



La durée des contrats de partenariat

Si les contrats de partenariat comportent nécessairement des clauses relatives à la durée, les parties semblent cependant disposer d'une relative liberté concernant les critères de détermination de cette durée et l'obligation de retenir une durée globale ferme.

Si la durée est évidemment l'une des principales artères qui alimentent le cœur de tout contrat public d'affaires, il est tout aussi bien entendu qu'elle se fixe toutefois de façon quelque peu différente selon le type de contrats concernés. La durée des contrats de partenariat n'y échappe sans doute pas : elle répond à une logique qui se distingue de celle qui anime la durée des délégations de service public, des marchés ou des concessions de travaux. Et c'est sûrement vrai aussi de celle que renferment les montages qui ont sinon toutes les caractéristiques (ou presque) des contrats de partenariat et dont on dit la vie menacée : les baux emphytéotiques administratifs « aller-retour » et autres autorisations d'occupation temporaire du domaine public auxquelles est attachée une location avec option d'achat. Si cette logique propre à la durée des contrats de partenariat s'exprime principalement sur un terrain économique et financier, elle n'est toutefois pas étrangère au droit. Les textes qui encadrent la durée des contrats de partenariat présentent en effet des spécificités certaines, et insufflent en la matière une liberté sans doute plus grande qu'ailleurs ; même s'il n'est pas encore possible d'apprécier si cela tient (aussi) à la jeunesse – il est vrai maintenant relative – des contrats de partenariat, ou si cela tient (uniquement) à leur nature profonde. En témoignent, notamment, les questions qui entourent les critères de détermination de la durée du contrat de partenariat, et celles qui entourent l'obligation de lui donner une durée globale ferme.

Les critères de détermination de la durée

Il est acquis qu'un contrat de partenariat « comporte nécessairement des clauses relatives à sa durée »^[1], et que la « période » du contrat doit être « déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements

Auteur

Alexandre Vandepoorter
Avocat, Seban et associés

Mots clés

Amortissement • Contrat de partenariat • Délégation de service public • Durée globale ferme • Modalités de financement

[1] Article 11 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; CGCT, art. L. 1414-12.

ou des modalités de financement retenues »^[2]. La formule correspond sans doute bien à la logique des contrats de partenariat, contrats de longue durée qui couvrent nécessairement, tout à la fois, des prestations de construction et d'entretien/maintenance, ainsi que des prestations de financement. Mais si la formule est sans doute claire dans son énoncé de principe, elle suscite toutefois la réflexion à bien des égards. Déjà, la conjonction de coordination « ou » interroge, ne serait-ce qu'en égard à la circonstance que l'amortissement d'un bien peut être en partie lié aux modalités retenues pour le financer. Les deux critères eux-mêmes suscitent par ailleurs bien des interrogations. Et, contrairement à ce qu'il advient d'autres contrats publics plus anciens, les juridictions administratives n'ont pas (encore) eu l'occasion d'y apporter des réponses^[3]. Et la doctrine est peu bavarde sur le sujet.

Sur le critère « amortissement », beaucoup considèrent toutefois qu'il convient de raisonner par analogie avec ce qu'il advient de la durée des délégations de service public. On le sait, la durée de la délégation de service public est déterminée en considération « de la nature et du montant de l'investissement à réaliser », sachant qu'elle ne peut « dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre »^[4]. Et on sait aussi maintenant que l'amortissement doit être entendu dans une acceptation moins artificielle que la seule acceptation purement comptable : « la durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements »^[5]. Par analogie, il faudrait en conséquence considérer que la durée du contrat de partenariat peut être ainsi appréciée en considération de sa « véritable économie »^[6].

Mais c'est sans doute précisément à raison de cette lecture plus globale de l'amortissement que l'analogie suscite la réserve. À tout le moins, l'exercice qui consiste à identifier la durée (optimale) d'un contrat de partenariat devrait se distinguer de celui qui est employé pour les délégations de service public ; et ce précisément parce que l'économie du contrat de partenariat ne répond pas à la même logique que celle des délégations de service public. C'est déjà vrai des prestations prises en charge par les opérateurs, qui ne sont pas toutes de même nature. Et c'est peut-être bien le cas aussi du sort des ouvrages, en

