

N° 240

—
SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2007-2008

Annexe au procès-verbal de la séance du 26 mars 2008

AVIS

PRÉSENTÉ

au nom de la commission des Affaires économiques (1) sur le projet de loi, relatif aux contrats de partenariat,

Par M. Michel HOUEL,
Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : M. Jean-Paul Emorine, *président* ; MM. Jean-Marc Pastor, Gérard César, Bernard Piras, Gérard Cornu, Marcel Deneux, Pierre Herisson, *vice-présidents* ; MM. Gérard Le Cam, François Fortassin, Dominique Braye, Bernard Dussaut, Jean Pépin, Bruno Sido, Daniel Soulage, *secrétaires* ; MM. Jean-Paul Alduy, Pierre André, Gérard Bailly, René Beaumont, Michel Bécot, Jean-Pierre Bel, Joël Billard, Michel Billout, Claude Biwer, Jean Bizet, Jean Boyer, Mme Yolande Boyer, MM. Jean-Pierre Caffet, Raymond Couderc, Roland Courteau, Jean-Claude Danglot, Philippe Darniche, Gérard Delfau, Jean Desessard, Mme Evelyne Didier, MM. Philippe Dominati, Michel Doublet, Daniel Dubois, Alain Fouché, Alain Gérard, François Gerbaud, Charles Ginésy, Adrien Giraud, Francis Grignon, Louis Grillot, Georges Gruillot, Mme Odette Herviaux, MM. Michel Houel, Benoît Huré, Charles Josselin, Mme Bariza Khiari, M. Yves Krattinger, Mme Elisabeth Lamure, MM. Gérard Larcher, Jean-François Le Grand, André Lejeune, Philippe Leroy, Claude Lise, Daniel Marsin, Jean-Claude Merceron, Dominique Mortemousque, Jacques Muller, Mme Jacqueline Panis, MM. Jackie Pierre, Rémy Pointereau, Ladislav Poniatowski, Daniel Raoul, Paul Raoult, Daniel Reiner, Thierry Repentin, Bruno Retailleau, Charles Revet, Henri Revol, Roland Ries, Claude Saunier, Mme Odette Terrade, MM. Michel Teston, Yannick Texier.

Voir les numéros :

Sénat : 211, 239 et 243 (2007-2008)

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
EXPOSÉ GÉNÉRAL	7
I. UNE NÉCESSAIRE STIMULATION DES CONTRATS DE PARTENARIAT	7
A. UN OUTIL JURIDIQUE RICHE DE PROMESSES	7
1. <i>Une solution récente</i>	7
a) Un vide juridique à combler.....	7
b) Les contrats de partenariat : une formule moderne.....	9
2. <i>Une solution hybride</i>	11
a) Un contrat dérogatoire au droit de la commande publique	11
b) Les contrats de partenariat et les marchés publics.....	11
c) Les contrats de partenariat et les délégations de service public	12
3. <i>Une solution attendue</i>	15
B. UNE STIMULATION INDISPENSABLE	16
1. <i>Un champ d'application trop restreint</i>	17
2. <i>Soutenir et mobiliser le personnel administratif</i>	18
3. <i>La concurrence des contrats assimilés</i>	20
a) Le bail emphytéotique administratif.....	21
b) L'autorisation d'occupation temporaire	22
II. LES DISPOSITIONS DU PROJET DE LOI	22
A. LE TEXTE DU PROJET DE LOI EXAMINÉ PAR VOTRE COMMISSION	22
B. LES POSITIONS DE VOTRE COMMISSION	25
EXAMEN DES ARTICLES	29
• CHAPITRE 1^{er} Dispositions modifiant l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat	29
• <i>Article 1^{er}</i> (Article 1 ^{er} de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat) Définition des contrats de partenariat	29
• <i>Article 2</i> (Article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) Evaluation préalable et cas de recours aux contrats de partenariat	34
• <i>Article 3</i> (Article 4 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) Personnes ne pouvant soumissionner à un contrat de partenariat	42
• <i>Article 4</i> (Article 5 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) Procédures à suivre dans le cadre d'un contrat de partenariat	43
• <i>Article 5</i> (Article 6 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) Délai et nombre de candidats prévus pour chaque procédure	46
• <i>Article 6</i> (Article 7 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) Procédures applicables au contrat de partenariat	49
• <i>Article 7</i> (Article 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) Critères d'attribution du contrat de partenariat	52
• <i>Article 8</i> (Article 9 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) Information des candidats et publicité des contrats	56
• <i>Article 9</i> (Article 11 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) Définition des clauses obligatoires du contrat de partenariat	57
• <i>Article 10</i> (Article 12 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) Obligations du titulaire du contrat de partenariat et conception des ouvrages	61

• <i>Article additionnel après l'article 10</i> (Article 12-1 [<i>nouveau</i>] de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) Obligations du titulaire du contrat de partenariat et conception des ouvrages	62
• <i>Article 11</i> (Article 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) Contrat de partenariat et occupation du domaine public	62
• <i>Article 12</i> (Article 19 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) Etablissements publics de santé et structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique	64
• <i>Article 13</i> (Article 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) Pouvoirs adjudicateurs, entités adjudicatrices et groupements d'intérêt public	67
• <i>Article 14</i> (Article 25-1 [<i>nouveau</i>] de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) Eligibilité aux subventions	70
• CHAPITRE II Dispositions modifiant le code général des collectivités territoriales	70
• <i>Article 15</i> (Article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales) Définition des contrats de partenariat	71
• <i>Article 16</i> (Article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales) Evaluation préalable et cas d'ouverture des contrats de partenariat	72
• <i>Article 17</i> (Article L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales) Personnes ne pouvant soumissionner à un contrat de partenariat	73
• <i>Article 18</i> (Article L. 1414-5 du code général des collectivités territoriales) Procédures à suivre dans le cadre d'un contrat de partenariat	74
• <i>Article 19</i> (Article L. 1414-6 du code général des collectivités territoriales) Délai et nombre de candidats prévus pour chaque procédure	74
• <i>Article 20</i> (Article L. 1414-7 du code général des collectivités territoriales) Procédures applicables au contrat de partenariat	75
• <i>Article 21</i> (Article L. 1414-8-1 [<i>nouveau</i>] du code général des collectivités territoriales) Procédure négociée	75
• <i>Article 22</i> (Article L. 1414-8 du code général des collectivités territoriales) Critères d'attribution du contrat de partenariat	76
• <i>Article 23</i> (Article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales) Clauses obligatoires du contrat de partenariat	76
• <i>Article 24</i> (Article L. 1414-13 du code général des collectivités territoriales) Obligations du titulaire du contrat de partenariat et conception des ouvrages	77
• <i>Article 25</i> (Article L. 1414-16 du code général des collectivités territoriales) Contrat de partenariat et occupation du domaine public	77
• CHAPITRE III Dispositions diverses	78
• <i>Article additionnel après l'article 31</i> Extension de l'évaluation de la commande publique de l'Etat	78
ANNEXE I LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES PAR LE RAPPORTEUR	81
ANNEXE II AUDITIONS DE LA COMMISSION DES LOIS AUXQUELLES LE RAPPORTEUR A PARTICIPÉ	83
AMENDEMENTS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION	87

Mesdames, Messieurs,

Poursuivant un objectif de modernisation des outils de la commande publique et de stimulation des partenariats entre les secteurs public et privé, l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat n'a pas, contrairement à ce qu'annonçaient ses détracteurs, bouleversé le secteur du bâtiment et des travaux publics. La création de ce nouveau contrat n'en a pas moins constitué une innovation riche de promesses. Se situant à mi-chemin entre le marché public et la concession, ce contrat global de longue durée, incitatif et souple, élargit la gamme des outils auxquels les collectivités publiques peuvent faire appel pour financer, réaliser et gérer leurs biens immatériels, ouvrages et équipements.

Toutefois, près de quatre ans après l'adoption de cette ordonnance, seulement 27 contrats de partenariat ont été conclus, ce qui reste marginal à l'échelle du nombre de contrats de la commande publique signés chaque année. En outre, de nombreuses clarifications et adaptations juridiques apparaissent aujourd'hui indispensables pour stimuler l'utilisation de cet outil qui répond à des besoins bien identifiés et limitativement énumérés.

Sous l'impulsion du Président de la République, un plan de stimulation des partenariats public-privé (PPP) a donc été élaboré par le gouvernement, dont le projet de loi soumis à l'examen de votre assemblée constitue le volet législatif.

Tout en maintenant aux contrats de partenariat leur caractère dérogatoire, conformément aux décisions du Conseil constitutionnel, le projet de loi entend favoriser leur utilisation en :

- créant un nouveau cas de recours aux contrats de partenariat, puisque ceux-ci pourraient désormais être utilisés dans le cas où leur évaluation préalable ferait apparaître un bilan entre leurs avantages et leurs inconvénients globalement favorable ;

- ouvrant une large voie d'accès sectorielle jusqu'au 31 décembre 2012 ;

- permettant au secteur parapublic de conclure de tels contrats.

Compte tenu de l'importance de la commande publique dans l'activité économique en général -qui représente près de 10 % du produit intérieur brut-, et de l'impact significatif que ce recours accru aux contrats de partenariat pourrait avoir en particulier sur le secteur du bâtiment et des travaux publics, notamment en ce qui concerne la place et le rôle des petites et moyennes entreprises (PME), votre commission a souhaité se saisir pour avis de ce projet de loi. Elle a cependant limité le champ de sa saisine aux deux premiers chapitres du texte, respectivement consacrés aux conditions de recours aux contrats de partenariat par l'Etat et ses établissements publics et par les collectivités territoriales.

C'est dans un esprit pragmatique que votre commission pour avis a procédé à l'examen de ce texte, dont elle juge les principales dispositions globalement satisfaisantes dans la mesure où elles lui apparaissent équilibrées au regard des intérêts des différents acteurs concernés. Dans le cadre de ses réflexions, elle a eu en effet le souci constant d'éviter deux écueils en s'interdisant de rejeter, pour des raisons de principe, un outil prometteur pour la commande publique et en veillant à ne pas banaliser une formule contractuelle qui doit conserver son caractère dérogatoire.

Dans ces conditions, votre commission pour avis forme des vœux pour que ses analyses contribuent à insuffler un peu de sérénité dans le débat entourant les aménagements apportés à ce contrat administratif, dont l'utilisation plus massive pourrait apporter une aide précieuse aux personnes publiques pour la satisfaction des besoins de nos concitoyens.

EXPOSÉ GÉNÉRAL

A de nombreux égards, les contrats de partenariat constituent un outil juridique intéressant, dont l'utilisation est susceptible d'apporter une réponse concrète et rapide à des besoins en termes d'équipements ou d'ouvrages publics faisant aujourd'hui défaut. Leur place au sein de la commande publique doit néanmoins rester circonscrite et l'opportunité de leur utilisation doit être jugée à l'aune de leur efficacité relative par rapport aux autres outils.

Votre commission pour avis présentera donc, dans un premier temps, les principales caractéristiques du contrat de partenariat et les objectifs pour lesquels ils ont été créés. Dans un second temps, elle mettra en évidence les principaux obstacles auxquels s'est heurtée l'utilisation de ces contrats au cours de leurs quatre premières années d'existence.

I. UNE NÉCESSAIRE STIMULATION DES CONTRATS DE PARTENARIAT

A. UN OUTIL JURIDIQUE RICHE DE PROMESSES

Il convient au préalable de dissiper les ambiguïtés qui entourent, en France, l'usage de l'expression « partenariat public-privé » (PPP), qui ne doit désigner, en toute rigueur, que les contrats de partenariat et les contrats assimilés (baux emphytéotiques administratifs, autorisations d'occupation temporaire du domaine public notamment). La question du périmètre des PPP n'est cependant pas tranchée par la doctrine, qui considère parfois, influencée vraisemblablement par le modèle anglo-saxon, que les PPP comprennent non seulement les contrats de partenariat et assimilés mais également les délégations de service public.

1. Une solution récente

a) Un vide juridique à combler

Introduits dans le droit national par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, les contrats de partenariats, dont l'usage est réservé à l'Etat et à ses établissements publics ainsi qu'aux collectivités territoriales, ont apporté une réponse juridique sécurisée pour faire face à la disparition des marchés d'entreprise de travaux publics (METP) et remédier à leurs inconvénients.

D'origine exclusivement jurisprudentielle et donc dépourvue de base légale¹, le METP était un contrat administratif hybride, reprenant des éléments juridiques du droit des marchés publics et de la concession de service public. Le METP constituait de fait un contrat de longue durée par lequel une collectivité publique confiait à un cocontractant unique non seulement la construction d'un ouvrage mais également son exploitation, en échange d'une rémunération forfaitaire qui lui était versée de manière fractionnée. Deux problèmes juridiques² ont toutefois rendu impossible le recours aux METP.

Tout d'abord, le juge administratif a reconnu aux METP la qualification de marché public³, ce qui interdisait, conformément aux dispositions du code des marchés publics, le paiement différé des travaux. En outre, le METP contrevenait à la loi dite MOP⁴, dont les dispositions imposent la séparation de la mission de conception (mission de maîtrise d'œuvre) de celle de construction.

Le droit communautaire de la commande publique

Le droit français en matière de concession de service public était en avance sur le droit communautaire, dont l'élaboration s'est inspirée de l'expérience nationale tout en prenant en compte les spécificités des autres Etats membres.

Le droit communautaire ne connaît que deux grandes catégories de contrats publics :

– les marchés publics, qui sont des contrats conclus à titre onéreux ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ;

– les concessions, qui sont des contrats au terme desquels le concessionnaire se voit reconnaître, en contrepartie de la réalisation de travaux ou d'une prestation de service, le droit d'exploiter l'ouvrage ou d'assurer le service, assorti, le cas échéant, d'une rémunération.

En conséquence, toute procédure de commande publique n'ayant pas le caractère d'une concession revêt par défaut, au regard du droit communautaire, la qualification de marché public.

En règle générale, les contrats de partenariat et assimilés sont considérés, au plan communautaire, comme des marchés publics⁵ et leur utilisation doit se conformer aux dispositions des directives 2004/17/CE du 31 mars 2004⁶ et 2004/18/CE du 31 mars 2004⁷. Toutefois, de manière plus marginale, certains contrats de partenariat pourraient revêtir le caractère d'une concession au regard du droit communautaire.

¹ CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, Rec. Leb., p. 612.

² Contrairement à une idée largement répandue, les opérations de rénovation des lycées n'avaient pas le caractère de METP mais constituaient de « faux METP » car, d'une part, une entreprise ne pouvait pas être chargée du service public de l'enseignement, et, d'autre part, ces contrats complexes recouvraient en fait plusieurs marchés publics classiques (voir avis de la section des finances du Conseil d'Etat le 18 juin 1991).

³ CE, 8 février 1999, *Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de la Ciotat*, Rec. Leb., p. 364.

⁴ 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 (MOP).

⁵ CE, 27 octobre 2004, *Sueur et autres*, N°269814-271119-271357-271362.

⁶ Directive n° 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

⁷ Directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux de fournitures et de services.

En raison de l'impossibilité d'utiliser les METP, la création de contrats globaux est devenue nécessaire pour répondre à certains besoins particulièrement urgents dans le domaine des infrastructures, dans un contexte de tensions croissantes sur l'équilibre des finances publiques et de pénalisation du droit de la commande publique. Plus généralement, il existe des situations dans lesquelles l'entrepreneur est chargé d'une mission de service public sans pouvoir se faire entièrement rémunérer par l'utilisateur. Par exemple, la gestion des transports publics est souvent structurellement déficitaire et la contribution des usagers ne couvre parfois que 20 % des coûts réels d'exploitation.

Inventer, en tirant les leçons des expériences passées et en prenant appui sur les exemples étrangers¹, une « troisième voie » entre les marchés publics et les délégations de service public, tout en respectant les impératifs de concurrence promus par le droit communautaire, tel était donc le défi que devait relever le législateur dès 1999, date du coup d'arrêt jurisprudentiel des METP. C'est pourquoi, par l'article 6 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, le Parlement a autorisé le gouvernement à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires pour modifier la loi dite « MOP » et créer de nouvelles formes de contrats².

b) Les contrats de partenariat : une formule moderne

Le contrat de partenariat³ se distingue des autres outils de la commande publique par quatre traits principaux, au nombre desquels son caractère global, de long terme, incitatif et souple.

• **Un contrat global**

Un contrat de partenariat est un contrat global, multifonctionnel, qui comprend en pratique au moins trois éléments :

- le **financement** d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public ;
- la **construction** ou la **transformation** des ouvrages ou équipements ;
- leur **entretien** et/ou leur **maintenance** et/ou leur **exploitation** et/ou leur **gestion**.

¹ Voir notamment le *Private Finance Initiative (PFI)* britannique.

² L'article 6 de cette loi évoquait des contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public pour la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions.

³ Ce contrat, qualifié d'administratif par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 précitée, est de ce fait soumis à l'ensemble du droit administratif.

De manière facultative, le contrat de partenariat peut inclure :

- des prestations de service concourant à l'exercice de la mission de service public qui est de la compétence de la personne publique cocontractante ;
- tout ou partie de la conception des ouvrages.

- **Un contrat de longue durée**

La raison d'être du contrat de partenariat est **l'étalement dans le temps** du paiement de la prestation tout au long de la phase d'exploitation. La durée de cette rémunération est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues. L'ordonnance impose à cet égard une obligation de transparence puisque le contrat de partenariat comprend une clause distinguant, au sein de la rémunération, les coûts **d'investissement**, de **fonctionnement** et de **financement**.

- **Un contrat incitatif**

La rémunération du cocontractant, étalée sur toute la durée du contrat, est liée à des **objectifs de performance** préalablement définis.

La création des contrats de partenariat répondant notamment à un impératif d'amélioration du service rendu aux usagers, il apparaissait à ce titre légitime de faire reposer une partie de la rémunération du cocontractant sur des critères de performance. Ces objectifs, élaborés conjointement par les deux partenaires, doivent répondre aux besoins propres de la personne publique et des usagers.

- **Un contrat souple**

En contrepartie de ces objectifs de performance, le cocontractant a la possibilité de se procurer des recettes annexes à l'exploitation de l'ouvrage ou équipement. Le contrat de partenariat permet en effet la mise en place de financements innovants combinant plusieurs éléments tels que des versements directs par la personne publique, des revenus provenant de la valorisation du domaine public ou des recettes supplémentaires d'exploitation. Dans ce dernier cas, 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* »¹.

2. Une solution hybride

a) *Un contrat dérogatoire au droit de la commande publique*

Dans l'état actuel du droit, il existe deux cas de recours aux contrats de partenariat, dont la définition est directement inspirée de la décision du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel² : **l'urgence** et la **complexité** du projet.

Les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel

Dans cette décision³, le juge constitutionnel a estimé que la création du contrat de partenariat n'était pas contraire à la Constitution mais que son utilisation devait respecter des conditions strictes. Le Conseil a ainsi estimé que la « *généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique* », qu'impliquerait la diffusion des contrats de partenariat « *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* ». C'est pourquoi il a considéré que ce nouveau contrat ne pouvait s'appliquer qu'à « *des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* ».

b) *Les contrats de partenariat et les marchés publics*

L'article 1^{er} du code des marchés publics⁴ définit les marchés publics comme des « *contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ». Par conséquent, tout contrat de partenariat peut, en principe, se décomposer en de nombreux marchés publics.

Néanmoins, les CP se distinguent des marchés publics sur plusieurs points. Ils autorisent tout d'abord le **paiement différé des travaux**, ce qui constitue d'ailleurs une de leurs principales raisons d'être. Ensuite,

¹ Le fascicule « Les contrats de partenariat : principes et méthodes », élaboré par le ministère de l'économie et des finances, explicite ce point : « 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 ».

² Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 – Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

³ Confirmée sur ce point par une décision ultérieure (Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 – Loi de simplification du droit).

⁴ Dans sa nouvelle version issue du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics.

contrairement au cas d'un marché public où cette responsabilité incombe à la personne publique, le **cocontractant est le maître d'ouvrage du contrat de partenariat**. Enfin, alors que la durée d'un marché public se fonde, entre autres, sur la nature des prestations et la nécessité d'une mise en concurrence périodique¹, la durée du contrat de partenariat est fixée en fonction des investissements réalisés par le titulaire ou des modalités de financement.

c) Les contrats de partenariat et les délégations de service public

La délégation de service public, juridiquement reconnue en 1993², est un 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 service³.

Les quatre types de délégations de service public

La concession

Le contrat de concession, formule largement utilisée en France et exportée avec succès dans le monde entier, « *charge un particulier (ou une société) d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public* »⁴.

