

LES MARCHES DE PARTENARIAT

Sans apparaître dans les textes juridiques, la notion de partenariat public-privé (PPP) a fréquemment été utilisée pour faire référence à une pluralité de contrats globaux de longue durée à financement privé et au paiement public différé. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, les PPP désignaient non seulement les contrats de partenariat, issus de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004, mais aussi d'autres montages « aller-retour » : les autorisations d'occupation temporaire - locations avec option d'achat (AOT-LOA), les baux emphytéotiques administratifs (BEA) et les contrats sectoriels comme le BEA hospitalier ou le BEA police, justice, armée.

Or, au sens du droit de l'Union européenne, tous les contrats de la commande publique sont structurés autour de la distinction entre les marchés publics d'une part et les contrats de concession d'autre part. Faute que leur rattachement à ces catégories juridiques fût parfaitement clair, les PPP présentaient souvent un risque de requalification en marché public ou en concession de travaux.

Pour garantir la conformité du droit français aux exigences du droit de l'Union européenne et dans le cadre de la transposition des directives « marchés publics », une délimitation claire de la catégorie des « marchés publics » a été opérée. Pour rationaliser et sécuriser le cadre juridique des montages PPP, la réforme entrée en vigueur au 1^{er} avril 2016 harmonise et unifie les différents montages de PPP sous la forme unique du « marché de partenariat » rénové.

1. Qu'est-ce qu'un marché de partenariat ?

1.1. *Un marché public*

L'ordonnance du 23 juillet 2015 consacre le marché de partenariat comme une catégorie spécifique de marché public qui « *permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale* »¹ sous maîtrise d'ouvrage privée². Lorsque le marché de partenariat est passé par une personne morale de droit public, il s'agit d'un contrat administratif par détermination de la loi³. Il est soumis aux mêmes dispositions générales que les marchés publics classiques à l'exclusion de certaines règles⁴. Ne s'appliquent ainsi pas aux marchés de partenariat les dispositions relatives à

¹ Article 67 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

² La maîtrise d'ouvrage exercée par l'acheteur n'est ainsi plus un élément de définition d'un marché de travaux.

³ Article 3 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

⁴ Article 66 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et article 143 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

l'allotissement⁵, à la durée du contrat, aux prix⁶, à l'exécution financière du contrat⁷ et à la sous-traitance⁸.

Sur le plan organique, le marché de partenariat peut être conclu par tout acheteur, à l'exception des organismes, autres que l'État, relevant de la catégorie des administrations publiques centrales (ODAC) dont la liste est fixée par arrêté⁹, ainsi que des établissements publics de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique¹⁰. Toutefois, l'Etat peut conclure un tel contrat pour le compte de ces personnes publiques à la double condition que le ministre de tutelle ait procédé à l'instruction du projet et que l'opération soit soutenable budgétairement.

Les acheteurs ont désormais également la possibilité de conclure « un accord-cadre de partenariat » ayant pour objet d'« établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées »¹¹. L'accord-cadre de partenariat obéit aux mêmes conditions de passation que les marchés de partenariat.

L'évaluation préalable du mode de réalisation du projet (EMRP) et l'étude de soutenabilité budgétaire sont effectuées au moment de la passation de l'accord-cadre de partenariat.

Les marchés subséquents sont ensuite conclus conformément aux dispositions de l'article 79 du décret du 27 mars 2016¹².

1.2. Un contrat consacrant un financement principalement privé des investissements

En tant que contrat à paiement public différé, le marché de partenariat implique un financement principalement privé pour l'ensemble des opérations à réaliser.

Le titulaire est en effet rémunéré par l'acheteur, sous forme de «loyers», à compter de la mise à disposition des ouvrages construits. Le paiement est ainsi dit «différé» parce qu'il rémunère les prestations commandées par l'acheteur, à partir de l'achèvement des travaux. Cette modalité de rémunération suppose donc un préfinancement privé mis en place par le titulaire du contrat (*voir les modalités de rémunération au point 6*).

