

2292

Les marchés de partenariat

Étude rédigée par :

François TENAILLEAU,

avocat associé, CMS Bureau Francis Lefebvre

et :

Sophie WEILL,

avocat, CMS Bureau Francis Lefebvre

Avec la parution de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les anciens « contrats de partenariat » deviennent des « marchés de partenariat » et, ce faisant, des marchés publics à part entière. Ils absorbent les autres formes de partenariat public-privé sans transfert d'un risque d'exploitation. Ils restent néanmoins des contrats dérogatoires au droit commun : ils sont utilisables seulement au-delà d'un seuil et à condition de démontrer un bilan plus favorable que les autres formes contractuelles possibles. Ils continuent de voir leur régime spécifiquement précisé sur de nombreux aspects.

1 - La France a franchi une étape importante de la transposition des directives européennes en matière de marchés publics¹ en adoptant l'ordonnance du 23 juillet 2015² sur le fondement de l'habilitation donnée par la loi du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises³.

L'un des aspects saillants de la réforme de la commande publique induit par cette transposition consiste à rénover le cadre juridique des contrats de partenariat et, au-delà, des « partenariats public-privé » (PPP)⁴. Le législateur délégué a ainsi tiré les enseignements des divers rapports⁵ rendus en la matière et de la jurisprudence⁶. Il a également amorcé la remise en ordre des différents outils contractuels du droit interne pour les aligner sur les catégories du droit européen. Cette ordonnance s'inscrit enfin dans la perspective d'un futur code de la commande publique, conformément à la loi d'habilitation précitée ayant invité à prendre des mesures de rationalisation et de clarifica-

tion concernant les contrats de commande publique sous forme de marchés publics.

Dans cette optique, en cohérence avec leur qualification européenne⁷, les contrats de partenariat de l'ordonnance n° 2004-55 du 17 juin 2004 absorbent certains montages domaniaux, rejoignent la catégorie des marchés publics et deviennent ce faisant des « marchés de partenariat ».

Ils n'en demeurent pas moins des contrats dérogatoires, ce qui se vérifie tant dans leur définition (1), que leur passation (2) et leur contenu (3).

1. Définition des marchés de partenariat

2 - Les marchés de partenariat sont susceptibles d'être passés par tous les « acheteurs » au sens de l'ordonnance, c'est-à-dire l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, de droit public ou de droit privé. Par exception, l'article 71 de l'ordonnance confirme les récentes restrictions apportées par le législateur⁸ : les organismes divers d'administration centrale (« ODAC »), les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique ne peuvent recourir aux marchés de partenariat. Seul l'État peut conclure ces contrats pour leur compte, dans les conditions de l'article 72 de l'ordonnance.

Ceci précisé, les marchés de partenariat se distinguent de leurs prédécesseurs par leur objet, susceptible de varier dans des proportions plus importantes qu'auparavant (A) et par le fait qu'ils absorbent les montages domaniaux aller-retour (B) ; en lien avec ces

1. Directive n° 2004/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2004 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive n° 2004/18/CE. Directive n° 2004/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2004 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive n° 2004/17/CE.

2. Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, relative aux marchés publics.

3. L. n° 2014-1545, 20 déc. 2014, relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, art. 42.

4. F. Tenailleau, *L'influence des directives sur les partenariats public-privé : Contrats-Marchés publ. 2014, dossier 11*. V. aussi : S. Braconnier, *Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation* : RD imm. 2015, p. 8..

5. Entre autres : celui de l'Inspection générale des finances de 2012, non encore rendu public à ce jour et celui de la commission des lois du Sénat du 16 juillet 2014, intitulé *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?* : www.senat.fr/notice-rapport/2013/r13-733-notice.html.

6. F. Tenailleau, S. Weill, *Les contrats de partenariat : 10 ans de jurisprudence* : JCP A 2014, 2267.

7. CE, 29 oct. 2004, n° 269814, *Sueur* : JurisData n° 2004-067560 ; Rec. CE 2004, p. 393, concl. D. Casas ; RFD adm. 2004, p. 1103, concl. D. Casas ; AJDA 2004, p. 2383, chron. C. Landais et F. Lenica ; Dr. adm. 2005, comm. 3 et 4, notes Ménéménis.

8. L. n° 2014-1653, 29 déc. 2014, de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019, art. 34.

premières caractéristiques, la ligne de partage avec les autres contrats globaux a elle-même évolué (C).

A. - Géométrie variable de l'objet des marchés de partenariat

3 - Selon l'article 67 de l'ordonnance, la mission susceptible d'être confiée au titulaire d'un marché de partenariat est une mission globale, justifiant la dérogation au principe d'allotissement des marchés publics posée à l'article 32. Pour autant, cette mission peut désormais ne porter que sur la réalisation d'un investissement et son financement, au moins partiel. Il ne s'agit donc plus du triptyque qui nécessitait en outre la réalisation d'une ou plusieurs prestations en phase d'exploitation.

En effet, le marché de partenariat s'articule dorénavant autour d'un cœur de mission portant nécessairement sur « *la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général* », ainsi que « *tout ou partie de leur financement* ». Les autres missions de conception, entretien-maintenance-exploitation, sont quant à elles facultatives.

Il en va de même de la gestion d'une mission de service public, dont l'ordonnance précise qu'elle est susceptible d'être confiée au titulaire, alors que celle du 17 juin 2004 paraissait ambiguë sur ce point et divisait la doctrine⁹.

