



**CONCOURS D'ADMINISTRATEUR
DES SERVICES DU SÉNAT
2007-2008**

ÉPREUVE D'ADMISSIBILITÉ

JEUDI 21 FÉVRIER 2008



ÉPREUVE SUR DOSSIER DE DROIT ADMINISTRATIF

Rédaction, à partir d'un dossier se rapportant à des problèmes de droit administratif, d'une note ayant pour objet de vérifier l'aptitude à l'analyse et au raisonnement juridiques.

(durée 4 heures - coefficient 4)

SUJET

Le droit de la commande publique a connu, ces dernières années, des évolutions importantes avec l'apparition de formes de partenariats public-privé, notamment les contrats de partenariat créés par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.

Le Président de la République a demandé au Premier ministre par lettre en date du 1^{er} octobre 2007 de mettre en place un plan de stimulation des partenariats public-privé qui comprendrait un volet législatif destiné à desserrer les contraintes. À cet effet, un projet de loi modifiant l'ordonnance précitée va être soumis au Parlement.

Administrateur(trice) des services du Sénat, vous êtes chargé(e) par le président de la commission des Lois de préparer une note synthétique présentant, au regard du droit commun de la commande publique et des autres formes de collaboration public-privé, la formule des contrats de partenariat et les évolutions envisagées.

LISTE DES DOCUMENTS FOURNIS

Document 1	Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (texte publié au JO du 19 juin 2004)	Page 4
Document 2	Lettre du Président de la République au Premier ministre du 1 ^{er} octobre 2007	Page 19
Document 3	Projet de loi relatif aux contrats de partenariat (présenté en conseil des ministres le 13 février 2008)	Page 20
Document 4	Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003	Page 39
Document 5	Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004	Page 45
Document 6	CE n° 269814, 29 octobre 2004	Page 53
Document 7	Comparaison des systèmes juridiques français de partenariat (Guide opérationnel des Partenariats privé-public-Le Moniteur)	Page 62
Document 8	Les contrats de partenariat (Jean-François AUBY, RFDA 2004)	Page 69
Document 9	Les contrats de partenariats sont aussi coûteux que les autres modes d'investissement public (Frédéric ROLIN, AJDA 25 juin 2007).....	Page 79
Document 10	Peut-on démultiplier l'usage du partenariat public-privé sans réformer la Constitution ? (Jean-David DREYFUS, AJDA, 19 novembre 2007)	Page 80
Document 11	Exposé des motifs de la proposition de loi relative aux partenariats public-privé (Assemblée nationale n° 3730 du 15 février 2007) de M. Hervé NOVELLI	Page 81
Document 12	Seconde initiative française en faveur des partenariats public-privé (Institut de la gestion déléguée - juin-novembre 2007)	Page 85
Document 13	Les perspectives communautaires en matière de partenariats public-privé et de concessions (François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX) (Contrats et Marchés publics, n° 1, janvier 2006)	Page 92
Document 14	Les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions (Parlement européen : Résolution non législative, 26 octobre 2006)	Page 93
Document 15	Entretien avec Pierre Van de Vyver, directeur de l'Institut de la gestion déléguée (Euractiv.fr, 12 juin 2007)	Page 95

ORDONNANCE

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat

NOR: ECOX0400035R

Le Président de la République,
Sur le rapport du Premier ministre et du ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie,
Vu la Constitution, notamment l'article 38 ;
Vu la directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;
Vu le code pénal ;
Vu le code général des collectivités territoriales ;
Vu le code de la santé publique ;
Vu le code du travail ;
Vu le code de justice administrative ;
Vu le code du domaine de l'Etat ;
Vu le code monétaire et financier ;
Vu le code général des impôts ;
Vu la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée ;
Vu la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, notamment son article 6 ;
Le Conseil d'Etat entendu ;
Le conseil des ministres entendu,
Ordonne :

- TITRE Ier : CONTRATS DE PARTENARIAT DE L'ÉTAT ET DE SES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS
- Article 1
- 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.
- 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.

Article 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 est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret.

Article 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.

Article 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.

Article 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.

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.

Article 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.

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.

Article 7

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 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.

II. - La procédure d'appel d'offres est définie par décret.

Article 8

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.

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.

Article 9

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 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.

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.

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.

Article 10

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.

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.

