, d'une part afin d'éviter par la suite des modifications tardives génératrices d'allongement des délais, d'autre part de fournir aux candidats une information précise et fiable quant aux besoins et aux objectifs poursuivis par la personne publique pour permettre un échange véritablement productif pendant le dialogue compétitif et/ou leur permettre de formuler leurs offres de façon satisfaisante.

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

- **procède ou fasse procéder à des études approfondies de faisabilité et de programmation avant le lancement de la procédure d'attribution** : la description préalable des besoins et des attentes en termes qualitatifs, et la justification des options possibles (cf. complétant celles esquissées à la phase d'évaluation), permettront la définition précise des critères de sélection des concurrents et d'appréciation des offres, et la richesse des échanges ultérieurs ;
- **mette en place une organisation appropriée, associant diverses compétences au sein de sa structure ou à ses côtés**, afin de maîtriser tous les éléments constituant l'objet du contrat, puis pour garantir le suivi et le contrôle des engagements pris par le contractant: cette expertise devra pouvoir être assurée tant en matière architecturale et technique, que juridique, financière et économique tout au long du processus de mise en place du contrat global, puis de son suivi ;
- **assure la conduite et la maîtrise d'un calendrier** offrant un temps suffisant pour que chaque étape du processus apporte sa plus-value à l'ensemble de la démarche.

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

4.2. QUI CONDUIT LA PROCEDURE ?

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

Dans le cas de l'Etat il s'agit soit du ministre, soit d'un agent disposant d'une délégation de signature l'habilitant à signer un contrat. Tout comme pour la négociation et la signature d'une convention de délégation de service public, la procédure menant à un contrat de partenariat sera engagée par l'autorité compétente en raison des fonctions qu'elle exerce au sein d'un ministère, et qui peut varier selon l'objet du contrat. Il faut bien entendu insister sur

l'absolue nécessité de faire gérer la procédure par un agent exerçant des fonctions d'un niveau élevé, qui aura la responsabilité de l'équipe de négociation.

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

S'agissant des collectivités territoriales, l'assemblée délibérante autorise le lancement de la procédure, en se prononçant sur le principe du recours au contrat de partenariat, après avoir pris connaissance de l'évaluation préalable, qui devra démontrer l'intérêt d'un contrat de partenariat pour réaliser l'opération projetée, puis dans un second temps pour en approuver la signature.

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

Autre particularité : une commission composée sur le modèle de celle concernant les DSP qui procède à la sélection des candidatures. Cette commission présidée par l'autorité habilitée à signer, et composée de membres de l'assemblée délibérante, tient lieu de commission d'ouverture des plis. L'ordonnance prévoit expressément que la commission intervient à plusieurs niveaux :

- d'une part, pour dresser la liste des candidats admis à participer à la procédure ;
- d'autre part, pour chaque avenant supérieur à 5 % du montant initial du contrat. Elle donne alors son avis à l'assemblée délibérante qui doit en autoriser la signature.

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

- au sein des communes (article L. 2122-18 et 19 du CGCT) aux adjoints, ou au directeur général des services, directeur général adjoint, directeur des services techniques, et enfin, aux responsables de services communaux (depuis la loi n°2009-526 du 12 mai 2009) ;
- s'agissant des départements et régions (L. 3221-3 et L. 4231-3 du CGCT), les vice-présidents ou conseillers régionaux, ou enfin aux responsables des services du département ou de la région.

Dans tous les cas de figure, la procédure doit donc être conduite par une personne apte à prendre, au nom de la personne publique, des décisions dont certaines doivent, lors de la phase de dialogue si la procédure est celle du dialogue compétitif, être adoptées en temps réel et qui ne peuvent être systématiquement renvoyées à une décision du représentant légal de la personne publique, à peine de figer inutilement le bon déroulement de la procédure.

Au stade de la sélection des offres, la collectivité territoriale est libre de s'organiser comme elle l'entend. En pratique, la plupart des collectivités territoriales ont recours à la commission de sélection des candidatures ou composent une commission « ad hoc ».

4.3. LE CHOIX DE LA PROCEDURE

L'ordonnance met **trois procédures** à la disposition des collectivités qui envisagent la conclusion d'un contrat de partenariat.

La première est **la procédure du dialogue compétitif** qui a été introduite dans les nouvelles directives communautaires sur la passation des marchés publics.

La deuxième réside dans **la procédure d'appel d'offres restreint**.

Enfin, depuis la loi du 28 juillet 2008, la personne publique peut avoir recours à **la procédure négociée** lorsque le montant du contrat est inférieur à des seuils fixés par décrets (cf. 4.3.3), voire sans condition de seuil s'il s'agit d'une entité adjudicatrice. La phase de publicité et de sélection des candidatures leur est commune.

Il convient également de préciser que la loi du 28 juillet 2008 a déconnecté les procédures de passation du contrat de partenariat des conditions d'éligibilité de ce dernier.

Désormais, en effet, *la personne publique peut recourir au dialogue compétitif « quel que soit le critère d'éligibilité retenu »*, dès lors que la personne publique « est objectivement dans l'impossibilité 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 » (article 5 de l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée).

4.3.1. Le dialogue compétitif

Cette procédure de passation de contrats est issue des dispositions contenues à l'article 29 de la directive n° 2004/18/ CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, complétées par le considérant n° 31 de la même directive.

Le recours à la procédure du dialogue s'imposera chaque fois que la collectivité veut **susciter la créativité privée** sur les moyens techniques, sur les montages juridiques ou le modèle financier envisageables.

La collectivité pourra alors entreprendre des discussions avec les opérateurs candidats sur les contours du projet ainsi que sur le modèle économique du contrat. Il va de soi que cette procédure ne pourra pas être choisie pour des projets simples pour lesquels il n'existe pas une vraie palette de choix techniques ou encore si les choix financiers de la collectivité sont arrêtés par avance.

4.3.2. L'appel d'offres

Il s'agit de la procédure tout à fait classique de l'appel d'offres restreint. Elle est tout à fait comparable à celle décrite dans le code des marchés publics mais fait l'objet pour les contrats de partenariat de textes particuliers : le décret n°2009-243 du 2 mars 2009 pour les contrats passés par l'Etat ou ses établissements publics, l'article L. 1414-8 et les articles D. 1414-1 à D. 1414-4 du CGCT pour les contrats passés par les collectivités territoriales. .

4.3.3. La procédure négociée

La loi du 28 juillet 2008 a ajouté une nouvelle procédure à laquelle peut recourir la personne publique dès lors que le montant du contrat est inférieur aux seuils fixés par les décrets n°2009-243, pour l'Etat, et à l'article D. 1414-5 du CGCT pour les collectivités territoriales (cf. § 4.6.7.)

4.3.4. Le cas innovant des offres spontanées

La question se pose dans le cas où une entité privée a conçu un projet d'intérêt général innovant susceptible d'intéresser la collectivité et qui suppose, pour sa mise en œuvre, un contrat de partenariat.

Dans la mesure où la collectivité ne peut contracter avec ce partenaire qu'après mise en concurrence, il y a un risque que les entités privées ne soient pas incitées à identifier de nouveaux projets de peur de se les faire ravir par un concurrent. Cette préoccupation a d'ailleurs été soulignée par le Comité économique et social européen dans son avis sur « le renforcement du droit des concessions et des contrats de partenariat public-privé »¹⁴ du 19 octobre 2000 mais également par la Commission européenne dans son « Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions »¹⁵.

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

Enfin, la loi du 28 juillet 2008 a modifié l'article 10 de l'ordonnance et prévoit désormais la possibilité pour les personnes publiques d'indemniser les candidats évincés dans l'hypothèse où ces derniers ont communiqué à la personne publique une idée innovante ayant été suivie du lancement d'une procédure de passation.

4.4. AVEC QUI EST MENEÉ LA PROCÉDURE ?

Les candidatures peuvent, en théorie, être soumises soit par une entreprise individuelle soit par un groupement d'entreprises. C'est ce second cas qui se présente le plus souvent, compte tenu de la diversité et de la globalité des prestations attendues. Les entreprises sont évidemment libres de déterminer la forme du groupement qui les liera.

L'autorité qui mène la procédure devra cependant veiller à ce que l'offre soit déposée soit par l'ensemble des prestataires concernés (opérateurs, constructeurs, établissements financiers...), soit par un mandataire dont les pouvoirs devront être soigneusement vérifiés, soit par une société de projet créée à cet effet.

Il faut noter que dans le cas de projets complexes faisant appel à plusieurs opérateurs spécialisés (ingénierie, construction, maintenance, services annexes, etc.), le contrat de partenariat sera très vraisemblablement signé par une société de projet (ad hoc) constituée pour la circonstance et dont les actionnaires appartiendront aux groupes de ces opérateurs ou à certains d'entre eux (également appelés sponsors dans une terminologie anglo-saxonne).

Néanmoins, il est vraisemblable qu'au stade de la soumission des offres cette société ne sera pas encore constituée de sorte que l'avis d'appel public à concurrence devra prévoir (ou en tout cas ne devra pas interdire) la possibilité pour le groupement de se substituer en cas de succès une société ad hoc. Les membres du groupement qui a déposé l'offre deviendront actionnaires de cette société de projet ou y seront liés par contrat, d'où **l'impérative nécessité**

¹⁴ Avis CES, 19 octobre 2000.

¹⁵ COM (2004) 327 final.

de laisser une possibilité d'évolution aux groupements candidats au cours de la procédure (cf. les développements en ce sens dans la fiche « Les contrats de partenariat et l'intangibilité des groupements candidats » sur le site de la MAPPP : www.ppp.bercy.gouv.fr).

Dans le cas où un projet serait spontanément présenté par un opérateur, la collectivité doit, conformément à l'article 10 de l'ordonnance et à l'article L1414-11 du code général des collectivités territoriales, juger de son intérêt.

Si cet examen conduit la collectivité à entreprendre de réaliser ce projet, elle doit **lancer une procédure de mise en concurrence sans donner d'avantage particulier à l'auteur de la proposition**, qui peut participer à la procédure s'il n'est pas visé par une clause d'exclusion, et présente les garanties techniques, professionnelles et financières suffisantes. En particulier, elle ne doit pas entamer avec lui un véritable dialogue sur le fond du projet et des montages qui lui sont associés au risque de s'engager dans ses choix futurs et de faire ainsi échec à la concurrence.

En contrepartie, l'article 10 de l'ordonnance prévoit le versement **d'une prime forfaitaire** dans le cas de la communication d'une « idée innovante » à la personne publique qui serait suivie du lancement d'une procédure de contrat de partenariat

Dans le cas où le contrat est signé avec le groupement d'entreprises candidat et non avec une société de projet ou une entreprise unique, il est essentiel que le groupement revête un caractère solidaire ou, à tout le moins, que le mandataire soit solidaire des autres membres.

4.5.L'EXPRESSION DES BESOINS DE LA PERSONNE PUBLIQUE

En matière d'appel d'offre ou de procédure négociée, il est fait recours au cahier des charges traditionnel.

En revanche, n'existe pas dans la procédure de dialogue compétitif de cahier des charges ni de « programme » stricto sensu, mais un programme fonctionnel qui doit s'attacher à définir les besoins de la personne publique sans préjuger des moyens techniques, juridiques et financiers qui seront mis en œuvre pour y répondre.

Ce programme fonctionnel pourra être progressivement précisé au cours du processus, dans le cadre du dialogue compétitif, pour tenir compte des choix adoptés par la personne publique.

Il sera utile également d'anticiper les coûts induits pour les candidats par la définition même du programme fonctionnel. Si le champ des possibles est trop vaste, le coût d'élaboration des propositions en sera augmenté, ce qui réduira la compétition. Par exemple, si la recherche du site optimum de réalisation de l'infrastructure devait être laissée aux candidats -cette option n'est pas nécessairement la plus satisfaisante- le coût de formulation des offres en serait inévitablement accru.

4.6.LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE

S'agissant de l'Etat la personne qui a compétence pour signer les contrats de commande publique s'organise en interne suivant ses règles habituelles.

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

C'est l'assemblée délibérante qui autorise la signature du contrat de partenariat par l'organe exécutif, ou déclare la procédure infructueuse.

Ces dispositions sont celles normalement prévues par le CGCT (L. 2122-21) qui dispose que sous le contrôle du conseil municipal, le maire est chargé, d'une manière générale, d'exécuter les décisions du conseil municipal.

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

Le projet de délibération est accompagné d'une information destinée à éclairer les élus sur les incidences pour les finances locales, du contrat de partenariat. Cette information doit porter obligatoirement sur le coût prévisionnel global du contrat, en moyenne annuelle, pour la personne publique, et l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la personne publique (cf. §1.5.1).

4.6.1. L'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de consultation

L'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) qui marque le lancement de la procédure doit être publié dans une ou plusieurs publications de sorte que, en fonction de l'importance du projet, une véritable concurrence soit suscitée. En pratique, il peut s'agir soit de publications professionnelles soit de revues généralistes, ou les deux à la fois, avec le souci d'une couverture suffisante, c'est-à-dire nationale, voire internationale. Cette publicité préalable est calquée sur le modèle des marchés publics.

La publication au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) est obligatoire au-delà des seuils de 193 000 € HT pour les collectivités territoriales et de 125 000 € pour l'Etat, soit, en pratique, pour l'ensemble des CP. Il est complété par un dossier de consultation des entreprises (DCE), contenant le programme fonctionnel (PF), ou un cahier des charges si la procédure est un appel d'offre, et un règlement de la consultation.

Le programme fonctionnel ou le cahier des charges est le seul document absolument nécessaire dans le DCE. Le règlement de la consultation vient préciser ou détailler si besoin les éléments de procédure contenus dans l'AAPC. On peut également y ajouter des projets de matrice des risques et de contrat.

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

En outre, un soin particulier devra être apporté à la définition des critères de sélection des candidatures et de choix des offres, sans perdre de vue que les critères de candidature ne peuvent porter que sur les capacités professionnelles et les garanties que présentent les opérateurs (cf. § 4.6.4).

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

L'avis peut éventuellement fixer un nombre maximum de candidats autorisés à concourir, étant précisé que le nombre minimum doit être de trois dans le cadre du dialogue compétitif et de la procédure négociée et de cinq dans le cadre de l'appel d'offres restreint, sous réserve qu'un nombre suffisant de candidats remplisse les conditions pour concourir.

Toutefois, la possibilité d'imposer un nombre maximum de candidats n'est pas l'option la plus concurrentielle. Il conviendra dans le cadre du dialogue compétitif d'organiser une concurrence réelle entre les candidats, le nombre devra donc être choisi en adéquation avec le nombre d'intervenants possibles dans un secteur d'activité donné.

4.6.2. L'indemnisation des candidats non retenus

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

Toutefois, lorsque les demandes de la personne publique impliquent un investissement significatif pour les candidats ayant participé au dialogue compétitif, une prime doit leur être versée. Si **le montant de cette prime n'est pas encadré par les textes**, il est toutefois vivement recommandé de couvrir au minimum les dépenses qui auraient été couvertes dans le cadre de la loi MOP (cas des dépenses de conception architecturale). Le montant annoncé déterminera la qualité du travail qui sera fourni pendant le dialogue compétitif.

Les modèles d'avis d'appel public à la concurrence sont ceux fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie pour les marchés publics.

4.6.3. Délai de dépôt des candidatures (élément commun aux trois procédures de passation)

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

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

4.6.4. Sélection des candidatures et remise des offres ou des propositions (élément commun aux trois procédures de passation)

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

Les décrets du 2 mars 2009 prévoient la liste exhaustive des renseignements et documents susceptibles d'être demandés à l'appui des candidatures. Cette liste est calquée sur celle des documents et renseignements pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

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

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

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

4.6.5. Le dialogue compétitif

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

Le **dialogue** a pour objet de permettre aux opérateurs d'affiner leur proposition, et à la collectivité de préciser son projet.

Il a lieu séparément avec chacun des opérateurs.

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

Le dialogue n'est enfermé dans aucun délai prédéterminé. Au fur et à mesure qu'il se déroule, la collectivité doit constamment mettre en rapport les besoins qu'elle a initialement exprimés et l'adéquation à ces besoins des solutions dont les contours se précisent.

C'est pourquoi il lui est permis d'éliminer en cours de dialogue des solutions dont il est clair qu'elles sont inadéquates, à condition que cette élimination soit faite sur la base des critères de sélection affichés dans l'avis d'appel à concurrence et éventuellement précisés dans le règlement de consultation. L'AAPC doit avoir préalablement spécifié que le dialogue s'effectuait en phases successives, la personne publique devant être à même de justifier cette éviction en cas de recours contentieux.

Ceci étant, la procédure du dialogue compétitif doit être menée le plus rapidement possible. Sauf exception, le dialogue compétitif ne devrait pas excéder 9 à 12 mois jusqu'à la sélection de l'attributaire final.

Trop de pouvoirs adjudicateurs ont pris comme modèle le dialogue en trois phases, tel qu'il était pratiqué dans le cadre des BEH. Mais une organisation pertinente pour la réalisation d'un hôpital n'est pas forcément adaptée à tout type de contrat. Il est à cet égard recommandé de ne pas s'enfermer dans un schéma prédéterminé et de ne prévoir qu'une procédure phasée, le nombre de phases étant déterminé au cours de la procédure en fonction des besoins.

Le plus souvent deux phases suffiront. La durée de la procédure de dialogue compétitif est une des conditions de son efficacité. Si la procédure est trop longue, les candidats peuvent avoir tendance à pratiquer l'attentisme et ainsi rendre le dialogue

improductif. De même, les personnes publiques doivent éviter de multiplier les études inutiles. Ces dernières rallongent la durée de la procédure et augmentent son coût.

La procédure prévoit une étape obligatoire dans le dialogue, celle de **la remise de l'offre finale**. A cette occasion, l'article 7 de l'ordonnance prévoit que la personne publique peut demander des clarifications, des précisions ou des compléments concernant les offres, ainsi que la confirmation des engagements qui y figurent.

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

Cette phase de la procédure est certainement la plus délicate. En effet, la directive 2004/18 du 31 mars 2004 précise qu'« *en tout état de cause le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle* ».

Il importe donc de maintenir jusqu'à ce stade une concurrence réelle, tout en utilisant des éléments issus du dialogue, tout en respectant le secret des affaires. Ce d'autant plus que la personne publique, dans son invitation à remettre une offre finale, définit les conditions d'exécution du contrat, dont les clauses relatives à son évolution, et, éventuellement, précise sans en changer la teneur les critères d'attribution du contrat contenus dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de consultation.

Toute la difficulté sera donc, lors de la précision des critères, de ne privilégier aucune offre parmi celles qui restent en compétition, et qu'aucun des candidats ne voie ses idées « pillées » au profit d'un autre. La personne publique devra systématiquement demander au candidat si l'on peut donner aux autres candidats la réponse à la question qu'elle lui a posée. Chaque candidat encore en lice tient compte des précisions éventuellement apportées par la personne publique et ne remet une offre que sur la base de sa propre solution afin de préserver son « savoir-faire ».

Cette attention portée à la notion de secret des affaires et à la nécessité de ne négocier avec chacun des candidats que sur la base de leurs propositions est souvent résumée par la formule du « dialogue en tunnel ». Cette image suppose donc des dialogues « étanches » permettant de préserver les intérêts de chacun des candidats.

Les règles de bonne gestion d'un dialogue compétitif ont été déterminées par les dix principes de la charte du dialogue compétitif du 18 janvier 2007 (cf. annexe 6).

4.6.6. La procédure d'appel d'offres restreint

Si la personne publique recourt à cette procédure elle se doit de respecter les règles de publicité et de mise en concurrence organisées par les décrets n° 2009-243 et n°2009-244 du 2 mars 2009.

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

Contrairement aux collectivités locales, les règles de compétences internes à l'Etat relèvent des modalités d'organisation du service et la conduite de la procédure ne nécessite pas d'être décrite dans un texte réglementaire à l'instar de la réglementation en matière de délégations de service public.

Il est cependant nécessaire compte tenu de la nature pluridisciplinaire des contrats de partenariat que l'autorité habilitée à signer ce contrat s'entoure de tous les conseils nécessaires éventuellement au sein d'une commission qui joue alors le rôle d'aide à la décision. Il est recommandé d'attacher un soin particulier à la composition de cette commission qui peut faire appel à des compétences pluridisciplinaires. Elle peut être ad hoc, adaptée au projet projeté, ou permanente.

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

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

4.6.7. La procédure négociée

S'agissant des pouvoirs adjudicateurs, ils peuvent recourir à la procédure négociée si le montant du contrat de partenariat est inférieur aux seuils suivants :

Pour l'Etat :

« 1° 4 845 000 € HT lorsque le contrat de partenariat a pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne publique contractante ;

2° 125 000 € HT lorsque le contrat de partenariat n'a pas pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne publique contractante.

II. - Pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices mentionnés à l'article 25 de l'ordonnance du 17 juin 2004 susvisée, les seuils en dessous desquels ces personnes peuvent recourir à la procédure négociée, avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence, prévue au III de l'article 7 de cette ordonnance sont les suivants :

1° 4 845 000 € HT lorsque le contrat de partenariat a pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne contractante;

2° a) 387 000 € HT pour les entités adjudicatrices lorsque le contrat de partenariat n'a pas pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne contractante ;

b) 193 000 € HT pour les pouvoirs adjudicateurs lorsque le contrat de partenariat n'a pas pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne contractante.

III. - Le montant des contrats de partenariat mentionné aux I et II pour l'appréciation des seuils est calculé en additionnant les différentes composantes de la rémunération à la date de la signature du contrat ».

Pour les collectivités locales :

« I.- Les contrats de partenariat ayant pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne publique contractante peuvent être passés selon une procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence lorsque leur montant est inférieur à un seuil fixé à 4 845 000 € HT.

II. - Les contrats de partenariat n'ayant pas pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne publique contractante, peuvent être passés selon une procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence lorsque leur montant est inférieur à un seuil fixé à 193 000 € HT.

III. - Le montant des contrats de partenariat mentionné aux 1° et 2° pour l'appréciation des seuils est calculé en additionnant les différentes composantes de la rémunération à la date de la signature du contrat » (article D1414-5 CGCT) ».

Ces différents montants ont suivi l'évolution des seuils fixés pour l'application des directives communautaires du 1^{er} janvier 2010 (décret n°2009-1702 du 30 décembre 2009). Compte tenu du fait que pour calculer ces seuils la personne publique doit additionner l'ensemble des prestations concernées par le contrat, sur la durée de ce contrat, cette possibilité théorique est très peu utilisée.

En revanche, la procédure négociée est plus facilement utilisée par les entités adjudicatrices, qui ne sont pas soumises aux mêmes conditions de seuils. En effet, si les entités adjudicatrices peuvent recourir à la procédure négociée telle qu'elle est décrite dans l'ordonnance du 17 juin 2004 en dessous des seuils cités ci-dessus, elles peuvent recourir au-dessus des seuils à la procédure négociée évoquée à l'article 12 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

4.6.8. L'attribution du contrat

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

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

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

L'ordonnance prévoit également **une obligation dite de « stand-still »**. La personne publique en effet doit, lorsqu'elle a fait son choix, informer les candidats encore en lice du rejet de leur offre et respecter un délai de 16 jours en cas de transmission postale, 11 jours en cas de transmission par voie électronique, entre la date de notification de cette information et la date de signature du contrat. Le non-respect de ces délais est susceptible de conduire à l'annulation du contrat¹⁶.

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

Enfin, il est rappelé que l'article L. 1414-10 du code général des collectivités territoriales prévoit des modalités particulières d'attribution du contrat (informations à communiquer obligatoirement à l'assemblée délibérante)¹⁷.

4.7. QUELLE PLACE POUR LA MAITRISE D'ŒUVRE ?

Dans beaucoup de cas, la personne publique souhaitera s'en remettre au prestataire du contrat de partenariat pour mener à bien l'ensemble de l'opération, financement, conception, construction, maintenance, exploitation.

La totalité de la conception de l'ouvrage sera alors confiée à l'équipe titulaire du contrat de partenariat dans les conditions définies à l'article 12 de l'ordonnance, la qualité architecturale en tant que composante de la qualité globale des offres, faisant alors obligatoirement partie des critères d'attribution du contrat.

Cette solution est celle qui permet à la personne publique de bénéficier au mieux de l'intégration de l'ensemble des missions dans un même contrat. Le partenaire privé concevra ainsi un projet immobilier dont il sait qu'il aura à assurer la réalisation puis la maintenance/exploitation sur une longue durée avec un risque de subir des pénalités sur l'ensemble de cette période.

Certaines personnes publiques ont exploré des solutions intermédiaires. A titre d'exemple on a pu demander aux candidats privés de la toute première phase du dialogue compétitif de présenter deux ou trois projets architecturaux différents entre lesquels la personne publique choisira rapidement.

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

Pour ces raisons, des responsables de collectivités publiques, lorsqu'ils font appel à des contrats de partenariat pour la construction et l'exploitation ultérieure de leurs équipements, notamment s'il s'agit de bâtiments, pourront souhaiter conserver une entière liberté de choix

¹⁶ Depuis la publication de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique et de son décret d'application n° 2009-1456 du 27 novembre 2009, cette règle implique la publication au JOUE d'un avis d'intention de conclure un CP lorsque le montant du contrat est inférieur au montant à partir duquel la publication de l'AAPC est obligatoire au BOAMP et au JOUE.

¹⁷ « Le projet de délibération est accompagné d'une information comportant le coût prévisionnel global du contrat, en moyenne annuelle, pour la personne publique et l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la personne publique ».

du concepteur et du projet architectural. Ils pourront déterminer le meilleur projet architectural, puis consulter en contrat de partenariat, garantissant la qualité du projet et favorisant la transparence de la consultation, chaque groupement répondant pour un même objet.

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

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

C'est de loin le cas de figure le plus répandu pour deux raisons majeures :

- **optimisation économique par le partenaire privé.** Dans le cadre de la loi dite « MOP » et du code des marchés publics, les prestations de conception, de réalisation de l'investissement et d'exploitation de l'investissement sont attribuées à des titulaires différents. En contrat de partenariat, le fait de confier à un même partenaire l'exploitation sur le long terme d'un investissement qu'il aura réalisé et conçu permet des gains de productivité venant compenser le surcoût dû au financement privé ;
- **la difficulté à gérer le transfert de contrat de maîtrise d'œuvre** (cf. les développements du point précédent) et les relations entre le partenaire privé et l'architecte/concepteur choisi par la personne publique.

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

- l'équipe de maîtrise d'œuvre devra être identifiée clairement lors de la candidature ;
- la qualité globale des ouvrages fait obligatoirement partie des critères d'attribution ;
- l'offre comportera le plus souvent un projet architectural. Ce sera obligatoirement le cas pour tout contrat de partenariat comprenant la construction d'un bâtiment.

Le contrat précisera la composition et la qualification de la maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation.

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

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

Il est à noter que dans ce cas « Lorsque la personne publique ne confie au cocontractant qu'une partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels, elle peut elle-même, par dérogation aux dispositions du quatrième alinéa de l'article 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise

d'œuvre privée, faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'elle assume » (article 12 de l'ordonnance et L. 1414-13 du CGCT).

Pour le choix du concepteur, la personne publique applique les règles de la commande publique (selon les cas, code des marchés publics ou ordonnance du 6 juin 2005). Elle organisera pour ce faire des concours d'architecture. Une fois le concepteur choisi, la personne publique lui fera poursuivre la conception jusqu'au stade des études d'avant-projet, objet le cas échéant du permis de construire, qui seront intégrées dans le dossier de consultation des candidats au contrat de partenariat.

La personne publique pourra avoir prévu :

- soit que le concepteur poursuive sa mission de maîtrise d'œuvre, selon des modalités (prestations, conditions de rémunération,...) qu'elle aura définies préalablement, pour le compte du partenaire privé ou au sein du groupement titulaire du contrat de partenariat, ce qui est la solution la plus simple ;
- soit que le concepteur reste à ses côtés en qualité d'assistant pendant la réalisation de l'ouvrage et sa mise en service par le partenaire privé.

Dans tous les cas, il conviendra de prévoir des dispositions particulières tant dans les AAPC relatifs au marché de maîtrise d'œuvre et au contrat de partenariat que dans le marché de maîtrise d'œuvre et le contrat de partenariat eux-mêmes, pour prendre en compte les spécificités de cette conception « partagée » (contour de la mission de l'architecte et modalités de rémunération notamment).

Il reste qu'à l'expérience la solution du transfert du contrat du concepteur au partenaire privé est la solution la plus efficiente et doit donc être privilégiée.

4.8.LA PLACE ACCORDEE AUX PME ET AUX ARTISANS PAR LE CONTRAT

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

L'article 8 de l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit parmi les critères d'attribution des contrats de partenariat conclus par l'Etat et ses établissements publics : « *la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans* ». La même rédaction figure à l'article L. 1414-9 applicable aux contrats de partenariat conclus par des collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Il reviendra à la personne publique de déterminer dans le règlement de consultation comment elle appréciera le critère pour chacune des offres.

La définition des PME a été posée par le décret n° 2009-245 du 2 mars 2009, qui renvoie lui-même à une définition proposée par une recommandation de la Commission de Bruxelles¹⁸.

¹⁸ Une moyenne entreprise est définie comme une entreprise dont l'effectif est inférieur à 250 personnes et dont le chiffre d'affaires n'excède pas 50 M€ ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 M€. Une petite entreprise est définie comme une entreprise dont l'effectif est inférieur à 50 personnes et dont le chiffre d'affaires

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

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

Le titulaire du contrat de partenariat constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues. Ces prestations sont payées dans un délai fixé par voie réglementaire ».

Pour que l'accès des PME et artisans puisse être effectif, il convient que le titulaire communique à la personne publique :

- lors de la signature du contrat de partenariat, l'identité de toute entreprise et notamment des PME et artisans retenus dès la phase de passation (identification - montant - délivrance de la caution, etc.) ;
- en cours d'exécution, les mêmes éléments au fur et à mesure de l'intervention éventuelle de nouvelles entreprises, et notamment des PME et artisans.

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

4.9.LE CONTROLE JURIDICTIONNEL

* Dans un souci de transparence, il a été décidé d'appliquer à la procédure des contrats de partenariat la possibilité de recourir au référé pré-contractuel, ce qui constitue d'ailleurs une obligation communautaire dès lors que le contrat de partenariat est un marché au sens du droit communautaire. Ce référé est établi par l'article L. 551-1 du code de justice administrative, modifié par l'ordonnance n°2009 – 515 du 7 mai 2009, et rédigé comme suit :

Art. L. 551-1 : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public.

Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ».

* Symétriquement, les dispositions de l'article L. 554-2 du code de justice administrative relatives aux modalités de suspension de certains actes pris en matière de marchés ou de délégations de service public sont étendues aux contrats de partenariat.

ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 M€. Une micro-entreprise est définie comme une entreprise dont l'effectif est inférieur à 10 personnes et dont le chiffre d'affaires ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 M€.

* L'ordonnance suscitée n°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique a, par ailleurs, créé un référé contractuel. Ce dernier doit permettre au Président du Tribunal Administratif, ou au magistrat qu'il délègue, de connaître des recours en référé intentés contre un contrat déjà conclu (article L551-13 du code de justice administrative).

Les personnes habilitées à agir doivent avoir un intérêt à conclure le contrat et avoir été lésées par des manquements aux obligations de publicité et de concurrence auxquelles sont soumis le contrat litigieux.

Il a toutefois été expressément prévu que ce référé n'est pas ouvert au demandeur ayant déjà intenté un référé précontractuel, si la personne publique a respecté son obligation de différer la signature du contrat et s'est conformée à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.

De façon générale, l'ensemble des procédures et recours possibles contre les contrats de commande publique peut s'exercer de la même façon contre les contrats de partenariats (déréféré préfectoral, jurisprudence « Tropic Travaux signalisation », contrôle de la chambre régionale des comptes, etc).

5. ETABLIR DES RELATIONS CONTRACTUELLES FIABLES ET OPÉRATIONNELLES

5.1. INTRODUCTION

Pour établir des relations contractuelles fiables, **le dialogue compétitif s'avère être la procédure la plus adaptée.**

De nombreux développements qui suivent ne trouvent leur pertinence que dans le cas où cette procédure est utilisée.

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

5.2. LA DUREE

La durée du contrat doit être spécifiée.

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

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

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

- **la durée de l'amortissement de l'investissement** à réaliser et des cycles de gros entretien et de renouvellement ; la durée du contrat doit être aussi proche que possible de la durée de vie de l'actif et de ses principales composantes afin d'optimiser les synergies de construction et de maintenance ;
- **la durée nécessaire des financements retenus**, étant précisé que cette durée doit être compatible avec la soutenabilité budgétaire ;
- **la durée d'exploitation optimale.**

Il convient de prévoir à cet égard une durée suffisamment longue pour que l'organisation mise en place pour rendre les services soit optimale (en termes de qualité et de productivité), et que l'exploitant ait la possibilité de maximiser le retour attendu des investissements et actions engagés durant la période de mise en œuvre.

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

On peut, à cet égard, s'inspirer des arrêts du Conseil d'Etat du 8 avril 2009, *Commune d'Olivet* (req. n° 271737 et 271782), et du 11 août 2009, *Maison Comba* (req. n° 303517), au sujet de la « durée normale d'investissement » en matière de délégation de service public.

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

Dans le cas où le contrat de partenariat emporte constitution de droits réels, ces droits sont en tout état de cause limités, d'une part, par le caractère inaliénable du domaine public et, d'autre part, par la durée maximale de 70 ans imposée à une autorisation d'occupation temporaire (AOT). Dans le cas contraire (AOT sans constitution de droits réels) l'autorisation d'occupation temporaire a par nature une durée limitée précisée dans le contrat lui-même.

5.3. LE CONTRAT DOIT FIXER LES CONDITIONS DANS LESQUELLES EST ETABLI LE PARTAGE DES RISQUES ENTRE LES CONTRACTANTS

L'optimisation du partage des risques est une condition déterminante de la réussite du contrat de partenariat.

Il n'est en effet pas question de transférer à tout prix le plus grand nombre de risques sur le partenaire, mais d'optimiser ce transfert, sachant que tout risque que le partenaire n'est pas à même de mieux supporter sera provisionné à son coût maximal et refacturé à la personne publique.

De plus, la répartition de certains risques (notamment les risques de construction, de demande et de disponibilité) est déterminante pour apprécier la comptabilisation des engagements souscrits par la personne publique selon les normes Eurostat de Système Européen de comptabilité (SEC) (cf. infra).

Les développements présentés au chapitre 3 proposent un mode d'analyse des risques se fondant sur une matrice qualitative des risques qui doit déboucher sur la rédaction de clauses couvrant l'ensemble des risques identifiés.

5.4. LE CONTRAT DOIT COMPORTER DES OBJECTIFS DE PERFORMANCE

L'article 11 c) de l'ordonnance, modifié par la loi du 28 juillet 2008, est ainsi rédigé : « *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :*

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

Ces objectifs de performance, qui varieront évidemment d'un contrat à l'autre, sont fondamentaux au regard du choix du recours au contrat de partenariat et de son suivi ultérieur.

Une des raisons majeures de ce choix est en effet la qualité des prestations qu'on est en droit d'attendre de la conclusion d'un contrat global, compte tenu notamment du savoir-faire et des gains de productivité attendus du partenaire privé. Il est donc indispensable, pour la clarté et l'équilibre des relations contractuelles, que *les performances attendues soient clairement définies et précisément quantifiées*.

Deux types de performance peuvent être appréhendés concomitamment ou en substitution selon la nature du projet. Il s'agit des :

- **performances techniques** mesurées en termes de qualité de service rendu à la personne publique (notamment disponibilité de l'équipement) ;
- **performances en termes de fréquentation** des ouvrages et des services associés selon le principe du risque partagé.

A ce titre, il ne s'agit pas comme en délégation de service public de transférer le risque de fréquentation vers le partenaire privé. L'opérateur privé assure une exploitation de service pour le compte de la collectivité. Il perçoit une rémunération qui peut comprendre un terme lié à un niveau de fréquentation conventionnellement indiqué. A ce niveau est alors associé un mécanisme de bonus-malus, système de rémunération qui permet d'inciter le partenaire privé à produire des efforts pour accroître le niveau de fréquentation de l'ouvrage.

Le niveau de fréquentation est un objectif qui peut être fondamental pour certains projets, mais il doit toutefois être manié avec précaution, ce dit niveau pouvant dépendre de paramètres extérieurs à la responsabilité du cocontractant.

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

La personne publique devra se donner les moyens de déterminer les indicateurs pertinents, puis de suivre les indicateurs de performance contractualisés sans dépendre du partenaire privé.

5.5.LES MODALITES DE REMUNERATION DU COCONTRACTANT.

Aux termes de la première partie de l'article 11 d), tel que modifié par la loi du 28 juillet 2008 : « *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :*

d) à la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement - qui comprennent en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires -, les coûts de fonctionnement et les coûts de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice...».

La distinction dans le calcul de la rémunération de ce qui relève de l'investissement, du fonctionnement et du financement est fondamentale. Il s'agit ici de faire en sorte que la rémunération soit la plus transparente possible.

C'est d'ailleurs dans cet objectif que la loi du 28 juillet 2008 a précisé le contenu des coûts d'investissements, outre le coût des travaux et équipements, à savoir « les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires ».

Cette transparence va d'ailleurs dans le sens d'une « bancabilité » facilitée du contrat en rendant plus facile la cession acceptée de la créance représentative du coût de l'investissement à des établissements de crédit dans les conditions posées à l'article 28 de l'ordonnance.

Il est vivement recommandé de **faire apparaître la décomposition du loyer dans le contrat**, au minimum en loyer d'investissement, loyer de services (lui-même sous décomposé selon les cas) et loyer de gros entretien et renouvellement.

Au-delà de la ventilation prévue par loi, la rémunération pourra tenir compte des éventuelles recettes de valorisation que le partenaire privé est susceptible de tirer de l'exploitation de l'ouvrage ou équipement objet du contrat pour son compte propre, voire des propriétés publiques incluses dans le champ du contrat (notamment sur la base de la loi du 28 juillet 2008 ; cf. §5.7). L'exemple souvent cité est la location de l'équipement faisant l'objet du contrat par le partenaire privé en dehors des périodes d'utilisation par la personne publique.

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

Le contrat de partenariat peut en effet prévoir que la rémunération due par la personne publique est liée à **la disponibilité de l'ouvrage**. En règle générale le versement débute à la « constatation » par la personne publique de la conformité de l'ouvrage à sa destination (déterminée contractuellement) ou aux étapes techniques.

Cette étape constitue également **le fait générateur retenu pour la mise en œuvre de la cession de créance**. L'ordonnance n'exclut pas la possibilité d'une rémunération partielle durant la période de réalisation de l'immobilisation (qui pourra être considérée selon le cas comme une subvention d'équipement *ab initio* analogue à celle utilisée dans les concessions, ou comme un acompte sur les rémunérations futures de mise à disposition de l'ouvrage).

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

La subvention d'équipement versée vient alimenter le budget général de la collectivité bénéficiaire. Les deux parties peuvent par convention fixer la destination et les conditions d'emploi de cette subvention (cf. annexe 7).

