

Les dispositions réglementaires spécifiques au marché de partenariat

L'examen de la deuxième partie du décret du 25 mars 2016 consacrée au marché de partenariat révèle que des dispositions - trop rares - tendent à en sécuriser l'utilisation. Cependant, les conditions de recours à ce marché n'apparaissent pas véritablement plus strictes qu'auparavant. Cette nouvelle réglementation va-t-elle faciliter l'utilisation de ces contrats spécifiques ?

À la lecture de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, on pouvait beaucoup attendre de son décret d'application, notamment sur les contrats de partenariat. Et c'est précisément ici que réside l'enjeu du sujet : il ne s'agit pas d'énumérer, aux termes d'une liste exhaustive, l'ensemble des dispositions spécifiques au marché de partenariat que le décret du 25 mars 2016 renferme, mais bien plutôt d'apprécier dans quelle mesure ce décret permet – ou non – de satisfaire les deux objectifs affichés par l'ordonnance au sujet des marchés de partenariat, à savoir d'une part, redorer le blason de cet outil contractuel⁽¹⁾, qui s'était quelque peu terni sous l'empire de son ascendant-le contrat de partenariat public privé – et, d'autre part, encadrer plus strictement les possibilités d'y recourir, afin de sécuriser l'outil et d'éviter ainsi les excès du passé⁽²⁾. Et l'examen de la deuxième partie du décret, relative aux dispositions spécifiques aux marchés de partenariat, révèle à cet égard que si quelques dispositions tendent à sécuriser l'utilisation du marché de partenariat, le recours à cet outil d'exception n'est en revanche quant à lui finalement pas réellement resserré.

La sécurisation de l'utilisation du marché de partenariat : quelques rares nouveautés

Le financement des marchés de partenariat

Le décret du 25 mars 2016 renferme notamment deux sujets qui attirent l'attention, parce qu'ils témoignent de

(1) F. Brennet : « les marchés de partenariat de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : un nouveau départ pour les partenariats publics-privés », *Droit Administratif*, décembre 2015, dossier n° 3.

(2) Fiche d'impact sur le projet d'ordonnance relative aux marchés publics : www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/fiche-impact-volet-legislatif-directives-mp.pdf

Auteur

Astrid Boullaut
Avocat – SCP Seban et associés

Références

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 143 et s.

Mots clés

Critères d'attribution • Efficience • Financement du projet
• Procédures de passation • Seuils

l'objectif d'encadrement du marché de partenariat, et qu'ils portent sur le financement du projet, financement dont on sait qu'il constitue, avec la construction d'un ouvrage ou la réalisation d'un bien immatériel, l'une des deux seules missions qui participent de l'essence même du marché de partenariat^[3]. D'abord, le décret précise un dispositif inscrit dans le marbre par l'article 82 de l'ordonnance, et qui avait été introduit temporairement pour les années 2009 et 2010^[4], aux termes duquel l'acheteur peut autoriser les candidats à présenter des offres finales dans lesquelles les modalités de financement du projet présentent un caractère ajustable. Son article 159 indique ainsi que l'acheteur doit alors le mentionner dans les documents de la consultation, et le principe est donc *a contrario* celui d'une offre de financement ferme. Il y a tout lieu de penser que le dispositif sera sollicité en pratique, non seulement parce qu'il est parfois difficile aux candidats de s'associer, pendant la consultation, à un établissement bancaire qui accepte de manière ferme de financer le projet à hauteur d'un montant ferme^[5], mais aussi et surtout, parce qu'il permet, tant à la personne publique qu'au groupement industriel, de s'associer *in fine* à la banque qui propose les meilleures conditions de financement du projet. Toutefois, le décret indique que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché de partenariat doit, en tout état de cause, présenter un financement définitif dans un délai fixé par la personne publique ; à défaut de quoi, le marché de partenariat ne peut lui être attribué et le soumissionnaire dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne peut alors être sollicité pour présenter le financement définitif de son offre dans le même délai. Et, de ce point de vue, il est clair que l'encadrement de ce dispositif aujourd'hui dans des dispositions réglementaires est de nature à rassurer.