B. - Absorption des montages domaniaux aller-retour

4 - Ces marchés de partenariat, dont l'objet est potentiellement plus diversifié, phagocitent les anciennes formes de montages locaux aller-retour fondés sur un bail emphytéotique administratif (BEA) ou une autorisation d'occupation temporaire (AOT) constitutive de droits réels¹⁰, couplés avec une convention de mise à disposition (CMD) ou une location avec option d'achat (LOA).

Cette organisation nouvelle résulte de l'article 101 de l'ordonnance : celui-ci modifie les dispositions du Code général de la propriété des personnes publiques et du Code général des collectivités territoriales et les autres textes en matière de PPP, notamment à caractère sectoriel (AOT des articles L. 2122-6 du CGPPP et L. 1311-5 du CGCT, BEA Valorisation de l'article L. 2341-1 du CGPPP, BEA de l'article L. 1311-2 du CGCT et BEA Logements sociaux de l'article 7-I de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009). Ces

dispositions sont ainsi adaptées afin d'exclure que les BEA et AOT aient pour objet une commande publique (marché public, mais également concession). En cohérence, l'article 102 procède quant à lui à la suppression des baux emphytéotiques hospitaliers et des AOT-LOA dans le domaine de la justice, de la police-gendarmerie et de la défense, en abrogeant les articles correspondants du Code de la santé publique et du CGPPP.

Il est nécessaire de garder à l'esprit cet amalgame des régimes juridiques des anciens PPP à la lecture des dispositions encadrant les marchés de partenariat. Ainsi, si la possibilité d'une option d'achat prévue au III de l'article 85 de l'ordonnance peut sembler d'une utilité très relative, cette disposition s'explique aisément comme une survivance des anciennes AOT-LOA.

Par ailleurs, il convient de ne pas se méprendre sur la portée de cette modification : elle ne fait pas disparaître les AOT et les BEA, qui peuvent potentiellement conserver une place dans les opérations « mixtes », comportant un élément de commande publique, mais dont l'objet reste principalement immobilier.

C. - Articulation avec les autres contrats globaux

5 - Parmi les contrats immobiliers figure aussi le crédit-bail, dont le champ de recoupement avec les marchés de partenariat n'est pas si évident à déterminer qu'il y paraît. C'est également le cas pour le crédit-bail mobilier. La question de la distinction entre contrat de partenariat et crédit-bail, tel que défini par l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier, pouvait déjà se poser s'agissant de biens meubles : ces contrats relevaient *a priori* – et relèvent toujours selon l'article 5-II de l'ordonnance – des marchés publics de fourniture et non de la qualification de contrat/marché de partenariat.

Le fait que, dans sa plus simple expression, le marché de partenariat puisse aujourd'hui porter seulement sur le financement et la mise à disposition d'un investissement est susceptible de renouveler la question de son articulation avec les contrats de crédit-bail, lorsque l'acheteur est directement bénéficiaire du contrat (et non pas son cocontractant pour lequel il peut s'agir aussi d'un mode de financement : V. *infra* III, A). Dans la logique de remise en ordre de la commande publique voulue par le législateur, les champs d'application respectifs des contrats de crédit-bail et des marchés de partenariat pourraient être déterminés de la façon suivante : pour les premiers, les contrats portant sur des équipements « sur étagère » ou sur des terrains, bâtiments existants ou autres biens immeubles au sens de l'article 14-2 de l'ordonnance et, pour les seconds, ceux reposant sur des ouvrages, équipements ou biens immatériels conçus selon les spécifications fixées par l'acheteur.

En ce sens, on peut mentionner l'article 34 de la loi de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019, tel qu'interprété par la doctrine administrative¹¹.

Cependant la modification de cette disposition par l'article 101 de l'ordonnance pour interdire le crédit-bail aux ODAC, établissements publics de santé et structures de coopération sanitaire jette le trouble. En effet, puisqu'elle vise encore les contrats de crédit-bail « *portant sur la réalisation, la modification ou la rénovation d'ouvrages d'équipements ou de biens immatériels répondant à un besoin précisé par la collectivité publique et destinés à être mis à sa disposition ou à devenir sa propriété* »¹², cette rédaction militerait en faveur d'un chevauchement des champs d'application.

L'articulation avec les marchés globaux figurant aux articles 33 à 35 de l'ordonnance semble quant à elle plus simple. Le marché de

9. Th. Reynaud, *Les amours contrariées du contrat de partenariat et du service public* : BJCP 2010, n° 70, p. 166 ; J.-S. Oriou et M. Perritaz, *Pour une gestion du service public par le titulaire du contrat de partenariat* : AJCT 2012 ; E. Fatôme et L. Richer, *Contrat de partenariat immobilier : réalisation, paiement et statut des équipements et ouvrages* : CP-ACCP 2004, n° 36, p. 24 ; F. Llorens, *Les contrats de partenariat, commentaire de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat* : RJEP 2004, n° 615, chron. p. 511 ; G. Chamming, *Les nouveaux PPP permettent-ils de déléguer le service public ?* : Mon. TP 26 déc. 2008, p. 50 et s. ; P. Delelis, *Contrat de partenariat et service public, huit questions et un appel à la raison* : AJDA 2010, p. 2244.