L'affermage

L'affermage est un mode de gestion du service public juridiquement assez proche de la concession. Il peut être défini comme le mode de gestion par lequel la collectivité délégante confie par contrat à un fermier le soin d'exploiter, à ses risques et périls, un équipement déjà construit en se rémunérant directement auprès des usagers par le versement d'un prix, moyennant une contrepartie prélevée sur les ressources qu'il retire de l'exploitation du service. Ce mode de gestion se distingue donc de la concession sur deux points. Non seulement le fermier n'a pas à financer et construire l'ouvrage, mais il ne peut pas conserver l'intégralité des recettes reçues des usagers puisqu'il doit en reverser une partie au délégant, au travers d'une surtaxe, pour couvrir notamment l'amortissement des ouvrages construits.

¹ Article 16 du code des marchés publics.

² Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « loi Sapin ».

³ Article 38 de la « loi Sapin », modifié par l'article 3 de la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (dite loi MURCEF) et article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT).

⁴ Cette définition classique résulte des conclusions du commissaire du gouvernement M. Chardonnet dans un arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1916, *Compagnie d'éclairage de Bordeaux* (Lebon p. 125).

La régie intéressée

La régie intéressée est « *le mode de gestion par lequel la collectivité va confier à une personne, le régisseur, la gestion d'un service public qui assure le contact avec les usagers, exécute les travaux mais qui agit pour le compte de la collectivité moyennant une rémunération forfaitaire, versée par la personne publique au régisseur et indexée sur le chiffre d'affaires réalisé* ».

La gérance

La gérance constitue un cas très particulier de la délégation de service public. Même si le régime des travaux et des biens est le même que celui de la régie intéressée, la gérance se s'en différencie néanmoins par le mode de rémunération. Alors que le régisseur perçoit une rémunération dont la détermination n'est pas étrangère aux résultats de l'exploitation, le gérant perçoit une rémunération liée à des facteurs étrangers aux résultats de l'exploitation. Cette différence, essentielle pour déterminer l'appartenance de ce type de contrat à la catégorie des délégations de service public, aboutit à ce que la jurisprudence classe souvent la gérance dans la catégorie des marchés publics¹.

Source : Institut de la gestion déléguée

Les contrats de partenariat empruntent notamment à la délégation de service public la notion de paiement étalé dans le temps et de globalité et reprend les mêmes conditions juridiques d'occupation du domaine public².

Toutefois, les contrats de partenariat se distinguent des délégations de service public sur les points suivants :

– les contrats de partenariat sont plus globaux que les délégations de service public ;

– ils n'ont pas comme mission première de confier à leur titulaire la gestion d'un service public ;

– le titulaire d'un contrat de partenariat est rémunéré par la personne publique et peut percevoir des recettes annexes. En principe, il ne supporte donc pas le **risque commercial** mais uniquement le **risque technique** ;

– le titulaire d'un contrat de partenariat jouit de « *droits réels* » sur les ouvrages et équipements réalisés pendant toute la durée du contrat, tandis

¹ CE, 7 avril 1999, *Commune de Guillerand-Granges*, Req. n° 156008.

² En vertu de l'article 4 du décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et articles L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du code général des collectivités territoriales : « Lorsque le contrat de partenariat emporte occupation du domaine public de l'Etat, les conditions de cette occupation sont déterminées selon les mêmes modalités que pour une concession de service public ».

que les biens dits de retour appartiennent *ab initio* à la personne publique dans le cadre des délégations de service public¹.

Tableau récapitulatif des différences entre les principaux contrats de la commande publique

	Marché public	Bail emphytéotique administratif	Contrat de partenariat	Délégation de service public
Objet	Mono-fonctionnel	Mono-fonctionnel	Multi-fonctionnel	Multi-fonctionnel
Contenu	Marchés successifs	Conception/Construction Exploitation si convention supplémentaire	Conception/Construction Maintenance et gestion	Conception/Construction Maintenance et gestion Exploitation du service
Durée	Courte durée	Longue durée (18 ans minimum)	Longue durée	Longue durée
Mode de préfinancement	Pas de préfinancement	Préfinancement par le secteur privé	Préfinancement par le secteur privé	Financement par le secteur privé
Mode de paiement	Paiement public	Paiement public	Paiement public et recettes annexes éventuelles	Paiement par l'utilisateur ou mixte
Partie qui supporte les risques	Secteur privé : Risque de construction		Secteur privé : Risque de construction Risque de performance	Secteur privé : Risque de construction Risque de performance Risque de demande/trafic

Source : Le guide opérationnel des PPP²

¹ Les « biens de retour » sont indispensables à l'exécution du service public : même réalisés ou acquis par le concessionnaire, ils appartiennent en pleine propriété à la collectivité concédante dès leur réalisation. Ils permettent à la personne publique de remplir sa mission de service public. Les biens de retour se distinguent donc des « biens de reprise », qui appartiennent au concessionnaire pendant la durée du contrat, mais qui peuvent revenir à la personne publique moyennant une contrepartie financière. Les « biens propres » appartiennent quant à eux définitivement à la personne privée.

² Le guide opérationnel des PPP, ouvrage collectif, éditions le Moniteur, juin 2007, p.80.

3. Une solution attendue

Il est aujourd'hui délicat de tirer des enseignements précis sur le bilan des contrats de partenariat compte tenu du faible nombre de contrats conclus et au regard de l'état d'avancement de ceux qui ont été signés. L'attrait principal du contrat de partenariat est la **sérénité** que procure le fait de confier un contrat global au titulaire¹. La personne publique achète en quelque sorte un « *contrat de service* » -clef en main-, qui offre potentiellement de nombreux avantages.

Le contrat de partenariat permet tout d'abord un **raccourcissement des délais d'attente**. D'après une enquête du ministère des finances britannique, 70 % des projets réalisés au moyen d'une formule n'appartenant pas au domaine des « PPP » ont connu des retards contre 20 % des projets conduits avec un « PFI »². En France, le collège de Villemandeur (Loiret), construit dans le cadre d'un contrat de partenariat, a été ouvert en septembre 2007 et a ainsi permis de « gagner » deux rentrées scolaires par rapport aux délais de mise en service habituels pour ce type d'équipement. Selon Voies Navigables de France (VNF), la mise en service du canal Seine-Nord-Europe, construit dans le cadre d'un contrat de partenariat, devrait avoir lieu deux années plus tôt qu'avec une procédure de marché public.

Il offre ensuite une **meilleure qualité de gestion à terme** de l'équipement ou de l'ouvrage. L'intégration des contraintes liées à l'exploitation et à la maintenance dès le stade de la conception favorise notamment le respect des engagements de développement durable. Le retard des investissements par la personne publique en matière de rénovation des ouvrages publics aboutit à des surcoûts dommageables à long terme, alors que le titulaire d'un contrat de partenariat a un intérêt direct à effectuer ces dépenses de maintenance.

Il favorise en outre l'**innovation** tant dans la conception que dans le mode de financement avec la possibilité pour le cocontractant de se procurer des recettes annexes, même si aujourd'hui cette possibilité est peu utilisée par les titulaires de contrats.

Enfin, il assure une **certaine prévisibilité financière grâce à un meilleur partage des risques**³.

Force est de constater que la **question du coût global du contrat de partenariat n'est pas tranchée**. D'une part, il semble difficile d'affirmer que le contrat de partenariat permette de faire systématiquement des économies par rapport aux autres outils de la commande publique. En effet, la sérénité que procure un contrat de partenariat a un coût : en Grande-Bretagne, la formule

¹ Même s'il doit bien évidemment prévoir un partage équilibré des risques entre les partenaires.

² HM Treasury, *PFI : strengthening long term partnerships*, mars 2006, p. 16.

³ Il s'agit, pour les parties au contrat, d'identifier tous les risques possibles, leur fréquence et gravité, puis de les faire supporter par la personne qui les maîtrise le mieux, en vertu du principe de transparence.

du PFI est environ 10% plus cher que les autres contrats classiques¹. D'autre part, le contrat de partenariat est une source potentielle d'économies à long terme grâce non seulement à son caractère global, mais aussi aux recettes annexes qui allègent la rémunération versée par la personne publique au cocontractant. Plus généralement, il ressort des auditions réalisées par votre rapporteur pour avis que plus le projet présente un coût global élevé ainsi qu'un caractère original, et qu'il répond de surcroît à des besoins à long terme de la personne publique, plus l'utilisation du contrat de partenariat risque de présenter au final un bilan positif pour la personne publique.

B. UNE STIMULATION INDISPENSABLE

Depuis sa création en 2004, le contrat de partenariat a fait l'objet d'un engouement limité de la part des personnes publiques. A la mi-février 2008, seuls vingt contrats de partenariats avaient été signés par des collectivités territoriales, dont treize concernaient l'éclairage public, et sept par l'Etat². **Toutefois, le contrat de partenariat suscite peu à peu l'intérêt des décideurs publics.** Fin 2007, environ 135 projets de contrats de partenariat, dont la moitié actuellement en cours d'attribution après un avis d'appel public à la concurrence, étaient engagés. Depuis sa création en 2004, la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP) a donné son avis sur 44 dossiers, dont 26 concernaient l'Etat et 18 les collectivités territoriales.

Votre commission pour avis s'est interrogée sur les raisons expliquant ces débuts difficiles. Sans insister sur les distorsions fiscales, souvent mineures, que subissent les contrats de partenariat par rapport aux marchés publics ou aux délégations de service public, et alors que ce contrat est mieux traité que les autres formes de partenariat public-privé³, plusieurs raisons majeures expliquent ce faible enthousiasme des personnes publiques : un champ d'application trop restreint, un soutien et une mobilisation du personnel administratif insuffisants et une forte concurrence résultant des contrats assimilés aux contrats de partenariat (baux emphytéotiques administratifs et autorisations d'occupation temporaire du domaine public).

¹ Selon les données fournies par le ministère de l'économie et des finances à votre rapporteur pour avis.

² Alors que la commande publique représente en moyenne 10 % du produit intérieur brut (PIB) français.

³ Les contrats de partenariat sont éligibles au fond de compensation de la TVA (FCTVA) contrairement aux autres PPP. L'harmonisation fiscale devrait être assurée par certaines dispositions du chapitre III du projet de loi et par un volet de mesures réglementaires en préparation.

1. Un champ d'application trop restreint

Au préalable, votre commission pour avis tient à souligner que le gouvernement a longtemps envisagé, tout au long de l'élaboration de l'ordonnance de 2004, de réserver l'utilisation du contrat de partenariat aux projets d'envergure et complexes. De ce fait, un projet d'éclairage public à effectuer en urgence n'aurait pu être réalisé en contrat de partenariat. L'adjonction *in extremis* du motif de l'urgence comme possibilité de recours au CP a élargi le champ d'application initialement retenu.

En tout état de cause, la limitation des cas de recours aux CP à l'urgence et à la complexité du projet a affaibli l'attrait que pouvait exercer cette nouvelle forme de la commande publique, conçue dès l'origine comme une formule dérogatoire et exceptionnelle. Pourtant, l'urgence de la réalisation d'investissements dans des secteurs comme l'université, la santé, la justice ou encore les transports¹, demeure une question cruciale. Les contrats de partenariat pourraient ainsi jouer un rôle dans la politique de renouvellement des infrastructures dont le pays a besoin, à travers la mise en place d'un plan ambitieux de grands travaux².

Contrats de partenariat et déconsolidation de la dette : une crainte exagérée ?

Les contrats de partenariat font naître deux problématiques bien distinctes : l'une concerne la comptabilité publique, l'autre la comptabilité nationale et Eurostat³, qui seule sera évoquée ci-dessous.

Plusieurs observateurs craignent que les décideurs publics, notamment dans les collectivités territoriales, soient tentés de détourner le contrat de partenariat de sa finalité initiale pour s'affranchir des contraintes liées à la nécessaire maîtrise de la dette. De fait, il peut être tentant pour un acteur public de « cacher la dette » en recourant largement à la formule du CP. Par exemple, une collectivité territoriale peut recourir à un contrat de partenariat plutôt qu'à un emprunt bancaire classique, afin de ne pas alourdir la section « investissement » de son budget. Elle paiera alors le titulaire chaque année en imputant ces dépenses sur la section « fonctionnement », en contrepartie de la baisse d'autres dépenses de fonctionnement, car les dépenses de cette section sont astreintes à l'équilibre budgétaire.

La décision d'Eurostat du 11 février 2004 est venue clarifier la situation à cet égard. L'organisme européen de statistiques recommande que les actifs engagés dans un partenariat public-privé soient classés dans le domaine privé lorsque le secteur privé supporte l'essentiel du risque, ce qui est le cas si ce dernier supporte le risque de construction et s'il doit faire face soit au risque de disponibilité, soit au risque de demande. Si cette analyse n'est pas concluante, un faisceau d'indices est alors utilisé pour identifier la personne devant supporter les risques économiques.

¹ Cf. le rapport d'information n° 196 (2007-2008) de MM. Daniel Reiner, Michel Billout, Claude Biwer, rapporteurs, et M. Francis Grignon, président, au nom de la commission des affaires économiques, « Infrastructures de transport : remettre la France sur la bonne voie ».

² Voir « Seconde initiative en faveur des partenariats public-privé : les cinq propositions de l'Institut de la Gestion Déléguée » de novembre 2007.

³ Office communautaire des statistiques.

Par conséquent, si un actif est finalement considéré comme « public », alors le projet de contrat de partenariat sera dit « consolidant » pour les finances publiques, ce qui entraîne les conséquences suivantes¹ :

– dès la livraison de l'actif la dépense est engagée, avec un impact immédiat sur le déficit ;

– de même, la constatation d'un engagement financier au passif de l'acheteur public a un impact immédiat sur la dette ;

– la rémunération du cocontractant est décomposée entre, d'une part, le remboursement du capital (sans effet sur le déficit), et d'autre part les frais financiers et les charges d'exploitation (impact sur le déficit des exercices suivants).

Ainsi en Grande-Bretagne, le National Audit Office, équivalent de la Cour des comptes, a été récemment conduit à reclasser en opérations inscrites au bilan des administrations publiques environ la moitié des 700 Private Finance Initiative (PFI) conclus dans le pays. En France, la probabilité d'une telle instrumentalisation des contrats de partenariat par les collectivités territoriales apparaît faible, selon les banquiers auditionnés par votre commission pour avis, d'autant plus que les chambres régionales des comptes devraient être particulièrement attentives sur ce point. En revanche, l'Etat, qui n'est pas astreint par la loi à l'équilibre de son budget, pourrait être tenté de donner le mauvais exemple en la matière.

En définitive, votre commission pour avis considère que si le projet de loi parvenait à atteindre ses objectifs en stimulant l'utilisation des contrats de partenariat, le risque de substitution massive avec les autres outils de la commande publique demeurerait en définitive faible². En effet, dans bien des cas le contrat de partenariat constitue une **solution complémentaire** pour mener à bien des projets répondant à des besoins qui risqueraient de rester sans réponse. Son développement devrait donc vraisemblablement constituer **un jeu à somme positive pour la commande publique**.

2. Soutenir et mobiliser le personnel administratif

Au préalable, il est essentiel de distinguer la phase de négociation d'un contrat de partenariat de sa phase d'exécution. Si le contrat de partenariat, une fois signé, procure une certaine sérénité aux décideurs publics, il nécessite, lors de sa préparation, une mobilisation forte et immédiate du personnel de la collectivité publique concernée. En effet, parmi les différents outils de la commande publique, le CP est, sans conteste, le contrat dont la procédure de passation est la plus lente, la plus complexe et la plus délicate à appréhender. La préparation minutieuse de cette phase délicate de négociation constitue la condition *sine qua non* pour bénéficier ensuite de ses avantages. Sa négociation appelle donc une mobilisation sans faille du personnel de la

¹ Le guide opérationnel des PPP, op. cit., p. 246.

² Votre rapporteur pour avis a en effet été surpris de constater, à de nombreuses reprises, lors de ses auditions, que de nombreux projets d'équipement public ne pourront voir le jour qu'avec un contrat de partenariat.

personne publique pour conclure un contrat dont la durée moyenne d'exécution est, en général, comprise entre 20 et 30 ans. Le recours, par voie d'appel d'offres, à des conseils et assistants externes, sur le plan technique, financier et juridique, apparaît en outre souvent indispensable pour procéder à l'évaluation préalable¹.

L'assistance technique de la MAPPP, surtout si elle est sollicitée très en amont du projet, est à cet égard unanimement saluée par les personnes auditionnées par votre rapporteur pour avis².

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

L'article 1^{er} du décret 2004-1119 du 19 octobre 2004³ a créé un organisme expert chargé de procéder, en liaison avec toute personne intéressée, à l'évaluation prévue à l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004. Cet organisme a un champ de compétences transversal, contrairement à l'organisme expert du ministère de la défense⁴. Dans les faits, la MAPPP se consacre essentiellement aux contrats de partenariat, mais le décret l'autorise à s'occuper des « financements innovants », regroupant les autres formes de PPP.

Cette structure légère, composée de neuf personnes -outre un président et un secrétaire général, elle comprend six directeurs de projet et un assistant-, est rattachée au ministère chargé de l'économie et des finances. La MAPPP privilégie le dialogue et la concertation avec les personnes publiques et son rôle ne s'apparente en aucune façon à celui d'une juridiction ou d'une autorité administrative indépendante. Cet organisme expert poursuit trois grandes missions :

1) Tout d'abord, son avis doit *obligatoirement* être demandé pour l'évaluation préalable des contrats de partenariat portés par l'Etat et ses établissements publics, alors qu'il s'agit d'une *faculté* pour les collectivités territoriales. Ses avis sont communicables de « *plein droit à toute personne qui en ferait la demande, dès la signature du contrat en cause* », conformément au « conseil » de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)⁵. A ce jour, un seul avis négatif a été rendu. Dans le silence des textes, un avis négatif de la MAPPP ne rend pas *ipso facto* illégal le recours au contrat de partenariat, mais dans les faits, un tel dossier a peu de chance d'être mené jusqu'à son terme.

¹ Au moyen d'une convention d'assistance à personne publique (APP) et non d'assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO), formule réservée aux marchés publics.

² En matière hospitalière, ce rôle d'assistance est assumé par la mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH), composée de quinze membres au niveau central et de nombreux correspondants au niveau des Agences régionales de l'hospitalisation (ARH). Chargée en 2003 d'accompagner le programme de rénovation du patrimoine hospitalier prévu dans le plan « hôpital 2007 », puis reconduite dans ses fonctions pour le plan « hôpital 2012 », la MAINH ne se substitue cependant pas à la MAPPP, seule compétente pour rendre un avis sur les évaluations préalables.

³ Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat.

⁴ Décret n° 2004-1551 du 30 décembre 2004 instituant un organisme expert chargé de l'évaluation des partenariats de l'Etat au sein du ministère de la défense, modifié par le décret n° 2005-638 du 30 mai 2005.

⁵ CADA, conseil, séance du 11 mars 2006, ref. n° 20062040.

2) Ensuite, la MAPPP a pour objectif de fournir aux personnes publiques qui le demandent, à tout moment, un appui dans la « *préparation, la négociation et le suivi* » des contrats de partenariat. A ce titre, elle peut, en fonction de chacune des demandes, soit rendre une expertise sur l'économie générale des projets de contrats, soit assister les personnes publiques pendant leur élaboration et leur négociation.

3) Enfin, la mission d'appui élabore un rapport annuel ainsi que tout document utile organisant un retour d'expériences et elle propose au ministre chargé de l'économie et des finances les évolutions de textes qui lui paraissent nécessaires.

Plus généralement, une meilleure formation et sensibilisation du personnel d'encadrement administratif et technique des ministères et des directions des collectivités territoriales, serait bienvenue. Cette formation ne concernerait que les fonctionnaires susceptibles de travailler sur un contrat de partenariat, qui demeure une procédure exceptionnelle et dérogatoire au sein de la commande publique¹.

3. La concurrence des contrats assimilés

Si le contrat de partenariat présente la rigueur et la sobriété d'un « jardin à la française », l'observation des contrats assimilés² évoque davantage un « jardin anglais », baroque et sans logique apparente. Depuis 2002, avant que ne soient créés les contrats de partenariat, le législateur a multiplié les instruments contractuels **autonomes**, **sectoriels** et parfois **temporaires**, qui anticipaient certaines des caractéristiques des contrats de partenariat³.

