

N° 239

# SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2007-2008

---

---

Annexe au procès-verbal de la séance du 26 mars 2008

## RAPPORT

FAIT

*au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi relatif aux **contrats de partenariat**,*

Par M. Laurent BÉTEILLE,

Sénateur.

---

(1) Cette commission est composée de : M. Jean-Jacques Hiest, *président* ; MM. Patrice Gélard, Bernard Saugey, Jean-Claude Peyronnet, François Zocchetto, Mme Nicole Borvo Cohen-Seat, M. Georges Othily, *vice-présidents* ; MM. Christian Cointat, Pierre Jarlier, Jacques Mahéas, Simon Sutour, *secrétaires* ; M. Nicolas Alfonsi, Mme Michèle André, M. Philippe Arnaud, Mme Eliane Assassi, MM. Robert Badinter, José Balareello, Laurent Béteille, Mme Alima Boumediene-Thiery, MM. François-Noël Buffet, Marcel-Pierre Cléach, Pierre-Yves Collombat, Jean-Patrick Courtois, Yves Détraigne, Michel Dreyfus-Schmidt, Pierre Fauchon, Gaston Flosse, Bernard Frimat, René Garrec, Jean-Claude Gaudin, Charles Gautier, Jacques Gautier, Mme Jacqueline Gourault, M. Jean-René Lecerf, Mme Josiane Mathon-Poinat, MM. François Pillet, Hugues Portelli, Marcel Rainaud, Henri de Richemont, Jean-Pierre Sueur, Mme Catherine Troendle, MM. Alex Türk, Jean-Pierre Vial, Jean-Paul Virapoullé, Richard Yung.

**Voir les numéros :**

Sénat : 211, 240 et 243 (2007-2008)



## SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
<b>LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS</b> .....	7
<b>EXPOSÉ GÉNÉRAL</b> .....	9
<b>I. LE CONTRAT DE PARTENARIAT, UN CONTRAT NÉCESSAIRE À LA COMMANDE PUBLIQUE</b> .....	10
<b>A. LE CONTRAT DE PARTENARIAT, UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ ATTENDU ET ENCADRÉ</b> .....	10
1. <i>La nécessité de répondre à un besoin des personnes publiques en dérogeant au droit         commun de la commande publique</i> .....	10
2. <i>L'ordonnance du 17 juin 2004 : un recours encadré au contrat de partenariat</i> .....	15
<b>B. LE DÉVELOPPEMENT MODESTE MAIS PLUTÔT POSITIF DES CONTRATS DE PARTENARIAT</b> .....	17
1. <i>Des contrats de partenariat de taille variée et dans des secteurs divers</i> .....	18
2. <i>Les principales raisons d'un recours aux contrats de partenariat encore timide : la         concurrence des autres partenariats public-privé, des critères contraignants et un         régime juridique et fiscal insuffisamment attractif</i> .....	21
3. <i>Des bénéfices reconnus aux contrats de partenariat sans pour autant échapper à         certaines critiques</i> .....	23
<b>II. LE PROJET DE LOI : STIMULER LE RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT</b> .....	27
<b>A. L'ÉLARGISSEMENT DES CONDITIONS D'OUVERTURE DU CONTRAT DE PARTENARIAT</b> .....	27
<b>B. LA RECHERCHE DE NEUTRALITÉ FISCALE ENTRE CONTRATS DE PARTENARIAT ET MARCHÉS PUBLICS</b> .....	28
<b>C. LA DISPENSE D'ASSURANCE DOMMAGES OUVRAGE</b> .....	28
<b>D. L'ASSOUPLISSEMENT DU RÉGIME JURIDIQUE DU CONTRAT DE PARTENARIAT</b> .....	29
1. <i>La possibilité de conclure un contrat de partenariat sous la forme d'une procédure         négociée</i> .....	29
2. <i>L'instauration d'une prime de droit</i> .....	29
<b>E. DES CLARIFICATIONS PERMETTANT UNE MEILLEURE SÉCURITÉ JURIDIQUE</b> .....	30
1. <i>La possibilité de cessions de contrats au titulaire du contrat de partenariat</i> .....	30
2. <i>L'autorisation du mandat d'encaissement</i> .....	30
3. <i>La possibilité d'exploiter le domaine de la personne publique</i> .....	30
4. <i>La clarification des coûts d'investissement</i> .....	31
5. <i>L'éligibilité aux subventions</i> .....	31
6. <i>La sécurisation du mécanisme de cession de créance</i> .....	31

<b>III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION : DES PROPOSITIONS D'AMÉLIORATION, UN NÉCESSAIRE ACCOMPAGNEMENT DE LA LOI</b> .....	32
A. APPROUVER LES GRANDES ORIENTATIONS DU PROJET DE LOI .....	32
B. LES AMÉLIORATIONS PROPOSÉES .....	32
1. Préciser les conditions de recours aux contrats de partenariat .....	33
2. Etendre les possibilités d'exploiter le domaine privé de la personne publique au-delà de la durée du contrat de partenariat .....	34
3. Supprimer le dispositif de cession de créance spécifique aux contrats de partenariat et aux BEH .....	34
4. Supprimer l'autorisation de dispense d'assurance dommages ouvrage .....	35
C. UNE NÉCESSAIRE DÉMARCHE DE SUIVI ET D'ACCOMPAGNEMENT DU TEXTE .....	35
1. Renforcer la capacité d'expertise des décideurs publics .....	36
2. Évaluer les atouts du contrat de partenariat .....	38
3. Vers un code de la commande publique ? .....	42
<b>EXAMEN DES ARTICLES</b> .....	45
<b>CHAPITRE PREMIER DISPOSITIONS MODIFIANT L'ORDONNANCE N° 2004-559 DU 17 JUIN 2004 SUR LES CONTRATS DE PARTENARIAT</b> .....	45
• <i>Article premier</i> (article premier de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Assouplissement du régime des contrats de partenariat de l'Etat</b> .....	45
• <i>Article 2</i> (art. 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Extension du recours aux contrats de partenariat</b> .....	48
• <i>Article additionnel après l'article 2</i> (art. 3 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Harmonisation des principes fondamentaux régissant le contrat de partenariat avec ceux du code des marchés publics</b> .....	54
• <i>Article 3</i> (art. 4 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Interdictions de soumissionner à un contrat de partenariat</b> .....	54
• <i>Article 4</i> (art. 5 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Procédures applicables aux contrats de partenariat</b> .....	56
• <i>Article 5</i> (art. 6 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Nombre de personnes admis à concourir à un contrat de partenariat</b> .....	58
• <i>Article 6</i> (art. 7 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Description des procédures applicables aux contrats de partenariat</b> .....	59
• <i>Article 7</i> (art. 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Conditions d'attribution d'un contrat de partenariat</b> .....	60
• <i>Article 8</i> (art. 9 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Autorité compétente pour autoriser la signature d'un contrat de partenariat</b> .....	62
• <i>Article additionnel après l'article 8</i> (art. 10 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Harmonisation rédactionnelle avec l'article 6 de l'ordonnance</b> .....	63
• <i>Article 9</i> (art. 11 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Clauses obligatoires du contrat de partenariat</b> .....	63
• <i>Article 10</i> (art. 12 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Coordination avec l'article premier</b> .....	67
• <i>Article additionnel après l'article 10</i> (art. 12-1 nouveau de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Remise à la personne publique d'un rapport annuel établi par le titulaire du contrat de partenariat afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat</b> .....	67

• <i>Article 11</i> (art. 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Valorisation par le titulaire du contrat de partenariat du domaine sur lequel est édifié l'ouvrage ou l'équipement</b> .....	67
• <i>Article 12</i> (art. 19 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Régime juridique des contrats de partenariat des établissements publics de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique</b> .....	69
• <i>Article 13</i> (art. 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Régime juridique des contrats de partenariat des groupements d'intérêt public et extension de la liste des personnes pouvant recourir aux contrats de partenariat</b> .....	69
• <i>Article 14</i> (art. 25 bis nouveau de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) <b>Harmonisation des régimes de subventions accordées dans le cadre de la « loi MOP » ou dans celui d'un contrat de partenariat</b> .....	70

**CHAPITRE II DISPOSITIONS MODIFIANT LE CODE GENERAL DES COLLECTIVITES TERRITORIALES** .....

• <i>Article 15</i> (art. L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales) <b>Assouplissement du régime des contrats de partenariat des collectivités territoriales et de leurs groupements</b> .....	71
• <i>Article 16</i> (art. L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales) <b>Extension du recours aux contrats de partenariat</b> .....	71
• <i>Article 17</i> (art. L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales) <b>Interdictions de soumissionner à un contrat de partenariat</b> .....	72
• <i>Article 18</i> (art. L. 1414-5 du code général des collectivités territoriales) <b>Procédures applicables aux contrats de partenariat</b> .....	73
• <i>Article 19</i> (art. L. 1414-6 du code général des collectivités territoriales) <b>Nombre de personnes admises à concourir à un contrat de partenariat</b> .....	73
• <i>Article 20</i> (art. L. 1414-7 du code général des collectivités territoriales) <b>Description des procédures applicables aux contrats de partenariat</b> .....	73
• <i>Article 21</i> (art. L. 1414-8-1 nouveau du code général des collectivités territoriales) <b>Possibilité de conclure un contrat de partenariat sous la forme d'une procédure négociée</b> .....	74
• <i>Article 22</i> (art. L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales) <b>Conditions d'attribution d'un contrat de partenariat</b> .....	74
• <i>Article additionnel après l'article 22</i> (art. 1414-10 du code général des collectivités territoriales) <b>Harmonisation rédactionnelle avec les contrats de partenariat de l'Etat</b> .....	74
• <i>Article additionnel après l'article 22</i> (art. 1414-11 du code général des collectivités territoriales) <b>Harmonisation rédactionnelle avec l'article L. 1414-6 du code général des collectivités territoriales</b> .....	75
• <i>Article 23</i> (art. L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales) <b>Clauses obligatoires du contrat de partenariat</b> .....	75
• <i>Article 24</i> (art. L. 1414-13 du code général des collectivités territoriales) <b>Coordination avec l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales</b> .....	75
• <i>Article 25</i> (art. L. 1414-16 du code général des collectivités territoriales) <b>Valorisation par le titulaire du contrat de partenariat du domaine sur lequel est édifié l'ouvrage ou l'équipement</b> .....	75

<b>CHAPITRE III DISPOSITIONS DIVERSES</b> .....	76
• <i>Article 26</i> (art. L. 112-2 du code de l'urbanisme) <b>Exonération du versement pour dépassement de plafond légal de densité</b> .....	77
• <i>Article 27</i> (art. L. 520-7 du code de l'urbanisme) <b>Exonération de la redevance pour création de bureaux ou de locaux de recherche en Ile-de-France</b> .....	79
• <i>Article 28</i> (art. 742 et 1048 <i>ter nouveau</i> du code général des impôts) <b>Taxe de publicité foncière - Alignement des régimes d'imposition applicables pour la publicité des actes portant autorisation d'occupation temporaire du domaine public</b> .....	80
• <i>Article 29</i> (art. L. 313-29-1 du code monétaire et financier) <b>Amélioration du régime de la cession de créance réservée aux contrats de partenariat et aux BEH</b> .....	81
• <i>Article 30</i> (art. 30 de la loi n° 80-531 du 15 juillet 1980) <b>Compétence des sociétés pour le financement des économies d'énergie (SOFERGIE) pour participer à des contrats de partenariat</b> .....	86
• <i>Article 31</i> (art. L. 242-1 du code des assurances) <b>Dispense d'assurance dommages ouvrage pour les maîtres d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat</b> .....	86
• <i>Article additionnel après l'article 31</i> (art. L. 554-2 du code de justice administrative) <b>Correction d'une erreur matérielle</b> .....	89
• <i>Article 32</i> <b>Application de la loi aux contrats en cours de passation</b> .....	90
<b>TABLEAU COMPARATIF</b> .....	91
<b>ANNEXES</b> .....	157
<b>Annexe 1 – Liste des personnes entendues par le rapporteur</b> .....	159
<b>Annexe 2 – Comparaison des systèmes juridiques français de partenariat public-privé</b> .....	165
<b>Annexe 3 – Glossaire des contrats de partenariat</b> .....	175

## LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS

Après avoir entendu Mme Christine Lagarde, ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, le mardi 25 mars 2008, la commission des lois, réunie le mercredi 26 mars 2008 sous la présidence de M. Jean-Jacques Hiest, président, a examiné en première lecture, sur le rapport de M. Laurent Béteille, rapporteur, le projet de loi n° 211 (2007-2008) **relatif aux contrats de partenariat**.

Le rapporteur a indiqué que le texte visait à **favoriser le recours au contrat de partenariat**, créé par l'ordonnance du 21 juin 2004, à travers plusieurs mesures :

- l'élargissement des **conditions d'ouverture** du contrat ;
- la recherche de **neutralité fiscale** entre contrats de partenariat et marchés publics ;
- la dispense d'assurance dommages ouvrage ;
- l'assouplissement du régime juridique ;
- des clarifications permettant une meilleure sécurité juridique.

Le rapporteur ayant salué le remarquable travail de concertation organisé par le gouvernement sur le texte, la commission des lois en a largement approuvé les grandes orientations.

Elle a adopté **quarante-sept amendements**.

Outre des **amendements** rédactionnels ou de coordination, elle propose :

- de préciser les conditions de recours aux contrats de partenariat **(article 2)** ;
- d'étendre les possibilités pour le partenaire privé d'exploiter le domaine privé de la personne publique au-delà de la durée du contrat de partenariat **(article 11)** ;
- de supprimer le dispositif de cession de créance spécifique aux contrats de partenariat et aux baux emphytéotiques hospitaliers **(article 29)** ;
- de supprimer l'autorisation de dispense d'assurance dommages ouvrage **(article 31)**.

Elle a en outre estimé qu'au-delà des dispositions juridiques, le contrat de partenariat ne pourrait, à l'avenir, représenter une part significative de la commande publique que s'il fait l'objet d'une politique ambitieuse de suivi et d'accompagnement, qui implique à la fois de renforcer la capacité d'expertise des décideurs publics, d'évaluer ses atouts avec rigueur et transparence et d'engager un vaste chantier de simplification et de rationalisation du droit qui lui est applicable.

La commission des lois propose d'adopter le **projet de loi ainsi modifié**.



Mesdames, Messieurs,

Le Sénat est saisi en première lecture du projet de loi n° 211 (2007-2008) relatif aux contrats de partenariat.

Créé par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, le contrat de partenariat est venu **compléter la palette des outils de la commande publique en France**. Il s'agit d'un contrat administratif par lequel l'Etat, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics confient 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 relative au financement d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, à la construction ou transformation de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Depuis sa mise en place, ce mode de dévolution a été utilisé avec **succès** tant par l'Etat (établissements pénitentiaires, hôpitaux...) que par les collectivités territoriales (éclairage public, équipements sportifs, communications électroniques haut débit...).

Ce début prometteur mérite d'être **encouragé et amplifié** afin de répondre **aux besoins d'investissements** publics de notre pays.

Aussi, dans sa lettre au Premier ministre en date du 1<sup>er</sup> octobre 2007, le Président de la République a-t-il appelé de ses vœux, la « *stimulation* » du partenariat public-privé. Tel est l'objet du présent projet de loi qui tend à faire du contrat de partenariat un instrument qui **trouve pleinement sa place dans la commande publique**.

Il ressort des auditions organisées par votre rapporteur que l'important travail de concertation mené par le gouvernement sur l'avant-projet de loi a permis d'aboutir à un **texte équilibré et relativement consensuel**.

Votre commission approuve l'économie générale du texte et souhaite lui apporter certaines améliorations. Elle souligne, en outre, que le texte n'atteindra pleinement ses objectifs que s'il fait l'objet d'une **ambitieuse politique de suivi et d'accompagnement**.

Votre commission est saisie au fond du présent projet de loi, les commissions des finances<sup>1</sup> et des affaires économiques<sup>2</sup> s'étant également saisies pour avis.

Votre commission se félicite de la qualité des travaux menés conjointement avec M. Charles Guené, rapporteur pour avis au nom de la commission des finances, et M. Michel Houel, rapporteur pour avis au nom de la commission des affaires économiques.

## **I. LE CONTRAT DE PARTENARIAT, UN CONTRAT NÉCESSAIRE À LA COMMANDE PUBLIQUE**

### ***A. LE CONTRAT DE PARTENARIAT, UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ ATTENDU ET ENCADRÉ***

Le contrat de partenariat a été institué par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004. Répondant à une réelle demande des personnes publiques, son régime –tant concernant la passation que les conditions d'exécution– est fortement encadré, car il déroge à plusieurs règles de droit commun de la commande publique.

#### **1. La nécessité de répondre à un besoin des personnes publiques en dérogeant au droit commun de la commande publique**

• La création du contrat de partenariat a répondu à une demande d'**assouplissement des règles de la commande publique**, venue de nombreux acteurs publics et leurs partenaires privés.

En effet, le contrat de partenariat est un contrat global qui peut à la fois porter sur le financement, 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. Il permet de rémunérer le cocontractant privé de la personne publique, lequel a la qualité de maître d'ouvrage sur l'ensemble de la durée du contrat.

Du fait de ces caractéristiques, **le contrat de partenariat se distingue des règles habituelles de la commande publique** issues du code des marchés publics et 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 ».

---

<sup>1</sup> Cf. avis n° 243 (2007-2008) de notre collègue Charles Guené.

<sup>2</sup> Cf. avis n° 240 (2007-2008) de notre collègue Michel Houel.

En effet, en vertu de l'article 7 de la loi MOP, **la mission de maîtrise d'œuvre doit en principe être distincte de celle d'entrepreneurs**<sup>1</sup>. Toujours avec cette même idée d'interdire les contrats globaux, l'article 10 du code des marchés publics pose le **principe de l'allotissement**, en vertu duquel les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance d'un ouvrage ne peuvent être regroupés dans un même lot<sup>2</sup>.

En outre, l'article 2 de cette même loi dispose que **le maître d'ouvrage doit être la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit**.

S'agissant enfin de la rémunération du cocontractant, alors que le contrat de partenariat prévoit un versement de loyers au cours de l'exécution du contrat, l'article 96 du code des marchés publics **interdit au contraire toute clause de paiement différé**.

A côté de ces règles applicables aux marchés publics, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « loi Sapin », a instauré la **délégation de service public (DSP)** qui permet à la personne publique de confier la gestion d'un service public à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

Ces délégations de service public visent la gestion d'un service public et même si les cocontractants privés peuvent, à cette fin, réaliser des ouvrages pour le compte de la personne publique, elles ne peuvent toutefois pas être employées pour la seule conception, construction et exploitation de bâtiments ou équipements publics.

De plus, ayant pour principe que la rémunération de la personne privée doit être liée au risque commercial du service délégué, la DSP ne peut, comme indiqué dans le « guide opérationnel des PPP »<sup>3</sup>, répondre aux besoins des personnes publiques « *lorsque les caractéristiques du service obligent à une rémunération directe par l'administration donneuse d'ordre* ». Cela concerne par exemple la construction et la gestion d'établissements pénitentiaires et de santé, ou la réalisation d'équipements scolaires.

---

<sup>1</sup> L'article 18 de la loi MOP tempère cette règle, mais uniquement pour des « motifs d'ordre technique rendant nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage ». Cela concerne surtout les grands ouvrages d'infrastructures.

<sup>2</sup> L'article 10 du code des marchés publics prévoit qu'un marché global peut toutefois être passé, avec ou sans identification de prestations distinctes, si le pouvoir adjudicateur « estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. » Cette dérogation est donc strictement limitée.

<sup>3</sup> François Bergère, Xavier Bezançon, Laurent Deruy, Roger Fiszelson et Marc Fornacciari, « Le guide opérationnel des PPP », éditions le Moniteur, Paris, 2007.

• C'est ce « **vide** » laissé entre les marchés publics et les DSP que les contrats de partenariat tendent principalement à remplir.

Avant leur création, d'autres **partenariats public-privé** s'étaient toutefois déjà développés en France, par le biais de **montages juridiques et financiers complexes**<sup>1</sup>.

Ainsi, les personnes publiques ont tout d'abord eu recours aux **marchés d'entreprises de travaux publics (METP)** qui leur permettaient de confier la construction ou la réhabilitation d'un bien à un cocontractant privé qui en assurait ensuite l'exploitation et recevait en contrepartie une rémunération échelonnée tout au long du contrat –en tenant compte du coût de la construction et de l'exploitation.

L'emploi des METP a toutefois été interdit par le Conseil d'Etat en 1999, qui a considéré que, dépourvus de base légale, ces contrats contrevenaient au principe d'interdiction du paiement différé<sup>2</sup>.

D'autres partenariats public-privé ont également été créés tout en étant réservés à des secteurs spécifiques d'intervention de l'administration.

La **loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire** a ainsi autorisé, sous l'impulsion de M. Albin Chalandon, alors Garde des sceaux, la passation de contrats globaux de conception, construction et aménagement d'établissements pénitentiaires pour la mise en œuvre du « **programme 13.000** » (**places**)<sup>3</sup>. Ces contrats, qui ont permis la construction de 21 établissements pénitentiaires, tendaient également à confier au cocontractant de la personne publique la gestion et l'exploitation des services concourant au fonctionnement de ces établissements –à savoir l'entretien, la maintenance, l'hôtellerie, la restauration, le transport, voire l'organisation du travail et la formation professionnelle.

En vertu de **l'article 13 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988** d'amélioration de la décentralisation, codifié depuis à l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, les collectivités territoriales –et leurs établissements– peuvent également consentir un **bail emphytéotique administratif (BEA)** sur les dépendances de leur domaine public.

Ce BEA correspond à un bail de très longue durée –de 18 à 99 ans–, par lequel le propriétaire (le bailleur) d'un immeuble confie ce dernier à un preneur (l'emphytéote), qui dispose de droits réels sur le bien concerné moyennant un loyer modique. Toutes les améliorations effectuées par l'emphytéote bénéficient au propriétaire à la fin du bail.

---

<sup>1</sup> Voir en annexe le tableau qui présente une comparaison des différents systèmes français de partenariats public-privé pris dans une exception large puisqu'il comprend les délégations de service public.

<sup>2</sup> Conseil d'Etat, 8 février 1999, « Préfet des Bouches du Rhône contre commune de la Ciotat ».

<sup>3</sup> Cf. avis n° 104 – tome IV (2005-2006) de notre collègue Philippe Goujon, au nom de la commission des lois, relatif au projet de loi de finances pour 2006 (justice – administration pénitentiaire). <http://www.senat.fr/rap/a05-104-4/a05-104-4.html>

Il peut être recouru à ce BEA soit pour l'accomplissement pour le compte de la collectivité territoriale d'une mission de service public, soit pour la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence. Il semble effectivement utilisé par les collectivités territoriales, comme nous l'ont confirmé certains de leurs représentants ainsi que les groupes bancaires.

La technique du bail emphytéotique a également été rendue applicable pour la construction et la rénovation d'établissements hospitaliers par l'**ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003**<sup>1</sup>. Ce **bail emphytéotique hospitalier (BEH)** comporte des dispositions spécifiques, en particulier pour la passation des contrats.

D'après le ministère de la santé, une quarantaine de BEH sont actuellement en cours (sur la cinquantaine de partenariats public-privé lancés) et concernent trois types d'opérations :

- des opérations couvrant un hôpital complet ;
- des opérations concernant l'hébergement (psychiatrique ou de personnes âgées par exemple) ;
- des opérations portant sur la logistique hospitalière (blanchisserie, énergie, alimentation...).

Lors de son audition, M. Vincent Le-Taillandier, directeur de la Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH), a précisé qu'une école de soins infirmiers avait également été construite sous la forme d'un partenariat public-privé.

Dans le même souci que la loi Chalandon de répondre plus efficacement et plus rapidement aux **besoins de la justice, de la police nationale et de la gendarmerie**, les articles 3 de la **loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ)** et de la **loi n° 2002-194 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI)** ont autorisé l'Etat à conclure des **marchés uniques** concernant la réalisation et la gestion d'établissements pénitentiaires et d'immeubles affectés à la police nationale ou la gendarmerie.

En outre, la LOPSI a autorisé, pour ces mêmes besoins, **le recours à la location avec option d'achat (LOA)**, c'est-à-dire la location par la personne publique d'un bien immobilier dont une personne privée est propriétaire, avec possibilité de l'acquérir, avant le terme de la location. La LOA peut être **cumulée avec une autorisation d'occupation temporaire (AOT)** du domaine public<sup>2</sup> –prévue à l'article L. 2122-6 du code général des collectivités territoriales–, correspondant ainsi à une **AOT-LOA**.

---

<sup>1</sup> Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation.

<sup>2</sup> L'AOT permet à une personne publique d'accorder à un tiers, pour une durée maximale de 70 ans, une autorisation d'occupation temporaire de son domaine public afin qu'il réalise un ouvrage, une construction ou une installation de caractère immobilier sur lequel il dispose d'un droit réel.

Ce montage juridique complexe, qui entre dans la catégorie des partenariats public-privé, autorise un opérateur privé à construire un bien immobilier sur le domaine public de l'Etat et sur lequel il dispose de droits réels, pour le louer à la personne publique qui pourra également décider de l'acquérir avant la fin de ladite location. La LOPSI a complété le dispositif en prévoyant la possibilité de **recourir à un crédit-bail** pour financer ces projets.

Deux lots d'établissements pénitentiaires sont en cours de réalisation selon ce dispositif :

- un 1<sup>er</sup> lot pour les établissements pénitentiaires de Roanne, Lyon-Corbas, Nancy-Maxéville et Roubaix, pour un total de 2.800 places ;
- un second lot pour les établissements pénitentiaires de Poitiers, le Havre et le Mans, pour un total de 1.700 places.

**Ce mécanisme d'AOT-LOA a été étendu aux besoins du ministère de la défense par la loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 relative à la programmation militaire** pour les années 2003 à 2008. Il a depuis été codifié à l'article L. 2122-15 du code général de la propriété des personnes publiques.

La LOPSI avait également **autorisé** que, jusqu'au 31 décembre 2007, les collectivités territoriales puissent **recourir aux BEA pour réaliser sur leur domaine une opération immobilière liée aux besoins de la justice, de la police nationale ou de la gendarmerie**. Cette possibilité a été prolongée jusqu'au 31 décembre 2008 par la loi de finances pour 2008<sup>1</sup>.

Avant même la création des contrats de partenariat, les partenariats public-privé s'étaient donc déjà considérablement développés en France. De même, **à l'étranger de nombreux contrats de ce type ont été instaurés**. M. Laurent Richer, professeur de droit a indiqué lors de son audition que les partenariats public-privé étaient surtout très employés en Grande-Bretagne, au Canada et en Australie –Etat de la Nouvelle-Galles-du-Sud.

Le « *private finance initiative* » (PFI) britannique, créé en 1992, constitue l'exemple le plus remarquable à l'étranger. Il porte sur la conception, la réalisation et l'exploitation de bâtiments et équipements, le cocontractant privé étant rémunéré par la personne publique qui s'appuie alors pour partie sur la performance et la qualité du service effectué. La personne publique doit procéder à une évaluation, le « *public sector comparator* », qui lui permet de s'assurer que le PFI est le contrat le plus adapté pour le projet.

La société de projet, c'est-à-dire le partenaire privé, signe de son côté un contrat avec la banque afin d'obtenir le financement nécessaire au projet, le prêt étant garanti par la personne publique qui signe un « *direct agreement* » avec ladite banque.

Le recours au PFI dans la gestion immobilière de l'administration britannique représenterait environ 15 % des projets, pour un montant d'environ 50 milliards d'euros par an. 620 PFI seraient ainsi actuellement en cours d'exécution et concerneraient essentiellement la réalisation et la gestion d'hôpitaux, de prisons, d'écoles et d'infrastructures de transports.

---

<sup>1</sup> Loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008.

C'est dans ce contexte très favorable aux partenariats public-privé, tant en France qu'à l'étranger, que le gouvernement a souhaité créer les contrats de partenariat en 2003, applicables à tous les domaines d'intervention de l'Etat et des collectivités territoriales. Il a choisi d'utiliser l'habilitation législative prévue à l'article 38 de la Constitution.

Par la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, le Parlement a autorisé la création de ces contrats de partenariat par ordonnance. Toutefois, dans sa décision DC 2003-473 du 26 juin 2003 sur cette loi, le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation qui, tout en autorisant la création des contrats de partenariat, encadre les modalités de leur utilisation.

## **2. L'ordonnance du 17 juin 2004 : un recours encadré au contrat de partenariat**

Tout en considérant que la création de contrats globaux entre une personne publique et son partenaire privé était possible, y compris par voie d'ordonnance, **le Conseil constitutionnel en a limité le champ dans sa décision précitée du 26 juin 2003.**

En effet, bien qu'*« aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; »*, le Conseil constitutionnel a considéré que **ce contrat était tellement dérogoire au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique** qu'il serait *« susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics »*.

Il en déduit que l'ordonnance créant les contrats de partenariat devra *« réserver de semblables dérogations à des **situations répondant à des motifs d'intérêt général** tels que **l'urgence** qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien **la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques** d'un équipement ou d'un service déterminé. »*

Au regard de cette réserve d'interprétation, l'ordonnance du 17 juin 2004 créant les contrats de partenariat a **strictement défini les conditions de recours à ces contrats.**

En vertu de l'article 2 de l'ordonnance, les contrats de partenariat ne peuvent ainsi être conclus que si la **complexité du projet** ou la **situation d'urgence** rencontrée par la personne publique le justifie. L'ordonnance ne reprend donc que les deux critères explicitement cités par le Conseil constitutionnel pour autoriser le recours à ces contrats.

A l'article premier de l'ordonnance, les contrats de partenariat sont définis comme des « *contrats administratifs par lequel [une personne publique] 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 relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.* »

Ces contrats peuvent être conclus par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Les contrats de l'Etat et ses établissements publics sont régis par l'ordonnance du 17 juin 2004 et ceux des collectivités territoriales et leurs établissements publics par les articles L. 1414-1 à 1414-16 du code général des collectivités territoriales.

Une **évaluation préalable** à la passation du contrat doit être effectuée par la personne publique, afin de démontrer la nécessité d'y recourir, en **prouvant la complexité du projet ou l'existence d'une situation d'urgence**, d'une part, et en donnant **les motifs économiques, financiers, juridiques et administratifs** le justifiant, en comparaison avec les autres outils de la commande publique, d'autre part.

Les deux critères alternatifs permettant de recourir aux contrats de partenariat –complexité et urgence– déterminent également les modalités de passation du contrat :

– si la complexité du projet est invoquée, la personne publique doit procéder à un dialogue compétitif qui, reposant sur un programme fonctionnel, permet à la personne publique d'engager un dialogue avec les seules entreprises qu'elle a présélectionnées après mise en concurrence. Elle retient celles dont les propositions paraissent le mieux adaptées à la réalisation du projet ;

– en cas de situation urgente, la personne publique lance un appel d'offres, en vertu duquel la personne publique choisit librement l'attributaire, sans négociation, en fonction des offres proposées et sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

La procédure de passation du contrat est strictement encadrée, tant pour l'appel d'offres que pour le dialogue compétitif, par l'ordonnance du 17 juin 2004.

Le choix du candidat s'effectue au regard de l'offre économiquement la plus avantageuse, en fonction de différents critères d'attribution faisant l'objet d'une pondération.

Le coût global de l'offre, les objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans doivent nécessairement figurer parmi les critères d'attribution retenus par la personne publique. La référence aux petites et moyennes entreprises et aux artisans dans le cadre des critères obligatoires d'attribution permet de leur assurer un accès aux contrats de partenariat, conformément aux exigences de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003 précitée<sup>1</sup>.

La valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages ou équipements et leur qualité esthétique ou fonctionnelle peuvent également constituer des critères d'attribution du contrat.

S'agissant de la rémunération du cocontractant, la personne publique le paie pendant toute la durée du contrat et peut lier le montant aux objectifs de performance qu'elle lui a assignés.

Certaines clauses doivent obligatoirement figurer dans le contrat de partenariat. Ainsi en est-il notamment de la durée du contrat, du partage des risques entre la personne publique et son cocontractant, des objectifs de performance fixés ou des modalités de rémunération de la personne privée.

Lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages est confiée au cocontractant, une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation doit obligatoirement être identifiée, les offres concernant des bâtiments devant comporter un projet architectural et la qualité globale des ouvrages figurant nécessairement parmi les critères d'attribution du contrat.

#### ***B. LE DÉVELOPPEMENT MODESTE MAIS PLUTÔT POSITIF DES CONTRATS DE PARTENARIAT***

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 17 juin 2004, plusieurs contrats de partenariat ont été lancés, signés et même pour certains ont d'ores et déjà abouti à la construction d'ouvrages publics, d'équipements et d'investissements immatériels.

Si le recours au contrat de partenariat est encore timide, son intérêt semble désormais acquis, sous réserve d'un emploi préalablement et efficacement évalué.

---

<sup>1</sup> Sur proposition du Sénat, la loi du 2 juillet 2003 a en effet exigé que l'ordonnance prévoie « les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans » à ces contrats.

## 1. Des contrats de partenariat de taille variée et dans des secteurs divers

D'après les chiffres de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP)<sup>1</sup>, **vingt-neuf contrats** de partenariat ont été attribués entre mars 2005 et février 2008, dont **vingt-deux lancés** par des collectivités territoriales et 7 par l'Etat<sup>2</sup>. Ils représentent financièrement près de 3,3 milliards d'euros –dont 1,8 milliard d'euros pour la construction du troisième lot d'établissements pénitentiaires par le ministère de la justice et plus de 700 millions d'euros pour le projet du Grand stade de la Communauté urbaine de Lille- et 2,3 milliards d'euros pour les seuls contrats d'ores et déjà signés<sup>3</sup>.

### Contrats de partenariat attribués par l'Etat et leurs établissements publics

Personne publique	Secteur	Montant en € HT	Date d'attribution figurant au journal officiel (DA)/Date de signature (DS)
Ministère de la jeunesse, des sports et de la vie associative	Equipement sportif	8.753.203	09/01/07 (DA)
Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles	Culture	19.899.000	25/01/07 (DA)
Chambre de commerce et d'industrie de Toulouse	Eau	10.000.000	16/03/07 (DS)
Centre hospitalier de Roanne	Fourniture d'énergie	58.500.000	26/04/07 (DS)
Centre hospitalier d'Alès	Fourniture d'énergie	2.067.419	17/01/08 (DA)
Ministère de la défense	Ecole d'aviation de l'Aviation légère de l'armée de terre (EA-ALAT de Dax)	484.000.000	31/01/08
Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la justice	Etablissements pénitentiaires (3 <sup>ème</sup> lot)	-	Fin 02/07 (DS)

Source : Centre d'Expertise Français pour l'Observation des Partenariats Publics Privés (CEF-O-PPP)

<sup>1</sup> Créée par le décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004, la MAPPP fournit aux personnes publiques un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat. En tant qu'organisme-expert au sens de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, elle est chargée de valider l'évaluation préalable fondant l'éligibilité du projet au contrat de partenariat pour l'ensemble des administrations d'Etat (hors Défense) et, sur leur demande, pour les collectivités territoriales. Elle peut également être saisie pour avis par le ministre de l'économie et des finances sur tout projet de contrat complexe ou comportant un financement innovant.

<sup>2</sup> Ces chiffres correspondent aux projets qui ont été soumis à l'avis de la MAPPP, laquelle ne doit obligatoirement être saisie que pour les contrats de partenariat envisagés par l'Etat et non pour ceux des collectivités territoriales (saisine facultative).

<sup>3</sup> Ces montants financiers sont parfois différents de ceux finalement annoncés lors de l'attribution du contrat dans la mesure où la MAPPP, d'où proviennent ces chiffres, intervient en amont, au stade de l'évaluation préalable.

**Contrats de partenariat attribués  
par les collectivités territoriales et leurs établissements publics**

<b>Personne publique</b>	<b>Secteur</b>	<b>Montant en € HT</b>	<b>Date d'attribution figurant au journal officiel (DA)/Date de signature (DS)</b>
Ville d'Auvers-sur-Oise	Eclairage public	1.914.079	15/03/05 (DA)
Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères (SIVOM) à Antibes	Déchets	264.539.281	4/08/06 (DA)
Ville de Castelnau-le-Lez	Eclairage public	6.678.901	30/10/06 (DA)
Communauté d'agglomération Castelroussine	Voirie	5.195.100	2/11/06 (DA)
Ville de Thiers	Eclairage public	6.750.000	27/09/06 (DS)
Conseil général du Loiret	Collège	21.467.930	14/04/06 (DA) 15/05/06 (DS)
Conseil général d'Eure-et-Loir	Informatisation	12.424.708	02/02/07 (DA)
Ville de Rouen	Eclairage public	100.000.000	05/03/07 (DS)
Commune d'Agde	Eclairage public	41.146.101	25/07/07 (DA)
Ville de Saumur	Eclairage public	12.496.965	29/07/07 (DA)
Ville de Bussy Saint-Georges	Eclairage public	18.600.266	03/08/07 (DA)
Ville de Chatillon sur Chalaronne	Eclairage public	4.451.674	17/07/07 (DA)
Ville de Saint-Raphaël	Gare routière, parking et cinéma	15.496.000	13/11/07 (DS)
Ville d'Hérouville Saint-Clair	Eclairage public	19.000.000	17/09/07 (DA)
Ville d'Autun	Eclairage public	10.862.189	24/09/07 (DA)
Syndicat mixte d'élimination et de traitement des ordures ménagères (SMIRITOM) de la zone nord du Gard	Déchets	95.778.930	05/10/07 (DA)
Conseil régional d'Auvergne	Communications électroniques haut débit	38.500.000	10/10/07 (DS)
Syndicat d'agglomération nouvelle (SAN) de Sénart	Eclairage public	10.000.000	21/11/07 (DA) 13/12/07 (DS)
Ville de Contres	Eclairage public	3.101.411	11/12/07 (DA)
Ville de Libourne	Eclairage public	7.300.000	14/01/08 (DA)
Communauté Urbaine de Lille	Equipement sportif (stade)	765.700.000	01/02/07 (DA)
Ville de Saint-Fons	Eclairage public	-	Février 2008

Source : Centre d'Expertise Français pour l'Observation des Partenariats Publics Privés (CEF-O-PPP)

**Au total, 135 contrats de partenariat auraient déjà été lancés**, la moitié d'entre eux ayant déjà fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence. D'après la MAPPP, cela correspondrait à un total d'investissements d'environ 7,5 milliards d'euros.

Les contrats de partenariat attribués concernent des **secteurs assez divers** : établissements pénitentiaires, fournitures d'énergie de centres hospitaliers, éclairage public de communes, eau, culture (équipement sportif, cinéma, billetterie...), déchets, informatisation, collèges, voirie, haut débit, école d'aviation de l'Aviation légère de l'armée de terre (EA-ALAT).

S'agissant du ministère de la justice, le premier contrat de partenariat a été signé le 19 février dernier pour la construction du troisième lot d'établissements pénitentiaires (maison d'arrêt de Nantes et centres pénitentiaires de Lille-Annoeullin et Réau), pour un montant d'1,8 milliard d'euros, une capacité totale de 2.050 places et une mise en service pour 2010. Jusqu'à présent l'agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ)<sup>1</sup> avait eu recours à l'AOT-LOA prévu dans la LOPJ<sup>2</sup>.

Concernant les établissements de santé, six contrats de partenariat sont lancés, voire pour certains attribués, parmi la cinquantaine de partenariats public-privé engagés. Comme indiqué précédemment, les autres projets sont menés sous la forme de baux emphytéotiques hospitaliers.

Comme nous l'a confirmé le syndicat EGF-BTP<sup>3</sup>, les contrats de partenariat se sont développés tout autant pour de **petits travaux**, tels que la réhabilitation d'un collège ou la remise aux normes de l'éclairage public d'une commune, que pour des **projets nettement plus conséquents financièrement**, avec notamment le Grand stade de Lille, la construction d'établissements pénitentiaires et le canal Seine-Nord-Europe.

Le premier contrat de partenariat signé par une collectivité territoriale concernait ainsi la remise aux normes de l'éclairage public de la commune d'Auvers-sur-Oise. Il s'agit aussi de l'un des plus petits projets menés sous la forme d'un contrat de partenariat –moins de deux millions d'euros. M. Christophe Joseph, directeur général des services de la commune, a indiqué que le recours à ce contrat leur avait permis d'effectuer la remise aux normes de la moitié de leur éclairage public dans un délai de huit mois seulement et en étalant la dépense sur six années.

Contre toute attente, l'éclairage public des communes a depuis constitué la source la plus importante de contrats de partenariat depuis 2005. A la suite de l'expérience concluante d'Auvers-sur-Oise, plus de dix contrats ont en effet été signés dans ce domaine.

---

<sup>1</sup> Nouveau nom de l'agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la justice (AMOTMJ).

<sup>2</sup> Voir le 1 du A du présent I.

<sup>3</sup> Entreprises générales de France – BTP.

**Les collectivités territoriales sont les principales personnes publiques recourant actuellement aux contrats de partenariat**, avec plus de 20 projets attribués et 65 en phase d'appel public à la concurrence en janvier 2008, soit les trois quarts des contrats de partenariat lancés.

Le projet de contrat de partenariat le plus important financièrement pour une collectivité territoriale concerne la réalisation et l'exploitation du Grand stade de Lille qui, après une procédure de dialogue compétitif de neuf mois, ont été attribuées à un partenaire privé en janvier 2008.

Comme l'a indiqué M. François Langlois, délégué général de l'Association des régions de France, les régions n'ont quant à elles pas été jusqu'à présent attirées par ce nouveau contrat de la commande publique, à l'exception de la région de La Réunion, pour la construction de son tram-train. Il a expliqué que, si certains élus restaient sceptiques sur la nécessité des contrats de partenariat, l'usage des baux emphytéotiques administratifs se développait, en particulier du fait des propositions financières particulièrement intéressantes de la Caisse des dépôts et consignations.

Il convient enfin de signaler que **le projet le plus important financièrement** est actuellement mené par l'établissement public Voies navigables de France et concerne la construction du canal Seine-Nord-Europe. Long de 106 kilomètres, il coûte 4 milliards d'euros. A la suite de l'évaluation préalable débutée le 20 novembre 2005, la MAPPP a rendu un avis favorable en octobre 2006. L'appel à candidature est prévu pour mai 2008.

## **2. Les principales raisons d'un recours aux contrats de partenariat encore timide : la concurrence des autres partenariats public-privé, des critères contraignants et un régime juridique et fiscal insuffisamment attractif**

Tous les observateurs de la commande publique s'accordent à dire que les contrats de partenariat ont connu un **départ timide** depuis leur instauration par l'ordonnance du 17 juin 2004, avec seulement une trentaine de contrats attribués ou signés. Tout en étant favorables à ces nouveaux contrats, certains s'en félicitent d'ailleurs. Ainsi M. Alain Ménéménis, professeur de droit et conseiller d'Etat, considère-t-il qu'il est préférable que le recours au contrat de partenariat n'ait pas été massif dans les premières années de sa création, afin d'en éviter un usage abusif et inadapté. Il a également signalé lors de son audition que le PFI avait également mis plus de dix ans avant de devenir une procédure habituelle et convaincante de la commande publique britannique.