⁵ Article 32 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et article 12 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

⁶ Articles 16 et 19 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

⁷ Articles 59 et 60 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et articles de 109 à 132 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

⁸ Article 62 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et articles de 133 à 137 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

⁹ Arrêté du 6 septembre 2012 modifiant l'arrêté du 28 septembre 2011 fixant la liste des organismes divers d'administration centrale ayant interdiction de contracter auprès d'un établissement de crédit un emprunt dont le terme est supérieur à douze mois ou d'émettre un titre de créance dont le terme excède cette durée

¹⁰ Article 71 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

¹¹ Article 4 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

¹² Cf. fiche technique relative aux accords-cadres

Toutefois, l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit une possibilité de financement public qui peut émaner de l'acheteur public et d'autres personnes publiques. Ce financement peut notamment prendre la forme d'une participation minoritaire de la personne publique au capital de la société titulaire, spécialement constituée pour la réalisation du projet¹³. L'enjeu principal est de renforcer l'implication de la personne publique dans la gouvernance de la société de projet. Cette participation lui permet, en outre, de bénéficier de l'expérience opérationnelle de son partenaire privé.

La participation de l'acheteur au financement du projet peut également prendre la forme de versements à titre d'avances et d'acomptes¹⁴, sans que ces versements ne puissent être systématiques ou généralisés, sous peine de dénaturer le principe même du marché de partenariat.

1.3. Un contrat global

Le marché de partenariat est un contrat global ayant pour objet de confier à son titulaire plusieurs missions à des stades différents de la réalisation du projet. Cette mission globale comprend deux sous-ensembles : les missions principales obligatoires et les missions complémentaires¹⁵.

Les missions principales obligatoires constituent le « noyau dur » des opérations qui doivent être confiées au titulaire du contrat. Elles englobent tout ou partie du financement, ainsi que la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement, la destruction d'ouvrages ou d'équipements voire de biens immatériels, nécessaires au service public ou à une mission d'intérêt général.

Dans le cadre des missions complémentaires, le titulaire du contrat peut se voir confier tout ou seulement une partie de la mission de conception. L'un des principaux intérêts du marché de partenariat et des contrats globaux en général est d'associer la conception à la réalisation pour une meilleure efficacité du contrat¹⁶. Cependant, dans l'hypothèse où seulement une partie de la conception serait confiée au titulaire du marché de partenariat, l'acheteur est autorisé à déroger au principe de l'unité de la mission de base, prévu à l'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 (dite « loi MOP »). Il s'agit de permettre à l'acheteur de partager la mission de conception entre le titulaire et une équipe de maîtrise d'œuvre.

En outre, les missions complémentaires peuvent porter sur l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages ou de biens immatériels. De même, l'ordonnance du 23 juillet 2015 consacre la possibilité de déléguer la gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice d'une mission de

¹³ Article 80 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et article 160 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

¹⁴ Article 83 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

¹⁵ Article 67 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

service public. Toutefois, la gestion d'une mission de service public dans un marché de partenariat ne peut être qu'accessoire à la construction de l'équipement.

1.4. Un contrat comportant un engagement en termes de performance

Les objectifs de performance jouent un rôle décisif dans le choix du marché de partenariat. En effet, la rémunération du titulaire est étroitement liée à des critères de performance qui lui sont assignés par l'acheteur pour chaque phase du contrat. Cela permet de diminuer sa rémunération en cas de sous-performance. Le cocontractant est ainsi intéressé aux performances de l'ouvrage et assure une exécution efficace du contrat. Par exemple, le recours au marché de partenariat peut être particulièrement intéressant dans le domaine des réseaux de chaleur et de l'éclairage public, domaines permettant de faire des économies d'énergie importantes.

2. Quelle est la durée du marché de partenariat ?

Les textes ne fixent aucune durée minimale ou maximale du marché de partenariat. En général, le marché de partenariat est conclu pour une période relativement longue, de l'ordre de 15 à 25 ans. Le terme du contrat doit être fixé en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues¹⁷.