Les caractéristiques juridiques du domaine public, comme le principe d'inaliénabilité, ont en effet longtemps fait obstacle à sa mise en valeur économique. La conciliation progressive entre l'impératif de protection du domaine public et cette valorisation, au travers de droits réels conférés au cocontractant, a donné lieu à la création de deux outils de partenariats public-

¹ *Votre rapporteur pour avis a eu connaissance du volet « formation » du plan de stimulation du partenariat public privé et souhaite qu'une convention cadre, relative à la conception du programme et à sa mise en œuvre, soit effectivement établie entre la MAPPP, l'Institut de la Gestion Déléguée (IGD), la Direction Générale des Collectivités Territoriales (DGCL), la Direction Générale de l'administration et de la Fonction Publique (DGAFP) et le Centre National de la Fonction Publique Territoriale (CNFPT).*

² *Les contrats de partenariat et assimilés (CPA), ou partenariats public-privé au sens français (PPP), désignent les contrats de partenariat stricto sensu (CP), les différents baux emphytéotiques administratifs, les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) et les autorisations d'occupation temporaire du domaine public (AOT).*

³ *Certains textes, comme la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire instituant les fameuses prisons dites « Chalandon », ont permis de conclure des contrats portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance, mais il s'agissait toujours de marchés publics, soumis à l'interdiction du paiement différé.*

privé qui concurrencent fortement le contrat de partenariat : le bail emphytéotique administratif (BEA) et l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public (AOT).

a) Le bail emphytéotique administratif

Mise en place dès 1988¹, la formule des baux emphytéotiques administratifs² a connu un regain d'intérêt de la part du législateur depuis six ans.

Le bail emphytéotique administratif (BEA)

Conclu pour une durée comprise entre 18 et 99 ans, le BEA a pour but soit d'accomplir, pour le compte d'une collectivité territoriale, une mission de service public, soit de réaliser une opération d'intérêt général entrant dans les compétences de la collectivité intéressée, soit encore d'affecter à une association culturelle un édifice du culte ouvert au public. Il permet à une collectivité territoriale, propriétaire d'un terrain, de le louer à un tiers, qui pourra construire un ouvrage sur le domaine public et ensuite le louer à cette collectivité.

Le champ d'application du BEA est large car il concerne tous les terrains appartenant à la collectivité, sauf le domaine public concerné par le champ d'application de la contravention de voirie (comme les voies publiques, les voies ferrées, le domaine public fluvial...). L'originalité de ce bail est de conférer au preneur un droit réel sur le bien immobilier appartenant à la collectivité. Toutefois, cette dernière doit systématiquement donner son accord en cas de cession du bail ou d'hypothèque. Elle conserve également la possibilité de résilier unilatéralement le bail, sans toutefois porter atteinte aux droits pécuniaires du preneur.

Par ailleurs, le recours au BEA a été ouvert jusqu'au 31 décembre 2007 pour les opérations d'intérêt général liées aux besoins de :

- la justice, de la police et gendarmerie nationales³ ;
- des armées ou des services du ministère de la défense⁴ ;
- des établissements publics de santé ou des structures de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique⁵.

En outre, le BEA peut être utilisé jusqu'au 31 décembre 2010 pour couvrir les besoins d'un service départemental d'incendie ou de secours.

Enfin, les BEA « hospitaliers » dits aussi BEH⁶, créés en 2003, tout en comportant des dispositions spécifiques, notamment en matière de règles de passation, demeurent des BEA « de droit commun » et ne sont pas astreints à la date butoir de 2007.

¹ Voir l'article 13 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation.

² Définie à l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales.

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

⁴ Loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008.

⁵ Tous les hôpitaux publics, qui sont des établissements publics locaux, étaient concernés, à l'exception du centre hospitalier des Quinze-Vingts et de l'hôpital national de Saint-Maurice.

⁶ Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé.

b) L'autorisation d'occupation temporaire

L'Etat, depuis 1994¹, et les collectivités territoriales, depuis 2006², sont également autorisés à délivrer des **autorisations d'occupation temporaire** (AOT) du domaine public. Le titulaire d'une AOT dispose, sauf prescription contraire de son titre, d'un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité déterminée. Ainsi, pendant la durée de l'autorisation, le cocontractant dispose des prérogatives et obligations d'un propriétaire³.

Il a en outre été jugé nécessaire d'intervenir de façon sectorielle pour légiférer sur les contrats de bail avec clause de rachat anticipé, appelés également **locations avec option d'achat anticipé** (LOA)⁴. L'Etat et le titulaire d'une AOT peuvent conclure un bail portant sur un bâtiment à construire et comportant une option au profit de l'Etat lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation, les installations ainsi édifiées⁵.

Au cours de ses auditions, votre rapporteur pour avis a constaté que les acteurs concernés par les outils de la commande publique se déclaraient satisfaits par cette diversité de formules juridiques, qui leur offre, en définitive, une certaine souplesse. **A titre personnel, il regrette que le gouvernement n'ait pas profité de la discussion de ce projet de loi pour procéder à une harmonisation des procédures de conclusion de ces différents contrats et de leur régime fiscal.** Il convient néanmoins de se féliciter du lancement récent d'une mission ayant pour objet l'examen d'une fusion éventuelle entre les contrats de partenariat et les contrats assimilés, confiée à M. Eric Besson, secrétaire d'Etat chargé de la prospective et de l'évaluation des politiques publiques.

II. LES DISPOSITIONS DU PROJET DE LOI

A. LE TEXTE DU PROJET DE LOI EXAMINÉ PAR VOTRE COMMISSION

Votre commission a limité le champ de sa saisine pour avis aux articles des deux premiers chapitres du projet de loi.

Le **chapitre I^{er}** s'attache à modifier plusieurs articles de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, qui concernent les contrats de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics. Il comprend 14 articles.

¹ 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.

² Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques.

³ Article L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques.

⁴ Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 précitée et loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 précitée.

⁵ Article L. 2122-15 du code général de la propriété des personnes publiques.

● L'**article 1^{er}** vise à sécuriser la cession des contrats, conclus antérieurement par la personne publique, au profit du titulaire du contrat de partenariat, à prévoir un mandat d'encaissement délivré au titulaire du contrat et à autoriser la désignation d'un chef de file en cas de pluralité de personnes publiques signataires d'un contrat de partenariat.

● L'**article 2** est consacré à l'évaluation préalable et aux cas de recours à la formule du contrat de partenariat. Il propose d'ouvrir deux cas supplémentaires de recours aux côtés des deux voies créées en 2004, relatives à la complexité et à l'urgence. Le premier autorise la conclusion d'un tel contrat si le bilan entre ses avantages et ses inconvénients est plus favorable que celui des autres outils de la commande publique. Le second facilite, de manière transitoire, l'usage des contrats de partenariat dans un nombre de secteurs déterminés.

● L'**article 3** complète les dispositions définissant le champ des personnes n'ayant pas la possibilité de candidater à un contrat de partenariat.

● L'**article 4** introduit, aux côtés des procédures du dialogue compétitif et de l'appel d'offres, la procédure négociée pour conclure un contrat de partenariat.

● L'**article 5** a pour objet principal de fixer le nombre minimal de candidats admis à se présenter dans chacune des trois procédures de passation.

● L'**article 6** renforce le droit à l'information de la personne publique, oblige le versement d'une prime aux candidats non retenus ayant participé à un dialogue compétitif et définit les conditions requises pour utiliser la procédure négociée.

● L'**article 7** oblige la personne publique à fixer des critères d'attribution du contrat en lien avec le développement durable et renforce son droit à l'information avant la signature du contrat.

● L'**article 8** renvoie à un décret le soin de désigner l'autorité administrative compétente pour donner son accord à la signature du contrat de partenariat.

● L'**article 9** a pour objet de préciser la notion de coûts d'investissement, d'imposer des clauses dans le contrat sur le régime des éventuelles cessions de créances, de faciliter la possibilité pour les titulaires d'un contrat de partenariat de se procurer des recettes annexes liées à l'exploitation du domaine de la personne publique et d'imposer la création d'une caution auprès d'un organisme financier pour assurer le paiement des prestataires.

● L'**article 10** a trait à la cession de contrat de conception d'ouvrages.

● L'**article 11** est relatif à la valorisation du domaine de la personne publique.

- L'**article 12** concerne les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique.

- L'**article 13** élargit la possibilité de conclure un contrat de partenariat au secteur parapublic (SNCF, RFF, EDF, etc...).

- L'**article 14** rend les contrats de partenariat éligibles à certaines subventions traditionnellement accordées aux marchés publics.

Le **chapitre II** modifie plusieurs articles du code général des collectivités territoriales qui concernent les contrats de partenariat passés par les collectivités territoriales. Se composant de onze articles, **il procède, à quelques nuances près, aux mêmes modifications que celles proposées par le chapitre I^{er}.**

- L'**article 15** poursuit strictement les mêmes objectifs que l'article 1^{er}.

- L'**article 16** est, à l'image de l'article 2, consacré à l'évaluation préalable et aux cas de recours aux contrats de partenariat. Il élargit également les possibilités de recours à cette formule contractuelle, à l'exception de la voie d'accès sectorielle et transitoire dont le champ est plus restreint que celui des contrats de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics.

- A l'instar de l'article 3, l'**article 17** a trait aux interdictions de soumissionner à un contrat de partenariat.

- De même que l'article 4, l'**article 18** introduit, aux côtés du dialogue compétitif et de l'appel d'offres, la procédure négociée.

- L'**article 19** procède aux mêmes modifications, pour les contrats de partenariat des collectivités territoriales, que l'article 5.

- L'**article 20** renforce, comme l'article 6, le droit à l'information des collectivités territoriales et oblige le versement d'une prime aux candidats non retenus ayant participé à un dialogue compétitif.

- L'**article 21** détermine les conditions préalables pour engager la procédure négociée, en reprenant les dispositions finales de l'article 6.

- L'**article 22** prévoit les mêmes ajustements que l'article 7 en obligeant les collectivités territoriales à fixer des critères d'attribution du contrat en lien avec le développement durable et en renforçant leur droit à l'information en amont de la signature du contrat.

- Tout comme l'article 9, l'**article 23** apporte des précisions à la définition des coûts d'investissement, impose des clauses dans le contrat sur le régime des éventuelles cessions de créances, facilite la perception de recettes annexes et impose la création d'une caution auprès d'un organisme financier pour assurer le paiement des prestataires.

- L'**article 24**, comme l'article 10, a trait à la cession de contrat de conception d'ouvrages.

● L'**article 25** est, à l'instar de l'article 11, relatif à la valorisation du domaine de la personne publique.

B. LES POSITIONS DE VOTRE COMMISSION

Les réflexions de votre commission pour avis se sont articulées autour de **quatre grands axes** :

– **faire de l'évaluation préalable la pierre angulaire du droit de la commande publique de l'Etat** ;

– **renforcer le rôle des petites et moyennes entreprises (PME) au sein des contrats de partenariat** ;

– **respecter le droit communautaire et les décisions juridictionnelles** ;

– **veiller à l'harmonisation du droit entre les différents contrats administratifs.**

Votre commission pour avis vous soumet **27 amendements** sur le projet de loi.

Concernant le **chapitre I^{er}**, votre commission pour avis vous propose 14 amendements.

● Elle vous propose tout d'abord **un amendement** de rédaction globale de **l'article 1^{er}** pour distinguer, dans l'objet du contrat de partenariat, les missions obligatoires et facultatives, lier obligatoirement la rémunération du titulaire à ses objectifs de performance.

● Elle vous présente **sept amendements** à **l'article 2** pour :

– indiquer que l'évaluation préalable se fait avec le concours d'un organisme expert ;

– préciser les conditions dans lesquelles l'évaluation préalable peut être succincte ;

– inviter chaque organisme expert à élaborer, dans son domaine de compétences, une méthodologie déterminant les critères d'élaboration de cette évaluation ;

– définir la notion d'urgence autorisant le recours à un contrat de partenariat ;

– mieux définir les critères interdisant le recours au contrat de partenariat dans les nouveaux secteurs identifiés par le projet de loi ;

– élargir cette voie d'accès sectorielle et temporaire aux besoins des ouvrages et équipements annexes aux infrastructures de transport ;

– intégrer, également dans cette voie, les projets ayant pour objet de lutter contre les émissions des gaz à effet de serre des bâtiments publics.

● Elle vous soumet **un amendement** à l'**article 4** visant à rendre facultatif le recours au dialogue compétitif pour les projets complexes.

● Votre commission pour avis vous propose **un amendement** à l'**article 5** tendant à consacrer l'existence des groupements d'entreprises dans le cadre des contrats de partenariat.

● Elle vous soumet également **un amendement** à l'**article 6** pour définir le programme fonctionnel, qui sert de fondement à l'évaluation préalable du projet de contrat de partenariat.

● Elle vous présente **un amendement** à l'**article 7** visant à ce que les coûts d'exploitation soient bien pris en compte et distingués dans le coût global du contrat de partenariat.

● Votre commission pour avis vous propose **un amendement** à l'**article 9** pour définir le régime des recettes annexes.

● Elle vous présente **un amendement portant article additionnel après l'article 10** tendant à rendre obligatoire l'établissement d'un rapport annuel par le titulaire du contrat.

Concernant le **chapitre II**, votre commission pour avis vous propose **13 amendements**.

● Elle vous propose tout d'abord **un amendement** de rédaction globale de l'**article 15** poursuivant les mêmes objectifs que celui présenté à l'article 1^{er}.

● Elle vous présente **cinq amendements** à l'**article 16** pour :

– préciser les conditions dans lesquelles l'évaluation préalable peut être succincte ;

– mieux définir la notion d'urgence ;

– mieux définir les critères interdisant le recours au contrat de partenariat dans les nouveaux secteurs identifiés par le projet de loi ;

– élargir la voie d'accès sectorielle aux besoins des ouvrages et équipements annexes aux infrastructures de transport ;

– intégrer, également dans cette voie, les projets ayant pour objet de lutter contre les émissions des gaz à effet de serre des bâtiments publics.

● Votre commission pour avis propose **un amendement** à l'**article 17** autorisant les entreprises en procédure de sauvegarde de soumissionner à un contrat de partenariat.

● Elle vous soumet **un amendement** à l'**article 18** afin de rendre facultatif le recours au dialogue compétitif en cas de complexité du projet.

- Votre commission préconise l'adoption d'un amendement à l'**article 19** pour consacrer l'existence des groupements d'entreprises dans le cadre des contrats de partenariat des collectivités territoriales.

- Elle propose **un amendement** à l'**article 20** pour définir le programme fonctionnel.

- Elle vous suggère **un amendement** à l'**article 22** visant à ce que les coûts d'exploitation soient bien pris en compte et distingués dans le coût global du contrat.

- Votre commission pour avis vous soumet **un amendement** à l'**article 23** pour définir le régime des recettes annexes.

- Elle vous présente **un amendement** à l'**article 31** visant à rendre obligatoire l'évaluation préalable pour tout projet de contrat, de l'Etat ou de l'un de ses établissements publics, relatif à un bail conclu dans le cadre d'une autorisation d'occupation temporaire constitutive de droit réel du domaine public, dont la valeur estimée dépasserait un seuil fixé en Conseil d'Etat.

EXAMEN DES ARTICLES

Le projet de loi sur les contrats de partenariat, qui contient **32 articles**, se compose de **trois chapitres**.

Le **premier chapitre**, consacré aux dispositions modifiant l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, comprend 14 articles. Le **deuxième chapitre**, traitant des dispositions modifiant le code général des collectivités territoriales, regroupe 11 articles. Enfin, le **troisième chapitre**, comprenant 7 articles, a trait à diverses dispositions.

CHAPITRE 1^{er}

Dispositions modifiant l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat

Ce chapitre, comprenant 14 articles, concerne principalement les contrats de partenariat conclus par l'Etat et par ses établissements publics. Les mesures qu'il contient ont notamment pour ambition de stimuler le recours au contrat de partenariat en élargissant son champ d'application.

Article 1^{er}

(Article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat)

Définition des contrats de partenariat

L'article 1^{er} du projet de loi, qui modifie l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, apporte des compléments à la définition des contrats de partenariat.

Le droit en vigueur

Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs qui lient l'Etat ou un établissement public de l'Etat à un « tiers ». L'article 2 de l'ordonnance définit tout d'abord l'objet du contrat de partenariat, en précisant que celui-ci peut également revêtir des missions facultatives.

Les missions du contrat de partenariat

L'objet principal d'un contrat de partenariat est de permettre :

- le financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public ;
- la construction ou la transformation d'ouvrages ou équipements ;
- leur entretien et/ou leur maintenance et/ou leur exploitation et/ou leur gestion.

Un contrat de partenariat peut également avoir les objectifs suivants :

- assurer tout ou partie la conception ;
- exécuter des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Quelle que soit la mission considérée, la maîtrise d'ouvrage incombe nécessairement au titulaire du marché. La rémunération du cocontractant peut, quant à elle, être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant et fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Cette période est fixée en fonction soit de la durée d'amortissement des investissements, soit des modalités de financement retenues.

Le texte du projet de loi

Outre des modifications de nature rédactionnelle, l'article 1^{er} du projet de loi offre tout d'abord la possibilité à la personne publique de **transférer au titulaire du contrat de partenariat**, avec l'accord du cocontractant concerné, **tout ou partie des contrats qu'elle a précédemment conclus pouvant concourir à l'exécution de sa mission**. Il donne ensuite au titulaire du contrat de partenariat la possibilité d'**encaisser**, au nom et pour le compte de la personne publique, le **paiement par l'utilisateur final de prestations** revenant à cette dernière, grâce à un **mandat** de la personne publique¹. Enfin, il permet à plusieurs personnes publiques de signer une convention afin de choisir un « *chef de file* » responsable de la passation, des transferts de compétence, du terme de ces transferts, de la signature et de l'exécution du contrat de partenariat.

¹ *Le recours au mandat d'encaissement est déjà possible aujourd'hui, mais le gouvernement a souhaité, par ce projet de loi, éviter le risque de « gestion de fait », lourdement sanctionné par le juge financier.*

Positions de votre commission

- **La MAPPP doit préconiser des seuils pour recourir au contrat de partenariat**

Prenant appui sur l'exemple britannique¹, votre commission pour avis estime souhaitable l'édiction de recommandations par la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP) afin d'encourager ou de dissuader le recours à un contrat de partenariat en fonction de seuils financiers adaptés à la nature de la collectivité publique et à l'objet du contrat.

Conçu à l'origine pour les investissements les plus importants, le contrat de partenariat est, dans la pratique, souvent utilisé par les collectivités territoriales pour des investissements dont le coût est en définitive assez faible. Au surplus, l'adoption du projet de loi devrait, en toute logique, accentuer cette tendance compte tenu de l'élargissement du champ d'application de cette formule contractuelle. Néanmoins, votre commission pour avis considère qu'il n'appartient pas au législateur de fixer, dans la loi, de tels seuils dont la définition relève du domaine réglementaire. De simples préconisations de la MAPPP présenteraient au demeurant l'avantage de la souplesse : une personne publique resterait libre de justifier, dans son évaluation préalable, le recours au contrat de partenariat en deçà des seuils préconisés par la MAPPP, en fonction des circonstances particulières du projet.

- **Le transfert des contrats conclus antérieurement par la personne publique semble suffisamment sécurisé**

Concernant le transfert, avec l'accord du cocontractant concerné, de tout ou partie des contrats déjà conclus, au bénéfice du titulaire d'un contrat de partenariat, votre commission pour avis estime que le droit en vigueur et les modifications apportées par le projet de loi sont pleinement satisfaisants. Bien que la rédaction actuelle de l'ordonnance permette déjà, en pratique, un tel transfert, le gouvernement a jugé opportun de mieux préciser cette faculté dans le projet de loi afin d'apporter des assurances à un certain nombre d'acteurs du monde professionnel, en particulier à la profession des architectes.

En effet, les personnes publiques préfèrent, dans certains cas, choisir en amont un projet architectural avant d'engager la procédure du contrat de partenariat². Si la personne publique envisage de renoncer à assurer la maîtrise d'ouvrage pour recourir à un contrat de partenariat, elle doit alors clairement indiquer cette éventualité dans l'avis d'appel public à la concurrence. Dans ce

¹ Au Royaume-Uni, il est recommandé depuis 2004 de ne pas recourir à un PFI pour des projets d'un montant inférieur à 20 millions de livres.

² On compte ainsi trois dossiers dans lesquels le contrat d'architecture a été passé antérieurement au lancement de la procédure du contrat de partenariat : la rénovation du zoo de Vincennes (mais ce projet a été depuis relancé en contrat de partenariat intégrant la conception), le théâtre de l'Archipel à Perpignan et le théâtre de Rambouillet.

cas de figure, le contrat passé préalablement à la conclusion du contrat de partenariat entre la personne publique et l'architecte peut subir un destin variable :

– il peut être rompu à l'initiative de l'architecte qui refuse ce transfert, celui-ci encourant alors des sanctions pour comportement fautif ;

– le contrat conclu avec l'architecte peut coexister avec le contrat de partenariat, lequel ne porte donc pas sur la conception de l'ouvrage ;

– l'architecte accepte le transfert de son contrat au profit du titulaire du contrat de partenariat. L'architecte peut alors soit signer un avenant avec la personne publique précisant que le cocontractant n'est plus la personne publique mais le titulaire du contrat de partenariat, soit vendre ses droits patrimoniaux (et non son droit moral¹) au titulaire du contrat de partenariat, pour devenir ensuite assistant de la personne publique².

Dans la pratique, les ruptures de contrat de conception à l'initiative des architectes sont quasi inexistantes.