5.6.LES MODALITES DE VARIATION DU CONTRAT

La seconde partie de l'article 11 d) est ainsi rédigée :

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

S'agissant des modalités de variation, il s'agit tout d'abord, de manière classique, de prévoir, s'il y a lieu, **les conditions d'évolution « automatique » de la rémunération** en fonction de la variation d'indices reflétant l'évolution des coûts des différentes composantes de la rémunération.

Mais il peut s'agir aussi d'essayer de prévoir et d'organiser **les conséquences contractuelles de la variation de certaines données**, tout en restant bien entendu dans le cadre des principes gouvernant les évolutions possibles d'un contrat administratif.

En d'autres termes, s'agissant d'un contrat dont la passation est réglementée, *la variation autre que celle prévue dans le contrat ne doit pas entraîner de « bouleversement de l'économie » du contrat*, selon la formulation jurisprudentielle classique, ce qui impliquerait alors de passer un nouveau contrat respectant, entre autres, les formalités de publicité et de mise en concurrence.

S'agissant d'un contrat de longue durée, il est souhaitable de s'entendre à l'avance sur des variations prévisibles du contrat, ce que l'article 11 prévoit en son point h :

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

Il faut ici rappeler que **ces clauses « évolutives » doivent avoir été rendues publiques** au cours de la procédure de dialogue, afin de respecter les conditions de publicité et de mise en concurrence.

Il est rappelé que l'article L. 1414-12 h) prévoit une disposition particulière de validation pour les **avenants** aux contrats de partenariat passés par les collectivités territoriales ou leurs établissements publics.

Par ailleurs, le contrat de partenariat peut contenir des clauses de parangonnage (« benchmarking ») et des clauses de test de marché (« market-testing »).

Les premières, les clauses de « **benchmarking** », permettent l'ajustement du prix pour une prestation donnée, au cours de l'exécution du contrat, en vérifiant par comparaison avec d'autres contrats de nature, de montant, de structure et de conditions équivalentes en cours ou récents que le prix du financement est cohérent avec la réalité du marché. Le contrat de partenariat devra avoir prévu les conditions d'ajustement du prix en fonction des résultats du « benchmarking ».

Les secondes, les clauses de « **market testing** » imposent au partenaire privé, toujours sur une prestation donnée, de réaliser un véritable « appel d'offres » pour éventuellement substituer à l'un des prestataires du groupement un nouveau prestataire, sur la base des engagements reçus à l'issue du test, vainqueur de cette procédure.

Il conviendra de communiquer au comptable assignataire en cours d'exécution, les résultats de ces ajustements afin qu'il puisse procéder au contrôle de liquidation qui lui incombe.

Toujours dans un même souci de transparence, la loi du 28 juillet 2008 a ajouté un nouvel alinéa d bis) à l'article 11 de l'ordonnance. Celui-ci dispose que le contrat de partenariat comporte obligatoirement une clause relative « *aux conditions dans lesquelles, en*

application de l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, la personne publique constate que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat ».

5.7.LES MODALITES DE PAIEMENT DU PARTENAIRE PRIVE

- Les comptables publics exercent les contrôles qui leur incombent conformément aux articles 12 et 13 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique.

Dans le cadre de leurs contrôles, les comptables publics vérifient notamment la validité de la créance et s'assurent du caractère libératoire du règlement.

Le comptable doit donc disposer, comme pièce justificative du paiement, d'une copie du contrat exécutoire que lui fera parvenir la personne publique. Il exerce ses contrôles sur la base du contrat car c'est celui-ci qui fixe les modalités de paiement et détermine les modes de calcul des sanctions et pénalités. Il importe donc de veiller à la qualité rédactionnelle de ces clauses afin d'éviter toute suspension de paiement. Ainsi, par exemple, il convient de s'assurer que les montants figurant dans le contrat et dans la délibération autorisant la signature sont bien identiques et présentés, dans les deux cas en TTC ou en HT.

- **La désignation du cocontractant revêt une importance particulière** car les paiements ne peuvent être effectués, sauf en cas de cession de créances tel que définie ci-après, qu'au cocontractant désigné dans le contrat.

Par ailleurs, la production au comptable assignataire de la copie d'un échéancier ou d'une annexe spécifique à l'exécution financière du contrat, faisant apparaître les montants normalement dus, leur périodicité, les dates des premier et dernier versements, est souhaitable car elle lui permet de procéder avec efficacité aux contrôles que lui imposent le règlement général de la comptabilité publique et la jurisprudence financière.

- La mise en œuvre des clauses relatives à l'exécution financière du contrat de partenariat peut conduire le titulaire à être redevable de sommes au titre de sanctions et pénalités. Le principe de ces pénalités et sanctions est posé par l'article 11 g) en cas de manquement du cocontractant à ses obligations, notamment celles liées aux objectifs de performance, qui doivent constituer le véritable fil rouge du contrat.

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

Cela dit, l'ordonnance prévoit la possible compensation entre les sommes dues par la personne publique à son partenaire privé, et celles dues par ce dernier à la personne publique au titre de pénalités ou de sanctions et des recettes de valorisation. Cette compensation ne pourra toutefois pas jouer pour une partie de la rémunération ayant déjà fait l'objet d'une cession de créance acceptée.

- La loi du 17 février 2009 a opéré une réforme de l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, qui précise dorénavant que si, l'acceptation de la cession est limitée à un plafond de 80% de la rémunération due au titre de l'investissement et du financement.

La cession de la rémunération due en vertu d'un contrat de partenariat ne comporte, quant à elle, aucune limitation et peut donc porter jusqu'à 100% de la rémunération au titre des coûts de l'investissement et du financement.

La mise en œuvre de cette disposition, qui constitue une clause facultative, est soumise à quatre conditions :

- cette clause doit être prévue au contrat ;
- le contrat doit indiquer la part de la créance définitivement acquise ;
- la personne publique doit constater avant paiement que les investissements ont été réalisés conformément aux stipulations ;
- le titulaire doit avoir cédé sa créance en tout ou partie.

Sur cette part spécifique, définie au contrat dans les conditions et limites prévues à l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, le comptable ne peut donc exercer aucune compensation. Il convient de rappeler que les modalités de constatation de la réalisation des investissements doivent être décrites par le contrat et qu'un certificat administratif devra être produit au comptable à l'appui d'une cession de créance acceptée.

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

5.8.LES CLAUSES RELATIVES A LA PROTECTION DU DOMAINE PUBLIC ET DU SERVICE PUBLIC

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

- lorsque le projet emporte, pour sa réalisation, l'occupation d'emprises du domaine public de la personne publique cocontractante, **le contrat de partenariat vaut pour sa durée titre d'occupation du domaine public concerné ;**
- **le titulaire du contrat dispose**, sauf stipulation contraire de son contrat, **d'un droit réel**, sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ce droit lui confère sur les équipements et ouvrages réalisés les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat destinées à garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public ;
- La loi du 28 juillet 2008 ajoute que *« si le titulaire du contrat est autorisé à valoriser une partie du domaine de la personne publique dans le cadre du contrat de partenariat, cette dernière procède, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public. La personne publique peut autoriser le titulaire à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée. L'accord de la personne publique doit être expressément formulé pour chacun des baux consentis au titulaire du contrat de partenariat. Avec l'accord de la personne publique, ces baux ou droits peuvent être consentis pour une durée excédant celle du contrat de partenariat ».*

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

Par ailleurs, lorsque le contrat emporte occupation du domaine public de l'Etat, la détermination des conditions financières liées à *cette occupation doit être effectuée en association avec le service de France Domaine* compétent localement comme en matière de concessions de service public.

Le transfert de droits réels que permet le contrat de partenariat au partenaire privé ne doit pas être assimilé à un transfert de propriété au privé. En tout état de cause l'inaliénabilité du domaine public reste un principe applicable en la matière.

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

Les exigences de la protection due à la propriété publique ont déjà été évoquées. Or l'affectation des biens à l'utilité publique (affectation aux besoins d'un service public ou à l'usage direct du public) est une des conditions essentielles de l'appartenance d'un bien au domaine public.

Il faut donc veiller dans le contrat à rédiger des clauses permettant de garantir cette affectation. On retrouve d'ailleurs cette obligation à l'article 13 de l'ordonnance, qui prévoit la constitution de droits réels sur des ouvrages construits sur le domaine public « *dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public* ».

Le respect des exigences du service public fait essentiellement référence aux principes d'égalité, de continuité et de mutabilité. Il s'agit là encore d'une exigence constitutionnelle (cf. décision du Conseil constitutionnel n° 94-346 du 21 juillet 1994 précitée).

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

La nécessité d'assurer la continuité du service public en cas de défaillance ou de déchéance du cocontractant nécessite que, dès la phase d'évaluation préalable à la passation du contrat, la personne publique ait réfléchi précisément à cette question pour déterminer les actions qu'elle devrait entreprendre immédiatement dans cette hypothèse.

Le contrat doit être explicite sur les moyens qui devraient alors être mis en œuvre, le cas échéant aux frais du cocontractant privé.

5.9.LES MODALITES DE CONTROLE

L'article 11 impose des clauses relatives : « *f) aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance particulièrement en matière de développement durable, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans* » (cf. §4.6.8).

L'article 11 f) modifié par la loi de 2008 précise que « *le titulaire du contrat de partenariat constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au*

prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues. Ces prestations sont payées dans un délai fixé par voie réglementaire ».

Il conviendra de ne pas se décharger de la mise en œuvre de ce contrôle sur le partenaire privé, la personne publique devant s'organiser en se donnant les moyens nécessaires à l'exercice de ce contrôle.

5.10. LES SANCTIONS ET PENALITES

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

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

Tout en restant équilibrée, **les clauses concernées devront traduire effectivement la réalité du transfert des risques** et notamment du risque de disponibilité durant la phase d'exploitation.

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

Il conviendra également de **déterminer l'assiette de ces pénalités**, c'est-à-dire la partie de la rémunération du partenaire qui pourra être affectée par ces pénalités. Une application des pénalités à l'intégralité de la rémunération aurait très probablement des effets sur la « bancabilité » du contrat.

Une précision doit être apportée. Comme il a été vu ci-dessus, le h) de l'article 11 prévoit des clauses relatives aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification des aspects du contrat ou à sa résiliation...».

Ceci n'entame en rien le **pouvoir de résiliation unilatérale** des contrats par l'administration, qui reste l'un des principes fondamentaux du droit administratif, et ne saurait être écarté par des stipulations contractuelles contraires. Les motifs d'une telle résiliation unilatérale doivent être d'intérêt général, en rapport avec l'objet du contrat, la partie privée ayant droit à l'indemnisation intégrale du préjudice subi et du manque à gagner.

Lorsque la livraison de l'ouvrage intervient après la date prévue au contrat, la personne publique est en droit, outre l'application des pénalités prévues au contrat, de ne pas verser la part du loyer correspondant à la durée du retard, de réduire d'autant la durée globale du contrat et de laisser à la charge du partenaire privé les surcoûts de toute nature générés par ce retard.

5.11. LE CONTROLE SUR LA CESSION DU CONTRAT

Le i) de l'article 11 impose de prévoir les modalités de contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat.

Ces dispositions se distinguent totalement de la cession de créance prévue à l'article 28 de l'ordonnance.

Afin de dissiper tout risque de confusion, il convient d'apporter quelques précisions sur le régime (1) de la cession de contrat et (2) du changement de contrôle du capital du cocontractant de l'administration.

5.11.1. Cession de contrat

a. La cession d'un contrat concerne le transfert de ce contrat à une personne morale distincte du cocontractant initial qui est alors substituée au contractant en tous ses droits et obligations.

Le conseil d'Etat a précisé¹⁹ que l'opération consistant en un « *changement de propriétaire des actions composant le capital social, même dans une proportion très largement majoritaire* » ne constitue pas une cession de contrat.

En revanche, « *la réalisation d'opérations de scission et de fusion, lorsque ces opérations aboutissent à la création de sociétés nouvelles [...] ou lorsque, à la suite d'autres formes de transmissions de patrimoines ou de cessions d'actifs, une société nouvelle se voit attribuer, en qualité de cessionnaire, [...] un contrat de délégation de service public* » sont des cessions de contrats.

Dans l'avis précité, le conseil d'Etat a défini le régime de la cession des marchés publics et des délégations de service public. Ce régime est vraisemblablement applicable aux contrats de partenariat.

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

Dans ce cadre, l'administration ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour refuser d'autoriser une cession de contrat.

En effet, une telle opération ne peut être refusée que (i) lorsque le cessionnaire pressenti ne présente pas les garanties techniques ou financières pour assurer la bonne exécution du contrat, la continuité du service public et/ou l'égalité des usagers ou (ii) si la cession envisagée peut avoir pour effet de remettre en cause des éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial.

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

c. Précisons, enfin, que l'exigence d'une autorisation en cas de cession - et donc d'une appréciation préalable des garanties et compétences du cessionnaire - a pour corollaire l'absence de toute obligation de publicité ou de remise en concurrence à la charge de l'administration pour le choix du nouveau titulaire.

Il faut également préciser que, conformément à l'avis du Conseil d'Etat précité, cette cession de contrat ne doit pas pouvoir être considérée comme une manœuvre ou un détournement de procédure dans le but notamment de contourner les règles de mise en concurrence applicables au contrat initial.

¹⁹ Conseil d'Etat, avis, 8 juin 2000, n° 141654.

5.11.2. Changement de contrôle du capital du cocontractant.

a. Un changement de contrôle dans le capital du titulaire d'un contrat ne s'analyse pas comme une cession de contrat dans la mesure où il ne comporte pas de changement de la personne morale titulaire du marché.

En pratique, le changement de contrôle ne concerne le plus généralement qu'indirectement la collectivité, dans la mesure où la réalité économique de l'entreprise contractuelle²⁰ (l'organisation, les hommes...) n'en est pas modifiée. En conséquence, l'autorisation préalable de la personne publique cocontractante à un changement de contrôle n'est en principe pas nécessaire.

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

b. Toutefois, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat²¹ - rendue en matière de délégations de service public mais transposable aux contrats de partenariat - que la personne publique cocontractante peut prononcer, dans l'intérêt général, la résiliation unilatérale d'un contrat dès lors que les garanties techniques et financières au vu desquelles le contrat a été conclu ont été substantiellement modifiées.

Dans l'arrêt « téléphériques du massif du Mont Blanc », c'est en se fondant sur le risque de conflit d'intérêts que pouvait entraîner la modification de la détention du capital du cocontractant que le Conseil d'Etat a validé la résiliation du contrat décidée par la collectivité locale.

En pratique, une information (ou autorisation préalable) est parfois stipulée dans le contrat.

En tout de cause, le changement de contrôle dans le capital du titulaire d'un contrat sera soumis à l'agrément de la personne publique durant les premières années de vie du contrat correspondant a minima à la période de construction.

5.11.3. Comparaison entre ces procédures

Au total, les différences de procédures selon qu'il y a cession de contrat ou changement de contrôle du capital du cocontractant sont les suivantes :

- en cas de cession de contrat, une autorisation préalable de l'administration est en principe toujours nécessaire, y compris dans le cas où le contrat ne la prévoit pas expressément (avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000) ;
- alors qu'en cas de changement de contrôle du titulaire, une simple information peut suffire, qu'elle soit ou non prévue par le contrat après la période durant laquelle l'agrément est requis.

Bien que les cas dans lesquels la personne publique peut refuser l'autorisation (cession) ou provoquer la résiliation du contrat (changement de contrôle) soient les mêmes, les natures des opérations sont en réalité profondément différentes.

²⁰ Ni même sa réalité économique si le changement de contrôle est indirect

²¹ Conseil d'Etat, 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont Blanc*, rec. p. 334.

La cession qui emporte substitution de contractants implique l'accord de la personne publique qui est une condition de sa légalité.

Le changement de contrôle qui par lui-même n'a pas d'incidence directe sur l'exécution du contrat ne l'implique pas en principe : ce n'est que s'il est démontré que cette situation lui cause préjudice qu'il y a un droit de résiliation du contrat avec le plus souvent indemnisation du contractant.

5.12. LES MODALITES DE PREVENTION ET DE REGLEMENT DES LITIGES ET LE RECOURS EVENTUEL A L'ARBITRAGE

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

Ce même l) précise en effet que le contrat fixe les conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française.

Il convient de souligner qu'il s'agit là d'une faculté (et non d'une obligation) offerte aux cocontractants qui devront décider au cas par cas d'y recourir, ainsi que de recourir aux techniques de médiation ou de conciliation.

Le recours à l'arbitre résulte en effet de la convention des parties qui, soit avant tout litige (par une clause compromissoire), soit après la naissance du litige (par un compromis), s'accordent pour le faire régler par un ou plusieurs arbitres qu'elles désignent ou le cas échéant font désigner.

Les dispositions correspondantes doivent en tout état de cause figurer dans le contrat initial.

6. L'ENVIRONNEMENT FISCAL DU CONTRAT DE PARTENARIAT

Conformément à la volonté du Gouvernement exprimée dans le communiqué du Conseil des ministres du 13 février 2008 de « *faire du contrat de partenariat un instrument qui trouve pleinement sa place dans la commande publique et non un simple outil d'exception* », la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat a modifié en profondeur le régime fiscal des contrats de partenariat de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.

L'un des objectifs de cette loi est de progresser vers l'harmonisation des règles fiscales de l'ensemble des contrats publics et de remédier aux différences qui subsistaient entre le régime s'appliquant à l'Etat et celui régissant les collectivités territoriales.

Enfin, le nouveau dispositif permet sous certaines conditions l'éligibilité au Fonds de compensation pour la TVA (FCTVA) des baux emphytéotiques administratifs.

On se réfèrera à l'annexe 5 « Taxes applicables au contrat de partenariat » pour plus d'informations.

6.1. LES TAXES ET REDEVANCES EXIGIBLES A LA DELIVRANCE DU PERMIS DE CONSTRUIRE

6.1.1. Le versement pour le dépassement du plafond légal de densité (VDPLD)

La loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 modifie les dispositions de l'article L. 112-2 alinéa 3 du code de l'urbanisme et permet ainsi l'exonération du versement pour les immeubles édifiés par ou pour le compte de l'Etat, des régions, de la collectivité territoriale de Corse, des départements ou des communes ou pour le compte des établissements publics administratifs, lorsqu'ils sont affectés à un service public ou d'utilité générale et qu'ils ne sont pas productifs de revenus.

Pour bénéficier de l'exonération, les immeubles visés par l'article précité doivent donc être affectés à un service public ou au moins à une activité d'utilité générale. Ces immeubles doivent également être improductifs de revenus. La condition de l'absence de production de revenus s'apprécie, précise la loi, au regard de la personne publique au domaine de laquelle l'immeuble doit être incorporé.

Ces conditions sont identiques à celles déjà prévues pour l'exonération de la taxe foncière sur les propriétés bâties et de la taxe locale d'équipement. L'application de ces conditions en matière de versement pour le dépassement du plafond légal de densité devrait donc suivre celle actuellement pratiquée pour les taxes précitées.

Enfin, le partenaire doit joindre à la déclaration transmise au centre des impôts fonciers la copie du contrat de partenariat ou de tout autre document justifiant de l'affectation de l'immeuble dans les 90 jours de la réalisation définitive des constructions nouvelles.

Cette exonération instaurée par la loi du 28 juillet 2008 s'applique également aux projets de contrats de partenariat pour lesquels un avis d'appel public à concurrence a été envoyé à la publication antérieurement à la date de publication de cette loi.

6.1.2. La redevance pour la création de bureaux en Ile-de-France

L'article 36 de la loi du 28 juillet 2008 introduit une nouvelle exception à l'article L. 520-7 du code de l'urbanisme.

L'article L. 520-7 exclut désormais du paiement de la redevance « *les locaux affectés au service public et appartenant ou destinés à appartenir à l'Etat, aux collectivités territoriales ou aux établissements publics ne présentant pas un caractère industriel et commercial ainsi que ceux utilisés par des organismes de sécurité sociale ou d'allocations familiales et appartenant ou destinés à appartenir à ces organismes ou à des sociétés civiles constituées exclusivement entre ces organismes* ».

Toutefois la taxe annuelle sur les locaux à usage de bureaux perçue dans la région Ile-de-France prévue à l'article 231 ter n'a pas encore fait l'objet de la même correction. Le tarif réduit prévu pour les collectivités publiques propriétaires de locaux à usage de bureaux ne peut donc s'appliquer.

6.1.3. La taxe locale d'équipement -TLE

L'article 1585 C I 1° du code général des impôts (CGI) exclut du champ d'application de la taxe locale d'équipement les constructions destinées à être affectées à un service public ou d'utilité publique. Ces constructions sont listées à l'article 317 bis de l'annexe II.

Le décret n° 2009-569 du 20 mai 2009 insère dans l'article 317 bis de l'annexe II du CGI un 1° bis. Cette nouvelle disposition permet d'exonérer de taxe locale d'équipement les constructions édifiées dans le cadre d'un contrat de partenariat conclu par l'Etat, les collectivités territoriales ou leurs groupements et qui sont exemptées de taxe foncière sur les propriétés bâties en application du 1° de l'article 1382 du CGI.

Pour bénéficier de cette exonération, le contrat doit prévoir qu'à son expiration les constructions sont incorporées au domaine de la personne publique.

L'exonération nouvelle de taxe locale d'équipement permet d'exonérer par voie de conséquence les constructions réalisées en contrat de partenariat de la taxe complémentaire à la taxe locale d'équipement en région Ile-de-France, de la taxe départementale des espaces naturels sensibles, de la taxe sur les dépenses des conseils d'architecture, d'urbanisme et de l'environnement.

6.1.4. La redevance d'archéologie préventive (RAP)

L'article L. 524-7 du code du patrimoine modifié par l'article 41 de la loi du 28 juillet 2008 permet aux constructions soumises à une autorisation ou à une déclaration préalable en application du code de l'urbanisme de bénéficier d'un mode de calcul de la redevance d'archéologie préventive plus favorable.

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 28 juillet 2008, les contrats de partenariat étaient soumis à la tarification classique en fonction du nombre de mètres carrés.

L'article 41 de la loi du 28 juillet 2008 modifiant l'article L. 524-7 du code du patrimoine permet aux constructions réalisées dans le cadre des contrats énumérés à l'article

1048 ter du CGI de bénéficier de la valeur déterminée conformément au 4° de l'article 1585 D du CGI pour le calcul de l'assiette de la redevance.

En pratique, il s'agira pour les contrats de partenariat, des actes portant autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutifs d'un droit réel immobilier délivrés, soit par l'Etat ou l'un de ses établissements publics en application de l'article 13 de l'ordonnance n° 2004-559, soit par les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics, en application de l'article L. 1414-16 du code général des collectivités territoriales,

6.2. TAXES EXIGIBLES A LA PUBLICATION DU CONTRAT

6.2.1. La taxe de publicité foncière (TPF)

L'article 37 de la loi du 28 juillet 2008 introduit dans le code général des impôts un nouvel article 1048 ter qui permet d'aboutir à une quasi-exonération de la taxe de publicité foncière pour l'ensemble des actes portant autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutifs d'un droit réel immobilier délivrés soit par l'Etat ou l'un de ses établissements publics soit par les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics.

Seul un droit fixe de 125 € doit désormais être acquitté en application de l'article 680 du CGI.

Cette nouvelle disposition aligne le régime fiscal de l'ensemble des autorisations d'occupation temporaire, baux emphytéotiques et contrats de partenariat de l'Etat et des collectivités territoriales.

Auparavant, les autorisations d'occupation temporaire de l'Etat étaient soumises à la perception d'un droit fixe de 125 € en vertu de l'article 680 du CGI, contrairement aux baux d'immeubles conclus pour une durée supérieure à 12 ans des collectivités territoriales qui, eux, étaient imposés au taux de 0,60% par application des dispositions de l'article 742 du CGI.

Les cessions de créance d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus bénéficient également d'une exonération de taxe de publicité foncière, en application du 2° de l'article 677 du CGI dans sa rédaction issue de la loi du 28 juillet 2008.

6.2.2. Le salaire du conservateur des hypothèques

S'agissant du salaire du conservateur des hypothèques, le décret n°2008-1329 du 15 décembre 2008 a modifié le 15° de l'article 287 de l'annexe 3 du CGI.

Désormais, la publication des actes constatant les opérations mentionnées à l'article 1048 ter du CGI donne lieu au paiement d'un salaire fixe de 15 euros.

6.3. TAXES EXIGIBLES AU TITRE DE LA CONSTRUCTION DES OUVRAGES

Taxe foncière sur les propriétés bâties (TFPB)

L'article 1382 1°bis du CGI institué par l'ordonnance du 17 juin 2004 exonère de TFPB les immeubles construits dans le cadre de contrats de partenariat, pendant toute la durée de ce contrat..

Les immeubles concernés par l'exonération de TFPB doivent respecter les conditions **cumulatives** suivantes :

- ils doivent, à l'expiration du contrat et conformément aux termes de ce contrat, être incorporés au domaine de la personne publique ;
- ils doivent être affectés à un service public ou d'utilité générale ;
- ils ne doivent pas être productifs de revenus à l'égard de la personne publique au domaine de laquelle ils sont incorporés en fin de contrat.

Le bénéfice de cette exonération est réservé aux fractions de propriété affectées exclusivement à un service public ou d'utilité générale. Les fractions de propriétés, gérées par le partenaire privé affectées à une activité autre qu'un service public ou d'utilité générale, sont par conséquent soumises à la TFPB dans les conditions de droit commun.

Taxe foncière sur les propriétés non bâties (TFPNB)

En matière de TFPNB, les terrains mis à la disposition du partenaire privé dans le cadre du contrat de partenariat ne font pas l'objet du même régime d'exonération. L'exonération prévue par l'article 1382-1° bis du CGI ne concerne en effet que la taxe foncière sur les propriétés bâties.

L'exonération prévue par l'article 1394-2° du CGI en faveur des propriétés publiques reste applicable dans les conditions actuellement en vigueur.

Les collectivités devront donc s'en acquitter au moins en partie jusqu'à l'édification des ouvrages, sauf dans le cas où le contrat de partenariat emporte constitution de droits réels.

Dans cette dernière situation, la TFPNB devra en effet être imputée alors, non à la personne publique propriétaire, mais au titulaire (qui refacturera cette dépense à la collectivité). La date de basculement entre la TFPNB et la TFPB correspond au moment de la déclaration faite par le propriétaire dans les conditions de l'article 1406 du CGI.

Toutefois, conformément aux dispositions de l'article 1415 du CGI, la TFPNB est établie pour l'année entière d'après les faits existants au 1^{er} janvier de l'année d'imposition.

6.4. TAXES EXIGIBLES PENDANT L'EXPLOITATION DE L'OUVRAGE

6.4.1. L'impôt sur les sociétés (IS)

Le partenaire est redevable de cet impôt si celui-ci est une société rentrant dans le champ d'application de l'article 206 du CGI.

L'opération de cession par le partenaire privé des créances futures résultant d'un contrat de partenariat ne dégage aucun produit imposable.

6.4.2. La taxe professionnelle (TP) et la Contribution Economique Territoriale (CET)

Si la personne publique dispose des biens et exerce une activité concurrentielle, elle sera soumise à la taxe professionnelle, ou depuis 2010, à la Contribution Economique Territoriale.

Néanmoins, une exonération est possible si cette personne publique est une collectivité territoriale, un établissement public ou un organisme de l'Etat qui exerce une activité de caractère essentiellement culturel, éducatif, sanitaire, social, sportif ou touristique.

En cas d'exercice conjoint d'une activité imposable et d'une autre exonérée, il sera possible de prétendre à une sectorisation afin de restreindre l'imposition.

Au titre de la **cotisation foncière des entreprises (CFE)** assise sur la valeur foncière des immeubles, la base d'imposition de la personne publique, lorsqu'elle est imposable, est constituée par la valeur locative foncière des biens précités dès lors qu'elle en dispose.

S'agissant du partenaire, la valeur locative des immeubles susvisés figure dans sa base d'imposition à la CFE s'il conserve la disposition des biens, en les utilisant pour réaliser des recettes complémentaires par exemple.

Au titre de la **cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE)** calculée à partir de la valeur ajoutée produite.

Il conviendra pour la personne publique de procéder à une sectorisation si elle exerce à la fois une activité imposable et une autre exonérée, sachant toutefois que, pour la détermination du chiffre d'affaires, il conviendra de retenir celui afférent à l'ensemble des activités situées dans le champ d'application de l'impôt.

La valeur ajoutée du partenaire sera, quant à elle, déterminée dans les conditions de droit commun.

6.4.3. La taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

6.4.3.1. Situation du partenaire

Le contrat de partenariat est un contrat de prestations de services réalisé à titre onéreux par un assujetti (le partenaire privé) agissant en tant que tel.

Les prestations issues du contrat sont donc soumises à la TVA au taux normal ou au taux réduit par application des dispositions de l'article 256 du CGI.

Au regard de la **globalité de la mission confiée** au partenaire privé, l'administration fiscale considère qu'il n'y a pas lieu de distinguer pour l'application des taux de TVA entre les différentes composantes de la prestation (prestations techniques de construction et d'exploitation/entretien et prestation de financement).

En revanche, elle admet désormais **une modulation des taux** en fonction de la nature des prestations sous-jacentes, dès lors que celles-ci conservent le caractère d'une prestation globale de PPP incluant investissement, financement et maintenance.

La composante « frais financiers » de la redevance versée par la personne publique ne peut donc bénéficier d'une exonération de TVA, comme ce serait le cas dans une opération de type bancaire.

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

6.4.3.2. Situation de la personne publique

La personne publique peut déduire la TVA grevant la prestation du partenaire si elle correspond pour elle à une dépense engagée pour la réalisation d'une activité assujettie sur le

fondement de l'article 256 B parce que son non- assujettissement est susceptible d'emporter des distorsions de concurrence ou sur le fondement de l'article 260 A en cas d'exercice d'une option pour une des activités qui y sont mentionnées.

Or, en application des dispositions de l'article 256 B du CGI, **les personnes publiques ne sont pas assujetties à la TVA pour l'activité de leurs services administratifs, sociaux, culturels et sportifs** lorsque leur non-assujettissement n'entraîne pas de distorsions dans les conditions de la concurrence, et sous réserve des opérations limitativement énumérées par cette disposition et pour lesquelles l'assujettissement à la TVA est de plein droit.

Pour éviter que le recours au contrat de partenariat ne se traduise pour les collectivités territoriales par des distorsions fiscales par rapport au recours à d'autres types d'outils juridiques comme les marchés publics, l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit **l'éligibilité au FCTVA des contrats de partenariat sous certaines conditions** prévues à l'article L.1615-12 du CGCT :

- la collectivité territoriale ou son établissement public qui a passé un contrat de partenariat bénéficie du fonds de compensation pour la TVA sur la part de la rémunération versée à son cocontractant correspondant à l'investissement réalisé par celui-ci pour les besoins d'une activité non soumise à la TVA. La part de la rémunération correspondant à l'investissement est celle indiquée dans les clauses du contrat prévues à l'article L. 1414-12 du CGCT ;
- l'éligibilité au fonds de compensation pour la TVA est 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 à la fin du contrat. Dans le cas contraire, si l'équipement n'intègre pas, à la fin du contrat, le patrimoine de la personne publique, celle-ci reverse la totalité des sommes perçues ;
- les attributions du fonds de compensation pour la TVA sont versées selon les modalités prévues à l'article L. 1615-6 du CGCT, au fur et à mesure des versements effectués au titulaire du contrat et déduction faite de la part des subventions spécifiques versées toutes taxes comprises par l'Etat à la personne publique.

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

Enfin, la loi du 28 juillet 2008 modifie l'article L. 1615-13 du CGCT pour rendre éligibles au FCTVA les baux emphytéotiques administratifs prévus à l'article L. 1311-2 du CGCT d'un montant (calculé par référence à la totalité de la chronique des loyers sur la durée du bail) inférieur à 10 millions d'euros hors taxes et soumis à une évaluation préalable selon la méthodologie applicable aux contrats de partenariat²².

Le bien doit appartenir à la personne publique ou à tout le moins faire l'objet d'une décision d'intégration à son patrimoine.

6.4.3.3. La question des subventions d'investissement

Les subventions d'équipement sont allouées pour le financement d'un bien d'investissement déterminé ne sont pas imposables à la TVA (instruction fiscale 3 A-7-06 n°13)

²² Qui se limite à l'analyse comparative hors référence aux critères juridiques de complexité et d'urgence.

On se réfèrera à l'annexe 7 « Le traitement des subventions accordées aux projets menés en contrat de partenariat » pour plus d'informations.

6.4.3.4. Le cas du transfert des droits à déduction

Dans certaines circonstances la personne publique est conduite à recourir à un montage l'associant à un partenaire privé dans le cadre d'un contrat de partenariat puis à un fermier dans le cadre d'une délégation de service public sous forme d'affermage. C'est notamment le cas lorsqu'il faut rénover une infrastructure ou l'étendre alors qu'un contrat d'affermage est déjà en cours.

Un rescrit fiscal (RES n° 2009/46 (TCA) est venu le 15 septembre 2009 préciser les choses. Il est admis que la TVA afférente à la part de redevance de PPP correspondant à l'investissement et à son financement puisse faire l'objet de la procédure de transfert du droit à déduction mentionnée à l'article 210 de l'annexe II au CGI au profit du fermier.

Le schéma comptable matérialisant ce transfert de droits sera le suivant :

- Versements de la part investissement et financement des rémunérations au partenaire privé pour un montant TTC (cf. infra § 8123)

- Opération d'ordre budgétaire (mandat de dépense au chapitre 041 article 2762 et titre de recette au chapitre 041 article 235) pour le montant de la TVA relative à la part investissement de la rémunération afin d'acter de son transfert au délégataire

- Opération d'ordre budgétaire (mandat de dépense au chapitre 040 article 2762 et titre de recette au chapitre 042 article 7xx – à préciser ultérieurement) pour le montant de la TVA relatif à la part financement

- Une fois que le délégataire a récupéré la TVA il en informe la collectivité et la lui reverse (émission d'un titre de recette à l'article 2762)

7. LE FINANCEMENT D'UN CONTRAT DE PARTENARIAT

7.1.GENERALITES

7.1.1. Pourquoi un financement privé ?

La question est souvent posée de savoir pourquoi le contrat de partenariat doit obligatoirement comporter une dimension financement (même si la loi du 28 juillet 2008 précise désormais que ce financement peut n'être que partiel) dès lors que ce portage financier par le privé entraîne un surcoût mécanique : pourquoi ne pas se limiter aux avantages d'une mission globale sur un périmètre purement technique (conception/réalisation/entretien-maintenance) en laissant la personne publique prendre en charge le financement ?

La réponse tient à ce que, si la première fonction d'un financement est de mettre à la disposition d'un projet la liquidité nécessaire - tant en montant, qu'en durée et en rythme d'engagement et de remboursement - en optimisant le coût de cette liquidité - **ce financement apporté par le partenaire privé répond aussi à plusieurs objectifs concomitants** déjà énoncés :

- **lever la contrainte budgétaire** immédiate, permettant ainsi l'accélération de programmes d'investissement public et la disparition des phénomènes de « stop and go » liés aux contingences budgétaires ;
- **responsabiliser le partenaire privé** au bon déroulement du projet, en conditionnant le remboursement des montants financés à l'obtention des performances contractualisées, le financement jouant ainsi le rôle d'une force de rappel visant à améliorer la performance dans la durée ;
- **absorber les risques** transférés contractuellement au partenaire privé, la rémunération exigée variant en fonction du risque assumé ;
- **favoriser les arbitrages** entre investissement initial et dépenses de fonctionnement sur la durée au moyen du curseur Financement laissé à la main du partenaire privé.

L'inclusion du financement dans le champ des missions confiées au partenaire privé est nécessaire à l'obtention de ces effets vertueux recherchés tant au plan macro-économique que micro-économique.

7.1.2. La détermination du besoin de financement

Le besoin de financement en durée et en montant d'un projet découle directement de ses caractéristiques car il est déterminé par la différence entre les emplois et les ressources (hors financement) au long de la vie du contrat.

On peut le décomposer en :

- un besoin de financement **en période de construction**, correspondant au « *montant à financer* » et

• un besoin de financement **en période d'exploitation** qui a vocation à être couvert au fur et à mesure par les loyers d'entretien/maintenance-exploitation.

Les principaux emplois au titre du « *montant à financer* » sont :

- les dépenses de conception de l'ouvrage (s'il y a lieu) : honoraires d'architecte, de bureau d'études ;
- les dépenses (coût des travaux, incluant les provisions pour aléas et frais divers liés à la réalisation) ;
- les frais financiers intercalaires, qui donnent lieu généralement à capitalisation en période de construction ;
- Les impôts et taxes, ainsi que les primes d'assurance (dommage-ouvrage,...), éventuellement dus au titre de la phase de construction du projet ;
- les coûts de montage de l'offre (coûts des conseils,...) et, éventuellement, de la société de projet.

Les autres emplois « récurrents » en cours de vie du projet recouvrent :

- les charges d'exploitation (généralement réparties dans le temps à partir du moment où l'équipement est réalisé) ;
- les coûts de maintenance et de renouvellement (généralement répartis de manière irrégulière dans le temps mais souvent provisionnés prorata temporis) et éventuellement les investissements supplémentaires en cours de vie du projet ;
- les impôts et taxes éventuellement dus au titre du projet ;
- à ces montants s'ajoutent les coûts du financement du projet et les provisions financières jugées nécessaires pour permettre au projet de résister à un certain niveau d'aléas.

Les principales ressources venant couvrir le besoin de financement initial sont :

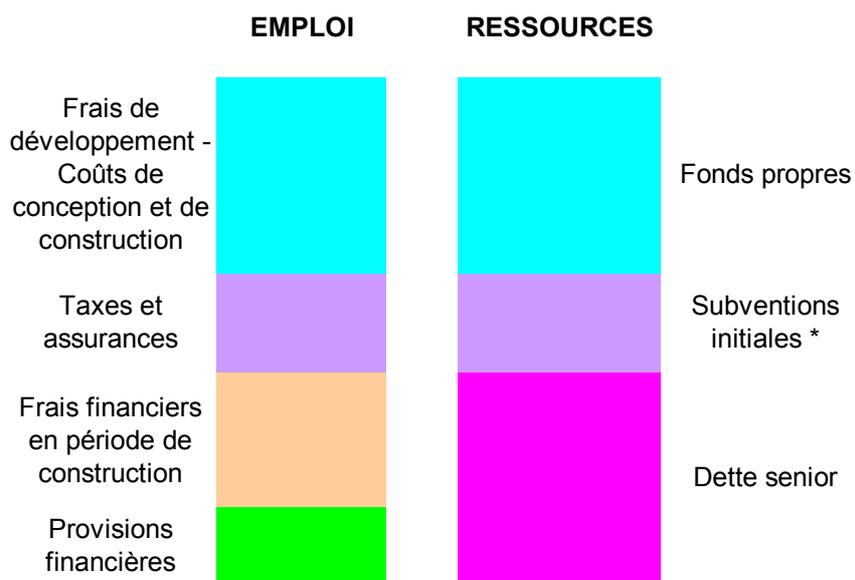
- **les concours publics** éventuels qui peuvent prendre la forme de subventions (auquel cas ils viennent diminuer le montant net à financer) ou d'avances sur rémunérations. Les dates de versement de ce type de concours peuvent évoluer beaucoup d'un projet à un autre en fonction notamment des disponibilités budgétaires des entités publiques concernées et de leur éventuel préfinancement (d'où l'intérêt d'un modèle financier permettant d'intégrer en temps réel les diverses hypothèses) ;
- **les fonds propres** ou quasi- fonds propres (dette subordonnée, avances d'actionnaires) apportés par le partenaire privé et qui peuvent faire l'objet d'un crédit-relais par les prêteurs en phase de construction ;
- **les financements bancaires** (ou plus rarement obligataires) au titre de la dette senior ;
- ou, dans certains cas, un financement par **crédit-bail**.