Selon les personnes entendues par votre rapporteur, plusieurs raisons peuvent expliquer cet état de fait.

Tout d'abord, le contrat de partenariat est concurrencé par **d'autres partenariats public-privé** –les AOT-LOA, les BEA et les BEH– pour lesquels les procédures de passation et d'exécution du contrat sont beaucoup

plus aisées. Les représentants de la Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH) ont ainsi loué la souplesse procédurale du bail emphytéotique hospitalier, tandis que M. Sébastien Clerc, président de Natixis environnement et infrastructures, a indiqué qu'il était beaucoup plus aisé de conclure un bail emphytéotique administratif qu'un contrat de partenariat pour les collectivités territoriales.

Les personnes publiques peuvent également préférer recourir à la **délégation de service public**, laquelle peut être entendue comme un partenariat public-privé dans une acception large. Il semblerait en effet que les élus territoriaux choisissent, selon leurs expériences et convictions personnelles, de conclure un contrat de partenariat ou une délégation de service public. Ainsi en est-il notamment pour les stades -Lille a fait le choix d'un contrat de partenariat, le Mans d'une délégation de service public- et les tramways -Reims a conclu un contrat de partenariat alors que Mulhouse a préféré la délégation de service public.

Ensuite, les **critères d'ouverture restrictifs** –complexité et urgence– ont également freiné le recours aux contrats de partenariat, les personnes publiques ne souhaitant pas risquer de voir leurs projets contestés sur ce point et préférant dès lors renoncer à ce nouvel outil de la commande publique. Plusieurs personnes entendues par votre rapporteur, en particulier les représentants d'EGF-BTP et de la Caisse des dépôts et consignations, ont effectivement argué du champ d'application jusqu'à présent très restreint des contrats de partenariat pour expliquer la frilosité des personnes publiques.

Le recours au contrat de partenariat n'est pas non plus favorisé par son **régime fiscal et juridique** qui le rend par certains aspects **moins attractif que les marchés publics**. Ainsi en est-il notamment de la procédure de passation du contrat qui ne permet pas actuellement le recours à la procédure négociée pour les projets de faible montant. De même certaines incertitudes juridiques pèsent sur le régime du contrat de partenariat, telles que l'éligibilité aux subventions, la possibilité de confier au partenaire privé un mandat d'encaissement ou de lui céder des contrats existants, la faculté de percevoir des recettes annexes tirées de l'exploitation du domaine...

S'agissant de la fiscalité, la maîtrise d'ouvrage étant assurée par le partenaire privé, celui-ci doit s'acquitter de coûteux impôts et taxes dont la maîtrise d'ouvrage publique est en revanche exonérée. Ainsi en est-il principalement des taxes d'urbanisme (taxe locale d'équipement, taxe départementale des espaces naturels sensibles, versement pour dépassement de plafond légal de densité...). La plupart des personnes entendues par votre rapporteur ont confirmé que le régime fiscal du contrat de partenariat pouvait constituer un **frein important à son usage**.

Enfin, votre rapporteur a pu constater que le faible recours aux contrats de partenariat s'expliquait également par le **manque de connaissances de ce nouvel outil de la commande publique par les fonctionnaires de l'Etat et territoriaux**, pour lesquels une meilleure

formation s'avère dès lors nécessaire dans ce domaine. Plusieurs personnes entendues par votre rapporteur ont insisté sur la nécessité de changer la culture de l'administration.

### **3. Des bénéfices reconnus aux contrats de partenariat sans pour autant échapper à certaines critiques**

Malgré le nombre encore restreint de contrats de partenariat signés, il est permis de faire un premier bilan sur l'utilité de ce nouvel outil juridique. Certains observateurs de la commande publique tels que l'Institut de gestion déléguée estiment ainsi que les premiers projets constituent de véritables réussites. D'autres sont plus nuancés et émettent certaines critiques, notamment quant aux difficultés rencontrées pour l'accès à ces contrats.

Si votre rapporteur a pu constater, au cours de ses auditions, que les avis étaient effectivement assez partagés sur les avantages et inconvénients des contrats de partenariat, il a également remarqué des convergences quant à certains constats.

- Tout d'abord, plusieurs personnes entendues par votre rapporteur ont indiqué que les contrats de partenariat permettaient de **mener à bien certains projets qui n'auraient pu se concrétiser autrement**. Ainsi, les AOT-LOA prévus par la LOPJ<sup>1</sup> ainsi que les contrats de partenariat ont ouvert la possibilité à l'Etat de rattraper le retard cumulé en matière de construction sans disposer pour autant des moyens financiers nécessaires en matière d'investissements.

De même, M. Christophe Joseph, directeur général des services de la commune d'Auvers-sur-Oise, a affirmé que le contrat de partenariat leur avait permis d'effectuer la remise aux normes de leur éclairage public en leur offrant la possibilité d'étaler la dépense sur six ans. Il a indiqué que ces travaux n'auraient vraisemblablement pu être réalisés dans le cadre d'un marché public classique, dans la mesure où la collectivité aurait été dans l'impossibilité de les financer par un paiement unique.

Ainsi, la Fédération française du bâtiment et la Confédération générale des petites et moyennes entreprises ont toutes deux expliqué que les partenariats public-privé étaient bénéfiques, y compris aux PME, en ce qu'ils contribuaient au développement du marché de la construction.

Pour autant, le recours au contrat de partenariat ne doit pas être un outil de **déconsolidation de la dette** de l'Etat, qui peut ainsi répondre aux critères maastrichtiens tout en continuant de dépenser hors bilan, ou des collectivités territoriales, qui procèderaient à d'importantes dépenses sous l'apparence d'un endettement faible. Il convient en tout état de cause de nuancer l'intérêt de cette externalisation des besoins de financement par les collectivités territoriales, dans la mesure où, dans le cadre d'un contrat de

---

<sup>1</sup> Voir le A du présent I.

partenariat, la part des loyers relative à l'investissement pèse sur le budget d'investissement. En outre, s'agissant des autres partenariats public-privé des collectivités territoriales, ces dernières doivent également être nécessairement vertueuses dans la mesure où les montants relatifs à ces contrats pèsent sur leur budget de fonctionnement qui doit, par définition, être équilibré.

Les contrats de partenariat ne doivent donc **pas permettre à l'Etat de contourner les règles budgétaires et comptables qui lui sont applicables et remettre en cause la sincérité des comptes publics**. Dans un livre vert du 30 avril 2004 sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, la Commission européenne affirme également que « *le recours aux PPP ne saurait toutefois être présenté comme une solution miracle pour le secteur public faisant face à des contraintes budgétaires* ».

Il convient également d'éviter que, par ces contrats de partenariat, les personnes publiques ne fassent le choix d'un investissement irrationnel, c'est-à-dire qu'elles décident de réaliser des équipements non nécessaires ou à une échelle non pertinente. Ces contrats ne doivent pas remettre en cause la **rationalité économique** des projets.

• Il semble en réalité que le **principal critère conduisant au choix d'un contrat de partenariat** soit qu'en tenant compte à la fois de la construction et de l'exploitation de l'ouvrage, il garantisse un **véritable gain en termes de délai et de coût financier global**. Cette position a en particulier été défendue par M. Stéphane Coudert, directeur général des services de la Communauté urbaine de Lille.

Après trois années d'application de l'ordonnance du 17 juin 2004, les avis sont assez partagés sur l'efficacité des contrats de partenariat pour réduire les délais et les coûts de construction des ouvrages.

La plupart des personnes entendues considèrent que les contrats de partenariat peuvent **permettre de réduire les délais de construction**. Voies Navigables de France estime ainsi avoir gagné deux ans pour la construction du Canal Seine-Nord-Europe en choisissant ce type de contrat.

Toutefois, certains d'entre eux ont nuancé leur observation en indiquant que si les délais de construction sont effectivement plus courts dans le cadre d'un contrat de partenariat, celui-ci nécessite, avant sa signature, un **travail de concertation et de préparation** tel que la durée pour obtenir l'ouvrage n'est finalement pas forcément plus brève. De même, M. Vincent Le-Taillandier, directeur de la Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH) a signalé que les contrats de partenariat garantissaient un gain de temps dès lors que le projet atteignait une taille importante, expliquant que les petits ouvrages nécessitent un temps de préparation trop important avant la signature du projet pour justifier d'y recourir.

S'agissant des **coûts**, certains considèrent que le contrat de partenariat permet de les réduire, d'autres au contraire qu'il les augmente. Votre rapporteur a pu constater que **les opinions étaient en partie différentes en fonction des projets considérés**. Il semble en effet, comme l'a notamment indiqué Alain Ménéménis, conseiller d'Etat et professeur de droit, que le projet doit atteindre une **certaine taille critique** –tant financière que technique– pour que le contrat de partenariat devienne financièrement rentable.

Dans son rapport annuel 2008, la Cour des comptes s'est intéressée à deux partenariats public-privé spécifiques –l'immeuble abritant le « pôle renseignement » du ministère de l'intérieur et le centre des archives diplomatiques du ministère des affaires étrangères et européennes– et a mis en évidence le fait que ces contrats ne constituent pas nécessairement le mode d'acquisition le plus avantageux financièrement pour la personne publique<sup>1</sup>. Lors de son audition par la commission des finances à laquelle votre rapporteur a assisté, Mme Claire Bazy-Malaurie, rapporteur général du Comité du rapport public et des programmes de la Cour des comptes, a rappelé que les deux montages contractuels complexes étudiés, à savoir un LOA et un AOT-LOA, n'étaient en aucun cas des contrats de partenariat, ces derniers disposant d'une procédure, en particulier la nécessité d'une évaluation préalable, permettant de s'assurer de l'opportunité de recourir à ce type de contrat de la commande publique plutôt qu'à un autre.

En tout état de cause, à la différence des autres contrats de la commande publique, **les partenariats public-privé semblent avoir pour mérite de maîtriser les délais et les coûts de construction, à défaut de pouvoir toujours les réduire**. En effet, s'il n'est pas certain que les délais soient plus courts et le coût plus faible pour la personne publique, en revanche il est acquis par la quasi totalité des personnes entendues par votre rapporteur que ces contrats permettent de garantir le respect des délais et coûts annoncés lors de la signature du contrat. M. Vincent Le-Taillandier, directeur de la MAINH, a en particulier signalé que le seul retard enregistré jusqu'à présent par la mission d'appui dans le cadre d'un bail emphytéotique administratif ou d'un contrat de partenariat concernait un projet pour lequel seuls douze jours supplémentaires avaient été nécessaires. Réseau ferré de France a également fait le même constat.

• **Le contrat de partenariat, par son caractère global, permet également de lier efficacement conception, construction et gestion/exploitation de l'ouvrage**, par le biais d'un partenaire privé unique, ce qui a pour vertu de garantir que les exigences et contraintes de chacun soient prises en compte.

Votre rapporteur est particulièrement sensible au fait que le contrat de partenariat permet de confier au même partenaire privé la construction de l'ouvrage et son exploitation, l'incitant ainsi à **concevoir et construire en**

---

<sup>1</sup> Rapport public annuel 2008 de la Cour des comptes.

**tenant tout particulièrement compte de sa gestion future**, ce qui n'est en aucun cas garanti par les marchés publics. En particulier, le titulaire du contrat de partenariat aura tendance à choisir des matériaux d'une durée de vie élevée ou dont la rentabilité à long terme est garantie, par exemple des équipements d'isolation ou utilisant des énergies renouvelables, compte tenu de la hausse inéluctable des énergies fossiles dans les trente années à venir.

Au regard de l'expérience des partenariats public-privé en France et à l'étranger, les prestations du partenaire privé seraient également meilleures en matière de maintenance des équipements dans le cadre d'un contrat de partenariat.

Les contrats de partenariat permettent ainsi de recentrer les personnes publiques sur leur « cœur de métier », en confiant à leurs partenaires privés la construction et la gestion de certains ouvrages.

**La qualité architecturale des constructions assurées en contrats de partenariat est en revanche critiquée**, en particulier par le Conseil national de l'ordre des architectes qui condamne le fait que la conception et la construction de l'ouvrage soient réunies au sein d'un même contrat et craint que l'offre architecturale ne soit ainsi réduite en recourant toujours aux mêmes architectes en relation avec les grandes entreprises de BTP.

Toutefois, il semble que les **personnes publiques peuvent** toujours, tout en ayant recours à un contrat de partenariat, **s'assurer de la qualité architecturale de leurs constructions**. Ainsi, elles peuvent, si elles le désirent, décider de confier la conception de l'ouvrage à un architecte, dans le cadre d'un contrat séparé. Ainsi en est-il des communes de Perpignan et de Rambouillet pour la réalisation de leur théâtre.

En outre, certains contrats de partenariat, à l'instar de celui attribué pour la construction du Grand stade de Lille, ont su démontrer qu'ils pouvaient concerner des projets d'une qualité architecturale incontestée.

• S'agissant enfin de **l'accès des entreprises aux contrats de partenariat**, votre rapporteur a pu constater que les petites et moyennes entreprises étaient bien présentes sur ce type de contrat. Si elles sont parvenues à se voir attribuer quelques projets directement, tout en étant généralement adossées à une grosse entreprise, elles interviennent essentiellement en tant que prestataires du partenaire privé.

Certaines PME ont également obtenu certains partenariats public-privé en se réunissant sous la forme de sociétés de projets. Il apparaît toutefois qu'elles ne peuvent généralement pas répondre aux appels à concurrence, même pour de petits projets, dans la mesure où elles ne disposent pas des garanties financières suffisantes.

A l'opposé, votre rapporteur a pu constater qu'il existait un déficit de concurrence pour les contrats de partenariat les plus importants. Très peu d'entreprises françaises peuvent effectivement répondre à de tels projets et les constructeurs d'autres pays européens ne s'y sont pas encore investis.

## II. LE PROJET DE LOI : STIMULER LE RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT

### A. L'ÉLARGISSEMENT DES CONDITIONS D'OUVERTURE DU CONTRAT DE PARTENARIAT

Une des principales avancées du projet de loi consiste dans **l'élargissement des conditions de recours** au contrat de partenariat par la création de deux nouveaux cas d'ouverture.

Comme indiqué précédemment, une personne publique ne peut actuellement conclure un contrat de partenariat que si le projet est **soit complexe, soit urgent**.

Les articles 2 et 16 du projet de loi, relatifs respectivement aux contrats de partenariat de l'Etat et des collectivités territoriales, **précisent la notion d'urgence** et proposent d'**étendre les possibilités de recours au contrat de partenariat**.

Sur le premier point, le projet de loi clarifie la notion d'urgence au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : l'urgence pourrait ainsi être invoquée lorsqu'il s'agit de rattraper un **retard préjudiciable** affectant la réalisation d'équipements collectifs ou de faire face à une **situation imprévue**.

Sur le second point, le projet de loi introduit **deux nouveaux cas d'ouverture** du contrat de partenariat :

– d'une part, lorsque le rapport d'évaluation préalable met en lumière que le contrat de partenariat présente **un bilan avantages/inconvénients plus favorable** que celui d'autres contrats de la commande publique ;

– d'autre part, lorsque le projet répond **aux nécessité de certains secteurs de l'action publique jugés prioritaires**, tels que l'enseignement supérieur, les implantations du ministère de la défense, les infrastructures de transport s'inscrivant dans un projet de développement durable, la rénovation urbaine... Le projet de loi apporte toutefois un double tempérament : cette voie d'accès sectorielle n'est ouverte que jusqu'au 31 décembre 2012 et uniquement si le rapport d'évaluation n'est pas « *manifestement défavorable* » au recours au contrat de partenariat.

## ***B. LA RECHERCHE DE NEUTRALITÉ FISCALE ENTRE CONTRATS DE PARTENARIAT ET MARCHÉS PUBLICS***

Le projet de loi, en ses articles 26 à 28, apporte certaines modifications au code de l'urbanisme et au code général des impôts afin de garantir la **neutralité fiscale** entre les marchés publics et les contrats de partenariat.

L'objectif recherché est **l'amélioration du régime applicable aux contrats de partenariat**. En effet, le contrat de partenariat, qui a pour effet de transférer la maîtrise d'ouvrage au partenaire privé, est soumis actuellement à un **régime fiscal moins favorable** que les marchés publics pour lesquels les personnes publiques ont la qualité de maître d'ouvrage.

Le projet de loi cherche donc à garantir l'égalité de traitement fiscal et à réduire les distorsions entre ces modes contractuels.

Les articles 26 et 27 exonèrent les contrats de partenariat de deux taxes prévues par le code de l'urbanisme : le versement pour dépassement de plafond légal de densité et la redevance pour création de bureaux ou de locaux de recherche en Ile de France.

L'article 28 prévoit quant à lui que toutes les autorisations d'occupation temporaire (AOT) du domaine public ainsi que les baux emphytéotiques de l'Etat et des collectivités territoriales seraient soumis à une même taxe fixe de publicité foncière.

Le projet de loi sera complété par un volet réglementaire qui, d'après les informations recueillies par votre rapporteur auprès du gouvernement, devrait concerner d'autres dispositions fiscales relevant du domaine réglementaire, telles que les taxes d'urbanisme (taxe locale d'équipement, taxe départementale des espaces naturels sensibles...) ainsi que les taxes complémentaires à la taxe locale d'équipement. Le gouvernement envisagerait également d'aligner le régime de la taxe foncière sur celui de la taxe professionnelle en cas de recettes annexes.

## ***C. LA DISPENSE D'ASSURANCE DOMMAGES OUVRAGE***

Le projet de loi, en son article 31, autorise les personnes assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre de contrats de partenariat **à ne pas souscrire**, si elles le souhaitent, **d'assurance dommages ouvrage**, au même titre que les personnes morales de droit public.

Rappelons, à cet égard, que l'assurance dommages ouvrage est une assurance que tout propriétaire d'ouvrage, vendeur ou mandataire du propriétaire qui fait réaliser des travaux de bâtiment **doit souscrire**, avant l'ouverture du chantier, afin de garantir, en dehors de toute recherche de responsabilités, le paiement de travaux de réparation des dommages de nature décennale. Le champ des travaux concernés par cette assurance est particulièrement large (réalisation, entretien, réparation, agrandissement, mur de soutènement...).

L'objectif recherché par le projet de loi est **le même qu'en matière fiscale : ne pas pénaliser le recours au contrat de partenariat** par rapport à la maîtrise d'ouvrage publique classique. Autrement dit, le transfert de la maîtrise d'ouvrage au titulaire du contrat de partenariat ne doit pas conduire à favoriser le recours au marché public.

Or, la souscription actuellement obligatoire de cette assurance représenterait pour le partenaire privé une charge jugée parfois inutile pour certaines grandes entreprises à même de supporter elles-mêmes le coût d'éventuels dommages couverts par cette assurance, charge généralement répercutée ensuite sur la personne publique.

#### ***D. L'ASSOUPLISSEMENT DU RÉGIME JURIDIQUE DU CONTRAT DE PARTENARIAT***

##### **1. La possibilité de conclure un contrat de partenariat sous la forme d'une procédure négociée**

Le projet de loi ouvre la possibilité de conclure un contrat de partenariat sous la forme d'une **procédure négociée** alors qu'actuellement il ne peut être lancé que sous la forme du **dialogue compétitif** (pour les projets complexes) et de **l'appel d'offres** (pour les projets urgents).

Cette troisième procédure, **beaucoup plus souple que le dialogue compétitif** (qui comporte de nombreuses phases et se déroule généralement sur au moins une année) **et que l'appel d'offres** (qui prohibe toute négociation avec les candidats) ne pourra toutefois être mise en œuvre que pour les contrats inférieurs à un seuil qui sera déterminé par décret et qui devrait être 5.150.000 euros HT.

Cet élargissement procédural se justifie à double titre :

- d'une part, il constitue le prolongement logique de l'extension des possibilités de recours aux contrats de partenariat ;
- d'autre part, il traduit la volonté du projet de loi de ne pas réserver la formule du contrat de partenariat qu'aux très grandes entreprises.

##### **2. L'instauration d'une prime de droit**

Si le projet de loi maintient **la faculté** pour la personne publique d'allouer une prime aux candidats évincés avec lesquels a été engagé un dialogue compétitif, il rend obligatoire cette prime lorsque, à raison de leur complexité, les demandes de la personne publique impliquent un *« investissement significatif »* de la part de ces candidats.

Il apparaît, en effet, essentiel d'indemniser les entreprises qui ont mobilisé du temps, de l'énergie et de l'argent pour répondre au mieux à des besoins publics, faute de quoi la concurrence risque d'être limitée aux grands groupes, seuls capables de supporter des frais d'études et de conception très élevés.

## ***E. DES CLARIFICATIONS PERMETTANT UNE MEILLEURE SÉCURITÉ JURIDIQUE***

### **1. La possibilité de cessions de contrats au titulaire du contrat de partenariat**

Le projet de loi prévoit, en son article premier, qu'avec l'accord des cocontractants concernés, des contrats passés antérieurement par la personne publique peuvent être cédés au titulaire du contrat de partenariat dès lors qu'ils « *concourent à l'exécution* » de la mission de ce dernier.

Cette disposition vise principalement **la cession au titulaire du contrat de partenariat des marchés de maîtrise d'œuvre** puisque ces derniers ne sont pas nécessairement intégrés au contrat de partenariat. Il s'agit là encore de conférer une base juridique à une **pratique assez répandue** consistant dans le transfert du contrat de maîtrise d'œuvre déjà attribué au nouveau titulaire du contrat de partenariat : cette démarche répond à un souci d'efficacité de la commande publique, le maître d'œuvre agissant dès lors comme un **prestataire** du titulaire du contrat de partenariat appelé, lui, à construire l'ouvrage puis à en assurer l'exploitation.

### **2. L'autorisation du mandat d'encaissement**

L'article premier du projet de loi précise que le contrat de partenariat peut autoriser la personne publique à confier un mandat au partenaire privé pour encaisser, pour son compte, le paiement par l'usager final de prestations revenant à cette dernière. Il s'agit d'une clarification importante, dont l'objet est d'éviter une confusion avec la « *gestion de fait* ».

### **3. La possibilité d'exploiter le domaine de la personne publique**

Le projet de loi consacre, en son article 9, la possibilité de prendre en compte, dans la rémunération du titulaire du contrat de partenariat, les ressources complémentaires issues de **l'exploitation du domaine** pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique. Est principalement visée la faculté pour la personne privée de consentir des baux dans les conditions du droit privé, tels que des baux à construction ou des baux emphytéotiques.

Cette mesure vise à conférer une base légale à une pratique largement répandue et conforme à l'esprit de l'ordonnance, bien que celle-ci ne mentionnât formellement que la faculté d'exploitation d' « *ouvrages* » ou d' « *équipements* ».

Cette démarche de sécurisation juridique est d'autant plus justifiée que la possibilité pour le partenaire privé de percevoir des recettes annexes (ou accessoires) est **un des principaux atouts de la formule du contrat de**

**partenariat.** Elle amène le partenaire privé à rechercher des solutions innovantes pour l'exploitation d'un équipement ou d'un service qui ne serait pas exclusivement dédié aux besoins de la personne publique, exploitation dont la personne publique tire profit en baissant à due concurrence la rémunération qu'elle verse au titulaire du contrat de partenariat.

#### **4. La clarification des coûts d'investissement**

Le projet de loi précise, en son article 9, la notion de « *coûts d'investissement* », non définie dans la rédaction initiale de l'ordonnance, en indiquant qu'elle recouvre principalement les **coûts d'étude et de conception**, qui peuvent être particulièrement élevés pour les contrats complexes, **les coûts annexes à la construction** (par exemple les frais de permis de construire, de branchement aux réseaux...) et **les frais financiers intercalaires**, qui désignent les intérêts produits par des portions de crédit débloquées alors que le crédit ne l'est pas dans sa totalité, le chantier n'étant pas achevé<sup>1</sup>.

Cette clarification est d'autant plus importante que les coûts d'investissements sont pris en compte, d'une part, dans la rémunération versée au partenaire privé, d'autre part, dans le mécanisme de cession de créance<sup>2</sup>.

#### **5. L'éligibilité aux subventions**

Le projet de loi consacre, en son article 14, la possibilité **de verser des subventions à la personne publique** dans le cadre d'un contrat de partenariat.

Le texte prévoit que les projets réalisés sous la forme de contrats de partenariat pourront bénéficier désormais de subventions identiques à celles qu'ils auraient eues s'ils avaient été réalisés sous le régime de la « loi MOP ».

Ce faisant, le projet de loi met un terme aux incertitudes actuelles résultant du transfert, par la personne publique, de la maîtrise d'ouvrage au partenaire privé.

#### **6. La sécurisation du mécanisme de cession de créance**

Le projet de loi a pour objet, en son article 29, d'améliorer le régime de la **cession de créance** spécifique au contrat de partenariat et aux BEH prévu à l'article L. 323-19-1 du code monétaire et financier.

---

<sup>1</sup> Cette situation se produit souvent en cas de travaux : les prêts sont versés progressivement, au fur et à mesure de l'avancement du chantier.

<sup>2</sup> Cf. *infra* le 6 du présent E.

Ce mécanisme, qui permet au titulaire du contrat de partenariat (créancier) de céder à l'établissement finançant le contrat de partenariat (prêteur) des créances qu'il détient vis-à-vis de la personne publique (débitrice), permet en effet de réduire les taux d'intérêt et facilite ainsi le financement du projet.

Trois aménagements sont proposés par le projet de loi pour favoriser le recours à la cession de créance propre au contrat de partenariat<sup>1</sup> :

- clarifier l'assiette de la cession de créance, en précisant la notion de « *coûts d'investissement* »<sup>2</sup> ;

- subordonner l'octroi du caractère définitif de la créance à la réalisation des investissements conformément aux prescriptions du contrat ;

- confirmer que le paiement de la créance est garanti au cessionnaire, à compter de la constatation que les investissements ont bien été réalisés.

### III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION : DES PROPOSITIONS D'AMÉLIORATION, UN NÉCESSAIRE ACCOMPAGNEMENT DE LA LOI

#### A. APPROUVER LES GRANDES ORIENTATIONS DU PROJET DE LOI

De nombreuses personnes entendues par votre rapporteur ont souligné que le projet de loi a été élaboré à l'issue d'une **consultation exemplaire** des différents acteurs publics et privés de la commande publique et ont jugé satisfaisants le consensus et les équilibres ainsi obtenus. A cet égard, la MAPPP semble avoir constitué une instance de travail et d'écoute particulièrement féconde.

Votre commission se félicite de cette « *concertation constructive* » et **n'entend pas remettre en cause l'économie générale du texte** soumis à notre assemblée.

Elle vous propose toutefois **certaines améliorations** (B) et souligne que le texte n'atteindra pleinement ses objectifs que s'il fait l'objet d'une **politique de suivi et d'accompagnement ambitieuse** (C).

#### B. LES AMÉLIORATIONS PROPOSÉES

Outre des **amendements rédactionnels, de précision et de coordination**, votre commission vous propose plusieurs amendements tendant à modifier sur le fond le projet de loi et à le compléter.

---

<sup>1</sup> Il semble que les acteurs de la commande publique aient préféré jusqu'à présent utiliser le mécanisme de la « cession Dailly » créée par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, plus connu que cette cession de créance spécifique.

<sup>2</sup> Cf. supra le 4 du présent E.

## 1. Préciser les conditions de recours aux contrats de partenariat

**Favorable à l'élargissement des conditions de recours** aux contrats de partenariat prévu aux articles 2 et 16 du projet de loi, votre commission ne souhaite pas remettre en cause les nouveaux critères retenus par le projet de loi (bilan avantages/inconvénients et dérogations sectorielles) mais vous propose néanmoins quelques modifications.

Tout d'abord, votre commission vous propose de **faire référence à une situation imprévisible, et non pas imprévue**, tant pour autoriser que l'évaluation préalable soit succincte que pour définir le critère de l'urgence. En effet, un peu plus restrictif, le terme « imprévisible » devrait permettre d'éviter que l'administration considère que tout projet dont l'utilité n'aura pas été préalablement anticipée par elle ne soit considéré comme correspondant à une situation imprévue.

Ensuite, votre commission vous propose **d'encadrer davantage le recours sectoriel aux contrats de partenariat** prévu par le projet de loi. Dans leur rédaction actuelle, les articles 2 et 16 prévoient en effet que, pour les secteurs définis comme prioritaires et donc réputés remplir la condition de l'urgence, des contrats de partenariat peuvent être passés, sous réserve que l'évaluation préalable ne soit pas manifestement défavorable. En conséquence, de tels contrats **pourraient être conclus même si l'évaluation économique, financière, juridique et administrative du projet est défavorable**.

Votre commission considère qu'il n'est pas souhaitable, en particulier dans un souci de bonne gestion des deniers publics, de laisser une telle disposition. Elle vous propose donc de prévoir que **les contrats de partenariat pourront être passés dès lors que l'évaluation préalable n'est pas défavorable**<sup>1</sup>. Cette rédaction, qui n'exige pas une évaluation préalable favorable, laisse la possibilité de conclure des contrats de partenariat lorsque l'écart entre les avantages et les inconvénients n'apparaît pas décisif.

Votre commission vous propose enfin **un amendement tendant à étendre à la réduction des émissions de gaz à effet de serre des bâtiments publics la liste des secteurs prioritaires** pour lesquels le critère de l'urgence est réputé rempli. En effet, dans le domaine de l'énergie, le projet de loi ne retient que l'amélioration de l'efficacité énergétique des bâtiments publics, ce qui ne couvre pas nécessairement toutes les solutions actuellement disponibles pour lutter contre les émissions de gaz à effet de serre alors que cela constitue un élément essentiel pour favoriser le développement durable.

---

<sup>1</sup> Le dispositif de droit commun prévoit que l'évaluation préalable doit être favorable.

## **2. Etendre les possibilités d'exploiter le domaine privé de la personne publique au-delà de la durée du contrat de partenariat**

Votre commission vous propose un **amendement** à l'article 11 tendant à prévoir que la personne publique peut autoriser le partenaire privé à exploiter le domaine privé **au-delà de la durée du contrat de partenariat**. Cette solution a, en effet, le mérite d'élargir les opportunités de recettes complémentaires pour la personne privée et permet ainsi à la personne publique d'en tenir compte dans la rémunération qu'elle lui verse.

## **3. Supprimer le dispositif de cession de créance spécifique aux contrats de partenariat et aux BEH**

Comme votre rapporteur a pu le constater au cours de ses auditions, le dispositif de cession de créance spécialement créé pour les contrats de partenariat et les BEH par l'ordonnance du 17 juin 2004, et codifié à l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, n'a été que très exceptionnellement utilisé. Seuls quelques contrats, dont le contrat de partenariat relatif à la réhabilitation d'une partie de l'Institut national du sport et de l'éducation physique (INSEP), ont en effet été recensés comme prévoyant une telle cession de créance.

En effet, les partenaires publics et privés ont en réalité recours à la cession de créance prévue à l'article L. 313-23 du code monétaire et financier, dite « cession Dailly » et issue de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises. Elle est considérée comme mieux connue et garantissant une certaine sécurité juridique du fait d'une jurisprudence étoffée. Elle a en outre une assiette plus large que cette cession de créance spécifique puisqu'elle permet de céder les créances relatives aux frais financiers.

Si l'article 29 du projet de loi propose d'indéniables améliorations, en particulier en clarifiant la notion de « coûts d'investissements » et en y intégrant les frais financiers intercalaires, il est toutefois apparu à votre rapporteur, au cours de ses auditions et à la lecture des nombreuses contributions écrites qu'il a reçues, que **la cession de créance prévue par l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier ne devrait pas être davantage utilisée**. La « cession Dailly » continuerait toujours à lui être préférée. La raison principalement avancée est le fait que cette cession de créance ne couvre pas les frais financiers.

C'est pourquoi **votre commission vous propose de supprimer** cette cession de créance spécifique, tout en reconnaissant qu'elle avait pour principal avantage de prévoir directement dans le contrat toutes les modalités de financement du projet, permettant ainsi à la personne publique de poser des conditions et garanties. Dès lors que les partenaires publics et privés continueront de lui préférer toujours la cession de créance professionnelle de droit commun, votre commission considère que cette cession de créance n'a pas lieu d'être.

#### **4. Supprimer l'autorisation de dispense d'assurance dommages ouvrage**

Comme affirmé lors de plusieurs auditions de votre rapporteur ainsi que dans de nombreuses contributions écrites qu'il a reçues, votre commission **s'inquiète de la possibilité offerte au maître d'ouvrage** –c'est-à-dire au partenaire privé de la personne publique– **de ne pas souscrire d'assurance dommages ouvrage** dans le cadre d'un contrat de partenariat.

Votre commission souscrit bien sûr à l'objectif de ce dispositif, à savoir assurer une neutralité financière entre les contrats de partenariat et les marchés publics, lesquels ne nécessitent pas d'assurance dommages ouvrage, dans la mesure où le maître d'ouvrage demeure la personne publique qui en est par principe exonérée. Elle est consciente du fait que cette assurance correspond à 0,7 % à 1,5 % du coût global du contrat de partenariat et que, pour les projets les plus importants financièrement, les partenaires privés éprouvent des difficultés à la souscrire.

Elle n'est pour autant **pas convaincue par l'instauration d'une telle dispense**. Celle-ci pourrait en effet mettre les personnes publiques, en particulier les collectivités territoriales, dans des situations délicates dès lors que le partenaire privé ne l'aurait pas souscrite et ne pourrait pas couvrir les éventuels dommages. Malgré le maintien de la garantie décennale, l'assurance dommages ouvrage a pour principal avantage de pouvoir être utilisée sans recherche de responsabilités. En outre, dès lors que cette assurance devient facultative, les cocontractants privés souhaitant la souscrire devraient éprouver des difficultés, les compagnies d'assurance pouvant la leur refuser.

Pour toutes ces raisons, votre commission vous propose de **supprimer l'article 31 du projet de loi créant cette dispense d'assurance dommages ouvrage**.

#### ***C. UNE NÉCESSAIRE DÉMARCHE DE SUIVI ET D'ACCOMPAGNEMENT DU TEXTE***

Votre rapporteur souligne que si le projet de loi, tel qu'amélioré par les amendements présentés, comporte des avancées notables qui rendent le contrat de partenariat indéniablement **plus attractif**, cet outil ne pourra, à l'avenir, représenter une part significative de la commande publique que s'il fait l'objet d'une **politique ambitieuse de suivi et d'accompagnement**. Cette démarche doit s'appuyer sur le renforcement des capacités d'expertise des décideurs publics (1), sur une évaluation honnête et sans complaisance du recours à ce mode contractuel (2) ainsi que sur une réflexion portant sur l'intelligibilité et l'accessibilité du droit de la commande publique (3).

## 1. Renforcer la capacité d'expertise des décideurs publics

Comme il l'a été précédemment indiqué, les nombreuses auditions organisées par votre rapporteur ont mis en évidence la nécessité d'améliorer la **formation des décideurs publics** aux contrats de partenariat, et plus généralement à toutes les formes de partenariats public-privé (PPP). Mme Christine Lagarde, ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, a également insisté sur ce point lors de son audition par votre commission<sup>1</sup>.

En effet, certains acteurs publics paraissent parfois déroutés par la **complexification du droit de la commande publique** et éprouvent des difficultés à faire un choix entre les différents modes de dévolution qu'il propose.

Aussi votre commission se réjouit-elle que le gouvernement ait décidé en décembre 2007 de mettre en place un programme spécifique de formation à l'attention des agents publics, reposant sur trois orientations :

- un programme de formation des agents des administrations centrales (mis en œuvre par la MAPPP) ;
- un programme national de formation des agents publics des administrations déconcentrées et des agents des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;
- une formation approfondie dédiée aux « spécialistes PPP » des ministères et des collectivités territoriales (en partenariat avec des organismes universitaires).

D'après les informations recueillies par votre rapporteur, les formations qui seront dispensées devraient comprendre un contenu pédagogique à géométrie variable afin de s'adresser :

- sur un mode « *initiation* », à un **public non averti**, *a priori* non destiné à pratiquer les contrats de partenariat à court terme mais qui exprime un besoin d'information ;
- sur un mode « *opérationnel* », à un **public non ou faiblement averti**, mais pour qui le contrat de partenariat peut présenter une opportunité pratique dans le cadre de ses activités courantes ;
- sur un mode « *perfectionnement* », à un **public averti et spécialisé**, et désireux d'approfondir ses connaissances sur des aspects généraux (compatibilité, fiscalité, analyse économique, contrôle de légalité...) ou sectoriels (transports, performance énergétique...).

Votre rapporteur juge indispensable d'insister, au cours de ces formations, sur la **méthodologie du rapport d'évaluation** préalable. Il s'agit en effet d'une phase déterminante de la procédure du contrat de partenariat, qui, selon certains spécialistes, ne serait pas toujours bien conduite en

---

<sup>1</sup> Audition commune aux commissions des lois, des affaires économiques et des finances.

Grande-Bretagne dans le cadre des PFI. Il appartient à la personne publique d'établir un rapport approfondi qui doit nettement faire apparaître les **avantages attendus du recours au contrat de partenariat** : coût global du projet (incluant le financement et l'exploitation et prenant en compte les possibilités de recettes annexes), délais de réalisation prévisionnels, qualité architecturale... Les raisons qui tiennent à la déconsolidation de la dette doivent être écartées, tant pour des raisons de principe (sincérité des comptes publics) que financières (les loyers pèsent, en tout état de cause, sur les budgets de fonctionnement).

L'évaluation préalable est une phase délicate qui doit être menée sans *a priori* ; elle nécessite une **réelle expertise** en matière juridique, financière, comptable et technique dont ne disposent pas toujours les acteurs de la commande publique. Il est donc fortement recommandé à la personne publique de faire appel à des conseils extérieurs si de telles compétences lui font défaut. Certes, la MAPPP, dont l'avis est obligatoire pour l'Etat et facultatif pour les collectivités territoriales, offre une capacité d'expertise reconnue et appréciée dans la phase préalable d'évaluation. Elle publie d'ailleurs un guide qui fait référence pour tous les acteurs de la commande publique. Elle n'a toutefois pas les moyens d'assurer un **suivi complet du projet** une fois ce dernier lancé.

A cet égard, M. Stéphane Coudert, directeur général des services de la Communauté urbaine de Lille, s'est félicité du choix qui y a été fait d'avoir recours à une Assistance à Maîtrise d'Ouvrage (AMO) pour le projet du Grand stade, eu égard à la complexité du montage juridique et financier. L'AMO présente, en effet, l'avantage d'offrir à la personne publique un **accompagnement tout au long de la procédure**, jusqu'à la livraison de l'ouvrage et permet d'assurer un pilotage effectif du projet, qui s'avère particulièrement utile lorsque la personne publique engage un dialogue avec des groupes parfaitement familiers des mécanismes du contrat de partenariat.

Les auditions ont souligné combien ce **point est essentiel**. Comme son nom l'indique, le contrat de partenariat est une **coopération fructueuse, mutuellement profitable**, certainement pas un **dessaisissement au profit de la personne privée**. Cette dernière met son savoir-faire et son expérience au service d'une personne publique qui doit définir le plus clairement possible ses attentes et ses objectifs et exercer un contrôle vigilant sur leur mise en œuvre. Ça n'est qu'à cette condition que le contrat de partenariat prend toute sa mesure.

Afin de renforcer l'expertise de l'Etat en matière de contrats de partenariat sans grever inutilement les finances publiques, M. Claude d'Harcourt, directeur de l'administration pénitentiaire au ministère de la justice, a suggéré, au cours de son audition, une piste de réflexion que votre rapporteur juge particulièrement intéressante. Il a proposé de lancer un marché

à bons de commande<sup>1</sup> destiné à retenir un cabinet d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour **l'ensemble des contrats de partenariat de l'Etat**. Cette solution présenterait l'avantage de mutualiser les expériences et de favoriser les synergies entre ministères. Il semble, en effet, qu'à l'heure actuelle, les ministères conduisent leurs projets de manière relativement isolée, ce qui constitue sans doute un frein à l'essor du contrat de partenariat.

## 2. Évaluer les atouts du contrat de partenariat

Si le renforcement de l'expertise des acteurs publics constitue une condition *sine qua non* du développement du contrat de partenariat, il ne saurait constituer une condition suffisante. Encore faut-il que les compétences soient utilement enrichies par une base de données identifiant clairement les réussites mais aussi les échecs du contrat de partenariat propres à faciliter **l'évaluation sans complaisance de l'intérêt du recours au contrat de partenariat**.

Cette démarche ne constitue en rien une remise en cause de l'outil mais vise, au contraire, à en garantir le **plein succès**.

En effet, il ressort des auditions menées par votre rapporteur que, utilisé à bon escient, le contrat de partenariat peut permettre, d'une part, de **réduire les délais de réalisation** des ouvrages et équipements publics, d'autre part, d'**abaisser le coût global du projet**.

- *Réduction des délais*

Il apparaît établi que les contrats de partenariat peuvent **permettre de réduire les délais de construction**. Rappelons, à cet égard, que c'est précisément cet atout qui a été mis en avant par le Président de la République dans sa lettre au Premier ministre le 1<sup>er</sup> octobre dernier : « *Le contrat de partenariat offre très souvent la possibilité d'accélérer l'investissement : or chaque année de gagnée dans la réalisation des grands projets d'utilité publique est un gain pour notre pays* ».

Cet avantage résulte de **trois facteurs**.

Le premier est qu'après un travail préparatoire approfondi, la personne publique retient un **interlocuteur unique** parfaitement au fait de ses besoins et assumant toute la coordination du projet dans un souci d'optimisation.

---

<sup>1</sup> *Les marchés à bons de commande sont des marchés exécutés au fur et à mesure de l'émission de bons de commande, dont le nombre n'est pas précisément fixé dans le cahier des charges. Par exemple, un marché pourrait prévoir entre dix et quarante prestations d'AMO par an, ce qui créerait une sorte de « droit de tirage » pour les ministères.*

Le second tient à ce que, dans le cadre du contrat de partenariat, les modalités de la rémunération due au titre de la réalisation de l'ouvrage **peuvent être liées pour partie au respect des délais de livraison**. Cette puissante incitation pour l'opérateur privé est sans nul doute le facteur explicatif des résultats mis en évidence en particulier dans un rapport de la Chambre des communes britannique en 2003<sup>1</sup>, qui montre que les PFI se traduisent en moyenne par un **plus grand respect des délais conventionnellement fixés** : le pourcentage de non-respect des échéanciers fixés dans le contrat serait respectivement de 70 % en marché public et 24 % en PFI. Dans ce même rapport qui analysait 37 projets de PFI, il était indiqué que 28 ouvrages avaient été livrés à temps ou avant la date limite ; que sur les neuf restant, six n'avaient connu qu'un retard inférieur à deux mois et que pour les trois autres de lourdes pénalités avaient été infligées à l'opérateur privé.

Enfin, le fait de confier à une entreprise unique la réalisation d'une **mission globale** facilite la coordination entre les différents corps de métiers du bâtiment et évite ainsi les retards imputables à la multiplication des intervenants sur un chantier.