10. On rappellera qu'à l'origine des formules « aller-retour » de BEA-CMD et d'AOT-LOA il y a l'admission par le Conseil d'État, dans son arrêt *SOFAP Marignan* (CE, sect., 25 févr. 1994, n° 144641 : *JurisData* n° 1994-040511 ; *Rec. CE* 1994, p. 94 ; *RFD adm.* 1994, p. 510, concl. J. Arrighi de Casanova) que le titulaire d'un titre d'occupation domaniale constitutif de droits réels puisse répondre aux besoins de l'Administration contre rémunération, mais en échappant au Code des marchés publics. Ces montages ont par la suite reçu la qualification de marchés publics au sens du droit de l'Union européenne (TA Nice, ord., 6 déc. 2006, n° 0605880, *Sté Cirmad Grand Sud*. – TA Bordeaux, ord., 26 nov. 2007, n° 0704671, *Sté Norbail-Immobilier*. – TA Toulouse, ord., 22 nov. 2011, n° 1104937, *SAS Icade promotion : Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 97, note G. Eckert*). Enfin, le pouvoir réglementaire, de façon incomplète, les a potentiellement assimilés à des contrats de partenariat dans le cadre du décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs.

11. Fiche DAJ, Interprétation de l'article 34 de la loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019, mise à jour 1^{er} juin 2015.

12. Alors que cette exclusion figure déjà à l'article 71 pour les marchés de partenariat ayant potentiellement un objet similaire.

partenariat s'en détache par la dérogation au paiement différé qu'il autorise (et qui permet donc un financement à long terme des investissements par le titulaire). Toutefois, seules les personnes publiques ont l'interdiction d'avoir recours à des clauses de paiement différé (article 60-I de l'ordonnance). Dès lors, on ne peut exclure que les personnes morales de droit privé puissent être amenées à bénéficier d'un choix relatif entre ces deux types de marché.

Enfin, il est clair que les marchés de partenariat et les concessions, dont la catégorie est en cours de refonte avec la transposition¹³ de la directive réformant leur régime¹⁴, ne sauraient en principe se recouper. Ce n'est pas tant l'origine de la rémunération du cocontractant qui les distingue, car dans une concession elle peut également provenir du concédant¹⁵, que l'existence d'un transfert significatif du risque d'exploitation. Or le « partage du risque », caractéristique du marché de partenariat mentionné à l'article 70 de l'ordonnance, ne saurait juridiquement conduire à un transfert significatif du risque d'exploitation sur le titulaire, sauf à entraîner la requalification en concession. Quoi qu'il en soit, une telle requalification devrait en principe avoir un effet limité, compte tenu des contraintes plus importantes pesant sur la passation des marchés de partenariat.

2. Passation des marchés de partenariat

6 - Les contraintes nouvelles en matière de passation concernent davantage la décision de recourir au contrat (A) que la procédure de mise en concurrence proprement dite (B). En la matière, l'éventuelle remise en cause par le juge des choix de l'acheteur et ses conséquences sur le contrat ont conduit le législateur délégué à intervenir au sujet du régime d'indemnisation du titulaire dans cette hypothèse (C).

A. - Recours au marché de partenariat

7 - L'acheteur public ou privé prend en principe l'initiative du marché de partenariat. Il peut également s'agir de plusieurs acheteurs, un chef de file étant alors désigné (article 73 de l'ordonnance). Pour les contrats de partenariat, l'ordonnance du 17 juin 2004 envisageait expressément que l'impulsion initiale puisse provenir d'une « offre spontanée »¹⁶. Cette possibilité ne figure plus dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 mais il ne semble pas qu'une portée particulière doive y être accordée. La présentation d'offres spontanées paraît rester envisageable, à condition encore que leur prise en compte ne nuise pas au respect de l'égalité de traitement des candidats dans le cadre de la procédure de passation subséquente.

L'article 77 de l'ordonnance impose la formalisation systématique d'une décision de lancer la procédure de passation du marché de partenariat, quel que soit l'acheteur concerné. Un processus d'évaluation préalable permettant notamment de vérifier que les conditions de recours au marché de partenariat doit être auparavant suivi.

Selon l'article 74 de l'ordonnance, les marchés de partenariat sont, comme les autres marchés (article 40 de l'ordonnance), soumis à une évaluation du mode de réalisation du projet¹⁷, à la différence essen-

tielle que cette obligation s'applique aux marchés de partenariat quel que soit leur montant ou, plus exactement à partir du seuil au-dessus duquel il pourra être utilisé (V. *infra*). Comme pour l'évaluation préalable qui était prévue pour les contrats de partenariat, l'objet de cette étude sera de comparer les différents modes de réalisation du projet et elle comportera une analyse en coût complet. Le décret d'application de l'ordonnance en précisera le contenu, mais il convient d'ores et déjà d'en souligner l'importance. En effet, c'est sur la base des conclusions de cette évaluation que la démonstration que la condition de recours au marché de partenariat est remplie sera apportée, à savoir le « bilan favorable », seul critère de nature à justifier l'utilisation de ce contrat dérogatoire¹⁸ (article 75-I de l'ordonnance).

Disparaissent ainsi, et c'est sans doute un facteur de sécurisation juridique, les critères originels liés à la complexité et à l'urgence, auxquels la jurisprudence administrative n'a pas su apporter les précisions nécessaires pour en cerner mieux les contours¹⁹ : dans la mesure où c'est le choix même du contrat qui est en cause, une telle incertitude était dirimante. On citera à cet égard, pour le critère le plus usité, celui de la complexité, la décision *Commune de Biarritz*²⁰ dans laquelle le Conseil d'État s'est abstenu de tout considérant de principe.