Les ressources « récurrentes » en cours de vie du projet recouvrent :

- les rémunérations payées par le contractant public ;
- les éventuelles recettes de valorisation ;

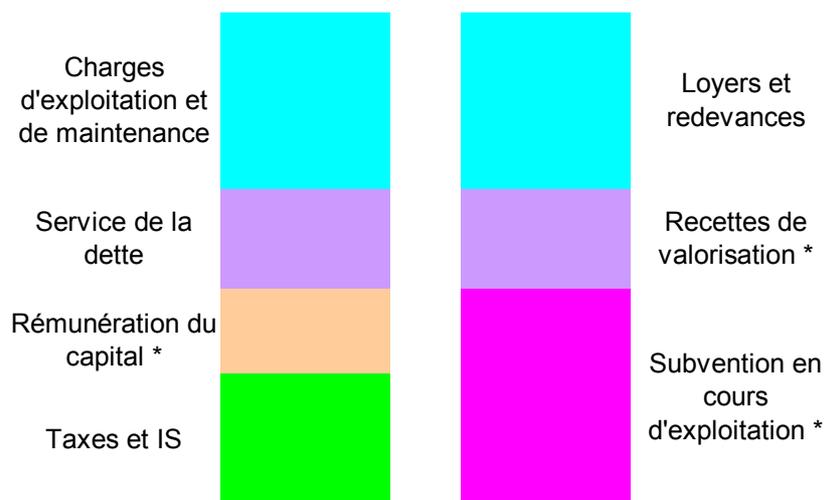
- les éventuelles subventions d'exploitation versées par d'autres collectivités publiques.

Tableau de financement en période de construction



* le cas échéant

Produits et charges d'un PPP en période d'exploitation



* le cas échéant

7.1.3. La durée du financement

La durée du financement est largement déterminée par la durée du contrat.

- **La durée d'un contrat de partenariat ne peut excéder la durée de vie des équipements principaux** ou actifs principaux faisant partie du contrat, et doit plutôt correspondre à une estimation raisonnable de sa durée de pertinence économique (c'est-à-dire de la période durant laquelle cet équipement est bien adapté aux besoins des usagers et n'est pas frappé d'obsolescence).
- **La durée du financement ne peut évidemment être supérieure à la durée du contrat.** En effet, à la fin d'un contrat de partenariat, les rémunérations cessent tandis que les équipements réalisés dans le cadre du contrat reviennent généralement à la personne publique à titre gratuit.
- Il est toutefois concevable de prévoir dans un contrat de partenariat **une valeur résiduelle en fin de contrat** (soulte ou « sur-loyer » ou autre forme juridique à déterminer) pour des équipements ayant une durée de vie économique particulièrement longue.
- **La durée du financement est souvent inférieure à la durée du contrat**, compte tenu de la nécessité de prévoir une période durant laquelle l'exploitation se poursuivra alors que la dette projet aura (normalement) été remboursée. Cette période appelée **coussin de maturité** ou « *tail* » en anglais, constitue - pour le prêteur, une souplesse permettant de faire face à des aléas rendant nécessaire la restructuration du financement - et pour l'investisseur, une période dans laquelle le profit retiré du contrat de partenariat peut donc être entièrement consacré à la rémunération du capital.

Cas des contrats de taille importante et de longue durée

Il existe un cas dans lequel la durée du financement peut être très significativement inférieure à celle du contrat : celui des **contrats à très long terme** (le très long terme pouvant se définir comme les durées supérieures à 25-30 ans) où les capacités des marchés bancaires et financiers sont aujourd'hui limitées du fait de la crise. C'est par exemple le cas des « *miniperms* » - financements couvrant la période de construction et les 2 ou 3 premières années de montée en puissance.

- Si le financement est mis en place pour une durée nettement inférieure à celle du contrat, on se trouve devant un cas de **risque de refinancement** : au terme du financement initial, le partenaire privé et ses partenaires devront mettre en place de nouveaux concours, mais ils le feront aux conditions - de taux, de durée, de sensibilité au risque et de marge – prévalant sur le marché à cette époque et qui ne peuvent évidemment pas être connus au jour du « *closing* » du financement initial.
- Le risque pris dans le cas où le financement est d'une durée très inférieure à celle du contrat peut aussi s'interpréter pour les partenaires financiers comme un **risque de valeur résiduelle**, qui est la différence entre les engagements financiers non amortis et la valeur qui pourrait être retirée du contrat et des équipements dans l'hypothèse où, la continuité financière n'ayant pu être assurée, le contrat devrait être interrompu (par le jeu des clauses de déchéance) ou cédé.

7.2. LES DIFFERENTS TYPES DE MONTAGES FINANCIERS

Plusieurs montages financiers peuvent être mis en œuvre dans le cadre d'un contrat de partenariat. Dans cette partie de l'étude seront successivement évoqués les principaux d'entre eux :

- **Le montage en financement de projet**, qui est aujourd'hui la forme la plus répandue pour les projets comportant une taille minimum et un transfert significatif de risques.
- **Le montage « corporate ».**
- **Le crédit bail immobilier.**

7.2.1. Le montage en « financement de projet »

Ce type de montage comporte les caractéristiques principales suivantes :

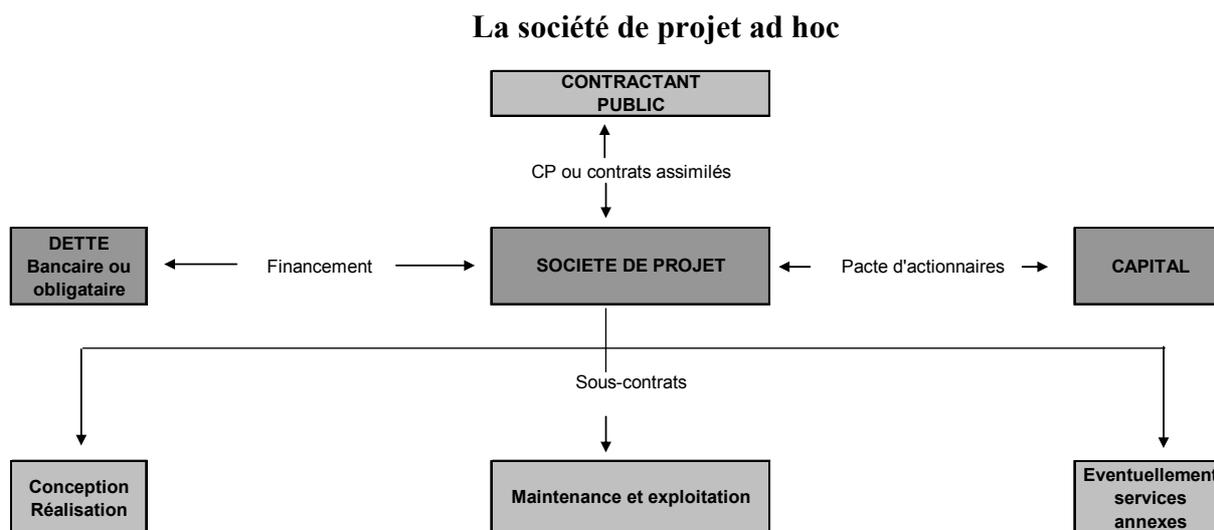
- **une société dédiée au projet** (souvent dénommée « Special purpose vehicle » ou **SPV**) est créée et capitalisée : c'est cette société qui sera signataire et titulaire du contrat de partenariat.
- **les actionnaires** –industriels ou financiers - de cette société n'apportent pas leur garantie à ses engagements (d'où le fait que les crédits consentis à cette société sont des « financements de projet » ou encore crédits sans recours sur les actionnaires). Ces actionnaires attendent un certain niveau de rendement des capitaux investis, qui est l'un des paramètres déterminant les coûts financiers du projet, et donc les montants de loyers ou redevance figurant dans l'offre du consortium. Toutefois, le versement de dividendes aux actionnaires ne pourra intervenir qu'une fois l'équipement réalisé, les loyers versés à la société projet, et un certain nombre de ratios financiers atteints ou dépassés, la rémunération du capital n'intervenant qu'après le service de la dette ;
- cette société ad hoc passe à son tour avec les partenaires industriels les **contrats opérationnels** (construction, exploitation, maintenance) correspondant aux performances requises du fait du contrat de partenariat ;
- **les moyens financiers** (autre que le capital) nécessaires à l'exécution du contrat de partenariat dans le temps sont fournis par un prêt « *senior* » (c'est-à-dire dont le service - en intérêts et en capital - est prioritaire dans l'affectation des ressources financières du projet notamment par rapport au capital) ;
- **les prêteurs** (une banque ou un syndicat de banques, ou des porteurs de parts obligataires) bénéficient d'un schéma de sûretés défini au cas par cas mais comportant généralement celles portant sur les actifs et les revenus de la société de projet (droits réels sur l'équipement, nantissement des actions de la société, cessions de créances, délégation des contrats d'assurance).
- Ils peuvent aussi bénéficier d'un « droit de substitution (« *step- in rights* ») c'est-à-dire de la possibilité prendre le contrôle de la SPV, ce qui peut aller jusqu'à remplacer les contractants éventuellement défaillants par d'autres ;
- **ces schémas de sûreté** correspondent à une logique simple : étant le principal contributeur en montant au financement du projet, ne pouvant compter a priori que sur le *cash flow* du projet pour se rembourser et doté du premier rang de priorité, le

prêteur se donne les moyens de garantir cette priorité, et d'agir en cas de difficulté d'exécution ;

- la mise au point de la structuration d'un contrat de partenariat « en financement de projet » a une dimension juridique, pour élaborer et négocier tant au sein du consortium qu'avec la personne publique l'ensemble contractuel assez complexe représentatif des droits et obligations de toutes les parties prenantes ;
- elle présente aussi une très importante dimension économique et financière. Il faut en effet – tant pour la personne publique que pour le consortium privé – s'assurer que le projet est « robuste » financièrement, c'est-à-dire qu'il dispose tout au long de son existence des moyens financiers appropriés (y compris une réserve pour aléas).
- Cette vérification est faite en élaborant un modèle et en le « faisant tourner » sur divers scénarios opérationnels (coûts, loyers, pénalités éventuelles, dérapage des calendriers) et financiers (montant des financements, ratio capital/dette, taux d'intérêt et marges, dividendes, fiscalité, etc.).

Dans ce type de montage les partenaires financiers (apporteurs de capital et de dette), dont la rémunération dépend de la réussite du projet tout au long de son cycle de vie, jouent un rôle important de contrôle, de validation et de « force de rappel », ce avec un fort degré d'alignement des intérêts avec la personne publique.

Le schéma ci-après illustre cette organisation en financement de projet.



La logique économique des divers types d'acteurs : capital et dette.

7.2.1.1 Le capital : rôle, provenance et rémunération

Le rôle du capital dans la société de projet est de lui donner une assise financière minimale, de constituer un « premier amortisseur de risque » (le capital étant la partie la plus en risque -ou encore « junior »- du montage financier), et d'organiser la gouvernance du projet durant toutes ses phases (au travers du pacte d'actionnaires).

Le « levier » ou « gearing » pratiqué dans les sociétés de projet liées à la réalisation de contrats de partenariat est en général nettement supérieur à ce que l'on constate dans des entreprises industrielles ou commerciales, puisqu'il atteint ou dépasse fréquemment 90/10

(soit 90% de dette pour 10% de capital), même si la récente crise financière a renforcé les exigences de capitalisation.

Les apporteurs de capital peuvent être :

- les entreprises industrielles impliquées dans la réalisation du projet (chargées de la construction, ou maintenance, ou exploitation) ;
- des fonds d'investissement ou d'autres investisseurs institutionnels (y compris des entités publiques, comme la Caisse des Dépôts et Consignations) ;
- des banques, selon plusieurs modèles possibles : injection de capital en parallèle à des fonctions de conseiller et/ou arrangeur, ou à titre d'utilisation de fonds propres ou en tant que gestionnaires de fonds (pouvant éventuellement mixer des fonds propres de la banque et des tiers investisseurs).

Chaque catégorie d'investisseurs renvoie à des approches différentes comportant toutes des avantages et des inconvénients, pour les partenaires industriels du groupement privé comme pour le partenaire public.

La présence **des partenaires industriels** au capital de la société projet montre la confiance de ces partenaires dans le succès du projet. Mais ce n'est pas la vocation d'un acteur industriel d'engager durablement des montants significatifs de capital dans ce type de projet (d'autant plus que les nouvelles règles comptables risquent d'entraîner plus fréquemment qu'auparavant la **consolidation** des sociétés de projet dans le bilan de ses actionnaires, même minoritaires), et le fait de n'avoir que des actionnaires industriels prive les acteurs du projet de l'intérêt (cf. point suivant) que peut comporter la présence d'investisseurs financiers.

Une bonne formule envisageable (et d'ailleurs pratiquée sur le marché) consiste en une **prise de capital du partenaire industriel proportionnelle – en valeur et dans le temps - à son rôle opérationnel** (par exemple le constructeur a une part significative en phase de construction qu'il peut céder ensuite) complétée par l'intervention d'investisseurs financiers.

Les investisseurs financiers exercent un contrôle approfondi de tous les paramètres du projet (matrice des risques, clauses juridiques, qualité et fiabilité des intervenants industriels, solidité du montage financier, pertinence du modèle et résistance du projet à divers scénarios d'aléas).

En effet, l'investisseur financier est en première ligne face au risque : il ne dégage aucune marge sur des fournitures ou prestations facturées à la société de projet, et si le projet connaît des difficultés, le capital ne produira pas les dividendes escomptés et pourra même être totalement ou partiellement perdu.

La présence d'investisseurs financiers « purs » dans un contrat de partenariat comporte donc un double avantage : apporter le capital - ce qui résout notamment la question du risque de consolidation pour les partenaires industriels – et être un « contrôleur » efficace des paramètres du projet et de son montage juridique et financier. Elle implique toutefois un coût supérieur, l'investisseur financier est en effet relativement plus exigeant en matière de rentabilité

Ces exigences en matière de rendement sont compréhensibles (l'investisseur financier n'a pas d'autre source de rémunération au titre du projet), mais elles peuvent surprendre voire choquer certaines personnes publiques ou aboutir à des relations difficiles au sein des

groupements privés (quand il est demandé à tous les participants de « faire un effort » au niveau de l'offre finale et que le partenaire financier en reste à sa position initiale)

Par ailleurs, l'horizon de placement à 6/8 ans de certains fonds d'investissement peut les amener à **vouloir sortir des projets au terme de la période de construction et de début d'exploitation**. Enfin, typiquement :

- le capital est structuré de la manière la plus « légère » possible, c'est-à-dire le moins possible en « vrai capital » et le plus en prêt subordonné, et il est la plupart du temps préfinancé par les banques, c'est-à-dire qu'il n'est effectivement mis en place qu'au terme de la construction ceci devant permettre de minimiser le coût du capital, plus élevé que celui de la dette ;
- *les rentabilités demandées (TRI nominal après impôt) se situent actuellement entre 10 et 12%.*

7.2.1.2. La dette senior dans un montage en financement de projet

Le « **prêt senior** » consenti en faveur de la société projet est par définition en deuxième ligne vis-à-vis des risques par rapport au capital mais représente de loin le plus important concours financier dont bénéficie un projet en contrat de partenariat.

Le **profil** du crédit (montant, courbe de tirage, échéancier de remboursement, durée totale) dépend des besoins financiers du projet dans le temps tandis que le degré de **risque** auquel les prêteurs sont exposés résulte de la répartition des risques, de la qualité technique et financière des partenaires industriels du groupement, du caractère plus ou moins protecteur des clauses juridiques, et de l'épaisseur du « matelas de protection » que constitue le capital.

Les prêts senior que l'on a observés sur le marché français du PPP ont les caractéristiques suivantes :

- **ratio capital/dette** (relativement agressif) de 10/90, voire de ratios plus agressifs encore ;
- **plein transfert des risques opérationnels** (construction, maintenance et exploitation) sur la société projet ;
- **bonne acceptation des risques généraux**, c'est-à-dire aussi bien des risques tenant au cadre politique et juridique (qui ont été considérés comme acceptables et en pratique n'ont entraîné aucune « sur-marge ») et à l'allocation des risques tiers (ou encore exogènes) des projets, ce qui témoigne de la confiance de la place dans le nouveau régime des contrats de partenariat en France ;
- les **durées** ont nettement **dépassé 20** ans pour les projets dont le cycle de vie le justifiait ;
- les **marges** pratiquées, qui se situaient d'une manière générale **entre 70 et 120 points de base (bp)** pour la part de dette exposée au « risque projet », et entre 10 et 20 points de base pour la partie « immunisée » de ce risque par la cession Dailly acceptée ont beaucoup augmenté avec la crise financière et atteignent désormais (début 2010) respectivement 150 à 200 bp et autour de 120 bp.

Dans la quasi-totalité des financements mis en place ou en cours de négociation sur des contrats de partenariat ou contrats assimilés (CPA), **le mécanisme de la cession Dailly acceptée** (évoquée ci-dessus dans son principe) a été **utilisé**.

7.2.1.3. La cession Dailly

La cession de créances, dite cession Dailly, est une technique qui permet d'optimiser *ab initio* le coût de financement de l'opération, dans la mesure où les conditions d'exercice de la cession seront connues entre les parties dès l'origine.

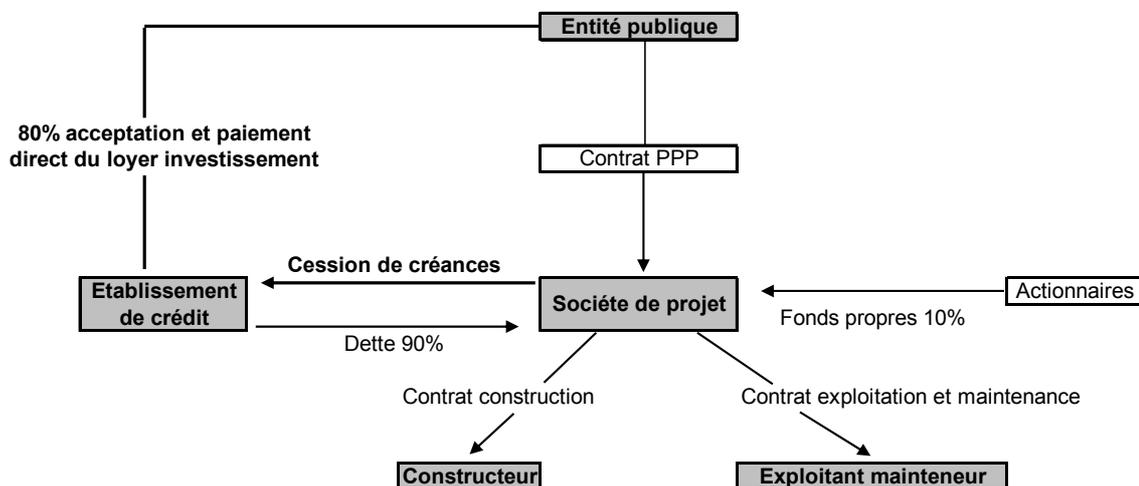
Le mécanisme d'acceptation mis en œuvre par la cession, ne doit concerner **qu'une part plafonnée à 80% du loyer** ou redevance financière correspondant à la réalisation de l'ouvrage (investissement incluant le financement) ; ce niveau étant déterminé au cas par cas au regard :

- **de son intérêt financier** (baisse du coût de financement et donc du loyer dû par la personne publique) ;
- **des risques liés à l'ouvrage** et donc des critères de disponibilité que la collectivité souhaite obtenir et la capacité du cocontractant à les satisfaire.

Si le principe d'une cession et/ou de l'acceptation de créance est envisagé par la personne publique, elle devra le faire figurer au sein du rapport d'évaluation, y compris dans sa version succincte lorsque l'urgence est constatée.

En tout état de cause, l'optimum recherché devra prendre en compte les différentes hypothèses de transfert de risque²³ et en présenter les différentiels de coûts de financement dans chacune d'entre elle.

Principe de la cession Dailly



7.2.1.3.1. Effet de la simple cession de créances

La cession de créances professionnelles, réalisée conformément aux articles L. 313-23 et suivants du Code Monétaire et Financier peut se définir comme un acte, un bordereau, en vertu duquel un créancier (« le cédant ») transfère la propriété d'une créance, qu'il détient sur

²³ Dans le calage à l'intérieur de la limite de 80 %, il conviendra de s'assurer de la cohérence entre le niveau de cession/acceptation retenu et le niveau maximum de rémunération du partenaire privé effectivement en risque du fait du jeu des pénalités contractuelles.

l'un de ses débiteurs (« le débiteur cédé »), à un ou plusieurs établissements de crédit (le « cessionnaire ») pour garantir un crédit ou à titre d'escompte.

Lorsque la cession intervient à titre d'escompte, il s'agit d'un achat, l'objet de l'achat étant une créance détenue, en l'espèce, sur une personne publique.

En vertu de cet acte de cession, le cessionnaire (celui qui a acquis la créance) aura droit au paiement par le débiteur cédé (la personne publique).

L'objectif de ce mécanisme est d'apporter aux entreprises de la trésorerie quasi immédiatement et de leur rembourser les coûts d'investissement qu'elles ont exposés.

En matière de contrat de partenariat, la cession de créance peut porter sur l'intégralité de la rémunération versée par la personne publique.

7.2.1.3.2. Effet de la notification de la cession de créances

Par un acte de notification, l'établissement de crédit interdit au débiteur cédé, à savoir la personne publique, de payer entre les mains du cédant (le partenaire privé) les créances dues, celles-ci devant être versées directement à l'établissement de crédit.

La notification doit impérativement être faite par le cessionnaire auprès du comptable public assignataire.

Si elle était faite à la personne publique, elle serait de nul effet. Dans ces conditions, le comptable devrait continuer à payer le partenaire privé qui a cédé la créance.

Pour autant, la notification de la cession de créances n'interdit nullement à la personne publique d'appliquer les pénalités contractuellement dues par son cocontractant, dès lors qu'elle peut opposer à l'établissement de crédit toutes les exceptions d'inexécution qu'elle aurait pu opposer à son cocontractant.

En effet, le cessionnaire n'a pas plus de droit au titre d'une simple cession de créances que le cédant n'en dispose au titre du contrat de partenariat, il ne peut donc pas remettre en cause la déduction par la personne publique des pénalités.

Ainsi concrètement, même en cas de notification de la cession de créances, la personne publique n'est absolument pas tenue de payer à l'établissement de crédit les créances cédées dans l'hypothèse où le service n'a pas été exécuté correctement par le titulaire du contrat de partenariat.

7.2.1.3.3. Effet de l'acceptation de la cession de créances

Le cessionnaire peut obtenir des **garanties supplémentaires** quant au montant de la créance cédée. Pour cela, il peut demander à la personne publique, le débiteur cédé, d'accepter la cession conformément aux dispositions des articles L. 313-29 et L. 313-29-1 et 2 du Code monétaire et financier.

Il s'agit d'une simple faculté offerte à la personne publique qui n'a nullement l'obligation d'accepter une telle cession.

En effet, par un engagement spécial du débiteur (ici, la personne publique) obligatoirement intitulé, à peine de nullité, « Acte d'acceptation de la cession ou du nantissement d'une créance professionnelle », celui-ci s'engage à payer directement le cessionnaire et, surtout, à ne pas lui opposer les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant (le titulaire du contrat).

Le seul cas dans lequel le débiteur peut se dégager de cette obligation est celui dans lequel l'établissement de crédit, en acquérant ou recevant la créance, a agi sciemment au détriment du débiteur.

Sous cette réserve, la protection du cessionnaire en cas d'acceptation de la cession de créances est très importante.

Un nouveau contrat se forme entre le débiteur et le cessionnaire, indépendant du contrat entre le débiteur et le cédant. L'acceptation de la cession contraint donc la personne publique à payer l'intégralité du montant de la créance au banquier cessionnaire sans pouvoir lui imposer des minorations en raison de la mauvaise exécution du contrat, en raison de malfaçons ou en règlement de pénalités de retard.

L'article L. 313-29-1 précise que l'annulation du contrat de partenariat n'a pas d'effet sur les engagements issus de l'acte d'acceptation, dès lors que l'ouvrage a été « réceptionné ». Cette règle ne s'applique que pour les contrats de partenariat régis par l'ordonnance du 17 juin 2004 et les baux emphytéotiques hospitaliers régis par les articles L. 6148-2 et suivants du Code de la Santé Publique dont la procédure de passation aura été initiée postérieurement à la promulgation de la loi du 28 juillet 2008, soit après le 30 juillet 2008.

Eu égard aux conséquences importantes d'une telle acceptation, cet engagement est obligatoirement constaté par un écrit et pour être valable, l'acte d'acceptation doit être rédigé exactement dans les termes prescrits par la loi.

L'acceptation faisant naître une obligation nouvelle, elle ne peut être effectuée que par l'autorité administrative contractante et plus précisément seul l'ordonnateur est habilité à accepter une cession de créance. S'agissant d'une collectivité locale, une délibération préalable de l'assemblée délibérante est impérative :

- son *principe*, ses conditions de *déclenchement* et son *montant* sont arrêtés dès la négociation du contrat, et sont bien entendu *pris en compte dans la fixation des loyers* et redevances à verser par le partenaire public ;
- les conditions de déclenchement consistent généralement en la remise d'un document (dont l'auteur et le contenu sont prévus au contrat) attestant de la réalisation et de la qualité et conformité technique de l'équipement ;
- le montant maximum pouvant donner lieu à cette cession acceptée est égal à 80% de la rémunération due par la personne publique correspondant aux dépenses d'investissement - charges financières comprises- consenties pour réaliser les équipements nécessaires au contrat de PPP ;
- le pourcentage appliqué à cette assiette peut être inférieur à ce plafond de 80% si le contractant public souhaite maintenir les partenaires financiers plus en risque afin de « les avoir avec lui » en cas de difficulté ultérieure sur l'équipement et d'optimiser ainsi son point d'équilibre entre l'économie de frais financiers et l'allocation de risque vis-à-vis du partenaire financier ;
- la marge de la dette ainsi sécurisée devient alors fonction (au-delà du coût des liquidités) de la **qualité de la signature publique** à qui incombe le paiement des loyers, l'Etat étant toujours mieux traité que les collectivités territoriales.

7.2.1.3.4. *L'assiette du pourcentage de 80%*

Une des difficultés dans le mécanisme du plafond précédemment évoqué est la détermination exacte de la part de la rémunération due au titre du financement.

En premier lieu, on part du principe que toute rémunération due au titre d'un contrat de partenariat relève d'une des **trois composantes** déterminées par la loi : **financement, investissement et fonctionnement**. Outre que cette lecture semble découler du texte même, (article 11 d) de l'ordonnance), c'est une lecture qui a le mérite de la clarté et qui favorise les études comparatives.

A partir de ce postulat, deux éléments du triptyque sont aisément définissables.

La part « coûts d'investissement » est définie par l'ordonnance : les coûts d'investissement comprennent en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires.

La part « coûts de fonctionnement » englobe les services récurrents rendus année après année.

A partir de là, tous les autres coûts seront intégrés dans la troisième part de la rémunération, soit **les coûts de financement**. Il en ira ainsi par exemple des coûts d'assurance supportés par le partenaire privé ou de la rémunération des fonds propres.

7.2.1.3.5. *Cession escompte et cession garantie*

Principales différences entre les deux cessions :

1 - Cession à titre de garantie : la cession constitue une sûreté du prêt, elle est un accessoire du financement. Deux opérations sont ainsi liées : un prêt + une sûreté d'autant plus forte qu'elle est acceptée et donc qu'elle garantit ainsi les flux de remboursement du prêt.

C'est la cession la plus pratiquée (dans 90% des dossiers de contrat de partenariat).

2 - Cession-escompte : la cession-escompte est une opération de crédit en elle-même. La banque achète au titulaire sa créance auprès de la personne publique et la paie en une fois sous la forme d'un prix de cession qui est la somme actualisée au taux du financement (taux de l'escompte) des rémunérations attendues au titre des investissements financés. Cette opération permet à la société de projet d'alléger son bilan à l'actif comme au passif.

La difficulté liée au régime fiscal avec un risque d'accélération du paiement de l'IS sur le prix de cession est désormais écartée avec la reconnaissance par l'administration (DLF) que la cession de créance n'entraîne pas constatation d'un résultat imposable.

En pratique, la cession-escompte a été réservée aux petits dossiers de PPP et est souvent pratiquée sur les BEA.

7.2.1.4. *Le financement obligataire*

Le financement « senior » du projet peut également être réalisé sous la forme d'une émission sur le marché obligataire. L'application de ce type de montage à des CP – courante sur les plus gros projets en PFI au Royaume-Uni- n'est pas encore intervenue en France, compte tenu de la taille limitée des projets ayant clôturé jusqu'en 2009, et paraît compromise dans l'immédiat (sauf en cas de garantie d'Etat) compte tenu de la disparition des « rehausseurs de crédit », (compagnie d'assurance « *monoline* » spécialisée dans une ligne de

métier apportant sa garantie inconditionnelle aux obligations émises, qui peuvent alors bénéficier de la notation AAA et se placer plus facilement et à moindre coût dans le marché).

7.2.1.5. Les prêteurs multinationaux

Que le financement Senior envisagé prenne la forme d'un crédit bancaire ou d'une émission obligataire (ou même dans l'hypothèse d'une approche « corporate », cf. infra) **la Banque Européenne d'Investissement** peut participer à un tel financement, pour des projets de grande dimension (coût supérieur à 150 M€) pour lesquels les avantages découlant d'un financement de la BEI peuvent avoir une incidence significative sur les coûts.

L'intervention de la BEI peut représenter jusqu'à 50% du coût du projet et ne peut excéder 50 % de la dette senior.

La Banque Européenne d'Investissement (BEI) est l'institution financière de l'Union Européenne créée par le Traité de Rome. Dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière au sein du système communautaire, la BEI a pour mission de contribuer, par la voie bancaire (prêts ou garanties), à l'intégration, au développement équilibré et à la cohésion économique et sociale des pays membres de l'Union Européenne.

En 2003, la BEI a été invitée par le Conseil Européen à mieux accompagner le développement des partenariats public-privé.

La BEI vise à réaliser les grands objectifs de politique générale en encourageant le secteur privé à participer au financement de projets publics. La BEI devient un complément aux autres prêteurs. Elle a ainsi financé de nombreux partenariats public-privé.

7.2.2. L'approche Corporate

A coté du mode de montage projet, on a vu émerger un mode distinct que l'on peut qualifier de montage « corporate ». L'approche Corporate évoquée ci-dessous s'applique aussi bien à des projets de dimension significative que de manière simplifiée à des projets de petite dimension (voir *infra*).

Cette approche comporte les caractéristiques spécifiques suivantes :

- **une société projet est constituée** (du moins pour les projets dont la taille le justifie) et détenue à au moins 95% par un acteur (industriel) donné ;
- **cet industriel offre** aux financeurs de la société projet **une garantie explicite** ;
- le financement n'est donc pas uniquement calé sur les flux futurs du projet mais il est sécurisé par la signature de cette garantie qui lui donne accès à l'ensemble des actifs du garant ;
- l'industriel peut en théorie choisir de conserver cette opération sur son bilan jusqu'au terme du contrat de PPP mais il peut également - après une période de latence - céder tout ou partie du capital de la société projet à un investisseur financier *brownfield*, ce qui lui permet d'affecter son bilan à d'autres utilisations, et éventuellement de profiter de conditions de marché favorables pour réaliser une plus value (d'autant plus qu'une grande partie des risques est éliminée au moment où cette « revente » du projet intervient) ;
- la période de latence correspond généralement à la construction et aux deux-trois premières années d'exploitation, moment où les risques de :

- coûts et délais, de conception-réalisation sont passés ;
- d'interface entre l'entretien-maintenance et/ou exploitation technique vis à vis de la conception-réalisation de l'ouvrage sont maîtrisés.

La formule du financement « corporate » fait reposer donc tous les risques de l'opération sur le groupe industriel. En effet, il porte les risques :

- propres de la phase de conception réalisation (en apportant son bilan en garantie), la limite étant donnée par la capacité de port des risques par l'entreprise ;
- d'interface entre exploitation et réalisation, dans la mesure où la cession, après une période de latence ne peut être réalisée que si le projet ne connaît pas de vicissitudes avant et au moment de la cession des parts.

Un tel schéma suppose donc que l'opérateur industriel dispose seul et en son sein de l'ensemble des compétences relatives au projet.

Pour qu'un projet soit donc ouvert au mécanisme d'un montage « corporate », il convient donc que ce projet présente une dominante liée à une (ou un ensemble de) compétence(s) correspondant à une chaîne de valeur maîtrisée et intégrée par une entreprise donnée (ce qui n'exclut pas un certain niveau de recours à de la sous-traitance)

Les **avantages** de ce schéma d'organisation, sont, par rapport à un montage en « société projet », évidents :

- le financement étant porté par l'entreprise, **les coûts de financement de l'opération sont réduits**. Ils se situent à un niveau « corporate » et non pas à celui d'un financement à recours limité et l'entreprise peut ainsi maîtriser l'ensemble de ses prix de revient. (En outre l'intégration fiscale qui est ainsi réalisée peut permettre le cas échéant de jouer sur un effet de levier fiscal et ainsi d'abaisser, toutes choses égales par ailleurs, le niveau de rendement des fonds propres théoriques engagés par la société) ;
- **l'unicité d'intervenant** entraîne une plus grande souplesse et simplicité de fonctionnement (pas de réunion de groupement, arbitrages internes à l'entreprise) et un moindre recours à des consultants extérieurs ;
- **l'entreprise peut ainsi faire tout effort de prix** au stade initial ou final de l'offre, elle peut aussi accepter tel ou tel risque que des partenaires financiers pourraient ne pas vouloir prendre.

Mais à ces avantages potentiels, il convient d'opposer les **inconvenients** qui découlent de ce mode d'organisation particulier :

- le premier des ces inconvenients est la **limitation du champ d'activité** de ce mode d'organisation. Dès lors que, dans le projet, on mixe des compétences qui vont au-delà d'une ligne métier classique, ce mode de montage est inopérant.
- En effet, sa base même et ce qui fait sa force est le fait que les compétences sont mobilisables dans l'entreprise qui répond. Si tel n'est pas le cas, quand sont, par exemple, demandées des compétences externes à une entreprise, requérant donc un autre partenaire industriel, alors ce mode de montage ne permet pas d'apporter une réponse, ni surtout de créer la convergence voire la solidarité entre membres d'un groupement, nécessaire à une relation contractuelle de longue durée ;

- le deuxième des inconvénients est celui relatif à **la difficulté pour la collectivité publique d'exercer son droit de substitution en cas de défaillance même partielle du partenaire privé**. En effet, en cas de défaillance, le cocontractant public éprouvera des difficultés à trouver un groupe privé capable de reprendre l'ensemble des obligations opérationnelles et financières, et il n'aura souvent que le choix entre déchoir son partenaire et assumer lui-même la mission dont il l'avait chargé (avec les surcoûts qui en découlent) ou bien accéder à des demandes de modifications, qui, se traduiront inévitablement aussi par des surcoûts ;
- en outre, l'absence du financeur fait perdre un élément clé au dispositif des projets de financement de projet à savoir la **convergence des comportements** qui est issue du montage en « société projet ».
 - En effet, le fait que le ou les organismes financiers (la banque et/ou l'apporteur de capital) soient présents dans la société projet - alors que leur revenu sous forme d'intérêts ou de dividendes n'est lié qu'à la seule bonne marche du projet - est un élément qui contribue à la robustesse du montage.
 - En l'occurrence, **les intérêts du financeur comme de la personne publique sont convergents car ils requièrent que le projet fonctionne bien et sur la durée**.
 - La présence et la mise en risque des financeurs ont donc la vertu – essentielle - d'assurer un *monitoring (suivi)* interne au groupement au-delà du *suivi* externe qu'assure la personne publique via son système d'incitation (les pénalités). Or, cette fonction de *suivi* interne du fait même du mode de montage en « *corporate* » n'apparaît pas ou peu.
 - Le couple prix/garantie dont il dispose en montage « *corporate* » est donc distinct et différent de celui que sur un même projet un montage en société projet est à même d'offrir.
 - En outre, la transparence des différents facteurs de coût de l'offre est mieux assurée par la séparation des rôles que dans l'hypothèse d'un intervenant unique.

Lorsque le projet est de petite dimension (moins d'une trentaine de millions d'euros), une entreprise peut toujours signer un contrat de partenariat et le financer sur ses ressources courantes (fonds propres et concours bancaires généraux) à condition :

- de disposer d'une assise financière telle que la signature du projet ne déséquilibre pas son exploitation ni ne génère de risque excessif ;
- que la personne publique accepte cet interlocuteur unique qui - pour établir la répartition entre coût d'investissement, coût d'exploitation et charges financières comme l'exige l'ordonnance de 2004 - ne pourra que faire état de ses coûts analytiques internes ;
- que les modalités de mise en concurrence et de négociation du contrat ne génèrent pas des coûts fixes excessifs.

Dans l'hypothèse d'une opération isolée (mais qui serait de peu d'intérêt pour l'entreprise comme pour la collectivité), aucune mesure de gestion financière ne serait nécessaire. En revanche, si l'entreprise remportait au fil du temps une série d'opérations, un bon moyen de refinancement pourrait consister pour cette entreprise à titriser la partie de son poste client faisant l'objet d'une cession Dailly acceptée par le cocontractant public.

En conclusion, cette façon particulière de structurer un PPP que constitue le montage *corporate*, peut présenter pour la collectivité un couple coût/portage des risques se situant en deçà de celui que peut apporter un montage en société projet et se révéler intéressant à condition que :

- le projet fasse appel à une chaîne de compétences totalement intégrée chez un ou plusieurs compétiteurs ;
- la société retenue maîtrise parfaitement ses contraintes et coûts opérationnels et financiers internes ;
- et que la personne publique qui sera ainsi amenée à porter des risques accrus s'estime à même de les assumer.

