

# Revue

Lexbase Hebdo édition publique n°230 du 18 janvier 2012

[Partenariat public-privé] Questions à...

## Le contrat de partenariat : un mode de financement des ouvrages publics en plein essor — Questions à Marc Fornacciari, avocat associé du cabinet Salans

N° Lexbase: N9688BSM



par Yann Le Foll, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition publique

Le contrat de partenariat est destiné à faire financer par le secteur privé des équipements ou services publics, le partenaire privé recevant en contrepartie un paiement du partenaire public et/ou des usagers du service qu'il gère. Ce contrat présente de nombreux avantages : il est, à la fois, plus complet et plus simple que les deux autres montages en partenariat public-privé (PPP), les baux emphytéotiques administratifs et les autorisations d'occupation temporaires. Il favorise la concertation entre les différents acteurs du projet en vue de réaliser toutes les économies possibles, ce qui aboutit, en général, à une diminution du prix significative. Le contrat de partenariat règle, également, efficacement les problèmes liés à la maintenance des bâtiments publics. Il n'est, toutefois, pas exempt de risques potentiels, puisque d'un coût souvent élevé, il nécessite une vision de long terme, ce qui, en période difficile pour les finances publiques, ne va pas forcément de soi. Pour faire le point sur toutes ces questions, Lexbase Hebdo — édition publique a interrogé Marc Fornacciari, avocat associé du cabinet Salans, spécialiste des partenariats publics-privés (1).

**Lexbase : Pouvez-vous nous rappeler le but recherché par les pouvoirs publics lorsqu'ils ont procédé à la création des contrats de partenariat ?**

**Marc Fornacciari :** Il manquait à l'époque un instrument juridique permettant de réaliser des projets au moyen de contrats de longue durée, globaux, et prévoyant un paiement par la personne publique, ce qu'on appelle dans le jargon international des financements de projet des "BOT" (*Build, Operate, Transfer*) et autres contrats voisins. Les contrats de délégation de service public ne répondaient pas à ce besoin car ils supposent l'existence d'un usager

payant, ce qui n'est pas le cas des projets dans le secteur non marchand comme les bâtiments administratifs, les hôpitaux, les prisons, les universités, etc.

Les marchés publics ne pouvaient pas non plus faire l'affaire, en raison de la prohibition du paiement différé, qui empêche d'étaler le paiement de l'investissement sur toute la durée du contrat, et aussi en raison de la généralisation de l'allotissement (C. marchés publ., art. 10 N° Lexbase : L2670HPL), qui s'oppose à la globalisation des prestations. Par ailleurs, la loi sur la maîtrise d'ouvrage public, dite loi "MOP" (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 N° Lexbase : L7908AGY), impose la dissociation des fonctions d'entrepreneur et de maître d'œuvre, ce qui, là aussi, va à l'encontre du but poursuivi de globalisation.

Bien sûr, il y avait ce qu'on appelle les "montages aller-retour", c'est à dire les baux emphytéotiques administratifs depuis 1988 (loi n° 88-13 du 5 janvier 1988, d'amélioration de la décentralisation, art. 13 N° Lexbase : L7828IRD) et les "AOT/LOA" (autorisation d'occupation temporaire — location avec option d'achat) depuis 1994 (loi n° 94-631 du 25 juillet 1994, complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public N° Lexbase : L7939DND) : les partenariats public-privé (PPP) existaient avant l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, sur les contrats de partenariat (N° Lexbase : L2584DZQ). Mais il manquait un instrument simple, moderne, et prenant en compte les meilleures pratiques internationales, comme, par exemple, la nécessité d'une évaluation préalable ou d'une analyse des risques rigoureuse.

### **Lexbase : Quels sont les avantages et les inconvénients de ce type de contrat ?**

**Marc Fornacciari** : Les PPP, et, notamment, les contrats de partenariat, demeurent l'une des formes les plus intelligentes pour dépenser l'argent public. Le principal avantage est la globalité du contrat : le dialogue, au sein de la même équipe, entre l'architecte et le constructeur, entre le constructeur et le mainteneur, et entre les investisseurs et l'ensemble de ces acteurs, aboutit à une baisse des prix considérable. On ne conçoit et on ne construit pas de la même façon si l'on sait qu'on aura ensuite à gérer une infrastructure pendant plusieurs dizaines d'années. Le PPP est, ainsi, le moyen d'aboutir à des bâtiments intelligents, adaptés aux besoins des utilisateurs, durables, et qui seront rendus en bon état à la personne publique en fin de contrat.