S'agissant du seul critère qui subsiste, celui du bilan avantageux, le décret d'application apportera des précisions à son sujet mais on peut remarquer dès à présent que sa formulation est très proche de celle de l'ordonnance du 17 juin 2004. Il convient toutefois de préciser que ce bilan plus favorable doit maintenant être recherché « notamment sur le plan financier », ce qui augure d'un élargissement du spectre antérieur, et surtout d'un abandon des critères « juridiques » sur lesquels le juge exerçait un contrôle normal.

Outre l'évaluation préalable, notons par ailleurs que l'exigence d'une étude de soutenabilité budgétaire « qui apprécie les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits », déjà familière²¹, est élargie aux collectivités territoriales et accompagne systématiquement l'évaluation préalable.

Une fois réalisée, chacune de ces études, est soumise à un organisme national pour avis (article 76 de l'ordonnance) : au nouvel organisme « expert » héritier de la MAPPP pour l'évaluation du mode de réalisation du projet et à l'administration en charge du budget pour l'étude de soutenabilité budgétaire. Ces avis seront obligatoires pour les collectivités territoriales, ce qui est une nouveauté²².

Enfin, à l'issue de débats nourris (le projet d'ordonnance l'avait d'abord prévu puis abandonné après la concertation), l'article 75-II prévoit un seuil financier en dessous duquel le marché de partenariat est interdit, sans doute pour éviter toute incertitude sur sa conformité à la loi d'habilitation. Ce seuil sera fixé par voie réglementaire « en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru ». Cette

¹³ n° 2012-1558 du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017).

¹⁸ Pour une censure de l'utilisation à ce critère en l'absence de données ne concluant pas résolument en faveur du contrat de partenariat, V. TA Lille, 17 déc. 2013, n° 1206631, Préfet du Nord.

¹⁹ F. Tenailleau, Sophie Weill, *Les contrats de partenariat : 10 ans de jurisprudence*, préc.

²⁰ CE, 30 juill. 2014, n° 363007, *Commune de Biarritz* : *JurisData* n° 2014-018663 ; JCP A 2014, act. 67 ; JCP A 2014, 2268, note M. Cornille. V. toutefois pour une application récente positive du critère de complexité, mais difficilement reproductible : CAA Bordeaux, 15 sept. 2015, n° 15BX01208, 15BX01209, *Commune de Bordeaux*.

²¹ V. D. n° 2012-1093, 27 sept. 2012, complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics.

²² Et parfois critiqué, de même que le seuil évoqué ci-après, au regard de la libre administration des collectivités territoriales et de la liberté contractuelle : S. Braconnier, *L'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics. Simplification et ambitions contrariées* : JCP G 2015, doctr. 1043.

¹³ Le projet d'ordonnance et de décret ayant été soumis à concertation : www.economie.gouv.fr/daj/concertation-publ-projets-ordonnance-et-decret-transposant-directive-concessions.

¹⁴ Directive « Concessions » : PE et Cons. UE, dir. n° 2014/23/UE, 26 févr. 2014 : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 1.

¹⁵ Le préambule de la directive concessions envisage ainsi que le concessionnaire puisse être exclusivement rémunéré par le pouvoir adjudicateur (§18).

¹⁶ Sur les modalités décrites par la doctrine de la MAPPP : Ministère de l'Économie – MAPPP, *L'offre spontanée en contrat de partenariat*, Fiche technique, Mise à jour de janvier 2014.

¹⁷ Notons que cette évaluation n'a pas vocation à traiter de l'utilité socio-économique du projet, quant à elle étudiée dans le cadre juridique résultant du décret du 23 décembre 2013 (D. n° 2013-1211, relatif à la procédure d'évaluation des investissements publics en application de l'article 17 de la loi

formule quelque peu baroque induit, nécessairement, plusieurs seuils. Il conviendrait que le pouvoir réglementaire adopte dans la mesure du possible une grille de seuils dont la mise en œuvre ne s'avèrera ni trop complexe ni trop défavorable à l'investissement public.

B. - Procédures de mise en concurrence et modalités particulières d'achat

8 - S'agissant des procédures de mise en concurrence, le fait que l'ordonnance soit muette à leur sujet achève d'intégrer les marchés de partenariat aux marchés publics : ils ne bénéficient pas de dispositions spécifiques à l'exception de la reconduction du cas de « financement ajustable » en fin de procédure de passation, prenant ainsi le relais textuel du dispositif prévu par la loi du 17 février 2009, aujourd'hui expiré²³. Ainsi, les modalités de financement indiquées dans l'offre finale peuvent être ajustées après que le candidat pressenti a été retenu, à condition de ne pas remettre en cause le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et de ne pas engendrer un bouleversement de l'économie de l'offre choisie²⁴. Sous cette réserve et celle des nombreuses précisions à apporter par le décret d'application, les procédures de l'article 42 de l'ordonnance pourront donc s'appliquer aux marchés de partenariat.

Parmi elles, la procédure concurrentielle avec négociation, permettant la remise par les candidats d'offres successives et négociées avec l'acheteur devrait être particulièrement utilisée. S'il ne s'agit pas d'une procédure de droit commun, les conditions de son utilisation, formulées de façon assez large dans la directive²⁵, devraient être facilement remplies dans le cas des marchés de partenariat. On peut également penser²⁶ que cette nouvelle procédure, plus souple bien qu'encadrée, devrait se substituer au dialogue compétitif comme procédure de passation de prédilection des marchés de partenariat.