3. Quelles sont les conditions préalables au lancement de la procédure de passation d'un marché de partenariat ?

3.1. Etudes et avis préalables :

Le lancement de la procédure de passation d'un marché de partenariat est précédé par une phase d'instruction qui comprend l'évaluation préalable des modes de réalisation du projet (EMRP) (1) et l'étude de soutenabilité budgétaire¹⁸ (2). Dans le cadre spécifique des marchés de partenariat passés pour le compte des acheteurs non autorisés, l'instruction du projet est menée par le ministre de tutelle.

3.1.1. Evaluation préalable du mode de réalisation du projet et avis de l'organisme expert

Quel que soit le montant de l'opération à réaliser, la passation des marchés de partenariat ou des accords-cadres de partenariat est obligatoirement précédée par une EMRP¹⁹. Elle permet à la personne publique, grâce à une présentation du projet et à un comparatif en coût complet des différents montages contractuels envisageables pour le réaliser, d'assurer que l'outil de commande publique choisi est le mieux adapté au projet envisagé²⁰. L'EMRP

¹⁷ Article 144 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

¹⁸ Article 74 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

¹⁹ Article 147 et 150 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

²⁰ Article 24 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

doit aboutir à une comparaison objective et complète, en l'état des connaissances du montage du projet et des prévisions établies par l'acheteur.

Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public ou privé, cette évaluation doit également comporter une analyse de la compatibilité du projet avec la politique immobilière de l'acheteur.

L'organisme expert, la Mission d'Appui au Financement des Infrastructures, placé auprès du ministre chargé de la réglementation de la commande publique²¹ rend un avis sur l'EMRP. La Mission se prononce dans un délai de six semaines à compter de sa saisine. Au-delà de ce délai et à défaut de réponse expresse, l'avis est réputé favorable.

3.1.2. L'étude de soutenabilité budgétaire et avis des services du ministre chargé du budget

L'étude de soutenabilité budgétaire est réalisée en même temps que l'EMRP, à partir d'un scénario de référence commun et partagé afin d'assurer la cohérence des deux études. Dans un souci de bonne gestion des deniers publics, l'étude de soutenabilité budgétaire appréhende tous les aspects financiers du projet.

L'étude de soutenabilité budgétaire comprend cinq éléments obligatoires :

- le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle,
- l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son effet sur la situation financière,
- l'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur,
- ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan,
- une analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat.

Un avis motivé doit être rendu par le ministre chargé du budget²². Ce dernier se prononce dans un délai de six semaines à la suite de sa saisine. Au-delà de ce délai et à défaut de réponse expresse, l'avis est réputé favorable.

3.2. Les conditions de recours

Pour engager la procédure de passation d'un marché de partenariat, l'acheteur doit démontrer que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable que celui des autres modes de réalisation du projet (1) et que la valeur du marché dépasse un seuil fixé par voie réglementaire (2)²³.

²¹ Article 76 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et l'article 153 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

²² L'instruction est assurée par la DRFIP ou la DDFIP pour les projets des collectivités territoriales.

²³ Article 75 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

3.2.1. Le bilan favorable

Le bilan est établi à partir des éléments développés dans l'EMRP dont il est la conclusion logique.

Pour l'établissement du bilan, l'acheteur doit notamment tenir compte de ses propres capacités à conduire l'opération, mais aussi des caractéristiques du projet lui-même.

Le bilan doit permettre de comparer toutes les montages contractuels envisageables et de démontrer la pertinence du choix contractuel retenu. Il répond désormais à une appréciation globale fondée sur une approche qualitative et doit établir que le recours au marché de partenariat présente plus d'avantages que celui des autres montages de la commande publique (contrat de concession, marché public « classique »).