- *Réduction des coûts*

S'il semble acquis que les contrats de partenariat permettent généralement d'accélérer les réalisations d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels, les avis semblent plus nuancés s'agissant du bilan financier de l'opération. Certes, il apparaît de manière relativement sûre que les contrats de partenariat, par leur caractère global, permettent de **maîtriser les coûts fixés dans le contrat** et évitent ainsi les mauvaises surprises. Ainsi, d'après le rapport cité plus haut, le pourcentage de projets de construction dont les coûts ont été supérieurs aux prix fixés par le contrat est de **73 %** en marché public et de **22 % en PFI**.

Toutefois, si le coût est maîtrisé, il n'en demeure pas moins qu'il est difficile d'affirmer à l'heure actuelle, faute de recul suffisant, que les contrats de partenariat permettent de réduire les coûts de construction et d'exploitation de manière **certaine et inconditionnelle**.

Le contrat de partenariat est en effet porteur à la fois de facteurs d'alourdissement de la dépense publique et de facteurs d'allègement :

Parmi les facteurs de renchérissement, citons :

- **les frais financiers** :

Comme le rappelle justement le guide élaboré par la MAPPF sur les contrats de partenariat, « *une structure privée assurant le financement du contrat de partenariat obtient par nature des conditions de financement moins favorables que la puissance publique* », et ce, même si la cession de créance,

---

<sup>1</sup> « *PFI : Construction Performance* » report by the comptroller and Auditor general orderer by the House of Commons (5 février 2003).

en transférant le risque sur la personne publique, améliore les garanties du projet, réduit les taux d'intérêt pour l'emprunteur et, par voie de conséquence, les versements de la personne publique.

**- le coût de la situation « oligopolistique » :**

Si votre rapporteur se réjouit des dispositions du projet de loi tendant à favoriser la **mise en concurrence** des entreprises (en particulier l'obligation de versement d'une prime aux candidats évincés qui ont fourni un investissement significatif pour participer au dialogue compétitif), il n'a pu que constater un certain **déficit de concurrence** pour les contrats de partenariat les plus importants. Seules trois ou quatre entreprises françaises peuvent effectivement répondre à certains projets de grande ampleur.

Il apparaît donc nécessaire d'examiner, avant le lancement d'un contrat de partenariat, la situation du marché et de ne pas hésiter à faire appel à la concurrence européenne, voire extra-européenne.

**- le coût du montage juridique et financier :**

Si une Assistance à Maîtrise d'Ouvrage s'avère souvent, on l'a dit, très précieuse pour mener à bien un contrat de partenariat, il reste que cette solution présente un coût non négligeable pour la personne publique.

En revanche, le contrat de partenariat comporte également certains **facteurs d'allègement** des dépenses publiques, parmi lesquels :

**- les possibilités de recettes annexes :**

Comme indiqué précédemment, la possibilité pour le partenaire privé de percevoir des recettes accessoires est **un des principaux atouts de la formule du contrat de partenariat**. Elle amène le cocontractant privé à rechercher des solutions innovantes pour optimiser l'exploitation de l'espace alloué, exploitation dont tire profit la personne publique en baissant à due concurrence la rémunération qu'elle verse au titulaire du contrat de partenariat ;

**- la prise en compte, dans le coût global, des coûts d'exploitation du bien réalisé :**

Comme exposé plus haut, le contrat de partenariat, en permettant de confier au même partenaire privé la construction de l'ouvrage et son exploitation pendant une durée très longue, l'incite fortement à choisir des matériaux de construction d'une durée de vie élevée et des solutions énergétiques pérennes. Il s'agit là d'une **différence fondamentale avec les marchés publics** qui doit être prise en considération dans l'évaluation de l'intérêt financier du recours au contrat de partenariat.

- la réduction des **coûts de gestion interne** :

Il importe également de prendre en compte, dans le bilan financier, la réduction, voire la quasi-disparition des coûts de gestion interne de la collectivité. Le fait de n'avoir qu'un seul contrat à gérer et de transférer la maîtrise d'ouvrage est une source de simplification pour la personne publique et lui permet de **se consacrer à d'autres activités d'intérêt général**. Certes, ce « surcroît de disponibilité » n'est pas chiffrable, puisqu'il améliore le service rendu à la collectivité et ne relève pas du secteur marchand, mais d'aucuns considèrent qu'il participe de l'effort de rendre le meilleur service au meilleur coût.

- les **économies d'échelles et effets d'apprentissage** de la personne privée. En contrat de partenariat, la personne publique bénéficie des économies d'échelle ainsi que des effets d'apprentissage de l'opérateur privé liés à la durée du contrat.

Compte tenu de ces éléments financiers nuancés, il apparaît que le contrat de partenariat doit faire l'objet d'un **usage circonstancié**. Il semble, en particulier, constituer une solution plus adaptée aux opérations techniquement et financièrement complexes qu'aux « petits » projets.

Aussi votre commission invite-t-elle les décideurs publics à bien examiner l'impact financier prévisionnel du projet dans le cadre d'une **évaluation préalable rigoureuse et sans complaisance**. Il est édifiant de constater, à cet égard, que le dernier rapport de la Cour des comptes a montré du doigt deux partenariats public-privé passés sous la forme de LOA et d'AOT-LOA **non soumis à évaluation préalable** :

- le pôle renseignement du ministère de l'intérieur, situé à Levallois depuis 2005, qui, d'après la Cour, coûtera à l'Etat 121 millions de trop en raison d'une surévaluation de la valeur de l'immeuble et du versement d'un loyer supérieur à l'estimation des domaines ;

- le centre des archives diplomatiques du ministère des Affaires étrangères, situé à La Courneuve, dont la réalisation devrait se traduire par un surcoût de 41 % à la charge du contribuable selon les calculs de la Cour.

### 3. Vers un code de la commande publique ?

Enfin, votre rapporteur souligne que le contrat de partenariat et plus généralement les partenariats public-privé ne trouveront pleinement leur place dans la commande publique que s'il est engagé, dans les années à venir, un vaste chantier de **simplification et de rationalisation** au plus grand profit des acteurs publics et privés de la commande publique.

Si votre commission vous propose certaines harmonisations entre le code des marchés publics et les contrats de partenariat, il observe que ces derniers étant regardés par le droit communautaire comme des marchés publics, il serait souhaitable d'engager dès à présent une réflexion visant à une **meilleure intelligibilité des textes**.

Un premier effort doit porter sur une clarification du partage entre les **dispositions législatives et réglementaires** du contrat de partenariat et des marchés publics : à titre d'exemple, comment comprendre que la procédure du dialogue compétitif du contrat de partenariat soit définie par un texte de valeur législative alors que celle du code des marchés publics résulte d'un décret ? Cette situation implique qu'on ne puisse simultanément, par le même véhicule juridique, modifier les deux procédures, par exemple si la directive communautaire 2004/18 applicable aux marchés publics venait à évoluer.

Une seconde démarche devrait aboutir à une **harmonisation, voire une fusion des procédures applicables** au contrat de partenariat et au marché public. Plutôt que de procéder par « sédimentation » des textes et des modes d'intervention des pouvoirs publics, il pourrait être envisagé de présenter, dans un même code, le contrat de partenariat comme **un assouplissement du marché public** (transfert de la maîtrise d'ouvrage, autorisation du paiement différé, définition d'objectifs de performances....).

Cette solution aurait l'avantage de mettre en évidence **les éléments procéduraux communs** : comment justifier que ces deux outils puissent être tous deux passés selon des procédures d'appel d'offres ou de dialogue compétitif définies par des dispositions quasi-identiques mais figurant dans des textes différents ? Cette situation est, à l'évidence, source de complexité pour les professionnels de la commande publique.

Cette démarche aurait notamment le mérite de conduire à examiner la question de l'extension aux marchés publics de certains principes applicables aux contrats de partenariat. Ainsi votre rapporteur s'interroge-t-il sur l'opportunité d'appliquer aux marchés publics d'une certaine importance le principe **de l'évaluation préalable** et note avec satisfaction que le gouvernement ne paraît pas insensible à cette idée<sup>1</sup>.

Ce même souci de lisibilité et de cohérence devrait conduire également à réunir dans un même cadre juridique, **les différents partenariats public-privé** (AOT-LOA, BEA, BEH, contrats de partenariat).

Il suffirait, pour parachever ce bel ordonnancement et répondre aux objectifs constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité du droit, d'y inclure les délégations de service public et de créer ainsi un véritable **code de la commande publique**.

\*

\* \*

**Au bénéfice de l'ensemble de ces observations et sous réserve des amendements qu'elle vous soumet, votre commission vous propose d'adopter le projet de loi relatif aux contrats de partenariat ainsi modifié.**

---

<sup>1</sup> A l'occasion d'un colloque sur l'optimisation de la commande publique organisé le 20 février 2008, M. Eric Besson, secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre, chargé de la prospective et de l'évaluation des politiques publiques, a évoqué la mission que lui a confiée François Fillon qui vise à identifier les points de blocages et les pistes d'évolution en matière de commande publique afin d'offrir aux acheteurs publics un ensemble de dispositifs pour en faciliter la pratique. Il a évoqué une éventuelle extension de l'évaluation préalable, prévue dans le contrat de partenariat, aux délégations de service public et aux marchés publics complexes, afin que la personne publique soit capable de choisir en amont le type de contrat le mieux adapté à ses besoins.



## EXAMEN DES ARTICLES

### CHAPITRE PREMIER DISPOSITIONS MODIFIANT L'ORDONNANCE N° 2004-559 DU 17 JUIN 2004 SUR LES CONTRATS DE PARTENARIAT

#### *Article premier*

(article premier de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

#### **Assouplissement du régime des contrats de partenariat de l'Etat**

Cet article apporte trois modifications à l'article premier de l'ordonnance relatif à la définition des contrats de partenariat :

1°) En premier lieu, le projet de loi prévoit qu'avec l'accord des cocontractants concernés, des contrats passés antérieurement par la personne publique peuvent être cédés au titulaire du contrat de partenariat dès lors qu'ils « *concourent à l'exécution* » de la mission de ce dernier. Cette formulation générale couvre *a priori* tous types de contrats : contrats de délégations de service public, polices d'assurances, marchés d'efficacité énergétique...

Toutefois, le projet de loi vise principalement **la cession au partenaire privé des marchés de maîtrise d'œuvre** puisque ces derniers ne sont pas nécessairement intégrés au contrat de partenariat. Il s'agit de conférer un fondement juridique à une **pratique assez répandue**<sup>1</sup> consistant dans le transfert du contrat de maîtrise d'œuvre déjà attribué au nouveau titulaire du contrat de partenariat : cette démarche répond à un souci d'efficacité de la commande publique, le maître d'œuvre agissant dès lors comme un **prestataire** du titulaire du contrat de partenariat appelé, lui, à construire l'ouvrage conçu par le maître d'œuvre puis à en assurer l'exploitation. Cette cession est régie par le principe de liberté contractuelle, les deux parties en présence définissant elles-mêmes les conditions du transfert ainsi opéré (responsabilité, rémunération...).

---

<sup>1</sup> D'après la MAPPP, c'est le schéma en cours pour le zoo de Vincennes, le théâtre de Perpignan et la salle de spectacles de Rambouillet. C'est également celui qui prévaudra si la salle philharmonique de la Cité de la Villette à Paris est réalisée en contrat de partenariat.

Les représentants de la MAPPP ont fait savoir à votre rapporteur qu'en pratique, la personne publique indiquait généralement dans l'avis d'appel public à la concurrence relatif aux contrats de partenariat qu'un maître d'œuvre avait déjà été désigné, afin que le candidat au contrat de partenariat puisse être parfaitement éclairé sur la nature du projet et engager ainsi, s'il le souhaite, des négociations avec le maître d'œuvre sur les modalités éventuelles du transfert.

Interrogés par votre rapporteur sur les risques de pression exercée par le titulaire du contrat de partenariat sur le maître d'œuvre, les représentants de la MAPPP ont souligné que ce dernier se trouvait, au contraire, en **position de force** puisque le transfert était juridiquement subordonné à son accord.

2°) En second lieu, le projet de loi ouvre la possibilité pour plusieurs personnes publiques de **se regrouper** pour conclure un contrat de partenariat, sous réserve de désigner par convention une **entité « chef de file »** qui « *conduira la procédure de passation, signera le contrat et éventuellement en suivra l'exécution* ». Cette rédaction s'inspire des dispositions 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 »). Ainsi une opération de rénovation urbaine qui concerne plusieurs acteurs publics (communes, groupements de collectivités territoriales, départements, offices publics d'HLM...) pourra-t-elle faire l'objet d'un contrat de partenariat piloté par une des personnes publiques intéressées.

3°) Enfin, l'article premier du projet de loi précise que le contrat de partenariat peut autoriser la personne publique à délivrer **un mandat** au titulaire du contrat de partenariat **pour encaisser**, pour son compte, le paiement par l'utilisateur final de prestations revenant à cette dernière. Interrogés par votre rapporteur sur le sens de cette disposition, les représentants de la MAPPP ont souligné qu'elle avait pour objet de distinguer clairement cette situation de la « *gestion de fait* »<sup>1</sup>. Ils ont donné l'exemple d'un contrat de partenariat comprenant une prestation de **restauration** dans laquelle l'utilisateur final paie un ticket directement à la personne privée, ticket dont le montant est ensuite reversé à la personne publique.

Votre rapporteur **approuve les modifications apportées à l'article premier de l'ordonnance**, sous réserve d'améliorations rédactionnelles présentées dans un **amendement de réécriture de cet article** afin de :

- clarifier le sens du groupe nominal « *l'exécution de sa mission* » et supprimer l'expression superflue commençant par les mots « *notamment...* » ;

- distinguer plus nettement, dans la définition du contrat de partenariat, les critères **facultatifs** des critères **obligatoires**.

---

<sup>1</sup> La gestion de fait s'applique, selon l'article 60-XI de la loi de finances n° 63-156 du 23 février 1963, à " toute personne qui, sans avoir la qualité de comptable public ou sans agir sous contrôle et pour le compte d'un comptable public, s'ingère dans le recouvrement de recettes affectées ou destinées à un organisme public...", ou " reçoit ou manie directement ou indirectement des fonds ou valeurs extraits irrégulièrement de la caisse d'un organisme public ".

En effet, l'article premier de l'ordonnance précise que le champ du contrat de partenariat recouvre « *le financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, la construction ou la transformation des ouvrages ou équipements, ainsi que leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* ». Le même article ajoute, plus loin, que le titulaire du contrat de partenariat peut se voir confier **tout ou partie de la conception des ouvrages**. Or, le guide élaboré par le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, intitulé « *les contrats de partenariat : principes et méthodes* » fait plus nettement apparaître la différence entre critères obligatoires et facultatifs (pages 8 et 9). En conséquence, votre rapporteur juge utile de distinguer clairement les critères ;

- clarifier le champ du contrat de partenariat.

En effet, le projet de loi ne modifie pas les dispositions de l'ordonnance relatives aux biens concernés par les contrats de partenariat. Or, il apparaît qu'elles ne sont pas dépourvues d'ambiguïté puisque si le financement du projet concerne les **investissements immatériels, les ouvrages ou les équipements**, la construction ou la transformation ne concernent, elles, que les **ouvrages ou équipements** et la conception ne s'applique qu'aux **ouvrages**. Or, les investissements immatériels (par exemple des logiciels informatiques) devraient représenter une part croissante des contrats de partenariat et on voit mal pourquoi un contrat de partenariat pourrait porter sur leur financement et pas sur leur construction ou leur transformation. De même, on peine à comprendre pourquoi un contrat pourrait porter sur la conception d'ouvrages mais pas sur celle d'équipements ou d'investissements immatériels dont le financement est prévu dans le cadre du contrat de partenariat. En conséquence, l'amendement proposé **clarifie ce point** et procède à de nombreuses coordinations dans d'autres articles de l'ordonnance. Il apparaît en effet indispensable de lever toute équivoque sur la définition des contrats de partenariat et d'éviter ainsi le développement d'un contentieux susceptible de contrarier le développement de ce nouvel outil de la commande publique.

- de préciser enfin que la rémunération du partenaire privé est **nécessairement liée** aux objectifs de performance, alors que la rédaction actuelle de l'ordonnance prévoit une **simple possibilité**. Or, un des atouts majeurs du contrat de partenariat est précisément de prendre en compte, dans la rémunération versée par la personne publique au partenaire privé, la réalisation par ce dernier des objectifs de performance qui lui sont assignés dans les clauses du contrat.

Votre commission vous propose d'adopter l'article premier **ainsi modifié**.

*Article 2*

(art. 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

**Extension du recours aux contrats de partenariat**

Cet article, qui modifie l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004, a pour objet d'**étendre les possibilités de recours aux contrats de partenariat**. Le gouvernement a ainsi souhaité **élargir les cas dans lesquels ces contrats peuvent être utilisés, dans le respect de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel dans sa décision précitée du 26 juin 2003**.

**I. Le droit actuel : un recours aux contrats de partenariat strictement réservé aux projets complexes ou répondant à un motif d'urgence au regard de l'évaluation préalable**

Lors de son examen de l'habilitation législative tendant à autoriser la création des contrats de partenariat par ordonnance, à l'article 6 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision du 26 juin 2003, émis une réserve d'interprétation qui a imposé aux rédacteurs de l'ordonnance du 17 juin 2004 de **strictes conditions de recours** aux contrats de partenariat afin d'**en éviter la généralisation**.

Considérant en effet que « *la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics* », le Conseil constitutionnel a souhaité que ces contrats constituent une dérogation au droit commun de la commande publique et qu'ils ne puissent dès lors être utilisés que pour « *des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* ».

Cette décision a guidé le contenu de l'ordonnance du 17 juin 2004. Son article 2, qui définit les conditions de recours aux contrats de partenariat, prévoit ainsi qu'avant tout lancement de procédure de passation d'un tel contrat, la personne publique doit procéder à une **évaluation** tendant, d'une part, à démontrer la **nécessité d'un contrat de partenariat**, en raison de la complexité du projet ou d'une situation d'urgence, d'autre part, à donner les **motifs économiques, financiers, juridiques et administratifs justifiant l'opportunité** d'y recourir, en comparaison avec les autres outils de la commande publique.

Cette évaluation préalable répond aux exigences constitutionnelles dans la mesure où elle doit démontrer la pertinence du recours au contrat de partenariat.

• **S'agissant des cas de recours au contrat de partenariat, l'ordonnance ne retient que l'urgence et la complexité des projets**, c'est-à-dire les deux hypothèses expressément citées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 juin 2003. Celui-ci a d'ailleurs validé ces conditions d'ouverture des contrats de partenariat dans sa décision du 2 décembre 2004 sur la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit qui procédait à la ratification de l'ordonnance du 17 juin 2004.

D'après le Conseil constitutionnel, le recours au contrat de partenariat se justifie donc tout d'abord par la complexité des projets, au regard des *« caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé »*.

L'article 2 de l'ordonnance ouvre par conséquent la possibilité de conclure un contrat de partenariat dès lors que la personne publique *« n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet »*.

Cette définition de la complexité est issue de l'article 29 de la directive communautaire 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination de la procédure de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, qui fait de la complexité une condition pour que les personnes publiques puissent recourir au dialogue compétitif dans le cadre d'un marché public (au sens communautaire).

Comme précisé dans le guide de la MAPPP sur les contrats de partenariat, la complexité du projet s'apprécie comme une condition objective. L'évaluation préalable doit démontrer que la personne publique est objectivement dans l'incapacité de définir les moyens techniques ou d'évaluer le montage juridique ou financier nécessaire au projet.

Par exemple, le critère de la complexité a été retenu pour le tram-train de l'île de la Réunion. Mode de transport intégré, le projet doit en effet comprendre des matériels hybrides, fonctionnant tant en mode tramway qu'en mode rail. En outre, la réalisation de ce tram-train par la région, novice en matière de transports en commun, est d'autant plus difficile qu'elle doit également s'adapter à des obstacles naturels, des contraintes climatiques et une densité urbaine importante.

Le critère de l'urgence n'est en revanche pas défini à l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004.

Dans sa décision précitée du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel a considéré que l'urgence devait s'interpréter comme *« le rattrapage d'un retard préjudiciable, en raison de circonstances locales ou particulières »*.

Le Conseil d'Etat a pour sa part défendu une définition encore plus stricte, dans son arrêt du 29 octobre 2004<sup>1</sup>, considérant que le critère de l'urgence est rempli lorsque celle-ci « *résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminé, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs.* »

A partir de ces décisions, la MAPPP a élaboré une doctrine selon laquelle le critère de l'urgence devait être interprété, en ne se limitant pas aux seules « situations imprévisibles et extérieures à la puissance publique » mais en y intégrant les hypothèses où le retard préjudiciable à l'intérêt général peut être dû à une carence de l'administration.

A titre d'exemple, l'urgence a été retenue pour justifier le recours à un contrat de partenariat afin de rénover la prison de la Santé<sup>2</sup>, en raison de l'état de vétusté des bâtiments, du nombre croissant de détenus et de l'inadaptation du lieu aux besoins de l'administration pénitentiaire.

• En vertu de l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004, **l'évaluation préalable** doit non seulement justifier que le recours au contrat de partenariat correspond à l'un de ces deux cas d'ouverture –complexité ou urgence– mais également exposer les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui ont conduit la personne publique à faire le choix de ce contrat. Une analyse comparative doit ainsi être menée entre les différents contrats de la commande publique, notamment au regard de leur coût global, de leur performance et du partage des risques qu'ils permettent.

**L'exposé des motifs peut être succinct en cas d'urgence.** Comme indiqué dans le guide de la MAPPP, cette évaluation préalable doit permettre de s'assurer que le contrat de partenariat offre une « *solution alternative moins coûteuse et/ou plus avantageuse pour atteindre les objectifs poursuivis par la personne publique* ». Elle s'inspire du « *public sector comparator* » britannique qui doit garantir que le PFI envisagé contribue à réduire le coût du projet ou à permettre de meilleures performances.

L'article 2 de l'ordonnance précise également que **l'évaluation préalable est réalisée avec le concours d'un organisme expert** choisi parmi ceux créés par décret. Ainsi en est-il en particulier de la MAPPP, instituée par le décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004, qui doit donner son avis sur tous les projets de l'Etat et de ses établissements publics, au regard de l'évaluation préalable qui lui est soumise, à l'exception des projets du ministère de la défense qui dispose d'un organisme expert spécifique.

Au regard notamment de ces dispositions juridiques très restrictives, le recours aux contrats de partenariat s'est avéré relativement limité depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 17 juin 2004. Les conditions d'urgence

---

<sup>1</sup> CE, 29 octobre 2004, « *Sueur et autres, UNSA, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et Fédération nationale des élus socialistes et républicains, Syndicat national du second œuvre du bâtiment* ».

<sup>2</sup> Dans le cadre de ce contrat de partenariat, la complexité du projet était également invoquée.

et de complexité paraissant difficiles à justifier, certaines personnes publiques ont craint de s'engager dans cette nouvelle procédure<sup>1</sup>. Ainsi l'article 2 du présent projet de loi propose-t-il d'élargir les conditions de recours au contrat de partenariat.

## **II. Le projet de loi : l'élargissement des conditions de recours aux contrats de partenariat**

L'article 2 du projet de loi, qui procède à une réécriture globale de l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004, vise essentiellement à **développer l'emploi des contrats de partenariat**, dans le respect de la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003.

• Tout d'abord, outre l'urgence et la complexité, **une troisième hypothèse de recours** au contrat de partenariat serait ouverte aux personnes publiques : **la performance économique ou l'intérêt économique du projet**.

Dans sa décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel n'a pas interdit la création d'un autre cas d'ouverture que l'urgence et la complexité, dans la mesure où ces deux critères ne constituent que des exemples de « motifs d'intérêt général » justifiant le recours au contrat de partenariat (« motifs d'intérêt général tels que l'urgence [...] ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé »).

Equivalent dans le droit français du « *best value for money* » anglo-saxon, l'intérêt économique du contrat de partenariat serait ainsi démontré dès lors que celui-ci présenterait un bilan entre ses avantages et ses inconvénients plus favorable que celui d'autres contrats de la commande publique. Ce bilan serait établi en fonction des caractéristiques du projet, des exigences du service public dont la personne publique est chargée, des contraintes pesant sur cette dernière ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables.

Votre rapporteur considère que, tout en ouvrant significativement la possibilité de recourir aux contrats de partenariat, cette nouvelle condition ne le généralise pas pour autant, dans la mesure où, en réalisant ce bilan, l'évaluation préalable doit prouver que le contrat serait effectivement le meilleur outil pour mener à bien le projet concerné. La personne publique ne peut décider de recourir librement à ce contrat, à l'instar du marché public ou de la délégation de service public. Son emploi n'est donc pas banalisé.

• Ensuite, le projet de loi facilite également la possibilité de recourir aux contrats de partenariat en prévoyant que, **jusqu'au 31 décembre 2012, le critère de l'urgence serait réputé acquis pour un certain nombre de domaines d'intervention de l'Etat et des collectivités territoriales jugés prioritaires**.

---

<sup>1</sup> Cf. le B du I de l'exposé général.

Ainsi en serait-il des besoins :

– de l’enseignement supérieur et de la recherche et qui conduisent à l’amélioration de la qualité de la recherche et des conditions d’étude et de vie étudiante. La référence à ce secteur répond notamment à l’une des préconisations du rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, sous la présidence de M. Jacques Attali, selon laquelle, pour « *structurer dix pôles universitaires de taille mondiale alliant pluridisciplinarité et excellence* » et créer en conséquence les campus nécessaires, il serait « *envisageable de mobiliser [...] des partenariats public-privé* »<sup>1</sup> ;

– des ministères de la justice et de l’intérieur, tels que définis respectivement à l’article 3 de la LOPJ et de la LOPSI ;

– de la mise en place des nouvelles technologies répondant aux besoins de la police nationale et de la gendarmerie ;

– de la réorganisation des implantations du ministère de la défense ;

– de la santé, tels que définis à l’article L. 6148-2 du code de la santé publique instituant les baux emphytéotiques hospitaliers, c’est-à-dire pour la réalisation d’établissements hospitaliers ;

– des infrastructures de transport s’inscrivant dans un projet de développement durable, de la rénovation urbaine, de l’amélioration de l’accessibilité des personnes handicapées ou à la mobilité réduite et de l’amélioration de l’efficacité énergétique des bâtiments publics. Votre commission vous propose un **amendement** tendant à étendre cette liste à la réduction des émissions de gaz à effet de serre des bâtiments publics. En effet, alors que plusieurs personnes entendues par votre rapporteur ont considéré que les contrats de partenariat pourraient utilement se développer dans le domaine de l’énergie, il paraît nécessaire que cette dérogation sectorielle comprenne les projets ayant pour objet la réduction des émissions de gaz à effet de serre des bâtiments publics, qui ne conduisent pas nécessairement à une amélioration de leur efficacité énergétique.

Toutefois, pour qu’il puisse être recouru au contrat de partenariat en vertu de cette dérogation sectorielle, le projet de loi prévoit que **l’évaluation préalable ne devra pas être manifestement défavorable**. La personne publique devra donc s’assurer que, d’un point de vue économique, financier, juridique et administratif, le recours aux contrats de partenariat n’est pas manifestement inapproprié.

Votre commission considère qu’il ne serait toutefois pas justifié de garantir, au nom de l’urgence, le recours au contrat de partenariat pour des projets pour lesquels l’évaluation préalable démontrerait qu’il n’est pas idoine. Elle vous propose donc un **amendement** tendant à prévoir que **l’évaluation préalable ne devrait, en tout état de cause, pas être défavorable au recours au contrat de partenariat**.

---

<sup>1</sup> *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, sous la présidence de M. Jacques Attali, « 300 décisions pour changer la France », rendu en janvier 2008.*

La suppression du terme « manifestement » permet ainsi de garantir qu'un **contrat de partenariat ne pourrait être passé, même sous l'égide de l'urgence, alors que l'évaluation préalable a conclu au fait que le projet devrait plutôt être effectué dans le cadre d'un autre outil de la commande publique**. La rédaction proposée par votre commission admet en revanche que la personne publique décide de recourir à ce contrat lorsque l'évaluation préalable n'est pas en mesure d'affirmer que l'un des contrats de la commande publique est préférable et que, d'un point de vue économique, financier, juridique et administratif, le contrat de partenariat ne serait pas moins intéressant.

S'agissant toujours de cette dérogation sectorielle, le présent article précise qu'elle pourra être retenue pour tous les projets de contrat de partenariat dont l'avis d'appel public à la concurrence serait envoyé avant le 31 décembre 2012.

• Outre cet élargissement des cas de recours aux contrats de partenariat, le projet de loi propose de **définir la notion d'urgence**, par le rattrapage d'un retard préjudiciable affectant la réalisation d'équipements collectifs, ou par une situation imprévue. Votre commission vous propose un **amendement** tendant à préciser cette définition de l'urgence, **en faisant référence à une situation « imprévisible »**, et non seulement « imprévue », c'est-à-dire principalement à l'hypothèse de la catastrophe naturelle. Il s'agit ainsi d'éviter que l'urgence soit invoquée pour tout projet dont l'utilité n'aurait pas été préalablement anticipée par la personne publique. En revanche, l'amendement prévoit que l'urgence pourrait également être invoquée en cas de rattrapage d'un retard préjudiciable **dans l'exercice d'une mission de service public** –et pas simplement pour la réalisation d'équipements collectifs.

• Le projet de loi conserve bien sûr la nécessité que le projet de contrat de partenariat soit toujours soumis à une **évaluation préalable** comportant une analyse comparative des différents outils de la commande publique et précise que celle-ci **devrait également s'effectuer au regard des préoccupations de développement durable** –en sus du coût global, de la performance et du partage des risques.

Une **évaluation succincte** serait également toujours possible mais ne serait désormais justifiée qu'en cas de situation imprévue, et non plus d'urgence comme le prévoit le texte actuel. Par souci de **cohérence**, votre commission vous propose d'adopter un **amendement** tendant à **faire référence à une situation « imprévisible », et non simplement « imprévue »**. En effet, il ne faudrait pas que l'absence de prévision de la personne publique justifie ensuite la possibilité de procéder à une évaluation préalable succincte.

En outre, votre commission vous propose un **amendement** tendant à **rétablir la référence**, actuellement inscrite dans l'ordonnance et supprimée par le projet de loi, **à l'organisme expert chargé de concourir à la**

**réalisation de l'évaluation préalable.** Si l'existence de ces organismes est effectivement garantie par décret et ne semble actuellement pas remise en cause, il semble toutefois utile de préciser leur rôle au niveau législatif, conformément à la rédaction actuelle de l'article 2 de l'ordonnance. Cela semble d'autant plus justifié qu'un grand nombre des représentants des personnes publiques entendues par votre rapporteur ont mis en évidence l'importance de ces organismes experts, en particulier à la MAPPP dans la conduite de leurs projets.

Votre commission vous soumet également **deux amendements** rédactionnels et vous propose d'adopter l'article 2 **ainsi modifié.**

*Article additionnel après l'article 2*

(art. 3 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

**Harmonisation des principes fondamentaux régissant le contrat de partenariat avec ceux du code des marchés publics**

Votre commission vous soumet **un amendement** tendant à harmoniser la rédaction des principes fondamentaux régissant le contrat de partenariat et les marchés publics.

L'article 3 de l'ordonnance énonce les **grands principes** applicables au contrat de partenariat : liberté d'accès, égalité de traitement des candidats et objectivité des procédures.

Votre rapporteur a relevé que le code des marchés publics comporte, en son article premier, certaines différences de rédaction puisqu'il utilise l'expression « *transparence des procédures* » et ajoute « *ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* ». Il apparaît d'autant plus nécessaire d'appliquer aux contrats de partenariat cette rédaction qu'un contrat de partenariat est regardé comme un marché public par le droit communautaire et que la directive européenne 2004/18 du 31 mars 2004 vise, en son article 2, la notion de **transparence.**

Tel est l'objet de l'article additionnel que votre commission vous propose d'insérer **après l'article 2.**

*Article 3*

(art. 4 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

**Interdictions de soumissionner à un contrat de partenariat**

Cet article modifie l'article 4 de l'ordonnance relatif aux interdictions faites à certaines personnes physiques et morales de présenter leur candidature à un contrat de partenariat. Sont actuellement visées les personnes qui :

- ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation pénale pour certaines infractions limitativement énumérées ;

- ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour certaines infractions du code du travail ;

- sont en état de liquidation judiciaire ou admises aux procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou ayant fait l'objet de procédures équivalentes régies par un droit étranger ;

- n'ont pas souscrit, avant le 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle est lancée la consultation, les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou bien qui n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date.

L'article 3 du projet de loi complète l'article 4 de l'ordonnance, afin, d'une part, de ne pas exclure des contrats de partenariat les personnes admises à une procédure de sauvegarde, d'autre part, *a contrario*, de bien exclure les entreprises qui ont fait l'objet d'une interdiction de soumissionner à la suite d'une condamnation pour un délit ou un crime, en vertu de l'article 131-39 du code pénal.

Sur le premier point, la MAPPP a fait savoir à votre rapporteur que l'objectif était de revenir à la rédaction initiale de l'ordonnance, la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ayant interdit aux entreprises en procédure de sauvegarde de présenter une offre. Il est en effet apparu que cette mesure, outre qu'elle ne paraissait pas conforme au principe d'égalité d'accès à la commande publique, posé par la directive 2004/18 du 31 mars 2004, constituait une restriction trop sévère à l'encontre d'entreprises pour lesquelles de tels contrats pouvaient représenter **une opportunité de rebond économique**. A cet égard, votre rapporteur a relevé que, tel qu'il est soumis à notre assemblée, le projet de loi autorise une entreprise en procédure de sauvegarde à présenter une offre à un contrat de partenariat de l'Etat mais pas à un contrat de partenariat local. C'est pourquoi il sera proposé à l'article 17 de réparer cet oubli du projet de loi.

Sur le second point, l'article 3 du projet de loi rend applicable aux contrats de partenariat l'article 131-39 du code pénal qui prévoit **une peine d'exclusion des marchés publics** à titre définitif ou pour une durée de cinq ans ou plus, peine pouvant être prononcée par un tribunal correctionnel ou une cour d'assises.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 3 **sans modification**.

#### *Article 4*

(art. 5 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

#### **Procédures applicables aux contrats de partenariat**

Cet article modifie l'article 5 de l'ordonnance afin d'introduire la possibilité de conclure un contrat de partenariat sous la forme d'une **procédure négociée**.

Rappelons que l'ordonnance prévoit actuellement deux types de procédures : le dialogue compétitif et l'appel d'offres.

Le **dialogue compétitif** est une procédure applicable uniquement aux projets **complexes**, c'est-à-dire lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure, soit de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, soit d'établir le montage juridique ou financier du projet. Comme son nom l'indique, le dialogue compétitif permet à la personne publique d'engager une discussion avec plusieurs entreprises, discussion dont l'objectif est de trouver une solution aux besoins de la personne publique. A titre d'exemple, le dialogue compétitif est souvent utilisé dans le domaine des nouvelles technologies compte tenu du fait que le pouvoir adjudicateur n'est pas à même, au départ, de traduire ses attentes par un cahier des charges précis et techniquement réaliste.

Si le projet n'est pas complexe, un contrat de partenariat ne peut actuellement être lancé que sur le fondement de l'**urgence**<sup>1</sup> : la personne publique n'a alors d'autre choix que de lancer un **appel d'offres**<sup>2</sup>, au terme duquel elle choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, **sans négociation**, sur la base de critères objectifs **préalablement portés à la connaissance des candidats dans le cahier des charges**.

Le projet de loi prévoit l'introduction d'une troisième procédure, la **procédure négociée**, aux côtés de l'appel d'offres et du dialogue compétitif, mais uniquement pour les contrats inférieurs à un seuil qui sera déterminé par décret et qui, d'après les informations recueillies par votre rapporteur auprès du gouvernement, devrait être fixé à partir de l'article 7 c) de la directive 2004/18 du 31 mars 2004, soit 5.150.000 euros HT<sup>3</sup>.

Rappelons que la procédure négociée est une procédure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et **négoient librement** les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Cette troisième procédure, **beaucoup plus souple que le dialogue compétitif** (qui comporte de nombreuses phases et se déroule généralement sur au moins une année) **et que l'appel d'offres** (qui prohibe toute

---

<sup>1</sup> Cf. commentaire de l'article 2 dans le présent rapport.

<sup>2</sup> L'appel d'offres applicable aux contrats de partenariat n'est pas régi par le code des marchés publics mais par le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 qui reprend toutefois les mêmes éléments procéduraux.

<sup>3</sup> Par application des règles communautaires, le montant du contrat se calcule sur la totalité des prestations et sur toute la durée du contrat.

négociation avec les candidats), ne peut actuellement être mise en œuvre que dans le cadre d'un **marché public** (article 35 du code des marchés publics), en particulier lorsque, après un appel d'offres ou un dialogue compétitif, il n'a été proposé que des **offres inacceptables ou irrégulières**.

Cet élargissement procédural paraît doublement légitime :

- d'une part, il constitue le **prolongement logique de l'extension des possibilités de recours aux contrats de partenariat**<sup>1</sup>. En effet, l'ouverture des critères opportunément décidée par le projet de loi conduit nécessairement à autoriser la personne publique à utiliser d'autres procédures de passation ;

- d'autre part, la création d'une troisième procédure, applicable aux contrats de partenariat de faible montant, marque clairement le fait que ceux-ci, loin d'être réservés uniquement aux très grandes entreprises, **sont accessibles aux PME**, contrairement à ce qui a été régulièrement soutenu devant votre rapporteur lors des auditions. D'ailleurs, les représentants de l'établissement Réseau Ferré de France (RFF) ont regretté le niveau trop bas de ce seuil, qui, il est vrai, rend quasiment impossible le recours à un contrat de partenariat passé selon une procédure négociée dans certains secteurs comme celui des infrastructures ferroviaires. Toutefois, votre rapporteur **approuve le principe d'un seuil relativement bas**. En effet, à l'inverse de l'appel d'offres, la procédure négociée suppose, d'une part, un contact direct entre le pouvoir adjudicateur et les candidats, d'autre part, la possibilité de faire évoluer les conditions d'exécution du marché. Elle est donc *a priori* moins objective et il peut être plus délicat de garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique, en particulier l'égalité de traitement des candidats. En conséquence, votre rapporteur estime nécessaire de limiter la procédure négociée aux marchés de faible montant.

Au cours des auditions, certaines personnes se sont interrogées sur le point de savoir si la **procédure négociée était possible en cas de projet complexe**, autrement dit si la complexité impliquait nécessairement le recours au dialogue compétitif, et ce quel que soit le montant du contrat. Ces personnes ont fait valoir que l'ordonnance, non modifiée par le projet de loi sur cette question, prévoyait qu'en cas de complexité du projet, la personne publique **devait** recourir à la procédure du dialogue compétitif alors que la directive 2004/18 du 31 mars 2004, qui a institué la procédure de dialogue compétitif, donne à la personne publique **la liberté de choix de la procédure applicable** : « *Lorsqu'un marché est particulièrement complexe, les Etats membres peuvent prévoir que le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, puisse recourir au dialogue compétitif conformément au présent article* ». Sensible à cet argument et soucieux de ne pas imposer systématiquement la procédure du dialogue compétitif, procédure dont la lourdeur réduit le nombre de candidatures et donc la mise en concurrence, votre rapporteur s'est interrogé sur l'opportunité de présenter un amendement.

---

<sup>1</sup> Cf. commentaire de l'article 2 dans le présent rapport.

Toutefois, il apparaît qu'en pratique, si une personne publique ne veut pas recourir au dialogue compétitif, il lui suffit de ne pas invoquer la complexité et de rédiger un cahier des charges dans lequel elle définit clairement et précisément ses attentes. Si un tel document peut être élaboré, c'est que, par définition, le projet ne doit pas être regardé comme complexe et peut être conduit sous la forme classique d'un appel d'offres ou d'une procédure négociée.

En revanche, votre commission vous propose de consacrer la possibilité de recourir au dialogue compétitif, **quel que soit le fondement juridique sur lequel est engagé le contrat de partenariat**. Autrement dit, même si le recours au contrat de partenariat n'a pas été fondé, dans le rapport d'évaluation, sur la complexité, il est proposé que la personne publique puisse ensuite, si elle le souhaite, utiliser la procédure du dialogue compétitif afin d'établir un dialogue avec différentes entreprises pour aboutir à une solution qui réponde à ses besoins. Votre rapporteur vous soumet donc **un amendement en ce sens** ainsi qu'un **amendement** d'harmonisation rédactionnelle.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 4 **ainsi modifié**.

#### *Article 5*

(art. 6 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

#### **Nombre de personnes admises à concourir à un contrat de partenariat**

Cet article modifie l'article 6 de l'ordonnance qui impose à la personne publique de mettre en concurrence :

- au moins **trois candidats** si l'on se trouve dans la procédure du dialogue compétitif ;

- au moins **cinq candidats** si l'on se trouve dans la procédure d'appel d'offres.

L'ordonnance prévoit toutefois une dérogation à ces seuils minima, d'une part, s'il s'avère que les candidats potentiels relèvent d'un des motifs d'exclusion exposés à l'article 4 de l'ordonnance<sup>1</sup>, d'autre part, s'il n'existe pas sur le marché suffisamment d'entreprises disposant de « *capacités professionnelles, techniques et financières appropriées* ».

Le projet de loi apporte **trois modifications à l'article 6 de l'ordonnance** : la première est rédactionnelle (il est précisé que l'avis d'appel à la concurrence est « *public* »), les deux autres concernent la nouvelle **procédure négociée** : l'une est une coordination avec l'article 7 de l'ordonnance, l'autre fixe le **nombre minimum de candidats admis à participer à la procédure négociée**. Ainsi le projet de loi précise-t-il que la

---

<sup>1</sup> Cf. commentaire de l'article 3 dans le présent rapport.

personne publique doit retenir **au moins trois candidats**, comme dans le cadre du dialogue compétitif. Ce chiffre paraît adapté à la procédure négociée : il permet une mise en concurrence effective sans alourdir une procédure qui, on l'a dit, s'applique aux contrats de partenariat d'un faible montant.

Au cours de leur audition, les représentants de RFF ont souhaité un assouplissement de ce dispositif, arguant du fait que la personne publique doit parfois faire face à une « *faible concurrence du marché pour son projet, en particulier pour les projets de contrats de partenariat aux montants financiers très importants, tels que les lignes à grande vitesse ou les voies navigables* ». Votre rapporteur estime toutefois qu'en pareil cas, peut être invoquée la dérogation prévue à l'article 4 de l'ordonnance, non remise en cause par le projet de loi, à savoir la présence d'un nombre suffisant d'entreprises disposant de **capacités professionnelles, techniques et financières appropriées**.

Votre commission vous soumet **un amendement** rédactionnel et vous propose d'adopter l'article 5 **ainsi modifié**.

