

Les contrats complexes dits contrats de partenariat

Au cours des années 80, les collectivités locales ont souvent procédé, pour le montage d'opérations de construction, à la cession d'une assiette foncière leur appartenant à une personne privée afin que celle-ci édifie sur celui-ci le bâtiment support du service public. Cependant, un tel type de montage était contesté par le Conseil d'Etat. En effet, le terrain qui sert de support avait souvent été déclassé préalablement à la réalisation de l'opération de service public pour relever du domaine privé de la collectivité publique « bailleresse » ; pourtant, il retombait dans le domaine public une fois construit et affecté au service public, en raison du critère matériel de la domanialité publique, et dès lors insusceptible d'hypothèque ou de supporter la constitution de droits réels au profit des cocontractants de l'administration dans la mesure où les règles de la domanialité publique imposent que les biens relevant du domaine public des collectivités publiques ne soient pas ni vendus, ni grevés de droits réels, ni expropriés et encore moins saisis.

C'est ce qu'avait solennellement rappelé le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Eurolat* du 6 mai 1985. Cette approche aboutissait concrètement à interdire tout montage d'opération immobilière avec les financements privés qui nécessitent la constitution de droits réels. Aussi le législateur est-il intervenu pour permettre des montages sur le domaine public, déléguer la maîtrise d'ouvrage et autoriser le paiement différé des équipements, sans nécessairement déléguer la gestion et l'exploitation du service public. Ce n'est donc pas par hasard que furent institués **le bail emphytéotique administratif dédié aux collectivités locales dans la loi du 5 janvier 1988** puis, par la **loi du 25 juillet 1994, l'autorisation d'occupation domaniale associée à un droit réel pour l'Etat**.

Confrontées à des problèmes complexes ou urgents d'investissements, les collectivités expérimentèrent dans les années 90 le marché d'entreprises de travaux publics (METP), issu d'une série d'arrêts du Conseil d'Etat requalifiant des contrats de concession à paiement public. Celui-ci fut utilisé dans l'éclairage public, la voirie urbaine et rurale, les collèges et les lycées dans plusieurs régions et départements. Interdit en tant qu'il était contraire aux dispositions du code des marchés publics interdisant le paiement public différé, le METP a laissé place à d'autres techniques de financement des équipements publics étalés dans le temps ayant pour support l'évolution des règles régissant la domanialité publique.

Déjà par la **loi n° 87-432 du 22 juin 1987** relative au service public pénitentiaire, le législateur avait voulu mettre en place un véritable partenariat public privé pour la construction de prisons avant de, finalement, s'en tenir à un mécanisme de conception-construction et aménagement d'établissements publics pénitentiaires, conclu sous forme de marchés publics. L'idée du partenariat public-privé renoué verra finalement le jour par l'adoption de l'article 3-II de la **loi n° 2002-1094 du 29 août 2002** d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) suivie de la **loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002** d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ), la loi n° 2003-239 pour la sécurité intérieure, la loi n° 2003-73 de programmation militaire, etc.

Le législateur en vint à considérer qu'il était nécessaire de disposer d'un outil général tant pour l'Etat que pour les collectivités locales afin de pouvoir offrir, à l'instar de nombreux pays européens, des prestations globales aux collectivités publiques. C'est ce que fit l'article 6 de la **loi n° 2003-591, du 2 juillet 2003** qui habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures nécessaires pour créer de nouvelles formes de contrats 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.

L'ordonnance du 17 juin 2004 a donc instauré le contrat de partenariat sous une forme générique qui est utilisable par les services de l'Etat et par les collectivités territoriales. Un tel contrat a pour objet de faire appel à l'initiative et au financement privés pour réaliser des équipements nouveaux ou mettre à disposition des moyens ou services destinés à assister les autorités administratives dans l'exercice de leurs missions. Conçus et gérés selon les règles applicables au secteur privé, ces équipements et services sont mis à la disposition des administrations selon un cahier des charges élaboré pour les besoins du service public.

Les caractéristiques économiques : le contrat de partenariat présente aujourd'hui de nombreux avantages économiques pour les collectivités publiques comme pour les opérateurs privés.

■

En premier lieu, le contrat de partenariat permet à un opérateur de porter un projet depuis sa conception jusqu'à son exploitation, ce qui permet de dégager des économies substantielles sur le coût global de l'opération ; la mise en concurrence initiale des entreprises permet de choisir la solution la plus compétitive.

■

En deuxième lieu, la réduction des délais administratifs permet une accélération de la réalisation des projets. La personne publique bénéficie d'une qualité de service contractuelle et surtout de la prise en compte ab initio du coût global de l'équipement public, de son fonctionnement, de son entretien sur plusieurs années, ce qui lui permet la réalisation d'économies substantielles en termes de coûts de fonctionnement. En effet, ce type de contrat suscite de la part du secteur privé des solutions compétitives sur la base d'objectifs de performance, incitant les différents partenaires à exprimer leurs capacités d'innovation.

- Enfin, concernant plus spécifiquement les collectivités publiques, l'annualisation du paiement de ces contrats desserre la contrainte financière qui pèse sur les budgets publics.

Les caractéristiques juridiques : les contrats de partenariat sont des contrats globaux, de longue durée par lesquels une personne publique associe un tiers au financement, à la conception, à la construction et à la mise en œuvre d'équipements et/ou de services qui n'ont pas une rentabilité intrinsèque substantielle et partage avec lui les risques de cette opération, dans la durée, par une rémunération liée à la performance.

La **loi du 28 juillet 2008** a modifié le cadre réglementaire des contrats de partenariat, dont certaines dispositions peuvent désormais s'appliquer aussi aux autres contrats complexes. Bien que cette nouvelle loi ne vienne pas entièrement bouleverser le régime fixé en 2004, certaines des nouvelles dispositions introduites dynamisent ce nouvel outil pour en faire l'un des contrats les plus innovants de la commande publique. Voici les apports principaux de la loi :

- 3ème critère « bilan coûts/avantages »
- communication obligatoire de l'ensemble des contrats signés à l'autorité administrative compétente pour permettre la capitalisation d'expériences
- notion de coût global de l'offre
- cautionnement pas automatique mais constitué à la demande d'un prestataire, le cautionnement concernera toutes les prestations
- possibilité d'octroyer des baux au-delà de la durée du contrat
- pour les collectivités territoriales, création d'une annexe budgétaire retraçant la dette liée à la part investissement du contrat de partenariat.
- extension du FCTVA pour les BEA dont le montant est inférieur à un certain seuil et ayant donné lieu à une évaluation préalable
- dispense d'assurance dommage ouvrage pour l'Etat et ses établissements publics maintenue pour les collectivités territoriales
- fixation d'un seuil pour la cession de créances : 80% de la créance acceptée