Enfin, les autres outils du régime des marchés publics devraient pouvoir s'appliquer aux marchés de partenariat. Ce pourrait être le cas, par exemple, des partenariats d'innovation, nouvelle procédure-contrat qui a déjà été transposée en droit interne²⁷. Il y a surtout lieu de souligner que l'article 4 de l'ordonnance précise que les marchés de partenariat sont des marchés publics qui, au sens de cet article, englobent les accords-cadres. Un marché de partenariat pourrait donc prendre la forme d'un accord-cadre se déclinant, pour son exécution, en plusieurs marchés subséquents. Il serait à cet égard souhaitable que le décret d'application de l'ordonnance prévoie que l'évaluation préalable se situe en amont de l'accord-cadre.

C. - Traitement indemnitaire du contentieux de la passation

9 - L'article 89 de l'ordonnance encadre les conditions d'indemnisation du titulaire du marché de partenariat en cas de fin anticipée du contrat prononcée par le juge. Ces dispositions pourront s'appliquer au terme d'un recours « *Tarn et Garonne* »²⁸, susceptible de

conduire à une remise en cause du contrat du fait d'un vice grave dans la procédure de passation ou touchant au contenu dudit contrat. Dès lors que ce type de recours est jugé dans un délai qui ne permet pas d'attendre la décision de justice pour engager les investissements et leur financement – ce qui constitue la difficulté principale, à laquelle il serait idéalement souhaitable de remédier par une (nouvelle) refonte en profondeur du contentieux des contrats publics – une clarification du traitement indemnitaire *post annulation* juridictionnelle était, à tout le moins, attendue des praticiens²⁹.

Rappelons en effet qu'une des particularités des PPP a trait au type de financement très souvent mise en place : le financement dit « de projet », qui limite les recours des prêteurs à l'encontre des actionnaires de la société de projet *ad hoc*, dédiée à la réalisation du contrat. Dans ces financements de projet, les flux financiers sont affectés par le risque d'annulation du contrat par le juge administratif. Pour pallier cette fragilité, les praticiens ont pris l'habitude de conclure des conventions, généralement dénommées désormais « accords indemnitaires »³⁰, entre la personne publique, son partenaire et les banques, dont l'objet est de sécuriser la continuité du financement du projet en cas de recours de tiers conduisant à l'annulation du contrat de partenariat.

Mais, l'efficacité de ces accords soulevant des difficultés, principalement lorsque le contrat de partenariat mais également l'accord indemnitaire font l'objet de recours, le législateur délégué a dû intervenir.

En premier lieu, en donnant une sorte de guide d'interprétation au juge, immédiatement applicable, dans l'hypothèse où les parties n'ont pas prévu de dispositif contractuel particulier. La rédaction mériterait peut-être d'être clarifiée, ou du moins précisée, bien qu'elle semble confirmer que les « *frais financiers* » (en pratique : coûts du financement et de sa rupture, en ce compris, le cas échéant, ceux des instruments de couverture de taux) doivent en principe être intégralement indemnisés, à l'instar des autres « *dépenses engagées conformément au contrat* ». La jurisprudence³¹ relative à la nullité des contrats publics à financement privé, dans des termes manquant certes de clarté, allait déjà dans cette direction, en classant les frais qui sont liés à ce financement dans la catégorie des dépenses utiles, au sens de la théorie quasi-contractuelle de l'enrichissement sans cause.

Ce qui peut cependant troubler le praticien, tout d'abord, sur un plan conceptuel, est la référence générale faite à la notion de dépenses utiles, alors que cette terminologie jurisprudentielle se rapporte au traitement de la disparition rétroactive du contrat – laissant alors la place au quasi-contrat – et non de son extinction pour le futur³². Or, le texte vise l'annulation, la résolution mais aussi la résiliation...

Surtout, la caractérisation de « dépenses utiles » apparaît comme une condition de l'indemnisation. On peut supposer qu'il s'agit en réalité ici d'une formule de précaution, visant seulement à exclure les dépenses qui, certes engagées et valorisées conformément au contrat,

23. L. n° 2009-179, 17 févr. 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, art. 13.

24. Conformément à la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel sur le précédent dispositif législatif : *Cons. const.*, 12 févr. 2009, n° 2009-575 DC sur la loi n° 2009-179 du 17 févr. 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

25. PE et *Cons. UE*, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, sur la passation des marchés publics, art. 29 : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 65.

26. F. Tenailleau, *L'influence des directives sur les partenariats public-privé*, préc.

27. D. n° 2014-1097, 26 sept. 2014, portant mesures de simplification applicables aux marchés publics.

28. CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Dpt du Tarn-et-Garonne : *JurisData* n° 2014-006635 ; *Rec. CE* 2014, p. 70 ; *JCP A* 2014, comm. 2152, note J.-F. Sestier ; *JCP A* 2014, 2153, note Hul.

29. F. Tenailleau, *Cadre juridique des contrats de partenariat : quelques attentes de la pratique* : *RD imm.* 2013, p. 64.