Le bilan fait l'objet d'une appréciation globale. Il tient compte de critères relatifs notamment au transfert de la maîtrise d'ouvrage (a), aux contours des missions confiées au titulaire (b), au partage des risques avec le titulaire du contrat (c) et au coût du projet (d)²⁴, sans qu'il soit nécessaire que chaque critère pris individuellement démontre un bilan favorable. C'est globalement que l'appréciation du bilan favorable doit être portée.

a) L'appréciation de l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage

L'acheteur doit expliciter les avantages attendus et plus largement les conséquences du transfert de la maîtrise d'ouvrage au titulaire pour la conduite opérationnelle du projet. Il apprécie les avantages et inconvénients du transfert de la maîtrise d'ouvrage par rapport à l'étendue des missions susceptibles d'être confiées, à la complexité de l'opération, aux capacités, compétences et moyens dont il dispose. En effet, le transfert de maîtrise d'ouvrage au titulaire constitue l'un des éléments de la définition du marché de partenariat au sens de l'article 67 I de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

En marché de partenariat, la personne publique garde le contrôle stratégique de son projet (définition du programme fonctionnel des besoins, opportunité et faisabilité de l'opération, localisation du site etc.) et confie au titulaire la maîtrise opérationnelle du projet (traduction des besoins du programme par une proposition architecturale, technique et fonctionnelle, élaboration avec les équipes d'architectes et bureaux d'études de l'Avant-Projet-Sommaire, de l'Avant-Projet-Détaillé et du Projet [PRO], responsabilité de l'obtention des autorisations administratives, réalisation des études d'exécution, etc...). La répartition de ces missions et le périmètre des missions confiées au titulaire doit faire l'objet d'une appréciation fine, au cas par cas.

²⁴ Article 152 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

b) L'appréciation du périmètre des missions susceptibles d'être confiées

L'acheteur doit décrire avec précision l'étendue des missions qu'il entend confier au titulaire et expliquer l'intérêt du périmètre choisi au regard des objectifs et exigences suivants : optimiser le coût global du projet et les délais de réalisation, imposer des objectifs de performance et/ou maîtriser la complexité d'ensemble de l'opération.

L'acheteur doit également prévoir le schéma dans lequel le titulaire du contrat est autorisé à réaliser des prestations annexes pour autrui afin de générer des recettes de valorisation. Pour apprécier le périmètre de ces activités, il incombe à l'acheteur de s'assurer notamment que le montant du « loyer » est inférieur à celui qu'il aurait dû verser en l'absence de ces revenus.

c) Des modalités de partage de risques

Les risques doivent être recensés et répartis entre les différents acteurs.

La nature des risques varie selon la phase du projet à laquelle ils se rapportent (le risque de conception, le risque de construction, le risque lié au respect des délais et de l'enveloppe financière, celui lié à la disponibilité de l'ouvrage, au respect des objectifs de performance énergétique de l'ouvrage, à la qualité des prestations et le risque de maintenance). Ces risques peuvent être permanents ou liés à une phase du projet.

Dans un sens large, l'acheteur doit identifier les principaux risques internes (le risque opérationnel, etc...) et externes (le risque d'évolution du cadre légal et réglementaire, etc...) au contrat.

Après recensement, l'acheteur doit justifier leur répartition avec le titulaire du marché. La répartition des risques dépend tout particulièrement de la nature du projet, de ses caractéristiques techniques et des aléas qui peuvent affecter sa réalisation. L'acheteur doit chercher un équilibre dans le partage des risques et prendre en compte divers mécanismes de transfert de risque ainsi que les surcoûts ou garanties associées permettant de couvrir tout ou partie des risques.

Enfin, l'acheteur doit mesurer les conséquences du partage des risques tant sur la répartition des responsabilités à assumer avec son cocontractant que sur l'évaluation du prix à payer. Certains transferts de risques ne sont pas pertinents et risquent de renchérir inutilement le coût du contrat.

d) L'appréciation du coût global du projet

Le marché de partenariat repose sur un financement privé de tout ou partie des investissements, généralement plus coûteux qu'un financement budgétaire adossé à un

endettement direct de la personne publique, compte tenu notamment des coûts de structuration.