cours et au terme du contrat, qui peut être différent. Pour certains, l'exercice serait en conséquence plus compliqué dans le contrat de partenariat : « les critères pour fixer la durée du contrat de partenariat sont plus sophistiqués que dans la délégation de service public car dans ce type de contrat il y a une problématique de biens de retour, ce qui n'est pas nécessairement le cas ici »^[7]. Surtout, la nature du contrat de partenariat se distingue sur le terrain du partage des risques et des recettes attendues par l'opérateur, lesquels sont en principe entourés d'une moins grande incertitude, à tout le moins une fois que les ouvrages ont été acceptés par la personne publique. Or, il s'agit là naturellement de considérations essentielles dans l'économie générale d'un contrat. Pour autant, il n'y aurait probablement pas de raison de penser que le contrat de partenariat offre plus de liberté concernant sa durée que n'en offrent d'autres contrats. Mais c'est sans compter l'autre critère (alternatif) qui permet d'identifier la durée du contrat de partenariat.

Sur le critère attaché aux « modalités de financement retenues », le sujet demeure en effet très ouvert. L'ouverture tient à la circonstance que les modalités de financement qui peuvent être retenues sont diverses (financement dit « corporate », en crédit-bail ou financement de projet par la voie d'une cession Dailly) et que les paramètres qui entourent un financement sont par ailleurs aussi nombreux qu'hétérogènes (ratio fonds propres/dettes, volume de la participation publique via des avances sur loyers versées en cours de travaux...). De ce point de vue, il se comprend sans peine que « la référence à un critère de détermination de la durée consistant à prendre en considération les modalités de financement retenues confère une liberté accrue aux parties »^[8]. L'enjeu est sans doute alors d'apprécier jusqu'où cette liberté donnée peut s'arrêter.

Sous l'angle de la « moindre » durée, il paraît possible de fixer une durée du contrat « qui soit plus courte que celle liée à l'amortissement des investissements, quitte à verser au partenaire une indemnité de fin de contrat prenant en compte la valeur résiduelle des investissements ou, de manière générale, l'ensemble des frais financiers liés au dénouement du contrat, ou quitte, pour la personne publique, à reprendre la charge des emprunts souscrits par le partenaire »^[9]. La pratique ne semble toutefois pas avoir souvent sollicité cette voie.

Sous l'angle opposé, la durée des contrats de partenariat n'est pas limitée par un plafond, comme il advient de certaines délégations de service public^[10]. La raison précise de cette distinction particulière n'apparaît pas

[2] Article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 ; CGCT, art. L. 1414-1.

[3] F. Tenailleau, S. Weill, « Les contrats de partenariat : 10 ans de jurisprudence », *JCP A* 22 septembre 2014, p. 2267.

[4] CGCT, art. L. 1411-2.

[5] CE 11 août 2009, Société Maison Comba, req. n° 303517.

[6] F. Brenet, « La détermination de la durée des délégations de service public », *RJEP*, n° 672, février 2010.

[7] N. Saint-Pulgent, S. Lagumina, « Le contrat de partenariat : nouvel outil de gestion publique », *Contrats et marchés publics*, n° 12, décembre 2004.

[8] L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz, *Droit public des affaires*, Lamy, 2013, par. 4611.

[9] *Ibid.* Dans le même sens, *Guide méthodologique de la Mission d'appui pour les partenariats public-privé*.

[10] CE 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet, req. n° 271737.

clairement, et peut surprendre à certains égards. D'autant qu'il est des montages « complexes » qui sont de nature semblable à celle du contrat de partenariat et qui sont en revanche encadrés dans des durées plafonnées ; et ce au titre du principe d'inaliénabilité du domaine public ou, à tout le moins, au titre de la protection des propriétés publiques^[11]. Il faut penser aux montages « aller-retour » assis sur un bail emphytéotique administratif, qui ne peut excéder 99 ans^[12], ou sur une autorisation d'occupation du domaine public constitutive de droits réels, qui ne peut excéder 70 ans^[13]. Le sort des contrats de partenariat est donc différent, et ce alors même qu'ils peuvent tout autant emporter un transfert de droit réel au profit du partenaire sur des dépendances du domaine public^[14]. Au-delà, il faut rappeler qu'il est même possible d'autoriser le titulaire du contrat de partenariat « à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé, et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée », « pour une durée excédant celle du contrat de partenariat »^[15] ; circonstance qui n'est évidemment pas anodine, puisque ces baux et droits du propriétaire qui peuvent être ainsi cédés par l'opérateur sont pour lui autant de recettes complémentaires qui viennent donc en principe immédiatement affecter l'économie du contrat.