#### *Article 6*

(art. 7 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

#### **Description des procédures applicables aux contrats de partenariat**

Cet article modifie l'article 7 de l'ordonnance qui décrit les procédures applicables aux contrats de partenariat, à savoir actuellement le dialogue compétitif et l'appel d'offres<sup>1</sup>.

Il apporte **trois modifications** :

- la première est une précision rédactionnelle : l'ordonnance prévoit actuellement qu'au dernier stade de la procédure du dialogue compétitif, la personne publique peut demander des « *clarifications, des précisions ou des compléments concernant les offres déposées par les candidats* ». Le projet de loi ajoute que la personne publique peut également demander des « *perfectionnements* » afin d'assurer une meilleure transposition de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 qui, en son article 29, dispose que sur demande du pouvoir adjudicateur, les offres peuvent être « *clarifiées, précisées, et perfectionnées* » ;

- la deuxième modification proposée est une coordination avec l'article 4 qui crée une troisième procédure, la procédure négociée, pour les contrats de partenariat inférieurs à un seuil fixé par décret ;

- enfin, l'article maintient la faculté pour la personne publique d'allouer une prime aux candidats évincés avec lesquels a été engagé un dialogue compétitif mais précise que cette prime est **de droit** lorsque, à raison de leur complexité, les demandes de la personne publique impliquent un « *investissement significatif* » de la part de ces candidats, formule reprise de l'article 49 du code des marchés publics.

---

<sup>1</sup> Cf. le commentaire de l'article 4 dans le présent rapport.

Cette disposition a été abondamment commentée lors des auditions de votre rapporteur. En premier lieu, certains ont regretté que le principe de versement d'une prime soit limité à la procédure du dialogue compétitif et ne soit pas étendu à l'appel d'offres et à la procédure négociée ; en second lieu, d'autres ont mis en avant la **modicité des primes actuellement allouées**, ne couvrant guère que 20 à 30 % des frais d'études et de conception engagés par les entreprises, à tel point que les représentants du MEDEF ont soutenu que « *certaines entreprises (PME ou entreprises de taille intermédiaire) renoncent souvent à présenter leur candidature si elles n'ont pas la garantie d'être indemnisées.* »

Si, dans un souci de maîtrise des dépenses publiques, votre rapporteur ne juge pas utile d'étendre le versement de la prime **aux autres procédures**, qui, moins complexes par définition, impliquent des frais d'études et de conception moindres, il incite les personnes publiques à indemniser de manière satisfaisante les entreprises qui ont mobilisé du temps, de l'énergie et de l'argent pour répondre au mieux à leurs besoins, et ce afin de garantir l'accès du plus grand nombre à la commande publique dans le cadre du dialogue compétitif.

Votre commission vous propose **deux amendements** de précision, en particulier pour clarifier la notion de « *programme fonctionnel* » et harmoniser la rédaction de l'ordonnance avec celle du code des marchés publics.

Elle vous propose d'adopter l'article 6 **ainsi modifié**.

#### *Article 7*

(art. 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

#### **Conditions d'attribution d'un contrat de partenariat**

Cet article apporte **trois modifications** à l'article 8 de l'ordonnance :

- en premier lieu, il prévoit, à l'instar des règles applicables à la procédure du dialogue compétitif, que la personne publique peut demander au candidat présentant l'offre économiquement la plus avantageuse<sup>1</sup> **de clarifier certains aspects de son offre** sans pour autant porter atteinte aux règles de la concurrence, et ce, quelle que soit la procédure de passation suivie ;

- en second lieu, le projet de loi précise les critères d'attribution du contrat de partenariat ; rappelons, à cet égard, que l'ordonnance distingue des **critères obligatoires** et des **critères facultatifs**.

---

<sup>1</sup> L'expression « offre économiquement la plus avantageuse » a été reprise par l'ordonnance dans le code des marchés publics où elle a remplacé l'offre la « mieux disante », c'est-à-dire l'offre qui présente le meilleur rapport qualité-prix.

- Les critères obligatoires recouvrent le coût global de l'offre, les objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans<sup>1</sup>.

Les **objectifs de performance** sont des missions assignées au titulaire du contrat de partenariat par la personne publique dans le contrat de partenariat. La modification proposée par le projet de loi vise à prendre expressément en compte le critère du **développement durable** parmi les objectifs de performance imposés. Certaines personnes entendues par votre rapporteur ont souhaité préciser davantage les objectifs de performance en mentionnant dans l'ordonnance la qualité des prestations de service, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, l'engagement sur la continuité, l'adaptabilité et la mutabilité du service... Si votre rapporteur juge ces indicateurs *a priori* très pertinents, il estime, d'une part, qu'ils doivent être déterminés **en fonction de l'objet du contrat**, d'autre part, qu'ils n'ont pas lieu de figurer dans un texte de valeur législative mais plutôt dans un **règlement** voire dans le **guide méthodologique** réalisé par le ministère de l'économie et des finances sur les partenariats public-privé.

De même, il a été demandé à votre rapporteur de préciser la notion de « *coût global* ». Ainsi la Fédération française des entreprises gestionnaires de services aux équipements, à l'énergie et à l'environnement (FG3E) a-t-elle fait part de son souhait de spécifier que le **coût global de l'offre** recouvre **l'ensemble des coûts générés par la conception, la réalisation et le fonctionnement de l'ouvrage**, en particulier les coûts énergétiques sur **l'ensemble de la durée de vie des ouvrages ou équipements réalisés**. Ils ont fait valoir, en effet, que la mise en place d'équipements coûteux, utilisant une part importante d'énergies renouvelables (géothermie, solaire, biomasse...) ou de matériaux d'isolation, était pénalisée si l'on ne tenait pas compte de la rentabilité à long terme de ces procédés, eu égard à la hausse inéluctable du coût des énergies fossiles (gaz, fioul, charbon) et ce, bien au-delà de la durée du contrat.

De manière plus générale, les représentants de l'Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC), qui regroupe les principales fédérations d'entreprises délégataires et gestionnaires de services publics, ont souhaité que soient pris en considération dans le coût global les **coûts d'exploitation** (maintenance, fonctionnement et service) sur la durée du contrat. En effet, la pratique actuelle, ont-ils indiqué, « *sous-estime trop souvent l'importance de la dimension service* », ce qui réduit « *le nombre des partenaires potentiels et le rôle possible des PME* ».

---

<sup>1</sup> Rappelons que ce critère est né de la volonté du législateur de garantir un accès équitable des petites et moyennes entreprises et des artisans au contrat de partenariat (article 6 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 de simplification du droit).

Votre rapporteur souscrit pleinement à ces analyses et appelle les décideurs publics à intégrer dans leur réflexion l'ensemble des coûts d'exploitation, en particulier les coûts énergétiques, afin de préparer dès aujourd'hui l'ère de « l'après-pétrole ». Il estime toutefois que de telles précisions **ne sauraient relever d'un texte législatif**.

- Les *critères facultatifs* d'attribution du contrat de partenariat visent, eux, en particulier, la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages ou équipements ainsi que leur qualité esthétique ou fonctionnelle. Le projet de loi précise symboliquement que cette qualité doit également être « **architecturale** » afin de marquer la nécessité d'avoir recours à un architecte de qualité pour la conception des ouvrages.

3°) Enfin, le projet de loi renvoie au pouvoir réglementaire **la définition des petites et moyennes entreprises (PME)**. En effet, le gouvernement avait fait le choix de définir cette notion dans l'ordonnance même (« *entreprises dont l'effectif ne dépasse pas 250 employés et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas en moyenne sur les trois dernières années 40.000.000 d'euros* »). Le projet de loi renvoie opportunément cette définition au pouvoir réglementaire afin de rendre plus aisées, à l'avenir, d'éventuelles modifications de la définition de ces entreprises, en particulier en cas d'évolution du droit communautaire en la matière.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 7 **sans modification**.

#### *Article 8*

(art. 9 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

#### **Autorité compétente pour autoriser la signature d'un contrat de partenariat**

Cet article modifie l'article 9 de l'ordonnance afin de renvoyer à un décret la désignation de l'autorité compétente pour autoriser la signature d'un contrat de partenariat par l'Etat alors que l'ordonnance vise actuellement le « *ministre chargé de l'économie ou son représentant* ». Compte tenu de la répartition actuelle des compétences au sein du gouvernement<sup>1</sup>, cette rédaction n'est pas dépourvue d'ambiguïté. Il est donc proposé de déterminer par voie réglementaire l'autorité compétente, ce qui constitue un gage de souplesse pour l'avenir, en particulier en cas de changement ultérieur des périmètres ministériels.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 8 **sans modification**.

---

<sup>1</sup> Mme Christine Lagarde est ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi ; M. Eric Woerth est ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique.

*Article additionnel après l'article 8*

(art. 10 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

**Harmonisation rédactionnelle avec l'article 6 de l'ordonnance**

Votre rapporteur vous soumet **un amendement** ayant pour objet d'insérer un article additionnel afin d'harmoniser les rédactions des articles 6 et 10 de l'ordonnance. L'article 6 dispose que ne peuvent soumissionner à un contrat de partenariat que les entreprises « *qui disposent de capacités professionnelles, techniques et financières appropriées* » alors que l'article 10 vise des capacités techniques, professionnelles et financières « *suffisantes* ». Votre rapporteur propose donc de retenir le terme « *appropriées* » dans les deux cas afin d'éviter tout contentieux qui pourrait naître de la différence de rédaction entre les deux articles.

Tel est l'objet de l'article additionnel que votre commission vous propose d'insérer **après l'article 8**.

*Article 9*

(art. 11 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

**Clauses obligatoires du contrat de partenariat**

Cet article modifie l'article 11 de l'ordonnance relatif aux clauses devant obligatoirement figurer dans tout contrat de partenariat.

**Article 11 de l'ordonnance (extraits) :**

Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :

(...)

c) aux objectifs de performance assignés au cocontractant notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation ;

d) à la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante, aux motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment aux conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation ;

(...)

f) aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

En ce qui concerne les sous-traitants auxquels il est fait appel pour la construction des ouvrages et équipements, une clause fait obligation au titulaire du contrat de partenariat de constituer une caution leur garantissant le paiement au fur et à mesure de la réalisation des travaux, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la réception de ceux-ci ;

g) aux sanctions et pénalités applicables (...);

(...)

Le projet de loi apporte **quelques précisions**.

1°) En premier lieu, il modifie le *d* de l'article 11 afin de :

- clarifier la notion de « *coûts d'investissement* », non définie dans la rédaction initiale de l'ordonnance.

Rappelons que, contrairement aux marchés publics, les contrats de partenariat autorisent une rémunération dans laquelle les investissements initiaux donnent lieu à des **paiements échelonnés tout au long de la phase d'exploitation**. L'ordonnance pose une obligation de transparence en exigeant que le contrat de partenariat comprenne une clause relative à cette rémunération qui distingue, pour son calcul, les **coûts d'investissement**, de fonctionnement et de financement<sup>1</sup>. Ainsi, dans l'hypothèse d'un versement fixe annuel, la personne publique sera en mesure de savoir, par exemple, quelle part est liée au remboursement des coûts d'investissements. C'est pourquoi le projet de loi clarifie opportunément la notion de « *coûts d'investissements* » en indiquant qu'elle recouvre principalement les **coûts d'étude et de conception** qui, pour les contrats complexes, peuvent être particulièrement élevés, **les coûts annexes à la construction** (par exemple les frais de permis de construire, de branchement aux réseaux...) et **les frais financiers intercalaires**, qui désignent les intérêts produits par des portions de crédit débloquées alors que le crédit ne l'est pas dans sa totalité, le chantier n'étant pas achevé<sup>2</sup>. Cette transparence va d'ailleurs dans le sens d'un financement facilité du contrat en rendant plus facile la **cession de la créance** représentative du coût de l'investissement à des établissements de crédit dans les conditions posées à l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier (*voir infra : commentaires de l'article 29 du projet de loi*).

- prendre en compte, dans la rémunération du titulaire du contrat de partenariat, les **ressources complémentaires issues de l'exploitation du domaine** (et plus seulement des ouvrages ou équipements) pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique. Est principalement visée la faculté pour la personne privée de **consentir**, sur le domaine privé de la personne publique et avec l'accord de cette dernière, **des baux** dans les conditions du droit commun, tels que des baux à construction ou des baux emphytéotiques, par exemple des activités d'hôtellerie ou de restauration<sup>3</sup> (*voir infra : commentaires de l'article 11*). Les représentants de la MAPPP ont indiqué qu'il s'agissait d'une **simple consécration** d'une pratique largement répandue et conforme à l'esprit de l'ordonnance, et qu'en outre, s'agissant du domaine privé de la personne publique, l'article L. 2221-1 du code général de

---

<sup>1</sup> La distinction dans le calcul de la rémunération de ce qui relève de l'investissement, du fonctionnement et du financement est fondamentale. En effet l'opacité de la rémunération a été à l'origine des critiques faites aux marchés d'entreprise de travaux publics (METP).

<sup>2</sup> Cette situation se produit souvent en cas de travaux : les prêts sont versés progressivement, au fur et à mesure de l'avancement du chantier. Les intérêts ne sont alors payés que sur les parties de crédits allouées.

<sup>3</sup> Toutefois, cette possibilité d'exploitation du domaine peut s'appliquer à bien d'autres hypothèses : tournage d'un film, affichage publicitaire...

la propriété des personnes publiques, créé en 2006, énonçait désormais le principe de **liberté de gestion du domaine privé des personnes publiques**, ce qui implique en tout état de cause la possibilité pour le partenaire privé de consentir dans le domaine privé des baux de droit privé dès lors que la personne publique y consent. Toutefois, la plupart des personnes entendues par votre rapporteur ont salué cette démarche de « *sécurisation juridique* ».

Rappelons que la possibilité pour le partenaire privé de percevoir des recettes annexes (ou accessoires) est **un des principaux atouts de la formule du contrat de partenariat**. Il ne s'agit pas, comme en matière de délégation de service public, de recevoir une redevance directement liée à l'exploitation du service public mais **d'optimiser la gestion de l'ouvrage ou de l'équipement** en autorisant le titulaire du contrat de partenariat à tirer une rémunération d'une exploitation « hors service public ». Concrètement, la personne publique définit dans le contrat de partenariat une **zone foncière** sur laquelle le partenaire privé est autorisé à intervenir pour réaliser l'ouvrage, l'équipement ou le bien immatériel. La personne publique peut décider que cette zone comprend **une partie de son domaine privé** afin de permettre aux personnes privées d'y développer une activité complémentaire.

Ce concept d'**exploitation duale** (liée à l'exercice du service public/ tournée vers le secteur privé) doit ainsi amener le cocontractant privé à rechercher des solutions innovantes pour **optimiser la gestion de l'espace** ainsi alloué par la personne publique. L'intérêt pour cette dernière est clair : **baisser la rémunération** versée au titulaire du contrat de partenariat.

La possibilité d'exploitation du domaine va s'ajouter aux possibilités, déjà ouvertes aujourd'hui, de percevoir des recettes annexes tirées de l'exploitation d'**ouvrages ou d'équipements**. En effet, de nombreux contrats de partenariat actuellement en vigueur autorisent le partenaire privé à louer à un tiers un ouvrage ou équipement, objets du contrat, en dehors des périodes d'utilisation par la personne publique. Par exemple, si le contrat de partenariat a comme support un musée public, le partenaire privé pourra être autorisé à louer les salles, **en dehors des heures d'ouverture**, afin d'accueillir des manifestations de prestige d'entreprises privées ou de mettre en place une activité d'hôtellerie ou de restauration. De même, dans un contrat de partenariat qui a comme objet la construction d'un grand ensemble sportif, des espaces pourront être réservés à des entreprises pour y réaliser des stands d'exposition de leurs produits.

2°) Par ailleurs, le texte propose d'insérer un *d bis* afin de prévoir que tout contrat de partenariat détermine les conditions dans lesquelles, en application du dispositif de cession de créance prévu à l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, **la personne publique constate que les investissements ont été réalisés** conformément aux prescriptions du contrat. Cette disposition est rendue nécessaire par la modification apportée par l'article 29 du projet au mécanisme de cession de créance (*voir infra commentaires de cet article*).

3°) En outre, le projet de loi vise à intégrer dans la clause relative aux modalités de contrôle par la personne publique de la **bonne exécution du contrat**, le respect des objectifs de performance en matière de développement durable, et ce dans un souci d'harmonisation avec les critères d'attribution du contrat de partenariat (*voir supra : commentaires de l'article 7 du projet de loi*).

4°) Enfin, le texte soumis à notre assemblée modifie quelque peu les dispositions de l'article 9 de l'ordonnance relatives au paiement des sous-traitants. Afin de protéger les contractants du partenaire privé, les dispositions actuelles prévoient le versement par ce dernier d'un cautionnement garantissant **un paiement sous quarante cinq jours**.

Le texte apporte **deux modifications** : d'une part, il substitue à l'expression impropre « *sous-traitant* » celle de « *prestataire* » dans la mesure où le contrat de partenariat a pour effet de transférer la maîtrise d'ouvrage au partenaire privé : en conséquence, les entreprises qui travaillent pour le compte du partenaire privé, maître d'ouvrage du projet, ne peuvent juridiquement être qualifiées de sous-traitantes. D'autre part, le texte propose de fixer le délai de paiement par voie réglementaire, afin d'appliquer aux contrats de partenariat les réductions de délais de paiement qui seront décidées pour les marchés publics<sup>1</sup>. D'après les informations recueillies par votre rapporteur auprès du gouvernement, ce délai devrait être ramené à **trente jours**.

Votre rapporteur **approuve l'ensemble des modifications apportées à l'article 11 de l'ordonnance**. Il vous présente toutefois **deux amendements** tendant à :

- harmoniser les rédactions relatives aux objectifs de performance ;
- substituer au terme « *caution* » le terme « *cautionnement* ». En effet, c'est le **cautionnement** qui désigne le contrat par lequel une personne, **la caution**, s'engage envers une autre personne à le payer en cas d'absence de paiement du débiteur principal. Par ailleurs, l'amendement étend la protection du cautionnement à **tous les prestataires**, quelle que soit la nature des missions qui leur sont confiées, et non seulement aux entreprises chargées de la conception, de la réalisation des travaux ou de la livraison des fournitures spécifiques, comme le prévoit le projet de loi.

Votre commission vous présente également **un amendement** de coordination avec l'amendement de suppression de la cession de créance spécifique (*voir infra*) et vous propose d'adopter l'article 9 **ainsi modifié**.

---

<sup>1</sup> Le code des marchés publics est, en effet, de nature réglementaire. Sa dernière version résulte du décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006.

*Article 10*

(art. 12 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

**Coordination avec l'article premier**

Cet article assure la coordination avec l'article premier. En effet, la formulation actuelle de l'article 12 de l'ordonnance (« *lorsqu'un contrat de partenariat confie au cocontractant tout ou partie de la conception des ouvrages* ») ne couvre pas l'hypothèse, consacrée à l'article premier, de cession au titulaire du contrat de partenariat d'un contrat de maîtrise d'œuvre déjà signé. C'est pourquoi le projet de loi prévoit opportunément une rédaction plus générale : « *lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages est confiée au cocontractant...* ».

Votre commission vous présente **un amendement** de coordination avec l'amendement présenté à l'article premier et vous propose d'adopter l'article 10 **ainsi modifié**.

*Article additionnel après l'article 10*

(art. 12-1 *nouveau* de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

**Remise à la personne publique d'un rapport annuel établi par le titulaire du contrat de partenariat afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat**

Votre commission vous soumet un **amendement** tendant à insérer un article additionnel après l'article 10, afin de prévoir la remise à la personne publique d'un **rapport annuel** établi par le titulaire du contrat de partenariat, rapport dont l'objectif est de permettre le suivi de l'exécution du contrat.

En effet, la nature particulière des contrats de partenariat, qui sont des contrats de longue durée, globaux, complexes et dont la rémunération est liée à des objectifs de performance, exige un **contrôle régulier tout au long de son exécution**. Or, si l'article 14 de l'ordonnance a imposé aux cocontractants privés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics la remise d'un rapport annuel destiné à suivre l'exécution de ces contrats, une telle disposition n'a pas été prévue pour les contrats signés par l'Etat et ses établissements publics.

Tel est l'objet de l'article additionnel que votre commission vous propose d'insérer **après l'article 10**.

*Article 11*

(art. 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

**Valorisation par le titulaire du contrat de partenariat du domaine sur lequel est édifié l'ouvrage ou l'équipement**

Cet article modifie l'article 13 de l'ordonnance relatif à l'occupation du domaine par le titulaire du contrat de partenariat.

Il maintient les dispositions en vertu desquelles le titulaire du contrat jouit, sous certaines conditions, de **droits réels** sur les ouvrages et équipements qu'il réalise sur le domaine public et ajoute un alinéa tendant à prévoir, d'une part, que si le titulaire du contrat de partenariat est autorisé à

valoriser le domaine sur lequel est édifié l'ouvrage ou l'équipement<sup>1</sup> (*voir supra : commentaires de l'article 9 du projet de loi*), la personne publique doit **délimiter les biens appartenant au domaine public**, d'autre part, que le partenaire privé peut consentir, sur le domaine privé, des baux à construction ou des baux emphytéotiques, avec l'accord de la personne publique.

La délimitation domaine public/domaine privé, qui devra tenir compte de la définition plus restrictive que vient de donner le code général de la propriété des personnes publiques du domaine public<sup>2</sup>, **détermine quel régime d'exploitation du domaine est applicable**. En effet, les possibilités de valorisation sont plus étendues sur le domaine privé que sur le domaine public : en effet, dans le premier cas, le titulaire du contrat de partenariat peut consentir des baux dans les conditions de droit privé, alors que dans le premier, il ne dispose de droits réels que dans la mesure où il réalise pour le compte de la personne publique des ouvrages et équipements publics selon un cahier des charges qui l'oblige à garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

Votre rapporteur vous propose, par un **amendement**, d'**étendre le mécanisme proposé** en prévoyant que la personne publique puisse autoriser le partenaire privé à exploiter le domaine privé **au-delà de la durée du contrat de partenariat**. Cette solution a, en effet, le mérite d'élargir les opportunités de recettes complémentaires pour la personne privée<sup>3</sup> et permet ainsi à la personne publique d'en tenir compte dans la rémunération qu'elle lui verse.

Par ailleurs, l'amendement encadre la possibilité pour la personne publique de céder au partenaire privé des biens appartenant à son domaine privé. Il permet aux collectivités de garder **un contrôle** en cas de cession à un tiers par le titulaire de biens eux-mêmes cédés par la personne publique. L'amendement prévoit que la personne publique pourra alors, dans cette hypothèse, exiger que la cession fasse l'objet d'un cahier des charges fixant les **prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales applicables**. Ce dispositif s'inspire des cahiers des charges de cessions en Zone d'aménagement concerté (ZAC) (article L. 311-6 Code de l'urbanisme) qui a démontré son utilité dans la mise en place de projets d'aménagements harmonieux et cohérents.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 11 **ainsi modifié**.

---

<sup>1</sup> Cf. commentaire de l'article 9 dans le présent rapport.

<sup>2</sup> Ce code, créé par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, reprend la définition jurisprudentielle du domaine public immobilier fondée sur le critère de l'affectation d'un bien soit à l'usage direct du public, soit au service public. Dans ce second cas toutefois, le bien devra désormais faire l'objet d'un aménagement « indispensable » à la mission en cause (et non plus d'un simple aménagement spécial). Par ailleurs, le contenu du domaine public maritime naturel se voit également restreint par une définition du rivage de la mer plus stricte.

<sup>3</sup> A titre d'exemple, l'amendement permettrait au partenaire privé de bénéficier plus facilement de ressources tirées d'une activité d'hôtellerie compte tenu du temps d'amortissement très long de ce type d'activité (plus de trente ans).

*Article 12*

(art. 19 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

**Régime juridique des contrats de partenariat des établissements publics de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique**

Cet article modifie l'article 19 de l'ordonnance relatif aux établissements publics de santé et aux structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique.

Selon le droit en vigueur, les contrats de partenariat des établissements publics de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique **suivent le même régime juridique que les contrats de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics**. Une seule exception est prévue : ces contrats n'ont pas à être autorisés par le ministre chargé de l'économie ou son représentant, contrairement à ce qui est prévu pour les contrats de partenariat de l'Etat (article 9 de l'ordonnance).

Par ailleurs, sont actuellement applicables aux structures de santé susmentionnées **les articles 26** (relatif à l'exonération de taxe foncière sur les propriétés bâties), **27** (relatif à la procédure contentieuse devant la juridiction administrative) et **28** (relatif au mécanisme de cession de créance) de l'ordonnance.

Le projet de loi modifie l'article 19 de l'ordonnance afin **d'assurer une meilleure harmonisation** des régimes juridiques des contrats de partenariat de l'Etat, des collectivités territoriales et des structures de santé, s'agissant en particulier de **l'éligibilité aux subventions** (*voir infra : commentaires de l'article 13 du projet de loi*) et de la recherche de **neutralité fiscale**.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 12 **sans modification**.

*Article 13*

(art. 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

**Régime juridique des contrats de partenariat des groupements d'intérêt public et extension de la liste des personnes pouvant recourir aux contrats de partenariat**

Cet article modifie l'article 25 de l'ordonnance afin :

- d'une part, **d'élargir la liste des personnes pouvant recourir aux contrats de partenariat** aux « *pouvoirs adjudicateurs* » et « *entités adjudicatrices* » au sens de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005<sup>1</sup>, c'est-à-dire aux personnes publiques entendues « *lato sensu* », par exemple des entreprises publiques, la Banque de France, la Caisse des dépôts et consignations, des organismes de droit privé ou les organismes de droit public

---

<sup>1</sup> Ordonnance relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, par exemple des sociétés anonymes d'HLM.

Interrogée sur l'intérêt de cet élargissement, la MAPPP a fait savoir à votre rapporteur que l'idée était venue de « *Philharmonie de Paris* », association soutenue par l'Etat et la Ville de Paris, dont l'objet est la réalisation d'une salle philharmonique à la Cité de la Villette à Paris, pour laquelle le contrat de partenariat pourrait constituer le véhicule contractuel adéquat.

- d'autre part, de rendre applicable aux **groupements d'intérêt public** le nouveau régime juridique des contrats de partenariat des établissements publics de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 13 **sans modification.**

#### *Article 14*

(art. 25 *bis* nouveau de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004)

#### **Harmonisation des régimes de subventions accordées dans le cadre de la « loi MOP » ou dans celui d'un contrat de partenariat**

Cet article crée un article 25 *bis* dans l'ordonnance afin de prévoir, dans un souci d'harmonisation, que les projets réalisés sous la forme de contrats de partenariat puissent bénéficier désormais de **subventions identiques** à celles qu'ils auraient obtenues s'ils avaient été réalisés sous le régime de la « loi MOP » (par exemple une subvention européenne telle que le FEDER).

Il s'agit d'une **opportune mesure de clarification**. La personne publique n'étant pas maître d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat, des incertitudes demeuraient quant à la possibilité de verser des subventions au partenaire public.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 14 **sans modification.**

## **CHAPITRE II DISPOSITIONS MODIFIANT LE CODE GENERAL DES COLLECTIVITES TERRITORIALES**

Comme indiqué dans l'exposé général, l'ordonnance du 17 juin 2004 a, en son titre II (articles 14 à 18), procédé à de nombreuses modifications au code général des collectivités territoriales (CGCT) afin de leur ouvrir la possibilité de conclure des contrats de partenariat. De fait, les trois quarts de ces contrats ont été passés au niveau local, et ce dans les domaines les plus variés : électricité, équipements sportifs, communications électroniques haut débit...

De même que le chapitre premier du projet de loi vise à favoriser le recours de l'Etat et de ses établissements publics au contrat de partenariat, le chapitre II, comprenant les articles 15 à 25, tend à améliorer les dispositions inscrites au CGCT en 2004 afin de rendre **plus attractif pour les collectivités territoriales et leurs groupements ce nouvel outil de la commande publique**. A quelques exceptions près, le projet de loi ne fait que reprendre, en son chapitre II, les dispositions du chapitre premier.

### *Article 15*

(art. L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales)

#### **Assouplissement du régime des contrats de partenariat des collectivités territoriales et de leurs groupements**

Cet article modifie l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales afin d'assouplir le régime des contrats de partenariat des collectivités territoriales et de leurs groupements, à l'instar des modifications apportées par l'article premier du projet de loi sur les contrats de partenariat de l'Etat (*voir supra : commentaires de l'article premier*).

Votre commission vous soumet un **amendement** de coordination avec l'amendement qu'elle a vous a présenté à l'article premier et vous propose d'adopter l'article 15 **ainsi modifié**.

### *Article 16*

(art. L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales)

#### **Extension du recours aux contrats de partenariat**

Cet article, qui modifie l'article L. 1412-2 du code général des collectivités territoriales, tend à **accroître le recours aux contrats de partenariat, en élargissant les cas dans lesquels ils peuvent être utilisés**, tout en ayant le souci de respecter la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003.

Ayant un objet identique à l'article 2 du projet de loi qui modifie l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 relatif aux contrats de partenariat de l'Etat, le présent article ne diffère que sur la liste des secteurs réputés remplir le critère de l'urgence du fait de leur caractère prioritaire. Ils se limitent ainsi à deux des six prévus pour l'Etat, à savoir :

– la réorganisation des implantations du ministère de la défense, dans laquelle les collectivités territoriales interviennent ;

– la réalisation d'opérations relatives aux infrastructures de transport s'inscrivant dans un projet de développement durable, la rénovation urbaine, l'amélioration de l'accessibilité des personnes handicapées ou à mobilité réduite et l'amélioration de l'efficacité énergétique des bâtiments publics.

Les autres secteurs prévus pour l'Etat n'ont pas lieu d'être pour les collectivités territoriales puisqu'elles ne sont pas compétentes en la matière. En outre, après concertation avec l'ensemble des ministères concernés, le gouvernement n'a pas relevé de secteurs devant être retenus comme urgents pour les seules collectivités territoriales.

Votre commission vous soumet **cinq amendements** ayant des objets identiques à ceux présentés à l'article 2<sup>1</sup> et vous propose d'adopter l'article 16 **ainsi modifié**.

#### *Article 17*

(art. L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales)

#### **Interdictions de soumissionner à un contrat de partenariat**

Cet article modifie l'article L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales relatif aux interdictions de soumissionner. Comme exposé plus haut (*voir supra : commentaires de l'article 3*), certaines personnes sont en effet privées du droit de présenter une offre à un contrat de partenariat.

Votre rapporteur a relevé un défaut d'harmonisation du projet de loi : tel qu'il est soumis à notre assemblée, ce dernier autorise une entreprise admise en procédure de sauvegarde à présenter une offre à un contrat de partenariat de l'Etat mais pas à un contrat de partenariat local.

En conséquence, votre commission vous soumet **un amendement** de coordination afin de permettre à une entreprise en procédure de sauvegarde de présenter une offre quelle que soit la personne publique contractante. Elle vous propose d'adopter l'article 17 **ainsi modifié**.

---

<sup>1</sup> Deux amendements présentés à l'article 2 n'ont pas lieu d'être à l'article 16. L'un est rédactionnel et touchait le recours sectoriel aux contrats de partenariat pour l'enseignement supérieur non repris pour les collectivités territoriales. Le second tend à conserver la référence dans la loi à l'organisme expert devant concourir à la réalisation de l'évaluation préalable, mais n'a pas à être mentionné pour les collectivités territoriales. Ces dernières ne sont, en effet, pas obligées de saisir cet organisme expert pour donner son avis sur l'évaluation préalable. Elles disposent d'une simple faculté en la matière, laissée à leur libre appréciation.

*Article 18*

(art. L. 1414-5 du code général des collectivités territoriales)

**Procédures applicables aux contrats de partenariat**

Cet article modifie l'article L. 1414-5 du code général des collectivités territoriales afin de préciser les procédures applicables aux contrats de partenariat.

Votre commission vous soumet **deux amendements** de coordination avec ceux qu'elle a vous a présentés à l'article 4 et vous propose d'adopter l'article 18 **ainsi modifié**.

*Article 19*

(art. L. 1414-6 du code général des collectivités territoriales)

**Nombre de personnes admises à concourir  
à un contrat de partenariat**

Cet article modifie l'article L. 1414-6 du code général des collectivités territoriales relatif au nombre de personnes admises à concourir à un contrat de partenariat.

Votre commission vous soumet **un amendement** de coordination avec l'amendement qu'elle a vous a présenté à l'article 5 et vous propose d'adopter l'article 19 **ainsi modifié**.

*Article 20*

(art. L. 1414-7 du code général des collectivités territoriales)

**Description des procédures applicables aux contrats de partenariat**

Cet article modifie l'article L. 1414-6 du code général des collectivités territoriales portant description des procédures applicables aux contrats de partenariat.

Votre commission vous soumet **deux amendements** de coordination avec ceux présentés à l'article 6 et vous propose d'adopter l'article 20 **ainsi modifié**.

*Article 21*

(art. L. 1414-8-1 *nouveau* du code général des collectivités territoriales)

**Possibilité de conclure un contrat de partenariat  
sous la forme d'une procédure négociée**

Cet article crée un article L. 1414-8-1 dans le code général des collectivités territoriales afin d'ouvrir la possibilité de conclure un contrat de partenariat sous la forme d'une **procédure négociée**. L'intérêt de ce dispositif a déjà été expliqué à l'article 6.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 21 **sans modification**.

*Article 22*

(art. L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales)

**Conditions d'attribution d'un contrat de partenariat**

Cet article modifie l'article L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales afin de préciser les conditions d'attribution d'un contrat de partenariat (*voir supra : commentaires de l'article 7*).

Votre commission vous propose d'adopter l'article 22 **sans modification**.

*Article additionnel après l'article 22*

(art. 1414-10 du code général des collectivités territoriales)

**Harmonisation rédactionnelle avec les contrats de partenariat de l'Etat**

Votre commission vous soumet **un amendement** tendant à insérer un article additionnel après l'article 22 afin de procéder à une harmonisation rédactionnelle avec les dispositions applicables aux contrats de partenariat.

Tel est l'objet de cet amendement tendant à insérer un article additionnel après l'article 22.

*Article additionnel après l'article 22*

(art. 1414-11 du code général des collectivités territoriales)

**Harmonisation rédactionnelle avec l'article L. 1414-6  
du code général des collectivités territoriales**

Votre commission vous propose, par coordination avec l'article additionnel après l'article 8, **un amendement** tendant à insérer un article additionnel après l'article 22, afin de procéder à une harmonisation rédactionnelle.

*Article 23*

(art. L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales)

**Clauses obligatoires du contrat de partenariat**

Cet article modifie l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales afin de préciser les clauses devant obligatoirement figurer dans un contrat de partenariat.

Votre commission vous soumet **quatre amendements** de coordination avec ceux présentés à l'article 9 et vous propose d'adopter l'article 23 **ainsi modifié**.

*Article 24*

(art. L. 1414-13 du code général des collectivités territoriales)

**Coordination avec l'article L. 1414-1  
du code général des collectivités territoriales**

Cet article modifie l'article L. 1414-13 du code général des collectivités territoriales afin d'assurer la coordination avec l'article L. 1414-1 qui ouvre la possibilité de cession au titulaire du contrat de partenariat d'un marché de maîtrise d'œuvre.

Votre commission vous présente **un amendement** de coordination avec l'amendement présenté à l'article premier et vous propose d'adopter l'article 24 **ainsi modifié**.

*Article 25*

(art. L. 1414-16 du code général des collectivités territoriales)

**Valorisation par le titulaire du contrat de partenariat du domaine  
sur lequel est édifié l'ouvrage ou l'équipement**

Cet article modifie l'article L. 1414-16 du code général des collectivités territoriales afin de consacrer la possibilité, pour le titulaire du contrat de partenariat, d'exploiter le domaine privé de la personne publique sur lequel est édifié l'ouvrage ou l'équipement.

Votre commission vous propose **un amendement** de coordination avec celui présenté à l'article 11 et vous propose d'adopter l'article 25 **ainsi modifié**.

### CHAPITRE III DISPOSITIONS DIVERSES

Les articles 26 à 32, réunis au sein du chapitre III, tendent à modifier d'autres dispositions que celles de l'ordonnance du 17 juin 2004 et du code général des collectivités territoriales, toujours afin d'améliorer le régime applicable aux contrats de partenariat.

Ce chapitre contient en particulier des dispositions visant à assurer une **neutralité fiscale** entre les contrats de partenariat, d'une part, et les marchés publics et les autres partenariats public-privé, d'autre part. En effet, le régime fiscal applicable aux contrats de partenariat constituait **un frein non négligeable à leur utilisation**, comme l'a notamment mis en évidence le rapport de M. Christian Babusiaux, président de la première chambre de la Cour des Comptes, pour le compte de l'Institut de gestion déléguée (IGD), sur l'amélioration du service public<sup>1</sup>.

L'instauration de cette neutralité fiscale pourrait avoir un **effet incitatif** pour recourir aux contrats de partenariat. Ainsi, la redevance pour création de bureaux en Ile-de-France et le versement pour dépassement de plafond légal de densité représenteraient actuellement jusqu'à 6 à 8 % du coût global d'un contrat de partenariat.

Les projets menés par les personnes publiques sous la forme d'un contrat de partenariat bénéficieraient désormais des mêmes dérogations que ceux pour lesquels les personnes publiques ont la qualité de maître d'ouvrage<sup>2</sup> et ceux conduits sous le régime d'autres partenariats public-privé.

Toutefois, cette neutralité fiscale ne sera réellement atteinte que lorsque les contrats de partenariat seront exclus du champ de l'ensemble des taxes d'urbanisme non visées par le présent projet de loi –taxe locale d'équipement, taxe départementale des espaces naturels sensibles, taxe sur les dépenses des conseils d'architecture, redevance d'archéologie préventive et taxe d'enlèvement des ordures ménagères– ainsi que des taxes de participation par voirie, réseaux et raccordement ou parcs de stationnement et les taxes complémentaires à la taxe locale d'équipement en Ile-de-France.

La commission des finances qui s'est saisie pour avis du présent projet de loi a adopté des amendements tendant à exonérer les contrats de partenariat de certaines de ces taxes<sup>3</sup>. Le surplus devrait prochainement être effectué par voie réglementaire, d'après les informations fournies par le gouvernement.

---

<sup>1</sup> Rapport de M. Christian Babusiaux, président de la première chambre de la Cour des comptes, pour le compte de l'IGD, « Quelle compétition pour l'amélioration du service public ? ».

<sup>2</sup> En effet, dans un contrat de partenariat, la maîtrise d'ouvrage est transférée au partenaire privé.

<sup>3</sup> Avis n° 243 (2007-2008) de notre collègue Charles Guené.

Un alignement du régime de la taxe foncière sur celui de la taxe professionnelle pourrait également être effectué.

D'après le gouvernement, la perte fiscale résultant de ces dispositions devrait être faible, même si aucun chiffrage n'a pu être communiqué à votre rapporteur.

**Votre commission se félicite de cette recherche de neutralité fiscale qui contribue, sinon à favoriser le recours aux contrats de partenariat, du moins à ne pas le pénaliser.** Comme indiqué précédemment, elle estime que la neutralité fiscale entre les différents outils de la commande publique est essentielle afin de garantir un usage opportun et efficace de chacun d'entre eux.

#### *Article 26*

(art. L. 112-2 du code de l'urbanisme)

#### **Exonération du versement pour dépassement de plafond légal de densité**

Cet article, qui modifie l'article L. 112-2 du code de l'urbanisme, a pour objet d'exclure les contrats de partenariat du champ d'application du versement pour dépassement de plafond légal de densité (PLD) pour les immeubles de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics non industriels et commerciaux. Il participe ainsi à la recherche d'une neutralité fiscale entre les marchés publics et les contrats de partenariat.

#### **1. Le droit actuel : une exonération du versement pour dépassement de plafond légal de densité qui ne comprend pas les constructions effectuées pour le compte de l'Etat et des collectivités territoriales**

Le versement pour dépassement de plafond légal de densité est une taxe créée par la loi n° 75-1328 du 31 décembre 1975 portant réforme de la politique foncière, dite « loi Galley ». Elle avait initialement pour objet de conférer aux collectivités concernées un « *droit de construire* » justifiant qu'elles **perçoivent une taxe lorsque les constructions dépassaient une certaine densité** –fixée en 1975 à 1,5 pour Paris et à 1 pour le reste de la France. En outre, il s'agissait de fournir des moyens financiers aux communes et de lutter contre une densification excessive des centres villes par une limitation du droit de construire.

Le plafond légal de densité détermine la surface maximale de plancher autorisée par m<sup>2</sup> de terrain. Au-delà de cette limite, le propriétaire doit acquitter ladite taxe.

Très fortement critiquée, cette taxe est amenée à disparaître progressivement. En effet, la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, dite « *loi Méhaignerie* »<sup>1</sup>, l'a tout d'abord rendue facultative –le conseil municipal devant confirmer son maintien, à défaut la taxe étant de plein droit supprimée– et a retiré le plafond légal maximum.

---

<sup>1</sup> Loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accès à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière.

Ensuite, la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains a supprimé le versement pour dépassement de plafond légal de densité, tout en maintenant son application dans les communes où un plafond légal de densité était institué le 31 décembre 1999 et tant que celles-ci n'ont pas institué une autre taxe plus récente, la « *participation pour voirie et réseaux* ». Le conseil municipal ou l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale percevant cette taxe peut décider de la supprimer à tout moment.

A l'heure actuelle, le versement pour dépassement de PLD est essentiellement perçu en Ile-de-France.

L'article L. 112-2 du code de l'urbanisme prévoit également **plusieurs exonérations** lorsque cette taxe est maintenue. Ainsi, le versement pour dépassement de plafond légal de densité n'est pas perçu pour :

– les immeubles édifiés par l'Etat et les collectivités territoriales ainsi que par les établissements publics administratifs lorsqu'ils sont affectés à un service public ou d'utilité générale et qu'ils ne sont pas productifs de revenus ;

– les permis de construire qui ont été, pendant une certaine durée, délivrés pour des travaux portant sur des logements à usage locatif construits avec le concours financier de l'Etat et destinés aux personnes défavorisées ;

– et, sous certaines conditions, les immeubles ou parties d'immeubles affectés à usage d'habitation ainsi que les constructions édifiées dans une zone d'aménagement concerté.

Ainsi, s'agissant des immeubles construits par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics administratifs, seuls ceux pour lesquels ces personnes publiques sont les maîtres d'ouvrage ne sont pas assujettis au versement pour dépassement de plafond légal de densité. En revanche, la taxe doit être versée pour les immeubles construits pour leur compte.

## **2. Le dispositif proposé : étendre l'exonération aux immeubles construits pour ces personnes publiques par le biais de contrats de partenariat**

Par souci de neutralité fiscale entre les différents modes de construction offerts à l'Etat, aux collectivités territoriales et aux établissements publics administratifs, le présent article tend à **exclure les immeubles construits sous la forme de contrats de partenariat de l'assiette du versement pour dépassement de plafond légal de densité**.

Ainsi, les immeubles construits pour le compte de l'Etat, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public administratif ne seraient plus soumis à cette taxe.

