

POUR VOS DOSSIERS

Le Sénat compare les législations en matière de contrats de partenariat, une forme de partenariat public-privé

Le Sénat vient de publier une note de législation comparée sur "les contrats de partenariat, une forme de partenariat public-privé", réalisée à la demande du président (PS) de la commission des Lois Jean-Pierre SUEUR et du sénateur (UMP) du Val-d'Oise Hugues PORTELLI dans le cadre du rapport d'information intitulé "Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?" (cf. "BQ" des 16 et 17 juillet). Cette note concerne, parmi les partenariats publics privés (PPP), les équivalents des "contrats de partenariat" et les modalités de leur encadrement juridique en Espagne, en Italie et au Royaume-Uni.

Selon le Livre vert publié par la Commission européenne en 2004, le terme de partenariats publics privés, qui n'est pas défini au niveau communautaire "se réfère en général à des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service". Selon la même source, les opérations de PPP se caractérisent par la durée relativement longue de la relation, impliquant une coopération entre le partenaire public et le partenaire privé ; le mode de financement du projet assuré pour partie par le secteur privé, des montages complexes et parfois des financements publics très importants ; le rôle important de l'opérateur économique qui participe à différents stades du projet (conception, réalisation, mise en œuvre et financement), tandis que l'acteur public se concentre sur la définition des objectifs à atteindre en termes d'intérêt public ; et la répartition des risques entre public et privé, qui s'effectue au cas par cas, tous les risques n'étant pas nécessairement assumés par le partenaire privé.

Champ de l'étude

Le concept de partenariat public privé (PPP) peut être entendu de façon étendue ou limitative. En effet, il est utilisé de façon générique pour viser toute technique contractuelle qui fait intervenir des financements privés, y compris les concessions, ou bien employé dans un sens restreint aux équivalents des "contrats de partenariat" reconnus par le droit français. Cette note s'attache précisément à ces dernières formes "limitées" de PPP, qu'il s'agisse des "contrats de collaboration entre le secteur public et le secteur privé" (contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado) espagnols ; des dispositions italiennes relatives à la "finance de projet" (finanza di progetto) qui concernent des opérations qui sont menées à bien dans le cadre de concessions ; et des "Initiatives de Financement privé" (PFI, Private Finance Initiative) remplacées en décembre 2012 par les "Initiatives de Financement 2" (PF2, Private Finance 2) utilisées au Royaume-Uni.

Le régime applicable en France aux "contrats de partenariat"

Introduit en droit français par l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat modifiée par la loi du 28 juillet 2008, 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 la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital". Ce contrat 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".

Le contrat de partenariat ne peut être conclu que si "compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet" ; ou bien si "le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible" ; ou encore si "compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique", étant observé que le critère du paiement différé ne peut constituer à lui seul un avantage.

Le contrat de partenariat est conclu au terme d'une procédure de dialogue compétitif ; d'un appel d'offres ; ou d'une procédure négociée.

Le co-contractant qui assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser est rémunéré au moyen d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat, compte tenu des objectifs de performance qui lui sont assignés.

Reprenant l'essentiel des dispositions de l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée, l'article L. 1414-1 du Code général des collectivités locales précise que, pour celles-ci, le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour des projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret.

Conformément aux dispositions de l'article 29 de la directive du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux de fourniture et de services, le contrat de partenariat, auquel sont applicables les règles relatives aux marchés publics que fixe ce texte⁷, peut être conclu selon la procédure du dialogue compétitif dès lors que, le marché étant particulièrement complexe, il ne peut pas être attribué au moyen d'une procédure ouverte ou restreinte.

Le régime du contrat de partenariat est donc distinct de celui de la concession, aussi bien au sens du droit européen puisque la directive 2004/18 précitée consacre à celle-ci un titre spécifique (III) que de l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics ou du régime des délégations de service public tel qu'il résulte du chapitre IV du titre II de la loi du 29 janvier 1993 modifiée, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Enfin un décret du 27 septembre 2012 complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics prévoit que tout partenariat dont la conclusion est envisagée par l'Etat ou par un de ses établissements publics donne lieu à une "étude réalisée par le pouvoir adjudicateur visant à évaluer l'ensemble des conséquences de l'opération sur les finances publiques et la disponibilité des crédits" et qu'il ne peut être signé qu'après accord du ministre chargé de l'Economie et du ministre chargé du budget.