Sur le terrain du financement, le décret renferme également une disposition attachée à la mise en œuvre de la possibilité (nouvelle) pour les acheteurs de participer au capital de la société de projet titulaire du marché de partenariat^[6]. Mais, alors même que cette innovation suscite quelques interrogations (répartition des risques, prévention des conflits d'intérêt, articulation avec la SEMOP...), le décret n'a pas été l'occasion d'y apporter réellement des réponses : il se contente d'indiquer que l'avis d'appel à la concurrence ou à défaut les documents de la consultation doivent mentionner que la participation publique au capital du titulaire est nécessairement minoritaire, et préciser « les principales caractéristiques de la société de projet à constituer ». En considération de ces caractéristiques, les candidats devront alors accompagner leur offre d'un projet de statuts de la société à constituer : c'est donc dire que les statuts devront faire

l'objet d'une négociation ou d'un dialogue, à l'image des autres documents de l'offre, et qu'ils seront donc objet de « compétition » entre les candidats au marché.

Un encadrement plus strict des marchés de partenariat

Pour le reste, les dispositions spécifiques au marché de partenariat s'inscrivent, également, plutôt dans l'objectif d'un encadrement plus strict des marchés de partenariat : le suivi de l'exécution du marché de partenariat est renforcé^[7] ; les personnes qui sont habilitées à autoriser la signature d'un marché de partenariat puis à le signer sont définies selon les types d'acheteurs ; là où, par le passé, le contrat de partenariat devait nécessairement confier une part de son montant à des PME, le décret précise aujourd'hui que cette part est au minimum de 10 % du montant prévisionnel du contrat, hors coût de financement, « sauf lorsque le tissu économique dans le secteur concerné ne le permet pas » (ce qui atténue quelque peu la portée du principe, même s'il conviendra alors de démontrer l'existence de circonstances particulières justifiant une exemption de l'obligation)^[8]. Là où les textes relatifs au contrat de partenariat prévoyaient que, parmi les critères d'attribution du contrat devaient obligatoirement figurer le coût global de l'offre, des objectifs de performance, en particulier en matière de développement durable, et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des PME et à des artisans, seule la qualité globale des ouvrages doit désormais nécessairement y figurer, lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages est confié au titulaire^[9]...

Finalement, alors même que le marché de partenariat est aujourd'hui devenu un marché public « banalisé » (à quelques exceptions près, il est intégralement soumis au décret^[10]), les dispositions qui lui sont propres n'apportent pas de réelles nouveautés au regard de ce qu'il advenait par le passé.

En revanche, il est intéressant de noter que le décret du 25 mars 2016 contient un certain nombre de dispositions – qui ne sont pas spécifiques aux marchés de partenariat mais qui leur sont assurément applicables – et qui s'inscrivent plutôt dans un objectif de facilitation du recours à ce contrat.

Un recours facilité aux marchés de partenariat ?

Une série de dispositions viennent en particulier à l'esprit : d'une part, le marché de partenariat n'est plus – comme l'était le contrat de partenariat – enfermé dans trois procédures (procédure négociée, appel d'offres, dialogue

[3] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 67.

[4] Loi n° 2009-179 du 17 février 2009, art. 13.

[5] Avis de Monsieur Philippe Marini, au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation du Sénat, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

[6] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 80.III.

[7] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 165 et 166.

[8] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 163.

[9] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 158.

[10] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 143.

compétitif⁽¹¹⁾) ; et d'autre part, la procédure qui était la plus utilisée en pratique (le dialogue compétitif) n'est plus – comme par le passé – subordonnée à des conditions de recours parfois difficiles à établir. Désormais, en effet, parce que le marché de partenariat est (définitivement) un marché public, l'ensemble des procédures de passation lui sont ouvertes (à condition naturellement d'en vérifier les conditions), et notamment la nouvelle procédure concurrentielle avec négociation, dont la pratique dira si elle est un outil réellement adapté⁽¹²⁾. Mais surtout, le décret a considérablement facilité la possibilité, pour les acheteurs, de solliciter la procédure de dialogue compétitif, procédure « reine » du partenariat public-privé : cette procédure (comme du reste la procédure concurrentielle avec négociation) leur est notamment ouverte, dès lors que le marché comporte des prestations de conception ou dès lors qu'il existe des circonstances particulières liées à la nature, à la complexité ou au montage juridique et financier du marché⁽¹³⁾. En clair, le dialogue compétitif pourra être sollicité sans avoir à démontrer une certaine complexité du projet, comme il advenait auparavant.

Si le décret comporte donc, effectivement, quelques nouveautés en ce qui concerne le marché de partenariat, elles demeurent, somme toute, assez peu nombreuses et ne traduisent pas réellement le premier souffle qui avait poussé à la réforme, souffle qui murmurait un durcissement ferme de l'encadrement de l'outil contractuel. Et ce d'autant que le décret n'a pas, non plus, été l'occasion de resserrer l'état du recours au marché de partenariat.