Votre rapporteur se félicite de cette exonération qui contribue à la neutralité fiscale entre marchés publics et contrats de partenariat.

Votre commission vous soumet un **amendement rédactionnel** et vous propose d'adopter l'article 26 **ainsi modifié**.

*Article 27*

(art. L. 520-7 du code de l'urbanisme)

**Exonération de la redevance pour création de bureaux  
ou de locaux de recherche en Ile-de-France**

Cet article, qui modifie l'article L. 520-7 du code de l'urbanisme, a pour objet d'**exclure les contrats de partenariat du champ d'application de la redevance pour création de bureaux ou de locaux de recherche en Ile-de-France**. Il participe ainsi à la recherche de neutralité fiscale entre les marchés publics et les contrats de partenariat.

En vertu de l'article L. 520-1 du code de l'urbanisme, cette redevance est perçue en Ile-de-France à l'occasion de la construction de locaux à usage de bureaux et de locaux de recherche, ainsi que leurs annexes.

Le produit de cette redevance est attribué à la région pour être pris en recettes de son budget d'équipement, « en vue du financement d'infrastructures routières et d'équipements nécessaires au desserrement d'activités industrielles ou tertiaires » (520-4 du code de l'urbanisme).

En vertu du droit actuel, l'article L. 520-7 du code de l'urbanisme exonère :

- les bureaux faisant partie d'un local à usage principal d'habitation ;
- les locaux affectés au service public et appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales, aux établissements publics ne présentant pas un caractère industriel ou commercial ainsi que ceux qui sont utilisés par des organismes de sécurité sociale ou d'allocations familiales et qui appartiennent à ces organismes ou à des sociétés civiles constituées exclusivement entre ces organismes ;
- les garages ;
- les établissements industriels, les locaux à usage de bureaux dépendants de locaux de production, et les locaux à usage de bureaux d'une superficie inférieure à 1.000 mètres carrés indépendants des locaux de production ;
- les locaux de recherche compris dans les établissements industriels ;
- les bureaux utilisés par les membres des professions libérales et les officiers ministériels ;
- les locaux affectés à des associations.

Le présent article du projet de loi propose d'**étendre cette exonération aux locaux construits et gérés sous la forme d'un contrat de partenariat**, c'est-à-dire ceux qui sont destinés à appartenir, soit à l'Etat, aux collectivités territoriales et leurs établissements publics ne présentant pas un caractère industriel ou commercial, soit aux organismes de sécurité sociale ou d'allocations familiales et aux sociétés civiles constituées exclusivement entre ces organismes.

Comme déjà indiqué précédemment<sup>1</sup>, la redevance pour création de bureaux ou locaux de recherche en Ile-de-France et le versement pour dépassement de PLD peuvent représenter jusqu'à 6 à 8 % du coût global du projet en contrat de partenariat. Leur impact sur le choix du contrat de partenariat par rapport au marché public n'est donc certainement pas négligeable.

Votre commission vous soumet un **amendement rédactionnel** et vous propose d'adopter l'article 27 **ainsi modifié**.

*Article 28*

(art. 742 et 1048 *ter nouveau* du code général des impôts)

**Taxe de publicité foncière -**

**Alignement des régimes d'imposition applicables pour la publicité des actes portant autorisation d'occupation temporaire du domaine public**

Cet article, qui modifie l'article 742 du code général des impôts et y insère un nouvel article 1048 *ter* dans le même code, tend à prévoir que **toutes les autorisations d'occupation temporaire (AOT) du domaine public et baux emphytéotiques de l'Etat et des collectivités territoriales seraient soumis à une taxe fixe de publicité foncière**. A l'instar des articles 26 et 27 du présent projet de loi, il participe à l'établissement d'une véritable neutralité fiscale entre les différents contrats de la commande publique.

En vertu de l'article 742 du code général des impôts, les baux d'immeubles d'une durée supérieure à douze années sont soumis à une **taxe proportionnelle** de publicité foncière **au taux de 0,60 %**. Ce dispositif a donc vocation à s'appliquer aux AOT, aux baux emphytéotiques et aux contrats de partenariat des personnes publiques<sup>2</sup>.

Toutefois, en vertu du droit actuel, **les AOT de l'Etat** sont soumises à la perception d'une **taxe fixe** de publicité foncière d'un montant de **125 euros** en vertu de l'article 680 du code général des impôts.

Afin de remédier à cette distinction qui ne repose sur aucune justification tangible et est susceptible de créer des distorsions de concurrence entre ces différents contrats de la commande publique, le présent projet de loi propose donc, en créant un **nouvel article 1048 *ter*** au sein du code général des impôts, de **soumettre tous les actes portant AOT du domaine public ainsi que tous les baux emphytéotiques<sup>3</sup> et contrats de partenariat de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics à la perception de la taxe fixe de publicité foncière**.

Le présent article prévoit que cette même taxe de 125 euros serait également perçue pour les actes portant retrait des AOT, les crédits-bails accompagnant les baux emphytéotiques administratifs et les AOT des collectivités territoriales ainsi que pour les « conventions non détachables »

---

<sup>1</sup> Voir l'introduction du présent chapitre III.

<sup>2</sup> Voir le A du I de l'exposé général.

<sup>3</sup> Y compris les baux emphytéotiques hospitaliers.

des baux emphytéotiques hospitaliers ou des collectivités territoriales (c'est-à-dire les conventions de mise à disposition des biens construits par l'emphytéote).

Votre commission se félicite de cet alignement et vous propose d'adopter l'article 28 **sans modification**.

*Article 29*

(art. L. 313-29-1 du code monétaire et financier)

**Amélioration du régime de la cession de créance  
réservée aux contrats de partenariat et aux BEH**

Cet article a pour objet d'**améliorer le dispositif de cession de créance spécifique aux contrats de partenariat et aux baux emphytéotiques hospitaliers<sup>1</sup> (BEH)**, créé par l'ordonnance du 17 juin 2004 et inséré à l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier.

**1. L'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier :  
l'instauration d'une cession de créance propre aux contrats de partenariat  
et aux BEH**

L'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, créé par l'article 28 de l'ordonnance du 17 juin 2004, institue un mécanisme de cession de créance propre aux contrats de partenariat et aux BEH.

Une cession de créance est une convention par laquelle un créancier transmet son droit sur son débiteur à un tiers. S'agissant d'un contrat de partenariat, cette technique est très utile car elle permet au partenaire privé de céder la créance qu'il détient sur la personne publique à l'établissement financier qui assure le financement du projet. Ce dernier peut alors proposer des taux d'intérêt nettement moins élevés pour l'argent qu'il prête au cocontractant privé, dans la mesure où il sera directement remboursé par la personne publique sur laquelle il détient la créance. En effet, l'Etat et les collectivités territoriales bénéficient généralement des taux d'intérêt les plus bas du marché, du fait des garanties qu'ils apportent en matière de remboursements.

Ces cessions de créance permettent donc de **réduire les coûts de financement des projets de contrats de partenariat et de BEH, en obtenant des conditions de financement presque aussi compétitives que celles qui seraient directement acquises par les personnes publiques**.

L'ordonnance du 17 juin 2004 a créé une cession de créance spécifique aux contrats de partenariat et aux BEH, alors que les créances professionnelles disposent déjà de la cession prévue à l'article L. 313-19 du code monétaire et financier, dite « cession Dailly » du nom du sénateur l'ayant instaurée dans le cadre de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises.

---

<sup>1</sup> Voir le A du I de l'exposé général.

### La « cession Dailly »

La loi n° **81-1 du 2 janvier 1981** facilitant le crédit aux entreprises a simplifié la transmission des créances professionnelles en droit français, en instaurant un nouveau mécanisme de cession de créance, appelée « cession Dailly », du nom du sénateur, auteur de la proposition de loi dont est issue la loi. Il est aujourd'hui codifié aux articles L. 313-23 à L. 313-29 du code monétaire et financier.

En vertu de l'article L. 313-23, « ***tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle.*** »

Cette cession, nécessairement opérée **à l'occasion d'une opération de crédit**, ne concerne donc **que les créances professionnelles** détenues par le bénéficiaire du crédit et s'effectue par le biais d'un **simple bordereau**.

Ce bordereau doit mentionner :

- la dénomination « acte de cession de créances professionnelles » ;
- le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit cessionnaire ;
- la désignation ou l'individualisation des créances cédées (avec des indications telles que le nom du débiteur, le montant des créances et leur échéance) ;
- la signature du cédant ;
- sa date d'établissement.

La cession **prend effet** entre les parties et **devient opposable aux tiers** dès que l'établissement financier a **posé une date sur le bordereau**, sans qu'aucune autre formalité soit nécessaire. Le consentement du débiteur cédé n'est pas nécessaire pour procéder à la cession de la créance, mais il doit en être informé.

La « cession Dailly » peut avoir des effets différents selon qu'elle est :

- simplement **notifiée** au débiteur de la créance. Il s'agit de la « **cession Dailly notifiée** ». Elle a alors pour seul effet d'obliger le cédé à ne se libérer de sa dette qu'auprès de l'établissement financier qui peut se voir opposer les mêmes exceptions que le cédant (en cas d'inexécution du contrat, de compensation...) ;

- **acceptée** par le débiteur, correspondant à la « **cession Dailly acceptée** ». Dans cette hypothèse, le cédé ne peut opposer d'exceptions à raison de ses relations avec le cédant pour refuser de se libérer de ses dettes auprès de l'établissement financier cessionnaire ;

- **acceptée sous conditions** par le débiteur, soit la « **cession Dailly avec acceptation conditionnelle** ». L'acte d'acceptation prévoit expressément les oppositions susceptibles d'être invoquées par le cédé pour refuser de payer le cessionnaire.

La cession Dailly acceptée, avec ou sans conditions, nécessite l'établissement d'un bordereau d'acceptation.

La cession de créance de l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier est inscrite dans le contrat de partenariat ou le BEH. Contrairement à la « cession Dailly », son mécanisme d'acceptation y est directement prévu (sans bordereaux de notification et d'acceptation).

Elle permet ainsi de trouver, **dès la passation du contrat**, le **financement optimal du projet** et donc de **réduire son coût global** –et par voie de conséquence les loyers versés par la personne publique–, tout en conservant un **équilibre dans le partage des risques** entre le partenaire public et le partenaire privé. Les conditions de mise en œuvre de la cession sont ainsi connues *ab initio*.

Une fois que la personne publique a **constaté que les investissements ont effectivement été réalisés**, la part de la créance cédée est définitivement **acquise au cessionnaire, sans** pouvoir être affectée par une quelconque **compensation**. Ainsi, comme la « cession Dailly » acceptée, cette cession de créance spécifique rend la créance cédée intangible ou irrévocable, au profit de l'établissement financier cessionnaire. Le guide de la MAPPP indique que « *la personne publique ne pourra ainsi valablement se libérer entre les mains du cessionnaire de la créance et ne pourra lui opposer les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le titulaire du contrat.* » Toutefois, la cession prévue dans le contrat de partenariat conditionne l'irrévocabilité de la créance cédée à la réalisation des investissements prévus.

Le titulaire du contrat, c'est-à-dire le cédant, reste quant à lui tenu de se libérer de ses éventuelles dettes, du fait de manquements à ses obligations contractuelles, y compris de pénalités, auprès de la personne publique.

L'assiette de la créance cédée est strictement établie puisqu'elle ne peut comprendre que les coûts d'investissement du projet –à distinguer des coûts de financement et des coûts de fonctionnement.

Cette limite à la cession de créance est essentielle car, dans un contrat de partenariat, la personne publique doit s'assurer de **maintenir le partenaire en risque**, c'est-à-dire de conserver un lien entre la bonne exécution du contrat par la personne privée et le versement des loyers, d'autant que sa rémunération peut être déterminée en fonction des objectifs de performance fixés dans le contrat.

Or, la cession a au contraire pour effet de remettre en cause cette dépendance entre la rémunération versée par la personne publique et la performance globale de son cocontractant. Comme l'indique le guide de la MAPPP, « *la part de la rémunération en risque (incluant l'investissement, le financement et le fonctionnement) pour le cocontractant diminue en effet à hauteur des créances cédées. La personne publique perd ainsi une partie de sa capacité à infliger des pénalités à défaut de mécanismes contractuels en garantissant le bon recouvrement.* »

Afin de protéger encore davantage les intérêts de la personne publique et que son partenaire privé se voit réellement transférer une partie des risques du projet envisagé, l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier précise qu'une opposition par le partenaire privé à l'état exécutoire émis par la personne publique n'a pas d'effet suspensif, « *dans la limite du montant ayant fait l'objet de la garantie au profit du cessionnaire* ».

## **2. Le dispositif proposé : améliorer le régime de cette cession de créance actuellement peu usitée au profit de la « cession Dailly »**

Malgré tout l'intérêt que peut revêtir cette cession de créance spécialement créée pour les contrats de partenariat et les BEH, en particulier pour les personnes publiques, celle-ci n'est actuellement quasiment **pas utilisée**.

D'après les informations fournies à votre rapporteur, il semblerait que la cession de créance prévue à l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier n'ait été **employée qu'une seule fois pour un contrat de partenariat**, à savoir celui concernant l'INSEP. S'agissant des BEH, elle pourrait avoir été utilisée quelques fois, d'après certaines personnes entendues par votre rapporteur.

En effet, **les partenaires publics et privés ainsi que les établissements financiers lui préfèrent la « cession Dailly acceptée »**, l'existence d'un mécanisme spécifique aux contrats de partenariat et BEH n'empêchant en rien d'y avoir recours.

La « cession Dailly » a en effet pour **principal avantage de pouvoir reposer sur une assiette plus large de créances, celle-ci pouvant inclure les frais financiers** (soit les intérêts sur l'encours du crédit non remboursé et le coût de ses instruments de couverture). Elle est également jugée plus sûre juridiquement et financièrement.

Le présent article du projet de loi tend par conséquent à modifier l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier afin de valoriser le recours à la cession de créance propre aux contrats de partenariat et BEH, qui garantit une meilleure protection des intérêts de la personne publique. Il propose de le sécuriser en :

– **précisant l'assiette** de la créance cédée. Il indique que les coûts d'investissement susceptibles de représenter la créance cédée comprennent notamment les coûts d'étude et de conception du projet, les coûts annexes à la construction ainsi que les frais financiers intercalaires ;

– explicitant le fait que le caractère définitif de la créance est **subordonné à la réalisation des investissements** conformément aux prescriptions du contrat ;

– confirmant que **le cessionnaire est garanti du paiement** de la créance par la personne publique à compter de la constatation de la réalisation desdits investissements. Ainsi, à moins que l'établissement financier n'ait agi sciemment au détriment du débiteur public, en acquérant ou en recevant la créance, **« aucune compensation ni aucune exception fondée sur les rapports personnels du débiteur avec le titulaire du contrat [...], telles que l'annulation, la résolution ou la résiliation du contrat, ne peut être opposée au cessionnaire, exceptée la prescription quadriennale [des créances publiques]. »** Par conséquent, le cessionnaire est assuré du paiement de la créance, y compris en cas d'annulation ou de fin anticipée du contrat.

### **3. La position de votre commission : supprimer le mécanisme de cession de créance spécifique malgré les améliorations incontestables proposées par le projet de loi**

Tout en relevant les améliorations proposées par le présent article du projet de loi pour rendre le mécanisme de cession de créance spécifique aux contrats de partenariat et aux BEH plus attractif, votre commission doute de leur efficacité et a pu se forger la **quasi certitude que cette cession de créance ne devrait pas être plus utilisée à l'avenir qu'elle ne l'était jusqu'à présent.**

En effet, au regard des personnes qu'il a entendues lors de ses auditions et des contributions écrites qu'il a reçues, votre rapporteur a constaté que les modifications proposées par le projet de loi **ne suffiraient pas aux partenaires publics et privés ainsi qu'aux établissements financiers pour préférer cette cession de créance à la « cession Dailly ».**

La principale raison invoquée pour expliquer la désaffection de cette cession de créance est le maintien d'une **assiette de créances trop réduite**, en ce que les coûts de financements en sont nécessairement exclus –à l'exception des frais financiers intercalaires. La « cession Dailly » permettrait ainsi d'obtenir des conditions de financement nettement plus avantageuses.

La plupart des personnes entendues par votre rapporteur ont ainsi insisté sur la nécessité d'inclure l'intégralité des frais financiers dans l'assiette de la cession de créance prévue à l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, mettant en évidence le fait que la personne publique continuerait de pouvoir « sanctionner » son cocontractant en cas de mauvaise ou non exécution du contrat puisque la cession de créance ne porterait toujours pas sur l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion du bien concerné.

Certaines de ces mêmes personnes entendues par votre rapporteur ont également expliqué que les dispositions de l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier pouvaient actuellement remettre en cause le caractère irrévocable de la créance cédée, dans la mesure où il n'est pas expressément prévu que l'absence d'effet suspensif de l'opposition à l'état exécutoire émis par la personne publique **ne s'imputerait pas sur la part de la rémunération ayant fait l'objet de la créance cédée et acceptée.**

**La « cession Dailly » est en outre plus appréciée** car elle est fréquemment utilisée par les établissements financiers et juridiquement sûre du fait d'une jurisprudence précise et étoffée. Son acceptation par la personne publique cessionnaire peut également être conditionnée, ce qui offre des garanties importantes dans le cadre d'un contrat de partenariat dans lequel l'exploitation ou la gestion d'un bien est confiée au partenaire privé.

Pour toutes ces raisons, **sans négliger ni contester les avantages que procure le mécanisme de cession de créance propre aux contrats de partenariat et BEH** instauré par l'ordonnance du 17 juin 2004 –et sans omettre les améliorations proposées par le présent projet de loi–, en particulier

le fait que les modalités de financement du projet sont directement prévues dans le contrat, votre commission considère qu'**elle n'a pas lieu d'être**, dans la mesure où les personnes publiques et leurs partenaires privés devraient en pratique continuer de lui préférer toujours la cession de créance professionnelle de droit commun. Elle vous propose donc de **supprimer le dispositif de l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier**.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 29 **ainsi modifié**.

*Article 30*

(art. 30 de la loi n° 80-531 du 15 juillet 1980)

**Compétence des sociétés pour le financement des économies d'énergie (SOFERGIE) pour participer à des contrats de partenariat**

En complétant l'article 30 de la loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, cet article a pour objet de **permettre aux sociétés pour le financement des économies d'énergie (SOFERGIE) de participer à des contrats de partenariat** dès lors que ceux-ci comportent des éléments tendant à favoriser les économies d'énergie.

Créées par l'article 30 précité de la loi du 15 juillet 1980 et dotées d'un agrément du ministre du budget donné avant le 31 décembre 1988, les SOFERGIE ont pour objet de « *financer, par voie de crédit-bail immobilier et mobilier, de crédit ou sous forme de location simple, des installations ou des matériels destinés à économiser l'énergie, à développer les sources d'énergie de remplacement des hydrocarbures ou à promouvoir les utilisations du charbon ainsi que des terrains d'emprise de ces installations ou matériels* ».

Le présent article vise à préciser que les financements de ces sociétés pourront également être mis en oeuvre dans le cadre de contrats de partenariat.

Votre commission vous soumet un **amendement rédactionnel** et vous propose d'adopter l'article 30 **ainsi modifié**.

*Article 31*

(art. L. 242-1 du code des assurances)

**Dispense d'assurance dommages ouvrage pour les maîtres d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat**

Cet article a pour objet de **dispenser d'assurance dommages ouvrage les personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre de contrats de partenariat**, au même titre que les personnes morales de droit public.

L'assurance dommages ouvrage constitue, avec l'assurance de responsabilité, l'assurance construction créée et rendue obligatoire par la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, dite « loi Spinetta ».

• En vertu de l'article L. 242-1 du code des assurances, le **propriétaire de l'ouvrage**, le vendeur ou le mandataire du propriétaire qui fait réaliser des travaux de bâtiment doit « *souscrire, avant l'ouverture du chantier, pour son compte ou pour celui des propriétaires successifs, une assurance garantissant, en dehors de toute recherche de responsabilités, le paiement de travaux de réparation des dommages* » **de nature décennale** et subis par l'ouvrage assuré.

La souscription d'une assurance dommages ouvrage est **obligatoire**, le propriétaire, son mandataire ou le vendeur pouvant à défaut être **sanctionné pénalement**<sup>1</sup> –6 mois d'emprisonnement et/ou amende de 75.000 euros– et **civilement** –refus du juge de dédommager le maître de l'ouvrage de certains préjudices liés au retard de la réparation, engagement de la responsabilité du syndic, mise en œuvre de la responsabilité du constructeur.

Sont ainsi concernés par cette assurance les travaux du bâtiment, - réalisation, entretien, réparation, agrandissement...- et, par extension jurisprudentielle, les travaux réalisés en faisant appel aux techniques de travaux du bâtiment –travaux concernant d'autres ouvrages tels qu'une dalle, un mur de soutènement, une station de métro...

L'assurance dommages ouvrage couvre pour ces travaux l'ensemble des dommages dont sont responsables les constructeurs (au sens de l'article 1792-1 du code civil), les fabricants et les importateurs ainsi que le contrôleur technique en vertu de l'article 1792 du code civil, c'est-à-dire les dommages qui « *compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination* ». Il ne peut s'agir que de dommages matériels issus de sinistres, en aucun cas de dommages immatériels<sup>2</sup> ni de non-façons<sup>3</sup>.

L'assurance dommages ouvrage prend en principe effet après l'expiration du délai de garantie de parfait achèvement –d'un an en vertu de l'article 1792-6 du code civil– et pour une durée de dix ans à compter de la réception de l'ouvrage, soit neuf ans à compter de la garantie de parfait achèvement.

Toutefois, elle peut également être utilisée avant l'expiration de ce délai lorsque, après mise en demeure restée infructueuse, l'entrepreneur n'a pas exécuté ses obligations.

En vertu du second alinéa de l'article L. 242-1 du code des assurances, tel qu'actuellement en vigueur, l'assurance dommages ouvrage n'a **à être souscrite, ni par l'Etat qui est son propre assureur, ni par les maîtres d'ouvrage qui, ayant la qualité de personne morale de droit**

---

<sup>1</sup> A l'exception des personnes physiques construisant un logement pour elles-mêmes ou pour leur conjoint, leurs ascendants ou descendants ou ceux de leur conjoint.

<sup>2</sup> Par exemple des troubles de jouissance tels qu'une fuite d'eau.

<sup>3</sup> C'est-à-dire les éléments de construction non exécutés par les constructeurs.

**public ou de droit privé dont l'activité atteint une certaine importance<sup>1</sup>, font réaliser pour leur compte des travaux de construction pour un usage autre que l'habitation.**

• Le présent article du projet de loi propose **d'étendre le champ des exceptions** à l'obligation de souscription d'une assurance dommages ouvrage, **aux personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat.**

La dispense de cette assurance pour les partenaires privés de la personne publique, chargés de la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat, vise, d'une part, à garantir une certaine **neutralité réglementaire** entre les différents modes de gestion de la commande publique, à l'instar des dispositions fiscales prévues aux articles 26 à 28 du présent projet de loi, et, d'autre part, à **éviter un coût supplémentaire** non négligeable pour la construction de l'ouvrage. Garantissant le paiement intégral des réparations sur les ouvrages concernés, cette assurance représente en effet entre 0,70 et 1,5 % du coût global de la construction.

Le présent article **n'interdit pas la souscription de cette assurance mais la rend facultative** pour les titulaires d'un contrat de partenariat. L'hypothèse retenue vise les cas où le maître d'ouvrage privé est une entreprise de grande envergure susceptible d'assurer elle-même le coût d'éventuels dommages habituellement couverts par cette assurance.

Cette disposition a donc le mérite de réduire le coût global du contrat de partenariat, en permettant d'éviter la souscription de cette assurance lorsque celle-ci n'est manifestement pas nécessaire, comme l'exonération déjà autorisée pour les personnes morales de droit public.

Plusieurs personnes entendues par votre rapporteur et contributions écrites qu'il a reçues ont toutefois **critiqué l'instauration de cette dispense d'assurance dommages ouvrage** pour plusieurs raisons.

Elles craignent tout d'abord que cette exception à l'obligation d'assurance dommages ouvrage ne rende **plus difficile la réparation d'éventuels dommages**, cette assurance étant particulièrement efficace dans la mesure où elle s'applique « *en dehors de toute recherche de responsabilités* ». La personne publique pourrait se trouver ainsi liée à un partenaire privé incapable de couvrir les dommages. Certes, elle pourrait dans ce cas lui infliger des pénalités, mais cela ne permettrait pour autant pas de garantir une réparation rapide du bien concerné.

Ensuite, certains ont affirmé qu'une fois cette assurance devenue facultative, les cocontractants privés qui souhaiteraient la souscrire dans le cadre d'un contrat de partenariat pourraient rencontrer des **difficultés pour**

---

<sup>1</sup> En vertu de l'article R. 111-1 du code des assurances, sont ainsi visées les entreprises dont le dernier bilan est supérieur à 6,2 millions d'euros, le chiffre d'affaires du dernier exercice est supérieur à 12,8 millions d'euros et le nombre de personnes employées en moyenne au cours du dernier exercice est supérieur à 250.

**trouver une compagnie** qui accepterait de les assurer<sup>1</sup>. Cette dernière pourrait également conditionner la police d'assurance à des garanties et allonger les délais de règlement.

D'autres ont également estimé que cette disposition constituerait **un avantage certain pour les entreprises du bâtiment les plus grandes**, au détriment des petites et moyennes entreprises. Par souci de sécurité, celles-ci ne prendraient pas ce risque, continuant à souscrire cette assurance et donc à répercuter son coût sur le montant global du contrat de partenariat. En cas contraire, la personne publique serait soumise à un important aléa.

Enfin, plusieurs personnes ont mis en évidence le fait que, plus généralement, cette possibilité de ne pas souscrire une assurance dommages ouvrage risquerait de créer un **déséquilibre économique de la branche construction**, en portant atteinte à la mutualisation des risques.

Pour toutes ces raisons, tout en comprenant l'intérêt de laisser aux partenaires privés, maîtres d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat, la possibilité de ne pas souscrire une assurance dommages ouvrage et d'assurer eux-mêmes, à l'instar des maîtres d'ouvrage publics, le coût d'éventuels dommages en principe couverts par elle, votre commission vous propose de **refuser cette autorisation de dispense**. Elle considère que les personnes publiques, en particulier les collectivités territoriales, pourraient se trouver dans l'impossibilité de garantir le bon exercice d'un service public, **en cas de défaillance de leur partenaire privé et malgré la garantie décennale**.

Votre commission vous soumet donc un **amendement de suppression** de l'article 31.

*Article additionnel après l'article 31*  
(art. L. 554-2 du code de justice administrative)  
**Correction d'une erreur matérielle**

Votre commission vous propose d'adopter **un amendement** tendant à insérer un article additionnel après l'article 31 afin de modifier l'article L. 554-2 du code de justice administrative pour corriger une erreur matérielle à l'article 27 de l'ordonnance.

---

<sup>1</sup> En effet, en cas d'obligation d'assurance, les compagnies d'assurance sont également soumises à une **obligation d'assurer**. En vertu de l'article L. 243-4 du code des assurances, les personnes qui se sont vues refuser une assurance pourtant obligatoire peuvent saisir le bureau central de tarification qui fixe le montant de la prime moyennant laquelle l'entreprise d'assurance intéressée est tenue de garantir le risque qui lui a été proposé.

*Article 32*

**Application de la loi aux contrats en cours de passation**

Cet article tend à **préciser les conditions d'application dans le temps du présent projet de loi.**

Il prévoit que le texte serait **applicable**, non seulement aux contrats de partenariat conclus après son entrée en vigueur, mais également **aux contrats en cours de passation, dès lors que l'avis d'appel public à concurrence aurait été envoyé à la publication avant la publication de la loi.**

Ne seraient toutefois pas applicables à ces contrats en cours les dispositions :

- tendant à exclure de la possibilité de présenter leur candidature, les entreprises qui ont fait l'objet d'une interdiction de soumissionner à la suite d'une condamnation pour un délit ou un crime, en vertu de l'article 131-39 du code pénal (2° de l'article 3 et article 17 du présent projet de loi) ;

- visant à modifier les critères d'attribution du contrat de partenariat ainsi que le contenu de ses clauses obligatoires (articles 7, 9, 22 et 23 du présent projet de loi).

S'il est utile que le présent article permette aux contrats en cours de passation de bénéficier des dispositions plus favorables du projet de loi, notamment en matière fiscale, il est toutefois **opportun d'exclure les dispositions modifiant les entreprises susceptibles de présenter leur candidature ainsi que les critères d'attribution et les clauses obligatoires des contrats de partenariat.** L'appel public à concurrence a en effet déjà été effectué et ces dispositions pourraient **modifier les conditions dans lesquelles la consultation a été lancée**, créant ainsi une **distorsion de concurrence** entre les candidats.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 32 **sans modification.**

\*

\* \*

**Au bénéfice de l'ensemble de ces observations et sous réserve des amendements qu'elle vous soumet, votre commission vous propose d'adopter le projet de loi relatif aux contrats de partenariat ainsi modifié.**

## TABLEAU COMPARATIF

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p><b>Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat</b></p>	<p><b>Projet de loi relatif aux contrats de partenariat</b></p>	<p><b>Projet de loi relatif aux contrats de partenariat</b></p>
	<p>CHAPITRE I<sup>ER</sup></p>	<p>CHAPITRE I<sup>ER</sup></p>
	<p><b>DISPOSITIONS MODIFIANT L'ORDONNANCE N° 2004-559 DU 17 JUIN 2004 SUR LES CONTRATS DE PARTENARIAT</b></p>	<p><b>DISPOSITIONS MODIFIANT L'ORDONNANCE N° 2004-559 DU 17 JUIN 2004 SUR LES CONTRATS DE PARTENARIAT</b></p>
	<p>Article 1<sup>er</sup></p>	<p>Article 1<sup>er</sup></p>
<p><b>Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat</b></p>	<p>L'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat est ainsi <i>modifié</i> :</p>	<p>A. L'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat est ainsi <i>rédigé</i> :</p>
<p><i>Art. 1.</i> — Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels 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 relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.</p>	<p>1° Il est inséré un : « I » au début de l'article ;</p>	<p>« I. — 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 le financement, 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.</p>
<p>Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.</p>		
<p>Il peut se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages.</p>	<p>2° Au troisième alinéa, il est ajouté une phrase ainsi rédigée : « Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à l'exécution de sa mission, notamment des contrats passés en application du code des marchés publics et de la loi n° 85-504 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage</p>	<p>« Il 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.</p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>—</p> <p>La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.</p>	<p>—</p> <p><i>publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. » ;</i></p>	<p>—</p> <p><i>« II. — Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.</i></p>
	<p><i>3° Il est ajouté un alinéa et un II ainsi rédigés :</i></p>	<p><i>« Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à l'exécution de sa mission.</i></p>
	<p><i>« Le contrat de partenariat peut prévoir un mandat de la personne publique au cocontractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'usager final de prestations revenant à cette dernière. »</i></p>	<p><i>« La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.</i></p> <p><b>Alinéa supprimé.</b></p>
	<p><i>« II. — Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui conduira la procédure de passation, signera le contrat et, éventuellement, en suivra l'exécution. Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme. »</i></p>	<p><i>« Le contrat de partenariat peut prévoir un mandat de la personne publique au cocontractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'usager final de prestations revenant à cette dernière.</i></p>
		<p><i>« III. — Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui conduira la procédure de passation, signera le contrat et, éventuellement, en suivra l'exécution. Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme. »</i></p>
		<p><i>B. En conséquence, la même ordonnance est ainsi modifiée :</i></p>
		<p><i>1° Dans le dernier alinéa de l'article 8, les mots : « ouvrages ou équipements » sont remplacés par les mots : « ouvrages, équipements ou biens immatériels » ;</i></p>

**Texte en vigueur**

Art. 8, 11 et 12. — Cf *infra*.

**Texte du projet de loi**

Article 2

L'article 2 de la même ordonnance est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. 2. — I. — Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable faisant apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat. Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable. Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation *imprévue*, cette évaluation peut être succincte.

« II. — Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il apparaît :

« 1° Que, 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 ;

**Propositions  
de la commission**

2° Dans les c, e, f et k de l'article 11, les mots : « ouvrages et équipements » sont remplacés par les mots : « ouvrages, équipements ou biens immatériels » et dans le d du même article les mots : « ouvrages ou équipements » sont remplacés par les mots : « ouvrages, équipements ou biens immatériels » ;

3° Dans les a et c et dans le dernier alinéa de l'article 12, le mot : « ouvrages » est remplacé par les mots : « ouvrages, équipements ou biens immatériels » ;

Article 2

L'article 2 de la même ordonnance est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. 2. — I. — Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable, *réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret*, faisant...

...situation *imprévisible*, cette évaluation peut être succincte.

« II. — (*Alinéa sans modification*).

« 1° (*Sans modification*).

Art. 2. — Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation :

a) Montre ou bien que, 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 pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ;

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>b) Expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct.</p>	<p>« 2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable affectant la réalisation d'équipements collectifs ou de faire face à une situation <i>imprévue</i> ;</p>	<p>« 2° Ou... ...préjudiciable à l'intérêt général, affectant... ...collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, ou de faire face à une situation <i>imprévisible</i> ;</p>
<p>L'évaluation est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret.</p>	<p>« 3° Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée <i>et des contraintes qui pèsent sur celle-ci</i>, 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.</p>	<p>« 3° Ou... ...chargée, soit... ...publique.</p>
<p><b>Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation de la sécurité intérieure</b></p>	<p>« III. — Jusqu'au 31 décembre 2012, sont réputés présenter le caractère d'urgence mentionné au 2° du II, sous réserve que les résultats de l'évaluation prévue au I ne soient pas <i>manifestement</i> défavorables, les projets répondant :</p>	<p>« III. — Jusqu'au... ...pas défavorables, les projets répondant :</p>
<p>Art. 3. — Cf. annexe.</p>	<p>« 1° Aux besoins de l'enseignement supérieur et de la recherche <i>et qui conduisent à l'amélioration des conditions d'étude et de vie étudiante, et à celle de la qualité de la recherche</i> ;</p>	<p>« 1° Aux... ...recherche, conduisant à l'amélioration de la qualité de la recherche et des conditions d'étude et de vie étudiante ;</p>
<p><b>Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation de la justice</b></p>	<p>« 2° Aux besoins précisés à l'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation de la sécurité intérieure et à l'article 3 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation de la justice ;</p>	<p>« 2° (Sans modification).</p>
<p>Art. 3. — Cf. annexe.</p>	<p>« 3° Aux nécessités de la mise en place des nouvelles technologies répondant aux besoins de la police et de la gendarmerie nationale ;</p>	<p>« 3° (Sans modification).</p>
	<p>« 4° Aux nécessités de la réorganisation des implantations du ministère</p>	<p>« 4° (Sans modification).</p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>—</p> <p><b>Code de la santé publique</b></p> <p><i>Art. L. 6148-2. — Cf. annexe.</i></p>	<p>de la défense ;</p> <p>« 5° Aux opérations nécessaires aux besoins de la santé précisés à l'article L. 6148-2 du code de la santé publique ;</p> <p>« 6° Aux besoins relatifs aux infrastructures de transport s'inscrivant dans un projet de développement durable, à la rénovation urbaine, à l'amélioration de l'accessibilité des personnes handicapées ou à mobilité réduite et à l'amélioration de l'efficacité énergétique des bâtiments publics.</p> <p>« IV. — Les dispositions du III sont applicables aux projets de contrats de partenariat dont l'avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 31 décembre 2012. »</p>	<p>—</p> <p>« 5° (<i>Sans modification</i>).</p> <p>« 6° Aux...</p> <p>...énergétique ou à la réduction des émissions de gaz à effet de serre des bâtiments publics.</p> <p>« IV. — (<i>Sans modification</i>).</p>
<p><b>Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat</b></p>		<p><i>Article additionnel</i></p>
<p><i>Art. 3. — La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures.</i></p>		<p><i>L'article 3 de la même ordonnance est ainsi modifié :</i></p> <p><i>1° Au premier alinéa, les mots : « d'objectivité » sont remplacés par les mots : « de transparence » ;</i></p> <p><i>2° Le même alinéa est complété par une phrase ainsi rédigée : « Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. ».</i></p>
<p>Elle est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par décret.</p>		
<p>L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 est ratifiée par l'article 78 XXII de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004.</p>		

**Texte en vigueur**

—

*Art. 4.* — Ne peuvent soumissionner à un contrat de partenariat :

*a)* Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 421-2-1, par le deuxième alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le deuxième alinéa de l'article 433-2, par le huitième alinéa de l'article 434-9, par le deuxième alinéa de l'article 434-9-1, par les articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9, par les articles 445-1 et 450-1 du code pénal et par l'article 1741 du code général des impôts ;

*b)* Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées aux articles L. 324-9, L. 324-10, L. 341-6, L. 125-1 et L. 125-3 du code du travail ;

*c)* Les personnes en état de liquidation judiciaire ou admises aux procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou ayant fait l'objet de procédures équivalentes régies par un droit étranger ;

*d)* Les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date. La liste des impôts et cotisations en cause est fixée dans des conditions prévues par décret.

**Texte du projet de loi**

—

Article 3

L'article 4 de la même ordonnance est ainsi modifié :

1° Le *c* est remplacé par les dispositions suivantes :

« *c)* Les personnes en état de liquidation judiciaire, admises à une procédure de redressement judiciaire ou ayant fait l'objet de procédures équivalentes régies par un droit étranger » ;

2° Avant le dernier alinéa, il est inséré un *e* ainsi rédigé :

**Propositions de la commission**

—

Article 3

*(Sans modification).*

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>—</p> <p>Les dispositions du présent article sont applicables aux personnes morales qui se portent candidates ainsi qu'à celles qui sont membres d'un groupement candidat.</p> <p><b>Code pénal</b></p> <p><i>Art. 131-39. — Cf. annexe.</i></p>	<p>—</p> <p>« e) Les personnes condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal. »</p>	<p>—</p>
<p><b>Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat</b></p>	<p>Article 4</p> <p>L'article 5 de la même ordonnance est ainsi modifié :</p> <p>1° Il est inséré au début de l'article un alinéa ainsi rédigé :</p> <p>« Les contrats de partenariat peuvent être passés selon les procédures du dialogue compétitif, de l'appel d'offre ou selon une procédure négociée selon les conditions définies à l'article 7. » ;</p>	<p>Article 4</p> <p><i>(Alinéa sans modification).</i></p> <p>1° <i>(Sans modification).</i></p>
<p><i>Art. 5. — Si, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, elle indique dans l'avis qu'il sera recouru à une phase de dialogue dans les conditions prévues au I de l'article 7 de la présente ordonnance.</i></p>	<p>2° Le dernier alinéa de l'article est remplacé par les dispositions suivantes :</p>	<p><i>...° Au premier alinéa, après les mots : « complexité du projet, » sont insérés les mots : « et quel que soit le critère d'éligibilité retenu en application de l'article 2 pour fonder le recours au contrat de partenariat, » ;</i></p> <p><i>...° Au premier alinéa, après les mots : « impossibilité de définir », sont insérés les mots : « seule et à l'avance » ;</i></p> <p>2° <i>(Sans modification).</i></p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>—</p> <p>Si tel n'est pas le cas, et uniquement lorsque le projet présente un caractère d'urgence, elle indique que les candidats admis présenteront une offre dans les conditions prévues au II de l'article 7 de la présente ordonnance.</p> <p><i>Art. 7. — Cf. infra.</i></p> <p><i>Art. 6. —</i> Le délai entre la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence et la date limite de réception des candidatures est d'au moins quarante jours. Il est mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence.</p> <p>La personne publique établit la liste des candidats admis à participer au dialogue défini au I de l'article 7 ou à la procédure mentionnée au II du même article en application des critères de sélection des candidatures figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence. Le nombre de ces candidats ne peut être respectivement inférieur à trois ou à cinq, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats ne se trouvant dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article 4 et disposant de capacités professionnelles, techniques et financières appropriées. Sur demande de l'intéressé, la personne publique communique les motifs du rejet d'une candidature.</p>	<p>—</p> <p>« Si tel n'est pas le cas, elle indique que les candidats admis présenteront une offre dans les conditions prévues au II ou au III de l'article 7. »</p> <p>Article 5</p> <p>L'article 6 de la même ordonnance est ainsi modifié :</p> <p>1° Au premier alinéa, après les mots : « envoi de l'avis d'appel », il est inséré le mot : « public » ;</p> <p>2° Dans la première phrase du second alinéa, les mots : « à la procédure mentionnée au II » sont remplacés par les mots : « aux procédures mentionnées au II et au III » ;</p> <p>3° Dans la deuxième phrase du même alinéa, les mots : « inférieur à trois ou à cinq » sont remplacés par les mots : « inférieur à trois, pour les procédures prévues au I et au III de l'article 7, et inférieur à cinq, pour la procédure prévue au II du même article ».</p>	<p>—</p> <p>Article 5</p> <p><i>(Alinéa sans modification).</i></p> <p>1° <i>(Sans modification).</i></p> <p>2° <i>(Sans modification).</i></p> <p>3° Dans... ...les mots : « respectivement inférieur... »</p>
<p><i>Art. 7. — I. —</i> Sur la base du programme fonctionnel qu'elle a établi, la personne publique engage un dialogue avec chacun des candidats, dont l'objet est de définir les moyens techni-</p>	<p>Article 6</p> <p>L'article 7 de la même ordonnance est ainsi modifié :</p>	<p>Article 6</p> <p><i>(Alinéa sans modification).</i></p> <p>...° <i>Au premier alinéa du I, après les mots : « qu'elle a établi » sont insérés les mots : « afin de déterminer ses besoins et ses objectifs » ;</i></p>

**Texte en vigueur**

ques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre à ses besoins.

La personne publique peut discuter avec les candidats de tous les aspects du contrat.

Chaque candidat est entendu dans des conditions de stricte égalité. La personne publique ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Elle ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion sans l'accord de celui-ci.