7.2.3. Le recours au crédit-bail

7.2.3.1. Principes d'intervention

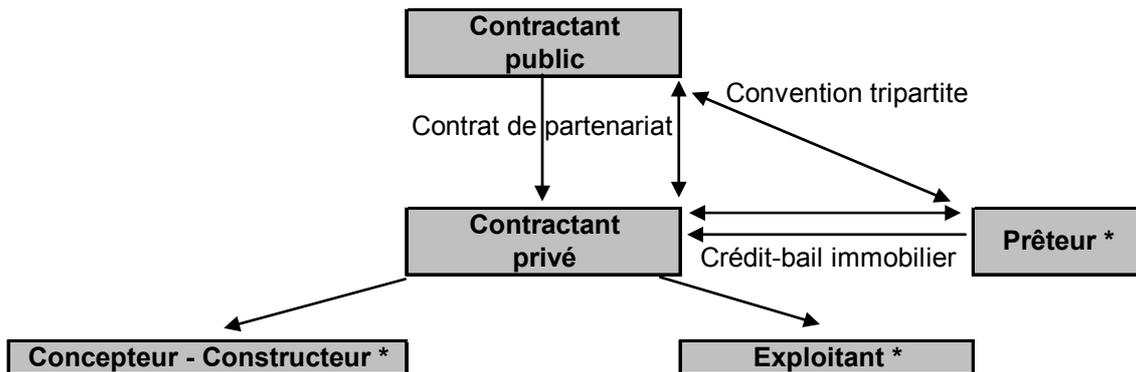
Le crédit bail immobilier peut s'appliquer à des PPP mis en place tant dans le cadre juridique des baux emphytéotiques administratifs ou hospitaliers (BEA ou BEH) que dans celui des contrats de partenariat.

Pour faire face aux dispositions relatives au financement de l'opération, le partenaire privé titulaire du contrat va logiquement s'adresser à un établissement bancaire susceptible d'assurer la prise en charge de cet aspect du contrat de partenariat.

Différentes solutions financières peuvent alors être envisagées au regard notamment de la complexité et de la taille du projet.

Ainsi, les opérations de taille réduite à dimension principalement immobilière sont couramment traitées par l'intermédiaire d'un financement en crédit-bail, qui peut être résumé par le schéma suivant :

Principe du crédit-bail



* si différent du contractant privé

7.2.3.2. Avantages

La conclusion d'un contrat de crédit-bail avec un établissement bancaire spécialisé constitue généralement une alternative intéressante pour couvrir l'ensemble des problématiques financières attachées aux opérations de PPP :

- prise en charge des frais de préfinancement pendant toute la durée du chantier avec possibilité de capitaliser ces frais à l'assiette d'investissement ;
- gestion des problématiques éventuelles de récupération de la TVA ;
- gestion et refacturation des taxes exigibles au titre du programme immobilier...

D'un point de vue général, l'expertise financière, juridique et technique du crédit-bailleur peut constituer un atout déterminant dans la validation et l'aboutissement du projet.

La signature d'une convention tripartite (entre le contractant public, le contractant privé, et l'organisme financier « crédit bailleur ») sans être obligatoire permet de préciser les droits et obligations respectives de ces trois parties prenantes et notamment :

- les conditions d'occupation du crédit bailleur sur le domaine public de la collectivité ainsi que l'existence et la portée de son droit de propriété sur les ouvrages financés ;
- la garantie pour le contractant public de voir assurée la continuité du service public (engagement du crédit bailleur à maintenir l'affectation du projet à sa mission de service public, modalités de reprise du projet et des ouvrages au terme du contrat ou en cas de fin anticipée) ;
- l'affectation des loyers et de l'éventuelle indemnité en cas de résiliation du contrat de partenariat.

7.2.3.3. Inconvénients

Adosser une opération PPP à un financement en crédit-bail n'est pas sans générer quelques contraintes.

Cette solution implique de transférer au crédit-bailleur l'ensemble des droits réels, ce qui en pratique en limite l'usage aux seuls projets de construction nouvelle, dont dispose le titulaire et de fixer précisément les conditions dans lesquelles l'ensemble du dispositif contractuel pourra évoluer.

La signature d'une convention tripartite entre la personne publique, le titulaire et le crédit-bailleur (cf. ci-dessus) permet en principe de sécuriser l'ensemble du montage même si cette pièce contractuelle peut constituer un élément de complexité supplémentaire.

Le montage en crédit bail immobilier constitue donc une solution éprouvée - et de coût de mise en place modéré - bien adaptée à des PPP dans lesquels la composante « immobilière ou actifs corporels » est essentielle avec une faible dimension services et un transfert des risques relativement limité. Sa mise en œuvre est malheureusement limitée par la raréfaction de l'offre coté crédit-bailleurs sur ce marché des PPP.

7.2.4. Maintenir le partenaire en risque

Le contrat de partenariat est par nature un contrat global dans lequel les risques d'assemblage entre les différentes phases d'un projet (conception, réalisation, maintenance et exploitation technique) sont renvoyés au partenaire sur la durée au travers d'un mécanisme de paiement performanciel. Au sens de l'ordonnance, **sa rémunération « est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant »**.

Or, d'une manière générale, **la cession de créance acceptée** peut apparaître comme rompant ce lien entre la bonne exécution du contrat et le montant des loyers versés.

Bien que le cédant ne soit pas soustrait à ses obligations contractuelles, l'effet de la cession acceptée est bien de ne plus faire dépendre une partie de la rémunération de la performance globale du cocontractant dès lors qu'elle fait l'objet d'un paiement direct auprès de l'établissement bancaire cessionnaire.

Toutefois, la part de la rémunération en risque pour le cocontractant diminue en effet à hauteur des créances cédées et acceptées. La personne publique conserve sa capacité à appliquer des pénalités sur le montant des créances non acceptées et sur le reste de la rémunération ; elle bénéficie, en outre, des mécanismes contractuels en garantissant le bon recouvrement. Cela résulte de la renonciation aux exceptions d'inexécution et au principe de la compensation.

L'ordonnance ne fixe pas de limites au montant des pénalités pouvant sanctionner la sous performance du cocontractant.

Il appartient dès lors au contrat de définir le régime des pénalités en fonction notamment de la part respective de l'investissement et des services dans la rémunération du cocontractant, et des risques effectivement transférés, en veillant à ce que ces pénalités soient proportionnées aux défaillances constatées²⁴.

Dans cet esprit, les pénalités appliquées au titulaire peuvent avoir un caractère libératoire. La personne publique doit veiller toutefois à ce que le contrat prévoit un second mécanisme dissuasif de sanction en cas de répétition des défaillances du titulaire.

Pour inciter le partenaire privé à maintenir ce niveau de performance dans la durée, il convient que le revenu qu'il obtient de la mise à disposition de l'ouvrage ne soit pas dissocié de celui obtenu des fonctions de maintenance exploitation technique.

²⁴ Et non pas, comme c'est encore souvent le cas, calées par rapport au chiffre d'affaires (c'est à dire à la marge attendue), de l'exploitant-mainteneur ou du constructeur.

Le mécanisme de cession de créances prévu par les dispositions des articles L. 313-29-1 et 2 du Code monétaire et financier a ainsi introduit ainsi plusieurs aménagements originaux aux cessions Dailly :

- l'acceptation de la cession figurant dans le contrat est conditionnelle. La mise en place de l'acceptation de la cession est en effet subordonnée à la constatation de la réalisation effective de l'ouvrage conformément au contrat.
- Elle pourra tout aussi bien être liée au respect du délai de livraison ou à l'atteinte au moment de la cession, d'un niveau de performance conforme aux objectifs sur lesquels le partenaire privé s'était engagé lors de la conclusion du contrat de partenariat.
- Dans tous les cas, elle ne pourra prendre effet avant la réalisation des investissements ;
- les pénalités demeurent applicables dans la limite du montant des créances cédées acceptées, et le cocontractant doit pouvoir en répondre directement auprès de l'administration.
- Dans cette hypothèse l'article L. 313-29-1 prévoit ainsi que dans cette même limite, l'opposition à l'état exécutoire n'a pas d'effet suspensif, alors qu'il est admis en procédure administrative contentieuse que les recours dits « oppositions à exécution » et contestant l'existence, le montant ou l'exigibilité des états exécutoires ont un effet suspensif.
- **Ce dispositif a vocation, malgré la cession de créances acceptée, à laisser une part de risque substantielle au cocontractant.**
- C'est à dire que ce dernier doit à tout moment être en mesure de faire face à des pénalités qui dépasseraient le montant des loyers qui lui sont versés suite à une cession de créance acceptée.
- Cette capacité devra ainsi être traduite au niveau de la structure financière du cocontractant (fonds propres notamment) ou par tout autre moyen qui serait prévu au contrat.

8. ASPECTS BUDGETAIRES ET COMPTABLES

Les enjeux comptables des opérations menées en Contrat de partenariat peuvent s'apprécier à plusieurs niveaux :

- chez le partenaire public / partenaire privé ;
- en comptes individuels (sociaux) / en comptes consolidés à la fois au niveau des normes françaises (CRC) et internationales (IASB-IFRS)²⁵ ;
- en comptabilité générale ou en comptabilité budgétaire ; en comptabilité nationale (INSEE) ou européenne (Eurostat).

Sur tous ces aspects une réflexion a été engagée depuis la parution de l'ordonnance du 17 juin 2004, qui doit encore être poursuivie et menée à son terme.

8.1. LA COMPTABILISATION DES CONTRATS DE PARTENARIAT COMPTABILITE GENERALE PAR L'AUTORITE PUBLIQUE ET L'OPERATEUR PRIVE

Depuis quelques années, de nombreux travaux et réflexions ont eu lieu, tant au niveau des organismes normalisateurs internationaux que français, sans pour autant déboucher sur un référentiel comptable définitivement stabilisés.

En effet, le traitement comptable des contrats de partenariat n'est pas traité spécifiquement par les normes IFRS (normes comptables internationales), qui ignorent la notion de PPP.

L'objectif, en France comme ailleurs, est d'obtenir un haut niveau de sécurité comptable mais aussi, fiscal et juridique.

Par ailleurs, il paraît rationnel d'aboutir à un schéma dans lequel il y a reconnaissance d'un actif corporel comptabilisé dans les comptes d'un seul partenaire avec en miroir sa traduction dans les comptes du cocontractant.

8.1.1. La comptabilisation par le partenaire privé : l'interprétation de l'IFRIC

L'IFRIC (International Financial Rules Interpretation Committee ou Comité d'interprétation des normes comptables internationales, rattaché à l'IASB) retient la notion de contrôle (et non pas la notion de risque, comme Eurostat, cf. ci-après) pour préciser qui, de l'autorité publique ou de l'opérateur, doit reconnaître l'actif corporel à son bilan.

Ce contrôle est présumé s'exercer côté public si les deux conditions suivantes sont conjointement remplies :

- la personne publique ou concédant contrôle ou réglemente les services devant être fournis par le partenaire privé grâce aux actifs dédiés,

²⁵IASB : International Accounting Standards Board ; IFRS : International Financial Reporting Standards.

- la personne publique ou le concédant contrôle tout intérêt résiduel significatif dans les actifs existant à la fin de la concession.

Dès lors que ces critères sont satisfaits, l'actif corporel serait comptabilisé par l'autorité publique et non par l'opérateur privé.

L'IFRIC propose trois modèles comptables pour l'opérateur privé :

- **L'actif financier** (financial asset model).

Le modèle s'applique lorsque le cocontractant privé est rémunéré de sa prestation directement par le concédant (cas du Contrat de Partenariat). Dans ce cas, le partenaire privé détient une créance financière sur le partenaire public, qui comptabilise la dette correspondante à son passif. L'une comme l'autre s'amortissent financièrement au long du contrat.

- **L'actif incorporel** (intangible asset model).

Ce modèle s'applique dans le cas où le partenaire privé se rémunère auprès de l'utilisateur (cas des concessions). Dans ces situations, le partenaire privé inscrira un actif incorporel représentatif de son droit de prélever l'utilisateur.

- Par ailleurs, si le concessionnaire est payé pour les services de construction en partie en actif financier et en partie en immobilisation incorporelle, il comptabilise séparément chacune des composantes de la contrepartie. La contrepartie reçue ou à recevoir doit être comptabilisée initialement à sa juste valeur, pour les deux composantes.

L'interprétation IFRIC 12 ne s'applique qu'aux comptes des concessionnaires, on ne peut en déduire le traitement comptable applicable côté concédant. Néanmoins, l'IPSAS Board a retenu une approche miroir de l'IFRIC 12 coté concédant dans son ED²⁶ 43.

Dans tous les cas, le cocontractant privé comptabilise à son passif les ressources (capitaux propres et dette) nécessaires au portage du financement de l'opération.

L'interprétation IFRIC 12 : « Service Concessions Arrangements » a été adoptée par l'International Accounting Standards Board en novembre 2006. Cette interprétation est d'application obligatoire en Europe à compter des exercices ouverts au 1^{er} janvier 2010.

L'IFRIC analyse le montage de type PPP en un contrat de prestations assurées par la personne privée pour le compte de la personne publique. La personne privée construit ou améliore l'ouvrage et en assure ensuite l'exploitation et/ou la maintenance.

La rémunération perçue en contrepartie doit être enregistrée selon la norme IAS 11 pour le contrat de construction et selon la norme IAS 18 pour les produits d'exploitation.

Lorsque le contrat porte tout à la fois sur la construction et l'exploitation (cas général), il y a lieu de répartir la rémunération selon la nature de la prestation, construction ou exploitation, sur la base de la juste valeur des services rendus.

Les coûts engagés pour la construction sont constitutifs d'une charge donnant lieu à l'enregistrement d'un chiffre d'affaires. Celui-ci a comme contrepartie soit une immobilisation incorporelle, soit un actif financier, soit les deux à la fois.

²⁶ « exposure draft »

En application des normes IAS 11 et IAS 18, les coûts et le chiffre d'affaires sont comptabilisés selon le degré d'avancement. Deux méthodes de détermination du degré d'avancement peuvent être appliquées :

- Sur la base de l'avancement physique des travaux exécutés ;
- Sur la base de l'avancement des coûts.
- l'ouvrage traité par l'IFRIC 12 ne sera pas, en général, comptabilisé parmi les immobilisations corporelles de l'opérateur privé. En effet, comme indiqué en supra, on peut penser que, dans la plupart des cas, celui-ci ne bénéficie pas du droit de contrôle de l'utilisation de l'infrastructure, mais d'un simple droit d'accès à l'infrastructure pour l'exploiter et fournir les services publics pour le compte du donneur d'ordre public conformément aux termes du contrat.

8.1.2. La comptabilisation par l'autorité publique : problématique et réglementation

Il faut distinguer ici deux dimensions :

- les impératifs de comptabilité générale pour les entités publiques : la qualification du contrôle des actifs et leur comptabilisation au bilan de la personne publique ;
- le traitement des PPP en comptabilité nationale et pour Eurostat.

8.1.2.1. Traitement en comptabilité générale de l'État

Qualification du contrôle sur les actifs et comptabilisation des actifs au bilan de l'Etat.

La Norme n°6 du Recueil des normes comptables de l'Etat (elle-même calée sur la norme IPSAS relatives aux immobilisations corporelles) prévoit que l'Etat inscrit les biens à son patrimoine si, et seulement si, il en contrôle le droit et les conditions d'utilisation.

Ce contrôle repose sur l'existence d'un droit sur les ressources attachées aux avantages économiques qui doivent lui revenir ou au potentiel de services de l'actif. L'existence de sorties de ressources liées à des obligations attachées à un actif est également considérée comme une présomption de l'existence du contrôle.

On peut également citer l'absence de valeur résiduelle de rachat par le partenaire public au terme du contrat.

Ce contrôle du droit d'utilisation implique d'inscrire au bilan de l'Etat, pour leur coût d'acquisition et dès leur livraison/mise en service, des biens dont il n'est pas forcément propriétaire juridiquement, mais qu'il contrôle et qu'il gère.

Appliqué aux PPP, le traitement comptable consiste donc à comptabiliser le bien à l'actif de l'Etat pour le coût tel qu'il ressort du contrat de partenariat à la date de mise en service. Il est à noter que ce coût correspond à la juste valeur de l'actif puisque c'est le prix sur lequel se sont entendus les personnes publique et privée.

Une dette de même montant que l'actif doit alors être constatée en contrepartie au passif de l'Etat ; cette dette sera reprise sur la base des loyers d'investissement versés, et ceci en application de la Norme n°11 du guide des normes comptables de l'Etat / Norme IPSAS relative aux dettes financières.

Pour toute interrogation ou précision supplémentaire il est recommandé de s'adresser au service comptable de l'Etat FCE à la DGFIP.

8.1.2.2. Traitement en comptabilité budgétaire (AE-CP) de l'Etat

Pour l'Etat, le macro-processus n°3, document de mise en œuvre du référentiel de comptabilité budgétaire a été publié par la Direction du Budget en mai 2009 et comporte un chapitre spécifique aux PPP (BEA sectoriels, AOT-LOA, CP). La rémunération globale versée doit être décomposée suivant ces trois composantes :

- **Pour l' « investissement »** : les frais d'investissements sont couverts par des autorisations d'engagement (AE) du titre/catégorie 51 consommés dans leur totalité lors de la validation de l'engagement juridique associé au contrat, et des crédits de paiement (CP) consommés chaque année, en fonction de l'échéancier prévu. En termes d'imputation budgétaro-comptable, les CP relèvent d'une imputation sur l'une des subdivisions du compte PCE 212 « Redevances sur contrat de location – financement » ;
- **Pour le « fonctionnement »** : les frais d'exploitation sont couverts annuellement par des autorisations d'engagements du titre/catégorie 31, et des crédits de paiement qui relèvent d'une imputation budgétaro-comptable sur le compte PCE 611.4 « Charges correspondant au loyer de fonctionnement d'un contrat de partenariat ou assimilé » ;
- **Pour le « financement »** : frais financiers et frais d'exploitation couverts annuellement par des autorisations d'engagement du titre/catégorie 31, et des crédits de paiement qui relèvent d'une imputation budgétaro-comptable sur le compte PCE 617.5 « Charges correspondant au loyer de financement d'un contrat de partenariat ou assimilé ».

8.1.2.3. Dispositif comptable et budgétaire applicable aux collectivités territoriales, établissements publics locaux et établissements publics de santé

- A la mise en service de l'immobilisation, le bien est intégré au compte 21 approprié pour sa valeur totale correspondant au cumul de la composante investissements de la rémunération globale par opération non budgétaire ; la contrepartie est enregistrée par opération non budgétaire au compte 235 pour la part investissement d'ores et déjà payée, au compte 1675 pour la part investissement restant à payer²⁷. Une fois enregistrées au compte 21, les immobilisations font l'objet d'amortissements selon les règles propres à chaque catégorie d'organisme (cf. les instructions budgétaires et comptables correspondantes sur ce point).
- La partie de la rémunération représentant un coût de fonctionnement s'impute au compte de charge 611²⁸ (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 235²⁹ (mandat en section d'investissement) avant la mise en service et

²⁷ La contrepartie est enregistrée dans les subdivisions appropriées du compte 13 pour la soulte (correspondant à la quote part éventuelle de recettes du partenaire privé affectée au financement du bien). La part enregistrée au compte 13 donne lieu si nécessaire à réintégration au compte de résultat.

²⁸ Compte 6288 pour les comptabilités -M22-31 et 6123 pour la comptabilité M21.

²⁹

1675 après la mise en service. Elle est, le cas échéant, éligible au FCTVA dans les conditions fixées par l'article L. 1615-12 du CGCT.

Par ailleurs, **il est souhaitable que l'engagement pluriannuel pris par la collectivité au titre d'un contrat de partenariat soit traduit par le vote d'une autorisation de programme (AP)** correspondant à la rémunération de la part investissement réalisé par le tiers, et d'autorisations d'engagement (AE) pour les parties correspondant à la rémunération imputée en section de fonctionnement.

En vertu respectivement des articles L. 2313-1 (en ses 9° et 10°), L. 3313-1 et L. 4313-2 (en ses 7° et 8°) du code général des collectivités territoriales, les communes de plus de 3 500 habitants, les départements et les régions ont **l'obligation d'assortir leurs documents budgétaires de deux annexes**, l'une retraçant l'ensemble des engagements financiers de la collectivité au titre du contrat de partenariat, et l'autre retraçant la dette liée à la part investissements du contrat.

Pour les établissements publics de santé, la part de rémunération du cocontractant restant à courir doit figurer dans l'annexe F4 du compte financier.

8.2. LA PROBLEMATIQUE EN COMPTABILITE NATIONALE ET POUR EUROSTAT, ET L'IMPACT SUR LA DETTE PUBLIQUE

Il s'agit là de (re)traitement statistique en comptabilité nationale française (SCN-INSEE) ou européenne (Eurostat) et non plus de règles d'enregistrement dans les livres de comptes énoncées par des organismes normalisateurs comptables internationaux (IASB, IPSASB, IFRIC,...) ou nationaux (CNC).

Eurostat est notamment chargé de collecter et d'homogénéiser les données statistiques remontant des différentes administrations nationales dans le but de vérifier le respect des critères dits de Maastricht (dette et déficit publics) posés par le Pacte de stabilité et de croissance.

Les deux approches ne sont pas nécessairement cohérentes, la comptabilité nationale ne correspondant pas à une version « consolidée » des comptes des acteurs économiques entreprises ou acteurs publics. Les critères et les conséquences en termes de « consolidation », c'est à dire d'inscription dans les comptes, peuvent donc varier d'un niveau à l'autre.

L'enjeu du traitement en comptabilité nationale, au regard des finances publiques, est de **déterminer si le contrat de partenariat est « consolidant »** (c'est-à-dire si la dette et le déficit publics s'accroissent du montant des tranches d'investissement réalisées par le partenaire privé indépendamment des versements annuels de l'État) **ou « déconsolidant »** (seuls les paiements annuels de l'État viennent dégrader le déficit).

La décision d'Eurostat du 11/02/2004 définit les conditions dans lesquelles l'ouvrage doit être retracé dans la comptabilité nationale, tant du point de vue de l'opérateur que du point de vue de la personne publique. Sont concernés les contrats à long terme prévoyant la fourniture de services, produits au moyen d'ouvrages dédiés et achetés par la partie publique (dès lors que celle-ci est une APU – administration publique au sens des critères du traité de Maastricht).

Les PPP visés par la décision d'Eurostat sont ceux qui présentent les caractéristiques suivantes :

- contrats à long terme de fournitures de services produits par des actifs dédiés ;
- l'administration publique est l'acheteur des services ;
- investissement initial important ;
- secteurs privilégiés : infrastructures sociales (éducation santé), transport, sécurité.

La question clé est alors celle de l'allocation des actifs, qui va déterminer l'imputation de la dette correspondante.

Eurostat recommande la classification des actifs engagés dans un partenariat public-privé dans le domaine privé lorsque c'est le partenaire privé qui supporte l'essentiel du risque, c'est-à-dire lorsque les deux conditions suivantes sont remplies :

1 - Le partenaire privé supporte le **risque de construction** (retards de livraison, respect des spécifications, dérapage des coûts...) *et* ;

2 - Le partenaire privé supporte soit le **risque de disponibilité** (performances des prestations de services, sanctionnées par des pénalités significatives,...) soit le **risque de demande** (pas de compensation en cas de demande plus faible que prévu).

Dès lors, par analogie avec le traitement des locations simples ou « industrielles » en système européen des comptes économiques intégrés (SEC 95) l'opération est classée en achat de services par la partie publique.

Si le risque de construction est supporté par la personne publique ou si le partenaire privé ne supporte que le risque de construction, l'investissement est comptabilisé chez la personne publique, par analogie avec le traitement des « locations financières » en SEC 95.

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

- **s'agissant du risque de construction**, « *l'obligation de l'État de commencer à effectuer des paiements réguliers à un partenaire sans tenir compte de l'état effectif des actifs est la preuve que l'État supporte la majorité des risques de construction* » ;
- **s'agissant du risque de disponibilité**, « *l'État est réputé ne pas supporter un tel risque s'il lui est permis de réduire de façon significative (à titre de pénalité) ses paiements périodiques, comme tout "client normal" pourrait l'exiger dans un contrat commercial. Les paiements publics doivent dépendre du degré effectif de disponibilité fourni par le partenaire durant une certaine période de temps. Mais l'application des pénalités lorsque le partenaire fait défaut sur ses obligations de services doit être automatique et doit également avoir un effet important sur les recettes/profits du partenaire, et ne pas être purement "cosmétique" ou "symbolique" ».*
- **s'agissant du risque de demande**, « *ce risque ne doit couvrir qu'une modification de la demande ne résultant pas d'une qualité inadéquate ou faible des services fournis par le partenaire [...] Le gouvernement sera réputé assumer le risque lorsque celui-ci est obligé de garantir un niveau donné de paiement au partenaire indépendamment du niveau effectif de la demande exprimée par l'utilisateur final,*

rendant sans effet les fluctuations du niveau de la demande sur la rentabilité du partenaire ».

Dans le cas où cette grille d'analyse ne permettrait pas de livrer des conclusions claires, Eurostat prévoit que l'étude d'éléments supplémentaires emporte la décision et cite notamment :

- la nature des acteurs ;
- l'importance du financement public ;
- l'effet des garanties publiques ;
- ou les provisions relatives à l'attribution finale des actifs.

Outre ces critères, **la comparaison entre durée de vie économique de l'actif et durée du contrat reste pertinente** : un actif ne représentant plus une valeur économique significative au terme du PPP n'a normalement pas vocation à être classé dans le bilan du partenaire privé.

Au final, si l'actif est considéré comme public, il y a :

- dépense à la livraison de l'actif (impact immédiat sur le déficit) ;
- constatation d'un engagement financier au passif de l'acheteur public (impact immédiat sur la dette) ;
- les loyers sont eux décomposés entre remboursement du principal (sans effet sur le déficit) et les frais financiers et charges d'exploitation (impact sur le déficit des exercices suivants).

Le montage est dit « consolidant » pour le secteur public.

Si l'actif est considéré comme privé, il y a :

- absence d'impact initial sur le déficit public ;
- pas d'effet initial sur la dette publique ;
- en revanche, c'est la totalité des loyers qui viendra impacter le déficit (et donc alimenter la dette) année après année sur la durée du contrat.

Le montage est dit « déconsolidant » pour le secteur public.

Ces critères Eurostat 2004, qui ont le mérite de la simplicité, ont néanmoins été critiqués, car jugés trop accommodants et pourraient être remis en cause - dans un sens moins favorable à la déconsolidation des engagements coté public - par les discussions en cours à l'IASB.

La réunion du « Financial accounts working group » d'Eurostat en juin 2009 a confirmé une évolution, d'ici 2014, dans le sens d'une présomption de consolidation des PPP, liée au fait que le critère du contrôle - critère a priori retenu par l'IASB (et potentiellement l'IPSASB) pour l'enregistrement en comptabilité générale, au travers de l'IFRIC 12 - se substituerait au critère du risque, retenu jusqu'ici par Eurostat.

Or ce contrôle peut généralement être considéré comme exercé par la personne publique concédante ou donneuse d'ordres, au travers de la régulation des modalités d'exploitation de l'infrastructure ou de l'équipement public : nature du service rendu, à qui,

à quel prix,...ainsi que de par l'existence d'un intérêt résiduel (non consommation intégrale de l'actif) dans l'ouvrage à la fin du contrat de PPP.

Dans ces conditions, **la grande majorité des opérations de PPP auraient vocation à être consolidées** et donc à impacter en une seule fois le déficit et la dette publics.

En tout état de cause, la recherche d'une déconsolidation aussi générale que possible côté public ne doit pas cacher que les utilisateurs professionnels des comptes publics, qu'ils soient analystes financiers, banques, marchés de capitaux, agences de notation financière ou encore juridictions financières, seront probablement amenés à retraiter d'éventuels engagements passés en hors bilan qui ne disposeraient pas d'une justification extrêmement solide.

Ces engagements de paiements futurs risquent donc fort d'être réintégrés dans le diagnostic financier d'ensemble de la personne publique.

En tout état de cause, **il est rappelé qu'il n'est pas souhaitable pour la personne publique de motiver le choix du PPP sur des considérations d'affichage comptable** mais préférable d'asseoir les décisions sur des critères d'optimisation économique et financière, soutenables sur la longue période.

9. ASSURANCES

Les assurances sont l'un des outils dont dispose la personne publique en matière de **sécurisation du contrat de partenariat**. Elles doivent permettre de couvrir les divers risques liés au déroulement du projet. Leur importance est d'autant plus forte que la faible capitalisation des sociétés de projet³⁰ constatée à ce jour réduit d'autant leur capacité à absorber ces risques.

La problématique assurancière est rendue complexe du fait des modalités contractuelles du partage des risques - variables d'un projet à l'autre -, du transfert de la maîtrise d'ouvrage au privé et surtout de la globalité de la mission dévolue au partenaire privé.

La situation peut en outre varier selon le statut de la personne publique, l'Etat étant traditionnellement son propre assureur tandis que les collectivités locales, et plus encore les établissements publics, sont soumis à des obligations dans ce domaine, et ont l'habitude de recourir aux assurances.

L'objectif va être d'assurer le bon déroulement et la sécurité du projet (c'est-à-dire la capacité économique et financière du partenaire privé à permettre la continuité du service public par la disponibilité effective, sur la durée, des équipements, ou encore le règlement rapide des dysfonctionnements), sans accroître inutilement le prix payé- directement ou indirectement - par la personne publique.

En effet, *le montant des primes payées par le partenaire privé sera par construction répercuté par ce dernier dans le loyer à la charge de la personne publique*. Or les dépenses d'assurance constituent une part non négligeable des dépenses du titulaire du contrat. Une assurance trop lourde ou redondante est donc à éviter.

La personne publique, à travers le dialogue avec les candidats, devra donc veiller à faire émerger un montage assurantiel traduisant un équilibre optimal entre sécurité économique et coût financier.

Tel est l'objet des recommandations qui suivent, dont l'application doit permettre de sécuriser à moindre coût les contrats de partenariat.

9.1. ETUDIER LE SCHEMA ASSURANCIEL DES LE DIALOGUE COMPETITIF

Aujourd'hui ces questions interviennent le plus souvent **trop tard**, au moment de la mise au point final du contrat.

Le partenaire privé déjà sélectionné à ce stade du dialogue compétitif, n'aura plus de difficultés à imposer au cocontractant public des assurances superflues, et a contrario ce dernier aura moins de poids pour imposer les assurances qui lui paraissent nécessaires.

Or, les questions assurancières soulevées dans le cadre d'un contrat de partenariat sont éminemment complexes et méritent sans aucun doute une réflexion concertée et approfondie.

³⁰ Souvent inférieure ou égale à 10% seulement du montant total à financer.

Il faut pouvoir discuter du montage assurantiel en amont, dans le cadre de l'offre présentée par chacun des candidats, avant que ce montage soit intégré au corps du contrat de partenariat passé avec le candidat retenu.

Cela soulève certaines difficultés, dont la première est que la discussion efficace du montage assurantiel implique de connaître l'identité et le rôle de tous les intervenants.

Dans le cas où le groupement ne serait pas - au stade de la passation - à même de fournir toutes ces informations, il convient au moins d'exiger un schéma du montage économique, et partant, assurantiel.

Ce schéma peut, le cas échéant, rester général, l'essentiel étant qu'il puisse faire l'objet d'une discussion en amont. A ce stade, seule la nature des garanties pourra être discutée, les tarifs, franchises ou plafonds ne pouvant eux pas être encore établis.

9.2. TRANSFERER EFFECTIVEMENT LE RISQUE AU PARTENAIRE PRIVE

La question des assurances dans les contrats de partenariat est influencée par la problématique de la propriété.

Le fait pour la personne publique de transférer la propriété des biens- sous forme de droits réels- au partenaire privé peut la conduire à prescrire en matière d'assurance une approche très coûteuse, consistant à imposer la souscription d'un grand nombre d'assurances au partenaire privé, et à exiger d'en être le bénéficiaire en cas de réalisation du risque.

Surtout, **elle fait perdre au contrat de partenariat son principal avantage, et son originalité** consistant dans le transfert réel d'un certain nombre de risques au partenaire privé, réputé mieux à même de limiter ou gérer la survenue desdits risques.

Dès lors, le réflexe de la personne publique consistant à sécuriser au maximum les équipements nécessaires au service public doit d'abord passer par l'examen critique des capacités techniques et financières du partenaire (niveau des fonds propres affectés à la couverture des risques de l'opération par le partenaire privé), les assurances autres qu'obligatoires intervenant là où leur efficacité économique est avérée (effet de mutualisation) ou en filet de sécurité supplémentaire.

L'arbitrage devra donc être recherché en termes de coût final entre les risques laissés à la charge du partenaire privé et refacturés dans le loyer via notamment sa composante financière de rémunération des fonds propres engagés, et les risques couverts par les assurances, générateurs de charges de primes.

9.3. BIEN CHOISIR LES BENEFICIAIRES DES POLICES D'ASSURANCE

Le bénéficiaire d'une assurance de chose (multirisque, perte d'exploitation) est, sauf clause contraire, le propriétaire de la chose garantie (ou le maître d'ouvrage dans le cas d'une assurance dommage/ouvrage), c'est-à-dire par hypothèse le partenaire privé. Celui-ci sera en règle générale mieux armé pour négocier et gérer dans le temps ces couvertures, même si cela peut entraîner un frottement fiscal pour le partenaire public, lié notamment à la TVA sur les loyers facturés.

Il peut cependant être prévu dans le contrat d'assurance que le bénéficiaire d'une telle assurance soit le client public, alors même qu'il n'est pas propriétaire de la chose construite, cette solution devant être justifiée par les circonstances particulières du projet.

Le fait que le bénéficiaire de l'assurance des pertes d'exploitation ou de responsabilité est en général le souscripteur (privé) est dans l'intérêt bien compris de la personne publique, censée privilégier la poursuite du contrat de partenariat.

En effet, le partenaire privé ayant subi une dégradation de ses biens, ou encourant une responsabilité, pourra ainsi neutraliser dans ses comptes l'impact financier de l'événement, et conserver la surface financière requise pour continuer à exécuter comme prévu le contrat, rendant possible la continuité du service public y-adossé.

Dans le cas où une difficulté d'exécution serait telle que le contrat ne pourrait être poursuivi, et la société de projet en risque de défaut, il peut être souhaitable que le montant des assurances bénéficie à la personne publique. Dans ce cas le cocontractant public pourra prévoir (par une convention tripartite avec l'assureur et le titulaire) de se voir transférer le bénéfice de l'indemnisation.

De la même manière, les créanciers financiers peuvent être désignés comme bénéficiaires des assurances de pertes d'exploitation, puisqu'ils seront les premiers à « souffrir » de ces pertes.

Dans tous, les cas, il convient de garder à l'esprit que, quel que soit le (ou les) bénéficiaire(s), le montant de l'indemnisation restera inchangé.

9.4. FACILITER CONTRACTUELLEMENT UN REGLEMENT RAPIDE DES SINISTRES

La durée classique des procédures d'instruction, d'expertise et d'indemnisation des sinistres peut être considérée comme peu adaptée au cadre particulier des contrats de partenariat. De tels retards, outre leurs conséquences financières peuvent en effet mettre en péril la continuité du service public.

Il est donc particulièrement utile d'intégrer au contrat d'assurance annexé au contrat de partenariat **des procédures de règlement accéléré des litiges susceptibles** de survenir dans le traitement des questions assurancielles. A titre d'exemple, les clauses assurancielles des contrats de partenariat peuvent contenir des **renoncements à recours** entre le client public et le partenaire privé.

Il serait aussi bienvenu de développer les procédures d'**arbitrage** et de **médiation** qui présentent l'avantage d'instaurer une certaine souplesse dans le traitement de ces questions difficiles. Pour être opposables aux assureurs, ces clauses d'arbitrage et de médiation doivent être écrites dans le contrat de partenariat. L'état de la réglementation relative aux contrats de partenariat permet ce recours aux modes de règlements alternatifs des litiges³¹.

Enfin, la formule de la co-assurance (groupement d'assureurs avec présence d'un assureur pilote) est très utile pour éviter que les assureurs se renvoient la balle.

De façon générale, il convient de développer « l'esprit de rendez-vous » permettant d'apprécier à intervalles réguliers comment évoluent les équilibres complexes régis par le contrat, ces évolutions pouvant donner lieu le cas échéant à des négociations d'avenants.

³¹ L'article 11 l) de l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit que « un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives [...] aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française ».

9.5. LES POLICES OU CLAUSES A ETUDIER AVEC ATTENTION

9.5.1. Prévenir les doubles couvertures

Le contrat de partenariat peut comporter une double assurance de certains risques : c'est-à-dire que le même risque va se trouver assuré par plusieurs polices, soit chez le partenaire privé du fait d'une mauvaise analyse de la portée de ces risques, soit plus vraisemblablement chez chacun des partenaires, privé et public.

Il faut éviter cette situation, car elle est doublement pénalisante pour l'économie du contrat : par la hausse injustifiée du coût des primes qu'elle induit, mais aussi par les situations contentieuses difficiles qu'elle peut provoquer, car les assureurs en cause ne manqueraient pas de chercher à faire peser l'indemnisation du sinistre sur l'autre assureur.

Cette suppression d'éventuels doubles emplois passe par la vérification du montage par un consultant en assurance, ou un « risk manager ».

Celui-ci étudiera le montage proposé, soulignera le cas échéant les doubles emplois et les fera disparaître. Or, cette fonction n'est en général qu'imparfaitement -ou pas du tout- assurée par les conseils juridiques ou financiers de la personne publique. A ce titre l'intervention d'un spécialiste apparaît nécessaire : or, c'est encore loin d'être le cas dans les premiers projets dont la MAPPP a eu à connaître.

De plus les personnes publiques (ce sera surtout le cas pour les collectivités locales) peuvent déjà disposer de certaines polices d'assurances : ainsi, une collectivité locale est assurée en général pour sa responsabilité civile. Or, dans le cadre du contrat de partenariat, le partenaire privé va prendre un certain nombre de risques à sa charge, et les faire assurer : il faudra alors veiller à ce que la collectivité retire de ses polices d'assurance les garanties correspondantes prises par le partenaire privé.

9.5.2. Cadrer les responsabilités en matière d'assurance de la construction

En matière d'assurance, deux phases principales sont à distinguer dans la vie du projet: la réalisation et l'exploitation, rares étant les assureurs à proposer une couverture globale (« cover blanket ») adaptée au caractère global des PPP³². A défaut de disposer d'une offre de traitement assurantiel globale, la personne publique peut imposer au partenaire privé de rationaliser son offre en matière d'assurance, en demandant la coordination entre les différents assureurs impliqués dans un contrat de partenariat, par exemple via un groupement d'assureurs avec un pilote (qu'on appelle en général « apériteur »).

S'agissant de l'assurance construction, la loi Spinetta de 1978 a mis en place un régime spécifique et obligatoire, complément de la responsabilité civile décennale des constructeurs telle que prévue à l'article 1792 du Code Civil.

Le constructeur de bâtiments (réalisateur ou non réalisateur) doit s'assurer contre la mise en jeu de cette responsabilité (**RCD : assurance de Responsabilité Civile Décennale**).

La loi a aussi imposé à certains maîtres d'ouvrages de bâtiment de souscrire une assurance de chose (**DO : assurance Dommage-Ouvrage**) chargée de préfinancer les travaux

³² Même au R-U, où le programme de PFI compte désormais une quinzaine d'années de pratique, ce type d'offre commence à peine à apparaître sur le marché

de réparation des dommages de nature décennale, à charge pour l'assureur DO de se retourner contre l'assureur du constructeur³³.