Il n'est donc pas absurde de conclure sur une relative liberté accordée aux parties concernant les critères de détermination de la durée : elle peut être fixée en considération de la nature et du volume des investissements à réaliser, des services que le partenaire doit satisfaire une fois les ouvrages construits, notamment les programmes de gros entretien/renouvellement ; mais elle peut donc aussi, ou autrement, être déterminée en considération du mode de financement retenu par l'opérateur. Et cette liberté attachée à la détermination de la durée, précisément parce qu'elle trouve sa source dans la globalité de la mission donnée au partenaire et dans le mode de financement qu'il retient pour la satisfaire, s'exprime peut-être en conséquence aussi sur le terrain de l'obligation de retenir une durée (globale) ferme.

L'obligation de retenir une durée (globale) ferme

Il est entendu que la durée des contrats de partenariat ne peut pas être indéterminée, comme il peut sans doute

advenir de certains contrats publics^[16]. À tout le moins, on le disait, le contrat doit comporter des clauses relatives à sa durée. Mais il n'est pas absurde de penser que cette durée peut n'être que déterminable, et non pas nécessairement une durée intangible au jour de la signature du contrat. La vie du contrat de partenariat, contrat global de longue durée, pose sans doute en effet des ouvertures sur le sujet. La vie du contrat de partenariat est, on le sait, marquée par deux périodes essentielles : la phase de construction et la phase dite d'exploitation, la première s'achevant à la date d'acceptation des ouvrages par la personne publique, concrètement à la livraison effective des ouvrages.

Il est évident que la durée de la phase de construction ne peut être fixée à la signature du contrat que par la voie d'un pari sur l'avenir : elle correspond à la durée des travaux sur laquelle le partenaire s'engage, mais s'engage sous réserve qu'une cause exonératoire (force majeure ou causes légitimes) n'ait pas pour effet de la prolonger quelque peu. Et il est tout aussi bien acquis que la période d'exploitation est essentielle puisque c'est uniquement à compter de l'acceptation effective des ouvrages que le partenaire perçoit sa rémunération (les loyers), et c'est uniquement sur cette période que le remboursement de son investissement va être lissé. D'où l'enjeu du sujet : si la durée globale du contrat est une durée ferme (de telle manière qu'il puisse être inscrit dans le contrat la date exacte d'extinction du contrat), un retard dans la livraison des ouvrages (faufaitif ou non) emporte fatalement une diminution de la durée de la phase d'exploitation.

Un tel dispositif présente un intérêt certain pour la personne publique. D'abord, une durée globale ferme lui permet de connaître la date exacte d'extinction du contrat. Ensuite, elle renforce la « pression » exercée sur le partenaire pour qu'il respecte ses engagements en termes de livraison des ouvrages : outre les pénalités de retard qui peuvent être mises à sa charge (en cas de retard faufaitif), le partenaire sait, non seulement qu'il ne percevra sinon pas à la date initialement prévue les loyers qui couvrent sa rémunération au titre de son investissement, mais aussi et surtout qu'il pourrait ne pas percevoir tous les loyers dus au titre de son investissement, puisque les loyers sont répartis sur la durée de la phase exploitation. Il est à peine utile de dire que le sentiment des opérateurs à l'endroit du dispositif est radicalement opposé : ils dénoncent logiquement la triple peine dont ils seraient sinon les victimes. Pour éviter cet écueil, il est évidemment possible de distinguer selon que le retard est faufaitif ou non : si le retard est le fruit d'une cause exonératoire, il peut être envisagé que les loyers non versés à la date initialement convenue puissent être rattrapés ensuite (concrètement, sur le premier loyer effectivement versé) ; et il peut être envisagé que les conséquences financières des retards attachés à ce versement différé des loyers soient supportées (pour partie) par la personne publique. Mais la triple peine demeure en cas de retard faufaitif. Or, elle est bien souvent incompatible

[11] Cons. const., décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994.

[12] CGCT, art. L. 1311-2, qui renvoie à l'article L. 451-1 du Code rural.

[13] CG3P, art. L. 2122-6 pour l'Etat et article L. 1311-5 du CGCT pour les collectivités territoriales.

[14] Article 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 ; CGCT, art. L. 1414-16.

[15] Article 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 ; CGCT, art. L. 1414-16.