Afin d'apprécier le coût global du projet, il est nécessaire que l'acheteur produise une analyse précise des conditions de financement attendues pour le projet de marché de partenariat ainsi que des éventuels leviers de son optimisation.

L'appréciation du critère du coût global doit permettre de démontrer, que dans le cas où le mode privé de financement est plus onéreux que le financement public, cet inconvénient est compensé par des économies générées ailleurs pour l'acheteur.

3.2.2. Le seuil de recours au marché de partenariat

L'ordonnance du 23 juillet 2015 introduit le principe d'un seuil minimal de recours au marché de partenariat²⁵, variable 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.

Ainsi, l'article 151 du décret du 27 mars 2016 prévoit :

Montant minimal	Objet principal du marché de partenariat
2 M€ HT	<ul style="list-style-type: none"> a) Biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages; b) Lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs ;
5 M€ HT	<ul style="list-style-type: none"> a) Ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement ; b) Ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend pas l'exploitation-maintenance ;
10 M€ HT	Tous les autres cas.

Conformément à l'article 151 du décret du 27 mars 2016, la valeur du marché de partenariat est évaluée en tenant compte de la rémunération du titulaire versée par l'acheteur, et, le cas

²⁵ Article 75 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

échéant, des revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine et des éventuels concours publics.

3.2.3. Autorisation préalable au lancement de la procédure

Le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat doit être précédé par une autorisation préalable émanant de l'autorité compétente. Pour les projets de l'Etat, les ministres chargés du budget et de l'économie donnent leur autorisation dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de l'EMRP et des avis obligatoires émis dans le cadre de l'instruction du projet. Lorsque ces avis sont tacites, le délai d'un mois court à compter de la date à laquelle ceux-ci sont réputés acquis. Au-delà de ce délai et à défaut de réponse expresse, l'accord des ministres chargés du budget et de l'économie est réputé acquis.

Pour les établissements publics de l'Etat, l'autorisation est accordée par l'organe délibérant, suite à la réception des études et avis obligatoires prévues dans la phase d'instruction.

Enfin, l'autorisation préalable pour les acheteurs non autorisés est rendue par les ministres chargés du budget et de l'économie²⁶.

4. Quelles sont les procédures de passation ?

Les procédures de passation des marchés de partenariat obéissent aux mêmes règles procédurales que celles relatives aux marchés publics « classiques »²⁷.

Toutefois, les règles de passation des marchés de partenariat ayant pour objet de confier au titulaire tout ou partie de la mission de conception d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels, obéissent à des conditions particulières. Dans ce cas de figure, la qualité des ouvrages à construire doit obligatoirement constituer l'un des critères d'attribution du marché. De même, les offres présentées par les soumissionnaires doivent comporter un projet architectural²⁸.

5. Quelles sont les obligations relatives à l'achèvement de la procédure?

5.1. Accord préalable à la signature

Après l'achèvement de la procédure de passation, le projet de marché de partenariat est transmis aux autorités compétentes qui doivent donner leur accord préalable à la signature du marché²⁹. Pour l'Etat, cet accord doit émaner des ministres chargés du budget et de l'économie statuant dans un délai d'un mois après la réception du projet de marché de partenariat. Au-delà de ce délai, et à défaut de réponse expresse, l'accord est réputé acquis.

²⁶ Article 155 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

²⁷ Article 42 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et articles 25 à 27 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

²⁸ Article 158 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

²⁹ Article 78 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et l'article 156 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

Pour les établissements publics de l'Etat, le marché ne peut être signé qu'après l'accord des ministres chargés du budget, de l'économie et du ministre de tutelle. Au-delà d'un mois à compter de la réception du projet de marché de partenariat et à défaut d'un accord exprès, l'accord de chacun des ministres est réputé acquis.