Par ailleurs, le risque d'une concentration dans le secteur des cabinets d'architecture, qui pourrait être provoquée par le développement des contrats de partenariat, n'apparaît pas, à l'heure actuelle, fondé sur des données objectives. C'est pourquoi un découplage systématique entre le contrat d'architecture et le contrat de partenariat ne semble pas s'imposer comme une évidence et risquerait de limiter les atouts du contrat de partenariat.

- **Eviter la confusion entre les contrats de partenariat et les délégations de service public**

La délégation de service public se caractérise par deux critères fondamentaux : d'une part la personne de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé et, d'autre part, la rémunération de ce dernier est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Or, il existe actuellement deux cas de figure où le contrat de partenariat risque d'« *empiéter* » sur la délégation de service public en ayant le même objet que lui.

En premier lieu, il peut arriver que le titulaire du contrat de partenariat, chargé de certaines tâches d'exploitation, exécute *ipso facto* une mission de service public. Il en est ainsi pour les « *infrastructures de réseau, les ouvrages d'art, les équipements sportifs ou autres équipements spécialisés* »³. La différence entre l'exploitation d'un service public et

¹ L'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle distingue en effet, au sein du « droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous », d'une part les « attributs d'ordre intellectuel et moral », d'autre part les « attributs d'ordre patrimonial ».

² La notion de « conseil de l'administration » est également utilisée.

³ Réponse ministérielle à QE, n° 22017 du 9 mars 2006, MTP 23 juin 2006, p. 642.

l'exploitation d'un ouvrage ou d'un équipement devient alors sibylline voire impossible, à moins de stipulations contractuelles expresses.

En second lieu, le titulaire du contrat de partenariat peut être amené à assurer, de manière facultative, des « *prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* ». Ainsi, certains contrats de partenariat ont pu comprendre le service de blanchisserie dans un hôpital, le service de restauration ou d'hébergement dans un établissement d'enseignement. En théorie, ces prestations doivent n'entretenir qu'un lien indirect (c'est le sens du verbe « concourir » utilisé par l'ordonnance dans sa rédaction actuelle) avec la mission de service public et avoir seulement un caractère secondaire par rapport à l'objet principal du contrat de partenariat. Cette formulation innovante de l'ordonnance de 2004 avait pour objectif d'éviter la confusion avec la notion de gestion déléguée de service public. Néanmoins, de l'avis de nombreux commentateurs, ce compromis rédactionnel conforte davantage la difficulté qu'elle ne la résout.

En tout état de cause, la distinction entre contrat de partenariat et délégation de service public n'étant pas évidente sur le fondement du seul critère de l'objet du contrat, celle-ci devra reposer, au cas par cas, sur la logique économique et financière du contrat : une délégation de service public devra ainsi être aux « *risques et périls* » du cocontractant. Dans ces conditions, une refonte du droit de la délégation de service public pourrait utilement contribuer à distinguer les différents contrats de la commande publique, car certains projets de contrats de partenariat ont d'ores et déjà été retardés de plusieurs mois à cause de l'hésitation des décideurs publics à choisir entre ces deux véhicules contractuels.

Votre commission pour avis vous soumet **un amendement** reformulant en totalité le libellé de l'article 1^{er} du projet de loi et portant lui-même rédaction globale de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 17 juin 2004 afin non seulement de mieux définir le périmètre du contrat de partenariat, mais aussi d'indiquer que la rémunération du cocontractant est systématiquement liée à des objectifs de performances.

Il s'agit tout d'abord de modifier la définition du contrat de partenariat afin de mettre plus clairement en évidence l'objet principal du contrat de partenariat pour le distinguer nettement des missions facultatives et préciser que ces missions, obligatoires et facultatives, concernent aussi bien les « *ouvrages* », les « *équipements* » et les « *investissements immatériels* » ;

En outre, dans sa formulation actuelle, que le projet de loi ne propose pas de modifier, l'article 1^{er} de l'ordonnance dispose que la rémunération du cocontractant « *peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant* ». Or, son article 11 précise que, parmi les clauses obligatoires inscrites dans un contrat de partenariat, figurent les « *objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions*

dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation ». La rédaction actuelle de l'article 1^{er} de l'ordonnance peut ainsi laisser penser que la personne publique est libre de verser, ou non, une rémunération complémentaire, sous forme de « bonus », au cocontractant qui a rempli ses objectifs de performance.

Pour lever cette ambiguïté, votre commission vous propose donc de préciser que la rémunération est nécessairement liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.

Enfin, afin d'alléger la rédaction du libellé de l'article 1^{er}, il vous est proposé de supprimer la référence aux contrats passés en application du code des marchés publics et de la loi dite « MOP ».

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article ainsi modifié.

Article 2

(Article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

Evaluation préalable et cas de recours aux contrats de partenariat

L'article 2 procède à des modifications substantielles de l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004, qui traite de l'évaluation préalable à tout projet de contrat de partenariat et des cas dans lesquels il peut être recouru à cette formule contractuelle.

Le droit en vigueur

Selon le droit actuellement en vigueur, l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit que tout projet de contrat de partenariat de l'Etat ou d'un de ses établissements publics fait systématiquement l'objet d'une évaluation préalable poursuivant deux objectifs :

- établir soit la complexité, soit l'urgence du projet pour autoriser le recours au contrat de partenariat ;
- démontrer que le contrat de partenariat, après une analyse comparative globale avec les autres outils de la commande publique en termes économique, financier, juridique et administratif, est la meilleure solution.

Ce second volet de l'évaluation peut être « allégé » en cas d'urgence mais doit demeurer une démonstration objective et convaincante. En tout état de cause, l'évaluation est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret. Dans la pratique, il existe deux organismes

experts chargés de donner un tel avis : l'organisme expert rattaché au ministère de la défense, et la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP), formellement rattachée au ministère de l'économie mais dont la compétence est interministérielle.

Le texte du projet de loi

L'article 2 du projet de loi porte rédaction globale de l'article 2 de l'ordonnance afin de renforcer le poids de l'évaluation préalable et créer de nouveaux cas de recours aux contrats de partenariat.

- **L'évaluation préalable**

Le projet de loi érige **l'évaluation préalable en pierre angulaire** de toute réflexion visant à conclure un contrat de partenariat. Les dispositions en vigueur du troisième alinéa de l'article 2 de l'ordonnance sont, à cet effet, déplacées en tête d'article pour témoigner de la place centrale accordée à ce préalable.

Aux côtés des éléments traditionnels de « *coût global* », de « *partage des risques et de performances* » devant faire l'objet de l'évaluation, le projet de loi adjoint les « *préoccupations de développement durable* ». Enfin, le projet de loi reprend les dispositions actuelles de l'article 2 en vertu desquelles, en cas de « *situation imprévue* », l'évaluation peut être succincte.

- **Un nouveau cas d'ouverture au contrat de partenariat**

Une des novations importantes de l'article 2 est la création d'un troisième cas de recours de plein droit au contrat de partenariat, aux côtés de l'urgence et de la complexité du projet. La formule du contrat de partenariat pourrait désormais être retenue à condition qu'elle « *présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique* ». Le gouvernement se réfère ainsi implicitement à la notion d'« *intérêt général* » évoquée par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 2003¹.

Cet avantage comparatif des contrats de partenariat devrait être démontré au regard soit des « *spécificités du projet* », soit des « *exigences du service public* » dont la personne publique est chargée, ou encore des expériences tirées de « *projets comparables* ».

Votre commission pour avis relève que le projet de loi procède, avec cet article, à **une extension importante du champ d'application des contrats de partenariat**. Aujourd'hui, il est nécessaire, d'une part, de prouver l'urgence ou la complexité du projet, et, d'autre part, de démontrer, à l'issue d'une analyse comparative globale, que le contrat de partenariat est la meilleure solution parmi les outils de la commande publique. En cas

¹ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 – Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

d'adoption du projet de loi dans ces termes, il ne serait plus obligatoire de prouver l'urgence ou la complexité du projet pour recourir au contrat de partenariat, puisqu'un simple avantage comparatif suffirait à en justifier l'utilisation.

- **Un élargissement sectoriel et transitoire**

L'autre grande novation de l'article 2 est d'ouvrir, à titre transitoire, une nouvelle voie d'accès sectorielle aux contrats de partenariat.

Jusqu'au 31 décembre 2012, les besoins de l'enseignement supérieur et de la recherche, concernant l'amélioration des conditions d'étude et de la vie étudiante, les besoins de la justice et de la police, la mise en place de nouvelles technologies pour la police et la gendarmerie, les besoins de la défense, de la gendarmerie et de la santé publique, les attentes en matière d'infrastructures de transport et de rénovation urbaine, les projets d'amélioration de l'accessibilité des personnes handicapées et de renforcement de l'efficacité énergétique des bâtiments publics, sont présumés répondre à la condition d'urgence autorisant le recours au contrat de partenariat. Cette présomption n'est toutefois pas irréfragable puisqu'elle tombe dès lors que les résultats de l'évaluation globale du projet seraient « *manifestement défavorables* ».

- **Définir les notions d'urgence et de complexité du projet**

La définition de la notion de complexité proposée par le projet de loi reprend, dans les mêmes termes, celle de l'ordonnance en vigueur. La complexité d'un projet est ainsi définie par rapport à ses conséquences. Un projet est reconnu complexe si la personne publique n'est pas « *objectivement* » en mesure, ou bien de « *définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins* », ou bien « *d'établir le montage financier ou juridique du projet* ».

Quant à la notion d'urgence, le projet de loi apporte quelques précisions par rapport au droit actuel. L'urgence est constituée soit lorsqu'il s'agit de « *rattraper un retard préjudiciable affectant la réalisation d'équipements collectifs* », soit quand il convient de « *faire face à une situation imprévue* ».

Positions de votre commission

Votre commission pour avis s'est interrogée sur **la portée du contrôle qu'effectuera le juge administratif saisi d'un recours sur le fond à l'encontre d'un contrat de partenariat.**

Dans un tel cas de figure, le juge administratif, examinant la légalité d'un contrat de partenariat, exercera-t-il un simple contrôle de l'erreur

manifeste d'appréciation ou appliquera-t-il, au contraire, un contrôle de proportionnalité, par définition plus contraignant ? Compte tenu du faible nombre de contentieux sur les contrats de partenariat, aucune réponse tranchée ne peut être apportée à cette question. De prime abord, le juge administratif pourrait suivre l'exemple du juge constitutionnel et ne censurer que l'erreur manifeste d'appréciation. Toutefois, le juge administratif pourrait être tenté, par analogie avec le contrôle exercé sur les déclarations d'utilité publique (DUP), d'exercer un contrôle de proportionnalité. En tout état de cause, compte tenu du faible nombre de DUP annulées, votre commission pour avis estime que le développement des contrats de partenariat ne serait pas compromis par le choix du juge administratif d'appliquer un contrôle de proportionnalité lors d'un recours contre un contrat de partenariat.

Sur cet article, votre commission pour avis vous soumet **sept amendements**.

- **Mieux définir la méthodologie de l'évaluation préalable**

Votre rapporteur pour avis souhaite au préalable rappeler le caractère dérogatoire du contrat de partenariat au sein des outils de la commande publique, conformément aux décisions du Conseil constitutionnel. Votre rapporteur pour avis a, de ce fait, été constamment animé par le souci de veiller à ce que le texte du projet de loi s'inscrive pleinement dans les réserves d'interprétation définies en 2004 par le juge constitutionnel. Les cas de recours à ce contrat sont ainsi strictement définis et le contrat de partenariat n'a pas vocation à devenir un outil banalisé et prépondérant au sein de la commande publique¹.

Toutefois, votre rapporteur pour avis estime indispensable de se départir de tout *a priori* idéologique sur la question des contrats de partenariat. Ce contrat ne constitue pas une *révolution* dans le droit de la commande publique mais une *innovation* susceptible d'apporter, dans de nombreux cas, une aide précieuse aux collectivités publiques. Au cas par cas, il s'agit d'observer si le surcoût lié au contrat de partenariat dépasse ou non l'économie d'échelle née d'un contrat global, de longue durée, incitatif et souple, par rapport à la gestion de multiples contrats de marchés publics individualisés. Le contrat de partenariat n'est pas nécessairement la solution la mieux adaptée pour tous les projets et force est de constater qu'il n'existe pas de véhicule contractuel miracle. Il n'est pas rare qu'une personne publique s'engage dans la réalisation de travaux en maîtrise d'ouvrage public, et se heurte à de nombreux obstacles mal appréhendés en amont du projet, qui engendrent des retards dans la livraison des ouvrages mais aussi des surcoûts considérables. De même, l'asymétrie d'information entre la personne publique et le partenaire privé, parfois stigmatisée lorsqu'il est question du contrat de

¹ La situation française est donc aux antipodes de la législation britannique, qui considère que le *Private Finance Initiative (PFI)* est la norme et les autres contrats l'exception.

partenariat, n'est pas foncièrement différente de l'inégalité qui existe entre les parties à un contrat de concession.

Tableau sur les principales différences entre le marché public et le contrat de partenariat

	Coûts	Gains
Marché public	Coûts indirects de l'investissement Coûts directs de la maintenance et de l'exploitation Coûts indirects de la maintenance et de l'exploitation Coûts cachés et aléatoires	Recettes éventuelles d'exploitation
Contrat de partenariat	Surcoût de montage Surcoûts de financement Surcoûts liés au transfert des risques Surcoûts fiscaux Marge du secteur privé	Gains sur la maîtrise d'ouvrage Gains réalisés sur la conception/construction Gains réalisés sur l'exploitation Gains liés au transfert des risques Gains réalisés sur le maintien de la valeur patrimoniale Recettes annexes

Source : MAPPP

Si l'évaluation préalable favorable est la condition indispensable pour recourir au contrat de partenariat, il est nécessaire que la méthodologie utilisée pour comparer les coûts entre les différents outils de la commande publique soit quasiment indiscutable¹.

A ce titre, votre rapporteur pour avis appelle de ses vœux l'élaboration d'une nouvelle méthodologie d'évaluation des projets de contrat de partenariat. La dernière méthodologie remonte à 2005 et il convient de prendre en compte les expériences des quatre dernières années et les apports du projet de loi. Ensuite, le débat qui a opposé la Cour des comptes et certains ministères quant au périmètre pertinent pour comparer les coûts d'un projet réalisé au moyen de marchés publics ou d'un partenariat public-privé, n'aurait sûrement pas eu lieu si les protagonistes avaient bien circonscrit en amont les termes de la comparaison². Enfin, les évaluations préalables risquent de

¹ La méthodologie proposée page 40 du fascicule « les contrats de partenariat : principes et méthodes » n'a pas un « caractère normatif ».

² Cf le rapport public annuel de la Cour des comptes de 2008, première partie, pp. 671-678. Les magistrats financiers estiment que l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public (AOT), assortie d'une convention de location, conclue pour assurer la réalisation du centre des archives diplomatiques du ministère des affaires étrangères et européennes, entraînera un surcoût de 41 % par rapport à un financement sur crédits budgétaires. Le ministère rétorque,

pénaliser le recours aux contrats de partenariat, contraints d'afficher des « **coûts complets** » contrairement aux marchés publics. Il existe en effet une asymétrie entre l'obligation de transparence des coûts d'un contrat de partenariat et l'opacité relative des coûts d'un projet réalisé en maîtrise d'ouvrage publique. De fait, les **coûts d'exploitation à long terme**, pendant toute la durée du contrat mais aussi au-delà, méritent d'être comparés sérieusement : une solution technique peut être avantageuse à moyen terme mais pénalisante à long terme¹. De plus, dans le cas des marchés publics, la collectivité publique n'explicite peut-être pas tous les **coûts indirects** liés à un marché public, comme les coûts de gestion et de contrôle, de comptabilité, de communication, et les charges fiscales. Surtout, elle n'est pas capable d'évaluer le **coût d'opportunité** que représente la mobilisation de son personnel sur le montage et le suivi des dossiers au détriment des missions essentielles de service public qu'elle seule peut remplir². L'administration doit davantage apprendre à « *faire faire* » plutôt qu'à faire elle-même si elle veut répondre aux attentes des citoyens.

Ce débat sur la méthodologie à adopter est éminemment technique et il n'appartient pas à votre commission pour avis d'y apporter une réponse définitive. En revanche, elle juge souhaitable la rénovation du cadre méthodologique commun pour procéder à cette évaluation préalable. Le contenu de cette méthodologie pourrait faire l'objet d'une recommandation de la MAPPP, après une concertation notamment avec la Cour des comptes, l'Institut de la gestion déléguée, les représentants du milieu hospitalier et des principaux ministères concernés, ainsi que des professionnels du secteur privé.

C'est pourquoi votre commission pour avis vous soumet **un amendement** visant à ce que « *chaque organisme expert élabore, dans son domaine de compétences, une méthodologie déterminant les critères d'élaboration de cette évaluation* ».

- **Réaffirmer l'existence des organismes experts**

Le texte en vigueur de l'ordonnance contient une disposition relative aux organismes experts, en vertu de laquelle « *l'évaluation est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret* ».

Or, le projet de loi ne fait plus référence à cette disposition, vraisemblablement parce que le gouvernement a considéré qu'il s'agissait d'une disposition de nature réglementaire. Votre commission pour avis ne

quant à lui, que si l'on intègre les coûts de maîtrise d'ouvrage et d'actualisation à l'hypothèse du financement sur ressources budgétaires, le différentiel tombe à 11 %.

¹ C'est pourquoi votre commission pour avis présente à l'article 7 un amendement visant à ce que la personne publique, lors de l'établissement des critères obligatoires, ne sous-pondère pas les coûts d'exploitation lors de l'établissement des critères d'attribution.

² Ainsi, au sein des grandes collectivités territoriales, un redéploiement du personnel pourrait s'opérer entre les services chargés des marchés publics et d'autres services, en sous-effectif, gérant des missions régaliennes ou sociales par exemple.

partage pas ce point de vue et considère que la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariats (MAPPP) a un rôle majeur à jouer dans l'élaboration de la nouvelle méthodologie pour l'évaluation préalable et mérite, de ce fait, une mention dans la loi. Au surplus, la MAPPP contribue aujourd'hui à faciliter le recours aux contrats de partenariat en éduquant un marché balbutiant, et permettra plus tard de discipliner un marché mature, parfois enclin à ne pas respecter les règles de la concurrence¹.

C'est pourquoi votre commission pour avis vous propose **un amendement** tendant à rétablir la mention selon laquelle l'évaluation préalable est « *réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret* ».

- **Préciser la notion d'urgence**

Dans sa forme actuelle, l'ordonnance ne définit pas plus précisément la notion d'urgence, tandis que le projet de loi indique qu'un projet a le « *caractère d'urgence* », lorsqu'il s'agit de « *ratrapper un retard préjudiciable affectant la réalisation d'équipements collectifs ou de faire face à une situation imprévue* ». Cette définition gagnerait toutefois à être complétée en s'inspirant de la jurisprudence constitutionnelle.

C'est la raison pour laquelle votre commission pour avis préconise l'adoption d'un **amendement** selon lequel l'urgence est constituée 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* », qui désigne un état de catastrophe. Votre commission pour avis n'a pas jugé nécessaire de reprendre l'expression d'« *impérieuse nécessité* »² utilisée par le commissaire du gouvernement lors du recours devant le Conseil d'Etat « *M. J-P Sueur et autres* »³.

Par coordination, votre commission pour avis vous soumet **un amendement** selon lequel, en cas de « *situation imprévisible* » et non plus « *imprévue* », l'évaluation préalable peut être « *succincte* ».

¹ Il semblerait en effet que les marchés matures, habitués à utiliser les contrats de partenariat, génèrent des ententes entre les entreprises privées, suscitant les critiques de certains observateurs en Grande-Bretagne par exemple.

² « Nous croyons donc qu'il sera possible de recourir au contrat de partenariat lorsque de l'examen objectif de la situation dans un secteur considéré, voire dans une zone géographique donnée, résultera le constat de l'impérieuse nécessité qu'il y a à rattraper un important retard d'investissement affectant soit certains équipements publics, soit certains services publics ».

³ CE 29 octobre 2004, *J-P Sueur et autres*, UNSFA, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et Fédération nationale des élus socialistes et républicains, syndicat national des entreprises du second œuvre du bâtiment, req n° 269814, 271119, 271357 et 271362, conclusions D. Casas.

- **Encadrer le recours à la voie d'accès sectorielle et transitoire**

Votre commission se félicite de la création d'une voie d'accès sectorielle et transitoire pour laquelle le critère d'urgence est présumé établi. Elle juge cette disposition bienvenue, car elle sera de nature à encourager le développement des contrats de partenariat en rassurant les décideurs publics. Néanmoins, au regard du nombre de secteurs concernés et de leur diversité, qui recouvrent en pratique les principaux domaines de la commande publique, votre commission pour avis estime nécessaire de limiter la portée de cette disposition, compte tenu du caractère dérogatoire du contrat de partenariat. En effet, selon le projet de loi, le critère d'urgence est rempli sauf si les résultats de l'évaluation préalable sont « *manifestement défavorables* ». Par conséquent, une évaluation simplement défavorable ne permettra pas d'empêcher l'utilisation d'un contrat de partenariat.