Cette réglementation trouve évidemment à s'appliquer dans le cadre des contrats de partenariat.

Il convient à cet égard de préciser que dans le montage mis en place par ces contrats, le maître d'ouvrage est le partenaire privé du client public.

Ainsi les contractants de ce partenaire privé, qui vont exécuter à proprement parler le contrat, sont des entrepreneurs principaux au sens de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, et non pas des sous-traitants³⁴.

Le schéma classique du marché public est donc décalé d'un cran. Ces contractants seront donc traités en tant que constructeurs au sens des articles cités plus haut, et ainsi soumis aux différentes obligations d'assurance. L'art 242-1 du Code des Assurances dispense désormais les personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat conclu en application de l'art 1 de l'Ordonnance n° 2004-559 (c'est à dire par l'Etat ou l'un de ses établissements uniquement) de devoir souscrire une assurance D-O.

9.5.3. L'assurance pendant la période d'exploitation

9.5.3.1. L'assurance des pertes d'exploitation

Une perte d'exploitation fait suite à un dommage qui a eu pour conséquence de diminuer l'activité d'une entreprise et donc ses recettes d'exploitation (voire accroître ses dépenses d'exploitation).

Comme déjà évoqué, cette question est particulièrement importante dans le cadre des contrats de partenariat car elle met en péril l'équilibre financier de la société de projet et peut affecter la continuité du service public.

De plus, et à un second niveau, la perte d'exploitation du partenaire privé pourra entraîner par ricochet une perte d'exploitation pour la personne publique, quand cette dernière dépend de la réalisation effective de sa mission par le partenaire privé pour exploiter de façon satisfaisante l'équipement ou l'ouvrage construit (cas d'un hôpital placé dans l'impossibilité de facturer la prise en charge de ses patients). La police souscrite devra donc aussi tenir compte de ce deuxième niveau de perte d'exploitation.

On constate aujourd'hui une inadaptation de l'offre assurancielle à la question de la perte d'exploitation dans le cadre particulier des contrats de partenariat. Il s'agit de polices coûteuses, limitées dans le temps, et plafonnées. Le client public devra les vérifier avec une attention toute particulière.

9.5.3.2. L'assurance de la performance

La technique de la **garantie** financière mobilisable à **première demande** de la personne publique est déconnectée du projet et ne garantit donc pas automatiquement sa bonne fin.

Cette garantie, si elle indique bien la volonté de l'entreprise de s'impliquer dans le projet (de par son montant significatif réputé dissuasif), ne permet pas d'évaluer sa capacité à le mener à bien.

³³ Ces deux obligations d'assurance se trouvent respectivement aux articles L241- 1 et L242-1 du Code des Assurances

³⁴ Une modification proposée de l'art 11- f) de l'Ordonnance doit permettre de lever l'ambiguïté existante.

Le recours à des compagnies d'assurance **par un « contract bond » (ou cautionnement de projet)**, promu par la Chambre de commerce internationale doit avoir pour objet de garantir, quoiqu'il arrive, la bonne fin du projet et sa bonne exploitation, une telle garantie impliquant que l'assureur a évalué positivement la capacité de l'entreprise à mener à bien le projet.

Cette technique pourrait être plus utilisée dans le cadre des partenariats public-privé, car elle permet d'aligner les intérêts de l'ensemble des acteurs (public, privé, financeurs et assureurs).

9.5.4. Prévoir l'hypothèse dans laquelle un risque devient non assurable

Certains risques peuvent être très difficilement assurables dès le début de l'opération : on considère que les projets comportant un total de travaux supérieur à 150M€, cas de figure courant sur les infrastructures de transport notamment, se situent au-delà des capacités d'assurance du marché.

L'outil généralement mis en œuvre dans ces cas, à savoir la Police complémentaire de groupe (PCG) peut se révéler inadapté au cadre juridique du Contrat de partenariat et excéder en tout état de cause les possibilités de réassurance disponibles.

Ces risques non-assurables seront, en général, laissés à la charge de la personne publique.

Certains risques supportés et assurés par le partenaire privé peuvent devenir non assurables au cours de l'exécution du contrat. Cette hypothèse doit absolument être traitée dans le corps du contrat de partenariat, qui doit pouvoir prévoir la « suite des événements » dans un tel cas.

Il convient d'abord que le partenaire public en soit informé immédiatement, et qu'il choisisse la résiliation ou la poursuite du contrat.

Cette clause doit aussi régler la façon dont sera amendé le contrat en cas de choix de la poursuite de l'exécution du contrat. Dans l'hypothèse d'une poursuite de l'exécution, le client public pourra dispenser le partenaire de son obligation de maintenir la couverture d'assurance relative au risque non assurable, le montant des loyers payable par le client public au partenaire étant alors diminué à due concurrence de la prime affectée à la couverture d'assurance du risque non assurable.

9.5.5. Contrôler la bonne exécution des obligations d'assurance sur la durée

Le risque existe de voir certaines polices abandonnées par le partenaire privé au cours de l'exécution du contrat : les assurances en phase d'exploitation/maintenance sont des assurances annuelles et peuvent donc ne pas être renouvelées.

Le client public non-informé, pourrait continuer à se croire protégé et ne découvrir qu'au moment de la réalisation du risque sa non-couverture par une assurance. Il lui est donc nécessaire de suivre l'évolution de la politique d'assurance dans la durée, par exemple au travers d'une clause de rendez-vous annuel avec le partenaire privé qui devra à cette occasion produire les certificats d'assurance requis. Ce point de rendez-vous pourra être couplé avec la production du rapport annuel.

ANNEXE 1 : PLAN TYPE DU RAPPORT D'ÉVALUATION PREALABLE

La présente fiche a pour objet de préciser l'ordonnancement général et les rubriques à renseigner au titre du rapport d'évaluation préalable, afin de répondre au mieux aux exigences de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

La méthodologie applicable aux évaluations préalables est fixée par l'arrêté du 2 mars 2009 (publié au JO du 4 mars 2009). Les personnes publiques et leurs conseils sont donc tenus de s'y conformer afin de permettre un traitement rapide et efficace de leur dossier.

Cette méthodologie s'applique non seulement aux contrats de partenariat au sens de l'ordonnance du 17 juin 2004, mais **aussi aux autres partenariats public-privé** pour lesquels une évaluation préalable doit être réalisée. Il s'agit :

- des projets d'AOT-LOA sectoriels de l'Etat, dont l'évaluation préalable est obligatoire dès lors que le loyer HT annuel est supérieur à 1 M€ (art. 48 de la loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat),
- des baux emphytéotiques administratifs (BEA) sectoriels des collectivités territoriales ou de leurs BEA de droit commun, si l'éligibilité au FCTVA est recherchée (art. L 1615-13 du CGCT) et à condition que la somme cumulée des loyers HT soit inférieure à 10 M€,
- et celle des baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) depuis le décret du 29 avril 2010 (art. R 6148-1 du Code de la santé publique).

Le contenu du rapport d'évaluation préalable doit pour l'essentiel comporter des éléments contribuant à montrer que le recours au contrat de partenariat permet d'offrir à la personne publique une solution alternative moins coûteuse et/ou plus avantageuse pour atteindre ses objectifs. Il convient donc d'apporter une attention toute particulière à la justification des hypothèses retenues et des chiffrages effectués, ainsi qu'aux commentaires des résultats et à l'appréciation de leur robustesse.

Le plan type suivant précise et illustre l'architecture retenue par l'arrêté du 2 mars 2009. La mise en œuvre de ce plan-type devra se faire en se référant aux documents mis en ligne par la Mission d'Appui sur son site Internet, accessible à partir du portail du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie (www.bercy.gouv.fr), rubrique « Partenariat public-privé », et notamment au Guide Méthodologique de la MAPPP.

I - Présentation du projet

- Description et statut du porteur du projet. Il sera utile de préciser la base juridique de ses compétences et le statut des emprises foncières sur lesquelles les investissements doivent se réaliser.
- Objet, historique, contexte et enjeux du projet.

- Définition du périmètre fonctionnel du projet, de la superficie des emprises foncières nécessaires et de la nature des investissements envisagés. Un périmètre précis et détaillé du projet devra être établi, en indiquant explicitement aussi ce qui en est exclu (ex. : contrat de fourniture énergétique dans les collectivités locales).
- Etudes et procédures antérieures ou en cours, décisions déjà prises ou restant à prendre.

II - Partie juridique

Le rapport examinera tout d'abord les schémas juridiques envisageables, parmi lesquels la ou les formules de PPP envisageables, puis vérifiera si l'on peut juridiquement y recourir.

II.1) Présentation des différents schémas juridiques envisageables (marchés publics de travaux et/ou de services, régies éventuelles, DSP, AOT-LOA, bail emphytéotique, CP, contrats globaux sectoriels,...) et des raisons conduisant au choix des schémas retenus pour la comparaison et au rejet des schémas écartés.

La personne publique devra éviter deux écueils :

- le premier consiste à examiner en détail toutes les formules juridiques envisageables, quand bien même il serait clair dès l'origine que certaines ne peuvent pas s'appliquer au cas d'espèce étudié (par exemple, une délégation de service public ou une concession de travaux dans les projets où le risque d'exploitation n'est pas porté par le partenaire privé ; ou encore un BEA dès lors que le projet comporte une emprise sur le domaine public dans le champ d'application d'une contravention de voirie – cas des projets d'éclairage public par exemple -) ;
- le second consiste à transformer le rapport d'évaluation préalable en traité de droit de la commande publique.

L'analyse juridique comparative devra être concise et de nature à fournir des éléments de décision à la personne publique. Elle s'attachera à examiner les conditions de solidité et de sécurité juridique des montages et des procédures de passation au regard des besoins exprimés par la personne publique.

A cet égard, si la comparaison avec un schéma de référence faisant intervenir un ou plusieurs marchés publics est incontournable, il conviendra de s'interroger sur la pertinence des schémas alternatifs dans certains cas (par exemple ceux concernant des projets à forte composante bâtementaire et à faible part d'entretien-maintenance, dont la conception est classique et qui ne génèrent pas de recettes de valorisation).

A ce titre, les évaluations préalables constituent un précieux outil d'aide à la décision pour le porteur du projet.

II.2) Exposé le cas échéant des raisons justifiant un contrat de partenariat sur le plan de la complexité (technique, juridique, administrative, organisationnelle et financière), de l'urgence ou d'un bilan coûts-avantages favorable (critère dit de l'efficacité).

Ce dernier critère d'éligibilité appelle un développement particulier. Depuis la loi du 28 juillet 2008, la personne publique peut en effet retenir comme base juridique de son contrat de partenariat **le critère de l'efficience**, à l'issue d'une analyse entre les avantages et les inconvénients de cette forme juridique par rapport à d'autres contrats de la commande publique. Cette possibilité n'a pas, pour l'instant, été pleinement utilisée. Elle présente toutefois l'avantage d'ouvrir la voie du dialogue compétitif dans la suite de la procédure au même titre que les deux autres critères d'éligibilité, dès lors que le caractère complexe du projet peut être présumé.

Dans le cas où la personne publique hésiterait dans le choix du critère, elle peut en retenir plusieurs. Si elle opte, au vu des résultats des simulations financières, pour le critère de l'efficience, elle indiquera ce choix en conclusion de la partie juridique et renverra à la partie III du rapport consacrée à l'analyse comparative.

Si les circonstances le justifient, la notion d'urgence pourra aussi être invoquée. Le Conseil d'Etat en a donné une interprétation extensive. **L'urgence permettra de se satisfaire d'une évaluation préalable succincte si elle correspond à une situation imprévisible.**

Dans le domaine des baux emphytéotiques, les textes autorisent sans ambiguïté le recours au critère de l'efficience à côté des deux autres critères pour les baux emphytéotiques hospitaliers. Les baux emphytéotiques administratifs sont soumis, pour leur part, à des conditions de légalité spécifiques qui ne font pas appel aux critères précédents.

En matière d'AOT/LOA de l'Etat, la notion d'efficience est à prendre en considération pour éclairer le choix de la personne publique.

La généralisation des évaluations préalables et l'introduction du critère de l'efficience sont donc de nature à faciliter le recours à des formules de coopération entre le public et le privé.

Le critère de l'efficience doit aussi permettre de s'affranchir d'une vision trop juridique des contrats de partenariat. Il donnera toute leur mesure aux considérations économiques et financières afin que les personnes publiques puissent sélectionner le mode de commande publique le plus efficace et le plus économe des deniers publics.

III - Analyse comparative

Cette analyse a vocation à être plus approfondie lorsqu'il est fait appel au critère de l'efficience, notamment en matière de prise en compte monétaire des risques, par rapport à celle qui serait admise si le porteur du projet faisait appel au critère de la complexité ou à celui de l'urgence.

III.1. Eléments comparatifs de périmètre et de calendrier des schémas retenus

- **Description des périmètres physiques et fonctionnels et des contenus** du schéma de référence et des schémas alternatifs (CP ou autres PPP) retenus, avec leurs variantes éventuelles. Si certaines fonctions sont conservées en régie ou font déjà l'objet de

contrats d'externalisation (pour des tâches d'entretien courant par exemple), il conviendra de le mentionner et de l'expliquer.

- **Calendrier du déroulement (des études à la mise en service) de chaque schéma.** Ces calendriers seront fournis sous la forme de tableaux et commentés. La MAPPP ne recommande plus de caler les dates de mise en service lorsqu'elles diffèrent significativement en fonction du montage retenu et il convient désormais d'apprécier l'impact de l'avantage socio-économique attaché à une mise en service plus rapide de l'équipement en CP. La définition de cet avantage et ses modalités de calcul sont détaillées dans le nouveau Guide méthodologique de la MAPPP mis en ligne.
- **Durée totale des schémas** comparés (en distinguant la durée des travaux et la durée d'exploitation) et justification de la durée retenue au regard de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement.

III.2. Coûts et recettes éventuelles de valorisation

Il est recommandé avant tout de regrouper dans un seul tableau l'ensemble des paramètres et variables utilisés, en veillant au vocabulaire employé (chaque variable ou paramètre doit avoir une seule appellation). Un modèle est joint en annexe.

Le rapport sera structuré de la façon suivante :

III.2.1. Analyse des coûts d'investissement dans les différents schémas étudiés.

L'estimation des coûts dans les différents schémas doit s'effectuer du point de vue de la personne publique, à périmètre identique. Les informations suivantes devront être fournies :

- **Estimation des coûts de programmation, de conception et de réalisation** du projet pour la personne publique comme pour le partenaire privé. Répartition de ces coûts dans le temps et choix des coefficients d'indexation à appliquer aux différents postes de coût. Ces coûts comporteront en général un montant correspondant à une provision pour couvrir des aléas classiques de chantier, à distinguer de l'impact des risques étudié plus loin.
- **Montant de l'investissement total toutes dépenses confondues à financer** dans chaque schéma et origine des financements (prêts bancaires, subventions, autres financements publics ou parapublics éventuels,...).
- **Ces données, exprimées hors taxes**, seront présentées sous forme de tableaux commentés, en distinguant dans chaque schéma les coûts qui sont supportés par la personne publique (y compris les coûts internes, en particulier les coûts salariaux) et ceux qui sont à la charge du partenaire privé. Les coûts de conception, de travaux et les frais financiers de toute nature (intérêts intercalaires, commissions bancaires,...) seront clairement identifiés. La somme des postes ci-dessus permettra d'obtenir le « **montant à financer** ».

Les données devront correspondre à celles figurant dans le modèle financier établi par les conseils spécialisés de la personne publique pour le besoin des calculs de

loyers, des analyses de sensibilité, des tests de basculement et des études de risques. Le modèle financier en version Excel devra être communiqué à la MAPPP³⁵.

- **Les montants seront toujours HT, en € courants ou en € constants avec, dans ce dernier cas, l'indication de l'année de référence.**

III.2.2. Analyse des coûts d'exploitation dans les différents schémas étudiés.

- **Estimation des coûts d'exploitation, de maintenance, de gros entretien et de renouvellement** dans chaque schéma et choix des coefficients d'indexation à appliquer aux différents postes de coût.
- **Estimations sur la durée de vie du projet des coûts de gestion** pour la personne publique et de la société de projet éventuelle dans le schéma « contrat de partenariat ».
- **Estimation des recettes de valorisation éventuelles** (location de locaux, recettes commerciales, vente d'énergie,...).

III.2.3. Hypothèses fiscales et comptables retenues.

Il s'agit en l'espèce d'examiner les conditions d'assujettissement aux différents impôts et taxes en vigueur et de préciser les conditions d'application de la TVA.

En règle générale, **la personne publique se verra facturer des coûts d'investissement TTC en marchés publics**, tandis que le partenaire privé, réputé assujetti, financera ses investissements HT (la TVA grevant les loyers après la mise en service de l'équipement).

Il faudra également démontrer, le cas échéant, l'éligibilité du projet au mécanisme du FCTVA et préciser les conditions de fonctionnement du compte de TVA au niveau de la société projet lorsqu'il en est créée une en CP.

Il conviendra enfin de mesurer l'incidence de l'assujettissement total ou partiel de la personne publique à la TVA pour le projet considéré.

Pour l'information de la personne publique, il sera souhaitable de pouvoir apprécier l'impact des différents schémas en comptabilité générale et en comptabilité budgétaire.

III.2.4. Coûts financiers et de montage.

Comme le guide méthodologique de la MAPPP le souligne, trois types de montage financier sont envisageables : un montage « **corporate** » ou en **crédit-bail** qui concerne essentiellement les petits projets faisant appel à une ligne de métier bien identifiée et le montage en **financement de projet** que l'on retrouve de manière quasi systématique pour les projets d'un montant supérieur à 20 ou 30 M€.

Dans le schéma MOP, le rapport s'attachera à préciser les modalités de financement retenues par la personne publique (emprunts, durées, taux, commissions

³⁵ Le modèle ne devra pas être verrouillé et les formules de calcul devront être apparentes.

bancaires et marges appliquées) en indiquant les références disponibles en cas de financement bancaire récent. La phase de préfinancement des équipements sera, le cas échéant, distinguée de la phase d'exploitation-maintenance.

En CP, et dès lors qu'il est fait appel à une société de projet, le rapport s'attachera à fournir des éléments de comparaison et de calcul au titre de chacune des deux phases rappelées ci-dessus.

En période de préfinancement, il conviendra de fournir des informations sur la structuration financière retenue (montant des fonds propres de la société de projet et de la dette bancaire), la nature du préfinancement (conditions et modalités du crédit relais fonds propres, du crédit relais TVA, commissions de montage et d'engagement, nature du taux de référence) et la gestion du risque de taux d'intérêt. Les intérêts intercalaires et certaines commissions étant capitalisées, il conviendra de décrire les conditions de cette capitalisation.

La somme des coûts d'investissement HT, du coût de portage de la TVA par la société de projet et des intérêts intercalaires capitalisés correspondra au montant à financer.

La cohérence avec les données du modèle financier devra être assurée.

A la mise en service des équipements, point de départ du versement des loyers d'investissement, le rapport s'attachera à fournir des éléments sur :

- les conditions du refinancement à long terme mis en place,
- les conditions associées à la dette cédée et acceptée,
- celles afférentes à la dette projet, en précisant s'il existe un coussin de maturité,
- la possibilité de cristalliser les taux d'intérêt avant la mise en service totale des investissements,
- les conditions de substitution du crédit relais par les fonds propres (part du capital social et de la dette subordonnée d'actionnaires, conditions de rémunération et d'amortissement, taux de rendement interne pour les actionnaires). La rémunération du capital social via les dividendes versés devra être introduite dans les calculs après IS (TRI du capital à risque).

De plus amples détails sont fournis dans le guide méthodologique de la MAPPP.

III.2.5. Recettes de valorisation.

Compte tenu de la possibilité offerte par le contrat de partenariat de bénéficier de recettes de valorisation éventuelles venant diminuer le coût de la rémunération due au partenaire privé, cette faculté devra faire l'objet de développements spécifiques.

On peut songer par exemple à un volet immobilier dans le cadre de la construction de bâtiments scolaires sur une partie du domaine public qui serait préalablement déclassée, à l'utilisation alternative des équipements publics par un tiers ou à la vente d'immeubles devenus inutiles.

Tout ce qui touche à la gestion de l'énergie constitue également un domaine propice à de telles recettes (dans le cadre d'un contrat de performance énergétique par exemple).

Les conseils s'attacheront à préciser, lorsque de telles recettes sont prévues, la **clé de partage entre la personne publique et le titulaire du contrat de partenariat**, la part de ces recettes qui sera garantie par le titulaire du contrat de partenariat et les modalités de perception de cette part (soit à la signature du contrat de partenariat, soit en diminution des loyers).

III.2.6. Subventions.

Il conviendra d'indiquer l'origine, la nature (investissement ou exploitation) et le niveau des subventions attendues ou espérées ainsi que la date et les modalités de leur versement.

Ces sommes ne doivent pas être confondues avec les avances sur rémunérations qui sont financées par la personne publique cocontractante et, à ce titre, assujetties à la TVA.

Lorsqu'un projet est porté par une collectivité territoriale et que le cumul des loyers HT, exprimés en euros courants, sur la durée du contrat est inférieur à 40 millions, le financement privé doit alors être majoritaire.

III.3. Analyse comparative de la VAN des coûts avant prise en compte monétaire des risques

Il s'agit ici de procéder à une évaluation de la valeur actualisée nette (VAN) des coûts dans chaque schéma avant prise en compte des risques qui s'y rapportent. Le rapport devra fournir les éléments d'appréciation suivants :

- Justification de la période retenue pour la comparaison des schémas. Il faudra veiller à ce que les périodes de comparaison soient identiques.
- Estimation pour la personne publique des valeurs actuelles des flux nets de décaissements dans chacun des schémas.
- Si les calendriers de conception-réalisation sont significativement différents entre les schémas (plus de 6 mois de décalage dans les dates de mise en service), **l'avantage socio-économique associé à la mise en service plus rapide de l'ouvrage** en contrat de partenariat devra être calculé en respectant la méthodologie proposée dans le nouveau guide méthodologique. Toutefois, si le projet génère des économies ou des recettes de valorisation substantielles (réseaux haut débit, équipements sportifs ou culturels susceptibles d'exploitation commerciale, collecte et valorisation de déchets), on estimera que le gain associé à une mise en service plus rapide des investissements sera correctement traduit par les économies ou les recettes dégagées de façon anticipée.
- Les calculs de VAN des coûts seront également présentés TVA comprise afin d'estimer fidèlement les charges prévisionnelles et leur soutenabilité budgétaire pour la personne publique.
- Le rapport devra enfin faire apparaître le montant du premier loyer TTC (en euros courants) sur les douze mois suivant la mise en service de la totalité des ouvrages.

III.4. Analyse comparative de la VAN des coûts après prise en compte monétaire des risques

- Estimation qualitative (approche matricielle) et répartition des risques entre les acteurs publics et privés.
- Valorisation monétaire des risques dans chaque schéma (avec une approche plus ou moins sophistiquée selon la nature et la taille du projet).
- Estimation des valeurs actuelles des flux nets de décaissement des schémas pour la personne publique après prise en compte monétaire des risques.

L'analyse sera complétée par :

- des tests de sensibilité sur les principaux postes de coûts et de financement,
- un calcul des valeurs de basculement (qui font pencher la comparaison en termes de valeurs actuelles des flux nets dans un sens ou dans l'autre et qui ont pour but de mesurer la robustesse relative d'un schéma par rapport à un autre) sur les principaux paramètres (coût des travaux, coût annuel d'entretien-exploitation, marge bancaire sur la dette cédée et acceptée en contrat de partenariat),
- une étude de l'impact des schémas en termes de performance et de développement durable, à partir de données de nature non quantifiable,
- l'indication du montant des premiers loyers après la mise en service complète des investissements et leur date de versement, de même que leur cumul sur la durée du PPP (en euros courants) seront rappelés.

* * *

Le tableau de synthèse, qui est proposé en annexe et qu'il conviendra de remplir le plus complètement possible, sera établi à partir des tableaux repris dans les parties correspondantes du rapport d'évaluation avec les mêmes libellés.

Données de l'Evaluation préalable

Calendrier global

Date de Lancement du Projet
Date de Signature des marchés de travaux ou du CP
Durée du Contrat de partenariat (50 ans maximum)
Date de début de réalisation des travaux
Durée de réalisation des travaux
Date de mise en service
Durée d'exploitation
Date de fin du CP

Coûts de Réalisation du projet en euros constants HT (I) Préciser la date de référence

Coût des travaux et équipements

Travaux
Provisions pour modification
Equipements et mobilier
Sous-total coût des travaux et équipements (11)

Honoraires de conception

Honoraires de maîtrise d'œuvre
Ordonnancement, pilotage, coordination (OPC)
Coordination SSI (Systèmes sécurité Incendie) et SPS (Sécurité et Protection de la Santé)
Contrôle technique
Autres coûts liés aux études
Sous-total honoraires de conception (12)

Autres coûts annexes

Assurances (DO, TRC/Tous risques montage essais, RC cours de chantier et RC constructeurs non réalisateurs, responsabilité décennale, ...)
Provision pour aléas et imprévus
Contrat de promotion immobilière (CPI)
Coûts de maîtrise d'ouvrage
Frais de conseil et de montage de la société de projet
Autres coûts et taxes diverses
Sous-total autres coûts annexes (13)

Total général coûts de réalisation du projet (HT) (I = 11+12+13)

Coûts de gestion du projet pour la personne publique

Assistance (juridique, financière, technique)
Indemnisation des candidats
Frais de gestion interne
Autres

Total coûts de gestion du projet pour la personne publique

Subventions et recettes de valorisation (II)

Montant des subventions d'investissements
Autres subventions
Recettes de valorisation
Avances sur loyer
Total

Montant à financer hors frais financiers (A = I - II)

Données fiscales

Taux de TVA applicable au projet :
Phase de construction
Phase d'exploitation
Assujettissement à la TVA
Éligibilité au FCTVA
Délai de remboursement de la TVA si éligibilité au FCTVA

Financement des Coûts de Réalisation (hors subventions)**Données initiales de financement**

Taux de Financement de la Personne Publique
Commission d'arrangement
Commission d'engagement
Ventilation des coûts de Réalisation (uniforme, triangulaire, crescendo, autres)

Autres données de financement**Période d'investissement / préfinancement****Crédit de préfinancement**

Commission d'arrangement ou de montage
Commission d'engagement ou de non utilisation
Taux de référence
Marge bancaire tout compris
Taux tout compris
Période de capitalisation des intérêts intercalaires
Total des intérêts intercalaires capitalisés (1)

Crédit relais fonds propres

Commission d'arrangement ou de montage
Commission d'engagement ou de non utilisation
Taux de référence
Marge bancaire tout compris
Taux tout compris
Période de capitalisation des intérêts
Total des intérêts intercalaires capitalisés (2)

Crédit relais TVA

Commission d'arrangement ou de montage
Commission d'engagement ou de non utilisation
Taux de référence
Marge bancaire tout compris
Taux tout compris
Durée du portage (en mois)
Période de capitalisation des intérêts
Total des intérêts intercalaires capitalisés (3)

Total des intérêts intercalaires capitalisés (B = 1 +2 +3)

Montant à financer avec frais financiers (A + B)

Période d'exploitation / remboursement

Dettes senior / (dettes senior + fonds propres)
Cession de Créances acceptée / Dettes senior

Dettes cédées et acceptées

Commission d'arrangement ou de montage
Commission d'engagement ou de non utilisation
Taux de référence
Marge de swap
Marge bancaire
Taux tout compris
Durée

Dettes en risque projet

Commission d'arrangement ou de montage
Commission d'engagement ou de non utilisation
Taux de référence
Marge de swap
Marge bancaire
Taux tout compris
Durée

Capital social de la société de projet (non amortissable)

Rentabilité après IS

Dettes subordonnées d'actionnaires

Commission d'arrangement ou de montage
Taux de référence
Marge bancaire (si prêt bancaire cautionné)
Taux tout compris
Conditions d'amortissement
Durée

Données de la phase d'Exploitation-Maintenance

Assurances durant la phase d'exploitation (Dommages aux biens, perte de loyers, RC immeuble et exploitation)
Périodicité GER
Coût GER périodique
Coût de maintenance-exploitation courante non externalisée
Coût de maintenance-exploitation courante externalisée
Evolution tendancielle des coûts de maintenance-exploitation non externalisée
Evolution tendancielle des coûts de maintenance-exploitation externalisée
Coût coordination Personne Publique ou coût société de projet

Coût total de maintenance-exploitation courante
Coût total du GER
Total Autres coûts de maintenance-exploitation

Recettes de valorisation

Recettes de valorisation
Autres recettes et ressources complémentaires (soumises à TVA)

Coefficients d'indexation

Phase de Réalisation
Coût coordination personne publique/ coût société de projet
GER
Maintenance-exploitation
Recettes de valorisation

Inflation prise en compte dans l'évaluation

Actualisation

Taux d'Actualisation
Date d'Actualisation

VAN (préciser si prise en compte ou non de l'avantage socio-économique à chaque fois)

VAN nette SANS Risques
VAN nette AVEC Risques

Tests de Basculement CP > MOP

? % coûts d'investissement conduisant au basculement CP>MOP
? % coûts d'exploitation-maintenance conduisant au basculement CP>MOP
? % marge sur dette cédée et acceptée conduisant au basculement CP>MOP

Valeurs à renseigner

Taux de FCTVA
Taux de Rémunération de la trésorerie
Loyer sur les 12 premiers mois suivant la mise en service totale
Estimation du cumul des loyers sur la durée du CP (en € courants)

ANNEXE 2 : ESTIMATION DE L'AVANTAGE SOCIO-ECONOMIQUE LIE A LA MISE EN SERVICE PLUS RAPIDE D'UN OUVRAGE EN CONTRAT DE PARTENARIAT

Le calcul économique appliqué au choix des investissements publics préconise de ne réaliser que les projets qui présentent un intérêt pour la collectivité, c'est-à-dire les projets pour lesquels le bénéfice actualisé socio-économique est positif.

Or, si cet indicateur est calculé dans le secteur des transports, à l'aide de méthodes usuelles régulièrement mises à jour, de sorte qu'il est possible dans ce secteur d'estimer à la fois les coûts et les avantages socio-économiques d'un projet, en revanche, dans les autres secteurs aucune étude de ce type n'est réalisée et donc seuls les coûts peuvent être pris en compte.

Les avantages socio-économiques liés à une mise en service plus rapide en contrat de partenariat sont susceptibles d'être estimés selon plusieurs méthodes, aussi la personne publique pourra produire une estimation de ces avantages selon une méthode de son choix, sous réserve d'en justifier la pertinence.

Par exemple, la personne publique pourra, à titre d'estimation de l'avantage socio-économique lié à une mise en service plus rapide en contrat de partenariat considérer que cet avantage peut être approché par les surcoûts, essentiellement financiers et en charges de personnels, qu'il aurait fallu engager dans le schéma de référence pour mettre en service l'ouvrage dans des délais comparables à ceux du contrat de partenariat.

Un autre exemple concerne les projets donnant lieu à des économies de coûts de fonctionnement (performance énergétique par exemple) ou à des recettes principales ou de valorisation. En effet, on peut considérer que ces économies et ces recettes traduisent en première approximation, durant la période où le schéma de référence ne sera pas encore mis en service, le gain associé à une mise en service plus rapide en contrat de partenariat.

La méthode ici proposée, d'estimation des avantages socio-économiques liés à la mise en service plus rapide d'un ouvrage en contrat de partenariat, ne s'applique par défaut qu'aux projets pour lesquels aucune estimation des avantages socio-économiques n'est disponible et pour lesquels les deux méthodes visées ci-dessous ne sont pas pertinentes, soit que l'écart entre les dates de mise en service demeure important, soit que les recettes ou économies attendues sont relativement faibles.

1 - Exposé du problème

Au titre de l'évaluation préalable, une comparaison en termes de valeur actuelle nette (VAN) des flux financiers liés au projet doit être effectuée pour comparer le schéma « contrat de partenariat » (CP) aux autres modes alternatifs pertinents de la commande publique. Cette comparaison se limite généralement à la comparaison entre le schéma CP et le schéma « maîtrise d'ouvrage publique » (MOP), qui est le mode de passation, dit de « référence », qui aurait été mis en œuvre en l'absence du contrat de partenariat.

Compte tenu des caractéristiques du contrat de partenariat, qui participent structurellement à la recherche de la performance, la mise en service d'un projet réalisé en

contrat de partenariat intervient généralement plus rapidement³⁶ que si ce même projet était réalisé en maîtrise d’ouvrage publique.

Or, le jeu de l’actualisation, d’une part, et, d’autre part, le fait que seuls sont pris en compte les coûts dans le calcul de la VAN (et éventuellement les recettes principales et les recettes dites de « valorisation » dans le schéma CP) et pas les avantages socio-économiques, conduisent à pénaliser doublement le schéma CP dans la mesure où la mise en service plus rapide que dans le schéma MOP se traduit par des décaissements intervenants plus tôt et par des avantages socio-économiques concomitants qui ne sont pas estimés.

2 - Méthode préconisée jusqu’à présent par la MAPPP

Afin de ne pas pénaliser le schéma CP, la MAPPP préconisait de procéder à un calage de la mise en service consistant à aligner la fin des travaux dans les deux schémas à une même date.

Le schéma ci-dessous illustre le principe du calage de la mise en service. On observe que dans le schéma CP l’ouvrage est livré un an avant le schéma MOP, la durée des travaux (en rouge) étant égale à 3 ans dans le schéma CP et à 4 ans dans le schéma MOP. Le calage consiste, d’une part, à aligner la date de mise en service de l’ouvrage dans le schéma CP sur celle du schéma MOP (décalage d’un an) et, d’autre part, à comparer les coûts des deux schémas pour la personne publique sur la base d’une même durée d’exploitation (en vert). L’idée sous-jacente est que la durée du schéma CP est fixe, qu’elle débute à la signature du contrat et qu’elle englobe les durées des périodes de construction et d’exploitation.



Dans ces conditions, la VAN dans le schéma CP est réduite par le jeu de l’actualisation³⁷, d’une part au titre du coût des travaux et, d’autre part, au titre des coûts d’exploitation.

3 - Méthode nouvelle préconisée par la MAPPP

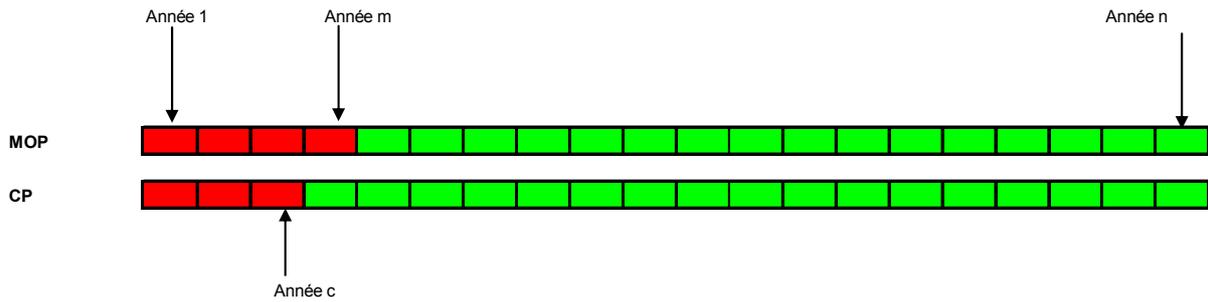
Le calage de la mise en service n’est pas adapté à tous types de projets, notamment parce qu’il ne repose sur aucune préconisation du calcul économique et parce qu’il s’avère en outre insuffisant lorsque l’écart entre les dates de mise en service est important. La MAPPP propose donc d’appliquer une nouvelle méthode permettant d’apprécier, de manière à la fois simple et robuste, non pas l’avantage socio-économique proprement dit procuré par la mise en service plus rapide d’un ouvrage dans le schéma CP, mais un indicateur de cet avantage. En effet, le calcul de l’avantage socio-économique proprement dit conduirait à complexifier les calculs pour un gain somme toute limité³⁸.

³⁶ C’est bien la date de mise en service des ouvrages qui importe et pas la date de début des travaux.

³⁷ En supposant que l’indexation des coûts est inférieure au taux d’actualisation.

³⁸ Le calcul de l’avantage socio-économique proprement dit nécessiterait notamment de mener les calculs hors taxes et transferts avec des montants exprimés en euros constants et actualisés au taux préconisé par le Conseil

Cette méthode est explicitée par le graphique suivant :



où m (resp. c) est la date de livraison de l'ouvrage dans le schéma MOP (resp. CP).

1^{ère} étape : calculer les VAN des coûts nets hors taxes³⁹ dans les schémas MOP (VAN_{MOP}) et CP (VAN_{CP}). Les VAN sont négatives, les coûts étant exprimés négativement.

$$VAN_{MOP(a_{MOP})} = \sum_{t=1}^n \frac{Ct_{MOP} - a_{MOP}}{(1+i)^t} \text{ avec } a_{MOP} = 0 \text{ et } VAN_{CP} = \sum_{t=1}^n \frac{Ct_{CP}}{(1+i)^t}$$

où :

- i est le taux d'actualisation égal au taux de financement de la personne publique dans le schéma MOP. En conséquence, le calcul de la VAN dans le schéma MOP n'inclura pas les coûts de financement, ces derniers étant neutralisés par le jeu de l'actualisation. En revanche, dans le schéma CP la VAN inclura les coûts de financement.
- Ct_{MOP} (resp. CP) est le coût pour la personne publique associé à l'année t pour le schéma MOP (resp. CP).
- l'année 1 étant une date commune aux deux schémas antérieure à tout décaissement dans les deux schémas.
- a_{mop} : voir *infra*.

On observe dans la très grande majorité des cas que la VAN des coûts, en valeur absolue, est plus élevée dans le schéma CP (VAN_{CP}) que dans le schéma MOP (VAN_{MOP}) : $VAN_{CP} > VAN_{MOP}$

2^{ème} étape : calculer l'avantage socio-économique⁴⁰ annuel constant (a_{MOP}) qui sur la durée d'exploitation annule la $VAN_{MOP(a_{MOP})}$: a_{MOP} tel que $VAN_{MOP(a_{MOP})} = 0$ ⁴¹. En effet, les avantages annuels socio-économiques procurés par l'ouvrage ne sont pas « capturés » par la VAN des flux financiers. Cette « capture » est effectuée en annulant la VAN, de sorte que l'ouvrage soit socio-économiquement rentable pour la personne publique, en supposant que le

d'Analyse Stratégique. La méthode proposée consiste à rester dans le cadre du calcul financier en retenant des montants exprimés en euros courants et actualisés au taux de financement de la personne publique. L'indicateur de l'avantage socio-économique lié à une mise en service plus rapide de l'ouvrage dans le schéma CP est donc l'avantage financier qui constitue une approximation acceptable de l'avantage socio-économique étant donné que cet avantage n'est calculé que sur la période séparant les mises en service de l'ouvrage dans les deux schémas et que sa valeur reste faible par rapport à la VAN du projet dans le schéma CP.