La personne publique poursuit les discussions avec les candidats jusqu'à ce qu'elle soit en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

Elle peut prévoir que les discussions se déroulent en phases successives au terme desquelles seules sont retenues les propositions répondant le mieux aux critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation. Le recours à cette possibilité doit avoir été indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

Lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme, la personne publique en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Elle invite les candidats à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois. Elle définit les conditions d'exécution du contrat, y compris de celles de ses clauses qui prévoient une évolution, pendant la durée du contrat, des droits et obligations du cocontractant, et, le cas échéant, précise les critères d'attribution du contrat définis dans l'avis d'appel pu-

**Texte du projet de loi**

**Propositions  
de la commission**

*...° Dans la première phrase du troisième alinéa du I, les mots : « de stricte égalité » sont remplacés par les mots : « d'égalité ».*

<b>Texte en vigueur</b>	<b>Texte du projet de loi</b>	<b>Propositions de la commission</b>
<p>blic à la concurrence ou le règlement de la consultation. Elle s'efforce de maintenir jusqu'à ce stade une concurrence réelle.</p> <p>Ces offres comprennent tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat.</p> <p>La personne publique peut demander des clarifications, des précisions ou des compléments concernant les offres déposées par les candidats ainsi que la confirmation de certains des engagements, notamment financiers, qui y figurent. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat.</p>	<p>1° Au huitième alinéa du I, les mots : « ou des compléments » sont remplacés par les mots : « , des compléments ou des perfectionnements » et la seconde phrase est complétée par les mots : « dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire » ;</p>	<p>1° <i>(Sans modification).</i></p> <p>...° <i>A la dernière phrase du I, après les mots : « il peut être prévu » sont insérés les mots : « dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation ».</i></p>
<p>Il peut être prévu qu'une prime sera allouée à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées.</p>	<p>2° Au dernier alinéa du I, il est ajouté une phrase ainsi rédigée : « Lorsque les demandes de la personne publique impliquent un investissement significatif pour les candidats ayant participé au dialogue compétitif, une prime doit leur être versée. » ;</p>	<p>2° <i>(Sans modification).</i></p>
<p>II. - La procédure d'appel d'offres est définie par décret.</p> <p><i>Art. 3, 4, 6. — Cf. supra.</i></p>	<p>3° Il est ajouté un III ainsi rédigé :</p> <p>« III. — Lorsque le montant du contrat à réaliser est inférieur à un seuil fixé par décret, la personne publique peut recourir à une procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence. Cette procédure est définie librement par la personne publique dans le règlement de la consultation, sous réserve du respect des dispositions des articles 3, 4, 6, 8, 9, 10 et 12. »</p>	<p>3° <i>(Sans modification).</i></p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>—</p> <p><i>Art. 8, 9, 10 et 12. — Cf. infra.</i></p>	<p>—</p> <p>Article 7</p> <p>L'article 8 de la même ordonnance est ainsi modifié :</p> <p>1° Il est inséré un : « I » au début de l'article ;</p> <p>2° Au troisième alinéa, les mots : « , en particulier en matière de développement durable » sont insérés après les mots : « l'objet du contrat » ;</p> <p>3° Le quatrième alinéa est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>« La définition des petites et moyennes entreprises est fixée par voie réglementaire. » ;</p> <p>4° Au dernier alinéa, après le mot : « qualité », il est inséré le mot : « architecturale, » ;</p>	<p>—</p> <p>Article 7</p> <p><i>(Sans modification).</i></p>
<p><i>Art. 8.</i> — Le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, par application des critères définis, en prenant en compte les conclusions de l'étude d'évaluation mentionnée à l'article 2, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation et le cas échéant précisés dans les conditions prévues à l'article 7.</p>		
<p>Les critères d'attribution sont pondérés. Si la personne publique démontre qu'une telle pondération est objectivement impossible, ils sont hiérarchisés.</p>		
<p>Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.</p>		
<p>On entend par "petites et moyennes entreprises" les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas 250 employés et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas en moyenne sur les trois dernières années 40 000 000 d'euros. Ne sont pas considérées comme des petites et moyennes entreprises les entreprises dont le capital social est détenu à hauteur de plus de 33 % par une entreprise n'ayant pas le caractère d'une petite et moyenne entreprise.</p>		
<p>D'autres critères, en rapport avec l'objet du contrat, peuvent être retenus, notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages ou équipements, leur qualité esthétique ou fonctionnelle.</p>		

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p><i>Art. 9.</i> — Dès qu'elle a choisi l'attributaire du contrat, la personne publique informe les autres candidats du rejet de leur offre. Un délai d'au moins dix jours est respecté entre la date de notification de cette information et la date de signature du contrat.</p>	<p>5° Il est ajouté un II ainsi rédigé :</p>	
<p>Quand elle renonce à poursuivre la passation du contrat, la personne publique en informe les candidats.</p>	<p>« II. — Sur demande de la personne publique, le candidat identifié comme ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire. »</p>	Article 8
<p>En réponse à une demande écrite d'un candidat évincé, la personne publique indique par écrit dans les quinze jours les motifs du rejet de son offre, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du contrat.</p>	Article 8	Article 8
<p>Un contrat de partenariat ne peut être signé par l'Etat ou un établissement public doté d'un comptable public qu'après accord du ministre chargé de l'économie ou de son représentant, qui apprécie ses conséquences sur les finances publiques et la disponibilité des crédits.</p>	<p>Au quatrième alinéa de l'article 9 de la même ordonnance, les mots : « du ministre chargé de l'économie ou de son représentant » sont remplacés par les mots : « de l'autorité administrative dans des conditions fixées par décret ».</p>	<i>(Sans modification).</i>
<p>Le contrat est notifié à l'attributaire avant tout commencement d'exécution.</p>		
<p>Dans un délai de trente jours à compter de cette notification, la personne publique envoie pour publication un avis d'attribution au Journal officiel de l'Union européenne. Cet avis d'attribution est établi conformément au modèle établi par arrêté du ministre chargé</p>		

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>de l'économie.</p> <p><i>Art. 10.</i> — Lorsque la personne publique est saisie d'un projet par une entreprise ou un groupement d'entreprises et qu'elle envisage d'y donner suite en concluant un contrat de partenariat, elle conduit la procédure de passation dans les conditions prévues par les articles 2 à 9 de la présente ordonnance.</p> <p>Dès lors qu'il ne se trouve dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article 4 et que ses capacités techniques, professionnelles et financières sont suffisantes, l'auteur du projet est admis à participer aux procédures prévues à l'article 7 de la présente ordonnance.</p>	<p>Article 9</p>	<p><i>Article additionnel</i></p> <p><i>Au second alinéa de l'article 10 de la même ordonnance, les mots : « que ses capacités techniques, professionnelles et financières sont suffisantes » sont remplacés par les mots : « qu'il dispose des capacités techniques, professionnelles et financières appropriées ».</i></p>
<p><i>Art. 11.</i> — Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :</p> <p>a) A sa durée ;</p> <p>b) Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ;</p> <p>c) Aux objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation ;</p> <p>d) A la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante, aux motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et aux modalités de</p>	<p>L'article 11 de la même ordonnance est ainsi modifié :</p> <p>1° Au d, les mots : « - comprenant, notamment, les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires - les coûts » sont insérés après les mots : « les coûts d'investissements » et les mots : « le domaine, » sont insérés entre les mots : « en exploitant » et les mots : « les ouvrages » ;</p>	<p>Article 9</p> <p><i>(Alinéa sans modification).</i></p> <p>... ° <i>Le c est rédigé comme suit : « Aux objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat, en particulier en matière de développement durable ».</i></p> <p>1° <i>(Sans modification).</i></p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>paiement, notamment aux conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation ;</p> <p>e) Aux obligations du cocontractant ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages et équipements au service public dont la personne publique contractante est chargée et le respect des exigences du service public ;</p> <p>f) Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.</p> <p>En ce qui concerne les sous-traitants auxquels il est fait appel pour la construction des ouvrages et équipements, une clause fait obligation au titulaire du contrat de partenariat de constituer une caution leur garantissant le paiement au fur et à mesure de la réalisation des travaux, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la réception de ceux-ci ;</p> <p>g) Aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de</p>	<p>2° Il est inséré un d bis ainsi rédigé :</p> <p>« d bis) Aux conditions dans lesquelles, en application de l'article L. 313-29-3 du code monétaire et financier, la personne publique constate que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat ; »</p> <p>3° Au premier alinéa du f, les mots : « particulièrement en matière de développement durable » sont insérés après les mots : « des objectifs de performance, » ;</p> <p>4° Le second alinéa du f est remplacé par l'alinéa suivant :</p> <p>« Le titulaire du contrat de partenariat constitue une caution auprès d'un organisme financier afin de garantir aux prestataires auxquels il fait appel pour l'exécution du contrat le paiement des sommes dues pour la conception, la réalisation des travaux, ou la livraison des fournitures spécifiques. Ces prestations sont payées dans un délai fixé par voie réglementaire ; »</p>	<p>2° <b>Supprimé.</b></p> <p>3° (Sans modification).</p> <p>4° (Alinéa sans modification).</p> <p>« Le titulaire... ...constitue un cautionnement auprès... ...auxquels il est fait... ...dues. Ces prestations sont payées dans un délai fixé par voie réglementaire ; »</p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>la part du cocontractant ;</p> <p><i>h)</i> Aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant ;</p> <p><i>i)</i> Au contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat ;</p> <p><i>j)</i> Aux conditions dans lesquelles, en cas de défaillance du cocontractant, la continuité du service public est assurée, notamment lorsque la résiliation du contrat est prononcée ;</p> <p><i>k)</i> Aux conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages et équipements ;</p> <p><i>l)</i> Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française.</p>	<p>Article 10</p> <p>Le premier alinéa de l'article 12 de la même ordonnance est remplacé par l'alinéa suivant :</p> <p>« Lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages est confiée au cocontractant, les dispositions suivantes sont applicables : ».</p>	<p>Article 10</p> <p><i>(Alinéa sans modification).</i></p> <p>« Lorsque... ...ouvrages, <i>équipements</i> ou <i>biens immatériels</i> est... ...applicables : ».</p>
<p><b>Code monétaire et financier</b></p>		
<p><i>Art. L. 313-29-1. — Cf infra art. 29 du projet de loi.</i></p>		
<p>..... <b>Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat</b></p>		

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>—</p> <p>a) Parmi les conditions d'exécution du contrat retenues par la personne publique contractante figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'oeuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation ;</p> <p>b) Les offres comportent nécessairement, pour les bâtiments, un projet architectural ;</p> <p>c) Parmi les critères d'attribution du contrat figure nécessairement la qualité globale des ouvrages.</p> <p>Lorsque la personne publique ne confie au cocontractant qu'une partie de la conception des ouvrages, elle peut elle-même, par dérogation à la définition de la mission de base figurant au quatrième alinéa de l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée, faire appel à une équipe de maîtrise d'oeuvre pour la partie de la conception qu'elle assume.</p>	<p>Article 11</p> <p>Au I de l'article 13 de la même ordonnance, il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :</p>	<p>Article additionnel</p> <p>Après l'article 12 de la même ordonnance, il est inséré un article 12-1 ainsi rédigé :</p> <p>« Art. 12-1. — Un rapport annuel établi par le titulaire du contrat de partenariat est adressé à la personne publique afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat. »</p> <p>Article 11</p> <p>(Alinéa sans modification).</p>
<p>Art. 13. — I. — Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'af-</p>		

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>fectation du domaine public.</p> <p>.....</p>	<p>« Si le titulaire du contrat est autorisé à valoriser le domaine sur lequel est édifié l'ouvrage ou l'équipement, la personne publique procède, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public. Le titulaire peut consentir des baux dans les conditions du droit privé, notamment des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé, sous réserve de l'accord de la personne publique et pour autant que la durée de ces baux n'exécède pas celle du contrat de partenariat. »</p>	<p>« Si...</p> <p>...public. La personne publique peut autoriser le titulaire à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des...</p> <p>...privé. Avec l'accord de la personne publique, ces baux ou droits peuvent être consentis pour une durée excédant celle du contrat de partenariat. Si la personne publique cède au titulaire des biens appartenant à son domaine privé, celui-ci peut à son tour les céder à un tiers. La personne publique peut alors exiger que la cession fasse l'objet d'un cahier des charges fixant les prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales applicables. »</p>
<p>Art. 19. — Le titre Ier et les articles 26, 27 et 28 de la présente ordonnance sont applicables aux établissements publics de santé et aux structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique. Toutefois les dispositions du quatrième alinéa de l'article 9 ne sont pas applicables.</p> <p>.....</p>	<p>Article 12</p> <p>L'article 19 de la même ordonnance est ainsi modifié :</p> <p>1° Dans la première phrase, les références : « 26, 27 et 28 » sont remplacées par les références : « 25-1, 26 et 27 » ;</p> <p>2° Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :</p> <p>« Le chapitre III de la loi n° ..... du ..... relative aux contrats de partenariat leur est également applicable. »</p>	<p>Article 12</p> <p>(Sans modification).</p>
	<p>Article 13</p> <p>L'article 25 de la même ordonnance est remplacé par les dispositions suivantes :</p>	<p>Article 13</p> <p>(Sans modification).</p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>—</p> <p><i>Art. 25.</i> — Les dispositions du titre Ier, ainsi que des articles 26, 27 et 28, de la présente ordonnance sont applicables aux groupements d'intérêt public.</p>	<p>—</p> <p>« <i>Art. 25.</i> — Les dispositions du titre I<sup>er</sup>, ainsi que des articles 25-1, 26 et 27 de la présente ordonnance sont applicables aux pouvoirs adjudicateurs mentionnés aux 1<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup> du I de l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, aux entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de ladite ordonnance ainsi qu'aux groupements d'intérêt public. Toutefois les dispositions du quatrième alinéa de l'article 9 de la présente ordonnance ne sont pas applicables.</p>	<p>—</p>
<p><i>Art. 25-1.</i> — <i>Cf. infra.</i></p>	<p>« Le chapitre III de la loi n° ..... du ..... relative aux contrats de partenariat leur est également applicable. »</p>	<p>Article 14 <i>(Sans modification).</i></p>
<p><b>Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics</b></p>	<p>Article 14</p> <p>Après l'article 25 de la même ordonnance, il est inséré un article 25-1 ainsi rédigé :</p>	<p>Article 14 <i>(Sans modification).</i></p>
<p><i>Art. 3, 4 et 9.</i> — <i>Cf. annexe.</i></p>	<p>« <i>Art. 25-1.</i> — Les projets éligibles à des subventions lorsqu'ils sont réalisés sous le régime 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 sont éligibles aux mêmes subventions lorsqu'ils sont réalisés sous le régime de la présente ordonnance. »</p>	<p>Article 14 <i>(Sans modification).</i></p>
<p><b>Code général des collectivités territoriales</b></p>	<p>CHAPITRE II</p> <p><b>DISPOSITIONS MODIFIANT LE CODE GÉNÉRAL DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES</b></p>	<p>CHAPITRE II</p> <p><b>DISPOSITIONS MODIFIANT LE CODE GÉNÉRAL DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES</b></p>
<p><i>Art. L. 1414-1.</i> — Les contrats de partenariat sont des contrats adminis-</p>	<p>Article 15</p> <p>L'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales est ainsi <i>modifié</i> :</p> <p>1<sup>o</sup> <i>Il est inséré un : « I » au début de l'article ;</i></p>	<p>Article 15</p> <p>A. L'article...</p> <p>...rédigé :</p> <p>« I. — Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel la</p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>tratifs par lesquels la personne publique 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 relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.</p>		<p><i>personne publique 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 le financement, 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.</i></p>
<p>Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.</p>	<p><i>2° Au troisième alinéa, sont ajoutées les dispositions suivantes : « Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant, tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à l'exécution de sa mission, notamment des contrats passés en application du code des marchés publics et de la loi n° 85-504 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. » ;</i></p>	<p><i>« Il 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.</i></p>
<p>Il peut se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages.</p>	<p><i>3° Il est ajouté un alinéa et un II ainsi rédigés :</i></p>	<p><b>Alinéa supprimé.</b></p>
<p>La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.</p>	<p><i>« Le contrat de partenariat peut prévoir un mandat de la personne publique au cocontractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'utilisateur final de prestations revenant à cette dernière.</i></p>	<p><i>« II. — Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.</i></p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>—</p> <p>Art. L. 1414-9. — Cf <i>infra</i>.</p> <p>Art. L. 1414-12. — Cf <i>infra</i>.</p> <p>Art. L. 1414-13. — Cf <i>infra</i>.</p>	<p>—</p> <p>« II. — Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui conduira la procédure de passation, signera le contrat et, éventuellement, en suivra l'exécution. Cette convention précise les conditions de cette délégation de compétences et en fixe le terme. »</p>	<p>—</p> <p>« Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à l'exécution de sa mission.</p> <p>« La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.</p> <p>« Le contrat de partenariat peut prévoir un mandat de la personne publique au cocontractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'utilisateur final de prestations revenant à cette dernière.</p> <p>« III. — Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui conduira la procédure de passation, signera le contrat et, éventuellement, en suivra l'exécution. Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme. »</p> <p><i>B. En conséquence, le code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :</i></p> <p>1° Dans le dernier alinéa de l'article L. 1414-9, les mots : « ouvrages ou équipements » sont remplacés par les mots : « ouvrages, équipements ou biens immatériels » ;</p> <p>2° Dans les c, e, f et k de l'article L. 1414-12, les mots : « ouvrages et équipements » sont remplacés par les mots : « ouvrages, équipements ou biens immatériels » et dans le d du même article les mots : « ouvrages ou équipements » sont remplacés par les mots : « ouvrages, équipements ou biens immatériels » ;</p> <p>3° Aux a, c et au dernier alinéa de l'article L. 1414-13, le mot : « ouvrages » est remplacé par les mots : «</p>

**Texte en vigueur**

—

*Art. L. 1615-12.* — La collectivité territoriale ou l'établissement public qui a passé un contrat prévu à l'article L. 1414-1 bénéficie du fonds de compensation pour la TVA sur la part de la rémunération versée à son cocontractant correspondant à l'investissement réalisé par celui-ci pour les besoins d'une activité non soumise à la TVA. La part de la rémunération correspondant à l'investissement est celle indiquée dans les clauses du contrat prévues à l'article L. 1414-12.

L'éligibilité au fonds de compensation pour la TVA est subordonnée à l'appartenance du bien au patrimoine de la personne publique ou à la décision de la personne publique d'intégrer le bien dans son patrimoine conformément aux clauses du contrat.

A la fin anticipée ou non du contrat, si l'équipement n'appartient pas au patrimoine de la personne publique, celle-ci reverse à l'Etat la totalité des attributions reçues.

Les attributions du fonds de compensation pour la TVA sont versées selon les modalités prévues à l'article L. 1615-6, au fur et à mesure des versements effectués au titulaire du contrat et déduction faite de la part des subventions spécifiques versées toutes taxes comprises par l'Etat à la personne publique.

**Texte du projet de loi**

Article 16

L'article L. 1414-2 du même code est remplacé par les dispositions suivantes :

« *Art. L. 1414-2.* — I. — Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable précisant les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à enga-

**Propositions  
de la commission**

—

*ouvrages, équipements ou biens immatériels » ;*

*4° Au troisième alinéa de l'article L. 1615-12, les mots : « l'équipement » sont remplacés par les mots : « l'ouvrage, l'équipement ou le bien immatériel ».*

Article 16

*(Alinéa sans modification).*

« *Art. L. 1414-2.* — I. — Les...

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>Art. L. 1414-2. — Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation :</p>	<p>ger la procédure de passation d'un tel contrat. Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable. Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation <i>imprévue</i>, cette évaluation peut être succincte.</p>	<p>...situation <i>imprévisible</i>, cette évaluation peut être succincte.</p>
<p>a) Montre ou bien que, 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 pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ;</p>	<p>« Elle est présentée à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou à l'organe délibérant de l'établissement public, qui se prononce sur le principe du recours à un contrat de partenariat.</p>	<p>(<i>Alinéa sans modification</i>).</p>
<p>b) Expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct.</p>	<p>« II. — Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :</p>	<p>« II. — (<i>Alinéa sans modification</i>).</p>
<p>a) Montre ou bien que, 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 pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ;</p>	<p>« 1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas 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 ;</p>	<p>« 1° (<i>Sans modification</i>).</p>
<p>b) Expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct.</p>	<p>« 2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable affectant la réalisation d'équipements collectifs ou <i>qu'il s'agit</i> de faire face à une situation <i>imprévue</i> ;</p>	<p>« 2° Ou... ...préjudiciable à l'intérêt général, affectant... ...collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, ou de faire face à une situation <i>imprévisible</i> ;</p>
<p>b) Expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct.</p>	<p>« 3° Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée et des contraintes qui pèsent sur celle-ci, 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</p>	<p>« 3° Ou... ...chargée, soit...</p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>—</p> <p>L'évaluation mentionnée ci-dessus est présentée à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou à l'organe délibérant de l'établissement public, qui se prononce sur le principe du recours à un contrat de partenariat.</p>	<p>ceux d'autres contrats de la commande publique.</p> <p>« III. — Jusqu'au 31 décembre 2012, sont réputés présenter le caractère d'urgence mentionné au 2° du II, sous réserve que les résultats de l'évaluation prévue au I ne soient pas <i>manifestement</i> défavorables, les projets répondant :</p> <p>« 1° Aux nécessités de la réorganisation des implantations du ministère de la défense ;</p> <p>« 2° A la réalisation des opérations relatives aux infrastructures de transport s'inscrivant dans un projet de développement durable, à la rénovation urbaine, à l'amélioration de l'accessibilité des personnes handicapées ou à mobilité réduite, et à l'amélioration de l'efficacité énergétique des bâtiments publics.</p> <p>« IV. — Les dispositions du III sont applicables aux projets de contrats de partenariat dont l'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 31 décembre 2012. »</p>	<p>...publique.</p> <p>« III. — Jusqu'au... ...pas défavorables, les projets répondant :</p> <p>« 1° (<i>Sans modification</i>).</p> <p>« 2° A... ...énergétique ou à la réduction des émissions de gaz à effet de serre des bâtiments publics.</p> <p>« IV. — (<i>Sans modification</i>).</p>
<p><i>Art. L. 1414-4.</i> — Ne peuvent soumissionner à un contrat de partenariat :</p> <p>a) Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 421-2-1, par le deuxième alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le deuxième alinéa de l'article 433-2, par le huitième alinéa de l'article 434-9, par le deuxième alinéa de l'article 434-9-1, par les articles 435-3,</p>	<p>Article 17</p> <p>A l'article L. 1414-4 du même code, <i>avant le dernier alinéa, il est inséré un e</i> ainsi rédigé :</p>	<p>Article 17</p> <p>L'article L. 1414-4 du même code est ainsi modifié :</p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9, par l'article 445-1 et par l'article 450-1 du code pénal et par l'article 1741 du code général des impôts ;</p>		
<p>b) Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées aux articles L. 324-9, L. 324-10, L. 341-6, L. 125-1 et L. 125-3 du code du travail ;</p>		
<p>c) Les personnes en état de liquidation judiciaire ou admises aux procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou ayant fait l'objet de procédures équivalentes régies par un droit étranger ;</p>		<p>1° Au quatrième alinéa (c), les mots : « ou admises aux procédures de sauvegarde ou » sont remplacés par les mots : « , admises à une procédure » ;</p>
<p>d) Les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date. La liste des impôts et cotisations en cause est fixée dans des conditions prévues par décret.</p>		<p>2° Avant le dernier alinéa, il est inséré un e ainsi rédigé :</p>
<p>Les dispositions du présent article sont applicables aux personnes morales qui se portent candidates, ainsi qu'à celles qui sont membres d'un groupement candidat.</p>	<p>« e) Les personnes condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal. »</p>	<p>« e) (Sans modification).</p>
<p><b>Code pénal</b></p>	<p>Article 18</p>	<p>Article 18</p>
<p><i>Art. 131-39. — Cf. annexe.</i></p>	<p>L'article L. 1414-5 du même code est ainsi modifié :</p>	<p>(Alinéa sans modification).</p>
<p><b>Code général</b></p>	<p>1° Il est inséré au début de l'article un alinéa ainsi rédigé :</p>	<p>1° (Sans modification).</p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p style="text-align: center;">—</p> <p style="text-align: center;"><b>des collectivités territoriales</b></p> <p style="text-align: center;">—</p> <p><i>Art. L. 1414-5.</i> — Si, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, elle indique dans l'avis qu'il sera recouru à une phase de dialogue dans les conditions prévues à l'article L. 1414-7.</p> <p>Si tel n'est pas le cas, et uniquement dans les situations d'urgence mentionnées à l'article L. 1414-2, elle indique que les candidats admis présenteront directement une offre finale dans les conditions prévues à l'article L. 1414-8.</p> <p><i>Art. L. 1414-8 et L. 1414-8-1.</i> — <i>Cf. infra.</i></p> <p><i>Art. L. 1414-6.</i> — Le délai entre la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence et la date limite de réception des candidatures est d'au moins</p>	<p style="text-align: center;">—</p> <p>« Les contrats de partenariat peuvent être passés selon les procédures du dialogue compétitif, de l'appel d'offre ou selon une procédure négociée. » ;</p> <p>2° Le dernier alinéa est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>« Si tel n'est pas le cas, elle indique que les candidats admis présenteront une offre selon la procédure d'appel d'offres prévue à l'article L. 1414-8 ou selon la procédure négociée prévue à l'article L. 1414-8-1. »</p> <p style="text-align: center;">Article 19</p> <p>L'article L. 1414-6 du même code est ainsi modifié :</p> <p>1° Au premier alinéa, après les mots : « envoi de l'avis d'appel », il est inséré le mot : « public » ;</p>	<p style="text-align: center;">—</p> <p>...° <i>Au premier alinéa, après les mots : « complexité du projet, » sont insérés les mots : « et quel que soit le critère d'éligibilité retenu en application de l'article L. 1414-2 pour fonder le recours au contrat de partenariat, » ;</i></p> <p>...° <i>Au premier alinéa de l'article, après les mots : « impossibilité de définir », sont insérés les mots : « seule et à l'avance ».</i></p> <p>2° <i>(Sans modification).</i></p> <p style="text-align: center;">Article 19</p> <p><i>(Alinéa sans modification).</i></p> <p>1° <i>(Sans modification).</i></p>

<b>Texte en vigueur</b>	<b>Texte du projet de loi</b>	<b>Propositions de la commission</b>
<p>quarante jours. Il est mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence.</p> <p>Au terme de ce délai, une commission, composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5, dresse la liste des candidats admis à participer au dialogue défini à l'article L. 1414-7 ou à la procédure décrite à l'article L. 1414-8, en application des critères de sélection des candidatures mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence. Le nombre de ces candidats ne peut être respectivement inférieur à trois ou à cinq, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats ne se trouvant dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article L. 1414-4 et disposant de capacités professionnelles, techniques et financières appropriées. Sur demande de l'intéressé, la personne publique communique les motifs du rejet d'une candidature.</p>	<p>2° Dans la première phrase du second alinéa, les mots : « à la procédure décrite à l'article L. 1414-8 » sont remplacés par les mots : « aux procédures décrites aux articles L. 1414-8 et L. 1414-8-1 » ;</p> <p>3° Dans la deuxième phrase du même alinéa, les mots : « inférieur à trois ou à cinq » sont remplacés par les mots : « inférieur à trois, pour les procédures prévues aux articles L. 1414-7 et L. 1414-8-1, et inférieur à cinq, pour la procédure prévue à l'article L. 1414-8 ».</p>	<p>2° (<i>Sans modification</i>).</p> <p>3° Dans... ...mots : « <i>respectivement</i> inférieur... ...L. 1414-8 ».</p>
<p>Art. L. 1414-7. — Sur la base du programme fonctionnel qu'elle a établi, la personne publique engage un dialogue avec chacun des candidats, dont l'objet est de définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre à ses besoins.</p> <p>La personne publique peut discuter avec les candidats de tous les aspects du contrat.</p> <p>Chaque candidat est entendu dans des conditions de stricte égalité. La personne publique ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Elle ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion sans l'accord de celui-ci.</p> <p>La personne publique poursuit les discussions avec les candidats jusqu'à ce qu'elle soit en mesure d'identifier</p>	<p>Article 20</p> <p>L'article L. 1414-7 du même code est ainsi modifié :</p>	<p>Article 20</p> <p>(<i>Alinéa sans modification</i>).</p> <p>...° <i>Au premier alinéa, après les mots : « qu'elle a établi » sont insérés les mots : « afin de déterminer ses besoins et ses objectifs » ;</i></p> <p>...° <i>Dans la première phrase du troisième alinéa, les mots : « de stricte égalité » sont remplacés par les mots : « d'égalité ».</i></p>

**Texte en vigueur**

la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

Elle peut prévoir que les discussions se déroulent en phases successives au terme desquelles seules sont retenues les propositions répondant le mieux aux critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation. Le recours à cette possibilité doit avoir été indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

Lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme, la personne publique en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Elle invite les candidats à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois. Elle définit les conditions d'exécution du contrat, y compris de celles de ses clauses qui prévoient une évolution, pendant la durée du contrat, des droits et obligations du cocontractant, et, le cas échéant, précise les critères d'attribution du contrat définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation. Elle s'efforce de maintenir jusqu'à ce stade une concurrence réelle.

Ces offres comprennent tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat.

La personne publique peut demander des clarifications, des précisions ou des compléments concernant les offres déposées par les candidats ainsi que la confirmation de certains des engagements, notamment financiers, qui y figurent. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat.

Il peut être prévu qu'une prime sera allouée à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées.

**Texte du projet de loi**

1° Au huitième alinéa, les mots : « ou des compléments » sont remplacés par les mots : « , des compléments ou des perfectionnements » et la seconde phrase est complétée par les mots : « dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire » ;

**Propositions de la commission**

1° *(Sans modification).*

...° *Au dernier alinéa, après les mots : « il peut être prévu », sont insérés les mots : « dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation ».*

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p style="text-align: center;">—</p> <p><i>Art. L. 1414-3, L. 1414-4, L. 1414-6. — Cf. supra.</i></p> <p><i>Art. L. 1414-9, L. 1414-11 et L. 1414-13. — Cf. infra.</i></p> <p><i>Art. L. 1414-10. — Cf. infra.</i></p>	<p style="text-align: center;">—</p> <p>2° Au dernier alinéa, il est ajouté une phrase ainsi rédigée : « Lorsque les demandes de la personne publique impliquent un investissement significatif pour les candidats ayant participé au dialogue compétitif, une prime doit leur être versée. »</p> <p style="text-align: center;">Article 21</p> <p>Après l'article L. 1414-8 du même code, il est inséré un article L. 1414-8-1 ainsi rédigé :</p> <p>« <i>Art. L. 1414-8-1.</i> — Lorsque le montant du contrat à réaliser est inférieur à un seuil fixé par décret, la personne publique peut recourir à une procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence. Cette procédure est définie librement par la personne publique dans le règlement de la consultation, sous réserve du respect des dispositions des articles L. 1414-3, L. 1414-4, L. 1414-6, L. 1414-9, L. 1414-10, L. 1414-11 et L. 1414-13. »</p>	<p style="text-align: center;">—</p> <p>2° (<i>Sans modification</i>).</p> <p style="text-align: center;">Article 21</p> <p>(<i>Sans modification</i>).</p>
<p><i>Art. L. 1414-9.</i> — Le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, par application des critères définis, en prenant en compte les conclusions de l'étude d'évaluation mentionnée à l'article L. 1414-2, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation et le cas échéant précisés dans les conditions prévues à l'article L. 1414-7.</p> <p>Les critères d'attribution sont pondérés. Si la personne publique démontre qu'une telle pondération est objectivement impossible, ils sont hiérarchisés.</p>	<p style="text-align: center;">Article 22</p> <p>L'article L. 1414-9 du même code est ainsi modifié :</p> <p>1° Il est inséré un : « I » au début de l'article ;</p>	<p style="text-align: center;">Article 22</p> <p>(<i>Sans modification</i>).</p>
<p>Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global</p>	<p>2° Au troisième alinéa, les mots : « , en particulier en matière de dévelop-</p>	

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.</p>	<p>pement durable » sont insérés après les mots : « l'objet du contrat » ;</p>	
<p>On entend par "petites et moyennes entreprises" les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas 250 employés et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas en moyenne sur les trois dernières années 40 000 000 d'euros. Ne sont pas considérées comme des petites et moyennes entreprises les entreprises dont le capital social est détenu à hauteur de plus de 33 % par une entreprise n'ayant pas le caractère d'une petite et moyenne entreprise.</p>	<p>3° Le quatrième alinéa est remplacé par les dispositions suivantes :</p>	
<p>D'autres critères, en rapport avec l'objet du contrat, peuvent être retenus, notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages ou équipements, leur qualité esthétique ou fonctionnelle.</p>	<p>« La définition des petites et moyennes entreprises est fixée par voie réglementaire. » ;</p>	
	<p>4° Au dernier alinéa, après le mot : « qualité », il est inséré le mot : « architecturale, » ;</p>	
	<p>5° Il est ajouté un II ainsi rédigé :</p>	
	<p>« II. — Sur demande de la personne publique, le candidat identifié comme ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire. »</p>	
<p>« Art. L. 1414-10. — L'assemblée délibérante ou l'organe délibérant autorise la signature du contrat de partenariat par l'organe exécutif ou déclare la procédure infructueuse.</p>		
<p>« A cette fin, le projet de délibé-</p>		

**Texte en vigueur**

ration est accompagné d'une information comportant le coût prévisionnel global du contrat, en moyenne annuelle, pour la personne publique et l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la personne publique. Cette part est mesurée dans des conditions définies par décret.

« La personne publique informe les candidats non retenus du rejet de leur offre. Un délai d'au moins dix jours est respecté entre la date de notification de cette information et la date de signature du marché.

« Quand elle renonce à poursuivre la passation du contrat, la personne publique en informe les candidats.

« En réponse à une demande écrite d'un candidat évincé, la personne publique indique par écrit dans les quinze jours les motifs du rejet de son offre, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du contrat.

« Le contrat est notifié à l'attributaire avant tout commencement d'exécution.

« Dans un délai de trente jours à compter de cette notification, la personne publique envoie pour publication un avis d'attribution au Journal officiel de l'Union européenne. Cet avis d'attribution est établi conformément au modèle établi par arrêté du ministre chargé de l'économie.

*Art. L. 1414-11.* — Lorsque la personne publique est saisie d'un projet par une entreprise ou un groupement d'entreprises et qu'elle envisage d'y donner suite en concluant un contrat de partenariat, elle conduit la procédure de passation dans les conditions prévues par les articles L. 1414-2 à L. 1414-10.

Dès lors qu'il ne se trouve dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article L. 1414-4 et que ses capacités

**Texte du projet de loi**

**Propositions  
de la commission**

*Article additionnel*

*Le début du troisième alinéa de l'article L. 1414-10 du code général des collectivités territoriales est rédigé comme suit : « Dès que l'attributaire du contrat est choisi, la personne publique informe... »*

*Article additionnel*

*Au second alinéa de l'article L. 1414-11 du code général des collec-*

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>techniques, professionnelles et financières sont suffisantes, l'auteur du projet est admis à participer au dialogue prévu à l'article L. 1414-7 ou à la procédure prévue à l'article L. 1414-8.</p>		<p><i>tivités territoriales, les mots : « que ses capacités techniques, professionnelles et financières sont suffisantes » sont remplacés par les mots : « qu'il dispose des capacités techniques, professionnelles et financières appropriées ».</i></p>
	<p>Article 23</p>	<p>Article 23</p>
<p><i>Art. L. 1414-12.</i> — Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :</p>	<p>L'article L. 1414-12 du même code est ainsi modifié :</p>	<p><i>(Alinéa sans modification).</i></p>
<p><i>a)</i> A sa durée ;</p>		
<p><i>b)</i> Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ;</p>		
<p><i>c)</i> Aux objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation ;</p>		<p><i>... ° Le c est rédigé comme suit : « Aux objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat, en particulier en matière de développement durable ; ».</i></p>
<p><i>d)</i> A la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante, aux motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment aux conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation ;</p>	<p>1° Au <i>d</i> les mots : « - comprenant, notamment, les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires - les coûts » sont insérés après les mots : « les coûts d'investissements » et les mots : « le domaine, » sont insérés entre les mots : « en exploitant » et les mots : « les ouvrages » ;</p>	<p>1° <i>(Sans modification).</i></p>
	<p>2° <i>Il est inséré un d bis ainsi rédigé :</i></p> <p><i>« d bis) Aux conditions dans lesquelles, en application de l'article</i></p>	<p>2° <b>Supprimé.</b></p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>e) Aux obligations du cocontractant ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages et équipements au service public dont la personne publique contractante est chargée et le respect des exigences du service public ;</p>	<p><i>L. 313-29-1 du code monétaire et financier, la personne publique constate que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat ; »</i></p>	
<p>f) Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.</p>	<p>3° Au premier alinéa du f les mots : « particulièrement en matière de développement durable » sont insérés après les mots : « des objectifs de performance, » ;</p>	<p>3° (Sans modification).</p>
<p>En ce qui concerne les sous-traitants auxquels il est fait appel pour la construction des ouvrages et équipements, une clause fait obligation au titulaire du contrat de partenariat de constituer une caution leur garantissant le paiement au fur et à mesure de la réalisation des travaux, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la réception de ceux-ci ;</p>	<p>4° Le second alinéa du f est remplacé par l'alinéa suivant :</p>	<p>4° (Alinéa sans modification).</p>
<p>g) Aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de la part du cocontractant ;</p>	<p>« Le titulaire du contrat de partenariat constitue une caution auprès d'un organisme financier afin de garantir aux prestataires auxquels il fait appel pour l'exécution du contrat le paiement des sommes dues pour la conception, la réalisation des travaux, ou la livraison des fournitures spécifiques. Ces prestations sont payées dans un délai fixé par voie réglementaire ; ».</p>	<p>« Le... ...constitue un cautionnement auprès... ...auxquels il est fait...  ...dues. Ces prestations sont payées dans un délai fixé par voie réglementaire ; »</p>
<p>h) Aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par</p>		

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>le cocontractant.</p> <p>Tout projet d'avenant entraînant une augmentation du montant global du contrat supérieur à 5 % est soumis pour avis à la commission prévue à l'article L. 1414-6. L'assemblée délibérante ou l'organe délibérant qui autorise la conclusion du projet d'avenant est préalablement informé de cet avis ;</p> <p><i>i)</i> Au contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat ;</p> <p><i>j)</i> Aux conditions dans lesquelles, en cas de défaillance du cocontractant, la continuité du service public est assurée, notamment lorsque la résiliation du contrat peut être prononcée ;</p> <p><i>k)</i> Aux conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages et équipements ;</p> <p><i>l)</i> Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française.</p>		
<p><i>Art. L. 1414-13.</i> — Lorsqu'un contrat de partenariat confié au cocontractant tout ou partie de la conception des ouvrages, les dispositions suivantes sont applicables :</p> <p><i>a)</i> Parmi les conditions d'exécution du contrat retenues par la personne publique contractante, figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'oeuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation ;</p> <p><i>b)</i> Les offres comportent nécessairement, pour les bâtiments, un projet architectural ;</p>	<p>Article 24</p> <p>Le premier alinéa de l'article L. 1414-13 du même code est remplacé par l'alinéa suivant :</p> <p>« Lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages est confiée au cocontractant, les dispositions suivantes sont applicables : ».</p>	<p>Article 24</p> <p><i>(Alinéa sans modification).</i></p> <p>« Lorsque... ...ouvrages, <i>équipements</i> ou <i>biens immatériels</i>, est... ...applicables : ».</p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>c) Parmi les critères d'attribution du contrat figure nécessairement la qualité globale des ouvrages.</p> <p>Lorsque la personne publique ne confie au cocontractant qu'une partie de la conception des ouvrages, elle peut elle-même, par dérogation aux dispositions du quatrième alinéa de 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'oeuvre privée, faire appel à une équipe de maîtrise d'oeuvre pour la partie de la conception qu'elle assume.</p> <p>.....</p> <p><i>Art. L. 1414-16.</i> — Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire du contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites prévues par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.</p>	<p>Article 25</p> <p>Après le premier alinéa de l'article L. 1414-16 du même code, il est inséré un deuxième alinéa ainsi rédigé :</p> <p>« Si le titulaire du contrat est autorisé à valoriser le domaine sur lequel est édifié l'ouvrage ou l'équipement, la personne publique procède, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public. Le titulaire <i>peut</i> consentir des baux dans les conditions du droit privé, <i>notamment</i> des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé, <i>sous réserve de l'accord de la personne publique et pour autant que la durée de ces baux n'excède pas</i> celle du contrat de partenariat. »</p>	<p>Article 25</p> <p><i>(Alinéa sans modification).</i></p> <p>« Si...</p> <p>...public. <i>La personne publique peut autoriser</i> le titulaire à consentir des baux dans les conditions du droit privé, <i>en particulier</i> des baux...</p> <p>...privé, <i>et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée. Avec l'accord de la personne publique, ces baux ou droits peuvent être consentis pour une durée excédant</i> celle du contrat de partenariat. <i>Si la personne publique cède au titulaire des biens appartenant à son domaine privé, celui-ci peut à son tour les céder à un tiers. La personne publique peut alors exiger que la cession fasse l'objet d'un cahier des charges fixant les prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales applicables.</i> »</p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p align="center">—</p> <p><b>Code de l'urbanisme</b></p>	<p align="center">CHAPITRE III</p>	<p align="center">CHAPITRE III</p>
	<p align="center"><b>DISPOSITIONS DIVERSES</b></p>	<p align="center"><b>DISPOSITIONS DIVERSES</b></p>
	<p align="center">Article 26</p>	<p align="center">Article 26</p>
<p><i>Art. L. 112-2.</i> — L'édification d'une construction d'une densité excédant le plafond légal est subordonnée au versement par le bénéficiaire de l'autorisation de construire d'une somme égale à la valeur du terrain dont l'acquisition serait nécessaire pour que la densité de la construction n'excède pas ce plafond.</p>	<p>Le troisième alinéa de l'article L. 112-2 du code de l'urbanisme est remplacé par les dispositions suivantes :</p>	<p><i>(Alinéa sans modification).</i></p>
<p>L'attribution, expresse ou tacite, du permis de construire entraîne pour le bénéficiaire de l'autorisation de construire l'obligation d'effectuer ce versement.</p>		
<p>Toutefois, cette obligation n'est pas applicable aux immeubles édifiés par l'Etat, les régions, les départements ou les communes, ni aux immeubles édifiés par les établissements publics administratifs, lorsqu'ils sont affectés à un service public ou d'utilité générale et qu'ils ne sont pas productifs de revenus.</p>	<p>« Toutefois, cette obligation n'est pas applicable aux immeubles édifiés par ou pour le compte de l'Etat, les régions, la collectivité territoriale de Corse, les départements ou les communes, ni aux immeubles édifiés par ou pour le compte des établissements publics administratifs, lorsqu'ils sont affectés à un service public ou d'utilité générale et qu'ils ne sont pas productifs de revenus. La condition relative à l'absence de production de revenus doit être appréciée au regard de la personne publique au domaine de laquelle l'immeuble doit être incorporé. »</p>	<p>« Toutefois, cette... ...Etat, des régions, de la collectivité territoriale de Corse, des départements ou des communes, ni...</p>
<p>Cette obligation n'est pas non plus applicable aux permis de construire délivrés entre la date de publication de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les</p>		<p>...incorporé. »</p>

**Texte en vigueur**

exclusions et le 31 décembre 2002, lorsque les travaux portent sur les logements à usage locatif construits avec le concours financier de l'Etat en application du 3° de l'article L. 351-2 du code de la construction et de l'habitation et destinés aux personnes défavorisées mentionnées à l'article 1er de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en oeuvre du droit au logement.

Dans les conditions de l'article L. 112-1, il peut être décidé que l'obligation résultant des deux premiers alinéas du présent article n'est pas applicable aux immeubles ou parties d'immeubles affectés à l'habitation.