Le recours au marché de partenariat précisé : pour l'essentiel, rien de nouveau sous le soleil

C'est finalement là où le décret d'application de l'ordonnance était très attendu qu'il suscite quelque peu la frustration. On se souvient, en effet, que la réforme des conditions de recours au marché de partenariat, qui devait, selon les annonces, se traduire par un strict resserrement dans un objectif de sécuriser le recours à cet outil, était annoncée comme une des mesures phares de la réforme des contrats de partenariat public-privé⁽¹⁴⁾. Et si l'ordonnance du 23 juillet 2015 a effectivement prévu que le recours au marché de partenariat n'est possible que lorsque deux conditions sont satisfaites (une condition « objective » de seuil et une condition « subjective »

d'efficience), il reste qu'elle a, dans une large mesure, renvoyé à un décret d'application le soin de préciser leur portée. Or, pour l'une comme pour l'autre, le décret se révèle en réalité bien frileux dans l'entreprise de durcissement promise.

Des seuils aux montants modestes...

Il faut rappeler que l'objectif initial était de limiter le marché de partenariat, contrat dérogeant aux principes généraux de la commande publique, aux opérations de grande ampleur, et ce notamment pour deux raisons : d'une part, parce qu'il est un contrat plus difficile d'accès pour les TPE et PME que les marchés publics classiques, et d'autre part, parce qu'il n'est souvent pleinement efficient que pour des opérations qui mobilisent un coût d'investissement significatif. Et, en ce sens, le rapport d'information sur les partenariats publics-privés, établi par messieurs Sueur et Portelliau nom de la commission des lois, recommandait de subordonner le recours aux contrats de partenariat à la condition que le montant estimé dépasse un seuil financier de cinquante millions d'euros hors taxes⁽¹⁵⁾.

On en est aujourd'hui très loin. Après la publication de plusieurs versions dans lesquelles les seuils n'ont cessé d'osciller, le décret fixe aujourd'hui trois seuils, en considération de la nature de l'opération objet du marché de partenariat et des missions confiées au titulaire. Aujourd'hui, le marché de partenariat peut donc être sollicité au-delà de deux millions d'euros hors taxes lorsqu'il s'agit de réaliser des biens immatériels ou des systèmes d'information, ou lorsque des objectifs de performance énergétique, dont dépend la rémunération du titulaire, sont prévus dans le contrat (il s'agit là d'une hypothèse en pratique très fréquente, mais qui supposera alors sans doute, pour justifier le recours au marché de partenariat dès deux millions d'euros, qu'elle soit assortie, dans le contrat, de pénalités fortes de nature à en assurer l'effectivité). Les ouvrages d'infrastructure de réseau (électricité, assainissement, transports, réseau de chaleur...) ne seront, quant à eux, éligibles au marché de partenariat qu'au-delà d'un seuil de cinq millions d'euros hors taxes, tout comme les ouvrages de bâtiment lorsque le titulaire ne se voit pas confier l'entretien et la maintenance ou la gestion d'une mission de service public. Enfin, pour toutes les autres opérations, le marché de partenariat n'est ouvert que lorsque le montant estimé du marché est supérieur à dix millions d'euros HT.

Que faut-il en penser ? Il est clair que les raisons que l'on a évoquées plus haut et qui motivaient la préconisation d'un seuil ne sont pas satisfaites, et de ce point de vue, on peine à identifier l'utilité de seuils si peu élevés. Mais, dans le même temps, un seuil élevé excluant automatiquement le recours au marché de partenariat, alors même qu'il peut constituer un outil optimal dans certaines situations d'importance relative, n'aurait eu que peu de sens.

(15) J.-P. Sueur et H. Portelli, « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? », *Rapport d'information sur les partenariats publics-privés au nom de la commission des lois*.

(11) Ancien article L. 1414-5 du CGCT.

(12) Sur la procédure concurrentielle avec négociation et sa distinction avec le dialogue compétitif : voir E. Amblard, « Négociation : la fin de la diabolisation », *Mon. TP*, 2 mai 2014.

(13) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 25.

(14) E. Macron, « Avoir un seuil unique pour tous les PPP n'a pas de sens », propos recueillis par B. Rallu, S. D'Auzon et J.-M. Matalon, *Lemoniteur.fr*, publié le 23 juillet 2015 ; voir également la fiche d'impact sur le projet d'ordonnance relative aux marchés publics : www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/fiche-impact-volet-legislatif-directives-mp.pdf.