³⁹ La loi du 28 juillet 2008 relative au contrat de partenariat préconise d'effectuer les calculs hors taxes afin ne pas biaiser par des considérations fiscales la comparaison entre les modes de la commande publique.

⁴⁰ En fait l'indicateur de l'avantage socio-économique. Dans les développements qui suivent le terme « avantage » sera néanmoins utilisé.

⁴¹ Autrement dit, la somme actualisée de l'indicateur de l'avantage socio-économique annuel constant (a_{MOP}) sur la durée d'exploitation doit être égale à la VAN des coûts (VAN_{MOP}).

taux de rentabilité socio-économique (taux d'actualisation) de la personne publique est aligné sur le taux de financement⁴².

3^{ème} étape : considérant que l'avantage socio-économique annuel procuré par l'ouvrage ne dépend pas du schéma de réalisation⁴³, on peut alors ajouter à la VAN_{CP} la somme actualisée des avantages (A_{CP}) durant la période c à m qui correspond aux avantages associés à la mise en service plus rapide dans le schéma CP⁴⁴.

$$A_{CP} = \sum_{t=c+1}^m \frac{a_{MOP}}{(1+i)^t}$$

$$VAN_{CP \text{ corrigée}} = \sum_{t=1}^n \frac{Ct_{CP}}{(1+i)^t} + A_{CP}$$

$$VAN_{CP \text{ corrigée}} = \sum_{t=1}^n \frac{Ct_{CP}}{(1+i)^t} + a_{MOP} \sum_{t=c+1}^m \frac{1}{(1+i)^t}$$

Remarque : la période c à m correspond pour les besoins de la présentation, à une durée exprimée en année(s) pleine(s). Cette période peut être exprimée en mois. Toutefois si l'écart entre les dates de mise en service est inférieur à 1an après prise en compte des risques, la méthode ici proposée pourra ne pas être appliquée, l'écart des avantages socio-économiques étant réputé négligeable.

4 - Prise en compte des risques

Les développements suivants n'ont pour objet que d'illustrer les principes proposés de prise en compte des risques associé au problème de la mise en service plus rapide de l'ouvrage en contrat de partenariat.

4.1 - Dérive de délai dans le schéma MOP

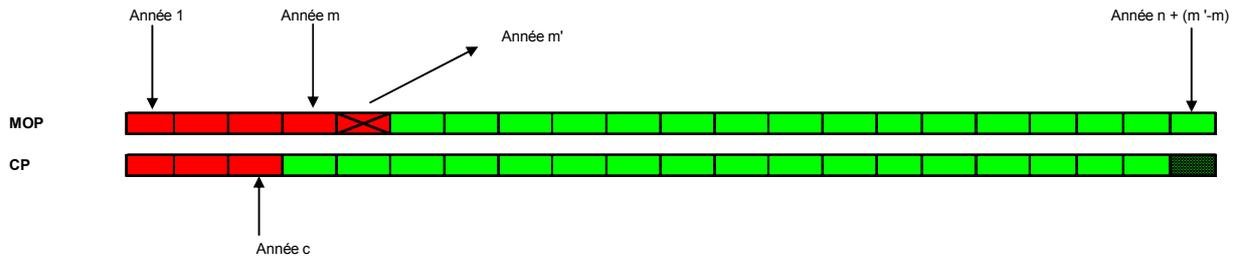
Supposons que la date de livraison de l'ouvrage dans le schéma MOP est décalée et qu'elle n'intervient plus l'année m mais l'année m' , la date de mise en service de l'ouvrage dans le schéma CP restant inchangée (année c).

⁴² Il est donc fait l'hypothèse implicite que si le projet doit être réalisé c'est qu'il est socio-économiquement rentable en MOP dès lors que son bénéfice actualisé socio-économique doit être au moins nul. Cela conduit donc à supposer que les coûts du projet réalisé en MOP déterminent ses avantages socio-économiques, ce qui est évidemment une hypothèse forte. Cette hypothèse sera tout de même retenue au regard de son caractère opérationnel, faute de pouvoir procéder autrement.

Il est important de bien comprendre que les avantages socio-économiques ne dépendent pas du coût du projet une fois ses caractéristiques physiques définies (une autoroute procurera les mêmes avantages socio-économiques même si son coût est majoré, dès lors que ses caractéristiques et son tracé ne sont pas modifiés). Cependant, l'hypothèse selon laquelle les avantages annuels socio-économiques sont ici constants dans le temps s'avère conservatrice dans la mesure où les avantages sont censés croître dans le temps.

⁴³ Les objectifs des projets étant supposés identiques dans les schémas MOP et CP les chroniques des avantages annuels sont également identiques, à la seule différence que la chronique associée au schéma CP est plus longue de l'écart entre les dates de mises en service de l'ouvrage dans les deux schémas.

⁴⁴ La VAN corrigée dans le schéma CP ne correspond donc pas à la prise en compte des avantages socio-économiques sur toute la durée d'exploitation. Elle se limite à refléter le différentiel d'avantages socio-économiques par rapport à une VAN dans le schéma MOP qui, par hypothèse, est réputée invariable.



Après avoir procédé à l'ajustement de la date de fin d'exploitation dans le schéma CP sur la nouvelle date de fin d'exploitation du schéma MOP, on calculera l'avantage socio-économique annuel constant (a_{MOPD}) sur la durée d'exploitation qui annule la $VAN_{MOPD(a_{MOPD})}$:

a_{MOPD} tel que avec $VAN_{MOPD(a_{MOPD})} = 0$ avec $VAN_{MOPD(a_{MOPD})} = \sum_{t=1}^n \frac{Ct_{MOPD} - a_{MOPD}}{(1+i)^t}$. La somme actualisée des avantages socio-économiques durant la période c à m' associée au schéma CP est alors égale à :

$$A_{CP'} = \sum_{t=c+1}^{m'} \frac{a_{MOPD}}{(1+i)^t}$$

$$VAN_{CP' corrigée} = \sum_{t=1}^{n+(m'-m)} \frac{Ct_{CP}}{(1+i)^t} + A_{CP'}$$

$$VAN_{CP' corrigée} = \sum_{t=1}^{n+(m'-m)} \frac{Ct_{CP}}{(1+i)^t} + a_{MOPD} \sum_{t=c+1}^{m'} \frac{1}{(1+i)^t}$$

$$VAN_{MOPD} = \sum_{t=1}^{n+(m'-m)} \frac{Ct_{MOPD}}{(1+i)^t}$$

4.2 - Dérive de délai et de coûts dans le schéma MOP

Supposons qu'à la dérive de délai évoquée ci-avant dans le schéma MOP s'ajoute une dérive de coûts Ct_{MOPDC} dans ce même schéma, la date de mise en service et les coûts dans le schéma CP restant inchangés.



Il convient alors de calculer la VAN_{MOPDC} qui est la VAN_{MOP} tenant compte de la dérive de la date de mise en service et de celle des coûts.

$$VAN_{MOPDC} = \sum_{t=1}^{n+(m'-m)} \frac{Ct_{MOPDC}}{(1+i)^t}$$

La somme actualisée des avantages socio-économiques durant la période c à m' est la même que celle estimée en l'absence de dérive des coûts, les avantages socio-économiques n'étant impactés que par la dérive des délais.

$$A_{CP^n} = \sum_{t=c+1}^{m'} \frac{a_{MOPD}}{(1+i)^t}$$

$$VAN_{CP^n \text{ corrigée}} = \sum_{t=1}^{n+(m'-m)} \frac{Ct_{CP}}{(1+i)^t} + A_{CP^n}$$

$$VAN_{CP^n \text{ corrigée}} = \sum_{t=1}^{n+(m'-m)} \frac{Ct_{CP}}{(1+i)^t} + a_{MOPD} \sum_{t=c+1}^{m'} \frac{1}{(1+i)^t}$$

5 - Mise en service progressive de l'ouvrage

On a considéré jusqu'ici que la mise en service de l'ouvrage intervenait en une seule fois. Or certains projets se caractérisent par une mise en service progressive de l'ouvrage, de sorte que des avantages socio-économiques sont générés avant que la totalité de l'ouvrage ne soit mise en service. Dans ce cas la méthode suivante sera appliquée en supposant que la mise en service progressive de l'ouvrage ne concerne que le schéma MOP⁴⁵, ce qui est le cas très général (notamment en raison de contraintes budgétaires).

Le problème pourra être résolu selon les étapes suivantes :

1^{ère} étape : on calculera dans le schéma MOP l'avantage socio-économiques constant a_{MOP} correspondant à l'avantage produit lorsque l'ouvrage est intégralement mis en service: a_{MOP} tel que $VAN_{MOP} = 0$.

2^{ème} étape : afin de calculer dans le schéma MOP les avantages socio-économique associés à chacune des mises en service des tranches de l'ouvrage, on supposera que ces avantages sont proportionnels aux coûts qui les génèrent⁴⁶.

Ainsi l'avantage socio-économique a_{MOP1} généré par la première tranche est :

$$a_{MOP1} = \frac{C_{MOP1}}{C_{MOP}} a_{MOP}$$

et celui généré par la première et deuxième tranche :

$$a_{MOP2} = \frac{C_{MOP1} + C_{MOP2}}{C_{MOP}} a_{MOP}$$

et ainsi de suite sachant que la dernière tranche mise en service produira l'avantage a_{MOP} .

⁴⁵ La mise en service progressive peut également concerner le schéma CP, mais ce cas ne sera pas illustré afin de faciliter la compréhension du principe.

⁴⁶ Les coûts pourront être remplacés par des indicateurs d'avancement technique lorsque c'est possible : nombre de points lumineux en service si le projet est un projet d'éclairage public ou nombre d'usagers desservis ou raccordés si le projet est un projet de desserte haut-débit.

La valeur actuelle nette A_{MOP^*} des avantages socio-économiques associés à la mise en service des tranches précédant la dernière tranche est alors égale :

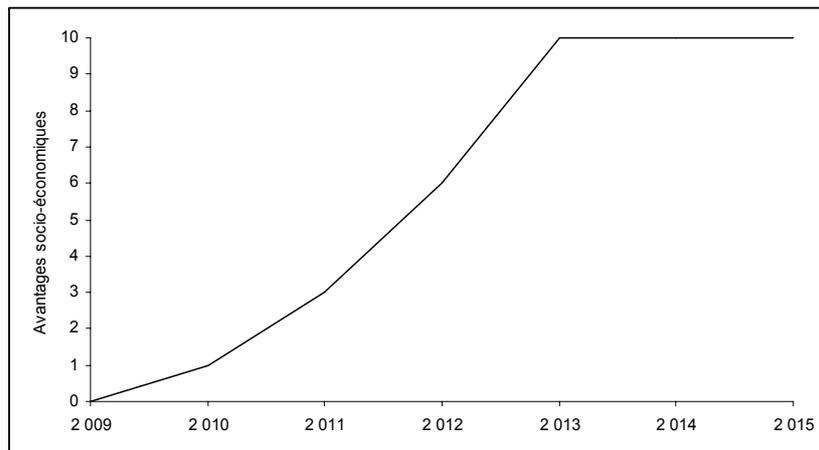
$$A_{MOP^*} = \sum_{t=1}^{m-1} \frac{a_{MOPt}}{(1+i)^t}$$

où m est le nombre de tranches.

A titre d'illustration, supposons qu'un ouvrage réalisé en MOP comporte 4 tranches mises en service sur la période 2009-2012, pour un total de 100 M€ HT, et que l'avantage socio-économique associé à la mise en service de la totalité de l'ouvrage (en 2013) est égal de 10 M€.

Postes	2 009	2 010	2 011	2 012	2013
Coût des tranches (M€ HT)	10	20	30	40	
Part des coûts des tranches	10,0%	20,0%	30,0%	40,0%	
Parts des avantages socio-économiques		10,0%	30,0%	60,0%	100,0%
Valeurs des avantages		1	3	6	10

La méthode préconisée pour calculer la chronique des avantages socio-économiques est illustrée par le graphique suivant :



Au final, la valeur actuelle nette du schéma MOP avec mise en service progressive des tranches est égale à :

$$VAN_{MOP\ mesp} = \sum_{t=1}^n \frac{Ct_{MOPt}}{(1+i)^t} + A_{MOP^*}$$

Quant à la valeur actuelle nette du schéma CP elle reste égale à

$$VAN_{CP} = \sum_{t=1}^n \frac{Ct_{CP}}{(1+i)^t} + a_{MOP} \sum_{t=c+1}^m \frac{1}{(1+i)^t}$$

Pour des cas nécessitant un traitement complexe ou pour toutes informations ou précisions complémentaires concernant la mise en œuvre de la méthode préconisée le lecteur est invité à se rapprocher de la MAPPP.

6 - Illustration de la méthode

Supposons qu'un projet doit être réalisé et qu'il peut l'être soit à l'aide de différents marchés (schéma MOP), soit en contrat de partenariat (schéma CP).

A titre d'illustration de la méthode, et afin de faciliter sa compréhension, seules diffèrent entre les schémas, parmi les paramètres retenus, les dates de mise en service de l'ouvrage et les taux de financement.

Hypothèses retenues pour la simulation

Taux de financement de la personne publique (schéma MOP)	5%
Taux de financement du partenaire privé (schéma CP)	6%

Evolution annuelle du coût de réalisation (schémas MOP et CP)	4%
Evolution annuelle des dépenses durant la phase d'exploitation (schémas MOP et CP)	3%

Coût total à la livraison M€ HT (schémas MOP et CP)	100
Coût annuel d'exploitation en % du coût de réalisation (schémas MOP et CP)	10%
Durée de réalisation en années (schéma MOP)	4
Durée de réalisation en années (schéma CP)	3

La durée du contrat de partenariat est de 30 ans dont 27 ans d'exploitation.

Dans le schéma MOP, les coûts de financement ne sont pas pris en compte, l'actualisation des flux se faisant au taux de financement de la personne publique.

6.1 - Calcul de l'avantage socio-économique dans le schéma CP avant prise en compte des risques

Avec les hypothèses retenues, il ressort que :

$$VAN_{MOP} = \sum_{t=1}^{30} \frac{Ct_{MOP}}{(1+0,05)^t} = -276 \text{ M€ HT} \text{ et } VAN_{CP} = \sum_{t=1}^{30} \frac{Ct_{CP}}{(1+0,05)^t} = -297 \text{ M€ HT}$$

Le schéma CP présente donc un surcoût de 21 M€ HT (+7,5%).

Durée des travaux en MOP = 4 ans		Coûts HT															
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	25	26	27	28	29	30	
Années	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2033	2034	2035	2036	2037	2038	
Construction	-25,0	-26,0	-27,0	-28,1													
Exploitation					-11,3	-11,6	-11,9	-12,3	-12,7	-13,0	-20,3	-20,9	-21,6	-22,2	-22,9	-23,6	
Total coût	-25,0	-26,0	-27,0	-28,1	-11,3	-11,6	-11,9	-12,3	-12,7	-13,0	-20,3	-20,9	-21,6	-22,2	-22,9	-23,6	
Coeff d'actualisation	1,050	1,103	1,158	1,216	1,276	1,340	1,407	1,477	1,551	1,629	3,386	3,556	3,733	3,920	4,116	4,322	
Flux actualisés	-23,8	-23,6	-23,4	-23,1	-8,8	-8,7	-8,5	-8,3	-8,2	-8,0	-6,0	-5,9	-5,8	-5,7	-5,6	-5,5	
VAN	-276																

Durée des travaux en CP = 3 ans		Coûts HT															
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	25	26	27	28	29	30	
Années	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2033	2034	2035	2036	2037	2038	
Construction	-33,3	-34,7	-36,1														
Annuités de remboursement				-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	
Exploitation				-10,9	-11,3	-11,6	-11,9	-12,3	-12,7	-13,0	-20,3	-20,9	-21,6	-22,2	-22,9	-23,6	
Total coût				-19,3	-19,6	-19,9	-20,3	-20,6	-21,0	-21,4	-28,7	-29,3	-29,9	-30,6	-31,2	-31,9	
Flux actualisés				-15,9	-15,4	-14,9	-14,4	-14,0	-13,5	-13,1	-8,5	-8,2	-8,0	-7,8	-7,6	-7,4	
VAN	-297																

L'avantage socio-économique annuel a_{MOP} associé à la mise en service plus rapide d'un an de l'ouvrage dans le schéma CP (3 ans de travaux au lieu de 4 ans dans le schéma MOP) est estimé à 23,3 M€.

La somme actualisée des avantages durant la période (m-c) qui correspond aux avantages associés à la mise en service plus rapide dans le schéma CP est égale à 19 M€.

$$A_{CP} = \sum_{t=c+1}^m \frac{a_{MOP}}{(1+i)^t} = \sum_{t=4}^4 \frac{23,3}{(1+0,05)^t} = 19M€$$

$$\text{d'où } VAN_{CP \text{ corrigée}} = \sum_{t=1}^{30} \frac{Ct_{CP}}{(1+i)^t} + A_{CP} = -297 + 19 = -278M€ HT$$

Durée des travaux en MOP = 4 ans		Coûts HT															
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	25	26	27	28	29	30	
Années	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2033	2034	2035	2036	2037	2038	
Construction	-25,0	-26,0	-27,0	-28,1													
Exploitation					-11,3	-11,6	-11,9	-12,3	-12,7	-13,0	-20,3	-20,9	-21,6	-22,2	-22,9	-23,6	
Total coût	-25,0	-26,0	-27,0	-28,1	-11,3	-11,6	-11,9	-12,3	-12,7	-13,0	-20,3	-20,9	-21,6	-22,2	-22,9	-23,6	
Avantages						23,3	23,3	23,3	23,3	23,3	23,3	23,3	23,3	23,3	23,3	23,3	
Total	-25,0	-26,0	-27,0	-28,1	12,1	11,7	11,4	11,0	10,7	10,3	3,0	2,4	1,8	1,1	0,5	-0,2	
Coeff d'actualisation	1,050	1,103	1,158	1,216	1,276	1,340	1,407	1,477	1,551	1,629	3,386	3,556	3,733	3,920	4,116	4,322	
Flux actualisés	-23,8	-23,6	-23,4	-23,1	9,5	8,8	8,1	7,5	6,9	6,3	0,9	0,7	0,5	0,3	0,1	-0,1	
BA	0																

Avant prise en compte des risques	
VAN MOP HT	-276
VAN CP HT	-297
Avantage CP	19
VAN CP corrigée HT	-278

Ainsi la livraison une année plus tôt de l'ouvrage dans le schéma CP permet de générer 19 M€ d'avantages socio-économiques actualisés qui viennent donc en déduction de la VAN du projet.

La VAN dans le schéma MOP restant inchangée (-276 M€ HT), le surcoût par rapport au schéma MOP est ramené à 2 M€ HT (+0,5%).

6.2 - Calcul de l'avantage socio-économique dans le schéma CP avec prise en compte des risques

6.2.1 - Dérive de délais dans le schéma MOP

On suppose que dans le schéma MOP la date de mise en service de l'ouvrage est décalée d'un an, toutes choses étant égales par ailleurs.

$$VAN_{MOPD} = \sum_{t=1}^{31} \frac{Ct_{MOPD}}{(1+0,05)^t} = -272M€ HT \text{ et } A_{CP'} = \sum_{t=4}^5 \frac{24,2}{(1+0,05)^t} = 39M€$$

$$\text{Donc } VAN_{CP' \text{ corrigée}} = \sum_{t=1}^{31} \frac{Ct_{CP}}{(1+0,05)^t} + A_{CP'} = -302 + 39 = -263M€ HT$$

Durée des travaux en MOP = 5 ans Coûts HT

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	25	26	27	28	29	30	31
Années	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2033	2034	2035	2036	2037	2038	2039
Construction	-20,0	-20,8	-21,6	-22,5	-23,4												
Exploitation						-11,6	-11,9	-12,3	-12,7	-13,0	-20,3	-20,9	-21,6	-22,2	-22,9	-23,6	-24,3
Total coût	-20,0	-20,8	-21,6	-22,5	-23,4	-11,6	-11,9	-12,3	-12,7	-13,0	-20,3	-20,9	-21,6	-22,2	-22,9	-23,6	-24,3
Coeff d'actualisation	1,050	1,103	1,158	1,216	1,276	1,340	1,407	1,477	1,551	1,629	3,386	3,556	3,733	3,920	4,116	4,322	4,538
Flux actualisés	-19,0	-18,9	-18,7	-18,5	-18,3	-8,7	-8,5	-8,3	-8,2	-8,0	-6,0	-5,9	-5,8	-5,7	-5,6	-5,5	-5,3
VAN	-272																

Durée des travaux en CP = 3 ans Coûts HT

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	25	26	27	28	29	30	31
Années	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2033	2034	2035	2036	2037	2038	2039
Construction	-33,3	-34,7	-36,7														
Annuités de remboursement				-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3	-8,3
Exploitation				-10,9	-11,3	-11,6	-11,9	-12,3	-12,7	-13,0	-20,3	-20,9	-21,6	-22,2	-22,9	-23,6	-24,3
Total coût				-19,3	-19,6	-19,9	-20,3	-20,6	-21,0	-21,4	-28,7	-29,3	-29,9	-30,6	-31,2	-31,9	-24,3
Coeff d'actualisation	1,050	1,103	1,158	1,216	1,276	1,340	1,407	1,477	1,551	1,629	3,386	3,556	3,733	3,920	4,116	4,322	4,538
Flux actualisés	-19,0	-18,9	-18,7	-15,9	-15,4	-14,9	-14,4	-14,0	-13,5	-13,1	-8,5	-8,2	-8,0	-7,8	-7,6	-7,4	-5,3
VAN	-302																

Calcul de l'avantage annuel du schéma CP

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	25	26	27	28	29	30	31
Années	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2033	2034	2035	2036	2037	2038	2039
Construction	-20,0	-20,8	-21,6	-22,5	-23,4												
Exploitation						-11,6	-11,9	-12,3	-12,7	-13,0	-20,3	-20,9	-21,6	-22,2	-22,9	-23,6	-24,3
Total coût	-20,0	-20,8	-21,6	-22,5	-23,4	12,6	12,2	11,9	11,5	11,1	3,8	3,2	2,6	1,9	1,3	0,6	-0,1
Avantages																	
Total	-20,0	-20,8	-21,6	-22,5	-23,4	12,6	12,2	11,9	11,5	11,1	3,8	3,2	2,6	1,9	1,3	0,6	-0,1
Coeff d'actualisation	1,050	1,103	1,158	1,216	1,276	1,340	1,407	1,477	1,551	1,629	3,386	3,556	3,733	3,920	4,116	4,322	4,538
Flux actualisés	-19,0	-18,9	-18,7	-18,5	-18,3	9,4	8,7	8,0	7,4	6,8	1,1	0,9	0,7	0,5	0,3	0,1	0,0
BA	0																

Après prise en compte des risques délais	
VAN MOP HT	-272
VAN CP HT	-302
Avantage CP	39
VAN CP corrigée HT	-263

Ainsi le décalage d'un an de la mise en service de l'ouvrage dans le schéma MOP permet de générer 20 M€ (39-19) d'avantages socio-économiques actualisés supplémentaires en faveur du schéma CP, qui viennent donc en déduction de la VAN du projet dans le schéma CP. La VAN du schéma CP est donc maintenant égale à -263 M€ HT au lieu de -278 M€ HT.

La VAN dans le schéma MOP a été réduite compte tenu de l'étalement dans le temps du coût de réalisation. Elle passe de -276 M€ HT à -272 M€ HT.

6.2.2 - Dérive de délais et de coût dans le schéma MOP

On suppose dans le schéma MOP que le coût de réalisation augmente de 15% et que les coûts d'exploitation augmentent de 10%, toutes choses étant égales par ailleurs (la durée de réalisation est de 5 ans).

$$VAN_{MOPDC} = \sum_{t=1}^{31} \frac{Ct_{MOPDC}}{(1+0,05)^t} = -298 M€ HT \text{ et } A_{CP^n} = \sum_{t=4}^5 \frac{24,2}{(1+0,05)^t} = 39 M€ \text{ (invariant).}$$

Donc

$$VAN_{CP^n \text{ corrigée}} = \sum_{t=1}^{31} \frac{Ct_{CP}}{(1+0,05)^t} + A_{CP^n} = -302 + 39 = -263 M€ HT \text{ (invariant)}$$

Durée des travaux en MOP = 5 ans		Coûts HT																
Années	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	25	26	27	28	29	30	31	
	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2033	2034	2035	2036	2037	2038	2039	
Construction	-23,0	-23,9	-24,9	-25,9	-26,9													
Exploitation						-12,8	-13,1	-13,5	-13,9	-14,4	-22,4	-23,0	-23,7	-24,4	-25,2	-25,9	-26,7	
Total coût	-23,0	-23,9	-24,9	-25,9	-26,9	-12,8	-13,1	-13,5	-13,9	-14,4	-22,4	-23,0	-23,7	-24,4	-25,2	-25,9	-26,7	
Coeff d'actualisation	1,050	1,103	1,158	1,216	1,276	1,340	1,407	1,477	1,551	1,629	3,386	3,556	3,733	3,920	4,116	4,322	4,538	
Flux actualisés	-21,9	-21,7	-21,5	-21,3	-21,1	-9,5	-9,3	-9,2	-9,0	-8,8	-6,6	-6,5	-6,4	-6,2	-6,1	-6,0	-5,9	
VAN	-298																	

Après prise en compte des risques délais et coûts	
VAN MOP HT	-298
VAN CP HT	-302
Avantage CP	39
VAN CP corrigée HT	-263

La dérive des coûts se traduit dans le schéma MOP par une majoration de 26 M€ HT (+9,5%) de la VAN par rapport au cas précédent, sachant que la VAN du schéma CP est restée inchangée (-263 M€ HT).

ANNEXE 3 : ESTIMATION DE LA VALEUR RÉSIDUELLE

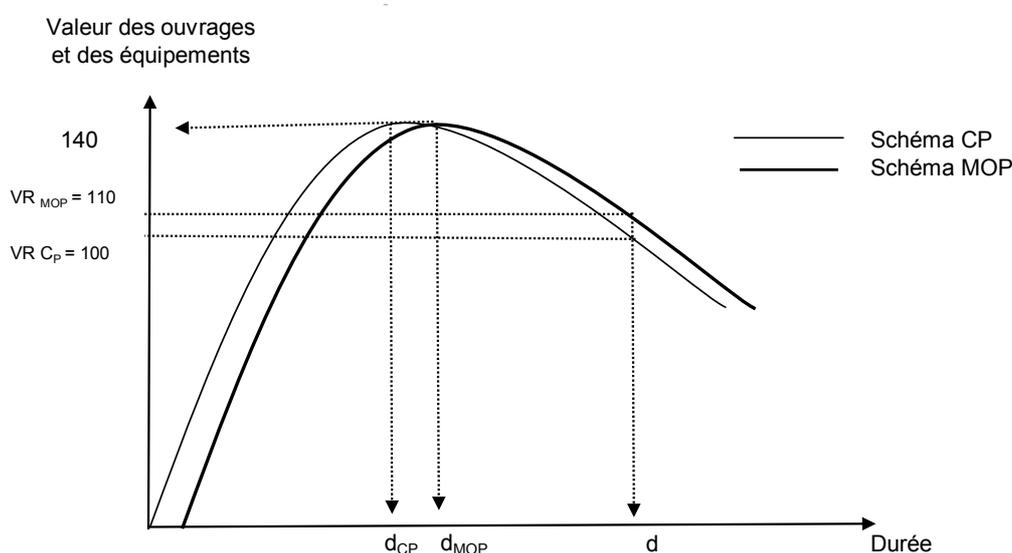
La valeur résiduelle dont il s'agit ici n'est pas la valeur résiduelle comptable, mais la valeur résiduelle technico-économique. A ce titre, elle n'a pas de valeur contractuelle et n'est retenue que dans le cadre de l'évaluation préalable.

1 - Les conditions de prise en compte de la valeur résiduelle

Dans une approche comparative, la prise en compte de la valeur résiduelle de nature technico-économique, qui reflète la valeur d'usage des ouvrages et équipements à la fin de la durée d'exploitation du projet, pourra être limitée aux projets répondant à l'une au moins des deux caractéristiques suivantes :

- des décalages importants de calendrier sont prévisibles entre une réalisation en contrat de partenariat (CP) et une réalisation en MOP. En effet, en l'absence de décalage important l'écart entre les valeurs résiduelles des schémas MOP et CP est faible et peut donc être négligé⁴⁷ ;
- la durée de comparaison des deux schémas n'est pas très longue. En effet, sur une longue durée, l'écart de valeurs résiduelles, même conséquent, sera considérablement réduit par le jeu de l'actualisation⁴⁸ de sorte que cet écart pourra être également négligé.

Illustration de la comparaison des valeurs résiduelles



VR_{MOP} (VR_{CP}) : valeur résiduelle des ouvrages et des équipements dans le schéma MOP (CP)
d_{MOP} (d_{CP}) : date de mise en service du projet dans le schéma MOP (CP)
d : date de fin d'exploitation commune aux deux schémas

⁴⁷ Dans le schéma suivant, établi à titre d'illustration, on observe que l'écart de valeurs résiduelles est d'autant plus important que le décalage de la mise en service du projet est élevé.

⁴⁸ Dans le schéma illustratif, l'écart de valeurs résiduelles de 10 à l'année 20 est ramené à environ 3 à l'année 0 lorsque le taux d'actualisation est égal à 5%.

2 - Les modalités de la prise en compte de la valeur résiduelle

A titre conservatoire et exploratoire, le raisonnement suivant pourra être mis en œuvre afin d'estimer les valeurs résiduelles des ouvrages et équipements dans les deux schémas à comparer :

- en premier lieu, **on ne retiendra dans les deux schémas à comparer que le coût des ouvrages et équipements**, ce coût étant le seul susceptible de pouvoir faire l'objet d'un amortissement. Aussi ne devra-t-on pas tenir compte notamment des coûts intervenant en amont de la phase des travaux ainsi que des coûts de financement ;
- en second lieu, **on considérera dans les deux schémas comme négligeables les amortissements des ouvrages et des équipements qui ne s'amortissent que sur une très longue période**. En tout état de cause, on supposera que les dépenses de GER parviennent à maintenir les valeurs des ouvrages et des équipements⁴⁹, l'incidence de la non réalisation du GER étant traitée par le biais de l'impact des risques ;
- en dernier lieu, **on considèrera que le reste des coûts des ouvrages et des équipements s'amortit dégressivement** et cela même si leur état de fonctionnement reste excellent, la conception initiale des ouvrages, des équipements ou du service ne répondant plus aux attentes (du citoyen ou de la personne publique). En effet, ces attentes sont appelées à se modifier au cours du temps⁵⁰. Pour cette part restante des coûts des ouvrages et des équipements, il conviendra donc de retenir une durée d'amortissement technico-économique ainsi qu'une loi d'amortissement dégressif.

Il s'agira donc pour les conseils, lors des évaluations préalables, d'établir les données suivantes :

- **les coûts totaux initiaux** des ouvrages et équipements ID_{MOP} et ID_{CP} (amortissables et non amortissables) ;
- **la part α** (en général identique dans les schémas MOP et CP) de ID_{MOP} et ID_{CP} non amortissable sur le long terme. Ainsi, $\alpha.ID_{MOP}$ et $\alpha.ID_{CP}$ correspondront respectivement aux montants des ouvrages et des équipements non amortissables et $(1-\alpha).ID_{MOP}$ et $(1-\alpha).ID_{CP}$ aux montants des ouvrages et équipements amortissables ;
- **la durée d'amortissement technico-économique D_{am}** (commune aux deux schémas et supérieure à la durée des remboursements bancaires) applicable à $(1-\alpha).ID_{MOP}$ et à $(1-\alpha).ID_{CP}$.

Dans la mesure où, hors indexation des coûts, ID_{MOP} peut être supérieur à ID_{CP} , notamment après la prise en compte des risques, entraînant alors une valeur résiduelle comptable plus importante en MOP qu'en CP, ce qui ne serait alors pas conforme avec les performances attendues en contrat de partenariat, **on retiendra pour estimer la valeur résiduelle technico-économique dans le schéma MOP une valeur de départ égale à celle du schéma CP, soit ID_{CP}** .

⁴⁹ A la limite, que les dépenses de GER soient faites ou non, ces investissements ne s'usent pas ou peu. A titre d'exemple, dans un éclairage public, ce cas de figure correspond aux alvéoles enterrées pour faire passer des câbles.

⁵⁰ Même constamment entretenu, la valeur au bout de 20 ans d'un camion bruyant, peu économe en énergie et peu équipé en éléments de sécurité est quasi nulle.

Dans le cas où ID_{CP} est supérieur à ID_{MOP} , on retiendra ID_{CP} hors indexation des coûts pour estimer la valeur résiduelle dans le schéma CP.

A la date de fin d'exploitation, les valeurs résiduelles dans les deux schémas sont données par la règle suivante :

$$VR_{MOP} = \underbrace{\frac{(1-\alpha).ID_{MOP}.e^{-s(n-d_1)}}{Q}}_{\text{amortissable}} + \underbrace{\frac{\alpha.ID_{MOP}}{Q}}_{\text{non amortissable}}$$

$$VR_{CP} = \frac{(1-\alpha).ID_{CP}.e^{-s(n-d_2)}}{Q} + \frac{\alpha.ID_{CP}}{Q}$$

$$\text{avec } Q = (1+i)^{n-t}$$

n : date de fin d'exploitation commune aux deux schémas.

d_1 : date de début d'exploitation dans le schéma MOP.

d_2 : date de début d'exploitation dans le schéma CP.

$d_1 > d_2$

i : taux d'actualisation.

t : date d'actualisation (année de début de la comparaison).

s : coefficient d'amortissement dégressif calculé par exemple pour qu'au bout de la durée $Dam-1$, la valeur résiduelle soit égale à $(1/Dam)$ de la valeur à amortir.

Les valeurs résiduelles VR_{MOP} et VR_{CP} devront alors venir en déduction des valeurs actuelles nettes VAN_{MOP} et VAN_{CP} établies selon les modalités définies à l'annexe précédente, et cela avant et après prise en compte des risques.

ANNEXE 4 : LE CONTRAT DE PARTENARIAT COMME VECTEUR DU DEVELOPPEMENT DURABLE

Le **développement durable**, qui est le développement qui n'obère pas les capacités de choix des générations futures, recouvre les dimensions économique et sociale et ne se limite donc pas à la seule dimension environnementale.

Le développement durable suppose alors une croissance économique, et donc des investissements, alliant le bien être social à la préservation de la planète, de l'environnement et du cadre de vie ainsi que des ressources naturelles non renouvelables.

Parmi les investissements à réaliser, il apparaît que ceux des secteurs du bâtiment (habitat et tertiaire) et des transports seraient particulièrement efficaces au regard de la dimension environnementale du développement durable, dans la mesure où ces deux secteurs sont les principaux émetteurs de gaz à effet de serre et sachant que leurs émissions vont continuer à croître, contrairement à celles du secteur industriel.

Dans le secteur du bâtiment, des économies d'énergie considérables peuvent et doivent être réalisées (chauffage, climatisation, éclairage, électricité, eau chaude,...) dans les parcs immobiliers de l'Etat et des collectivités territoriales.

Cependant, ni l'Etat, ni les collectivités territoriales ne disposent des ressources humaines et des moyens financiers nécessaires pour exploiter au mieux ce gisement d'économie, de sorte que les bâtiments et équipements publics présentent le plus souvent une mauvaise performance énergétique qui coûte cher en énergie et en entretien.

Ce gaspillage, qui conduit à allouer aux coûts de fonctionnement une part du budget bien plus élevée qu'elle ne devrait être, amoindrit d'autant les capacités d'investissement de l'Etat et des collectivités territoriales et finit par peser sur la croissance.

Dans le secteur des transports, la priorité des pouvoirs publics est clairement accordée aux modes de transport alternatifs à la route (ligne ferroviaire à grande vitesse, canal, transport collectif urbain, autoroute de la mer, autoroute ferroviaire, transport combiné) qui sont moins polluants et énergétivores, le report attendu d'une partie du trafic routier sur ces modes alternatifs contribuant à réduire les émissions de gaz à effet de serre.

Parallèlement, la construction de véhicules moins polluants et la diffusion progressive du véhicule électrique devraient atténuer les effets de la croissance attendue du trafic routier.

La recherche de la performance énergétique dans le secteur du bâtiment étant à la fois la plus efficace en termes de lutte contre l'effet de serre⁵¹ et la plus facile à mettre en œuvre, tant au plan technique que financier, les développements suivants concerneront ce secteur et le contrat de partenariat⁵² qui s'avère l'outil de la commande publique le plus adapté à la performance énergétique⁵³.

⁵¹ La loi d'orientation Grenelle prévoit une réduction de 40% d'ici 2020 de la dépense énergétique des bâtiments de l'Etat et de ses établissements.

⁵² Le contrat de partenariat, dont les principales caractéristiques seront précisées ultérieurement, est un partenariat public-privé (PPP) apparu en 2004 (ordonnance du 17 juin 2004 modifiée par la loi du 28 juillet 2008). Il est notamment utilisé dans le secteur des transports (autoroute, ligne à grande vitesse, transport collectif).

1 - Le contrat de partenariat : un outil du développement durable adapté à la performance énergétique

*Les marchés publics présentent des contraintes peu adaptées à une démarche « efficacité énergétique », en vertu **du principe de l'allotissement obligatoire** (article 10 du code des marchés publics), du principe de non-compensation des coûts d'exploitation-maintenance par les coûts construction (article 10).*

*Quant à l'interdiction **du paiement différé**, elle ne permet pas la compensation lissée des coûts d'investissements par les économies dégagées (article 9).*

La délégation de service public (DSP) ne peut participer à une démarche « efficacité énergétique » pour les bâtiments publics en raison du fait que l'efficacité énergétique n'est pas une activité de service public déléguable, que la rémunération du contractant ne dépend pas substantiellement de l'exploitation de l'ouvrage ou de l'équipement, et que le bénéficiaire du service est la personne publique contractante.

Le contrat de partenariat est en revanche bien adapté à une démarche « efficacité énergétique » dans la mesure où ses caractéristiques participent efficacement à la réalisation des objectifs poursuivis en matière de performance.

- La maîtrise d'ouvrage est transférée au partenaire privé dans le cadre d'un marché global, le partenaire étant en charge de la conception, du préfinancement, de la réalisation, de l'entretien, de la maintenance et de l'exploitation des équipements.
- **La mission globale** dans la durée confiée par la personne publique au partenaire privé permet **d'internaliser l'arbitrage** entre investissement et fonctionnement rendant ainsi possible une optimisation économique du coût d'usage complet de l'ouvrage et des équipements (« lifecycle cost ») sur l'horizon contractuel.
- Le **préfinancement** permet, en levant la contrainte budgétaire immédiate, de **mobiliser plus rapidement les financements** nécessaires par rapport au mode budgétaire classique, de profiler les besoins de financement en les adaptant aux ressources budgétaires, et donc d'accélérer ou d'anticiper les investissements. C'est particulièrement le cas lorsque le remboursement peut être gagé pour tout ou partie sur les économies d'énergie générées (contrat de performance énergétique).
- **La répartition optimale des risques**, se traduisant par le fait que les risques sont portés par la personne qui est la plus à même de les supporter, permet de transférer les risques de dérives des délais et de coûts sur le partenaire privé, ce qui suscite un comportement vertueux, et cela d'autant plus que la rémunération est modulée selon la performance et la disponibilité des équipements.
- **Les objectifs contractuels de maintien de la valeur résiduelle**, rendus possible par la sanctuarisation des dépenses de maintenance à travers la formule du calcul du loyer sur la durée du projet, contribuent au caractère durable - au sens premier du terme - des équipements et ouvrages à réaliser.
- **La revente éventuelle d'énergie** à des consommateurs situés au voisinage des équipements, au titre des recettes complémentaires, vient en déduction des loyers à

⁵³ D'autres secteurs tels que l'éclairage public et l'aménagement urbain sont évidemment concernés par la dimension économie d'énergie et ont déjà fait la preuve de leur adéquation à la démarche du contrat de partenariat.

payer par la personne publique et diminue par là-même la charge à financer par la personne publique.