Votre commission en conclut que l'imprécision et l'étendue des six secteurs, énumérés au III de l'article 2, plaident en faveur de la suppression, par **amendement**, de l'adverbe « *manifestement* », afin qu'un simple bilan négatif soit de nature à supprimer la présomption d'urgence.

- **Encourager le développement des infrastructures de transport**

Le projet de loi précise que sont réputés présenter le caractère d'urgence, sous réserve que l'évaluation préalable ne soit pas manifestement défavorable, les projets répondant « *aux besoins relatifs aux infrastructures de transport s'inscrivant dans un projet de développement durable* ».

Or, le droit communautaire définit avec précision le champ des infrastructures de transport puisque le règlement 2598/70/CE de la Commission du 18 décembre 1970 dispose, à son annexe I, qu'il faut entendre « *par infrastructure de transport la totalité des voies et installations fixes des trois modes de transport dans la mesure où elles sont nécessaires pour assurer la circulation des véhicules et la sécurité de cette circulation* ». Par conséquent, une lecture trop restrictive de la notion d'infrastructure de transport, fondée sur cette définition communautaire, pourrait ralentir, entre autres, la capacité de Réseau Ferré de France (RFF) et de la SNCF à lancer des contrats de partenariat pour des projets qui, bien que concourant au développement de l'infrastructure de transport, ne concernent pas *stricto sensu* une infrastructure de transport, comme par exemple la construction d'une gare.

Un **amendement** vous est donc présenté afin de modifier les dispositions du projet de loi pour autoriser la conclusion de contrats de partenariat pour développement des équipements et ouvrages annexes à des infrastructures de transport.

- **Introduire la notion de réduction des émissions de gaz à effet de serre**

Dans le cadre de la voie d'accès sectorielle et transitoire, le projet de loi n'évoque que « *l'amélioration de l'efficacité énergétique* » des bâtiments publics, qui est une notion différente et plus restreinte que celle de « *réduction des émissions de gaz à effet de serre* ».

En France, le secteur du bâtiment consomme 42,5 % de l'énergie finale, tandis que ses émissions brutes de gaz à effet de serre ont augmenté de 15 % entre 1990 et 2005. Depuis 2005, la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre et le recours aux énergies renouvelables est une priorité de la politique énergétique¹. Le Grenelle de l'environnement va plus loin en fixant un programme d'action plus précis et plus ambitieux : l'Etat s'engage à « *effectuer la rénovation de ses bâtiments dans les 5 ans* »².

Votre commission estime donc indispensable que le recours aux contrats de partenariat puisse également être autorisé pour les projets ayant pour objet de réduire les émissions de gaz à effet de serre des bâtiments publics.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article ainsi modifié.

Article 3

(Article 4 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

Personnes ne pouvant soumissionner à un contrat de partenariat

L'article 3, qui modifie l'article 4 de l'ordonnance du 17 juin 2004, apporte des précisions sur la définition du champ des personnes pouvant soumissionner à un contrat de partenariat.

Le droit en vigueur

L'article 4 de l'ordonnance a pour but d'exclure des contrats de partenariat un certain nombre de personnes physiques et morales qui :

- soit ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation pénale pour un certain nombre d'infractions ;

¹ En application de l'article 4 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, dite loi POPE.

² Grenelle de l'environnement, document récapitulatif des tables rondes tenues à l'Hôtel de Roquelaure les 24, 25 et 26 octobre 2007, p. 3.

- soit ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au casier judiciaire pour certaines infractions du code du travail ;

- soit sont en état de liquidation judiciaire ou admises aux procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou ayant fait l'objet de procédures équivalentes régies en droit étranger ;

- soit n'ont pas souscrit, avant le 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle est lancée la consultation, les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou bien n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date.

Le texte du projet de loi

L'article 3 du projet de loi précise tout d'abord que les personnes « admises aux procédures de sauvegarde »¹, pourront désormais candidater à un contrat de partenariat. En outre, il apporte une modification plus substantielle en créant un cinquième groupe d'exclusion, au travers de la référence au 5° de l'article 131-39 du code pénal. En conséquence, il interdit la conclusion de contrats de partenariat pour toutes les personnes « exclues », suite à la condamnation pour un « crime ou un délit », des « marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ».

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article sans modification.

Article 4

(Article 5 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

Procédures à suivre dans le cadre d'un contrat de partenariat

L'article 4, qui modifie l'article 5 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, a trait aux procédures à suivre dans le cadre d'un contrat de partenariat.

¹ Introduites dans notre droit par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

Le droit en vigueur

Dans sa rédaction actuelle, l'article 5 de l'ordonnance n'autorise le recours au « *dialogue compétitif* » que si le projet est complexe. La définition de la complexité est reprise de l'article 2 de l'ordonnance¹. La complexité est définie par ses conséquences sur la personne publique, qui se trouve alors « *objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* ». Si le projet n'est pas complexe mais urgent, la personne publique doit procéder à un appel d'offre. L'urgence et la complexité sont donc à la fois des « conditions d'éligibilité » au contrat de partenariat et elles déterminent également le type de procédure à suivre.

Le texte du projet de loi

Le projet de loi apporte deux modifications à l'article 5 de l'ordonnance. D'une part, il indique que les contrats de partenariat peuvent dorénavant être passés selon **trois procédures**, le **dialogue compétitif**, **l'appel d'offre** et **la procédure négociée**, tout en renvoyant à l'article 7 de l'ordonnance le soin de détailler ces procédures.

D'autre part, il précise que, dans l'hypothèse où **le projet n'est pas complexe** et ne nécessite donc pas la procédure de dialogue compétitif, les contrats de partenariat ne peuvent être conclus **qu'en suivant la procédure de l'appel d'offres ou la procédure négociée**, renvoyant alors aux dispositions des II et III de ce même article 7.

Positions de votre commission

Votre commission pour avis juge d'abord souhaitable de **clarifier les relations entre l'évaluation préalable permettant d'identifier les voies de recours au contrat de partenariat et le choix de la procédure à suivre**.

La compréhension du projet de loi peut en effet prêter à de nombreux contresens si l'on sent tient au schéma ancien dans lequel les conditions d'éligibilité (complexité et urgence) déterminaient *ipso facto* les procédures applicables (respectivement le dialogue et l'appel d'offres). Le texte complexifie la situation puisqu'il envisage désormais quatre cas de recours au contrat de partenariat et trois procédures de passation, selon le schéma établi ci-dessous :

¹ A l'exception de l'expression « seule et à l'avance ».

Les quatre cas d'ouverture à l'issue de l'évaluation préalable	Les trois procédures à suivre
1 – Complexité	1 – Dialogue compétitif
2 – Urgence	2 – Appel d'offre
3 – Bilan favorable	3 – Procédure négociée
4 – Voie d'accès sectorielle temporaire	

Par conséquent, le projet de loi impose le recours au dialogue compétitif si l'évaluation préalable conclut à la complexité du projet. La personne publique est libre d'utiliser le dialogue compétitif, même si l'évaluation préalable n'a pas conclu à la complexité du projet mais repose sur l'un des trois autres cas de recours au contrat de partenariat.

Par ailleurs, votre commission pour avis appelle de ses vœux une **harmonisation des règles relatives au dialogue compétitif entre le code des marchés publics et le régime des contrats de partenariat**. En effet, votre rapporteur pour avis s'interroge sur les raisons qui ont conduit le gouvernement à ne pas procéder à un renvoi pur et simple, pour la définition du dialogue compétitif, au code des marchés publics qui, dès le décret n° 2004-15 du 17 janvier 2004, introduisait cette procédure dans ses articles 36 et 67, plutôt que de prévoir une définition spécifique dans l'ordonnance de 2004. D'après les éléments d'information transmis, il semblerait que le choix de ne pas se référer, lors de la rédaction de l'ordonnance de 2004, au code des marchés publics, s'explique par le fait qu'une refonte du code des marchés publics était alors anticipée.

Sur cet article, votre commission pour avis vous propose **un amendement rendant facultatif le recours au dialogue compétitif en cas de projet complexe**.

En effet, selon la directive 2004/18/CE, le choix par la personne publique de la procédure du dialogue compétitif reste une faculté, et non une obligation¹. L'article 28 de cette directive indique que « *les pouvoirs adjudicateurs* » passent des marchés publics en recourant à « *la procédure ouverte ou à la procédure restreinte* », mais que « *dans les circonstances particulières expressément prévues à l'article 29, les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer leurs marchés publics au moyen du dialogue compétitif* ». L'article 29 précise clairement que « *lorsqu'un marché est particulièrement complexe, les Etats membres peuvent prévoir que le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte*

¹ 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 fournitures et de services.

ne permettra pas d'attribuer le marché, puisse recourir au dialogue compétitif conformément au présent article ».

En outre, il apparaît nécessaire d'offrir cette liberté aux quelques personnes publiques qui ne souhaiteraient pas recourir au dialogue compétitif en cas de projet complexe. Même si la très grande majorité des personnes publiques ont un intérêt réel à s'engager dans cette voie, il peut arriver exceptionnellement que le recours au contrat de partenariat ne puisse être fondé que sur le cas **d'ouverture de la complexité** au sens de l'article 2 de l'ordonnance. Dans de telles conditions, la personne publique pourrait souhaiter ne pas recourir à la procédure de dialogue compétitif, la jugeant notamment trop contraignante.

C'est pourquoi votre commission pour avis vous propose **un amendement** indiquant que le dialogue compétitif est une **faculté** et non une **obligation** pour les personnes publiques, dans l'hypothèse où le recours au contrat de partenariat s'appuie exclusivement sur la notion de complexité définie à l'article 2 de l'ordonnance.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article ainsi modifié.

Article 5

(Article 6 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

Délai et nombre de candidats prévus pour chaque procédure

L'article 5, qui modifie l'article 6 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, traite du délai et du nombre de candidats prévus pour chaque procédure.

Le droit en vigueur

En premier lieu, l'article 6 de l'ordonnance fixe une règle commune à la procédure dite de dialogue compétitif et à la procédure d'appel d'offres puisqu'il doit s'écouler au moins 40 jours entre la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence et la date limite de réception des candidatures.

En deuxième lieu, cet article 6 dispose que la personne publique établit la liste des candidats admis à participer soit à la procédure de dialogue compétitif, soit à la procédure d'appel d'offre, à partir des critères contenus dans l'avis d'appel à la concurrence.

En troisième lieu, l'article 6 impose que la personne publique retienne :

- au moins trois candidats dans le cadre de la procédure dite de dialogue compétitif ;

- au moins cinq candidats pour la procédure d'appel d'offres.

Il peut toutefois être dérogé à ce seuil minimal s'il s'avère que les candidats tombent sous le coup d'un des motifs d'exclusion exposés à l'article 4 de l'ordonnance.

Le texte du projet de loi

Le projet de loi apporte trois modifications au droit en vigueur : la première est rédactionnelle, tandis que les deux autres précisent les règles relatives à la **nouvelle procédure négociée**.

Tout d'abord, il est précisé que l'avis d'appel à la concurrence est « *public* ». Ensuite, le projet de loi indique que la personne publique établit la liste des candidats admis à participer à la procédure négociée également à partir des critères contenus dans l'avis d'appel à la concurrence. Enfin, si le seuil minimal de candidats n'évolue pas pour les deux procédures existantes, il précise en revanche que la personne publique doit retenir au moins trois candidats dans le cadre de la procédure négociée.

Positions de votre commission

Il convient tout d'abord de rappeler que le législateur ne peut pas imposer un nombre minimal de petites et moyennes entreprises candidates à un contrat de la commande publique.

En effet, lorsque l'Etat veut imposer une part réservée aux PME dans le champ de la commande publique, il encourt des risques juridiques. Ainsi, le Conseil d'Etat, dans son arrêt « *Syndicat EGF-BTP et autres* » du 9 juillet 2007, a annulé des dispositions du code des marchés publics qui permettaient au pouvoir adjudicateur de fixer un nombre minimal de PME admises à présenter une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public. L'idée d'un quota de PME au stade de la candidature est en effet contraire au principe constitutionnel d'égalité devant la commande publique et se heurterait au contrôle de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE).

En outre, dans la même affaire, le juge administratif a annulé des dispositions du code des marchés publics qui permettaient au pouvoir adjudicateur de demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils avaient l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des PME ou à des artisans. Le Conseil d'Etat a considéré que ces dispositions ne sauraient avoir légalement pour effet d'autoriser à retenir les conditions de la sous-traitance comme un critère de sélection des offres pour attribuer un marché.

Votre commission pour avis vous présente **un amendement** visant à **favoriser la formation des groupements d'entreprises**.

Dans sa rédaction actuelle, l'ordonnance de 2004 ne mentionne pas la possibilité pour les groupements d'entreprise de candidater à un contrat de partenariat, alors que le secteur privé utilise largement ce mécanisme juridique. En pratique, lors de la phase de passation d'un contrat de partenariat, les entreprises ont le choix entre deux possibilités en constituant d'emblée une personne juridique souvent spécialement créée pour le projet, ou en créant un groupement d'entreprises dépourvu de la personnalité juridique, qui a vocation à se transformer en société de projet.

Bien entendu, les PME ne peuvent concurrencer les grandes entreprises françaises de BTP sur des projets d'envergure. En revanche, pour les contrats d'un montant moyen ou faible, la concurrence ne doit pas être faussée entre les grandes entreprises et les PME. A ce jour, selon les indications fournies par la MAPPP à votre commission pour avis, seuls trois contrats de partenariat sur les 27 conclus ont été remportés par des PME. Ces trois projets ont tous été signés par des collectivités territoriales.

Le ministère de l'économie pourrait, par décret, reprendre, pour les contrats de partenariat, tout ou partie des dispositions de l'article 45 du code des marchés publics, en application desquelles les niveaux minimum de capacités (notamment techniques et financières) demandés par la personne publique doivent être liés et proportionnés à l'objet du contrat et de l'article 51, fixant les règles des groupements solidaires ou conjoints¹.

Il aura en outre la possibilité d'aménager, si nécessaire, les règles relatives au groupement d'entreprises issues du code des marchés publics, afin de tenir compte des spécificités du contrat de partenariat. Ainsi, la règle dite de « *l'intangibilité des candidatures* », selon laquelle la composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché², semble difficilement applicable dans le cadre des contrats de partenariat. En effet, le dialogue compétitif est une procédure souvent longue, qui s'étale en général sur une année, même si la MAPPP préconise une période de 6 à 9 mois. Votre commission pour avis estime que les changements dans la composition du groupement, justifiés notamment par le retrait pour convenance d'un ou plusieurs membres, doivent pouvoir être explicitement autorisés par la personne publique, s'ils n'ont pas pour objet ou pour effet de méconnaître les règles de la concurrence en conférant un avantage comparatif déterminant au groupement par rapport aux autres candidats. Le décret pourrait ainsi autoriser des modifications de la composition du groupement d'entreprises à condition qu'elles n'aient pas pour effet de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire. Cette position est au surplus conforme à la jurisprudence de la CJCE. Les Etats-

¹ C'est d'ailleurs déjà le cas pour les AOT-LOA, puisque le décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 renvoie expressément à l'article 51 de ce code.

² Article 51, partie V, du code des marchés publics.

membres sont en effet libres d'interdire ou d'autoriser la modification de la composition d'un groupement, aussi bien avant qu'après la remise des offres, à condition de respecter les règles d'égalité et de libre concurrence entre candidats¹.

Dans l'attente de la modification de l'article 2 du décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 précité, qui définirait les règles précises applicables aux groupements d'entreprises, votre commission vous propose **un amendement** autorisant explicitement les candidatures de groupements d'entreprises dans le cadre d'un contrat de partenariat.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article ainsi modifié.

Article 6

(Article 7 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

Procédures applicables au contrat de partenariat

L'article 6, qui modifie l'article 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004, occupe une place essentielle au sein du projet de loi puisqu'il explicite les trois types de procédures applicables au contrat de partenariat.

Le droit en vigueur

La procédure dite de « *dialogue compétitif* » est longuement explicitée, tandis qu'il est procédé à un simple renvoi à un décret pour préciser la procédure d'appel d'offre.

La procédure de « *dialogue compétitif* » a pour but de **limiter l'asymétrie d'information** entre les décideurs publics et les entreprises spécialisées, grâce à des échanges et concertations libres visant à faire émerger les meilleures solutions pour répondre aux attentes de la personne publique. Des échanges de vue, entre la personne publique et chaque candidat, permettent de définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les plus appropriés. La personne publique assure une stricte égalité de traitement entre les candidats, tout en garantissant la confidentialité des informations fournies, sauf accord des personnes concernées pour les communiquer aux concurrents.

¹ CJCE, 23 janvier 2003, *Makedoniko Metro*, aff. C-57/01.

Trois phases successives peuvent être identifiées au sein de la procédure de dialogue, lesquelles sont facultatives dans la mesure où seule la complexité du projet détermine le nombre de phases.

- tout d'abord, la **phase de consultation**, éventuellement fractionnée, sans limitation de durée, permet à la personne publique de déterminer la ou les solutions techniques, juridiques et financières susceptibles de répondre à ses besoins ;

- ensuite, la **phase de préparation de l'offre** par chaque candidat, qui dispose d'un mois minimum de réflexion après la fin de la période de réflexion ;

- enfin, la personne publique peut ouvrir une **phase de mise au point** au cours de laquelle elle demande aux candidats des « *clarifications, des précisions, des compléments* » ou encore la « *confirmation de certains engagements* ».

Le texte du projet de loi

L'article 6 du projet de loi apporte d'abord trois modifications plus ou moins substantielles à la procédure du « *dialogue compétitif* », sans dénaturer la philosophie du dispositif.

En premier lieu, lors de la dernière phase de la procédure de « *dialogue compétitif* », qui peut être qualifiée de phase de mise au point, le projet de loi ajoute que la personne publique peut demander des « *perfectionnements* ».

En deuxième lieu, s'il est rappelé que les demandes de la personne publique lors de cette phase de mise au point ne sauraient avoir « *pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat* », le projet de loi impose désormais que les « *variations des caractéristiques essentielles du contrat* » ne puissent pas « *fausser la concurrence* » ou « *avoir un effet discriminatoire* ».

En troisième lieu, il est prévu le versement d'une prime si « *les demandes de la personne publique* » aboutissent à un « *investissement significatif pour les candidats ayant participé au dialogue compétitif* ».

Le deuxième objectif de l'article 6 du projet de loi est de définir la procédure négociée.

D'une part, le recours à ce type de contrat n'est possible que si le montant du contrat à réaliser est inférieur à un seuil fixé par décret. Selon les indications fournies à votre rapporteur pour avis, le seuil retenu devrait être de 5.150.000 euros¹. D'autre part, la procédure négociée doit être toujours précédée d'un avis d'appel public à la concurrence. Enfin, la personne publique définit librement le règlement de la consultation, sous réserve du respect des dispositions des articles 3, 4, 6, 8, 9, 10 et 12 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.

¹ Ce seuil est repris de l'article 40 du code des marchés publics. Pour les achats d'un montant égal ou supérieur à 5.150.000 euros HT, s'ils concernent des travaux, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne.

La procédure négociée

Le règlement de la consultation dans le cadre de la procédure négociée doit respecter les articles suivants de l'ordonnance :

- l'article 3, relatif à la publication de la mise en concurrence, la liberté d'accès, l'égalité de traitement des candidats et l'objectivité des procédures ;
- l'article 4, relatif aux interdictions de soumissionner ;
- l'article 6, relatif au délai et nombre de candidats prévus pour chaque procédure ;
- l'article 8, relatif aux critères d'attribution ;
- l'article 9, relatif à l'information des candidats et à la publicité des contrats ;
- l'article 10, relatif aux obligations du titulaire du contrat de partenariat ;
- l'article 12, relatif aux obligations du titulaire du contrat de partenariat et à la conception des ouvrages.

Positions de votre commission

Votre commission pour avis approuve le versement obligatoire d'une prime aux candidats ayant participé à un dialogue compétitif. Cette procédure mobilise en effet sur une longue période, en général un an, le personnel qualifié des entreprises pour répondre aux interrogations de la personne publique. Le versement d'une prime doit permettre de faire jouer la concurrence entre les entreprises mais elle ne doit pas être trop élevée car l'entrepreneur doit conserver à sa charge une part des risques engagés dans la compétition.

Elle vous propose **un amendement** visant à **définir la notion de programme fonctionnel**.