Au fond, les seuils n'ont donc, sans doute, pas d'autre mérite que d'écarter tout recours au marché de partenariat pour des opérations d'un montant extrêmement modique, recours dont la pratique pouvait apparemment témoigner jusqu'ici⁽¹⁶⁾.

L'efficacité, un critère finalement peu redessiné

L'efficacité, quant à elle, ne diffère fondamentalement pas de ce qu'elle était auparavant. Il faut rappeler que, des trois conditions qui pouvaient justifier le recours au contrat de partenariat, l'urgence était peu utilisée, la complexité avait donné lieu à un encadrement jurisprudentiel sévère, et l'efficacité (le « bilan favorable ») avait été grandement critiquée pour son imprécision et la difficulté à l'établir⁽¹⁷⁾, au point d'ailleurs qu'il avait été préconisé de la supprimer⁽¹⁸⁾. Mais finalement, l'ordonnance a fait le choix d'effacer (à tout le moins facialement) les conditions d'urgence et de complexité, pour ne maintenir que l'efficacité, efficacité dont le décret devait prendre le soin de préciser les contours⁽¹⁹⁾. C'est chose faite : l'article 152 du décret livre une série de considérations qui peuvent être prises en compte pour démontrer que le recours au marché de partenariat présente un bilan plus favorable que celui des autres modes de réalisation d'un projet (maîtrise d'ouvrage classique, concession...) : l'acheteur doit procéder à une appréciation globale des avantages et des inconvénients du recours au marché de partenariat, compte tenu notamment de l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage du projet au titulaire du marché, du périmètre des missions susceptibles de lui être confiées, des modalités de partage de risques entre l'acheteur et le titulaire, et du coût global du projet.

Et il n'y a là rien de surprenant : il s'agit d'autant d'éléments que la MAPPP préconisait déjà de prendre en

considération, pour démontrer l'efficacité du contrat de partenariat public-privé.

Au-delà, comme l'ordonnance le laissait déjà présager⁽²⁰⁾, la condition de l'efficacité telle que précisée par le décret révèle que les notions de complexité et d'urgence n'ont pas pleinement disparu du spectre des conditions de recours au marché de partenariat : le décret indique que, pour établir le bilan, l'acheteur doit tenir compte de ses capacités à conduire le projet, des caractéristiques, du coût et de la complexité de celui-ci, des objectifs poursuivis ainsi que, le cas échéant, des exigences du service public ou de la mission d'intérêt général dont il est chargé. La complexité voire l'urgence (au titre des exigences du service public ou de la mission d'intérêt général, mais c'est à confirmer) devraient donc pouvoir, jointes à d'autres considérations, peser en faveur du bilan favorable. Manifestement, le décret témoigne donc de ce que si le gouvernement a sans doute entendu sécuriser le recours au marché de partenariat en fournissant une sorte de grille d'analyse non exhaustive au service des acheteurs, pour établir l'efficacité de cet outil contractuel, il n'a en revanche sans doute pas entendu circonscrire plus rigoureusement le recours au contrat de partenariat, comme il l'avait pourtant annoncé initialement. Et, en ce sens, il faut se rappeler que si l'évaluation du mode de réalisation du projet (qui devrait logiquement contenir une démonstration de l'efficacité du marché de partenariat, même si aucun texte ne le précise) doit désormais obligatoirement être soumise à l'avis d'un organisme expert (tout comme l'étude de soutenabilité budgétaire), il reste que le décret précise que cet avis est automatiquement réputé favorable à l'issue d'un délai de six semaines⁽²¹⁾.

Pour conclure, si le décret du 25 mars 2016 s'inscrit, il est vrai, dans une logique de sécurisation et d'encadrement du marché de partenariat, ce n'est sans doute pas dans l'objectif de brider et de limiter un dispositif contractuel jugé dangereux, mais bien plutôt dans celui de servir une utilisation plus paisible – et donc sans doute plus efficace – de ce contrat d'exception. Et le relais est désormais confié à la pratique qui devra, au fil du temps, permettre de mesurer si l'objectif poursuivi est atteint.

[16] S. Dyckmans, « La fin du BEA sonne-t-elle le glas des petites opérations », *achatpublic.info*.

[17] Cour des comptes, « Les partenariats publics-privés des collectivités territoriales : des risques à maîtriser », *Rapport public annuel*, 2015.

[18] J.-P. Sueur et H. Portelli, « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? », *Rapport d'information sur les partenariats publics-privés au nom de la commission des lois*.

[19] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 75.

[20] A. Vandepoorter et A. Boullault, « Les conditions de recours au marché de partenariat », *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 159, novembre 2015, p. 35.

[21] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 153 et 154.