30. Depuis que la cour administrative de Bordeaux, confirmant sa validité, a néanmoins considéré que l'accord que l'on qualifiait « d'autonome » constituait l'accessoire du contrat de partenariat, quand bien même il mettait à la charge des parties des obligations indépendantes de celles nées de ce dernier : V. CAA Bordeaux, 17 juin 2014, n° 13BX00564 : *JurisData* n° 2014-020855. Le Conseil d'État, saisi en cassation de cet arrêt, devrait se prononcer prochainement.

31. CE, 7 déc. 2012, n° 351752, Cne de Castres : *JurisData* n° 2012-028740, à propos d'une délégation de service public : S. Batot, *Indemnisation des coûts de financement d'une délégation de service public déclarée nulle : entre libéralisme et résistance* : *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 43 ; J.-B. Vila, *Conséquences de la nullité d'un contrat de délégation de service public : enjeux financiers* : *Dr. adm.* 2013, comm. 21.

32. V., toutefois, déjà, pour une semblable assimilation : TA Cergy, 30 oct. 2012, n° 1102422, Société Francilia.

excéderaient ce que la personne publique doit payer au titulaire, parce qu'elles ne donnent pas lieu à justification de sa part ou présentent un caractère abusif, ce qui heurterait le principe selon lequel une personne publique ne peut consentir de libéralité³³.

Dans le même esprit, on ne peut que saluer le souci de traçabilité des sommes dues par la personne publique, en subordonnant leur prise en compte à la mention « *dans les annexes du marché de partenariat des clauses liant le titulaire aux établissements bancaires* ». La formule ne doit certainement pas être prise au pied de la lettre : ce n'est pas l'ensemble des clauses qui importe. La documentation de financement est d'ailleurs généralement conséquente et l'annexer la rendrait opposable dans son ensemble à l'acheteur, ce qui n'est pas le but recherché. La volonté est manifestement ici que les clauses d'indemnisation en cas de rupture anticipée du financement soient clairement précisées dans le contrat (dans son corps ou dans ses annexes, ce qui est généralement la solution adoptée en pratique, en effet), que le financement soit bancaire (cas visé dans l'article 89) ou d'une autre nature (notamment obligataire).

En second lieu, l'article 89 prévoit qu'une clause fixant les modalités d'indemnisation du titulaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge est réputée divisible des autres stipulations du contrat. Une telle clause permettra de mettre en œuvre de façon plus précise les principes indemnitaires rappelés ci-dessus. Sauf vice propre l'affectant, nécessairement très circonscrit³⁴, elle survivra à la disparition, même rétroactive, du contrat.

3. Contenu des marchés de partenariat

10 - Outre le régime juridique de la clause indemnitaire, les articles 66 et suivants de l'ordonnance comportent diverses dispositions régissant le contenu des marchés de partenariat qui est – sauf rares exceptions – celui des marchés publics, ce que l'article 66 de l'ordonnance prend néanmoins le soin de préciser. Ces dispositions portent pour l'essentiel sur le financement et la rémunération du titulaire (A), la valorisation foncière et l'occupation domaniale (B) et, enfin, le contrôle du titulaire, l'accès aux PME et la sous-traitance, au sens large du terme (C).

A. - Financement et rémunération du titulaire

11 - Non seulement le (pré)financement, au moins partiel, des investissements par l'opérateur économique caractérise les marchés de partenariat (V. I, A), mais il prend très souvent la forme d'un financement de projet (V. II, C). Pour autant ce financement par le partenaire privé n'est pas nécessairement exclusif.

L'ordonnance prévoit ainsi de façon générale qu'une personne publique peut concourir au financement des investissements (article 80-I) et réaffirme que les marchés de partenariat sont éligibles aux subventions et autres participations financières (article 80-II), précision déjà apportée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008, à la suite de difficultés de mise en œuvre (les dispositifs d'aide à l'investissement public faisant souvent référence, du moins implicitement, à une maîtrise d'ouvrage publique).

Plus novateur, l'article 80-III autorise l'État, les collectivités territoriales et autres organismes publics à participer, de manière minoritaire, au capital de la société dédiée titulaire. Il s'agit d'une ouverture nouvelle, dès lors que l'ordonnance du 17 juin 2004 (quoiqu'aux

termes d'une formulation maladroite³⁵ et que la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 créant la société d'économie mixte à opération unique (SEMOP)³⁶ l'interdisaient. Cet article doit être à notre avis compris comme une habilitation spécifique. Les personnes visées par l'article 80-III, qu'elles soient ou non l'acheteur, peuvent participer au capital. En présence d'une personne non visée par ces dispositions, il ne saurait en être déduit, *a contrario*, une interdiction de participer au capital de la société de projet. Dans le cas prévu par l'article 80-III, les statuts de la société devront préciser la « répartition des risques entre les actionnaires » (laquelle répartition doit sans doute plutôt s'entendre au niveau des sous-contrats conclus par la société dédiée avec certains de ses actionnaires, voire par la mise en place d'actions de préférence) et les mesures prises pour prévenir les conflits d'intérêts (des dispositions existant déjà en droit des sociétés dans le cadre des conventions dites réglementées).

La participation au capital par l'acheteur n'est évidemment pas le seul mode de co-financement des investissements qui lui est autorisé. Ce co-financement peut aussi se traduire par le versement de sommes avant la réalisation des investissements, qui viennent à due concurrence limiter l'effort d'investissement du partenaire privé, et son coût. On observera à cet égard que l'ordonnance ne prévoit pas de restriction (sauf celle liée à l'existence d'un financement privé réel, consubstantiel au marché de partenariat), alors que l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée plafonnait, pour les collectivités territoriales, cette possibilité à la moitié du financement pour les contrats d'un montant inférieur à 40 millions d'euros hors taxes.