Par ailleurs, dans un PPP, le transfert des risques vers la personne privée est plus complet que dans les marchés publics. L'expérience montre que, contrairement à ceux construits en loi "MOP", les bâtiments livrés en PPP le sont, en général, à l'heure, car le partenaire privé n'est payé qu'à la livraison de l'ouvrage. Il n'y a pas non plus de dérives de coûts, car les investisseurs transfèrent l'intégralité des risques à leur constructeur, qui n'a aucun recours contre la société de projet.

La possibilité d'instaurer un dialogue compétitif, c'est-à-dire de discuter librement avec les candidats sur les moyens techniques, juridiques et financiers destinés à satisfaire au mieux les besoins fixés par l'administration, fait aussi partie des grands avantages habituellement reconnus à la procédure. Certes, le dialogue compétitif est, également, possible en marché public, mais, compte tenu des inconvénients que l'on vient de rappeler de la loi "MOP", le recours au PPP est, de fait, le seul moyen de pouvoir recourir au dialogue.

Il ne faut, cependant, pas dissimuler que, parfois, le principal avantage du point de vue des personnes publiques est l'étalement du coût de l'investissement sur toute la durée du contrat, et donc la possibilité de disposer immédiatement d'un équipement payé à crédit. C'est là une exécration raison d'avoir recours au PPP, car l'on ne doit pas faire du PPP pour échapper aux contraintes budgétaires. Mais l'avis du praticien est que cette mauvaise raison est de moins en moins celle qui amène à choisir le PPP : les personnes publiques ont compris que cette forme moderne de la commande publique permet surtout de dépenser mieux, moins, et plus intelligemment. D'ailleurs, les conséquences du PPP sont désormais identiques, pour la comptabilisation de la dette des collectivités, à celles du recours à la loi "MOP" avec endettement.

Il ne faut pas non plus cacher les inconvénients du PPP. La procédure est nécessairement lourde et complexe. Sauf projets très simples et répétitifs, la formule ne se prête pas aux investissements inférieurs à quelques millions et même, sans doute, à quelques dizaines de millions d'euros. Par ailleurs, le fait que le partenaire privé soit chargé du financement, c'est-à-dire du préfinancement du projet, potentialise les risques pour les deux parties. Par exemple, le retard du constructeur entraînera des conséquences très lourdes du fait des contrats de financement signés par le partenaire privé, qui devra, non seulement payer des intérêts supplémentaires, mais aussi faire face à des coûts de décalage, voire de rupture d'instruments de couverture des taux d'intérêts. Or, lorsque le retard est dû à des causes légitimes, des intempéries par exemple, les conséquences de ce retard sont en général partagées entre les deux parties. On peut dire la même chose des modifications inévitablement demandées par la personne publique en phase d'études et de travaux, qui peuvent mener à une dérive très importante des coûts, du fait de leurs conséquences sur la documentation de financement. Ainsi, le financement entre les mains du partenaire privé

fait ressembler le PPP à un outil sophistiqué très efficace mais aussi très dangereux pour qui ne sait pas s'en servir. Il faut le répéter avec force : l'administration ne doit pas se lancer dans l'aventure si elle n'est pas techniquement capable d'en maîtriser les risques.

### **Lexbase : Existe-t-il un risque de chevauchement avec les autres formes de contrats administratifs, particulièrement les délégations de service public ?**

**Marc Fornacciari** : Une réponse ministérielle le rappelle (2) : dans certains cas, par exemple, lorsque le PPP porte sur la construction et l'exploitation d'un équipement industriel, la frontière avec la délégation de service public est ténue. Dans de tels cas, c'est moins l'objet du contrat que le mode de rémunération, à savoir le paiement par la personne publique, qui différenciera les deux formules. Mais la jurisprudence la plus récente tant de la CJUE que du conseil d'Etat (3) considère que le critère de distinction n'est pas le mode de rémunération, mais le fait que la plus grande partie du risque d'exploitation soit transférée à la personne privée. Dans un cas extrême, le Conseil d'Etat a même admis que les recettes d'exploitation à prendre en compte pour l'appréciation de la notion de "rémunération substantiellement assurée par les résultats du service" pouvaient comprendre des paiements de l'administration contractante (3), dès lors que ces derniers sont liés à l'exploitation du service.