Pour les acheteurs non autorisés, la signature ne peut intervenir qu'après l'accord exprès des ministres chargés du budget et de l'économie.

Enfin, l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou l'organe délibérant pour l'établissement public local, donne son accord pour la signature du marché, éventuellement après avis de l'organisme expert, qui peut aussi être sollicité à ce stade. Dans ce cas, ce dernier peut à son tour requérir l'avis des services du ministre chargé du budget sur la soutenabilité budgétaire du contrat.

5.2. La signature du marché de partenariat et transmission à l'organisme expert

Les ministres de tutelle sont chargés de signer les marchés de partenariat pour le compte des acheteurs non autorisés. Toutefois, à compter de la signature, toutes les obligations contractuelles pèsent sur ces acheteurs.

A la suite de leur signature, les marchés de partenariat et leurs annexes sont obligatoirement transmis à l'organisme expert³⁰.

6. Quelles sont les modalités de rémunération du titulaire ?

Le titulaire du marché de partenariat est rémunéré à compter de l'achèvement des travaux, par un prix payé par l'acheteur, étalé sur toute la durée du contrat. Le versement des « loyers » commence après la mise à disposition de l'ouvrage. Toutefois, afin de faciliter l'exécution du contrat, l'article 83 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ouvre la possibilité de procéder à des versements anticipés, dès la phase de construction. Les avances et acomptes visés dans le texte recouvrent les notions de « pré-loyers » ou « avances sur loyers » prévus dans les contrats.

La rémunération du cocontractant est obligatoirement liée à des objectifs de performance qui lui sont assignés³¹, afin de répondre au mieux aux besoins de l'acheteur.

Le montant de la rémunération est déterminé dans les conditions fixées par le contrat et tient compte des coûts d'investissement, de fonctionnement, de financement et le cas échéant des revenus issus des activités annexes³². Le contrat peut préciser, le cas échéant, la possibilité pour le titulaire de générer des recettes annexes grâce à des activités accessoires

³⁰ Article 79 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

³¹ Article 83 I de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

³² Article 161 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

ou en valorisant le domaine³³. Cette possibilité permet de diminuer le montant de la rémunération versée par l'acheteur et de réduire le coût du projet qu'il doit supporter.

Le contrat doit également prévoir les modalités d'ajustement de la rémunération en cas de modification des conditions de financement non prévue dans le plan de financement initial³⁴.

Le titulaire du marché de partenariat peut céder à un établissement tiers la créance liquide et exigible dont il dispose sur l'acheteur dans les conditions prévues aux articles L. 313-29-1 et suivants du code monétaire et financier³⁵. Toutefois, la créance cédée ne peut dépasser 80% de la rémunération due par l'acheteur au titre des coûts d'investissement et des coûts de financement³⁶.

7. Comment s'articulent les règles relatives aux marchés de partenariat avec le droit de la domanialité?

L'ordonnance du 23 juillet 2015 supprime les montages « aller-retour » tels que les BEA, AOT-LOA comme outils de la commande publique. Un contrat d'occupation domaniale ayant pour objet de répondre à un besoin de la personne publique en matière de travaux, de fournitures ou de services ne peut être passé que sous la forme d'un contrat de la commande publique.

Lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation pour sa durée dans la limite et conditions définies par les clauses du contrat. Le marché de partenariat comportera en conséquence des clauses régissant l'occupation du domaine, étant précisé que les droits d'occupation consentis au titulaire, qu'il s'agisse ou non des droits réels, devront respecter les principes généraux régissant le droit public des biens tels qu'ils sont définis par le code général de la propriété des personnes publiques.

Le titulaire, sauf stipulations contraires du contrat, détient des droits réels sur les ouvrages et sur les équipements à construire. Lorsque des droits réels sont consentis au titulaire du marché, ces droits lui confèrent des prérogatives et les obligations du propriétaire dans les conditions et limites définies par le contrat. Toutefois, dans le cadre des droits réels consentis sur le domaine public, le titulaire est tenu de respecter l'affectation du bien à l'utilité publique, c'est-à-dire à l'usage direct du public ou à un service public³⁷.