En outre, l'autorité compétente peut décider que l'obligation de versement n'est pas applicable aux constructions édifiées dans une zone d'aménagement concerté. Cette décision prend effet au plus tôt lorsque le programme des équipements publics et, s'il en est établi un, le plan d'aménagement de zone ont été approuvés. Elle demeure applicable jusqu'à l'expiration de la validité de l'acte portant création de la zone.

.....

*Art. L. 520-7.* — Sont exclus du champ d'application du présent titre :

Les bureaux qui font partie d'un local principal d'habitation ;

Les locaux affectés au service public et appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales, aux établissements publics ne présentant pas un caractère industriel ou commercial ainsi que ceux qui sont utilisés par des organismes de sécurité sociale ou d'allocation

**Texte du projet de loi**

Article 27

*Au troisième alinéa de l'article L. 520-7 du code de l'urbanisme, les mots : « ou destinés à appartenir » sont insérés entre les mots : « locaux affectés au service public et appartenant » et les mots : « à l'Etat, aux collectivités territoriales » et, les mots : « ou qui sont destinés à appartenir » sont insérés entre les mots : « ou d'allocations familiales et qui appartiennent » et : « à ces organismes ».*

**Propositions de la commission**

Article 27

*Le troisième...  
...urbanisme est ainsi rédi-*

*gé :*

*« Les locaux affectés au service public et appartenant ou destinés à appartenir à l'Etat, aux collectivités territoriales ou aux établissements publics ne présentant pas un caractère industriel et commercial ainsi que ceux utilisés par des organismes de sécurité so-*

**Texte en vigueur**

tions familiales et qui appartiennent à ces organismes ou à des sociétés civiles constituées exclusivement entre ces organismes ;

Les garages ;

Dans les établissements industriels, les locaux à usage de bureaux dépendants de locaux de production, et les locaux à usage de bureaux d'une superficie inférieure à 1 000 mètres carrés indépendants des locaux de production ;

Les locaux de recherche compris dans les établissements industriels ;

Les bureaux utilisés par les membres des professions libérales et les officiers ministériels ;

Les locaux affectés aux groupements constitués dans les formes prévues par l'article 10 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

**Code général des impôts**

*Art. 742.* — Les baux à durée limitée d'immeubles faits pour une durée supérieure à douze années sont soumis à la taxe de publicité foncière au taux de 0,60 %.

Cette taxe est liquidée sur le prix exprimé, augmenté des charges imposables au preneur, ou sur la valeur locative réelle des biens loués si cette valeur est supérieure au prix augmenté des charges. Elle est due sur le montant cumulé de toutes les années à courir.

.....

**Texte du projet de loi**

Article 28

I. — Au premier alinéa de l'article 742 du code général des impôts, après les mots : « douze années » sont insérés les mots : « , à l'exception de ceux mentionnés aux *a* à *c* du 1° et au 2° de l'article 1048 *ter*, ».

II. — Après l'article 1048 *bis* du code général des impôts, il est inséré un article 1048 *ter* ainsi rédigé :

« *Art. 1048 ter.* — Sont soumis à la perception de l'imposition mention-

**Propositions de la commission**

*ciale ou d'allocations familiales et appartenant ou destinés à appartenir à ces organismes ou à des sociétés civiles constituées exclusivement entre ces organismes ; »*

Article 28

*(Sans modification).*

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p style="text-align: center;">—</p> <p><b>Code général de la propriété des personnes publiques</b></p> <p><i>Art. L. 2122-5 à L. 2122-19. — Cf. annexe.</i></p> <p><b>Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat</b></p> <p><i>Art. 13. — Cf. supra.</i></p>	<p style="text-align: center;">—</p> <p>née à l'article 680 :</p> <p>« 1° Les actes portant autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutifs d'un droit réel immobilier délivrés soit par l'Etat ou l'un de ses établissements publics en application des articles L. 2122-5 à L. 2122-14 et L. 2122-17 à L. 2122-19 du code général de la propriété des personnes publiques ou de l'article 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, soit par les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics, en application des I à III de l'article L. 1311-5 et de l'article L. 1414-16 du code général des collectivités territoriales.</p>	
<p><b>Code général des collectivités territoriales</b></p> <p><i>Art. L. 1311-4-1 et L. 1311-5. — Cf. annexe.</i></p> <p><i>Art. L. 1311-2 et L. 1311-4. — Cf. annexe.</i></p>	<p>« Sont soumis également à la perception de cette imposition :</p> <p>« a) Les actes portant retrait des autorisations mentionnées au premier alinéa ;</p> <p>« b) Les actes portant bail et crédit bail consentis en application des articles L. 2122-15 et L. 2122-16 du code général de la propriété des personnes publiques au profit de l'Etat ou de l'un de ses établissements publics ;</p> <p>« c) Les actes portant crédit-bail consentis en application de l'article L. 1311-4-1 ou du IV de l'article L. 1311-5 du code général des collectivités territoriales au profit des collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics ;</p>	
<p><b>Code de la santé publique</b></p>	<p>« 2° Les baux emphytéotiques conclus soit par les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics en application des articles L. 1311-2 et L. 1311-4 du code général des collectivités territoriales, soit en application des articles L. 6148-2</p>	

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>— <i>Art. L. 6148-2 et L. 6148-3. — Cf. annexe.</i></p>	<p>et L. 6148-3 du code de la santé publique.</p> <p>« Les conventions non détachables de ces baux mentionnées au deuxième alinéa des articles L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales et L. 6148-2 du code de la santé publique sont également soumises à la perception de cette imposition. »</p>	<p>—</p>
<p><b>Code monétaire et financier</b></p>	<p>Article 29</p>	<p>Article 29</p>
<p><i>Art. L. 313-28 et L. 313-29. — Cf. annexe.</i></p>	<p>L'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier est <i>remplacé par les dispositions suivantes</i> :</p>	<p>L'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier est <i>supprimé</i>.</p>
<p><i>Art. L. 313-29-1. — En cas de cession d'une créance détenue sur une personne publique par le titulaire d'un contrat de partenariat ou d'un contrat visé au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique, ce contrat peut prévoir que, pour une part de la créance cédée représentant une fraction du coût des investissements, les dispositions des articles L. 313-28 et L. 313-29 ne sont pas applicables. Dans ce cas, le contrat prévoit que la part de la créance mentionnée ci-dessus est, après constatation par la personne publique contractante que les investissements ont été réalisés, définitivement acquise au cessionnaire, sans pouvoir être affectée par aucune compensation. Le titulaire du contrat est tenu de se libérer auprès de la personne publique contractante des dettes dont il peut être redevable à son égard du fait de manquements à ses obligations contractuelles et, notamment, du fait des pénalités qui ont pu lui être infligées ; l'opposition à l'état exécutoire émis par la personne publique n'a pas d'effet suspensif dans la limite du montant ayant fait l'objet de la garantie au profit du cessionnaire.</i></p>	<p>« <i>Art. L. 313-29-1. — Le contrat de partenariat ou le contrat mentionné au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique peut prévoir, en cas de cession d'une créance détenue sur une personne publique par son titulaire, que, pour une part de la créance cédée représentant une fraction de la rémunération due par la personne publique au seul titre des coûts d'investissements, lesquels comprennent, notamment, les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires, les dispositions des articles L. 313-28 et L. 313-29 ne sont pas applicables.</i></p>	<p>« <i>Art. L. 313-29-1. —</i> <b>Supprimé.</b></p>
	<p>« <i>Dans ce cas, la créance mentionnée ci-dessus est définitivement acquise au cessionnaire à compter de la</i></p>	

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<hr/> <p><b>Code de la santé publique</b> <i>Art. L. 6148-5. — Cf. annexe.</i></p>	<p><i>constatation par la personne publique contractante que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat de partenariat. A compter de cette constatation, et à moins que le cessionnaire, en acquérant ou en recevant la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur public, aucune compensation ni aucune exception fondée sur les rapports personnels du débiteur avec le titulaire du contrat de partenariat ou du contrat mentionné au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique, telles que l'annulation, la résolution ou la résiliation du contrat, ne peut être opposée au cessionnaire, exceptée la prescription quadriennale relevant de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics.</i></p>	
	<p><i>« Le titulaire du contrat est tenu de se libérer auprès de la personne publique contractante des dettes dont il peut être redevable à son égard du fait de manquements à ses obligations contractuelles et, notamment, du fait des pénalités qui ont pu lui être infligées ; l'opposition à l'état exécutoire émis par la personne publique n'a pas d'effet suspensif dans la limite du montant ayant fait l'objet de la garantie au profit du cessionnaire. »</i></p>	
	Article 30	Article 30
<p><b>Loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur</b></p>	<p>Au premier alinéa du I de l'article 30 de la loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, il est ajouté une phrase ainsi rédigée : « Ces financements peuvent <i>notamment</i> être mis en œuvre dans le cadre des contrats de partenariat régis par les dispositions de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. »</p>	<p>Au...</p> <p>...peuvent être...</p> <p>...partenariat. »</p>
<p><i>Art. 30. — I. — Jusqu'au 31 décembre 1988, le ministre du budget et le ministre de l'économie sont autorisés à donner, par arrêté conjoint, leur agrément à des sociétés ayant pour objet exclusif de financer, par voie de crédit-bail immobilier et mobilier, de crédit ou sous forme de location simple, des installations ou des matériels destinés à économiser l'énergie, à développer les sources d'énergie de remplacement des hydrocarbures ou à promouvoir les utilisations du charbon ainsi que des terrains</i></p>		

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>d'emprise de ces installations ou matériels.</p>		
<p>Les installations et matériels concernés figurent sur une liste établie par décret.</p>		
<p>Ces sociétés doivent satisfaire aux conditions prévues à l'article 5 A et C de l'ordonnance n° 67-837 du 28 septembre 1967 relatif au statut des sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie.</p>		
<p>.....</p>		
<p><b>Code des assurances</b></p>		
<p><i>Art. L. 242-1.</i> — Toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, fait réaliser des travaux de construction, doit souscrire avant l'ouverture du chantier, pour son compte ou pour celui des propriétaires successifs, une assurance garantissant, en dehors de toute recherche des responsabilités, le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1, les fabricants et importateurs ou le contrôleur technique sur le fondement de l'article 1792 du code civil.</p>	<p>Article 31</p>	<p>Article 31</p>
<p>Toutefois, l'obligation prévue au premier alinéa ci-dessus ne s'applique ni aux personnes morales de droit public ni aux personnes morales exerçant une activité dont l'importance dépasse les seuils mentionnés au dernier alinéa de l'article L. 111-6, lorsque ces personnes font réaliser pour leur compte des travaux de construction pour un usage autre que l'habitation.</p>	<p><i>Au deuxième alinéa de l'article L. 242-1 du code des assurances, après les mots : « ni aux personnes morales de droit public » sont ajoutés les mots : « , ni aux personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat. »</i></p>	<p><b>Supprimé.</b></p>
<p>L'assureur a un délai maximal de soixante jours, courant à compter de la réception de la déclaration du sinistre, pour notifier à l'assuré sa décision quant au principe de la mise en jeu des garanties prévues au contrat.</p>		
<p>Lorsqu'il accepte la mise en jeu des garanties prévues au contrat, l'assu-</p>		

**Texte en vigueur**

—

reur présente, dans un délai maximal de quatre-vingt-dix jours, courant à compter de la réception de la déclaration du sinistre, une offre d'indemnité, revêtant le cas échéant un caractère provisionnel et destinée au paiement des travaux de réparation des dommages. En cas d'acceptation, par l'assuré, de l'offre qui lui a été faite, le règlement de l'indemnité par l'assureur intervient dans un délai de quinze jours.

Lorsque l'assureur ne respecte pas l'un des délais prévus aux deux alinéas ci-dessus ou propose une offre d'indemnité manifestement insuffisante, l'assuré peut, après l'avoir notifié à l'assureur, engager les dépenses nécessaires à la réparation des dommages. L'indemnité versée par l'assureur est alors majorée de plein droit d'un intérêt égal au double du taux de l'intérêt légal.

Dans les cas de difficultés exceptionnelles dues à la nature ou à l'importance du sinistre, l'assureur peut, en même temps qu'il notifie son accord sur le principe de la mise en jeu de la garantie, proposer à l'assuré la fixation d'un délai supplémentaire pour l'établissement de son offre d'indemnité. La proposition doit se fonder exclusivement sur des considérations d'ordre technique et être motivée.

Le délai supplémentaire prévu à l'alinéa qui précède est subordonné à l'acceptation expresse de l'assuré et ne peut excéder cent trente-cinq jours.

L'assurance mentionnée au premier alinéa du présent article prend effet après l'expiration du délai de garantie de parfait achèvement visé à l'article 1792-6 du code civil. Toutefois, elle garantit le paiement des réparations nécessaires lorsque :

Avant la réception, après mise en demeure restée infructueuse, le contrat de louage d'ouvrage conclu avec l'entrepreneur est résilié pour inexécution, par celui-ci, de ses obligations ;

Après la réception, après mise en demeure restée infructueuse, l'entrepre-

**Texte du projet de loi**

**Propositions  
de la commission**

**Texte en vigueur**

neur n'a pas exécuté ses obligations.

Toute entreprise d'assurance agréée dans les conditions fixées par l'article L. 321-1, même si elle ne gère pas les risques régis par les articles L. 241-1 et L. 241-2 ci-dessus, est habilitée à prendre en charge les risques prévus au présent article.

**Code de justice administrative**

*Art. L. 554-2.* — Les actes pris par les communes en matière d'urbanisme, de marchés et de délégation de service public déferés par le représentant de l'Etat en application de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales sont suspendus dans les conditions prévues par l'alinéa 4 de l'article L. 2131-6 du même code ci-après reproduit :

Art. L. 2131-6, alinéa 4. - Jusqu'à ce que le président du tribunal administratif ou le magistrat délégué par lui ait statué, la demande de suspension en matière d'urbanisme, de marchés et de délégation de service public formulée par le représentant de l'Etat dans les dix jours à compter de la réception de l'acte entraîne la suspension de celui-ci. Au terme d'un délai d'un mois à compter de la réception, si le juge des référés n'a pas statué, l'acte redevient exécutoire.

Il en va de même pour les actes des collectivités visés aux articles L. 3132-1 et L. 4142-1 du code général des collectivités territoriales.

**Texte du projet de loi**

Article 32

Les dispositions issues de la présente loi s'appliquent aux projets de contrats de partenariat pour lesquels un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication antérieurement à la date de publication de cette

**Propositions  
de la commission**

*Article additionnel*

*Le début du premier alinéa de l'article L. 554-2 du code de justice administrative est ainsi rédigé :*

*« Les actes pris par les communes en matière d'urbanisme, de marchés, de contrats de partenariat et de délégations de service public déferés... »*

Article 32

*(Sans modification).*

**Texte en vigueur**

**Texte du projet de loi**

**Propositions  
de la commission**

—  
*Cf. art. 3, 7, 9, 17, 22 et 23 du  
projet de loi*

—  
loi. Cependant, ne leur sont pas applicables les dispositions qui ajoutent un *e* à l'article 4 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, celles qui modifient les articles 8 et 11 de cette ordonnance, ainsi que celles qui modifient les articles L. 1414-4, L. 1414-9 et L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales.

## Annexe au Tableau comparatif

<b>Code général de la propriété des personnes publiques</b> .....	136
<i>Art. 2122-5, 2122-6, 2122-7, 2122-8, 2122-9, 2122-10, 2122-11, 2122-12, 2122-13, 2122-14, 2122-17, 2122-18 et 2122-19</i>	
<b>Code général des collectivités territoriales</b> .....	139
<i>Art. L. 1311-2, L. 1311-4, L. 1311-4-1 et L. 1311-5</i>	
<b>Code monétaire et financier</b> .....	141
<i>Art. L. 313-28 et L. 313-29</i>	
<b>Code pénal</b> .....	142
<i>Art. 131-39</i>	
<b>Code de la santé publique</b> .....	143
<i>Art. L. 6148-2, 6148-3 et 6148-5</i>	
<b>Loi n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation de la sécurité intérieure</b> .....	145
<i>Art. 3</i>	
<b>Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation de la justice</b> .....	146
<i>Art. 3</i>	
<b>Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat</b> .....	147
<i>Art. 14, 26 et 27</i>	
<b>Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics</b> .....	154
<i>Art. 3, 4 et 9</i>	

## **Code général de la propriété des personnes publiques**

### **Sous-section 1 : Dispositions applicables à l'Etat et à ses établissements publics .**

#### *Article L. 2122-5*

Les dispositions de la présente sous-section ne sont pas applicables au domaine public naturel.

#### *Article L. 2122-6*

Le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre.

Ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans le présent paragraphe, les prérogatives et obligations du propriétaire.

Le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans.

#### *Article L. 2122-7*

Le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier ne peuvent être cédés, ou transmis dans le cadre de mutations entre vifs ou de fusion, absorption ou scission de sociétés, pour la durée de validité du titre restant à courir, y compris dans le cas de réalisation de la sûreté portant sur lesdits droits et biens et dans les cas mentionnés aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 2122-8, qu'à une personne agréée par l'autorité compétente, en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé.

Lors du décès d'une personne physique titulaire d'un titre d'occupation constitutif de droit réel, celui-ci peut être transmis, dans les conditions mentionnées à l'alinéa précédent, au conjoint survivant ou aux héritiers sous réserve que le bénéficiaire, désigné par accord entre eux, soit présenté à l'agrément de l'autorité compétente dans un délai de six mois à compter du décès.

#### *Article L. 2122-8*

Le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations ne peuvent être hypothéqués que pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée.

Les créanciers chirographaires autres que ceux dont la créance est née de l'exécution des travaux mentionnés à l'alinéa précédent ne peuvent pratiquer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée sur les droits et biens mentionnés au présent article.

Les hypothèques sur lesdits droits et biens s'éteignent au plus tard à l'expiration des titres d'occupation délivrés en application des articles L. 2122-6 et L. 2122-10, quels qu'en soient les circonstances et le motif.

*Article L. 2122-9*

A l'issue du titre d'occupation, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition.

Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de l'Etat, francs et quittes de tous privilèges et hypothèques.

Toutefois, en cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu, pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée. Les règles de détermination de l'indemnité peuvent être précisées dans le titre d'occupation. Les droits des créanciers régulièrement inscrits à la date du retrait anticipé sont reportés sur cette indemnité.

Deux mois au moins avant la notification d'un retrait pour inexécution des clauses et conditions de l'autorisation, les créanciers régulièrement inscrits sont informés des intentions de l'autorité compétente à toutes fins utiles, et notamment pour être mis en mesure de proposer la substitution d'un tiers au permissionnaire défaillant ou de s'y substituer eux-mêmes.

*Article L. 2122-10*

Lorsque les ouvrages, constructions ou installations sont nécessaires à la continuité du service public, les dispositions de l'article L. 2122-6 ne leur sont applicables que sur décision de l'Etat.

*Article L. 2122-11*

Les dispositions du présent paragraphe sont également applicables aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public.

Lorsque ce droit d'occupation du domaine public résulte d'une concession de service public ou d'outillage public, le cahier des charges précise les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités du service public.

*Article L. 2122-12*

Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application des articles L. 2122-6 à L. 2122-11.

*Article L. 2122-13*

Dans le cadre des titres d'occupation prévus par les articles L. 2122-6 et L. 2122-11, la réalisation des ouvrages, constructions et installations, à l'exclusion de ceux affectés à un service public et faisant l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service ou affectés à l'usage direct du public ainsi que des travaux exécutés pour une

personne publique dans un but d'intérêt général, peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail par le titulaire du droit d'occupation.

La conclusion de tels contrats de crédit-bail au bénéfice d'organismes dans lesquels l'Etat ou l'établissement public gestionnaire du domaine apporte un concours financier ou détient, directement ou indirectement, une participation financière permettant d'exercer un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion est soumise à un agrément de l'Etat. Cet agrément peut être refusé si l'opération se traduit par un accroissement des charges ou une diminution des ressources de l'Etat. Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités de cet agrément.

*Article L. 2122-14*

Les dispositions des articles L. 2122-6 à L. 2122-13 sont applicables aux établissements publics de l'Etat, tant pour le domaine public de l'Etat qui leur est confié que pour leur domaine propre.

Pour l'application du deuxième alinéa de l'article L. 2122-9, les ouvrages, constructions et installations concernés situés sur le domaine propre d'un établissement public deviennent la propriété dudit établissement public.

Des décrets en Conseil d'Etat apportent les adaptations nécessaires aux dispositions relatives à la gestion du domaine public par les établissements publics de l'Etat, et notamment les conditions dans lesquelles les décisions prises par les autorités compétentes de ces établissements sont, dans les cas prévus à l'article L. 2122-10, soumises à approbation de leur ministre de tutelle et du ministre chargé du domaine.

*Article L. 2122-17*

Les dispositions du paragraphe 1 sont applicables sur le domaine public de l'Etat compris dans les limites administratives des ports qui relèvent de la compétence des départements, mis à disposition de ces départements ou ayant fait l'objet, à leur profit, d'un transfert de gestion.

Les autorisations, décisions et agréments mentionnés aux articles L. 2122-6 à L. 2122-10 sont pris ou accordés, après consultation du représentant de l'Etat, par le président du conseil général. Ils peuvent également être pris ou accordés par le concessionnaire, lorsque les termes de la concession le prévoient expressément.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article.

*Article L. 2122-18*

Les dispositions du paragraphe 1 sont applicables sur le domaine public de l'Etat compris dans les limites administratives des ports qui relèvent de la compétence des communes, mis à disposition de ces communes ou ayant fait l'objet à leur profit d'un transfert de gestion.

Les autorisations, décisions et agréments mentionnés aux articles L. 2122-6 à L. 2122-10 sont pris ou accordés, après consultation du représentant de l'Etat, par le maire. Ils peuvent également être pris ou accordés par le concessionnaire, lorsque les termes de la concession le prévoient.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article.

*Article L. 2122-19*

Les dispositions du paragraphe 1 ne sont applicables, en ce qui concerne les autorisations et conventions en cours à la date du 9 mai 1995, qu'aux ouvrages, constructions et installations que le permissionnaire ou concessionnaire réaliserait après renouvellement ou modification de son titre. Toutefois, lorsque le permissionnaire ou le concessionnaire réalise des travaux ou constructions réhabilitant, étendant ou modifiant de façon substantielle les ouvrages, constructions et installations existants, il peut lui être délivré un nouveau titre conférant un droit réel sur ces ouvrages, constructions et installations, lorsqu'ils ont été autorisés par le titre d'occupation.

Les dispositions du présent article sont applicables, le cas échéant :

1° Sur le domaine public de l'Etat défini au premier alinéa de l'article L. 2122-17, aux autorisations ou conventions en cours à la date du 3 juin 2000 ;

2° Sur le domaine public de l'Etat défini au premier alinéa de l'article L. 2122-18, aux autorisations ou conventions en cours à la date du 8 novembre 2003.

**Code général des collectivités territoriales**

*Article L. 1311-2*

Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public ou, jusqu'au 31 décembre 2007, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ainsi que d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique ou, jusqu'au 31 décembre 2010, liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif.

Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie.

En outre, un tel bail, lorsqu'il répond aux besoins d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, est conclu dans le respect des dispositions des articles L. 6148-3, L. 6148-4 et L. 6148-5 du code de la santé publique.

*Article L. 1311-4*

Les dispositions des articles L. 1311-2 et L. 1311-3 sont applicables aux établissements publics des collectivités territoriales et aux groupements de ces collectivités.

*Article L. 1311-4-1*

Jusqu'au 31 décembre 2007, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale peuvent construire, y compris sur les dépendances de leur domaine public, acquérir ou rénover des bâtiments destinés à être mis à la disposition de l'Etat pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ou d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique.

Jusqu'au 31 décembre 2010, les conseils généraux peuvent construire, y compris sur les dépendances de leur domaine public, acquérir ou rénover des bâtiments destinés à être mis à la disposition des services départementaux d'incendie et de secours.

Une convention entre l'Etat ou l'établissement public de santé ou la structure de coopération sanitaire mentionnée au premier alinéa et la collectivité ou l'établissement propriétaire précise notamment les engagements financiers des parties, le lieu d'implantation de la ou des constructions projetées et le programme technique de construction. Elle fixe également la durée et les modalités de la mise à disposition des constructions.

Les constructions mentionnées au présent article ainsi que celles qui sont réalisées dans le cadre de contrats de partenariat peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

Les opérations mentionnées aux alinéas précédents respectent, lorsqu'elles répondent aux besoins d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, les dispositions de l'article L. 6148-4 du code de la santé publique.

*Article L. 1311-5*

I. - Les collectivités territoriales peuvent délivrer sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels, en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence. Le titulaire de ce titre possède un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice de cette activité.

Ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans la présente section, les prérogatives et obligations du propriétaire.

Le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans.

Ces dispositions sont applicables aux groupements et aux établissements publics des collectivités territoriales, tant pour leur propre domaine public que pour celui mis à leur disposition.

II. - Dans les ports et les aéroports, sont considérées comme satisfaisant à la condition d'intérêt public local mentionnée au premier alinéa du I les activités ayant trait à

l'exploitation du port ou de l'aéroport ou qui sont de nature à contribuer à leur animation ou à leur développement.

III. - Les dispositions des I et II sont également applicables aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public. Lorsque ce droit d'occupation du domaine public résulte d'une concession de service public ou d'outillage public, le cahier des charges précise les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités du service public.

IV. - Les constructions mentionnées au présent article peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

#### *Article L. 1414-10*

L'assemblée délibérante ou l'organe délibérant autorise la signature du contrat de partenariat par l'organe exécutif ou déclare la procédure infructueuse.

A cette fin, le projet de délibération est accompagné d'une information comportant le coût prévisionnel global du contrat, en moyenne annuelle, pour la personne publique et l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la personne publique. Cette part est mesurée dans des conditions définies par décret.

La personne publique informe les candidats non retenus du rejet de leur offre. Un délai d'au moins dix jours est respecté entre la date de notification de cette information et la date de signature du contrat.

Quand elle renonce à poursuivre la passation du contrat, la personne publique en informe les candidats.

En réponse à une demande écrite d'un candidat évincé, la personne publique indique par écrit dans les quinze jours les motifs du rejet de son offre, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du contrat.

Le contrat est notifié à l'attributaire avant tout commencement d'exécution.

Dans un délai de trente jours à compter de cette notification, la personne publique envoie pour publication un avis d'attribution au Journal officiel de l'Union européenne. Cet avis d'attribution est établi conformément au modèle établi par arrêté du ministre chargé de l'économie.

### **Code monétaire et financier**

#### *Article L. 313-28*

L'établissement de crédit peut, à tout moment, interdire au débiteur de la créance cédée ou nantie de payer entre les mains du signataire du bordereau. A compter de cette notification, dont les formes sont fixées par le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 313-35, le débiteur ne se libère valablement qu'auprès de l'établissement de crédit.

*Article L. 313-29*

Sur la demande du bénéficiaire du bordereau, le débiteur peut s'engager à le payer directement : cet engagement est constaté, à peine de nullité, par un écrit intitulé : " Acte d'acceptation de la cession ou du nantissement d'une créance professionnelle ".

Dans ce cas, le débiteur ne peut opposer à l'établissement de crédit les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau, à moins que l'établissement de crédit, en acquérant ou en recevant la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur.

**Code pénal**

*Article 131-39*

Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes :

1° La dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;

2° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;

3° Le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;

4° La fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;

5° L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;

6° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de faire appel public à l'épargne ;

7° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;

8° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ;

9° L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ;

10° La confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise ;

11° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal.

Les peines définies aux 1° et 3° ci-dessus ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée. Elles ne sont pas non plus applicables aux partis ou groupements politiques ni aux syndicats professionnels. La peine définie au 1° n'est pas applicable aux institutions représentatives du personnel.

## **Code de la santé publique**

### *Article L. 6148-2*

Un bien immobilier appartenant à un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de l'établissement ou de la structure, d'une mission concourant à l'exercice du service public dont ils sont chargés ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif.

Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie.

Un bien immobilier appartenant à un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique peut également faire l'objet d'un bail emphytéotique en vue de la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'un autre établissement public de santé avec lequel ils conduisent une action de coopération.

Préalablement à la conclusion d'un des baux mentionnés aux précédents alinéas, l'établissement public de santé ou, le cas échéant, la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique définit dans un programme fonctionnel les besoins que le preneur à bail doit s'engager à satisfaire.

Ces baux satisfont aux conditions particulières énumérées à l'article L. 1311-3 du code général des collectivités territoriales. Ils peuvent comporter une clause permettant à l'établissement public de santé ou, le cas échéant, la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique d'acquérir, avant le terme fixé par le bail, les installations rénovées ou édifiées par le titulaire.

Le financement des constructions dans le cadre des baux emphytéotiques mentionnés au présent article ainsi que de celles qui sont réalisées dans le cadre de contrats de partenariat peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

*Article L. 6148-3*

Un bail emphytéotique passé par une collectivité territoriale, dans les conditions prévues à l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, pour répondre aux besoins d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique est obligatoirement accompagné d'une convention liant le titulaire du bail, propriétaire des équipements, et l'établissement public de santé ou la structure de coopération sanitaire. Cette convention fixe les engagements respectifs du propriétaire et de l'établissement public de santé ou de la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique et, notamment, la durée et les modalités de la location et les conditions dans lesquelles le loyer est révisé, les obligations respectives des parties en matière d'entretien et d'adaptations éventuelles des locaux au respect des conditions techniques de fonctionnement des établissements de santé ainsi que le régime de responsabilité des parties.

Préalablement à la conclusion du bail emphytéotique mentionné au précédent alinéa, la collectivité territoriale et l'établissement public de santé ou, le cas échéant, la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique définissent dans un programme fonctionnel les besoins que le preneur à bail doit s'engager à satisfaire.

*Article L. 6148-5*

Les contrats passés en application de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, lorsqu'ils répondent aux besoins d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique et de l'article L. 6148-2, respectent les dispositions du présent article et des articles L. 6148-5-1 à L. 6148-5-3.

La passation d'un contrat visé au premier alinéa est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures. Elle est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article 3 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Ne peuvent soumissionner à un contrat visé au premier alinéa les personnes mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 précitée.

Les dispositions des articles 6 et 9, à l'exception du quatrième alinéa, de ladite ordonnance sont applicables aux contrats visés au premier alinéa.

Si, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre aux besoins et aux objectifs poursuivis ou d'établir le montage juridique ou financier du projet, elle indique dans l'avis qu'il sera recouru à une phase de dialogue dans les conditions prévues au I de l'article 7 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 précitée.

Si tel n'est pas le cas, elle indique dans l'avis qu'il sera recouru à une procédure d'appel d'offres dans les conditions prévues par le II de l'article 7 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 précitée.

La personne publique peut restreindre le nombre de candidats appropriés qu'elle invitera à participer au dialogue défini au I de l'article 7 ou à la procédure mentionnée au II du même article de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 précitée, à condition qu'un nombre suffisant de candidats appropriés soit disponible. Elle indique alors dans l'avis de marché les

critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'elle prévoit d'utiliser, le nombre minimal de candidats qu'elle prévoit d'inviter et, le cas échéant, le nombre maximal. En tout état de cause, le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

**Loi n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation  
et de programmation de la sécurité intérieure**

*Article 3*

I. — Par dérogation aux dispositions des articles 7 et 18 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'oeuvre privée, l'Etat peut confier à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés à la police ou à la gendarmerie nationales.

L'exécution de cette mission résulte d'un marché passé entre l'Etat et la personne ou le groupement de personnes selon les procédures prévues par le code des marchés publics. Si le marché est alloti, les offres portant simultanément sur plusieurs lots peuvent faire l'objet d'un jugement global.

Les marchés passés par l'Etat pour l'exécution de cette mission ne peuvent comporter de stipulations relevant des conventions mentionnées aux articles L. 34-3-1 et L. 34-7-1 du code du domaine de l'Etat et à l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales.

II. — Le code du domaine de l'Etat est ainsi modifié :

1° Après l'article L. 34-3, il est inséré un article L. 34-3-1 ainsi rédigé :

« *Art. L. 34-3-1.* — L'Etat et le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public peuvent conclure un bail portant sur des bâtiments à construire par le titulaire pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales et comportant, au profit de l'Etat, une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations ainsi édifiées. Dans ce cas, le bail comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

« Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article. Il précise les conditions de passation du bail ainsi que les conditions suivant lesquelles l'amortissement financier peut être pris en compte dans la détermination du montant du loyer. »

2° Après l'article L. 34-7, il est inséré un article L. 34-7-1 ainsi rédigé :

« *Art. L. 34-7-1.* — Par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article L. 34-7, le financement des constructions mentionnées à l'article L. 34-3-1 peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

« Les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 34-7 sont applicables. »

III. — Le code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :

1° Le premier alinéa de l'article L. 1311-2 est ainsi rédigé :

« Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou, jusqu'au 31 décembre 2007, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales. »

2° Après l'article L. 1311-4, il est inséré un article L. 1311-4-1 ainsi rédigé :

« *Art. L. 1311-4-1.* — Jusqu'au 31 décembre 2007, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale peuvent construire, y compris sur les dépendances de leur domaine public, acquérir ou rénover des bâtiments destinés à être mis à la disposition de l'Etat pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales.

« Une convention entre l'Etat et la collectivité ou l'établissement propriétaire précise notamment les engagements financiers des parties, le lieu d'implantation de la ou des constructions projetées et le programme technique de construction. Elle fixe également la durée et les modalités de la mise à disposition des constructions.

« Les constructions mentionnées au présent article peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public. »

3° Avant le dernier alinéa de l'article L. 1615-7, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Constituent également des opérations ouvrant droit à une attribution du Fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée les constructions mises en chantier, acquises à l'état neuf ou ayant fait l'objet d'une rénovation, mentionnées à l'article L. 1311-4-1, pour lesquelles les travaux ont reçu un commencement d'exécution au plus tard le 31 décembre 2007 et qui sont mises à disposition de l'Etat à titre gratuit. »

## **Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation de la justice**

### *Article 3*

L'article 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire est ainsi rédigé :

« *Art. 2.* — Par dérogation aux dispositions des articles 7 et 18 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'oeuvre privée, l'Etat peut confier à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou de droit privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires.

« L'exécution de cette mission résulte d'un marché passé entre l'Etat et la personne ou le groupement de personnes selon les procédures prévues par le code des marchés publics. Si le

marché est alloti, les offres portant simultanément sur plusieurs lots peuvent faire l'objet d'un jugement global.

« Les marchés passés par l'Etat pour l'exécution de cette mission ne peuvent comporter de stipulations relevant des conventions mentionnées aux articles L. 34-3-1 et L. 34-7-1 du code du domaine de l'Etat et à l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales.

« Dans les établissements pénitentiaires, les fonctions autres que celles de direction, de greffe et de surveillance peuvent être confiées à des personnes de droit public ou de droit privé habilitées, dans des conditions définies par un décret en Conseil d'Etat. Ces personnes peuvent être choisies dans le cadre des marchés prévus au deuxième alinéa. »

### **Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat**

#### *Article 14*

Il est créé dans le titre Ier du livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales un chapitre IV intitulé : « Les contrats de partenariat », ainsi rédigé :

#### « Chapitre IV

#### « Les contrats de partenariat

« Art. L. 1414-1. - Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels la personne publique 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 relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

« Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

« Il peut se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages.

« La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.

« Art. L. 1414-2. - Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation :

« a) Montre ou bien que, 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 pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ;

« b) Expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct.

« L'évaluation mentionnée ci-dessus est présentée à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou à l'organe délibérant de l'établissement public, qui se prononce sur le principe du recours à un contrat de partenariat.

« Art. L. 1414-3. - La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures.

« Elle est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par décret.

« Art. L. 1414-4. - Ne peuvent soumissionner à un contrat de partenariat :

« a) Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 421-2-1, par le deuxième alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le deuxième alinéa de l'article 434-9, par les articles 435-2, 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9 et par l'article 450-1 du code pénal, ainsi que par le deuxième alinéa de l'article L. 152-6 du code du travail et par l'article 1741 du code général des impôts ;

« b) Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées aux articles L. 324-9, L. 324-10, L. 341-6, L. 125-1 et L. 125-3 du code du travail ;

« c) Les personnes en état de liquidation judiciaire ou admises au redressement judiciaire ou ayant fait l'objet de procédures équivalentes régies par un droit étranger ;

« d) Les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date. La liste des impôts et cotisations en cause est fixée dans des conditions prévues par décret.

« Les dispositions du présent article sont applicables aux personnes morales qui se portent candidates, ainsi qu'à celles qui sont membres d'un groupement candidat.

« Art. L. 1414-5. - Si, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, elle indique dans l'avis qu'il sera recouru à une phase de dialogue dans les conditions prévues à l'article L. 1414-7.

« Si tel n'est pas le cas, et uniquement dans les situations d'urgence mentionnées à l'article L. 1414-2, elle indique que les candidats admis présenteront directement une offre finale dans les conditions prévues à l'article L. 1414-8.

« Art. L. 1414-6. - Le délai entre la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence et la date limite de réception des candidatures est d'au moins quarante jours. Il est mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence.

« Au terme de ce délai, une commission, composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5, dresse la liste des candidats admis à participer au dialogue défini à l'article L. 1414-7 ou à la procédure décrite à l'article L. 1414-8, en application des critères de sélection des candidatures mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence. Le nombre de ces candidats ne peut être respectivement inférieur à trois ou à cinq, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats ne se trouvant dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article L. 1414-4 et disposant de capacités professionnelles, techniques et financières appropriées. Sur demande de l'intéressé, la personne publique communique les motifs du rejet d'une candidature.

« Art. L. 1414-7. - Sur la base du programme fonctionnel qu'elle a établi, la personne publique engage un dialogue avec chacun des candidats, dont l'objet est de définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre à ses besoins.

« La personne publique peut discuter avec les candidats de tous les aspects du contrat.

« Chaque candidat est entendu dans des conditions de stricte égalité. La personne publique ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Elle ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion sans l'accord de celui-ci.

« La personne publique poursuit les discussions avec les candidats jusqu'à ce qu'elle soit en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

« Elle peut prévoir que les discussions se déroulent en phases successives au terme desquelles seules sont retenues les propositions répondant le mieux aux critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation. Le recours à cette possibilité doit avoir été indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

« Lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme, la personne publique en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Elle invite les candidats à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois. Elle définit les conditions d'exécution du contrat, y compris de celles de ses clauses qui prévoient une évolution, pendant la durée du contrat, des droits et obligations du cocontractant, et, le cas échéant, précise les critères d'attribution du contrat définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation. Elle s'efforce de maintenir jusqu'à ce stade une concurrence réelle.

« Ces offres comprennent tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat.

« La personne publique peut demander des clarifications, des précisions ou des compléments concernant les offres déposées par les candidats ainsi que la confirmation de certains des engagements, notamment financiers, qui y figurent. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat.

« Il peut être prévu qu'une prime sera allouée à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées.

« Art. L. 1414-8. - I. - Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité.

« II. - L'ouverture des plis n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence. La personne publique ouvre l'enveloppe relative aux candidatures et en enregistre le contenu. Au vu des renseignements relatifs aux candidatures, elle dresse la liste des candidats autorisés à présenter une offre.

« III. - La personne publique adresse, simultanément et par écrit, à tous les candidats retenus une lettre de consultation pour les inviter à présenter une offre.

« Cette lettre de consultation comporte :

« a) La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française ;

« b) La référence à l'avis d'appel public à la concurrence ;

« c) S'il y a lieu, l'adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite pour présenter cette demande.

« Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à quarante jours à compter de l'envoi de la lettre de consultation. En cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique, le délai de réception des offres peut être ramené à quinze jours.

« Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du contrat ou après consultation sur place de documents complémentaires au cahier des charges, les délais sont prolongés en conséquence.

« Les renseignements complémentaires éventuels sur les cahiers des charges sont communiqués par la personne publique six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

« En cas de délais réduits du fait de l'urgence, ces renseignements sont communiqués quatre jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

« Les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité.

« IV. - La séance d'ouverture des plis contenant les offres n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date limite qui a été annoncée dans la lettre de consultation.

« V. - Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. La personne publique peut seulement leur demander de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.

« Art. L. 1414-9. - Le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, par application des critères définis, en prenant en compte les conclusions de l'étude d'évaluation mentionnée à l'article L. 1414-2, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation et le cas échéant précisés dans les conditions prévues à l'article L. 1414-7.

« Les critères d'attribution sont pondérés. Si la personne publique démontre qu'une telle pondération est objectivement impossible, ils sont hiérarchisés.

« Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

« On entend par "petites et moyennes entreprises les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas 250 employés et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas en moyenne sur les trois dernières années 40 000 000 d'euros. Ne sont pas considérées comme des petites et moyennes entreprises les entreprises dont le capital social est détenu à hauteur de plus de 33 % par une entreprise n'ayant pas le caractère d'une petite et moyenne entreprise.

« D'autres critères, en rapport avec l'objet du contrat, peuvent être retenus, notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages ou équipements, leur qualité esthétique ou fonctionnelle.

« Art. L. 1414-11. - Lorsque la personne publique est saisie d'un projet par une entreprise ou un groupement d'entreprises et qu'elle envisage d'y donner suite en concluant un contrat de partenariat, elle conduit la procédure de passation dans les conditions prévues par les articles L. 1414-2 à L. 1414-10.

« Dès lors qu'il ne se trouve dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article L. 1414-4 et que ses capacités techniques, professionnelles et financières sont suffisantes, l'auteur du projet est admis à participer au dialogue prévu à l'article L. 1414-7 ou à la procédure prévue à l'article L. 1414-8.

« Art. L. 1414-12. - Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :

« a) A sa durée ;

« b) Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ;

« c) Aux objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation ;

« d) A la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante, aux motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment aux conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation ;

« e) Aux obligations du cocontractant ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages et équipements au service public dont la personne publique contractante est chargée et le respect des exigences du service public ;

« f) Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

« En ce qui concerne les sous-traitants auxquels il est fait appel pour la construction des ouvrages et équipements, une clause fait obligation au titulaire du contrat de partenariat de constituer une caution leur garantissant le paiement au fur et à mesure de la réalisation des travaux, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la réception de ceux-ci ;

« g) Aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de la part du cocontractant ;

« h) Aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant.

« Tout projet d'avenant entraînant une augmentation du montant global du contrat supérieur à 5 % est soumis pour avis à la commission prévue à l'article L. 1414-6. L'assemblée délibérante ou l'organe délibérant qui autorise la conclusion du projet d'avenant est préalablement informé de cet avis ;

« i) Au contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat ;

« j) Aux conditions dans lesquelles, en cas de défaillance du cocontractant, la continuité du service public est assurée, notamment lorsque la résiliation du contrat peut être prononcée ;

« k) Aux conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages et équipements ;

« l) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française.