Le concept de développement durable a également une problématique sociale, à laquelle le contrat de partenariat permet d'apporter des réponses.

Par exemple, l'association d'entreprises d'insertion sociale à l'exécution du contrat sera plus aisée que dans le cadre d'un marché public classique. En effet, le développement durable est pris en compte dans l'évaluation préalable, puis comme critère d'attribution et comme clause obligatoire du contrat portant sur le contrôle effectué par la personne publique, le tout sur une durée bien plus longue que celle d'un marché public ordinaire.

Au total, le recours au contrat de partenariat doit permettre à la personne publique de bénéficier des services attendus plus rapidement et à un moindre coût sur la durée que s'ils avaient été réalisés en recourant aux marchés publics, et en privilégiant, si la personne publique le souhaite, des clauses sociales dans l'exécution du contrat.

2 - Le cadre juridique du contrat de partenariat favorise la recherche de la performance énergétique

Le recours au contrat de partenariat comporte l'obligation de réaliser une évaluation préalable devant montrer que le projet est soit urgent, soit complexe⁵⁴ (loi du 28/7/2008) ou qu'il présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que les autres schémas juridiques alternatifs (nouveau critère ajouté par loi du 28/7/2008)⁵⁵.

On notera que la loi du 28 juillet 2008 relative au contrat de partenariat, qui modifie l'ordonnance du 17 juin 2004, fait désormais du développement durable à la fois un critère d'évaluation préalable de l'intérêt comparatif de recourir au contrat de partenariat, un critère d'attribution du contrat pour sélectionner l'offre la plus économiquement la plus avantageuse et un indicateur de performance à suivre pour l'exécution du contrat dans la durée.

Or, les projets à caractère énergétique sont a priori éligibles au contrat de partenariat dans la mesure où le critère de la complexité est généralement satisfait⁵⁶, ces projets

⁵⁴ « II - Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :

1°) 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 ;

2°) Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, ou de faire face à une situation imprévisible ;

3°) Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage ».

⁵⁵ L'évaluation préalable participe à l'appropriation et à la formalisation des hypothèses d'économie d'énergie et de retour sur investissement par la personne publique.

⁵⁶ Il s'agit de la difficulté pour la personne publique de déterminer seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins. La complexité technique s'entend donc au regard de l'incapacité de la personne publique de spécifier les moyens techniques à utiliser pour répondre à ses besoins, mais également et surtout au regard de la difficulté pour la personne publique de choisir parmi plusieurs solutions possibles celle qui est la plus à même de répondre de manière optimale à ses besoins. Ainsi, il ne s'agit pas seulement de l'impossibilité objective pour la personne publique de déterminer les spécifications techniques souhaitées, mais davantage de déterminer la solution optimale au plan technico-économique.

présentant à la fois une complexité technique, financière et juridique et souvent une complexité organisationnelle qui appellent un dialogue compétitif.

- **La complexité technique tient :**

- à la difficulté de déterminer la solution technico-économique répondant aux besoins de la personne publique, sachant que les solutions peuvent conduire à transformer les équipements existants, à les remplacer ou à opter pour une nouvelle technique de production d'énergie faisant notamment appel aux énergies renouvelables (géothermie, photovoltaïque, éolien, solaire, biomasse,...), et cela en permettant d'optimiser les économies d'énergie par anticipation des lois sur le Grenelle de l'environnement.
 - Cette difficulté est accrue lorsque le projet concerne un portefeuille d'ouvrages hétérogènes en termes de bâtiments, d'équipements, de fonction et de localisation. L'hétérogénéité des équipements existants (dans leurs caractéristiques et dans leurs fonctions) et leurs rendements énergétiques variables (ancienneté) nécessitent alors un examen approfondi des solutions techniques (énergie renouvelable, énergie fossile,...) ;
- au fait que le projet, en neuf comme en rénovation, ne peut être seulement énergétique et doit intégrer de multiples facettes (confort, hygrométrie, qualité de l'air, acoustique, ambiances, fonctionnalité des espaces, ...) ;
- et sachant que les travaux devront être réalisés pour la plupart en site occupé et qu'ils ne doivent donc pas entraver la continuité du service public.

Pour toutes ces raisons, une discussion avec des professionnels du secteur de l'énergie dans le cadre d'un dialogue compétitif est indispensable, et tout particulièrement lorsque les études réalisées doivent être affinées.

- **La complexité financière résulte :**

- **de l'ouverture du marché de l'énergie** qui dérégule et rend aléatoires les prix de fourniture des énergies, et cela d'autant que la conclusion d'un nouveau contrat de fourniture d'énergie peut avoir pour conséquence de faire perdre à la personne publique le tarif régulé. Aussi, il est généralement admis d'avoir recours à des spécialistes extérieurs afin de limiter les risques correspondants, le secteur s'étant professionnalisé ;
- **de la revente éventuelle d'énergie** à des tiers, au titre des recettes de valorisation, sous réserve bien entendu de la priorité réservée aux besoins du service public ;
- **du remboursement partiel ou intégral des investissements** par la garantie d'économies d'énergie directement associée au programme de travaux d'amélioration et de rénovation des bâtiments. Cette garantie est plus difficile à établir lorsque le projet recouvre un portefeuille de bâtiments dispersés et hétérogènes du fait de la nécessité d'avoir une vision globale et mutualisée des efforts à produire en matière d'économies d'énergie ;

- enfin, la soumission de l'activité à la TVA doit faire l'objet d'un soin particulier afin de déterminer si le contrat de partenariat, qui est soumis à un taux de TVA unique, peut être soumis à une TVA réduite (cas des énergies renouvelables) ou relève du taux normal. Le taux retenu sera celui de l'objet principal du contrat.
- **La complexité juridique résulte** dans la difficulté de procéder à une répartition optimale des risques permettant de transférer au partenaire privé des risques. En effet, l'incertitude grevant les coûts et les performances justifie une réflexion approfondie qui ne peut être menée en marchés publics. La complexité juridique peut également résider dans le fait que le périmètre envisagé pour le projet excède le seul cadre de la maîtrise d'ouvrage publique qui ne concerne que les opérations nécessitant une intervention sur le bâti et pas les équipements.
- **La complexité organisationnelle réside** quant à elle dans la mise en œuvre des actions complémentaires de formation des agents pour l'usage des nouveaux équipements et de sensibilisation des usagers des locaux aux économies d'énergie, sans quoi les performances énergétiques attendues ne pourraient pas être obtenues.
- En outre, la complexité organisationnelle peut être accrue dans le cas où la gestion du patrimoine et de l'énergie fait appel à plusieurs compétences de la personne publique, ce qui est notamment le cas des collèges et des lycées : celle du maître d'ouvrage, qui agit en tant que propriétaire des bâtiments ; celle de l'établissement, locataire des lieux, qui achète l'énergie et assure l'entretien et la maintenance courante ; celle des prestataires de services externes, qui assurent les prestations prévues dans les contrats d'entretien et de maintenance ainsi que la fourniture d'énergie.
- Par ailleurs, les acteurs de la personne publique en matière de gestion du patrimoine et de l'énergie peuvent eux-mêmes être répartis dans plusieurs services, ce qui suppose de mettre en place une coordination transversale des actions des services.

3 - Le recours au contrat de partenariat dans le domaine énergétique est appelé à se développer

Le contrat de partenariat se prêtant particulièrement bien aux nouveaux besoins des collectivités publiques en matière d'optimisation énergétique, de nombreuses personnes publiques ont recouru ou envisagent de recourir au contrat de partenariat.

C'est notamment le cas des hôpitaux pour la construction de pôles énergies (voir le site internet de la MAPPP).

Les universités qui ont un important patrimoine à réhabiliter sont intéressées au premier chef par la dimension « performance énergétique » du contrat de partenariat.

La dimension énergétique intéresse également les conseils régionaux, à l'exemple de la Région Alsace qui a signé un contrat de performance énergétique portant sur un ensemble de lycées et de centre de formation d'apprentis publics, ainsi que les communes à l'instar de la Ville de Tours qui dispose d'un réseau de chaleur réalisé en contrat de partenariat.

On peut noter d'une façon générale que ce mouvement devrait bénéficier d'une conjonction historiquement favorable marquée par des prix de l'énergie qui apparaissent durablement élevés et des taux d'intérêt à long terme relativement bas.

Aussi la MAPPP s'est-elle associée à l'élaboration du guide « *Optimisation de la performance énergétique des bâtiments publics par la mise en œuvre des contrats de*

partenariats » publié par le GIMELEC, a également collaboré avec l'ADEME et l'association FONDATERRA à l'élaboration du « **Guide méthodologique de montage des projets d'efficacité énergétique dans les universités** » et enfin a participé à la rédaction du « *Guide pour le montage et le suivi des contrats de performance énergétique dans l'enseignement secondaire* ». Elle a par ailleurs élaboré et mis en ligne sur son site internet un clausier type auquel on peut se référer pour la mise en œuvre des contrats de performance énergétique (CPE).

La MAPPP a également participé au COMOP 4 du Grenelle de l'Environnement consacré aux bâtiments publics.

Plus généralement, la MAPPP encourage et peut accompagner toute démarche s'inscrivant dans le développement durable.

ANNEXE 5 : CONTRAT DE PARTENARIAT ET TECHNOLOGIE DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION ELECTRONIQUE

On inclura dans ce domaine les projets suivants :

- **les projets de réseaux de télécommunication**, c'est par exemple le cas des réseaux à haut débit (ou à très haut débit) lancés par les Départements ou Régions, mais c'est aussi le cas potentiellement de divers réseaux spécialisés sous responsabilité publique : réseau sol train (GSMR) de RFF ;
- **les projets de systèmes d'information**, qu'il s'agisse de projets s'inscrivant dans le mouvement vers la société numérique, pour lequel l'administration électronique constitue, dans la sphère publique, le modèle cible d'organisation, ou de projets s'inscrivant dans les chantiers de transformation liés à la réforme de l'Etat (exemple: la mise en place de systèmes d'information hospitaliers de production de soin cohérents à la suite de la loi HPST, qui traduit le processus de réforme en l'appliquant au secteur de la Santé) ;
- **les projets portant sur de grands domaines d'équipements électroniques** de la collectivité nationale (exemples potentiels: le contrôle aérien, les équipements d'imagerie médicale pour l'ensemble des hôpitaux, les dispositifs militaires d'observation par satellite.

Eventuellement, dans un même projet, on retrouvera plusieurs de ces aspects à la fois.

Ces projets ont une particularité qui les différencie au point de vue de leur structure, des projets habituellement réalisés en contrat de partenariat (projets à contenu BTP important) :

- **l'investissement initial pèse peu devant le service délivré pendant la période d'exploitation**, ce qui fait que de tels contrats peuvent donner lieu à des rémunérations (versées au partenaire privé) dont 90% voire plus correspondent à la contrepartie de la production et de la vente d'un service (on comprend dans cette hypothèse que la priorité pour optimiser l'opération, ne consiste pas à minorer les taux d'intérêt appliqués, mais plutôt à réfléchir aux gains de productivité en phase d'exploitation). Au demeurant, dans de tels projets, l'investissement initial peut être suivi d'opérations de réinvestissement récurrentes (il en est ainsi de l'adaptation continue de logiciels applicatifs compte tenu de l'évolution des besoins)⁵⁷ ;
- **les investissements peuvent être pour une part importante, voire prépondérante, des investissements immatériels**, récupérables (donc valorisables) ou non en cas d'arrêt du projet, d'où des risques particuliers dont il faut tenir compte, au demeurant, les règles d'amortissement de certains investissements immatériels peuvent donner lieu à des aspects inattendus (notamment, la valeur résiduelle peut croître au cours du

⁵⁷ Sur la durée de vie d'un système d'information, la part logiciel applicatif est dépensée pour 1/3 avant sa mise en exploitation et pour 2/3 de façon étalée sur sa durée d'exploitation.

temps... tel est le cas de certaines bases de données constituées par l'opérateur au cours de l'exploitation) ;

- **la rémunération du partenaire privé peut être indexée** (en complément d'une indexation sur la qualité de service) sur des paramètres qui traduisent le volume d'activité auquel les « ouvrages » sont soumis, autrement dit, ils sont supposés assumer le risque de « fréquentation » ;
- **l'exploitation est elle-même particulière** : alors qu'en général, les opérations d'exploitation sont compartimentées dans le secteur public (elles suivent en réalité les ressources budgétaires), les industriels au contraire recherchent en permanence des gains de productivité en bénéficiant des synergies entre activités. En tout état de cause, des gains de productivité élevés potentiels existent si l'on compare une activité d'exploitation informatique réalisée d'un côté par le privé et de l'autre dans le public ;
- **ces projets font apparaître souvent des perspectives de mutualisation** (il ne s'agit pas d'un projet unique pour une entité donnée, mais d'un projet partageable au moins pour une certaine part, entre un certain nombre d'entités comparables... tel est le cas des systèmes d'information hospitaliers destinés à la production de soins). Cette notion de partage nécessite des règles de partage de coût à un moment donné alors qu'une partie de ces coûts sont déjà encourus. Il s'ensuit que seul un mécanisme de partage qui prend en compte les historiques de dépenses (d'investissement comme d'exploitation) du type contrat de partenariat est susceptible de répondre au besoin.

Les projets du domaine des réseaux sont souvent des projets à connotation d'infrastructure et soulèvent une complexité particulière technico-juridique liée aux réglementations s'appliquant à ce secteur.

Les projets de systèmes d'information, du fait de leur implication dans le processus de réforme de l'État, amènent des réflexions propres à l'utilisation du contrat de partenariat .

- Classiquement, le contrat de partenariat réduit les risques, pour les projets du domaine des TICE, comme pour d'autres. En revanche, **les projets du domaine TICE sont des projets à risque élevé**. En témoigne le nombre d'avatars des grands projets informatiques publics, en termes soit d'allongement de délais, soit de surcoûts, soit d'abandon pur et simple (les exemples abondent). *Pour les décideurs, il y a donc là un gain opérationnel à attendre du contrat de partenariat.*
- Mais surtout pour un point de vue **d'efficacité financière, des effets de levier en cascade peuvent être dégagés du contrat de partenariat**. Contrairement aux autres domaines de projets, ceux des TICE du fait de l'investissement de départ modique, comparé au service produit en aval, même si un surcoût résulte du financement privé, il est plus que compensé par le gain de productivité évoquée ci-dessus.
- Sur l'ensemble du cycle (conception, investissement puis service récurrent), l'optimisation en résultant dégage un effet de levier : un projet sur le chemin critique du processus de réforme de l'Etat voit son retour sur investissement multiplié en complétant l'économie directe liée à l'usage des TICE (suppression du support papier ou du « guichet physique »...) par une économie supplémentaire (qui tend à l'emporter) découlant de la meilleure gestion des risques et l'optimisation affectant la production de services.

- Cette réflexion renvoie également aux **objectifs de développement durable** du fait de l'accélération des investissements entraînant des modes de fonctionnement plus économes en ressources (déplacements physiques, énergie, papier...).
- Si le gain de productivité impacte favorablement l'économie d'un projet donné, son caractère structurel permet aussi de financer d'autres investissements, pour les projets suivants, et ainsi de suite. C'est un deuxième effet de levier : *le contrat de partenariat pour le domaine des TICE constitue un accélérateur de la réforme de l'Etat.*

Les grands projets de système d'information sont des projets très complexes. En se fondant sur la liste (indicative) de points qui constituent la particularité des projets du domaine des TICE (cf. supra), on voit bien que seules des réflexions poussées permettent de retenir la meilleure formule de contractualisation.

Il est recommandé aux décideurs publics de ne pas se lancer dans de tels projets sans consulter la MAPPP.

ANNEXE 6 : TABLEAU DES TAXES APPLICABLES AUX CONTRATS DE PARTENARIAT

Moment de l'exigibilité de la taxe	Taxe	Article(s) de référence	Régime sous l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 Avant la loi du 28 juillet 2008	Apport de la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008
Délivrance du permis de construire	Versement pour le dépassement du plafond légal de densité	L. 112-1 à L. 112-3 et L. 331-1 et suivants du code de l'urbanisme	TAXABLE	EXONERATION sous conditions - Modification de l'article L. 112-2 alinéa 3 du code de l'urbanisme - Exonération du versement les immeubles édifiés par ou pour le compte de l'Etat, des régions, de la collectivité territoriale de Corse, des départements ou des communes ou pour le compte des établissements publics administratifs, lorsqu'ils sont affectés à un service public ou d'utilité générale et qu'ils ne sont pas productifs de revenus.
	Redevance pour la création de bureaux en Ile de France	L. 520-1 à L. 520-10 du code de l'urbanisme	TAXABLE	EXONERATION Le nouvel article L. 520-7 exclut désormais du paiement de la redevance « <i>les locaux affectés au service public et appartenant ou destinés à appartenir à l'Etat, aux collectivités territoriales ou aux établissements publics ne présentant pas un caractère industriel et commercial ainsi que ceux utilisés par des organismes de sécurité sociale ou d'allocations familiales et appartenant ou destinés à appartenir à ces organismes ou à des sociétés civiles constituées exclusivement entre ces organismes</i> ».
	Taxe locale d'équipement	Article 1585 A et C du CGI, article 317 bis de l'annexe 2 du CGI,	TAXABLE	EXONERATION sous conditions Le décret n° 2009-569 du 20 mai 2009 modifie en profondeur le régime de la TLE. L'article 317 bis de l'annexe II du CGI un 1° bis exonère de la TLE les constructions édifiées pour le compte de l'Etat, des collectivités territoriales ou de leurs groupements, en vertu d'un <u>contrat de partenariat</u> d'un bail emphytéotique administratif prévu à l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales ou à l'article L. 6148-2 du code de la santé publique, d'un bail prévu à l'article L. 2122-15 du code général de la propriété des personnes

				publiques, d'un contrat mentionné à l'article 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire ou à l'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, ou d'une autorisation d'occupation du domaine public assortie de droits réels, qui, à l'expiration de ce contrat, sont incorporées au domaine de la personne publique conformément aux clauses du contrat et exemptées de la taxe foncière sur les propriétés bâties en application du 1° de l'article 1382 du code général des impôts
	Taxe complémentaire à la TLE en région Ile-de-France	Article 1599 octies 3 ^{ème} alinéa du CGI	TAXABLE Sont exclues du champ d'application de la taxe les constructions définies aux 1° et 2° du I de l'article 1585 C du CGI.	EXONERATION L'entrée en vigueur du décret relatif à la TLE (n° 2009-569 du 20 mai 2009) a pour effet d'exonérer automatiquement les constructions édifiées dans le cadre d'un contrat de partenariat
	Taxe sur les dépenses des conseils d'architecture, d'urbanisme et de l'environnement	Article 1599 B du CGI	TAXABLE La taxe est établie sur la construction, la reconstruction et l'agrandissement des bâtiments de toute nature, mais exclut ceux qui sont définis au 1° du I de l'article 1585 C du CGI.	EXONERATION L'entrée en vigueur du décret relatif à la TLE a pour effet d'exonérer automatiquement les constructions édifiées dans le cadre d'un contrat de partenariat
	Redevance d'archéologie préventive	Article L. 524-7 Code du patrimoine, Article 1585 D du CGI	Le contrat de partenariat étaient soumis à la tarification classique en fonction du nombre de mètres carrés	MODE DE CALCUL PLUS AVANTAGEUX L'article L. 524-7 du code du patrimoine modifié par l'article 41 de la loi permet aux constructions soumises à une autorisation ou à une déclaration préalable en application du code de l'urbanisme de bénéficier d'un mode de calcul de la redevance d'archéologie préventive plus favorable. L'article L. 524-7 du code du patrimoine permet aux constructions réalisées dans le cadre des contrats énumérés à l'article 1048 ter du CGI, de bénéficier de la valeur déterminée conformément au 4° de l'article 1585 D du CGI pour le calcul de l'assiette de la redevance.
	Taxe départementale des espaces naturels sensibles	Article L. 142-2 code de l'urbanisme	TAXABLE Art. L.142-2 code de l'urbanisme exclut les bâtiments qui sont destinés à être affectés à un service public ou d'utilité publique et dont la liste est fixée par décret en CE prévu au	EXONERATION L'entrée en vigueur du décret relatif à la TLE a pour effet d'exonérer automatiquement les constructions édifiées dans le cadre d'un contrat de partenariat

			1° du paragraphe I de l'article 1585 C du CGI (article 317 bis du CGI renvoyant à l'article 1382 1° du CGI)	
Publication du contrat	1) Taxe de publicité foncière	Art 680 du CGI, Art 677 CGI Art 742 du CGI Art 1048 ter du CGI	Les AOT de l'Etat étaient soumis à la perception de la taxe fixe de 125 € en vertu de l'article 680 du CGI, contrairement aux baux d'immeubles conclus pour une durée supérieure à 12 ans des collectivités territoriales qui étaient soumis à la taxe proportionnelle de publicité foncière de 0,60% par application des dispositions de l'article 742 du CGI.	DROIT FIXE 125€ ART 680 CGI L'article 37 de la loi introduit dans le CGI un nouvel article 1048 ter qui permet d'exonérer de la taxe de publicité foncière l'ensemble des actes portant autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutifs d'un droit réel immobilier délivrés soit par l'Etat ou l'un de ses établissements publics en application de l'article 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, soit par les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics, en application de l'article L. 1414-16 du code général des collectivités territoriales. Seul un droit fixe de 125 € doit désormais être acquitté en application de l'article 680 du CGI. Les cessions de créance d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus : exonération de taxe de publicité foncière, (2° de l'article 677 du CGI dans sa rédaction issue de la loi du 28 juillet 2008).
	2) Salaire du Conservateur des hypothèques	Art 287 annexe 3 du CGI, Art 1048 ter du CGI	TAXABLE Taux de 0,10 % avant publication du Décret n°2008-1329 du 15 décembre 2008	Aucun apport de la loi mais décret n°2008-1329 du 15 décembre 2008 a modifié le 15° de l'article 287 de l'annexe 3 du CGI. Dès lors, la publication des actes constatant les opérations mentionnées à l'article 1048 ter du CGI : paiement d'un salaire fixe de 15 €.
Construction des ouvrages	Taxe foncière sur les propriétés bâties	Article 1382 1° et 1382 1°bis du CGI	EXONERATION L'ordonnance du 17 juin 2004 crée l'art 1382 1°bis du CGI « <i>Pendant toute la durée du contrat et dans les mêmes conditions que celles prévues au 1°, les immeubles construits dans le cadre de contrats de partenariat et qui, à l'expiration du contrat, sont incorporés au domaine de la personne publique conformément aux clauses de ce contrat.</i> » Immeubles	

			doivent en plus être affectés à un service public ou d'utilité générale et être non productifs de revenus. La condition relative à l'absence de production de revenus doit être appréciée au regard de la personne publique au domaine de laquelle l'immeuble doit être incorporé.	
	Taxe d'enlèvement des ordures ménagères	Article 1521 I du CGI Article 1382 1° bis (taxe foncière sur les propriétés bâties) du CGI	TAXABLE Car l'exonération de l'article 1382 1° bis s'apparente à une exonération temporaire (exonération des immeubles pendant la durée du contrat) de taxe foncière même si cet article se situe sous le « B : Exonérations permanentes » du CGI (selon la DLF). Article 1521 I CGI: « La taxe porte sur toutes les propriétés soumises à la taxe foncière sur les propriétés bâties ou qui en sont temporairement exonérées ainsi que sur les logements des fonctionnaires ou employés civils et militaires visés à l'article 1523 ».	Pas de modification
Exploitation de l'ouvrage	Impôt sur les sociétés	Article 206 et suivants du CGI	TAXABLE pour le partenaire si celui-ci est une société rentrant dans le champ d'application de l'article 206 du CGI NON IMPOSITION de la personne publique sauf les établissements publics, les organismes de l'Etat jouissant de l'autonomie financière, les organismes des départements et des communes et toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif (sauf exonération du 6 et 6 bis de l'article 207 du CGI)	Pas de modification

Taxe professionnelle	Article 1447 et suivants du CGI La taxe est due par les personnes qui exercent une activité professionnelle non salariée	<p align="center">TAXABLE / EXONERATION</p> <p>Si la personne publique dispose des biens et exerce une activité concurrentielle, alors elle est soumise à la TP ; mais elle est exonérée si elle est une collectivité locale, un établissement public ou un organisme de l'Etat, qui exerce une activité de caractère essentiellement culturel, éducatif, sanitaire, social, sportif ou touristique. Le maître d'ouvrage privé est en conséquence également exonéré.</p> <p>Si le partenaire a disposé des biens (recettes complémentaires par exemple), il est imposé. L'impôt est calculé selon un ratio recettes complémentaires / recettes totales du contrat.</p>	Pas de modification
TVA	Articles 256 et suivants du CGI Articles L. 1615-1 du CGCT (FCTVA)	<p align="center">TAXABLE</p> <p>Le contrat de partenariat est un contrat de prestation de services qui est réalisé à titre onéreux.</p> <p>Soumission de plein droit à la TVA au taux normal ou à un taux réduit le cas échéant, de la redevance versée au partenaire par la personne publique sauf exonérations particulières.</p> <p>Les subventions qui sont la contrepartie directe d'un service sont également assujetties à la TVA.</p> <p>La personne publique peut déduire la totalité de la TVA payée si la personne publique a affecté la dépense soit à la réalisation d'opérations soumises de plein droit à la TVA, soit soumises à la TVA sur option, soit à des opérations situées dans le champ concurrentiel (articles 256 B, 260 A,</p>	L'article 38 de la loi du 28 juillet 2008 modifie l'article L. 1615-13 du CGCT pour rendre éligibles au FCTVA les BEA d'un montant inférieur à 10 M€ (seuil fixé par décret) et soumis à une évaluation préalable si le bien appartient à la personne publique ou si celle-ci décide de l'intégrer à son patrimoine.

			<p>256 B alinéa 1^{er} du CGI). Si la personne publique est une collectivité territoriale, elle peut bénéficier des attributions du FCTVA et récupérer une partie de la TVA si l'opération n'est pas située dans le champ d'application de la TVA et à hauteur de la composante investissement seulement.</p>	
	<p>Autres taxes ponctuelles ou sectorielles</p>		<ul style="list-style-type: none"> -Participation pour voirie et réseau -Participation pour raccordement à l'égout public -Participation pour non réalisation d'aires de stationnement -Participation pour réalisation d'équipements publics exceptionnels -Participation en programme d'aménagement d'ensemble ou financement des équipements publics en ZAC -Taxe annuelle sur les locaux à usage de bureaux en région Ile-de-France. 	

ANNEXE 7 : CHARTE DU DIALOGUE COMPETITIF

1 - Les enjeux

Le **dialogue compétitif**, instauré par la directive communautaire n° 2004/18 du 31 mars 2004, est une procédure originale visant à **optimiser la commande publique** dans les cas de **projets complexes**. Elle complète et se démarque des procédures (existantes) négociées et des variantes de l'appel d'offres.

Le **cœur du dialogue compétitif** est la phase de discussion entre les opérateurs économiques retenus et la personne publique sur le choix des solutions permettant de répondre au mieux aux besoins de cette dernière. Cela requiert, d'une part, l'adéquation des prestations et la définition de la mesure des performances en réponse aux besoins et, d'autre part, la capacité des dialogants à **évaluer et comparer** des solutions différenciées. Le dialogue compétitif se construit dans le souci d'un partenariat gagnant-gagnant pendant la durée des engagements.

Ces caractéristiques nouvelles, propres au dialogue, nécessitent de la part des partenaires publics et privés la capacité d'ouverture, **l'appréciation réaliste des ressources** internes ou externes à mobiliser ainsi que la **rigueur de la préparation et de la mise en œuvre**, adaptée aux caractéristiques de fond et de forme du dialogue.

Le **degré d'exigence** engendré par le dialogue compétitif, notamment en période d'apprentissage, est plus important que pour les procédures traditionnelles, ceci étant encore plus vrai lorsqu'il s'applique à des contrats globaux avec financement, tels que les contrats de partenariat et contrats assimilés.

Le dialogue compétitif est une **procédure transparente et non discriminatoire**. Fondé sur des spécifications fonctionnelles initialement étudiées et définies par la personne publique, le dialogue ne peut avoir pour objet de modifier substantiellement le programme.

Il en est de même pour les objectifs de performance, les critères d'évaluation ou les conditions juridiques générales figurant dans le règlement de consultation. Toutefois, ce programme fonctionnel pourra être précisé en cours de procédure si cela s'avère approprié.

La **qualité et le contenu de ce règlement** sont également essentiels pour le succès du dialogue ; **sécuriser** toutes les parties prenantes sur le respect de la **confidentialité** et la garantie d'un dialogue **équilibré**, décrire un processus simple inscrit dans une durée encadrée et proportionnée aux enjeux ; dans le cas notamment des contrats de partenariat et contrats assimilés, celle-ci sera adaptée en fonction de la complexité et de la taille du projet sur la base desquelles seront prévues et, le cas échéant, ajustées des **indemnisations** convenables pour les candidats impliqués dans le processus.

Le bon déroulement d'une telle procédure suppose **d'explicitier par la présente charte les dispositions législatives ou réglementaires** (directive 2004/18, ordonnance du 17 juin 2004, Code des marchés publics, Code de la santé publique...) par des règles et modalités respectant l'esprit de cette procédure nouvelle pour que les choix finaux soient optimisés.

Les premiers exemples de dialogue compétitif montrent bien toute la richesse de cette procédure, dès qu'elle est **conduite avec les moyens et la diligence nécessaires**.

Les signataires⁵⁸ de la Charte du dialogue compétitif s'engagent à mettre en œuvre **les principes et recommandations de la présente charte** chaque fois qu'ils engageront une procédure de dialogue compétitif. Ils affichent également leur volonté de participer au retour d'expérience de sa mise en œuvre et à la faire évoluer, y compris sur la passation et le suivi d'exécution du contrat.

Les fondateurs⁵⁹ invitent l'ensemble des acteurs des procédures de dialogue compétitif à mettre en œuvre et illustrer la présente charte de la façon qui leur semblera la plus adaptée.

2 - Les principes

1. **Conduire** une procédure traçable et transparente en respectant l'égalité de traitement entre les candidats.

2. **S'assurer** que le pilotage et la capacité à décider rapidement sont bien organisés pour permettre un dialogue responsable, fructueux et sans délais excessifs.

3. **Préciser** les règles du jeu pour la conduite du dialogue compétitif de manière à permettre aux candidats de bien maîtriser les enjeux de leur participation au dialogue avec une visibilité suffisante.

4. **Sur la base de spécifications fonctionnelles et/ou d'éléments de projet, préciser** les sujets sur lesquels la personne publique attend en priorité des apports de la part des candidats, à travers le dialogue compétitif.

5. **Rédiger** le programme fonctionnel en termes de performances à atteindre et d'exigences à respecter en précisant les éléments pouvant être modifiés ou pas, au cours du dialogue compétitif.

6. **Veiller** à une répartition équitable et optimisée des risques entre la personne publique et le partenaire privé en fonction de leur capacité respective à les couvrir et définir à l'avance les modalités d'adaptation du contrat.

7. **Respecter** la confidentialité des propositions et du dialogue, ainsi que la propriété intellectuelle et le savoir-faire sous toutes leurs formes, y compris les innovations financières ou contractuelles.

8. **Interrompre** des discussions inutiles et coûteuses avec des candidats dès lors que leur solution n'apparaît plus susceptible d'être retenue en phase finale.

9. **Indemniser**, dans la mesure du possible, les candidats non retenus, en fonction de leur contribution au dialogue compétitif.

10. **L'invitation à remettre les offres finales ne doit constituer** ni une nouvelle consultation ni une négociation.

⁵⁸ Thierry BRETON, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, Brice HORTEFEUX, Ministre délégué aux Collectivités territoriales, Jacques PELISSARD, Président de l'Association des Maires de France, Claudy LEBRETON, Président de l'Assemblée des Départements de France, Alain ROUSSET, Président de l'Association des Régions de France, Noël de SAINT PULGENT, Président de la MAPPP, Claude MARTINAND, Président de l'Institut de la Gestion Déléguée.

⁵⁹ Thierry BRETON, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, Brice HORTEFEUX, Ministre délégué aux Collectivités territoriales.

1. CONDUIRE UNE PROCEDURE TRAÇABLE ET TRANSPARENTE EN RESPECTANT L'EGALITE DE TRAITEMENT ENTRE LES CANDIDATS.

- **Expliciter**, dans l'avis d'appel à la concurrence ou le règlement de la consultation, toutes les informations indispensables au bon déroulement de la procédure : définition, pondération et hiérarchisation des critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, obligatoires ou non (tels que les critères techniques, sociaux, environnementaux, financiers, liés au rôle des PME, etc... au choix de la personne publique), phasage éventuel du dialogue compétitif avec possibilité d'éliminer des candidats en cours de procédure ...
- **Prévenir** les conflits d'intérêt éventuels et veiller aux conditions d'une concurrence saine et loyale.
- **Conduire les études** préalables ou de faisabilité en amont de la consultation pour éclairer la prise de risque pour les concurrents (risque foncier par exemple).
- **Assurer la traçabilité** des propositions initiales, des demandes de la personne publique et des réponses ultérieures des candidats.
- Se mettre en mesure de **motiver les décisions** de la personne publique.

2. S'ASSURER QUE LE PILOTAGE ET LA CAPACITE A DECIDER RAPIDEMENT SONT BIEN ORGANISES POUR PERMETTRE UN DIALOGUE RESPONSABLE, FRUCTUEUX ET SANS DELAIS EXCESSIFS.

- **Désigner un chef de projet** responsable et disponible, en mesure de décider ou de faire décider rapidement aux différentes étapes et de coordonner les différents intervenants spécialisés au service de la personne publique.
- **Identifier les besoins de compétence** ou d'expertise interne ou externe puis les mobiliser en temps opportun. Les experts extérieurs doivent pouvoir être coordonnés efficacement et se montrer suffisamment réactifs.
- **Identifier l'apport possible de la mission d'appui** compétente, que son rôle soit obligatoire ou facultatif.
- **Veiller à conduire un dialogue** continu et cohérent, tout au long du processus, notamment en s'imposant mutuellement des obligations de réponse ou de décision dans des délais raisonnables.

3. PRECISER LES REGLES DU JEU POUR LA CONDUITE DU DIALOGUE COMPETITIF DE MANIERE A PERMETTRE AUX CANDIDATS DE BIEN MAITRISER LES ENJEUX DE LEUR PARTICIPATION AU DIALOGUE COMPETITIF AVEC UNE VISIBILITE SUFFISANTE.

- **Expliciter dès l'origine les règles du dialogue compétitif :**
 - étapes envisagées avec leur durée indicative,
 - modalités d'échanges d'information (écrite) entre les séances de dialogue et de mise au point des offres,
 - possibilités de compléter ou de modifier les groupements en cours de procédure,

- respect de la propriété intellectuelle ou d'innovations importantes (y compris juridiques ou financières) et des informations à ne pas divulguer aux autres candidats, sans l'accord du candidat concerné,
 - règles d'indemnisation...
- **L'ensemble de ces règles doivent figurer dans le règlement** de la consultation de manière aussi précise et exhaustive que possible.
 - **Le nombre de concurrents consultés doit être suffisant**, pour faire jouer la concurrence, mais rester raisonnable, pour autant qu'on puisse justifier de leur élimination sur des bases objectives et pour éviter des dépenses excessives
- 4. SUR LA BASE DE SPECIFICATIONS FONCTIONNELLES ET/OU D'ELEMENTS DE PROJET, PRECISER LES SUJETS SUR LESQUELS LA PERSONNE PUBLIQUE ATTEND EN PRIORITE DES APPORTS DE LA PART DES CANDIDATS, A TRAVERS LE DIALOGUE COMPETITIF.**
- **La personne publique doit au préalable avoir défini ses besoins**, le cas échéant avec une assistance extérieure.
 - Le dialogue compétitif n'a pas pour objet de l'aider à identifier ses besoins mais **à faire émerger l'offre économiquement la plus avantageuse.**
 - Le programme fonctionnel doit permettre aux candidats **d'explicitier des réponses quantifiables ou évaluables** en précisant le périmètre de référence du projet.
 - Lorsque la personne publique a fait élaborer un avant-projet (architectural) au préalable, le règlement de la consultation explicite les modalités particulières de ce dialogue compétitif et de la participation de l'équipe de conception retenue.
- 5. REDIGER UN PROGRAMME FONCTIONNEL EN TERMES DE PERFORMANCES A ATTEINDRE ET D'EXIGENCES A RESPECTER EN PRECISANT LES ELEMENTS POUVANT ETRE MODIFIES OU PAS, AU COURS DU DIALOGUE COMPETITIF.**
- Une démarche en termes de performances doit être privilégiée dans toute la mesure du possible.
 - Pour la clarté de la procédure, les éléments intangibles du programme (ou de l'avant-projet) et ceux qui peuvent faire l'objet d'adaptation ou de modification doivent être explicités au maximum.
 - Le niveau des performances à atteindre ou des exigences à respecter doit être fixé à des niveaux raisonnables, sur la base d'un éclairage de leur coût, notamment grâce au dialogue compétitif.
- 6. VEILLER A UNE REPARTITION EQUITABLE ET OPTIMISEE DES RISQUES ENTRE LA PERSONNE PUBLIQUE ET LE PARTENAIRE PRIVE EN FONCTION DE LEUR CAPACITE RESPECTIVE A LES COUVRIR ET DEFINIR A L'AVANCE LES MODALITES D'ADAPTATION DU CONTRAT**
- **Eviter tout transfert de risques au partenaire privé s'il n'a aucune possibilité de le maîtriser** (risque d'évolution réglementaire importante, risque lié à l'obtention de certaines autorisations administratives, sauf défaillance avérée du partenaire privé...). En effet, soit il fait l'impasse sur ce risque soit il le chiffre à sa valeur, plus coûteuse que pour la personne publique.

- Le dialogue compétitif doit donc conduire à une **appréciation plus fine des risques** en évitant imprécisions, ambiguïtés, ou répartitions inadéquates.
- Concernant notamment le contrat de partenariat, le principe d'adaptabilité doit être prévu au moyen de **clauses de rendez-vous périodiques**, sans préjudice de rencontres spécifiques à l'occasion de bouleversements substantiels de l'équilibre du contrat.