Dans sa version actuelle, l'ordonnance ne donne pas de définition précise à la notion de « *programme fonctionnel* », alors qu'il s'agit de la pièce maîtresse du dispositif, qui détermine en grande partie le choix du contrat au sein de la commande publique, puis le choix du cocontractant. En réalité, il semble que le programme fonctionnel soit à mi-chemin entre la phase d'analyse préliminaire, le plus souvent menée en interne par l'administration, et la phase du « *cahier des charges* », classique en marché public, élaborée généralement avec le soutien d'une aide extérieure. Naturellement, les personnes publiques ne souhaitent pas, en général, présenter un programme fonctionnel trop précis qui empièterait sur l'annonce des solutions, alors que les entreprises soumissionnaires sont favorables à un programme fonctionnel le plus étoffé possible. Le point de cristallisation porte sans doute sur la définition des « *clauses tangibles* » et des « *clauses intangibles* »¹ : les

¹ Les « clauses tangibles » traitent des objectifs pour lesquels la personne publique tolère des variantes et des ajustements, tandis que les « clauses intangibles » fixent des objectifs non modifiables.

entreprises n'apprécient guère qu'en cours de négociation les clauses dites tangibles deviennent intangibles et inversement.

Par conséquent, votre commission pour avis propose un amendement de compromis visant à définir le programme fonctionnel comme un document établissant « *les besoins et les objectifs de la personne publique* ».

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article ainsi modifié.

Article 7

(Article 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

Critères d'attribution du contrat de partenariat

L'article 7 du projet de loi modifie l'article 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, relatif aux critères d'attribution du contrat de partenariat.

Le droit en vigueur

La personne publique est obligée d'attribuer le contrat de partenariat au candidat qui présente la meilleure offre en fonction des **critères** retenus. Le pouvoir de décision de la personne publique, une fois les critères fixés, est donc lié et non discrétionnaire.

Ces critères prennent en compte les conclusions de l'évaluation préalable et ont été définis soit dans l'avis d'appel public à concurrence, soit dans le règlement de la consultation, si la personne publique a recours à la procédure négociée.

Ces critères peuvent être « *précisés* » dans les « *conditions prévues à l'article 7 de l'ordonnance* », c'est-à-dire lors de la deuxième phase du dialogue, qui peut être qualifiée de phase de préparation de l'offre.

On distingue des critères obligatoires et des critères facultatifs.

L'article 8 de l'ordonnance distingue trois critères obligatoires : le coût global de l'offre, les objectifs de performance et la part d'exécution que le candidat s'engage à confier à des PME et à des artisans.

Quant aux critères facultatifs, l'ordonnance rappelle au préalable qu'ils doivent être en rapport avec l'objet du contrat, et cite notamment :

- la valeur technique et le caractère innovant de l'offre ;
- le délai de réalisation des ouvrages ou équipements ;
- leur qualité esthétique ou fonctionnelle.

Les critères d'attribution doivent être, sinon **pondérés**, au moins **hiérarchisés**.

Enfin, l'article 8 de l'ordonnance dispose que **deux conditions** doivent être remplies pour que l'on puisse parler de « *petites et moyennes entreprises* ». D'une part, l'effectif de l'entreprise ne doit pas dépasser 250 employés. D'autre part, le chiffre d'affaires ne doit pas dépasser en moyenne 40 millions d'euros sur les trois dernières années. L'ordonnance précise également que ne sont pas considérées comme des PME les entreprises dont le capital social est détenu à plus de 33 % par une entreprise qui n'est pas une PME.

Le texte du projet de loi

Le projet de loi apporte quatre modifications au texte de l'article 8 de l'ordonnance.

Tout d'abord, le contrat de partenariat doit tenir compte de l'impératif du **développement durable**.

Ensuite, **la définition des petites et moyennes entreprises** ne se fera plus désormais au travers de la loi mais **par voie réglementaire**, sans doute pour suivre plus facilement l'évolution du droit communautaire en la matière.

Par ailleurs, parmi les critères facultatifs que peut fixer la personne publique, est ajoutée la notion de « *qualité architecturale* ».

Enfin, la personne publique a la possibilité de **poser des questions au candidat ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse**. La personne publique peut lui demander de « *clarifier des aspects de son offre* » ou « *confirmer les engagements* » qu'il a pris. Toutefois, ces demandes de la personne publique se voient opposer une **double limite** puisqu'elles ne sauraient avoir « *pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre* » et la modification des « *caractéristiques essentielles du contrat* » ne saurait « *fausser la concurrence* » ou « *avoir un effet discriminatoire* ».

Par conséquent, s'agissant du dialogue compétitif, la personne publique peut interroger deux fois un même candidat : en tant que candidat parmi d'autres pendant la phase de mise au point de l'offre, puis en tant que titulaire potentiel.

Positions de votre commission

En premier lieu, votre commission souhaite qu'**un décret offre la possibilité aux personnes publiques d'insérer certaines clauses sociales dans les contrats de partenariat**, à l'instar de ce qui est observé pour d'autres outils de la commande publique.

Selon des informations recueillies par votre rapporteur pour avis, il semblerait que les articles 7 et 9 de l'avant-projet de loi faisaient référence à la notion d'« *exigences sociales* », mais que celles-ci ont disparu du projet de loi délibéré en Conseil des ministres. Cette modification peut s'expliquer de deux manières, qui sont d'ailleurs peut-être complémentaires : soit cette notion était redondante avec la notion de développement durable, soit elle était trop imprécise. En effet, l'article 6 de la Charte de l'environnement, adossée en 2005 à la Constitution, dispose que « *les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ». Il est également possible que l'expression d'« *exigences sociales* », différentes de celle de « *progrès social* », ait paru peu précise.

En tout état de cause, votre commission pour avis considère que le régime des contrats de la commande publique doit être le plus intelligible possible et ne pas multiplier les exceptions injustifiées. Dans la mesure où le code des marchés publics et l'ordonnance de 2005 régissant les marchés des personnes non soumises à ce code¹ traitent, entre autres, de l'insertion professionnelle² et du travail des personnes handicapées³, les contrats de partenariat doivent au moins reprendre ces deux dispositions à leur compte⁴. D'ailleurs, le contrat de partenariat, compte tenu des missions de longue durée liées à l'entretien de l'ouvrage, se prête particulièrement bien aux actions d'insertion professionnelle et au travail des personnes handicapées.

C'est pourquoi votre commission pour avis appelle de ses vœux l'élaboration d'un décret pour aligner le droit des contrats de partenariat sur d'autres contrats de la commande publique. Parmi les critères facultatifs pour l'attribution d'un tel contrat, pourraient figurer les conditions d'exécution visant à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion ou à lutter contre le chômage, mais aussi la part réservée à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la

¹ 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.

² Article 14 du code des marchés publics et article 4 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 pris en application de l'ordonnance de 2005.

³ Article 15 du code des marchés publics et article 16 de l'ordonnance précitée de 2005.

⁴ Cf. le rapport de l'Observatoire économique de l'achat public, « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées : guide à l'attention des acheteurs publics », juillet 2007.

nature ou de la gravité de leurs handicaps, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

En second lieu, votre commission pour avis souhaite que les règles relatives à **la procédure d'appel d'offres soient identiques pour les marchés publics et les contrats de partenariat**. En effet, selon le projet de loi, il semblerait que la personne publique puisse demander au candidat, qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse, de « *clarifier des aspects de son offre* » ou « *confirmer les engagements* » qu'il a pris, quelle que soit la procédure retenue : dialogue compétitif, appel d'offre et procédure négociée. En réalité, cette disposition ne reflète pas l'intention initiale du gouvernement qui ne souhaitait réserver cette faculté qu'à la procédure de dialogue compétitif. En cas de procédure négociée, par définition, cette faculté est offerte à la personne publique. Mais dans le cadre d'un appel d'offres, les articles 59 et 64 du code des marchés publics disposent qu' « *il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre* ». Il n'existe donc pas de règles identiques entre le code des marchés publics et le régime des contrats de partenariat. C'est la raison pour laquelle le gouvernement doit indiquer si cette faculté d'interroger le titulaire potentiel du contrat de partenariat concerne ou non l'appel d'offres. En cas de réponse positive, il conviendrait de modifier les articles 59 et 64 du code des marchés publics pour les aligner sur les dispositions de l'ordonnance de 2004.

Enfin, votre commission pour avis souhaite à terme qu'un **site Internet** permette la dématérialisation des appels d'offres pour les contrats de partenariat, en s'inspirant du site actuel consacré aux marchés publics.

Votre commission pour avis vous soumet **un amendement** tendant à **mieux pondérer les coûts d'exploitation des ouvrages, équipements ou biens immatériels réalisés à l'aide d'un contrat de partenariat**.

En effet, le paradoxe actuel vient du fait que les décisions prises dans la phase de programmation/conception/construction obéissent à une logique de court terme, souvent déconnectées de la phase de fonctionnement, qui représente 75 à 80 % du coût global (hors coût du foncier et frais financiers)¹. Dans certains cas, il est à craindre que des solutions techniques efficaces à moyen terme se révèlent préjudiciables à très long terme, une fois le contrat expiré.

Votre commission pour avis souhaite que les coûts de fonctionnement sur la longue durée ne soient plus le parent pauvre des critères d'attribution des contrats de partenariat. Les personnes publiques doivent cesser de sous-pondérer le coût de fonctionnement et être incitées à choisir le titulaire en considération de l'ensemble des composantes du coût global du projet sur la durée : le financement, la construction, mais aussi l'exploitation (maintenance, fonctionnement et service).

¹ Cf. le « Guide de l'achat public durable, qualité environnementale dans la construction et la réhabilitation des bâtiments publics », groupe d'étude des marchés Développement durable, environnement, GEM-DDEN, février 2008, p. 15.

Les caractéristiques du contrat de partenariat, la globalité et la longue durée notamment, offrent une opportunité aux décideurs publics d'appliquer les orientations retenues par le Grenelle de l'environnement.

Votre commission pour avis vous propose donc un **amendement** visant à ce que la personne publique fixe, parmi les critères d'attribution obligatoires, « *les coûts d'exploitation* ».

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article ainsi modifié.

Article 8

(Article 9 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

Information des candidats et publicité des contrats

L'article 8, qui modifie l'article 9 de l'ordonnance, est relatif à l'information des candidats et à la publicité des contrats.

Le droit en vigueur

L'article 9 de l'ordonnance fixe les règles pour informer les candidats non retenus¹. Il impose à la personne publique de répondre, dans un délai précis, à un candidat évincé qui souhaite connaître les motifs de son refus, les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue et le nom de l'attributaire du contrat. Il est précisé en outre qu'un contrat de partenariat ne peut être signé par l'Etat ou un de ses établissements publics qu'avec l'accord du ministre chargé de l'économie ou de son représentant, afin d'apprécier « *ses conséquences sur les finances publiques et la disponibilité des crédits* ». Enfin, l'attributaire doit attendre la notification du contrat de partenariat avant tout commencement d'exécution, et, dans un délai maximal de 30 jours après cette notification, la personne publique doit envoyer un avis d'attribution² au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)³.

¹ Soit parce qu'un seul titulaire a été retenu, soit parce que la personne publique renonce à poursuivre la passation du contrat.

² Sur un modèle établi par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

³ Le mode de publicité le plus large a été retenu, sans passer par la publicité au niveau national.

Le texte du projet de loi

L'article 8 du projet de loi subordonne la conclusion d'un contrat de partenariat, signé par l'Etat ou un établissement public, non plus à l'accord du « *ministre chargé de l'économie ou de son représentant* » mais de « *l'autorité administrative dans des conditions fixées par décret* ».

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article sans modification.

Article 9

(Article 11 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

Définition des clauses obligatoires du contrat de partenariat

L'article 9 du projet de loi modifie l'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004, relatif aux clauses devant obligatoirement figurer dans un contrat de partenariat.

Le droit en vigueur

L'article 11 de l'ordonnance énonce douze clauses devant obligatoirement figurer dans un contrat de partenariat.

Les clauses obligatoires dans un contrat de partenariat

Les clauses du contrat de partenariat portent sur :

- a) la durée ;
- b) le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ;
- c) les objectifs de performance assignés au cocontractant ;
- d) la rémunération du cocontractant ;
- e) l'obligation pour le cocontractant de respecter les exigences du service public dont est chargée la personne publique ;
- f) les modalités de contrôle (concernant notamment la part du contrat confiée aux PME et artisans ainsi que le paiement des sous-traitants chargés de la construction d'ouvrages dans un délai maximum de 45 jours à compter de leur réception, grâce à une caution constituée par le titulaire) ;
- g) les sanctions et pénalités ;
- h) les modifications, notamment unilatérales, du contrat de partenariat ;

- i) le contrôle de la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat ;
- j) les moyens d'assurer la continuité du service public ;
- k) l'attribution des biens meubles ou immeubles à la fin du contrat ;
- l) les modalités de prévention et de règlement des litiges (y compris l'arbitrage).

Le texte du projet de loi

L'article 9 du projet de loi vise tout d'abord à mieux **définir la notion de coûts d'investissements**, qui comprendrait *« notamment, les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires »*.

Il s'attache ensuite à **élargir la notion de recettes dites « annexes »** que le cocontractant peut être autorisé à se procurer. Aux côtés des recettes tirées de l'exploitation des ouvrages et équipement, le projet de loi vise à créer une troisième possibilité : les recettes tirées de l'exploitation du *« domaine »*.

Dans l'hypothèse où la personne publique utiliserait des cessions de créances, le projet de loi tend à rendre **obligatoire la clause traitant de ce mécanisme de financement**, défini par l'article L. 313-29-1¹ du code monétaire et financier².

En outre, il **introduit la notion de développement durable** dans les objectifs de performance.

Enfin, il **réduit le délai de paiement des prestataires** (notion préférée à celle de sous-traitants car celle-ci est plus restreinte que celle-là³) du titulaire du contrat. Le projet de loi réécrit le deuxième alinéa du *f* de l'article 11 de l'ordonnance. Outre une modification de coordination, il oblige

¹ Et non pas l'article L. 313-29-3 comme la version du projet de loi déposée sur le bureau de votre assemblée.

² Les ressources nécessaires à un contrat de partenariat sont constituées essentiellement de dettes bancaires, et pour une moindre part de fonds propres apportés par les promoteurs (concepteurs, constructeurs et exploitant). La cession de créance est un engagement de la personne publique de payer inconditionnellement une partie de la dette bancaire, même si le contrat est mal exécuté. L'intérêt de ce mécanisme est de faire baisser le coût moyen pondéré du projet de quelques dizaines de points de base, car plus le risque de non remboursement de la dette est faible, plus le taux d'intérêt demandé par la banque est faible.

³ En vertu de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, la sous-traitance est « l'opération par laquelle un entrepreneur confie, par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ». Par conséquent, dans un contrat de partenariat, comme le titulaire est maître d'ouvrage, il est inexact de dire qu'il entretient des relations de sous-traitance avec les entrepreneurs principaux de niveau 1. En revanche, il existe une relation de sous-traitance entre les entrepreneurs de niveau 1 et les entreprises de niveau 2.

le titulaire à constituer une caution pour **tous les prestataires**¹ sollicités pour réaliser son contrat, et toutes les opérations du secteur du BTP (« *la conception, la réalisation des travaux, ou la livraison des fournitures spécifiques* »)². Le délai de paiement des prestataires, qui devrait être ramené de 45 à 30 jours, est non plus fixé par la loi mais par **voie réglementaire**.

Positions de votre commission

Votre commission pour avis observera avec attention les suites qui seront réservées au **rapport de M. Lionel Stoleru sur « l'accès des PME aux marchés publics »**³.

Ce rapport préconise notamment la réduction à 30 jours des délais de paiement par la personne publique, l'augmentation des taux des intérêts moratoires et la fixation d'une pénalité de retard de 1.000 euros dès le premier jour de retard, ou encore la hausse du montant des avances de 5 % à 10 % du montant du marché.

Le projet de décret modifiant les règles du délai de paiement pour le code des marchés publics, actuellement en cours d'examen devant le Conseil d'Etat, devrait fixer ce délai à 30 jours pour l'Etat. Par conséquent, le délai imposé au titulaire du contrat de partenariat pour le paiement de ses prestataires, ceux-ci étant le plus souvent des PME, serait également fixé à 30 jours, selon les informations fournies par le gouvernement, ce dont votre commission pour avis se félicite. En outre, la loi de modernisation de l'économie, qui devrait être prochainement débattue par le Parlement, devrait procéder à une réforme plus générale du régime des délais de paiement.

Par ailleurs, votre rapporteur pour avis souligne l'importance que revêt à ses yeux l'existence de recettes annexes, qui permet au secteur privé d'imaginer de nouvelles sources de revenus, qu'il partage *a priori* ou *a posteriori* avec la personne publique. Ces recettes annexes constituent en effet le deuxième gisement d'économie potentielle du contrat de partenariat vis-à-vis des autres outils de la commande publique, s'additionnant aux gains nés du caractère global du contrat. Néanmoins, dans un souci de sécurisation juridique et pour respecter les principes du service public, votre commission pour avis propose un amendement de clarification du régime des recettes annexes.

¹ Le 4° de l'article 9 du projet de loi vise les « prestataires » auxquels le titulaire « fait appel pour l'exécution du contrat, le paiement des sommes dues pour la conception, la réalisation des travaux, ou la livraison des fournitures spécifiques ».

² Et plus seulement « les sous-traitants auxquels il est fait appel pour la construction des ouvrages et équipements ».

³ Rapport sur « l'accès des PME aux marchés publics » remis par M. Lionel Stoleru au Président de la République, le 5 décembre 2007, p. 14.

Comme indiqué préalablement, la délégation de service public se caractérise par deux traits principaux :

- la personne morale de droit public **confie la gestion d'un service public** à un tiers, public ou privé ;
- la **rémunération** de ce tiers est **substantiellement** liée aux résultats de l'exploitation du service.

La jurisprudence a retenu qu'il n'était pas nécessaire que cette rémunération soit majoritairement issue des ressources tirées de l'exploitation du service public. Une part limitée à 30 % de la rémunération globale du délégataire ne remet pas en cause la qualification de délégation de service public car l'exploitation doit demeurer « *aux risques et périls* » de l'entrepreneur¹. De fait, compte tenu des frais fixes engagés par le délégataire, une variation, même minime, tirée de l'exploitation du service représente un risque pour l'entrepreneur.

Or, certains observateurs considèrent que la frontière risque d'être floue entre, d'un côté, « *les recettes* » que le titulaire du contrat de partenariat « *peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements* »² afin de « *répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante* » et, d'un autre côté, la rémunération du délégataire de service public.

C'est pourquoi il serait opportun de remplacer l'expression « *autres besoins que ceux de la personne publique contractante* », qui pourrait désigner ses besoins publics et privés, par l'expression « *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* ». Ces activités étrangères aux missions de service public sont par exemple la publicité ou des actions de promotion du tourisme.

Votre commission pour avis note qu'au surplus cet amendement est conforme à la cinquième clause devant obligatoirement figurer dans un contrat de partenariat³, et qui aurait mérité une place plus solennelle au sein de l'ordonnance : le cocontractant doit respecter « *l'affectation des ouvrages et équipements au service public dont la personne publique contractante est chargée* » et les « *exigences du service public* ».

¹ CE 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais (Smitom)*, Lebon, p. 229.

² Ainsi que le « *domaine* » selon le projet de loi.

³ Article 9 de l'ordonnance de 2004.

Cet amendement de clarification est donc parfaitement conforme à l'esprit de l'ordonnance et présente l'avantage d'éviter l'imposition de seuils pour les recettes annexes bénéficiant au titulaire du contrat de partenariat¹.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article ainsi modifié.

Article 10

(Article 12 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

Obligations du titulaire du contrat de partenariat et conception des ouvrages

L'article 10 du projet de loi modifie l'article 12 de l'ordonnance du 17 juin 2004, relatif aux obligations du titulaire du contrat de partenariat.

Le droit en vigueur

Dans leur rédaction actuelle, les dispositions de l'article 12 de l'ordonnance sont applicables une fois le contrat de partenariat signé. Celles-ci indiquent les obligations du titulaire d'un contrat de partenariat qui s'est vu confier dès la conclusion du contrat tout ou partie de la conception d'un ouvrage.

Le texte du projet de loi

Le projet de loi propose de modifier le premier alinéa de l'article 12 afin de tirer les conséquences rédactionnelles de l'article 1^{er} du projet de loi qui permet autorise la personne publique à céder au titulaire du contrat de partenariat les contrats préalablement conclus avec d'autres partenaires.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article sans modification.

¹ La proposition de loi n° 3730 du 21 mars 2007, de M. Hervé Novelli, député d'Indre-et-Loire, posait deux limites à la part des recettes tirées par le cocontractant. D'une part, ces recettes ne devaient pas dépasser 36 % de l'ensemble de la rémunération à la date d'entrée en vigueur du contrat de partenariat. D'autre part, leur augmentation devait rester inférieure à 15 % au cours de l'exécution du contrat.