Afin de valoriser le domaine public, l'acheteur peut autoriser le titulaire à consentir des autorisations d'occupation du domaine public et, pour les biens appartenant au domaine

³³ Article 83 II de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

³⁴ Article 162 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

³⁵ Article 84 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

³⁶ Article L. 313-29-2 du code monétaire et financier

³⁷ Article 85 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

privé, conclure des baux de droit privé et y constituer des droits réels à durée limitée. Un accord formulé expressément par l'acheteur est requis pour chaque autorisation ou bail qu'il soit ou non constitutif de droits réels.

Enfin, l'acheteur peut autoriser le titulaire à céder des biens appartenant au domaine privé qui lui auraient été préalablement transférés en pleine propriété.

La durée des baux consentis peut être supérieure à celle du contrat principal. Dans ce cas précis, à la fin du marché de partenariat, l'acheteur se substitue au titulaire dans ses relations contractuelles avec les tiers. Toutefois, les conditions de reprise du bail doivent figurer dans une convention à part, conclue entre l'acheteur, le titulaire, le preneur et, le cas échéant, le propriétaire du domaine³⁸.

8. Quelles sont les modalités de contrôle du titulaire dans l'exécution du contrat ?

8.1. Les différentes phases de contrôle

L'exécution du contrat fait l'objet d'un contrôle renforcé.

Chaque phase d'exécution des missions confiées (par exemple, phase de construction, phase d'exploitation) est contrôlée en deux temps : après le commencement de la phase d'exécution et à la fin.

A titre d'exemple, dans le cadre d'une mission de construction, le premier contrôle intervient après le début de l'exécution. L'acheteur doit suivre l'avancement des travaux, apprécier les coûts d'exploitation, la qualité de l'exécution des prestations de service ainsi que l'état de l'ouvrage et sa valeur patrimoniale. L'achèvement des travaux donne lieu à un second contrôle consistant à évaluer la qualité des ouvrages construits et leur conformité au programme fonctionnel, au financement, aux coûts et aux délais définitifs de construction.

8.2. Le rapport annuel

Afin d'assurer le contrôle de l'exécution du marché de partenariat, l'ordonnance du 23 juillet 2015 oblige le titulaire à produire un rapport annuel qu'il adresse à l'acheteur dans les quarante-cinq jours suivant la date anniversaire de la signature du contrat³⁹. Il comprend notamment les données comptables, économiques et financières pour l'année civile et permet d'effectuer une comparaison entre l'année qu'il retrace et la précédente.

Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, le rapport annuel, établi par le titulaire, ainsi que les comptes rendus des contrôles menés par l'acheteur, sont transmis à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant.

³⁸ Article 86 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

³⁹ Article 88 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

9. Quels sont les droits du titulaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge ?

En cas de fin anticipée du contrat, l'article 89 de l'ordonnance prévoit la possibilité, pour le titulaire, de demander l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'acheteur. Ce principe s'applique même en cas de nullité du contrat, c'est-à-dire en cas de disparition rétroactive. Parmi les dépenses engagées, le titulaire peut notamment prétendre à l'indemnisation des frais financiers liés au financement du projet. Ces frais comprennent, le cas échéant, les coûts afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat, à l'exclusion de toute somme s'apparentant à des pénalités de remboursement anticipé ou à un manque à gagner. Toutefois, pour que ces frais financiers soient pris en compte, le contrat doit mentionner, dans ses annexes, les clauses liant le titulaire aux établissements bancaires⁴⁰.

Lorsque le marché de partenariat prévoit une clause indemnitaire, elle présente un caractère divisible des autres stipulations contractuelles et peut survivre en cas d'annulation, de résolution et de résiliation du contrat⁴¹.

⁴⁰ Article 89 I de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

⁴¹ Article 89 II de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015