7. RESPECTER LA CONFIDENTIALITE DES PROPOSITIONS ET DU DIALOGUE, AINSI QUE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE ET LE SAVOIR-FAIRE SOUS TOUTES LEURS FORMES, Y COMPRIS LES INNOVATIONS FINANCIERES OU CONTRACTUELLES.

- Toute mutualisation des innovations, des idées originales et, *a fortiori*, d'éléments de propriété intellectuelle, doit être bannie ("tunnel"), sauf en cas d'accord du candidat concerné.
- Les réponses de portée générale faites par la personne publique aux questions des candidats doivent être communiquées aux autres concurrents.
- La personne publique doit conduire un dialogue inspiré par l'éthique, suffisamment ouvert pour susciter l'apport d'idées originales par les candidats.

8. NE PAS POURSUIVRE DES DISCUSSIONS INUTILES ET COUTEUSES AVEC DES CANDIDATS DES LORS QUE LEUR SOLUTION N'APPARAÎT PLUS SUSCEPTIBLE D'ÊTRE RETENUS EN PHASE FINALE.

- L'élimination des offres s'effectue sur la base des critères de sélection stipulés dans l'avis d'appel à concurrence.
- Eviter d'éliminer prématurément des offres par simple comparaison entre elles.

9. INDEMNISER, DANS LA MESURE DU POSSIBLE, LES CANDIDATS NON RETENUS, EN FONCTION DE LEUR CONTRIBUTION AU DIALOGUE COMPETITIF.

- Le coût pour les candidats de la réponse à la consultation et de la conduite de la procédure doit être apprécié à sa juste valeur et rester raisonnable car, en définitive, ce sont toujours l'ensemble des commanditaires qui paient ces dépenses à travers les frais généraux imputés dans les contrats conclus par les concurrents.
- Les règles d'indemnisation seront précisées à l'avance dans le règlement de la consultation et seront, autant que possible, déterminables objectivement, par exemple, par référence au stade d'avancement du projet et/ou à la taille de l'ouvrage.

10. L'INVITATION A REMETTRE LES OFFRES FINALES NE DOIT CONSTITUER NI UNE NOUVELLE CONSULTATION NI UNE NEGOCIATION.

- **La demande d'offre finale ne peut consister en une nouvelle consultation sur la base des meilleures idées novatrices des différents candidats.**
- La procédure de mise au point de l'offre finale ne peut consister en une négociation de ces offres.

- **Veiller à la comparabilité des offres finales** de manière à permettre un choix clair de l'offre économiquement la plus avantageuse pour la personne publique, conformément aux critères hiérarchisés ou pondérés du règlement de la consultation initiale.
- **L'ensemble des membres du groupement doit être engagé par l'offre finale**, les financements externes devant être supportés par l'accord ferme des instances adéquates (comités de crédit) sous réserve de la finalisation de la documentation financière et, le cas échéant, de l'ensemble des vérifications à réaliser avant de s'engager sur un projet ("*due diligence*").

ANNEXE 8 : LE TRAITEMENT DES SUBVENTIONS ACCORDEES AUX PROJETS MENES EN CONTRAT DE PARTENARIAT

Principes comptables et budgétaires applicables au versement de subventions à une personne publique (établissement public de l'Etat, collectivité locale ou établissement public en dépendant) qui s'engage dans un contrat de partenariat.

NB : les principes décrits ci-dessous ne s'appliquent pas aux opérations réalisées dans le cadre de l'article L. 6148-2 et suivants du code de la santé publique.

1 - Eligibilité des contrats de partenariat aux subventions

L'article 25-1 de l'ordonnance 2004-559, créé par la loi 2008-735 du 28 juillet 2008 – art 17, puis modifié par la loi n°2009 – 179 du 17 février 2009 précise les conditions de cette éligibilité:

« Afin d'établir la neutralité entre les différentes options en matière de commande publique, les projets éligibles à des subventions, redevances et autres participations financières , lorsqu'ils sont réalisés sous le régime de la [loi n° 85-704 du 12 juillet 1985](#) relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, sont éligibles aux mêmes subventions, redevances et autres participations financières lorsqu'ils sont réalisés sous le régime de la présente ordonnance.

Les modalités et l'échéancier de versement de ces subventions, redevances et autres participations financières peuvent être adaptés à la durée du contrat de partenariat ».

2 - Modalités de versement des subventions

Si le montant et les délais de versement de la subvention sont connus lors de la procédure de passation du contrat, les futures parties au contrat sont libres d'organiser contractuellement les modalités de son versement. Cette ressource financière peut alors être intégrée dans le plan de financement du partenaire privé, et optimiser ainsi le coût de financement global du projet qui pèse sur la personne publique.

Cependant le versement d'une subvention directement de la personne publique qui accorde la subvention à la personne privée titulaire du contrat de partenariat est à proscrire. Il induirait en effet des complications juridiques (éventuelle requalification de la somme en complément de rémunération du cocontractant privé), comptables et pratiques (c'est la personne publique cocontractante, et non la personne publique versante, qui est la plus à même de vérifier que les prestations requises ont bien été effectuées).

Il incombe à la personne publique cocontractante attributaire de la subvention de la reverser au contractant privé. Ce reversement est transparent pour le partenaire privé dans la mesure où il est inclus dans les parts de rémunération concernées.

Le second alinéa de l'article 25-1 de l'ordonnance cité ci-dessus autorise le versement échelonné sur plusieurs années d'une subvention d'investissement. Une délibération peut tout

à fait engager la collectivité versante sur plusieurs exercices budgétaires, suivant en cela le régime classique des AP et des AE.

Par assimilation aux dispositions du décret du 16 décembre 1999 relatif aux subventions de l'Etat pour des projets d'investissement, et par exception au principe qui veut que la première redevance (« loyer ») ne soit versée au contractant privé qu'après la livraison de l'ouvrage, **il est envisageable de verser au partenaire privé, s'ils sont disponibles, les crédits correspondant à la subvention au fur et à mesure de l'avancement des travaux.** *Les frais de portage financier de l'investissement en seront d'autant diminués.*

Le partenaire privé a la qualité de maître d'ouvrage. Il conviendra donc de déterminer les pièces justificatives à la fourniture desquelles le versement de la subvention sera subordonné. La teneur de ces pièces justificatives devra être décrite de façon précise dans le contrat, après avoir été validée contractuellement entre la collectivité à l'origine de la subvention et la collectivité contractante du contrat de partenariat.

3 - Traitement des subventions d'investissement au regard de la TVA

Les différentes composantes de la redevance (« loyers ») versée au partenaire privé sont grevées de la TVA.

Cependant, les « subvention d'équipement » (c'est à dire affectées à la réalisation d'une immobilisation) sont non imposables à la TVA (Instruction du 27 janvier 2006, 3D-1-06).

Dès lors que les subventions reversées au partenaire privé par le contractant public ont bien le caractère d'une subvention d'équipement du fait de leur affectation finale, elles bénéficient de cette exemption.

Le fait que la subvention puisse avoir une influence sur le prix des biens livrés ne suffit pas à rendre cette subvention imposable (BOI 3 A-7-06).

Cette analyse, transmise en réponse à une collectivité par une direction des finances publiques, a été confirmée dans les termes suivants par un courrier de la ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'emploi adressé à une autre collectivité : « Si la collectivité bénéficie d'une subvention (*d'équipement*) pour lui permettre d'acquitter les redevances dues au prestataire, celle-ci n'est pas soumise à la TVA ».

4 - Traitement budgétaire et comptable des subventions d'investissement versées à une collectivité territoriale.

Budgétisation et versement

Le schéma budgétaire suivant est envisageable : la collectivité qui souhaite subventionner un projet délibère sur l'adhésion au dit projet, puis inscrit la dépense correspondante à son budget. Une délibération spécifique vient éventuellement confirmer le moment venu le versement au regard des pièces justificatives évoquées ci-dessus.

Pour la collectivité bénéficiaire, il convient d'inclure le montant de la subvention à recevoir dans celui des Autorisations d'Engagement (AE) inscrites au titre du projet, étant rappelé que la totalité de celles-ci, pour ce qui concerne l'investissement – hors frais financiers mais indemnité de dédit éventuelle comprise – doivent être inscrites l'année de la signature du contrat.

Certains projets se caractérisent par un fort investissement les premières années du contrat, le versement au partenaire privé se faisant alors soit après constatation de la mise à disposition de l'ouvrage (équivalente à la réception en maîtrise d'ouvrage publique) soit, le

cas échéant, au fur et à mesure de la réalisation des travaux (en application du principe du service fait).

D'autres projets au contraire imposeront un versement au moment du paiement du loyer annuel. Il ne peut être imposé un mode opératoire général, chaque projet ayant un équilibre propre.

Il ne semble pas qu'il existe de spécificité liée à une subvention d'origine communautaire, même s'il apparaît que l'actuel mode de versement des subventions FEDER en une fois en début d'opération peut représenter une contrainte.

Dans le cas d'une subvention de fonctionnement, sa budgétisation et son versement s'effectuent annuellement.

Traitement comptable

Sur un plan comptable, le versement de la subvention d'investissement à la collectivité locale cocontractante donne lieu aux opérations suivantes. La collectivité qui verse la subvention porte la somme dans le compte d'immobilisation incorporelle 204 (qui permet l'amortissement de ladite subvention sur 15 ans lorsque le versement est effectué à une personne publique, comme c'est le cas ici). La collectivité qui reçoit (collectivité cocontractante) porte symétriquement la somme en recettes au compte 13.

Le paiement du partenaire privé par la personne publique cocontractante donne lieu chez cette dernière à une imputation sur le compte 235 ou 1675 selon que le bien est ou non mis en service, éligibles au FCTVA (sauf pour les Etablissements publics de santé).

Le versement de la subvention de fonctionnement à la collectivité locale cocontractante donne lieu aux opérations suivantes. La collectivité versant la subvention l'impute à l'une des subdivisions du compte 6573 « Subventions de fonctionnement versées aux organismes publics ». La collectivité qui reçoit (collectivité cocontractante) porte symétriquement la somme à l'une des subdivisions du compte 747 « Participations ».

Qu'il y ait ou non subventionnement, la nature des paiements au partenaire privé n'est pas modifiée : dans les comptes de la collectivité cocontractante, la partie de la rémunération représentant un coût d'investissement s'impute au compte 235 ou 1675 (mandat en section d'investissement), la partie de la rémunération du partenaire privé représentant un coût de fonctionnement s'impute au compte de charge 611 (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).

ANNEXE 9 : GLOSSAIRE JURIDIQUE ET FINANCIER DES PPP

Actualisation : calcul de la valeur actuelle (c'est à dire tenant compte de l'éloignement plus ou moins grand dans le temps de la réalité de la dépense ou de la recette) à une date déterminée d'une chronique de flux de

trésorerie, en appliquant la formule : $V = \sum_0^n \frac{Vn}{(1+i)^n}$. où n est le nombre de périodes, Vn le montant pour la

période considérée, et i le taux d'actualisation. Ce taux est conventionnellement fixé, pour les calculs de valeur actuelle des évaluations préalables, au taux utilisé pour l'endettement de la personne publique dans un schéma MOP (taux de l'OAT pour la durée considérée le plus souvent).

Allotissement : opération consistant à séparer un marché public en plusieurs parties ou « lots », chaque entreprise pouvant soumissionner à l'un quelconque, ou plusieurs, de ces lots.

AMO (assistance à maîtrise d'ouvrage) : contrat par lequel un maître d'ouvrage fait appel aux services d'une personne publique ou privée pour faire les études nécessaires à la réalisation d'un projet.

Appel d'offres : procédure de passation d'une commande publique comportant, de la part de l'administration, un appel à concurrence pour que des candidats lui fassent des offres entre lesquelles elle choisit librement celle qui lui paraît la plus intéressante, en tenant compte non seulement du prix, mais aussi d'autres considérations telles que la valeur technique, les garanties professionnelles et financières des candidats ou le délai d'exécution.

On distingue :

- *l'appel d'offres ouvert* (spécifique aux marchés publics): en une itération, comporte un appel public à la concurrence.

- *l'appel d'offres restreint* : en deux itérations, s'adresse aux seuls candidats que l'administration décide de consulter après la première itération (appel à candidatures).

APP (assistance à personne publique) : conseils recrutés par la personne publique pour réaliser un PPP. Utilisé dans le cas où la personne publique n'est pas maître d'ouvrage (Contrat de Partenariat)

Autorisation d'occupation temporaire du domaine public et location avec option d'achat (AOT-LOA) : instrument juridique qui permet à l'Etat (et aux collectivités locales depuis le CG3P en 2006) d'accorder à un tiers une autorisation d'occupation temporaire du domaine public, constitutive le cas échéant (voir « propriétaire ») de droits réels d'une durée maximale de soixante dix ans (**AOT**) afin que celui-ci conçoive, finance et construise un ouvrage qu'il entretient et exploite ou met à la disposition de l'Etat ou de la collectivité territoriale, moyennant le paiement d'un **loyer**. Cet instrument peut comporter, au profit de la personne publique, une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations ainsi édifiées : c'est ce qu'on appelle la location avec option d'achat (**LOA**).

Assiette de financement (ou « montant à financer ») : désigne le coût global de la conception-construction de l'ouvrage (après déduction des concours publics) auquel s'ajoutent diverses sommes (frais financiers intercalaires, commissions bancaires, impôts et taxes, frais de développement de la **société de projet** etc.). L'**assiette de financement** permet de définir le montant de l'emprunt objet du **contrat de prêt**.

Assurance dommage-ouvrage : assurance que tout propriétaire d'ouvrage, vendeur ou mandataire du propriétaire qui fait réaliser des travaux de bâtiment doit souscrire, avant l'ouverture du chantier, afin de garantir, en dehors de toute recherche de responsabilités, le paiement de travaux de réparation des dommages. La loi du 28 juillet 2008 dispense d'assurance dommages ouvrage les personnes morales qui le souhaitent assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre de contrats de partenariat, pour le compte de l'Etat ou de ses établissements publics.

Back to back : Contrat miroir (voir **Pass through**) recouvre également la notion de reprise des responsabilités entre un contrat principal et un sous contrat.

Bail emphytéotique : tel que défini à l'origine par le code rural, bail par lequel un propriétaire concède un immeuble pour une durée de 18 à 99 ans, moyennant une redevance annuelle, à un preneur nommé emphytéote, qui acquiert le droit réel d'emphytéose. Sert de cadre juridique, lorsque le bailleur est une personne publique, au

bail **emphytéotique administratif** (BEA) **conclu par les collectivités** et au **bail emphytéotique hospitalier** (BEH) conclu par les établissements hospitaliers, tous deux considérés comme des partenariats publics-privés. Les BEA recouvrent les BEA de droit commun (conclus en vue de l'accomplissement par l'emphytéote pour le compte de la collectivité territoriale d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence) et les BEA « sectoriels », réalisés au profit de l'Etat en fonction des besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales. Ce contrat, qui répond aux besoins de la personne publique, est à distinguer du BEA utilisé comme simple outil du domaine par une personne privée dans le cadre de son intérêt propre.

Best value for money : Equilibre optimal entre le coût total, sur toute la durée du contrat, et la qualité du service afin de répondre aux exigences des usagers.

Brownfield : Par opposition à "greenfield", un financement de projet "brownfield" concerne un équipement ou une infrastructure déjà réalisé, donc moins risqué pour l'investisseur, qu'il s'agit de racheter pour l'exploiter.

Cahier des charges : documents par lesquels l'administration, en prévision d'un appel d'offres, détermine unilatéralement les conditions auxquelles sont subordonnées l'exécution d'un contrat, qu'il s'agisse d'une concession de service public, d'un marché public ou d'un contrat de partenariat.

Cascade des cash flow : ordre d'attribution de versement de la trésorerie en période d'exploitation

Cash sweep : mécanisme théorique de nantissement de tout ou partie de la trésorerie vers un créancier ciblé. En général le cash sweep s'applique aux prêteurs seniors lorsqu'il y a eu un défaut de paiement au titre de leurs prêts. La trésorerie du projet leur est alors totalement dédiée jusqu'à la purge du défaut.

Cessions de créance : convention par laquelle le créancier (le cédant) transmet son droit sur le débiteur (le cédé) à une autre personne (le cessionnaire). L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat modifiée par la loi du 28/7/2008 permet la mise en œuvre de la « cession Dailly » créée par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981. La **cession Dailly « acceptée »** désigne le mécanisme par lequel la **personne publique** accepte de régler irrévocablement aux **banques** et de manière autonome, une quote-part du **loyer L1** sans bénéfice d'exception (la **personne publique** accepte de ne pas compenser sur cette quote-part des **pénalités** appliquées pour non respect des **performances**). Ce mécanisme permet de réduire les taux d'intérêt et facilite ainsi le financement du projet.

Closing ou Clôture financière: Finalisation et signature des contrats industriels et financiers permettant le démarrage de l'opération

Compte de réserve pour service de la dette : en anglais DSRA, compte de trésorerie provisionnant en général 6 mois de service de la dette (principal + intérêt) permettant de faire face à des situations imprévues sans déclencher de cas de défaut de remboursement de la dette.

Corporate : relatif à un Groupe industriel ; désigne aussi un financement porté sur le bilan d'un groupe existant par opposition à un financement de projet dit « sans recours ».

Contrat de partenariat : créé par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, modifiée par la loi du 28 juillet 2008, le contrat de partenariat est venu compléter la panoplie des outils de la commande publique en France. Il s'agit d'un contrat administratif par lequel l'Etat, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics confient 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 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 à l'exception de toute participation au capital. Le projet de loi précise que le contrat de partenariat peut également comprendre tout ou partie de la conception des ouvrages.

Contrat d'interface : désigne le contrat qui régit les mécanismes de coopération, d'imputation des pénalités et responsabilités et de mise en jeu des assurances entre les **prestataires de l'opérateur privé**, notamment entre le **promoteur** ou le **concepteur/constructeur** et le **mainteneur**.

Contrat tripartite : désigne un contrat régissant les relations entre le pouvoir adjudicateur, la société projet et les créanciers de la société projet ; vise à couvrir certains cas d'annulation du contrat principal avec la société projet.

Coussin de maturité ou Tail : Différence de durée entre le contrat de PPP et le ou les contrats de prêts, la “tail” est une période durant laquelle l’exploitation se poursuit alors que la dette a été remboursée. Elle constitue une réserve de temps permettant de faire face à des aléas (par exemple à une nécessité de restructuration du financement) ou - en l’absence de tels aléas - elle dégage des bénéfices d’exploitation qui peuvent être totalement consacrés à la rémunération du capital

Coûts d’investissements : Ces coûts constituent avec les coûts de fonctionnement et de financement l’ensemble des frais supportés par le titulaire du contrat de partenariat. La loi du 28/7/2008 précise que ces coûts comprennent en particulier les coûts d’étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires. Ils constituent l’assiette éligible le cas échéant au FCTVA (voir item).

Coût global : coût complet dans la durée (« lifecycle cost » dans la littérature anglo-saxonne) de l’offre présentée par le candidat au contrat de partenariat. Il figure parmi les critères d’attribution obligatoires du contrat, au même titre que les objectifs de performance et la part d’exécution du contrat que le candidat s’engage à confier à des PME et des artisans.

Cristallisation des taux : fixation définitive dans le contrat du taux fixe affecté à la part « rémunération des coûts de financement » du loyer. Ce taux est le résultat du bouclage des opérations de SWAP. La cristallisation intervient le plus souvent postérieurement à la signature du contrat, par exemple à la date de la purge des réserves relatives aux autorisations administratives.

Déchéance : désigne le non-respect de certaines obligations permettant à la **personne publique** de résilier le contrat pour faute de l’**opérateur privé**.

Déconsolidation de la dette : méthode comptable consistant à réduire le montant d’un bilan en y soustrayant un actif ou un passif afin de donner l’apparence d’un endettement moindre. La mise en place progressive de normes comptables strictes tend à réduire cette possibilité. Ce ne doit pas être en soi une raison de recourir à un contrat de partenariat, d’autant que cette déconsolidation ne sera pas assurée du seul fait de recourir au contrat de partenariat.

Dialogue compétitif (procédure de) (anciennement « appel d’offres sur performance ») : procédure de passation des marchés publics ou des contrats de partenariat, destinée à la réalisation de projets complexes, réservée à des cas où la personne publique ne peut définir seule et à l’avance les moyens techniques ou le montage juridique ou financier répondant à ses besoins (réf : directive 2004/18). Elle s’ouvre par un dialogue avec chacune des entreprises présélectionnées après une mise en concurrence, en vue de retenir celles dont les propositions paraissent le mieux adaptées à la réalisation du projet.

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, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l’exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d’acquérir des biens nécessaires au service. Ce mode de commande publique, qui entre dans la catégorie de la concession, se décline également en affermage et régie intéressée.

Due Diligence : Ensemble des démarches et vérifications à faire avant de s’engager sur un projet. Les due diligences des prêteurs concernent les aspects techniques, juridiques et financiers du projet et sont une condition préalable au closing.

Durée : désigne la **durée** du contrat. Cette durée, fixée à la signature du contrat de partenariat inclut en général la période de conception-construction, ce qui se traduit, en fonction de la durée effective des travaux, par une durée variable de la période d’exploitation qui correspond à la période de facturation par le partenaire privé.

Equity : Capital de la société projet. Terme générique qui recouvre souvent le capital social et autres fonds propres ou quasi fonds propres comme les avances d’actionnaires ou la dette subordonnée d’actionnaire

Euribor : « Euro interbank offered rate », désigne le taux d’intérêt à court terme (3, 6, 9, 12 mois) de l’euro.

Evaluation préalable : Evaluation à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation d’un partenariat public-privé. Elle est désormais requise en ce qui concerne le BEA (pour accéder au FCTVA), le BEH et, depuis l’origine, pour le contrat de partenariat. Ce dernier ne peut être conclu que si cette évaluation démontre que le projet est soit complexe, soit urgent, soit plus efficace que tout autre mode de commande applicable.

Facility management : Maintenance et exploitation globalisées par un opérateur des équipements relatifs à un ouvrage. Le contrat de partenariat offre la possibilité de mettre en œuvre de façon optimale ce concept.

Financement ajustable : dispositif introduit de façon temporaire (jusqu'au 31/12/2010) par la loi LAPCIPP. Le candidat attributaire pressenti désigné à l'issue de l'examen des offres finales dispose d'un délai pour présenter le financement définitif de son offre. L'ajustement ne peut porter que sur la composante financière du coût global (schéma de financement, taux, marges, commissions). Il est facilité par la levée des engagements d'exclusivité passés entre les candidats et les établissements financiers, élargissant ainsi le champ des financements auquel est susceptible de recourir l'attributaire pressenti.

FCTVA (fonds de compensation de la TVA) : créé par la loi de finances pour 1978, ce fonds assure aux collectivités territoriales, à leurs groupements et aux établissements publics locaux le remboursement partiel par l'Etat, dans un délai de 2 ans maximum et à un taux forfaitaire (15,482 % au 1.08.09), de la TVA dont elles s'acquittent pour leurs dépenses d'investissement.

Frais financiers intercalaires : au sens bancaire : intérêts produits par des portions de crédit débloquées alors que le crédit ne l'est pas dans sa totalité. Cette situation se produit souvent en cas de travaux : les prêts sont versés progressivement, au fur et à mesure de l'avancement du chantier. Peut aussi désigner les intérêts générés par les sommes décaissées par l'opérateur privé au titre du financement pendant la période de conception-construction de l'ouvrage.

Frais financiers capitalisés : concernent les intérêts qui ne sont pas payés mais accroissent l'encours de la dette.

Garanties : désignent les sûretés exigées par la personne publique ou les prêteurs pour garantir la disponibilité (la liquidité) de sommes lui bénéficiant en cas de défaillance de l'opérateur privé. Les garanties peuvent être de type « maison mère » ou bancaires. Dans le cas de garanties bancaires, elles peuvent être appelables à première demande par la personne publique (c'est-à-dire sans aucune justification), ou bien callable par la personne publique sous réserve de prouver la défaillance de l'opérateur privé, il s'agit alors d'une caution bancaire.

Gearing ou levier d'endettement : Rapport entre les fonds propres et le besoin de financement total.

Greenfield : Un projet "greenfield" est un projet dans lequel l'équipement ou l'infrastructure est totalement à réaliser (par opposition à un projet "brownfield" dans lequel l'équipement ou l'infrastructure est déjà réalisé, entièrement ou partiellement).

Gros entretien et renouvellement (GER) : désigne le plan établi par l'opérateur privé (qui confie cette tâche au mainteneur) pour effectuer le gros entretien-renouvellement de l'ouvrage et de ses équipements principaux. Ce plan est souvent quinquennal et est revu périodiquement en fonction de l'état de l'ouvrage. Le plan de GER sert à déterminer le montant du LOYER L3.

Indexation : revalorisation (annuelle le plus souvent) du montant d'une prestation, initialement calculée à une date donnée, en fonction de l'évolution subséquente d'un indice (exemple : revalorisation du coût de travaux de construction en fonction de l'évolution de l'indice BT 01).

Junior : Par opposition à "senior", désigne un financement dont le remboursement n'est pas prioritaire - on dit alors qu'il est subordonné - et qui donc sera le premier affecté en cas de difficultés financières de l'emprunteur.

Leverage : Introduisant un effet de levier, c'est-à-dire faisant appel à un pourcentage significatif de dette par rapport aux fonds propres.

Limite générale de responsabilité : désigne l'exposition financière maximale des prestataires, à l'égard de l'opérateur privé, en cas de défaillance de ces derniers. . Montant qui couvre l'ensemble des pénalités et des garanties apporté par le prestataire.

Loyer : désigne usuellement la rémunération versée par la personne publique à l'opérateur privé en contrepartie de la mise à disposition de l'ouvrage. La loi sur le contrat de partenariat exige que le contrat distingue les coûts d'investissement, de fonctionnement, et de financement et les recettes externes au sein de la rémunération. Ce loyer se décompose généralement en plusieurs termes :

- . L1 désigne le loyer « immobilier » correspondant au remboursement du coût de l'ouvrage incluant les frais financiers ; L1 se décompose souvent en L1a correspondant à la Cession DAILLY acceptée et L1b correspondant au financement « en risque projet » dont le paiement n'est pas garanti ;
- . L2 désigne la rémunération des prestations d'entretien-maintenance ;

- . L3 désigne les provisions versées pour réaliser le gros entretien-renouvellement.
- . L4 désigne les frais de fonctionnement-gestion technique en période d'exploitation.

Loi MOP : Il s'agit de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. Elle impose le découpage de l'opération immobilière en plusieurs phases distinctes et pose le principe selon lequel la mission de maîtrise d'œuvre doit être distincte de celle d'entrepreneur.

Maître d'ouvrage : entité porteuse du besoin et responsable principal de l'ouvrage. La fonction de maîtrise d'ouvrage est souvent désignée sous l'acronyme MOA. Le MOA conclut avec les maîtres d'œuvre et les entrepreneurs les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux. A la différence d'un marché public, c'est le titulaire du contrat de partenariat, c'est-à-dire **l'opérateur privé**, qui assure la maîtrise d'ouvrage du projet sur la base du programme fonctionnel défini par la personne publique. Le partenaire public est quelquefois désigné comme le « **maître d'usage** ».

Maître d'œuvre : le maître d'œuvre apporte la réponse architecturale, technique et économique au programme fonctionnel défini par la personne publique. Il est également chargé de coordonner les travaux des divers corps de métiers intervenant dans une construction. La fonction de maîtrise d'œuvre est souvent désignée sous l'acronyme MOE.

L'ordonnance offre la possibilité de dissocier la conception de l'ouvrage du contrat de partenariat ; dans ce cas, le marché public de maîtrise d'œuvre relatif à cette conception devra être transféré au maître d'ouvrage privé à la signature du contrat de partenariat.

A noter que ces concepts de MOE et MOA trouvent un sens particulier quand le projet se situe dans des domaines technologiques complexes, qui nécessitent plus un ensemblier-systémier qu'un maître d'œuvre et un planificateur en amont (chargé d'une réflexion stratégique sur l'impact recherché du projet) en plus du maître d'ouvrage classique.

Matrice de risque : Tableau simplifié (et généralement non contractuel) dans lequel est résumée l'affectation des divers risques entre les parties prenantes d'un PPP.

Marché public : contrat administratif passé par une personne publique en vue de la réalisation de travaux, la production de fournitures ou la prestation de services.

METP : marchés d'entreprise de travaux publics. Ces marchés prévoyaient un paiement différé par la personne publique de la construction ou la réhabilitation d'un ouvrage public. En effet, l'entreprise, qui assurait ensuite la maintenance de l'ouvrage, recevait une rémunération échelonnée sur plusieurs années. Les METP furent censurés par le Conseil d'Etat en 1999 au motif que le code des marchés publics, interdit les clauses de paiement différé (article 96).

Mise à disposition : désigne la date contractuelle de prise de possession de **l'ouvrage** par la **personne publique**. Cette date est importante car elle constitue le point de départ du paiement des **loyers**. La prise de possession doit être distinguée de la réception de l'ouvrage par le maître d'ouvrage privé.

Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat public/privé (MAPPP) : créée par décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004, la Mission d'Appui à la réalisation des Contrats de Partenariat fournit aux personnes publiques un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat. En tant qu'organisme-expert au sens de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 elle est chargée de valider l'évaluation préalable fondant l'éligibilité du projet au contrat de partenariat et ce pour l'ensemble des administrations centrales et, sur leur demande, pour les collectivités locales. Elle peut être saisie pour avis par le Ministre sur tout projet de contrat complexe ou comportant un financement innovant.

Miniperm : Crédit finançant un projet pendant sa période construction et les premières années d'exploitation, usuellement ne dépassant pas 8 à 10 ans. Se décline en soft miniperm ou hard miniperm qui sont des crédits dont le refinancement est anticipé en s'appuyant ou non sur des mécanismes de cashsweep.

Monoline : Un assureur « monoline » ou « rehausseur de crédit » est spécialisé dans la ligne de métier - unique - consistant à garantir des crédits contre le risque de défaut.

Objectifs de performance : Objectifs obligatoirement assignés par la personne publique au titulaire du contrat de partenariat. Ces objectifs comptent parmi les critères d'attribution du contrat de partenariat, au même titre que coût global de l'offre et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des PME et des

artisans. Parmi les objectifs figurent la qualité des prestations de service, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique et le développement durable.

Le non respect de ces objectifs de performance est sanctionné dans le contrat par des pénalités imputées directement sur les loyers.

Opérateur privé : désigne le cocontractant de la personne publique qui peut prendre la forme d'un groupement d'entreprises ou le plus souvent d'une **société de projet**. Cette société de projet est en général détenue par des investisseurs et des entreprises de construction et de maintenance. Elle est **maître d'ouvrage**, puis endosse les obligations de **propriétaire de l'ouvrage** pendant toute la durée du **PPP**.

Ouvrage : désigne l'objet que l'**opérateur privé** doit mettre à disposition de la **personne publique**. Il peut s'agir d'un ouvrage neuf, d'une réhabilitation ou d'un ouvrage composite. La mission de l'**opérateur privé** peut porter sur la conception-réalisation-maintenance, sur la seule réalisation –maintenance (dans le cas où la conception est réalisée en marché public – voir « Maître d'œuvre »). La maintenance est au minimum celle qui incombe au propriétaire au sens du code civil. Elle peut être étendue à la maintenance courante, et peut concerner des ouvrages ne faisant pas l'objet de travaux dans le cadre du contrat de partenariat. Des prestations d'exploitation peuvent être intégrées au contrat (cf. « facility management »).

Pacte d'associé : Document contractuel établissant les droits et obligations respectifs des diverses sociétés se regroupant en vue de créer la future société de projet. Ce pacte régit les relations et modes de décision entre les partenaires

Pacte d'actionnaire : contrat qui régit les relations entre les actionnaires d'une entreprise (en l'occurrence de la société projet).

Partage des risques : Allocation des risques à la partie la mieux à même de les gérer dans une optique d'optimisation du contrat de partenariat.

Pass through : Construction juridique dans laquelle les obligations d'un contrat A sont reportées sur un contrat B (par exemple les obligations de construction découlant du contrat de partenariat sont reprises dans le contrat signé entre la société projet et le constructeur ; voir « contrat miroir » ou « back to back »). La notion de « pass through » est moins forte que celle de « back to back » où le titulaire reprend également les responsabilités du constructeur

Point de base : Un point de base (ou encore b. p. pour "basis point") est égal à un centième de point de pourcentage. Une marge de 1% est donc égale à 100 points de base (ou 100 bp), une marge de 0,50 % à 50 bp, etc.

Programme fonctionnel : Programme définissant les attentes du pouvoir adjudicateur en termes de performances, fonctionnalités et disponibilité, sur la base duquel les candidats élaboreront leur offre.

Ramp up period : ou "période de montée en puissance", cette période démarre à la réalisation de l'équipement et couvre les premières années d'exploitation (à bien distinguer le la « marche à blanc » qui précède la prise de possession de l'ouvrage).

Ramp up Reserve Account (RURA) : compte de réserve de la société projet visant à couvrir les besoins en période de montée en charge et permettant de faire face à des situations imprévues sans déclencher de cas de défaut de remboursement de la dette

PPP : Ce sigle recouvre toutes les formes de partenariat public-privé, à savoir stricto sensu, le contrat de partenariat, les BEA, BEH, les dispositifs LOPSI-LOPJ et les AOT-LOA. Lato sensu, les PPP incluent les délégations de service public.

PFI : Ce sigle désigne le « Private Finance Initiative », outil lancé en 1992 au Royaume-Uni pour le financement privé des infrastructures publiques et dont se sont inspirés en France les partenariats public-privé.

Préfinancement d'un projet : financement d'un projet par le partenaire privé, ayant vocation à être remboursé sur la durée du contrat par la personne publique. Le préfinancement d'un projet est caractéristique des partenariats public-privé.

Prestataires : désigne les sociétés à qui l'**opérateur privé** confie les missions de conception, construction, d'entretien-maintenance et de gros entretien-renouvellement. Il s'agit par exemple du :

Promoteur : désigne le mandataire du **maître d'ouvrage** qui a l'obligation de résultat d'obtenir toutes les autorisations administratives nécessaires, de concevoir et de construire l'**ouvrage** dans le respect du **programme**, des délais et du prix global convenu ; ce promoteur peut aussi avoir en charge l'obtention de toutes les autorisations administratives nécessaires (ceci résulte de la négociation).

Concepteur-constructeur : désigne un groupement à qui le **maître d'ouvrage** confie la conception et la construction de l'**ouvrage** dans le respect des délais et du prix global convenu.

Mainteneur : désigne la société en charge des missions d'entretien-maintenance et de gros entretien renouvellement de l'**ouvrage** pendant toute la durée du **PPP**, ce conformément au **programme** et aux **performances** requises.

Propriétaire : l'ordonnance prévoit que le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent pour la durée du contrat les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et limites définies par les clauses du contrat. La fiche 25 détaille la question. C'est au contrat de préciser l'importance de ce transfert. A l'issue du contrat, la propriété de l'ouvrage revient le plus souvent à la personne publique (« bien de retour »).

Procédure négociée : procédure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient librement les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux. Cette procédure, plus souple qu'un appel d'offres compte tenu de la possibilité de négociation, ne peut être mise en œuvre en ce qui concerne les marchés publics que dans des cas limitativement énumérés par le CMP, en particulier lorsque, après un appel d'offres ou un dialogue compétitif, il n'a été proposé que des offres inacceptables ou irrégulières. L'ordonnance autorise le recours à cette procédure sans justification particulière pour les contrats de partenariat d'un faible montant.

Rating ou encore "notation" : établie par des agences de notation (les principales étant Standard & Poors, Moody's ou encore Fitch IBCA) et mesurant le risque de crédit encouru par des prêteurs sur une institution ou sur une transaction (par exemple un crédit ou une émission obligataire).

Recettes de valorisation: recettes reçues par le titulaire du contrat de partenariat et tirées d'une exploitation d'ouvrages ou équipements qui répond à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante. C'est pourquoi ces recettes sont dites « complémentaires » ou de valorisation, terme qui doit être préféré à celui de recettes « annexes » qui induit une problématique qui n'a pas lieu d'être sur la proportion de ces recettes au regard du loyer versé par la personne publique au titre de la mission confiée au partenaire privé. Elles présentent l'avantage d'apporter des ressources complémentaires à l'entreprise, réinjectées en partie dans l'économie du projet, et de réduire ainsi la rémunération versée par la personne publique. La loi de 2008 étend le champ des recettes de valorisation à travers la possibilité d'exploiter le domaine privé de la personne publique et de conclure dans ce cadre des baux d'une durée supérieure à celle du contrat de partenariat.

Risque commercial (ou risque d'exploitation) : risque de trafic, de demande ou de fréquentation assumé par la personne privée dans le cadre d'une délégation de service public. C'est ce risque qui distingue fondamentalement une délégation de service public des autres outils de la commande publique (marché public et partenariats public-privé).

Senior : Par opposition à junior, un financement "senior" assure au prêteur un rang de créancier prioritaire, à égalité avec les autres créanciers "senior" (on dit alors que ces créanciers sont pari passu, c'est-à-dire que - en cas de difficultés financières du débiteur - ils se partageraient de manière proportionnelle les sommes disponibles pour le paiement des dettes financières).

Subordonné : Voir « junior ».

Société de projet : désigne la société créée par l'**opérateur privé** pour être titulaire du **PPP** pendant sa durée, souvent désignée sous l'acronyme anglais SPV (spécial purpose vehicle) ou SPC (spécial purpose company).

Spread : Marge (sur un crédit ou sur une obligation) par rapport à un index (Euribor ou autre).

Step in right : Droit de substitution, donnant (généralement aux prêteurs seniors) la possibilité de remplacer les contractants éventuellement défaillants par d'autres.

Swap : ou encore “échange”, technique financière consistant à échanger des éléments d’une transaction. Un swap de taux consiste à échanger - sur un crédit de référence - des index de taux (on parle plus généralement de “dérivés de crédit”). Une société projet peut contracter un emprunt à taux variable (cas général sur les marchés financiers) et - par le biais d’un swap dans laquelle elle est payeuse d’un taux fixe et receveuse d’un taux variable - se retrouver emprunteuse à taux fixe, permettant ainsi de proposer à la **personne publique un loyer** à taux fixe. Le retard dans la **mise à disposition de l’ouvrage** ou la rupture du **PPP** entraîne la rupture de ce contrat d’échange avec des conséquences financières qui peuvent être très lourdes au détriment de **l’opérateur privé**.

Term-sheet : Liste des termes et conditions applicables à un contrat financier de prêt ou de garantie

Titrisation : Technique par laquelle des créances sont cédées à un véhicule financier qui émet des titres qui peuvent être alors distribués sur le marché obligataire après avoir été notés par une ou plusieurs agences de rating.

TRI : taux d'actualisation qui annule la valeur actuelle nette d'une chronique de flux financiers relatifs à un projet, avec un investissement initial suivi de cash flows positifs correspondant aux dividendes. Un projet d'investissement ne sera généralement retenu que si son TRI prévisible est suffisamment supérieur au coût de la ressource financière, pour tenir compte notamment de la prime de risque propre au projet.