Article additionnel après l'article 10

(Article 12-1 [*nouveau*] de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

**Obligations du titulaire du contrat de partenariat
et conception des ouvrages**

Après l'article 10 du projet de loi, votre commission pour avis préconise l'adoption d'un **amendement portant article additionnel**. Celui-ci aurait pour objectif d'insérer un nouvel article 12-1 dans l'ordonnance du 17 juin 2004 afin de rendre obligatoire l'établissement d'un rapport annuel par le titulaire d'un contrat de partenariat conclu avec l'Etat ou l'un de ses établissements publics.

En effet, une telle disposition existe déjà pour les collectivités territoriales puisque l'article L. 1414-14 du code général des collectivités territoriales dispose qu'un « *rapport annuel, établi par le cocontractant, est présenté par l'exécutif de la collectivité territoriale ou de l'établissement public, avec ses observations éventuelles, à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou l'organe délibérant de l'établissement public, afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat* ».

Votre commission pour avis juge logique d'astreindre les cocontractants titulaires d'un contrat de partenariat de l'Etat ou de l'un de ses établissements publics à la même formalité et vous soumet en conséquence un amendement poursuivant cet objectif afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat.

Votre commission vous propose d'adopter cet article additionnel.

Article 11

(Article 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

Contrat de partenariat et occupation du domaine public

L'article 11 du projet de loi modifie l'article 13 de l'ordonnance du 17 juin 2004, relatif aux liens entre contrat de partenariat et occupation du domaine public.

Le droit en vigueur

L'ordonnance contient, sur les conditions d'occupation du domaine public, des dispositions identiques à celles de l'article L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques.

De fait, lorsqu'un « *contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public* ».

Le domaine public

Jusqu'à récemment, il n'existait pas de définition légale du domaine public, ce qui avait conduit la jurisprudence administrative à pallier cette défaillance. Depuis 2006, l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques dispose que le domaine public d'une personne publique est constitué des biens lui appartenant qui sont :

- soit affectés à l'usage du public ;
- soit affectés à un service public, à condition que ces biens aient fait l'objet d'un « *aménagement indispensable* » et non plus seulement d'un « *aménagement spécial* ».

Le texte du projet de loi

L'article 11 du projet de loi introduit deux innovations majeures concernant le titulaire du contrat.

- **L'obligation de délimiter les biens appartenant au domaine public**

Une telle obligation ne pèserait sur le titulaire du contrat que dans le cas où il serait « *autorisé à valoriser le domaine sur lequel est édifié l'ouvrage ou l'équipement* ».

- **La faculté de consentir des baux de droit privé**

Le titulaire pourrait consentir des baux dans les conditions du droit privé, pour les biens qui appartiennent au domaine privé, et notamment des baux à construction et des baux emphytéotiques. Cette faculté serait toutefois conditionnée à l'accord de la personne publique et la durée de ces baux ne pourrait excéder celle du contrat de partenariat.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article sans modification.

Article 12

(Article 19 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

Etablissements publics de santé et structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique

L'article 12 du projet de loi modifie l'article 19 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, relatif aux établissements publics de santé et aux structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique.

Le droit en vigueur

Les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique sont assujettis :

- au titre I^{er} de l'ordonnance (sauf le quatrième alinéa de l'article 9¹) ;
- à l'article 26, qui concerne la taxe foncière², à l'article 27 relatif au référé précontractuel³ et à l'article 28⁴, qui a trait aux cessions de créances.

En plus des recours sur le fond (contentieux, contractuels et contentieux des actes unilatéraux) et des référés, les contrats de partenariat peuvent faire l'objet d'un recours précontractuel.

Le référé précontractuel et le contrat de partenariat

En vertu de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, 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, entre autres, des contrats de partenariat. Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en « *premier et dernier ressort en la forme des référés* ».

¹ Cet alinéa dispose qu'un « contrat de partenariat ne peut être signé par l'Etat ou un établissement public doté d'un comptable public qu'après accord du ministre chargé de l'économie ou de son représentant, qui apprécie ses conséquences sur les finances publiques et la disponibilité des crédits ».

² Cet article, qui modifie l'article 1382 du code général des impôts, exonère de la taxe foncière sur les propriétés bâties les immeubles construits dans le cadre d'un contrat de partenariat, mais seulement pendant la durée du contrat et à la double condition que la personne publique concernée ne produise « aucun revenu » et que le titulaire du contrat envoie à l'administration une copie du contrat et tout document justifiant de l'affectation de l'immeuble.

³ Le référé précontractuel devant le juge administratif concerne également le contrat de partenariat.

⁴ Cet article, qui renvoie à l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, traite des cessions de créances détenues sur une personne publique par le titulaire d'un contrat de partenariat.

Un intérêt à agir largement reconnu

Les personnes habilitées à agir sont potentiellement nombreuses : il faut à la fois avoir un « *intérêt à conclure* » le contrat et être « *susceptible d'être lésé par ce manquement* ». En outre, le représentant de l'Etat dans le département peut avoir un intérêt à agir dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission européenne lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise.

Des moyens d'action efficaces

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

Une divergence de jurisprudence

Le Conseil d'Etat a estimé que le juge du référé précontractuel pouvait contrôler les motifs du recours au contrat de partenariat¹. Ce raisonnement n'a cependant pas été suivi par le juge des référés du tribunal administratif de Nice, lequel a estimé qu'il ne lui revenait pas de statuer sur le recours à la procédure du contrat de partenariat, mais uniquement sur le respect des règles de publicité et de mise en concurrence².

Le texte du projet de loi

L'article 19 de l'ordonnance, relatif aux établissements publics de santé et aux structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique, est **modifié sur deux points** :

– la référence à l'article 28 de l'ordonnance, qui a trait aux cessions de créance, est supprimée au profit d'un renvoi à **l'article 25-1**³, relatif à l'éligibilité aux subventions ;

– le **chapitre III** du projet de loi, qui modifie, entre autres, le régime des cessions de créance, est rendu applicable à ces établissements et structures.

¹ CE 29 octobre 2004, *M. Sueur et autres*, préc.

² TA Nice, ord. 28 août 2006, *Société Novergie*, req. N° 0604198.

³ Ce nouvel article, introduit par l'article 14 du projet de loi, dispose que « les projets éligibles à des subventions 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 lorsqu'ils sont réalisés sous le régime de la présente ordonnance. »

Par conséquent, les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique seraient soumis aux dispositions :

- du **titre I^{er} de l'ordonnance** (sauf les dispositions du quatrième alinéa de l'article 9 de l'ordonnance) ;
- des articles **25-1, 26 et 27** de l'ordonnance ;
- du **chapitre III du projet de loi**.

Synthèse du chapitre III du présent projet de loi.

Ce chapitre contient diverses dispositions en matière fiscale, monétaire et financière, d'urbanisme, financière et assurantielle.

Article 26 : exonération, sous conditions, du versement pour dépassement légal de densité, pendant la durée du contrat de partenariat.

Article 27 : exonération, sous conditions, de la redevance pour création de bureaux ou de locaux de recherche en région Ile-de-France, pendant la durée du contrat de partenariat.

Article 28 : l'imposition fixe de 125 euros pour la publication des actes portant autorisation d'occupation temporaire (AOT), est étendue notamment aux actes relatifs aux contrats de partenariat, aux baux et crédits baux ainsi qu'aux baux emphytéotiques.

Article 29 : modification du mécanisme de cession de créances spécifique au contrat de partenariat.

Article 30 : extension du domaine d'action des sociétés pour le financement des économies d'énergie (SOFERGIE).

Article 31 : les personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat sont dispensées de « l'assurance-dommage ».

Article 32 : les dispositions du présent projet de loi sont applicables aux contrats de partenariat en cours de passation, sauf trois articles expressément mentionnés.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article sans modification.

Article 13

(Article 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

Pouvoirs adjudicateurs, entités adjudicatrices et groupements d'intérêt public

L'article 13 du projet de loi porte rédaction globale de l'article 25 de l'ordonnance du 17 juin 2004, relatif aux pouvoirs adjudicateurs, aux entités adjudicatrices et aux groupements d'intérêt public.

Le droit en vigueur

L'article 25 de l'ordonnance dispose que « *les dispositions du titre I^{er}, ainsi que des articles 26, 27 et 28, de la présente ordonnance sont applicables aux groupements d'intérêt public* »¹.

Le texte du projet de loi

La première modification apportée par l'article 13 est l'**élargissement de son champ d'application**, car aux côtés des **groupements d'intérêt public**, seraient concernés :

– les **pouvoirs adjudicateurs** mentionnés aux 1° et 4° du I de l'article 3 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 ;

– les **entités adjudicatrices** mentionnées à l'article 4 de ladite ordonnance.

La notion de pouvoirs adjudicateurs est traditionnellement utilisée pour désigner les personnes publiques et leurs établissements², et celle d'entités adjudicatrices lorsque ces pouvoirs adjudicateurs « *exercent des activités d'opérateurs de réseaux* »³. En pratique, cet article du projet de loi a pour but principal de permettre au secteur parapublic (RFF, SNCF, EDF...) de conclure des contrats de partenariat.

¹ L'idée d'étendre la sphère des personnes compétentes pour conclure un contrat de partenariat est venue de la Philharmonie de Paris, association loi 1901, qui a pour objet et pour projet la réalisation d'une salle philharmonique à la Cité de la Villette, pour laquelle le contrat de partenariat pourrait constituer le véhicule contractuel idoine.

² Sauf les établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat.

³ Article 134 du code des marchés publics.

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 : extraits des articles 3, 4 et 26.

Les **pouvoirs adjudicateurs**, évoqués par l'article 13 du projet de loi, sont énumérés aux 1° et 4° du I de l'article 3 de l'ordonnance de 2005 :

« 1° Les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

a) soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

b) soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

c) soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ; »

« 4° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun :

a) soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ;

b) soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance ;

c) soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics et des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance. »

Quant aux entités adjudicatrices, évoquées par le projet de loi, elles sont énumérées à l'article 4 de l'ordonnance de 2005 :

« 1° Les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26 ;

2° Les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26.

Est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance.

3° Les organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une ou de plusieurs des activités énumérées à l'article 26 et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer ces activités.

Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs pour l'application de ces dispositions les droits accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires. »

Comme l'article 4 de l'ordonnance de 2005 fait souvent référence à l'article 26 consacré aux activités d'opérateurs de réseaux, il peut être utile de présenter les principaux secteurs concernés :

- 1° l'électricité, le gaz ou la chaleur ;
- 2° l'eau ;
- 3° le pétrole, le gaz, le charbon ou autres combustibles solides ;
- 4° les transporteurs des aéroports, des ports maritimes ou des ports fluviaux ;
- 5° le transport par chemin de fer, tramways, trolleybus, autobus, câble ou tout système automatique ;
- 6° les services postaux.

La deuxième modification qu'entraîne cet article aligne le droit des groupements d'intérêt public, des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, sur le régime juridique, exposé à l'article 12 du projet de loi, des établissements publics de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique. En effet, les dispositions suivantes leur sont applicables :

- **le titre I^{er}** de l'ordonnance (sauf les dispositions du quatrième alinéa de l'article 9 de l'ordonnance) ;
- les **articles 25-1, 26 et 27** de l'ordonnance ;
- le **chapitre III** du projet de loi.

Positions de votre commission

Votre commission pour avis estime qu'il pourrait être envisagé à l'avenir, si le besoin s'en fait ressentir, de fixer pour le secteur parapublic des seuils moins exigeants pour recourir à la procédure négociée de conclusion du contrat de partenariat.

Certains acteurs auditionnés par votre commission pour avis estiment que l'article 40 de la directive 2004/17 précitée, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, donne la liberté au pouvoir adjudicateur concerné de choisir entre la procédure négociée, l'appel d'offre et le dialogue compétitif.

Toutefois cette interprétation ne fait pas l'unanimité, car la directive ne semble pas autoriser clairement la fixation de seuils différents dans chaque secteur d'activité pour recourir à la procédure négociée. En tout état de cause, il semble prématuré de différencier des seuils spécifiques pour chacun des secteurs évoqués par cette directive.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article sans modification.

Article 14

(Article 25-1 [*nouveau*] de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

Eligibilité aux subventions

L'article 14 insère un article 25-1 dans l'ordonnance du 17 juin 2004, afin de définir de nouvelles règles pour l'éligibilité des contrats de partenariat à certaines subventions.

Le texte du projet de loi

En application de cet article, les contrats de partenariat seraient désormais éligibles à l'ensemble des subventions publiques, à l'instar des projets éligibles à des subventions versées en application de la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique (loi « MOP »).

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article sans modification.

CHAPITRE II

Dispositions modifiant le code général des collectivités territoriales

Ce chapitre regroupe des dispositions modifiant les articles du code général des collectivités territoriales qui encadrent le recours aux contrats de partenariat par les collectivités territoriales. Il se compose de 11 articles.

Article 15

(Article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales)

Définition des contrats de partenariat

Le texte du projet de loi

Le contenu de cet article est identique à celui de l'article 1^{er} du projet de loi.

Il offre tout d'abord la possibilité à la personne publique de transférer au titulaire du contrat de partenariat, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à l'exécution de sa mission. Il donne ensuite au titulaire du contrat de partenariat la possibilité d'encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'utilisateur final de prestations revenant à cette dernière, grâce à un mandat de la personne publique. Enfin, il permet à plusieurs personnes publiques de signer une convention afin de choisir, pour ainsi dire, un « *chef de file* » responsable de la passation, des transferts de compétence, du terme de ces transferts, de la signature et de l'exécution d'un contrat de partenariat.

Positions de votre commission

Par symétrie avec l'article 1^{er}, votre commission pour avis vous propose **un amendement** afin :

- de distinguer, dans l'objet du contrat de partenariat, les missions obligatoires et facultatives ;
- de lier obligatoirement la rémunération du titulaire à des objectifs de performance ;
- d'apporter des clarifications rédactionnelles.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article ainsi modifié.

Article 16

(Article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales)

Evaluation préalable et cas d'ouverture des contrats de partenariat

Le texte du projet de loi

Le contenu de l'article 16 est identique à celui de l'article 2 du projet de loi.

Il concerne l'évaluation préalable et les cas de recours à un contrat de partenariat. Il propose d'ouvrir deux cas supplémentaires de recours, parallèlement aux deux voies créées en 2004 (complexité et urgence). Le premier cas autorise le recours à un contrat de partenariat si le bilan entre les avantages et les inconvénients est plus favorable que celui des autres outils de la commande publique. Le second facilite, de manière transitoire, l'usage des contrats de partenariat dans un nombre de secteurs déterminés.

Toutefois, l'article 16 du projet de loi se distingue de l'article 2 sur deux points.

Tout d'abord, il revient à « *l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou à l'organe délibérant de l'établissement public* » de se prononcer sur le principe du recours à un contrat de partenariat.

Ensuite, la voie d'accès sectorielle et transitoire est limitée à deux secteurs, et non plus six comme pour l'Etat et ses établissements publics. Il s'agit, d'une part, des « *nécessités de la réorganisation des implantations du ministère de la défense* », d'autre part, des projets relatifs à la « *réalisation des opérations relatives aux infrastructures de transport s'inscrivant dans un projet de développement durable, à la rénovation urbaine, à l'amélioration de l'accessibilité des personnes handicapées ou à mobilité réduite, et à l'amélioration de l'efficacité énergétique des bâtiments publics* ».

Positions de votre commission

Votre commission pour avis propose de reprendre **cinq** des sept **amendements** présentés à l'article 2 pour :

- autoriser une évaluation succincte en cas de situation « *imprévisible* » ;
- définir la notion d'urgence ;
- rendre impossible le recours à la voie d'accès sectorielle et transitoire si le bilan de l'évaluation préalable est défavorable ;
- élargir cette voie d'accès aux besoins des infrastructures de transport, à leurs ouvrages et équipements ;

– autoriser également les projets ayant pour objet de lutter contre les émissions des gaz à effet de serre des bâtiments publics.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article ainsi modifié.

Article 17

(Article L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales)

Personnes ne pouvant soumissionner à un contrat de partenariat

Le texte du projet de loi

Le contenu de cet article est identique à celui de l'article 3 et complète les dispositions définissant le champ des personnes n'ayant pas la possibilité de soumissionner à un contrat de partenariat.

Toutefois, il ne fait pas référence aux dispositions, pourtant intégrées au sein de l'article 3 du projet de loi, qui visent à supprimer l'interdiction pour les entreprises admises à une « *procédure de sauvegarde* » de soumissionner à un contrat de partenariat.

Positions de votre commission

Par coordination avec l'article 3, votre commission pour avis vous soumet **un amendement** visant à autoriser les entreprises admises à une procédure de sauvegarde de soumissionner à un contrat de partenariat.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article ainsi modifié.

Article 18

(Article L. 1414-5 du code général des collectivités territoriales)

Procédures à suivre dans le cadre d'un contrat de partenariat

Le texte du projet de loi

Le contenu de cet article est identique à celui de l'article 4 et introduit, aux côtés des procédures du dialogue compétitif et de l'appel d'offres, la procédure négociée pour conclure un contrat de partenariat.

Positions de votre commission

Comme à l'article 4, votre commission pour avis vous propose **un amendement** tendant à rendre facultatif le recours au dialogue compétitif en cas de complexité du projet.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article ainsi modifié.

Article 19

(Article L. 1414-6 du code général des collectivités territoriales)

Délai et nombre de candidats prévus pour chaque procédure

Le texte du projet de loi

Le contenu de cet article est identique à celui de l'article 5 et a pour objet principal de fixer le nombre minimal de candidats admis à se présenter dans chacune des trois procédures de passation.

Positions de votre commission

Votre commission pour avis propose **un amendement** visant à consacrer la possibilité pour les groupements d'entreprises de candidater à un contrat de partenariat.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article ainsi modifié.

Article 20

(Article L. 1414-7 du code général des collectivités territoriales)

Procédures applicables au contrat de partenariat

Le texte du projet de loi

Le contenu de cet article est identique à celui de l'article 6. Il renforce le droit à l'information de la personne publique, oblige au versement d'une prime aux candidats non retenus ayant participé à un dialogue compétitif et définit les conditions requises pour utiliser la procédure négociée.

Toutefois, le 3° de l'article 6 n'est pas repris par cet article mais par l'article 21.

Positions de votre commission

Votre commission pour avis vous propose **un amendement** pour mieux définir la notion de « *programme fonctionnel* ».

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article ainsi modifié.

Article 21

(Article L. 1414-8-1 [*nouveau*] du code général des collectivités territoriales)

Procédure négociée

Le texte du projet de loi

Le contenu de cet article, qui insère un article L. 1414-8-1 dans le code général des collectivités territoriales, est identique à celui du 3° de l'article 6. Il a trait aux articles de l'ordonnance de 2004 que doit respecter la procédure négociée.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article sans modification.

Article 22

(Article L. 1414-8 du code général des collectivités territoriales)

Critères d'attribution du contrat de partenariat

Le texte du projet de loi

Le contenu de cet article est identique à celui de l'article 7. Il oblige la personne publique à fixer des critères d'attribution du contrat en lien avec le développement durable et en renforçant son droit à l'information avant la signature du contrat.

Positions de votre commission

Votre commission pour avis propose **un amendement** tendant à ce que les coûts d'exploitation soient bien pris en compte et distingués dans le coût global du contrat.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article ainsi modifié.

Article 23

(Article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales)

Clauses obligatoires du contrat de partenariat

Le texte du projet de loi

Le contenu de cet article est identique à celui de l'article 9. Il précise la notion de coûts d'investissement, impose des clauses dans le contrat sur le régime des éventuelles cessions de créances, facilite la possibilité pour les titulaires des contrats de partenariat de se procurer des recettes annexes liées à l'exploitation du domaine de la personne publique et impose la création d'une

caution auprès d'un organisme financier pour assurer le paiement des prestataires.

Positions de votre commission

Votre commission pour avis propose **un amendement** visant à mieux définir le régime des recettes annexes.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article ainsi modifié.

Article 24

(Article L. 1414-13 du code général des collectivités territoriales)

Obligations du titulaire du contrat de partenariat et conception des ouvrages

Le texte du projet de loi

Le contenu de cet article est identique à celui de l'article 10 et concerne la cession de contrat de conception d'ouvrages.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article sans modification.

Article 25

(Article L. 1414-16 du code général des collectivités territoriales)

Contrat de partenariat et occupation du domaine public

Le texte du projet de loi

Le contenu de cet article, à l'image de l'article 11 du projet de loi, est relatif à la valorisation du domaine de la personne publique.

Votre commission a émis un avis favorable à l'adoption de cet article sans modification.

CHAPITRE III **Dispositions diverses**

Votre commission ne s'est pas saisie pour avis des articles du chapitre III qui comporte des dispositions diverses. Elle propose cependant d'insérer, in fine, un article additionnel relatif à l'extension de l'évaluation de la commande publique de l'Etat.