Tout dépendra donc de la matrice des risques. On ne peut pas exclure que, dans le cas où le contrat prévoit que le partenaire privé prend sur lui le risque d'exploitation, le PPP puisse être requalifié en délégation de service public. De telles hypothèses nous paraissent, cependant, très rares, même si la pratique montre que le même type de projets peut s'exécuter soit en concession, soit en contrat de partenariat. Ainsi, dans les trois projets de ligne à grande vitesse lancés par RFF en maîtrise d'ouvrage privée, deux sont des contrats de partenariat et l'un d'eux, le plus important, une concession. De même, si les nouveaux stades (Lille, Marseille, Nice, Bordeaux...) sont, en général, réalisés en PPP, celui du Mans a fait l'objet d'une concession. En tout état de cause, quand les conditions économiques le permettent -c'est à dire quand les revenus de l'exploitation permettent de financer l'investissement et l'exploitation-, alors mieux vaut avoir recours à une délégation de service public.

### **Lexbase : L'affaire dite "du collège de Villemandeur" a-t-elle suffisamment clarifié la condition d'urgence qui s'attache à la réalisation du projet ?**

**Marc Fornacciari** : L'arrêt de la cour administrative d'appel, puis la décision du Conseil d'Etat (5) ont le grand mérite de préciser que l'urgence ne disparaît pas au motif qu'elle serait imputable à la personne publique elle-même, et que la personne publique n'a pas à démontrer que le contrat de partenariat permet effectivement d'aller plus vite. Par ailleurs, les juges du fond ont donné une interprétation raisonnable de l'urgence, qui était, de toute évidence, constituée en l'espèce, contrairement à l'avis des premiers juges. La notion d'urgence est donc suffisamment clarifiée. Toutefois, la portée de ces décisions est limitée, dans la mesure où l'un des grands mérites du contrat de partenariat est de prévoir la possibilité d'un dialogue compétitif. La personne publique préférera donc, en général, invoquer la complexité, ce qui lui permet de recourir au dialogue, plutôt que la seule urgence.

### **Lexbase : Quels sont les principaux projets de partenariat en cours dans l'Hexagone ?**

**Marc Fornacciari** : Parmi les projets en cours d'attribution, il y a, tout d'abord, un certain nombre de grands projets de plusieurs centaines de millions, voire de milliards d'euros d'investissement, qui concernent des infrastructures (le canal Seine Nord, le contournement autoroutier de Strasbourg, celui de Marseille, dit "rocade L2", les barrages de l'Aisne et de la Meuse, la ligne de train à grande vitesse permettant le contournement de Nîmes et de Montpellier), ou des programmes de bâtiment, comme le nouveau Palais de justice de Paris aux Batignolles par exemple. D'autres grands projets viennent d'être signés et sont en cours d'exécution, l'année 2011 ayant été exceptionnelle à cet égard avec le bouclage financier des projets de TGV Tours-Bordeaux et Bretagne-Pays de Loire, ou de celui du nouveau ministère de la Défense sur le site de Balard.

Au delà de ces grands projets, il existe une multitude de projets "moyens", de cinquante à cent ou deux cent millions d'euros, particulièrement dans le domaine universitaire (les différentes opérations Plan Campus), scolaire (les régions Lorraine, Guadeloupe, et les départements du Loiret, de la Moselle, de la Seine Saint Denis parmi d'autres), ont fait ou font appel au contrat de partenariat pour construire des lycées ou des collèges. Divers équipements publics sont aussi concernés : les stades avec l'approche de l'Euro 2016, les arénas, les Palais des congrès, etc. L'éclairage public est, également, un domaine où la formule connaît un grand succès.

---

(1) Lequel a déjà été interrogé par nos soins sur ce sujet, lire *Conclusion de deux contrats de partenariat pour la rénovation des Universités Paris-Sorbonne (Paris IV) et Paris Diderot (Paris VII) : Questions à Maître Marc Fornacciari et Maître Dorothée Griveaux, cabinet Salans, Lexbase Hebdo n° 126 du 30 septembre 2009 - édition publique (N° Lexbase : N9388BLB)*.

- 
- (2) QE n° 22 017 de M. Bernard Piras, JO Sénat du 9 mars 2006, p. 694, réponse publ. 18 mai 2006, p. 1385, 12ème législature (N° Lexbase : L7708IRW).
- (3) CE 2° et 7° s-s-r., 7 novembre 2008, n° 291 794, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A1733EBS).
- (4) CE 2° et 7° s-s-r., 28 juin 2006, n° 288 459, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A0906DQM).
- (5) CAA Nantes, 4ème ch., 23 janvier 2009, n° 08NT01 579 (N° Lexbase : A2817EDP).
- (6) CE 2° et 7° s-s-r., 23 juillet 2010, n° 326 544 et n° 326 545, publié au Recueil Lebon (N° Lexbase : A9939E4U).