[16] Voir dans ce numéro A. Boullault, A. Vandepoorter, « Les contrats publics à durée indéterminée », p. 61

avec les modalités de financement retenues par le partenaire, à tout le moins lorsqu'un financement de projet par la voie d'une cession Dailly est sollicité : elle fait porter un aléa sur les créances (en principe) irrévocables des prêteurs, puisque cédées et acceptées⁽¹⁷⁾. Sauf à admettre un rattrapage des loyers quels que soient les motifs du retard, le dispositif renferme donc quelques écueils. Il est alors souvent envisagé de ne retenir qu'une durée ferme sur la phase exploitation : la phase de construction renferme une durée prévisionnelle ; et s'il est un retard sur cette durée, la durée d'exploitation en est d'autant prolongée, sans qu'elle ne soit donc diminuée. Mais, on le voit, dans ce cas de figure la durée globale exacte du contrat n'est pas déterminée. Cette solution est utilisée en pratique, et elle est envisagée par la Mission d'appui pour les contrats de partenariat⁽¹⁸⁾.

Il reste à savoir qui, de la personne publique ou du partenaire, fixe la durée du contrat. Naturellement, s'agissant d'un acte consensuel, il faut croire que ce sont les deux parties qui s'accordent sur la durée. La difficulté est ailleurs : il s'agit de savoir si la personne publique doit imposer d'emblée une durée pour les besoins de la compétition au stade de la procédure de passation du contrat, ou non. Sur ce terrain, on sait que les documents de la consultation (l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de consultation) ne peuvent être muets sur le sujet. Mais il se comprend également sans peine que cette durée peut difficilement être imposée comme une donnée intangible, qui ne serait pas ouverte aux propositions des candidats. Et c'est d'autant plus vrai si un dialogue compétitif a été emprunté : la durée peut être de ces éléments que le pouvoir adjudicateur n'est « objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance », pour reprendre une condition de recours au dialogue compétitif⁽¹⁹⁾.

Dans la pratique, plusieurs solutions ont pu être sollicitées. Il est parfois proposé aux candidats de fixer leur offre respective sur la base d'une durée imposée, mais avec possibilité de proposer une variante. Le dispositif, qui emprunte aux délégations de service public, est

commode à première analyse, mais il peut présenter des difficultés sur le terrain de la comparabilité des offres. Il est aussi possible de demander aux candidats de présenter leur proposition sur la base d'une échelle dans la durée, ou mieux sur la base de plusieurs scénarii de durée. Et, dans ce cas, la personne publique peut affiner, en cours de dialogue, le schéma temporel qu'elle entend retenir et qu'elle imposera au stade des offres finales.

S'il faut conclure sur le sujet abordé en quelques lignes, l'impression demeure qu'il appelle nettement plus des considérations économiques et financières que des considérations proprement juridiques. Mais il en est tout de même. Et, de ce point de vue, les textes donnent en apparence une impression de liberté concernant la détermination de la durée. Elle n'est peut-être qu'une illusion, seule conséquence de ce que les juridictions administratives n'ont pas eu l'occasion, sur la base d'une pratique encore jeune, de préciser le sujet comme elles ont pu le faire d'autres contrats de longue durée, telles notamment les délégations de service public. La marge de manœuvre donnée aux parties en la matière s'affinera donc peut-être dans le futur, notamment pour répondre à la volonté d'utiliser la durée comme un outil d'encadrement de la rémunération des opérateurs auxquels sont confiés ces contrats de partenariat ; contrats dont les critiques auxquelles ils s'exposent reposent précisément pour partie sur la trop belle rémunération qu'ils offriraient à leur titulaire. Mais on retrouvera alors sans doute une autre illusion, à tout le moins s'il faut croire que la durée demeure sans effet significatif sur la rémunération réelle, tant que les composantes de cette rémunération ne sont pas elles-mêmes discutées dans le détail⁽²⁰⁾. La liberté n'est peut-être donc pas à bannir, mais au contraire à maintenir comme un moyen d'identifier la durée optimale pour l'équilibre économique, en principe au cœur du contrat de partenariat.

(17) Code monétaire et financier, art. L. 313-29 et s.

(18) Clausier type de la MAPPP.

(19) CGCT, art. L. 1414-7.

(20) J.-B. Vila, « Recherches sur le rôle de l'amortissement pour rationaliser la rémunération du cocontractant – Cas des délégations de services publics et des partenariats public-privé », *Contrats et Marchés publics*, n° 5, mai 2010, étude n° 5.