L'article 83 de l'ordonnance précise la mise en œuvre de ce co-financement public en autorisant le paiement d'avances et d'acomptes ; sans pour autant procéder à un renvoi au régime général de l'article 59, auquel il est dérogé. La pratique consistant pour l'acheteur à verser au titulaire une rémunération anticipée sous la forme de « pré-rémunération » est donc confortée, de même semble-t-il que l'analyse de cette composante comme une partie intégrante de la rémunération du titulaire, relevant de l'assiette du calcul des 80% susceptibles de faire l'objet d'une cession de créance Dailly acceptée (au sens de l'article L. 313-29-2 du Code monétaire et financier – CMF), ce qui conduit à élargir la part du financement sécurisé par ce mécanisme³⁷.

Celui-ci continue en effet d'être visé par l'article 84, qui mentionne la « cession de la rémunération » dans les conditions des articles L. 313-29-1 et suivants du CMF (il serait plus exact de se référer ici à l'acceptation de la cession qui nécessite, quant à elle, un acte positif de l'acheteur, encadré par ce texte dans le cas des marchés de partenariat), aux côtés d'autres formes de sécurisation financière, beaucoup moins utilisées en pratique, telles que le crédit-bail (déjà visé par la précédente ordonnance) ou l'hypothèque (ce qui n'était pas directement le cas avant).

En revanche, on observera que la perception de recettes sur l'usager ne peut compléter en tant que telle la rémunération du titulaire du contrat. Si ces recettes sont collectées par ce dernier, c'est uniquement aux termes du mandat prévu par l'article 67-III de l'ordonnance. Seul leur reversement éventuel par l'acheteur au titulaire permet donc de les intégrer à sa rémunération. Concernant ce mandat d'encaissement, qui semble manquer de précision au regard des standards déga-

33. CE, 4 mai 2011, n° 334280, CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan : *JurisData* n° 2011-007660 ; *Rec. CE* 2011 ; *JCP A* 2011, act. 358 ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 216, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2011, comm. 67, note F. Brenet.

34. On peut ici penser à l'hypothèse théorique d'une clause conduisant la personne publique à consentir une libéralité, précédemment évoquée.

35. F. Tenailleau, *Cadre juridique des contrats de partenariat : quelques attentes de la pratique, préc.*

36. Le nouvel article L. 1541-2 du Code général des collectivités territoriales issu de cette loi énumère restrictivement les procédures de passation pouvant déboucher sur la conclusion du contrat : délégation de service public, concession de travaux, concession d'aménagement ou marché public. On ne pouvait que relever l'absence, dans cette énumération, des contrats de partenariat.

37. En ce sens : A Troizier, *Réforme des PPP : objectifs remplis ?* : *LeMoniteur.fr*, 24 juill. 2015.

gés par le Conseil d'État³⁸, on pourrait souhaiter une meilleure articulation avec le dispositif général désormais prévu par la loi du 20 décembre 2014³⁹, toujours en attente d'un décret d'application.

Enfin, on notera que cette perception par le titulaire de recettes tierces à sa rémunération, au nom et pour le compte de l'acheteur, ne s'applique obligatoirement que pour celles en provenance d'usagers du service public. Au contraire, s'agissant des revenus d'autres natures, issus « de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine », ceux-ci pourront être directement perçus par le titulaire, conformément aux principes s'appliquant en la matière⁴⁰. Comme le précise l'article 83-II, le contrat devra alors déterminer les conditions dans lesquelles ces revenus viendront diminuer le montant de la rémunération versée par l'acheteur.

B. - Valorisation foncière et occupation domaniale⁴¹

12 - Les recettes de valorisation que peut percevoir le titulaire d'un marché de partenariat concernent au premier chef celles issues de la valorisation foncière. Pour faciliter cette valorisation, l'article 86 de l'ordonnance prévoit expressément la possibilité pour le titulaire de consentir des autorisations d'occupation du domaine public et précise les modalités de valorisation du domaine privé.

À propos du domaine privé, l'ordonnance réitère la possibilité introduite par la loi du 28 juillet 2008 pour le titulaire de consentir des baux de droit privé (notamment baux emphytéotiques ou baux à construction) ou de constituer des droits réels à durée limitée, sous réserve que l'acheteur ait au préalable donné son accord sur chacun d'eux. Si la loi du 28 juillet 2008 prévoyait que ces baux et droits puissent être d'une durée supérieure au contrat, l'ordonnance semble reprendre cette possibilité uniquement pour les baux. Ceux-ci pouvant être des baux à construction constitutifs de droits réels, la portée de cette restriction semble limitée.

L'ordonnance consacre enfin la possibilité pour l'acheteur d'autoriser le titulaire à procéder à des cessions de biens en vue de valoriser une partie du domaine. Mais la forme retenue par le texte est celle des « cessions en cascade ». En d'autres termes, l'hypothèse visée est celle où les biens du domaine devront préalablement être cédés au titulaire pour que celui-ci puisse les céder à son tour. Pour autant, d'autres formes paraissent toujours possibles, privilégiant la cession directe par la personne publique, le partenaire se voyant uniquement confier une mission de développeur immobilier.