Article additionnel après l'article 31

Extension de l'évaluation de la commande publique de l'Etat

Votre commission pour avis souhaite étendre l'obligation de procéder à une évaluation préalable à tous les projets de baux portant sur des bâtiments à construire et qui sont conclus dans le cadre d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public, assorti d'une location avec option d'achat anticipé (AOT-LOA).

A compter du 1^{er} janvier 2009, tout projet, présenté par l'Etat ou par un établissement public de l'Etat, de bail conclu dans le cadre d'une autorisation d'occupation temporaire constitutive de droit réel du domaine public, accompagnée d'une location avec option d'achat anticipé¹, dont le loyer estimé dépasse un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat, serait ainsi soumis à une évaluation préalable dans les conditions définies à l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Réservé aux projets d'AOT-LOA d'un montant élevé, cette évaluation ne serait pas excessivement coûteuse. Elle se référerait naturellement à la méthodologie élaborée par les organismes experts, notamment la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP). Ces organismes experts donneraient obligatoirement un avis mais celui-ci ne lierait pas le choix de la personne publique.

¹ Cf l'article L. 2122-15 du code général de la propriété des personnes publiques.

Cet amendement constitue donc une première étape vers une généralisation de l'évaluation préalable pour les contrats importants de la commande publique de l'Etat.

En effet, il convient d'inciter d'abord l'Etat à être exemplaire en matière d'évaluation des partenariats public-privé, avant de songer à élargir cette obligation à toute la commande publique de l'Etat, puis aux contrats conclus par les collectivités territoriales. D'ailleurs, le recours au bail emphytéotique hospitalier (BEH) nécessite d'ores et déjà une forme d'évaluation préalable tendant à justifier juridiquement, économiquement et financièrement le choix de cette formule¹.

Il importe, selon votre commission pour avis, que **l'évaluation préalable soit étendue, à terme, à toutes les réflexions concernant des projets d'investissements importants menés par l'Etat et ses établissements publics** pour trois raisons. Tout d'abord, il n'existe pas d'outil idéal, par nature, dans la panoplie des instruments juridiques de la commande publique, dans la mesure où chaque dossier est spécifique et appelle un véhicule contractuel adapté. Au surplus, une telle généralisation de l'évaluation préalable garantirait une utilisation optimale des fonds publics, dans un contexte de tension sur les finances publiques de l'Etat. Il faut à ce titre garder à l'esprit que « *le bon usage des deniers publics* » est une « *exigence constitutionnelle* » selon le Conseil constitutionnel². Enfin, une telle solution présenterait l'avantage de mettre fin à l'asymétrie de traitement entre les contrats de partenariat et les autres formes de contrats administratifs. L'évaluation préalable, imposée aujourd'hui aux seuls contrats de partenariat, peut aboutir à privilégier, à tort, d'autres contrats de la commande publique.

Cette extension de l'obligation d'évaluation préalable à tous les projets d'investissement d'envergure ne reviendrait pas à banaliser le contrat de partenariat³. Par elle-même, la généralisation de l'évaluation préalable n'entraînera pas une banalisation du contrat de partenariat, puisque nul ne peut préjuger des résultats de l'évaluation. Les conclusions de l'évaluation pourront, bien entendu, aboutir à recommander le recours à un marché public ou à une délégation de service public. Il ne s'agit pas non plus, par une telle mesure, de renverser la charge de la preuve au profit des contrats de partenariat : le contrat de partenariat demeure une dérogation au droit commun de la commande publique. D'ailleurs, même au Royaume-Uni, où le « *Private Finance Initiative* » est érigé en norme, ce contrat ne représente finalement que 10 à 15 % de l'investissement public du pays.

¹ Arrêté du 17 novembre 2006 relatif au dossier technique prévu à l'article R. 6145-66 du code de la santé publique.

² Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 – Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

³ Il faut garder à l'esprit que la notion d'évaluation préalable, pour justifier le recours aux contrats de partenariat, n'a été imposée qu'indirectement par le Conseil constitutionnel, afin de vérifier l'existence d'un motif d'intérêt général comme l'urgence ou la complexité du projet.

Votre commission pour avis constate d'ailleurs avec satisfaction que l'idée de généraliser l'évaluation préalable à l'ensemble de la commande publique de l'Etat est partagée par M. Eric Besson, secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre, chargé de la prospective et de l'évaluation des politiques publiques. A l'occasion d'un colloque sur l'optimisation de la commande publique organisé par la mission Ecoter, le 20 février 2008, il a en effet évoqué une éventuelle extension de l'évaluation préalable, prévue dans le contrat de partenariat, aux délégations de service public et aux marchés publics complexes. Un rapport est d'ailleurs prochainement attendu et pourrait conforter la proposition de votre commission pour avis.

Votre commission vous propose d'adopter cet article additionnel.

*

* *

Au cours de sa réunion du mercredi 26 mars 2008, votre commission des affaires économiques a donné, sous réserve des observations présentées et de l'adoption des amendements proposés, un avis favorable à l'adoption du projet de loi relatif au contrat de partenariat.

ANNEXE I

LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES PAR LE RAPPORTEUR

Agence nationale pour la rénovation urbaine (ANRU)

- **M. Philippe Van de Maele**, directeur général
- **M. Pascal Martin-Gousset**, directeur général adjoint
- **M. Frédéric Ebling**, directeur des relations extérieures

Club des partenariats public-privé

- **M. Marc Teyssier d’Orfeuill**, délégué général

Cabinet d’avocats Selnet

- **Maître Georges Selnet**, avocat

Suez

- **Mme Valérie Alain**, directeur des relations institutionnelles
- **M. Thierry Fossé**, directeur des financements de projets
- **M. Jean-Paul Ducharne**, directeur juridique de Lyonnaise des eaux
- **M. Laurent Dandrieux**, responsable des marchés de la santé chez Elyo (filiale Suez)

Union des transports publics et ferroviaires (UTP)

- **M. Bruno Gazeau**, délégué général
- **Mme Karine Maubert**, chargée de mission au département législation et affaires européennes

Veolia Environnement

- **Mme Genevière Rigolot**, directrice juridique adjointe
- **M. Thierry Aveline de Rossignol**, directeur chez Dalkia.

ANNEXE II

AUDITIONS DE LA COMMISSION DES LOIS AUXQUELLES LE RAPPORTEUR A PARTICIPÉ

Ministère de la Justice

Administration pénitentiaire

- **M. Claude d'Harcourt**, directeur

Agence publique pour l'immobilier de la justice, établissement public administratif sous tutelle du ministère de la justice (APIJ)

L'APIJ, qui a remplacé en février 2008 l'AMOTMJ (agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la Justice) est chargée de réaliser des études préalables et de passer les marchés nécessaires à la réalisation de ses missions de maîtrise d'ouvrage déléguées ou directes.

- **M. Jean-Pierre Weiss**, directeur général de l'agence

- **Mme Diane Pouget**, directeur, chargée des partenariats public-privé

Ministère de la Santé

- **M. Jean-Claude Delmatte**, adjoint au sous-directeur financier

- **Mme Marianne Rigaut**, adjointe au chef de bureau Financement de l'hospitalisation publique

- **M. Vincent Le-Taillandier**, directeur de la Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier

La Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier est une structure publique dont l'objet est faciliter la réalisation et l'utilisation des outils juridiques et financiers (marchés globaux, baux emphytéotiques hospitaliers, contrats de partenariat) au sein du secteur hospitalier.

Institut de la Gestion Déléguée

Structure de droit privé chargée de promouvoir l'amélioration de la qualité et la performance des services publics notamment soumis à gestion déléguée

- **M. Claude Martinand**, président

- **M. Pierre Van de Vyver**, délégué général

- **Mme Marie Refalo**, chargée de mission

Centre d'expertise français pour l'observation des partenariats public-privé (CEF-O-PPP)

Centre d'échanges et de réflexion entre professionnels publics et privés sur les différentes formes de partenariats public-privé.

- **M. Laurent Deruy**, avocat au cabinet Gide
- **M. Pierre Bonnet**, Dexia
- **M. Julien Touzot**, Depfa banque
- **M. Laurent Chabot**, Société Générale
- **Mme Geneviève Rigolot**, Véolia environnement
- **M. Thierry Aveline de Rossignol**, groupe Dalkia
- **Me François Tenailleau**, avocat au cabinet CMS
- **Me Renaud de Laubier**, avocat au cabinet GB2A
- **Me Anoly Saypharath**, avocate au cabinet Denton Wilde Sapte
- **M. Xavier Bezançon**, EGF-BTP

Caisse des Dépôts et Consignations

- **M. Patrick Vandevorde**, responsable du département Infrastructures d'intérêt général à la Direction du développement territorial et du réseau
- **M. Jean-Pierre Matton**, directeur des partenariats publics et de la santé, président d'Icade G3A et d'Icade foncière publique

Collectivités territoriales

- *Association des maires de France (A.M.F.)*
 - **M. Christophe Rouillon**, maire de Coulaines (Sarthe)
 - **Mme Nathalie Fourneau**, chargée d'études
- *Association des régions de France (A.R.F.)*
 - **M. François Langlois**, délégué général
- *Commune d'Auvers-sur-Oise*
 - **M. Christophe Joseph**, directeur général des services
 - **M. Marc Le Hir de Fallois**, directeur des services techniques
- *Communauté urbaine de Lille*
 - **M. Stéphane Coudert**, directeur général adjoint chargé des services techniques et de la coordination des grands équipements

Organisations représentatives

→ *Assemblée Permanente des Chambres des Métiers et de l'artisanat (A.P.C.M.)*

- **M. François Moutot**, directeur général

→ *Fédération Française du Bâtiment*

Organisation chargée de représenter et de défendre les intérêts des professionnels du bâtiment

- **M. Séverin Abbatucci**, directeur des affaires juridiques et fiscales

- **M. Christian Gay**, président de la commission des marchés

- **Mme Patricia Grelier-Wyckoff**, chef du service des marchés

→ *F.G.3.E.*

La Fédération Française des Entreprises Gestionnaires de services aux Equipements, à l'Energie et à l'Environnement regroupe des entreprises d'économie d'énergie et protection de l'environnement.

- **M. François Dupoux**, président

- **M. Jean-Claude Boncorps**, vice-président

- **M. Joël Conan**, conseiller du président

- **Mme Marie Dubois**, chargée de mission

→ *Syntec Ingénierie*

Syndicat professionnel chargé de la défense et de la promotion des sociétés exerçant une activité d'assistance ou d'études techniques, d'ingénierie, de conseil en technologie, de contrôle ou d'inspection.

- **M. Alain Bentéjac**, président

- **Mme Karine Leverger-Coville**, déléguée générale adjoint

- **M. Christophe Mérienne**, juriste

Personnes qualifiées

- **M. Alain Ménéménis**, conseiller d'État, professeur

- **M. Laurent Richer**, professeur de droit public à l'université Paris 1

- **Mme Martine Cliquennois**, professeur de droit public, avocat

→ *Voies Navigables de France*

Établissement public sous tutelle du ministère de l'écologie qui gère le réseau des voies navigables en France

- **M. Jean-Pierre Bouchut**, directeur juridique

- **M. Nicolas Bour**, chef de projet Canal Seine-Nord Europe

- **Mme Laurence Van Prooijen**, responsable du financement Canal Seine-Nord Europe

Entreprises

→ *E.A.D.S.*

- **M. Eric Beranger**, président exécutif d'Astrium Services
- **M. François Desprairies**, directeur des affaires publiques France
- **M. Philippe Coq**, adjoint au directeur des affaires publiques France
- **M. Jean-Claude Vecchiatto**, responsable Finance et Financements de projets à la direction des affaires juridiques.

AMENDEMENTS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION

Article 1er

Rédiger ainsi cet article :

A. L'article 1er de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat est ainsi rédigé :

« I. - Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public.

« Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

« II. - Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

« Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à l'exécution de sa mission.

« La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.

« Le contrat de partenariat peut prévoir un mandat de la personne publique au cocontractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'utilisateur final de prestations revenant à cette dernière.

« III. - Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui conduira la procédure de passation,

signera le contrat et, éventuellement, en suivra l'exécution. Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme. »

B. En conséquence, la même ordonnance est ainsi modifiée :

1° Dans le dernier alinéa de l'article 8, les mots : « ouvrages ou équipements » sont remplacés par les mots : « ouvrages, équipements ou biens immatériels » ;

2° Dans les c, e, f et k de l'article 11, les mots : « ouvrages et équipements » sont remplacés par les mots : « ouvrages, équipements ou biens immatériels » et dans le d du même article les mots : « ouvrages ou équipements » sont remplacés par les mots : « ouvrages, équipements ou biens immatériels » ;

3° Aux a, c et au dernier alinéa de l'article 12, le mot : « ouvrages » est remplacé par les mots : « ouvrages, équipements ou biens immatériels ».

Article 2

Dans la première phrase du I du texte proposé par cet article pour l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, après les mots :

évaluation préalable

insérer les mots :

, réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret,

Article 2

Après la première phrase du I du texte proposé par cet article pour l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, insérer une phrase ainsi rédigée :

Chaque organisme expert élabore, dans son domaine de compétences, une méthodologie déterminant les critères d'élaboration de cette évaluation.

Article 2

Dans la dernière phrase du I du texte proposé par cet article pour l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, remplacer le mot :

imprévue

par le mot :

imprévisible

Article 2

Après les mots :

rattraper un retard préjudiciable

rédiger ainsi la fin du troisième alinéa (2°) du II du texte proposé par cet article pour l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat :

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 ;

Article 2

Dans le premier alinéa du III du texte proposé par cet article pour l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, supprimer le mot :

manifestement

Article 2

Au début du dernier alinéa (6°) du III du texte proposé par cet article pour l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, remplacer les mots :

aux besoins relatifs aux infrastructures de transport

par les mots :

A la réalisation des opérations relatives aux infrastructures de transport, ainsi qu'à leurs ouvrages et équipements annexes,

Article 2

Après les mots :

efficacité énergétique

rédiger ainsi la fin du dernier alinéa (6°) du III du texte proposé par cet article pour l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat :

ou à la réduction des émissions de gaz à effet de serre des bâtiments publics.

Article 4

Avant le quatrième alinéa (2°) de cet article, insérer un alinéa ainsi rédigé :

1° bis Au premier alinéa, le mot : « indique » est remplacé par les mots : « peut indiquer » ;

Article 5

Après le deuxième alinéa de cet article, insérer un alinéa ainsi rédigé :

1° bis Dans la première phrase du second alinéa, les mots : « liste des candidats » sont remplacés par les mots : « liste des entreprises et des groupements d'entreprises ayant candidaté et qui sont » ;

Article 6

Après le premier alinéa de cet article, insérer deux alinéas ainsi rédigés :

...° Au premier alinéa du I, après les mots : « qu'elle a établi » sont insérés les mots : « afin de déterminer ses besoins et ses objectifs » ;

...° Dans la première phrase du troisième alinéa du I, les mots : « de stricte égalité » sont remplacés par les mots : « d'égalité ».

Article 7

Rédiger ainsi le troisième alinéa (2°) de cet article :

2° Au troisième alinéa, après les mots : « coût global de l'offre, » sont insérés les mots : « en particulier les coûts d'exploitation, » et après les mots : « l'objet du contrat » sont insérés les mots : « , en particulier en matière de développement durable » ;

Article 9

Rédiger ainsi le 1° de cet article :

1° Le d est ainsi modifié :

a) Les mots : « les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement », sont remplacés par les mots : « les coûts d'investissements -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 » ;

b) Les mots : « les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante » sont remplacés par les mots : « 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 » ;

Article additionnel après l'article 10

Après l'article 10, insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Après l'article 12 de la même ordonnance, il est inséré un article 12-1 ainsi rédigé :

« Art. 12-1. - Un rapport annuel établi par le titulaire du contrat de partenariat est adressé à la personne publique afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat. »

Article 15

Rédiger ainsi cet article :

A. L'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales est ainsi rédigé :

« I. - Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel la personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public.

« Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

« II. - Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

« Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à l'exécution de sa mission.

« La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.

« Le contrat de partenariat peut prévoir un mandat de la personne publique au cocontractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'utilisateur final de prestations revenant à cette dernière.

« III. - Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui conduira la procédure de passation, signera le contrat et, éventuellement, en suivra l'exécution. Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme. »

B. En conséquence, le code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :

1° Dans le dernier alinéa de l'article L. 1414-9, les mots : « ouvrages ou équipements » sont remplacés par les mots : « ouvrages, équipements ou biens immatériels » ;

2° Dans les c, e, f et k de l'article L. 1414-12, les mots : « ouvrages et équipements » sont remplacés par les mots : « ouvrages, équipements ou biens immatériels » et dans le d du même article les mots : « ouvrages ou

équipements » sont remplacés par les mots : « ouvrages, équipements ou biens immatériels » ;

3° Aux a, c et au dernier alinéa de l'article L. 1414-13, le mot : « ouvrages » est remplacé par les mots : « ouvrages, équipements ou biens immatériels » ;

4° Au troisième alinéa de l'article L. 1615-12, les mots : « l'équipement » sont remplacés par les mots : « l'ouvrage, l'équipement ou le bien immatériel ».

Article 16

Dans la dernière phrase du premier alinéa du I du texte proposé par cet article pour l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, remplacer le mot :

imprévue

par le mot :

imprévisible

Article 16

Après les mots :

rattraper un retard préjudiciable

rédigé ainsi la fin du troisième alinéa (2°) du II du texte proposé par cet article pour l'article L.1414-2 du code général des collectivités territoriales :

, 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 ;

Article 16

Dans le premier alinéa du III du texte proposé par cet article pour l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, supprimer le mot :

manifestement

Article 16

Dans le troisième alinéa (2°) du III du texte proposé par cet article pour l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, après les mots :

infrastructures de transport

insérer les mots :

, ainsi qu'à leurs ouvrages et équipements annexes,

Article 16

Après les mots :

efficacité énergétique

rédigé ainsi la fin du dernier alinéa (2°) du III du texte proposé par cet article pour l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales :

ou à la réduction des émissions de gaz à effet de serre des bâtiments publics.

Article 17

Remplacer le premier alinéa de cet article par trois alinéas ainsi rédigés :

L'article L. 1414-4 du même code est ainsi modifié :

1° Au quatrième alinéa (c), les mots : « ou admises aux procédures de sauvegarde ou » sont remplacés par les mots : « , admises à une procédure » ;

2° Avant le dernier alinéa, il est inséré un e ainsi rédigé :

Article 18

Avant l'avant-dernier alinéa (2°) de cet article, insérer un alinéa ainsi rédigé :

1° bis Au premier alinéa, le mot : « indique » est remplacé par les mots : « peut indiquer » ;

Article 19

Après le deuxième aliéna (1°) de cet article, insérer un alinéa ainsi rédigé :

1° bis Dans la première phrase du second alinéa, les mots : « liste des candidats » sont remplacés par les mots : « liste des entreprises et des groupements d'entreprises ayant candidaté et qui sont » ;

Article 20

Après le premier alinéa de cet article, insérer deux alinéas ainsi rédigés :

...° Au premier alinéa, après les mots : « qu'elle a établi » sont insérés les mots : « afin de déterminer ses besoins et ses objectifs » ;

...° Dans la première phrase du troisième alinéa, les mots : « de stricte égalité » sont remplacés par les mots : « d'égalité ».

Article 22

Rédiger ainsi le troisième alinéa (2°) de cet article :

2° Au troisième alinéa, après les mots : « coût global de l'offre, » sont insérés les mots : « en particulier les coûts d'exploitation, » et après les mots : « l'objet du contrat » sont insérés les mots : « , en particulier en matière de développement durable » ;

Article 23

Rédiger ainsi le 1° de cet article :

1° Le d est ainsi modifié :

a) Les mots : « les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement », sont remplacés par les mots : « les coûts d'investissements -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 » ;

b) Les mots : « les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante » sont remplacés par les mots : « 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 » ;

Article additionnel après l'article 31

Après l'article 31, insérer un article additionnel ainsi rédigé :

A compter du 1er janvier 2009, tout projet, présenté par l'Etat ou par un établissement public de l'Etat, de bail conclu dans le cadre d'une autorisation d'occupation temporaire constitutive de droit réel du domaine public, défini à l'article L. 2122-15 du code général de la propriété des personnes publiques, dont le loyer est supérieur à un montant fixé par décret en Conseil d'Etat, est soumis à la réalisation d'une évaluation préalable dans les conditions définies à l'article 2 de l'ordonnance n° 2004 559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Cette évaluation a pour but de choisir, parmi les contrats de la commande publique, celui qui présente le bilan entre les avantages et les inconvénients le plus favorable, 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.

Les conditions de saisine pour avis des organismes experts prévus à l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 précitée sont fixées par décret.