« Art. L. 1414-13. - Lorsqu'un contrat de partenariat confie au cocontractant tout ou partie de la conception des ouvrages, les dispositions suivantes sont applicables :

« a) Parmi les conditions d'exécution du contrat retenues par la personne publique contractante, figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'oeuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation ;

« b) Les offres comportent nécessairement, pour les bâtiments, un projet architectural ;

« c) Parmi les critères d'attribution du contrat figure nécessairement la qualité globale des ouvrages.

« Lorsque la personne publique ne confie au cocontractant qu'une partie de la conception des ouvrages, elle peut elle-même, par dérogation aux dispositions du quatrième

alinéa de 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'oeuvre privée, faire appel à une équipe de maîtrise d'oeuvre pour la partie de la conception qu'elle assume.

« Art. L. 1414-14. - Un rapport annuel, établi par le cocontractant, est présenté par l'exécutif de la collectivité territoriale ou de l'établissement public, avec ses observations éventuelles, à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou l'organe délibérant de l'établissement public, afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat.

« Art. L. 1414-15. - Le contrat de partenariat est transmis par application des articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 au représentant de l'Etat dans le département, la région ou la collectivité territoriale de Corse, dans un délai de quinze jours à compter de sa signature. La collectivité territoriale ou l'établissement public y joint l'ensemble des pièces nécessaires à l'exercice du contrôle.

« Art. L. 1414-16. - Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire du contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites prévues par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

« L'article L. 1311-4-1 est modifié ainsi qu'il suit :

« Au troisième alinéa, après les mots : "présent article, sont ajoutés les mots : "ainsi que celles qui sont réalisées dans le cadre de contrats de partenariat. »

#### *Article 26*

Après le 1° de l'article 1382 du code général des impôts, il est inséré un 1° bis ainsi rédigé :

« 1° bis. Pendant toute la durée du contrat et dans les mêmes conditions que celles prévues au 1°, les immeubles construits dans le cadre de contrats de partenariat et qui, à l'expiration du contrat, sont incorporés au domaine de la personne publique conformément aux clauses de ce contrat.

« Pour l'application des conditions prévues au 1°, la condition relative à l'absence de production de revenus doit être appréciée au regard de la personne publique au domaine de laquelle l'immeuble doit être incorporé.

« Pour bénéficier de cette exonération, le titulaire du contrat doit joindre à la déclaration prévue à l'article 1406 une copie du contrat et tout document justifiant de l'affectation de l'immeuble. »

#### *Article 27*

Le code de justice administrative est modifié ainsi qu'il suit :

1° Au premier alinéa de l'article L. 551-1, après les mots : « marchés publics », sont ajoutés les mots : « , des contrats de partenariat » ;

2° A l'article L. 554-2, après les mots : « marchés publics », sont ajoutés les mots : « , des contrats de partenariat ».

**Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés  
passés par certaines personnes publiques ou privées  
non soumises au code des marchés publics**

*Article 3*

I. - Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance sont :

1° Les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

2° La Banque de France, l'Institut de France, l'Académie française, l'Académie des inscriptions et belles-lettres, l'Académie des sciences, l'Académie des beaux-arts et l'Académie des sciences morales et politiques ;

3° La Caisse des dépôts et consignations ;

4° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun :

a) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ;

b) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance ;

c) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics et des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance.

5° Tous les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements publics à caractère scientifique et technologique, pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche.

Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application de cette disposition et, notamment, les conditions dans lesquelles lesdits établissements fixent, en tant que pouvoir adjudicateur, les modalités de passation des marchés pour leurs achats scientifiques.

II. - Les dispositions de la présente ordonnance ne font pas obstacle à la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'appliquer volontairement les règles prévues par le code des marchés publics.

#### *Article 4*

Les entités adjudicatrices soumises à la présente ordonnance sont :

1° Les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26 ;

2° Les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26.

Est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance ;

3° Les organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une ou de plusieurs des activités énumérées à l'article 26 et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer ces activités.

Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs pour l'application de ces dispositions les droits accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires.

#### *Article 9*

Les conditions dans lesquelles est calculée la valeur estimée d'un marché sont fixées par décret en Conseil d'Etat.



## **ANNEXES**

---



## ANNEXE 1

### LISTE DES PERSONNES ENTENDUES PAR LE RAPPORTEUR

---

#### *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Emploi*

- **M. Philippe Logak**, conseiller juridique de la ministre
- **Mme Catherine Bergeal**, directrice des affaires juridiques

#### *Ministère de la Justice*

##### *Administration pénitentiaire*

- **M. Claude d'Harcourt**, directeur

##### *Agence publique pour l'immobilier de la justice, établissement public administratif sous tutelle du ministère de la justice (APIJ)*

L'APIJ, qui a remplacé en février 2008 l'AMOTMJ (agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la Justice) est chargée de réaliser des études préalables et de passer les marchés nécessaires à la réalisation de ses missions de maîtrise d'ouvrage déléguées ou directes.

- **M. Jean-Pierre Weiss**, directeur général de l'agence
- **Mme Diane Pouget**, directeur, chargée des partenariats public-privé

#### *Ministère de la Santé*

- **M. Jean-Claude Delmatte**, adjoint au sous-directeur financier
- **Mme Marianne Rigaut**, adjointe au chef de bureau Financement de l'hospitalisation publique
- **M. Vincent Le-Taillandier**, directeur de la Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier

La Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier est une structure publique dont l'objet est faciliter la réalisation et l'utilisation des outils juridiques et financiers (marchés globaux, baux emphytéotiques hospitaliers, contrats de partenariat) au sein du secteur hospitalier.

#### *Ministère de l'Intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales*

- **M. Alexandre Jevakhoff**, directeur adjoint du Cabinet de la ministre

*Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (M.A.P.P.P.)*

Organisme rattaché au ministère de l'Economie, des Finances et de l'Emploi, composé d'experts issus du secteur public, qui aide notamment les collectivités publiques à préparer et mettre en œuvre des contrats de partenariat

- **M. Noël de Saint Pulgent**, président
- **M. Thierry Reynaud**, juriste

*Institut de la Gestion Déléguée*

Structure de droit privé chargée de promouvoir l'amélioration de la qualité et la performance des services publics notamment soumis à gestion déléguée

- **M. Claude Martinand**, président
- **M. Pierre Van de Vyver**, délégué général
- **Mme Marie Refalo**, chargée de mission

*Centre d'expertise français pour l'observation des partenariats public-privé (CEF-O-PPP)*

Centre d'échanges et de réflexion entre professionnels publics et privés sur les différentes formes de partenariats public-privé.

- **M. Laurent Deruy**, avocat au cabinet Gide
- **M. Pierre Bonnet**, Dexia
- **M. Julien Touzot**, Depfa banque
- **M. Laurent Chabot**, Société Générale
- **Mme Geneviève Rigolot**, Véolia environnement
- **M. Thierry Aveline de Rossignol**, groupe Dalkia
- **Me François Tenailleau**, avocat au cabinet CMS
- **Me Renaud de Laubier**, avocat au cabinet GB2A
- **Me Anoly Saypharath**, avocate au cabinet Denton Wilde Sapte
- **M. Xavier Bezançon**, EGF-BTP

*Caisse des Dépôts et Consignations*

- **M. Patrick Vandevorde**, responsable du département Infrastructures d'intérêt général à la Direction du développement territorial et du réseau
- **M. Jean-Pierre Matton**, directeur des partenariats publics et de la santé, président d'Icade G3A et d'Icade foncière publique

*Collectivités territoriales*

- *Association des maires de France (A.M.F.)*
  - **M. Christophe Rouillon**, maire de Coulaines (Sarthe)
  - **Mme Nathalie Fourneau**, chargée d'études
- *Association des régions de France (A.R.F.)*
  - **M. François Langlois**, délégué général
- *Commune d'Auvers-sur-Oise*
  - **M. Christophe Joseph**, directeur général des services
  - **M. Marc Le Hir de Fallois**, directeur des services techniques
- *Communauté urbaine de Lille*
  - **M. Stéphane Coudert**, directeur général adjoint chargé des services techniques et de la coordination des grands équipements

*Organisations représentatives*

- *Avocats*
  - **M. Philippe Nugue**, avocat, représentant le Conseil national des Barreaux et la Conférence des Bâtonniers
  - **M. Olivier Schmitt**, avocat, représentant l'Ordre des avocats de Paris
- *Conseil national de l'Ordre des architectes*
  - **M. Lionel Carli**, vice-président
  - **M. Denis Dessus**, vice-président
  - **Mme Lydia Di Martino**, juriste
  - **Mme Valérie Duperrier-Guigard**, consultante
- *Mouvement des Entreprises de France (M.E.D.E.F.)*
  - **Mme Emmanuelle Perron**, présidente du comité des marchés publics
  - **Mme Christine Melon**, juriste
  - **Mme Karine Grossetête**, directeur adjoint, chargée des relations avec le Parlement
- *Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises (C.G.P.M.E.)*
  - **M. Jean-François Roubaud**, président
  - **M. Dominique Broggio**, assistant du président de l'Union nationale des petites et moyennes industries, juriste en droit des affaires à la direction des affaires économiques

→ *Assemblée Permanente des Chambres des Métiers et de l'artisanat (A.P.C.M.)*

- **M. François Moutot**, directeur général

→ *Confédération de l'Artisanat et des Petites Entreprises du Bâtiment (C.A.P.E.B)*

Organisation chargée de représenter et de défendre les intérêts des entreprises artisanales du bâtiment

- **M. Jean Lardin**, président

- **M. Jean-Claude Condou**, secrétaire général

→ *Fédération Française du Bâtiment*

Organisation chargée de représenter et de défendre les intérêts des professionnels du bâtiment

- **M. Séverin Abbatucci**, directeur des affaires juridiques et fiscales

- **M. Christian Gay**, président de la commission des marchés

- **Mme Patricia Grelier-Wyckoff**, chef du service des marchés

→ *Fédération Nationale des Travaux Publics*

Organisation chargée de représenter et de défendre les intérêts des entreprises ayant une activité de travaux publics

- **M. Joël Rousseau**, membre du Bureau

- **Mme Dominique Devilder**, directeur des affaires juridiques

→ *F.G.3.E.*

La Fédération Française des Entreprises Gestionnaires de services aux Equipements, à l'Energie et à l'Environnement regroupe des entreprises d'économie d'énergie et de protection de l'environnement.

- **M. François Dupoux**, président

- **M. Jean-Claude Boncorps**, vice-président

- **M. Joël Conan**, conseiller du président

- **Mme Marie Dubois**, chargée de mission

→ *Syntec Ingénierie*

Syndicat professionnel chargé de la défense et de la promotion des sociétés exerçant une activité d'assistance ou d'études techniques, d'ingénierie, de conseil en technologie, de contrôle ou d'inspection.

- **M. Alain Bentéjac**, président

- **Mme Karine Leverger-Coville**, déléguée générale adjoint

- **M. Christophe Mérienne**, juriste

→ *Entreprises Générales de France – BTP (E.G.F.- B.T.P.)*

Syndicat spécialisé dans la défense et la promotion des Entreprises dans le domaine du BTP.

- **M. Xavier Bezançon**, délégué général
- **M. Max Roche**, membre du Bureau et directeur financier d'Eiffage
- **M. Christian Germa**, directeur des partenariats public-privé de Vinci Construction

*Personnes qualifiées*

- **M. Alain Ménéménis**, conseiller d'État, professeur
- **M. Laurent Richer**, professeur de droit public à l'université Paris 1
- **Mme Martine Cliquennois**, professeur de droit public, avocat

*Établissements publics*

→ *Réseau Ferré de France*

Établissement public industriel et commercial chargé de la gestion des infrastructures ferroviaires

- **M. Jean-Marc Delion**, directeur général délégué
- **M. Jean-Marc Charoud**, responsable des investissements
- **M. Jonathan Lérault**, chargé de mission Partenariat public-privé au pôle développement et investissements

→ *Voies Navigables de France*

Établissement public sous tutelle du ministère de l'écologie qui gère le réseau des voies navigables en France

- **M. Jean-Pierre Bouchut**, directeur juridique
- **M. Nicolas Bour**, chef de projet Canal Seine-Nord Europe
- **Mme Laurence Van Prooijen**, responsable du financement Canal Seine-Nord Europe

*Entreprises*

→ *Dexia Crédit Local*

Entreprise spécialisée dans le financement des équipements collectifs et les services financiers en direction des organismes publics locaux

- **M. Didier Casas**, secrétaire général, directeur juridique et fiscal
- **M. Patrice Vabre**, directeur des financements structurés, membre du comité exécutif public finance
- **M. Guillaume Mauvais**, membre du service juridique

→ *E.A.D.S.*

- **M. Eric Beranger**, président exécutif d'Astrium Services
- **M. François Desprairies**, directeur des affaires publiques France
- **M. Philippe Coq**, adjoint au directeur des affaires publiques France
- **M. Jean-Claude Vecchiatto**, responsable Finance et Financements de projets à la direction des affaires juridiques

→ *Natixis environnement et infrastructures*

Entreprise de financement et d'investissement

- **M. Sébastien Clerc**, président
- **M. Vincent Pierret**, juriste financement d'actifs et de projets à la direction juridique Banque de Financement et d'Investissement

→ *Vinci SA*

Entreprise de construction et de services associés

- **M. David Azema**, directeur général Vinci concessions

## ANNEXE 2

### COMPARAISON DES SYSTÈMES JURIDIQUES FRANÇAIS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

	Délégation de service public (DSP)	Contrat de partenariat (CP)	Bail emphytéotique administratif (BEA) de droit commun et police – justice – armée	Bail emphytéotique hospitalier (BEH)	Autorisation d'occupation temporaire du domaine public et location avec option d'achat (AOT-LOA)
<b>1 – Le droit applicable au contrat</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques dite « loi Sapin » codifiée aux articles L. 1411-1 à L. 1411-18 du code général des collectivités territoriales (et R. 1411-1 à R. 1411-8 du code général des collectivités territoriales)</li> <li>Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite MURCEF</li> <li>Loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public</li> <li>Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement dite « Loi Barnier »</li> <li>Décret n° 93-471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des délégations de service public</li> <li>Décret n° 95-225 du 1<sup>er</sup> mars 1995 pris pour l'application de l'article 41 (c) de la loi n° 93-122</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit</li> <li>Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat codifiée aux articles L. 1414-1 à L. 1414-6 du code général des collectivités territoriales</li> <li>Décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du code général des collectivités territoriales, codifié aux articles D. 1414-1 à D. 1414-4 du code général des collectivités territoriales</li> <li>Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat</li> <li>A titre indicatif : guide <i>Les contrats de partenariat – Principes et méthodes</i> de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat</li> </ul>	<p><b>BEA de droit commun :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, codifiée aux articles L. 1311-2 et suivants du code général des collectivités territoriales</li> </ul> <p><b>BEA police, justice, armée :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure</li> <li>Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice</li> <li>Loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008</li> <li>Décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du code du domaine de l'Etat</li> <li>Décret n° 2004-732 du 26 juillet 2004 modifiant le décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 précité</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit</li> <li>Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation</li> <li>A titre indicatif : <i>Guide du bail emphytéotique hospitalier, un outil global et innovant au service de l'investissement hospitalier</i> de la Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public</li> <li>Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI)</li> <li>Loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 de programmation militaire pour les années 2003 à 2008</li> <li>Code général de la propriété des personnes publiques – Article L. 2122-15</li> <li>Décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du code du domaine de l'Etat</li> <li>Décret n° 2004-732 du 26 juillet 2004 modifiant le décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 précité</li> </ul>

	<b>Délégation de service public (DSP)</b>	<b>Contrat de partenariat (CP)</b>	<b>Bail emphytéotique administratif (BEA) de droit commun et police – justice – armée</b>	<b>Bail emphytéotique hospitalier (BEH)</b>	<b>Autorisation d'occupation temporaire du domaine public et location avec option d'achat (AOT-LOA)</b>
	<p>du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, concernant les modalités de publicité des délégations de service public</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Décret n° 2005-236 du 14 mars 2005 relatif au rapport annuel du délégataire de service public local et modifiant le code général des collectivités territoriales (partie réglementaire)</li> </ul>				
<b>2 – L'objet du contrat</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public <b>confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service</b> (article 38 de la « loi Sapin » tel que modifié par l'article 3 de la loi MURCEF et article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Le CP est le contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, une <b>mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public</b>, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements ainsi qu'à <b>leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion</b>, et le cas échéant à <b>d'autres prestations de services</b> concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public, dont elle est chargée (article 1 de l'ordonnance du 17 juin 2004 pour l'Etat et article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales pour les collectivités territoriales)</li> </ul>	<p><b>BEA droit commun :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un BEA en vue de l'accomplissement pour le compte de la collectivité territoriale d'une <b>mission de service public</b> : délégation de service public, ou en vue de la réalisation <b>d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence</b> ou en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public, ou jusqu'au 31 décembre 2010, liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours</li> </ul> <p><b>BEA police, justice, armée :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Lorsque le BEA est géré par la collectivité locale, jusqu'au 31 décembre 2007, en fonction</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bail emphytéotique d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale (article L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales et article L. 6418-2 du code de la santé publique)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• L'Etat et le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public <b>peuvent conclure un bail portant sur des bâtiments à construire par le titulaire pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, de la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles, des armées ou des services du ministère de la défense et comportant, au profit de l'Etat, une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations ainsi édifiées</b></li> </ul>

	<b>Délégation de service public (DSP)</b>	<b>Contrat de partenariat (CP)</b>	<b>Bail emphytéotique administratif (BEA) de droit commun et police – justice – armée</b>	<b>Bail emphytéotique hospitalier (BEH)</b>	<b>Autorisation d'occupation temporaire du domaine public et location avec option d'achat (AOT-LOA)</b>
			des besoins de la justice de la police ou de la gendarmerie nationales (article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales)		
<b>3 – Les personnes publiques concernées</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>L'ensemble des personnes publiques (article 38 de la « Loi Sapin » tel que modifié par l'article 3 de la loi MURCEF et article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>L'Etat et les établissements publics de l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics (« la personne publique », articles 1 et 14 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales)</li> </ul>	<p><b>BEA droit commun :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Les collectivités territoriales (article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales) et les établissements publics de collectivités territoriales et les groupements de ces collectivités (article L. 1311-4 du code général des collectivités territoriales)</li> </ul> <p><b>BEA police, justice, armée :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Les collectivités territoriales et les EPCI pour le compte de l'Etat en vertu de l'article L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Les collectivités territoriales et les EPCI (article L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales) et directement par les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaires dotées de la personnalité morale publique</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>L'Etat</li> <li>Les collectivités locales (article L. 2122-20 du code général des collectivités territoriales)</li> </ul>
<b>4 – Le champ du contrat</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Tous types d'opérations d'investissements avec financement : travaux, équipement, services techniques (non délégués) et connexes</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>En vue de l'accomplissement d'une mission de service public, d'une opération d'intérêt général : en général une construction et un service public délégué</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Répondre aux besoins principalement immobiliers</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Répondre aux besoins principalement immobiliers d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire directement ou à travers une collectivité territoriale</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Bail pour bâtiments à construire avec option d'achat : police, justice, gendarmerie, défense</li> </ul>
<b>5 – La durée du contrat</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Durée obligatoirement limitée et déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire et lorsque les installations sont à la charge du délégataire, en fonction de la nature et du montant de l'investissement à</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Durée fixée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues (maximum 99 ans)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>De 18 à 99 ans</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>De 18 à 99 ans</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Négociation libre, en fonction de l'AOT et n'excédant pas 70 ans</li> </ul>

	<b>Délégation de service public (DSP)</b>	<b>Contrat de partenariat (CP)</b>	<b>Bail emphytéotique administratif (BEA) de droit commun et police – justice – armée</b>	<b>Bail emphytéotique hospitalier (BEH)</b>	<b>Autorisation d'occupation temporaire du domaine public et location avec option d'achat (AOT-LOA)</b>
	<p>réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Vingt ans au maximum (sauf examen préalable du Trésorier-payeur général) dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets (article 40 de la « loi Sapin » et article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales)</li> </ul>				
<b>6 – Evaluation préalable du contrat</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Non obligatoire</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Obligatoire : complexité ou caractère d'urgence nécessaire et exposé des motifs de lancement du contrat (article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 pour l'Etat et article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales pour les collectivités territoriales)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Non obligatoire</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Obligatoire (arrêté du 17 novembre 2006, JO du 29 novembre 2006)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Non obligatoire</li> </ul>
<b>7 – Prescription des besoins de la personne publique</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Envoi aux candidats par la collectivité d'un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations (article 38 de la « Loi Sapin » et article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Programme fonctionnel (article 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004 pour l'Etat et article L. 1414-7 du code général des collectivités territoriales pour les collectivités territoriales)</li> </ul>	<p><b>BEA police, justice, armée :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Demande de l'Etat pour la police, la justice et l'armée</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Programme détaillé en fonction du schéma régional d'organisation sanitaire</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Programme établi par le service concerné</li> </ul>
<b>8 – Contrat et domanialité publique</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Possibilité pour le délégataire de disposer d'une autorisation d'occupation du domaine public constitutive de droits réels</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée (article 13 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et article L. 1414-16 du code</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bail sur une dépendance publique ou privée hors champ d'application de la contravention de voirie (article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cas de l'établissement public de santé direct article L. 6148-2 du code de la santé publique : idem que BEA</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Le titulaire a des droits réels sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier réalisés.</li> </ul>

	<b>Délégation de service public (DSP)</b>	<b>Contrat de partenariat (CP)</b>	<b>Bail emphytéotique administratif (BEA) de droit commun et police – justice – armée</b>	<b>Bail emphytéotique hospitalier (BEH)</b>	<b>Autorisation d'occupation temporaire du domaine public et location avec option d'achat (AOT-LOA)</b>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>Obligation de prévoir dans le cahier des charges les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités de service public (article L. 1311-5 du code général des collectivités territoriales et article L. 2122-11 du code général de la propriété des personnes publiques)</li> </ul>	<p>général des collectivités territoriales)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise</li> <li>Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire</li> <li>Dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>Cas de collectivité territoriale : article L. 6148-3 du code de la santé publique, respect d'une convention tripartite</li> </ul>	
<b>9 – Transfert de la maîtrise d'ouvrage publique</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Selon le type de contrat de DSP</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Transfert au cocontractant de la maîtrise d'ouvrage « des travaux à réaliser » (article premier de l'ordonnance du 17 juin 2004 et article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales)</li> </ul>	<p><b>BEA droit commun :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Transfert implicite résultant de l'article L. 1311-2 et suivants du code général des collectivités territoriales</li> </ul> <p><b>BEA police, justice, armée :</b> En vertu de l'article L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales, une convention précise le programme technique de construction ; l'emphytéote est maître d'ouvrage</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Dans les deux cas, programme détaillé préalable et transfert implicite de la maîtrise d'ouvrage déléguée (articles L. 6148-2 et L. 6148-3 du code de la santé publique)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Transfert implicite</li> </ul>
<b>10 – La conception de l'ouvrage</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Selon le type de contrat de DSP</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Article 1 de l'ordonnance du 17 juin 2004 pour l'Etat et article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales pour les collectivités territoriales : le cocontractant peut se voir confier la conception de tout ou partie de l'ouvrage ; dans ce cas :</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Conception assurée implicitement par l'emphytéote</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Dans les deux cas, parmi les critères d'attribution peut figurer « la part du contrat que le titulaire attribuera à des architectes, des concepteurs, à des PME et des artisans » (article L. 6148-5 du code de la santé publique)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Procédure de droit commun : critères pondérés et programme de l'immeuble à construire</li> <li>Procédure négociée : critères de sélection figurant dans l'avis</li> <li>Dialogue compétitif :</li> </ul>

	<b>Délégation de service public (DSP)</b>	<b>Contrat de partenariat (CP)</b>	<b>Bail emphytéotique administratif (BEA) de droit commun et police – justice – armée</b>	<b>Bail emphytéotique hospitalier (BEH)</b>	<b>Autorisation d'occupation temporaire du domaine public et location avec option d'achat (AOT-LOA)</b>
		<p>a) parmi les conditions d'exécution du contrat retenues par la personne publique contractante figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation ;</p> <p>b) les offres comportent nécessairement, pour les bâtiments, un projet architectural ;</p> <p>c) parmi les critères d'attribution du contrat figure nécessairement la qualité globale des ouvrages</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Lorsque la personne publique ne confie au cocontractant qu'une partie de la conception des ouvrages, elle peut elle-même faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'elle assume (article 12 de l'ordonnance du 17 juin 2004 pour l'Etat et article L. 1414-13 du code général des collectivités territoriales)</li> </ul>			d'autres critères... qualité esthétique et fonctionnelle. (Voir articles 39, 40, 43, 50 à 53, 55, 62 et 76 à 78 du code des marchés publics)
<b>11 – Obligation de publicité</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Obligation de publicité (articles 38 de la « loi Sapin » et article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Obligation de publicité (article 3 de l'ordonnance du 17 juin 2004 pour l'Etat et article L. 1414-3 du code général des collectivités territoriales)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Obligation de publicité française, éventuellement européenne (en fonction du seuil européen)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Obligation de publicité (article L. 6148-5 du code de la santé publique)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Obligation de publicité</li> </ul>

	<b>Délégation de service public (DSP)</b>	<b>Contrat de partenariat (CP)</b>	<b>Bail emphytéotique administratif (BEA) de droit commun et police – justice – armée</b>	<b>Bail emphytéotique hospitalier (BEH)</b>	<b>Autorisation d'occupation temporaire du domaine public et location avec option d'achat (AOT-LOA)</b>
<b>12 – Mode de consultation</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Procédure d'appel d'offres</li> <li>• Procédure simplifiée possible dans certains cas (article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales)</li> <li>• Procédure de négociation directe prévue pour les collectivités territoriales dans le cas où aucune offre n'a été proposée ou n'est acceptée par la collectivité (article L. 1411-8 du code général des collectivités territoriales)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Procédure de dialogue compétitif en cas de complexité débouchant sur une négociation puis offre économiquement la plus avantageuse (OEPA)</li> <li>• Procédure d'appel d'offres simple en cas d'urgence et jugement des offres par procédure définie par le décret n° 2005-953 du 9 août 2005</li> </ul>	<b>BEA police, justice, armée</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Procédure de mise en compétition non formalisée : choix de candidats sur références et consultation type concours performantiel (architecture, process, coût)</li> <li>• Dialogue compétitif</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Obligation de candidatures dans les deux cas et procédure de négociation (article L. 6148-5 du code de la santé publique) au terme de laquelle elle peut inviter tout ou partie des candidats à présenter une offre.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Trois procédures : <ul style="list-style-type: none"> <li>- de droit commun : appel d'offres restreint</li> <li>- procédure négociée dans certains cas limitativement énumérés</li> <li>- Dialogue compétitif en cas de complexité</li> </ul> </li> </ul>
<b>13 – La sélection du contractant</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pour l'Etat : négociation et choix du délégataire par l'autorité responsable de la personne publique (article 38 de la « loi Sapin »)</li> <li>• Pour les collectivités territoriales : intervention d'une commission ad hoc et choix après négociation, par l'exécutif, puis validation par l'organe délibérant</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pour les collectivités territoriales et pour l'Etat : offre économiquement la plus avantageuse en prenant les critères de la consultation, ceux de l'évaluation éventuellement précisés en fin de dialogue compétitif</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Procédure libre mais traditionnellement de type performantiel</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• En fonction des résultats de la consultation « offre jugée la meilleure » (article L. 6148-5 code de la santé publique)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Offre économiquement la plus avantageuse (OEPA) sauf procédure négociée</li> </ul>
<b>14 – Le contenu du contrat</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Contenu minimum : <ul style="list-style-type: none"> <li>- durée ;</li> <li>- tarifs à la charge des usagers et incidence sur ceux-ci des paramètres ou indices déterminant leur évolution ;</li> <li>- justification des montants et modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire (article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales et article 40 de la</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Douze clauses obligatoires identiques pour l'Etat (article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004) et pour les collectivités territoriales (article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales) : <ul style="list-style-type: none"> <li>- sa durée ;</li> <li>- le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ;</li> <li>- les objectifs de performance pour la qualité des prestations de</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Articles L. 1311-2, L. 1311-3 et L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales : mission de service public ou liée aux besoins de la personne publique, convention non détachable, cession avec agrément de collectivité territoriale, hypothèque approuvée par collectivité territoriale et pour la seule garantie des emprunts, créanciers hypothécaires, faculté de</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Article L. 6148-5 code de la santé publique</li> <li>• Le contrat peut également prévoir que la personne publique contrôlera les conditions dans lesquelles cette part sera attribuée et l'exécution des contrats qui s'y rattachent.</li> <li>• La répartition des risques entre chacune des parties aux baux et conventions doit être clairement identifiée</li> <li>• Les baux doivent, sous peine</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Convention de bail prévoyant l'option d'acquisition avant terme des ouvrages édifiés et mise à la charge du bailleur de l'entretien et de la maintenance des bâtiments ; ensemble d'opérations éventuelles : loyer fixé en fonction du montant de l'investissement et des prestations d'entretien ; tranches fermes et</li> </ul>

	<b>Délégation de service public (DSP)</b>	<b>Contrat de partenariat (CP)</b>	<b>Bail emphytéotique administratif (BEA) de droit commun et police – justice – armée</b>	<b>Bail emphytéotique hospitalier (BEH)</b>	<b>Autorisation d'occupation temporaire du domaine public et location avec option d'achat (AOT-LOA)</b>
	<p>« loi Sapin ») ;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- interdiction de mettre à la charge du délégataire l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation, de prévoir des droits d'entrée quand la délégation concerne l'eau potable, l'assainissement, les ordures ménagères et autres déchets (article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales) ;</li> <li>- prohibition des clauses abusives (article L. 132-1 du code de la consommation) et des pratiques de vente liée (article L. 122-1 du code de la consommation)</li> </ul>	<p>services et des ouvrages ;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la rémunération du cocontractant, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique, les modalités de paiement ;</li> <li>- les obligations du cocontractant ayant pour objet le respect de l'affectation des ouvrages et équipements au service public ;</li> <li>- les modalités de contrôle, le respect des objectifs de performance, les conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans</li> <li>- les sanctions et pénalités applicables en cas de manquements à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance ;</li> <li>- Les conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant, à la notification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins d'innovations technologiques ou de modifications dans les</li> </ul>	<p>substitution de collectivité territoriale, autorisation de cession possible</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Conventions bipartites en sus du BEA contenant les engagements financiers des parties, le lieu d'implantation, le programme technique, la durée, les modalités de mise à disposition des constructions. Si crédit-bail clauses de préservation des exigences du service public</li> </ul>	<p>de nullité, comporter des clauses portant sur :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- leur durée, strictement adaptée à l'objet du contrat ;</li> <li>- la transparence et les règles de contrôle relatives aux modalités de l'assiette de la rémunération de l'emphytéote et leur évolution, en distinguant l'investissement, le fonctionnement et le coût financier ;</li> <li>- le montage financier et les garanties financières prévues ;</li> <li>- le contrôle de la qualité et le lien entre cette qualité et la rémunération du cocontractant, ainsi que les conditions d'application d'éventuelles sanctions</li> </ul>	<p>conditionnelles possibles ;</p> <p>clause de résiliation du bail à tout moment : mode d'entrée dans le patrimoine de l'Etat</p>

	<b>Délégation de service public (DSP)</b>	<b>Contrat de partenariat (CP)</b>	<b>Bail emphytéotique administratif (BEA) de droit commun et police – justice – armée</b>	<b>Bail emphytéotique hospitalier (BEH)</b>	<b>Autorisation d'occupation temporaire du domaine public et location avec option d'achat (AOT-LOA)</b>
		<p>conditions de financement obtenues par le cocontractant ;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- le contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat ;</li> <li>- les conditions dans lesquelles, en cas de défaillance du cocontractant, la continuité du service public est assurée, notamment lorsque la résiliation du contrat est prononcée ;</li> <li>- les conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages et équipements ;</li> <li>- les modalités de prévention et de règlement des litiges et de recours à l'arbitrage</li> </ul>			

Source : François Bergère, Xavier Bezançon, Laurent Deruy, Roger Fiszelson et Marc Fornacciari, « Le guide opérationnel des PPP », éditions le Moniteur, Paris, 2007



## ANNEXE 3

### GLOSSAIRE DES CONTRATS DE PARTENARIAT

---

#### **Allotissement**

Opération consistant à séparer un *marché public* en plusieurs « lots », chaque entreprise pouvant soumissionner à l'un quelconque d'entre eux.

#### **AOT-LOA (autorisation d'occupation temporaire – location avec option d'achat)**

Dispositif qui permet à l'Etat et aux collectivités territoriales d'accorder à un tiers, pour une durée maximale de 70 ans, une autorisation d'occupation temporaire de son domaine public (AOT) afin qu'il réalise un ouvrage, une construction ou une installation de caractère immobilier sur lequel il dispose d'un droit réel. L'Etat peut ensuite bénéficier d'une location avec option d'achat (LOA) qui lui permet d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les ouvrages, constructions et installations ainsi édifiés.

#### **Appel d'offres**

Procédure de passation des marchés publics par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit librement l'attributaire, sans négociation, en fonction des offres proposées, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats, à savoir non seulement le prix mais également des éléments tels que la qualité technique, les garanties professionnelles et financières des candidats ou le délai d'exécution.

L'appel d'offres peut être ouvert –lorsqu'il comporte un appel public à concurrence et que tout opérateur économique peut remettre une offre– ou restreint –lorsque seuls les opérateurs économiques autorisés par l'administration concernée peuvent présenter une offre. Le choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre.

#### **Assistance à maîtrise d'ouvrage ou AMO**

Contrat par lequel un *maître d'ouvrage* public fait appel aux services d'une personne publique ou privée pour le conseiller et faire les études nécessaires à la réalisation d'un projet puis l'aider pour la coordination et le pilotage des opérations.

### **Assurance dommages ouvrage**

Assurance que tout propriétaire d'ouvrage, vendeur ou mandataire du propriétaire qui fait réaliser des travaux de bâtiment doit souscrire, avant l'ouverture du chantier, afin de garantir, en dehors de toute recherche de responsabilités, le paiement de travaux de réparation des dommages de nature décennale. Le projet de loi autorise les personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre de *contrats de partenariat* à ne pas souscrire d'*assurance dommages ouvrage*, au même titre que les personnes morales de droit public.

### **Bail emphytéotique ou emphytéose**

Bail de très longue durée –de 18 à 99 ans–, par lequel le propriétaire (le bailleur) d'un immeuble confie ce dernier à un preneur (l'emphytéote), moyennant un loyer modique. Le preneur dispose d'un droit réel sur le bien concerné et toutes les améliorations effectuées par lui bénéficient au propriétaire à la fin du bail.

Dans le cadre des partenariats publics privés, on distingue le **bail emphytéotique administratif** (BEA), du **bail emphytéotique hospitalier** (BEH) :

- les BEA recouvrent les BEA de droit commun (conclus pour le compte de collectivités territoriales en vue de l'accomplissement d'une mission de service public, en vertu de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales) et les BEA « sectoriels », réalisés en fonction des besoins soit de la justice (article 3 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002), soit de la police ou de la gendarmerie nationales (article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002) ;
- les BEH ne peuvent être conclus que pour un bien immobilier appartenant à un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique et sont soumis à une procédure particulière (article 6148-2 du code de la santé publique).

### **Cahier des charges**

Document par lequel l'administration fixe, souvent dans le détail, les conditions dans lesquelles une *délégation de service public*, un *marché public* ou un *contrat de partenariat* doit être exécuté par le cocontractant.

### **Cession de créance**

Convention par laquelle le créancier (le cédant) transmet son droit sur le débiteur (le cédé) à une autre personne (le cessionnaire). L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les *contrats de partenariat* permet, sur le modèle de la « cession Dailly » créée par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, au titulaire du *contrat de partenariat* (créancier) de céder à l'établissement finançant le *contrat de partenariat* (prêteur) des créances qu'il détient vis-à-vis de la personne publique (débiteur). Ce mécanisme permet de réduire les taux d'intérêt et facilite ainsi le financement du projet.

### **Contrat de partenariat**

Créé par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, le contrat de partenariat est venu compléter la panoplie des outils de la commande publique en France. Il s'agit d'un contrat administratif par lequel l'Etat, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics confient 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 relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. Le projet de loi précise que le contrat de partenariat peut également comprendre tout ou partie de la conception des ouvrages.

### **Coûts d'investissement**

Ces coûts constituent avec les coûts de fonctionnement et de financement l'ensemble des frais supportés par le titulaire du contrat de partenariat. Le projet de loi précise que ces coûts comprennent en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais *financiers intercalaires*.

### **Coût global**

Coût complet de l'offre (y compris le financement et l'exploitation) présentée par le candidat au contrat de partenariat. Il figure parmi les critères d'attribution obligatoires du contrat, au même titre que les *objectifs de performance* et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des PME et des artisans.

### **Déconsolidation de la dette**

Technique qui pour effet de sortir d'un bilan un actif ou un passif afin de donner l'apparence d'un endettement moindre.

### **Délégation de service public**

Contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire, qui supporte donc le risque commercial du service délégué, peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

### **Dialogue compétitif (procédure de)**

#### **(anciennement « appel d'offres sur performance »)**

Procédure de passation des marchés publics, destinée à la réalisation de projets complexes, réservée aux hypothèses où la personne publique ne peut définir seule et à l'avance les moyens techniques ou le montage juridique ou financier répondant à ses besoins. Le *dialogue compétitif*, qui repose sur un *programme fonctionnel* et non un *cahier des charges*, s'ouvre par un dialogue avec chacune des entreprises présélectionnées après une mise en concurrence, en vue de retenir celles dont les propositions paraissent le mieux adaptées à la réalisation du projet.

### **Evaluation préalable**

Evaluation à laquelle la personne publique procède obligatoirement avant le lancement de la procédure de passation du *contrat de partenariat*. Ce dernier ne peut être actuellement conclu que si cette évaluation démontre que le projet est soit complexe soit urgent.

### **FCTVA (fonds de compensation de la taxe sur la valeur ajoutée)**

Créé par la loi de finances pour 1978, ce fonds assure aux collectivités territoriales, à leurs groupements et aux établissements publics locaux, la compensation, à un taux forfaitaire, de la TVA dont elles s'acquittent pour l'essentiel de leurs dépenses d'investissement.

### **Frais financiers intercalaires**

Intérêts produits par des portions de crédit débloquées alors que le crédit ne l'est pas dans sa totalité. Cette situation se produit souvent en cas de travaux : les prêts sont versés progressivement, au fur et à mesure de l'avancement du chantier. Les intérêts ne sont payés que sur les parties de crédits allouées.

### **Loi MOP**

Il s'agit 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. Elle impose le découpage de l'opération immobilière en plusieurs phases distinctes et pose le principe selon lequel la mission de maîtrise d'œuvre doit être distincte de celle d'entrepreneur.

### **Maître d'œuvre**

Personne chargée de coordonner les travaux des divers corps de métiers intervenant dans une construction.

### **Maître d'ouvrage**

Personne qui passe commande au *maître d'œuvre* des travaux à réaliser. A la différence d'un *marché public*, le titulaire du *contrat de partenariat* assure la maîtrise d'ouvrage au nom de la personne publique.

### **Marché public**

Contrat administratif passé par une personne publique en vue de la réalisation de travaux, la production de fournitures ou la prestation de services.

### **METP (marchés d'entreprise de travaux publics)**

Ces marchés, interdits par le Conseil d'Etat en 1999, prévoyaient un paiement différé par la personne publique de la construction ou la réhabilitation d'un ouvrage public. En effet, l'entreprise, qui assurait ensuite l'exploitation de l'ouvrage, recevait une rémunération échelonnée sur plusieurs années. Les METP furent interdits au motif que le code des marchés publics, en son article 10, interdit les clauses de paiement différé.

### **Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPP)**

Créée par décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004, la Mission d'appui à la réalisation des *contrats de partenariat* fournit aux personnes publiques un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des *contrats de partenariat*. En tant qu'organisme-expert au sens de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, elle est chargée de valider l'évaluation préalable fondant l'éligibilité du projet au contrat de partenariat pour l'ensemble des administrations d'Etat (hors Défense) et, sur leur demande, pour les collectivités territoriales. Elle peut également être saisie pour avis par le ministre de l'économie et des finances sur tout projet de contrat complexe ou comportant un financement innovant.

### **Objectifs de performance**

Objectifs obligatoirement assignés par la personne publique au titulaire du *contrat de partenariat*. Ces objectifs comptent parmi les critères d'attribution du *contrat de partenariat*, au même titre que le *coût global* de l'offre et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des PME et des artisans. Parmi les objectifs figurent la qualité des prestations de service, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique...

### **Partage des risques**

Allocation des risques à la partie la mieux à même de les gérer dans une optique d'optimisation du contrat de partenariat.

### **PFI**

Sigle désignant le « Private Finance Initiative », outil lancé en 1992 au Royaume-Uni pour le financement privé des infrastructures publiques et dont se sont inspirés en France les partenariats publics-privés.

### **PPP**

Sigle recouvrant toutes les formes de partenariat public-privé, à savoir le *contrat de partenariat*, les *BEA*, les *BEH* et les *AOT-LOA*.

### **Préfinancement d'un projet**

Financement d'un projet par le partenaire privé, ayant vocation à être remboursé par la personne publique sur la durée du contrat. Le préfinancement d'un projet est caractéristique des partenariats publics-privés et, à l'inverse, strictement interdit pour les *marchés publics*.

### **Procédure négociée**

Procédure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient librement les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux. Cette procédure, plus souple qu'un *appel d'offres*, ne peut être mise en œuvre que dans des cas limitativement énumérés à l'article 35 du code des marchés publics, en particulier lorsque, après un *appel d'offres* ou un *dialogue compétitif*, il n'a été proposé que des offres inacceptables ou irrégulières. Le projet de loi autorise le recours à cette procédure pour les *contrats de partenariat* d'un faible montant.

### **Programme fonctionnel**

Programme qui comporte des objectifs à atteindre ou précise des besoins à satisfaire. A la différence d'un *cahier des charges*, ce programme n'impose pas de solution technique ou juridique particulière pour satisfaire ces besoins ou atteindre ces objectifs. Il est utilisé dans le cadre de la procédure de *dialogue compétitif*.

### **Recettes annexes ou accessoires**

Recettes reçues par le titulaire du contrat de partenariat et tirées d'une exploitation d'ouvrages ou équipements qui répond à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante. Elles présentent l'avantage d'apporter des ressources complémentaires au partenaire privé et de réduire ainsi la rémunération que lui verse la personne publique. Le projet de loi consacre la possibilité pour l'entreprise cocontractante d'exploiter le domaine de la personne publique, en particulier la possibilité de consentir, sur son domaine privé, des baux dans les conditions du droit privé (baux à construction par exemple) et d'en percevoir les fruits.

### **Risque commercial (ou risque d'exploitation)**

Risque de trafic, de demande ou de fréquentation assumé par la personne privée dans le cadre d'une *délégation de service public*. C'est ce risque qui distingue fondamentalement une délégation de service public des autres contrats de la commande publique (*marché public* et *partenariats publics privés*).