C. - Contrôle du titulaire, accès des PME et sous-traitance

13 - L'ordonnance renforce le contrôle du titulaire du marché de partenariat par l'acheteur. Outre le rapport annuel, qui subsiste (article 88-I), l'article 88-II prévoit que l'acheteur doit exercer un contrôle sur l'exécution du contrat et que, d'une part, ce contrôle intervient, au minimum, à la fin de chacune des phases d'exécution des missions prévues au contrat, d'autre part, il donne lieu à un compte-rendu (transmis à l'assemblée ou à l'organe délibérant pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics).

Ce contrôle se renforce également à l'égard du titulaire lui-même (article 81) : si ce dernier est une société dédiée, le contrat doit prévoir les conditions de modification de l'actionnariat et d'information de l'acheteur. Il est intéressant de noter que l'ordonnance mentionne ici une information et non une autorisation : cette formulation paraît en effet moins attentatoire au droit de propriété, à la liberté d'entreprendre, de niveau constitutionnel, et à la libre circulation des capitaux, garantie par le droit de l'Union européenne. Il conviendra également de garder ces principes à l'esprit lors de la rédaction des clauses portant sur les modalités de partage de la plus-value des titres de la société de projet, comme l'évoque, sans l'imposer, l'ordonnance.

On peut enfin relever la nécessité de prévoir un contrôle de l'engagement du titulaire à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans une part minimale de l'exécution du contrat, dans des conditions qui seront fixées par voie réglementaire (article 87-I). L'ordonnance (article 87-II) impose qu'il s'agisse d'un critère d'attribution du contrat, comme auparavant pour les contrats de partenariat. Il reste que ce dispositif peut susciter des interrogations quant à sa conformité au principe d'égalité⁴², sauf à considérer que la situation des marchés de partenariat est différente sur ce point de celle des autres marchés publics. Quoi qu'il en soit, il serait particulièrement opportun que le décret précise que la prise en compte ne se limite pas aux contrats passés directement par le titulaire mais également à ceux conclus en aval, quel que soit leur niveau : d'un projet et d'un candidat à l'autre, les schémas juridiques peuvent en effet varier et il convient d'en tenir compte⁴³.

D'ailleurs, il importe à ce sujet de lever un possible malentendu sur la dérogation à l'article 62 relatif à la sous-traitance en matière de marchés de partenariat (article 66). Cette circonstance ne signifie évidemment – et heureusement – pas que le titulaire d'un marché de partenariat ne peut conclure des sous-contrats. Mais, désigné maître d'ouvrage par le texte (V. article 67-I dernier alinéa), ce partenaire ne saurait être considéré comme concluant des contrats de sous-traitance au sens de la loi du 31 décembre 1975, seule visée par l'article 62. L'article 87-III reconduit dans ces conditions un dispositif déjà prévu pour ces sous-contractants : la possibilité pour le titulaire de constituer à leur profit un cautionnement pour leur paiement, qui n'est toutefois qu'une option relevant de la négociation contractuelle. Il faut préciser que ce dispositif est, d'une part, très peu utilisé en pratique, compte tenu du « financement de projet » généralement retenu qui permet d'assurer une sécurité des paiements et peut, d'autre part, se combiner avec l'article 1799-1 du Code civil s'agissant des contrats de travaux. L'article 87-III prévoit aussi, de façon nouvelle, une dérogation à l'article L. 441-6 du Code de commerce sur les délais de paiement, qui sera précisée par décret. On peut supposer que cela permettra d'aligner le délai de paiement des sous-contractants sur celui du titulaire, qui sera régi par le décret d'application de l'ordonnance. Ce n'est pas le cas actuellement, alors que l'un des principes cardinaux des montages PPP est la transparence entre le contrat principal (le marché de partenariat) et les sous-contrats. Il s'agit donc d'une disposition particulièrement opportune, comme le sont de façon générale, à quelques exceptions près relevées ci-dessus, celles de l'ordonnance en matière de marchés de partenariat.

MOTS-CLÉS : Contrats / Marchés publics - Partenariat

38. CE, avis, 13 févr. 2007, n° 373788 : *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 70, obs. G. Eckert.

39. L. n° 2014-1545, 20 déc. 2014

40. CE, sect., 6 nov. 2009, n° 297877, *Sté Prest'Action* : *JurisData* n° 2009-013485 ; *RJEP* 2010, comm. 1, concl. N. Boulouis ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 384, note G. Eckert ; *AJDA* 2009, p. 2401, note M. Lascombe et X. Vandendriessche ; *Dr. adm.* 2010, comm. 5, note F. Melleray ; *JCP A* 2010, 2040, note M. Terraux ; *BJCL* n° 11/09, concl. N. Boulouis.

41. Pour plus de précisions, V. T. Carezni, F. Tenaillon, *Valorisation foncière et occupation domaniale dans les marchés de partenariat* : *Contrats publics*, à paraître.

42. Voir s'agissant du Code des marchés publics 2006 : CE, 9 juill. 2007, n° 297711, *Synd. EGF-BTP et a.* : *JurisData* n° 2007-072146 ; *Rec. CE* 2007, p. 298, concl. N. Boulouis ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, comm. 240, note W. Zimmer ; *JCP A* 2007, act. 681 ; *JCP A* 2007, 2213 et 2329, comm. F. Linditch ; *BJCP* 2007, n° 54, p. 366, concl. N. Boulouis.

43. À ce sujet : F. Tenaillon, *Cadre juridique des contrats de partenariat* : quelques attentes de la pratique, préc.