L'analyse comparative conduit à observer que la variété des définitions rend les comparaisons délicates ; les motivations du recours au PPP vont au-delà du seul manque de moyens financiers de la personne publique ; et enfin que l'encadrement des PPP peut ressortir de dispositifs très divers.

Asymétrie des définitions - difficultés de comparaison

Le simple rapprochement des législations montre que les divisions retenues par les différents Etats ne concordent pas en ce qui concerne les PPP. A côté de la définition large de ces opérations entendues au sens du Livre vert de la Commission européenne, les législateurs concernés ont introduit dans leur droit, à côté de formes juridiques traditionnelles susceptibles de faire l'objet de "financement de projet" (project financing), des régimes spécifiques différents des contrats de partenariat du droit

français, à l'instar des dispositions de la loi espagnole sur le "contrat de collaboration entre le secteur public et le secteur privé" (contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado) ; et des dispositions de la loi italienne sur la "finance de projet" (finanza di progetto) qui se surajoutent au régime général des concessions. Le régime applicable en Angleterre doit, quant à lui, davantage aux normes publiées par le Trésor britannique qu'à l'intervention du législateur.

Ces trois exemples confirment l'appréciation d'une publication, selon laquelle "l'existence d'une législation spécifique aux PPP n'est pas une condition nécessaire à leur développement". Compte tenu du fait que le "financement de projet" est susceptible de se "nicher" dans toutes les formes contractuelles traditionnelles - à commencer par la concession qui semble son "véhicule" d'élection -, il apparaît que c'est l'encadrement juridique propre à ces divers instruments qui tient lieu de "garde fous" à ces opérations. On atteint, par conséquent, ici les limites de l'analyse comparée du fait de l'existence de nomenclatures distinctes reposant sur des principes divers qui distinguent des objets juridiques très variés dans leur contenu.

Les motivations de l'utilisation des PPP vont au-delà du besoin des personnes physiques de recourir à des financements privés

Deux exemples montrent que c'est tout autant la spécificité des projets à réaliser que le manque de moyens financiers publics qui justifient le recours :

- aux "contrats de collaboration entre le secteur public et le secteur privé" en Espagne, où ceux-ci sont avant tout destinés à réaliser, dans le cadre de la procédure de dialogue compétitif, des opérations si originales que l'on ne pourrait les mettre en œuvre grâce aux autres procédures en vigueur ;
- aux concessions réalisées dans le cas de la "finance de projet" en Italie où l'administration souhaite pouvoir obtenir des modifications aux projets qui lui sont soumis et peut, de surcroît, recevoir des "projets préliminaires" d'opérateurs privés désireux de réaliser des travaux ou des ouvrages qui pourraient répondre à un intérêt public.

Les modalités d'encadrement des PPP peuvent ressortir de dispositifs très divers

Outre les clauses contractuelles qui doivent obligatoirement figurer dans les accords relatifs aux PPP et les garanties qui sont exigées de leurs signataires, on retient parmi les mesures prises avant la signature du contrat que :

- l'Italie astreint les candidats à la "finance de projet" à faire avaliser leur plan de financement par un expert-comptable-commissaire aux comptes ;
- la rédaction d'un rapport préalable du ministère de l'Economie sur les conséquences financières de l'opération est nécessaire, en Espagne, dès lors que le montant du projet dépasse 12 millions d'euros et que des aides publiques sont prévues ;
- des contrats-types sont rédigés en Angleterre dans le respect des normes imposées par les directives du Trésor, les dérogations devant être autorisées par ce ministère ;
- en Angleterre également, des analyses de rentabilité du projet sont soumises à l'approbation préalable du Trésor avant l'adoption de la décision de recourir à un tel contrat, avant l'appel d'offres et avant la fin du dialogue compétitif et les contrôles sont renforcés sur les projets majeurs (plus de 1,2 milliard d'euros), ainsi que sur les projets risqués, complexes ou innovants.

Quant aux contrôles a posteriori, ils reposent :

- en Espagne, sur la transmission à la Cour des Comptes ou à l'organe compétent de la communauté autonome, de tous les "contrats de coopération" d'un montant de plus de 600 000 euros hors taxes ;
- en Angleterre sur un accord entre le ministère qui met en œuvre un PPP et le ministère du Trésor pour le suivi de la réalisation du partenariat.