Article 11

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 ;

- 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 est 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.

Article 12

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 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.

Article 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'affectation du domaine public.
- II. - L'article L. 34-7-1 du code du domaine de l'Etat est modifié ainsi qu'il suit :
Au premier alinéa, après les mots : « à l'article L. 34-3-1 », sont ajoutés les mots : « ou réalisées dans le cadre de contrats de partenariat ».

TITRE II : CONTRATS DE PARTENARIAT DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET DE LEURS ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

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. 1414-10. - 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 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 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 15

L'article L. 1413-1 du code général des collectivités territoriales est modifié ainsi qu'il suit :

Après le septième alinéa, il est ajouté un 4° ainsi rédigé :

« 4° Le rapport mentionné à l'article L. 1414-14 établi par le cocontractant d'un contrat de partenariat. »

Après le dernier alinéa, il est ajouté un 3° ainsi rédigé :

« 3° Tout projet de partenariat avant que l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant ne se prononce dans les conditions prévues à l'article L. 1414-2. »

Article 16

Le 4° de l'article L. 2131-2 du code général des collectivités territoriales est complété par les mots : « et les contrats de partenariat ».

Le 4° de l'article L. 3131-2 du code général des collectivités territoriales est complété par les mots : « et les contrats de partenariat ».

Le 3° de l'article L. 4141-2 du code général des collectivités territoriales est complété par les mots : « et les contrats de partenariat ».

Article 17

Après le onzième alinéa de l'article L. 2313-1 du code général des collectivités territoriales, il est ajouté un 9° ainsi rédigé :

« 9° D'une annexe retraçant l'ensemble des engagements financiers de la collectivité territoriale ou de l'établissement public résultant des contrats de partenariat prévus à l'article L. 1414-1. »

Article 18

Il est créé dans le code général des collectivités territoriales un article L. 1615-12 ainsi rédigé :

« 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. »

TITRE III : DISPOSITIONS DIVERSES

Article 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.

Article 20

Le 18° de l'article L. 6143-1 du code de la santé publique est complété ainsi qu'il suit :
Après les mots : « L. 6148-2 », sont ajoutés les mots : « , les contrats de partenariat conclus en application du titre Ier de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 ».

Article 21

L'article L. 6145-6 du même code est modifié ainsi qu'il suit :

Après le mot : « marchés », sont insérés les mots : « et les contrats de partenariats ».

Article 22

L'article L. 6148-2 du même code est modifié ainsi qu'il suit :

Au dernier alinéa, après les mots : « présent article », sont ajoutés les mots : « ainsi que de celles qui sont réalisées dans le cadre de contrats de partenariat ».

Article 23

L'article L. 6148-4 du code de la santé publique est modifié ainsi qu'il suit :

1° Après les mots : « personnalité morale publique, », sont supprimés les mots : « ainsi que » ;

2° Après les mots : « L. 6148-2 » sont ajoutés les mots : « , ainsi que les contrats de

partenariat conclus en application du titre Ier de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 » ;

3° Les mots : « lorsqu'elles » sont remplacés par les mots : « lorsqu'ils ».

Article 24

L'article L. 6148-6 du code de la santé publique est modifié ainsi qu'il suit :

1° Après les mots : « L. 6148-3, », sont supprimés les mots : « ainsi que » ;

2° Après les mots : « L. 6148-2 », sont ajoutés les mots : « , ainsi que les contrats de partenariat conclus en application du titre Ier de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 ».

Article 25

Les dispositions du titre Ier, ainsi que des articles 26, 27 et 28, de la présente ordonnance sont applicables aux groupements d'intérêt public.

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 ».

Article 28

Il est inséré, après l'article L. 313-29 du code monétaire et financier, un article L. 313-29-1 ainsi rédigé :

« 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, 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. »

Article 29

Le Premier ministre, le ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, le ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, le garde des sceaux, ministre de la justice, la ministre de la défense, le ministre de la santé et de la protection sociale, le ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer, le ministre de la fonction publique et de la réforme de l'Etat et le ministre de la culture et de la communication sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de l'application de la présente ordonnance, qui sera publiée au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 17 juin 2004.

Jacques Chirac

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
Jean-Pierre Raffarin

Le ministre d'Etat, ministre de l'économie,
des finances et de l'industrie,
Nicolas Sarkozy

Le ministre de l'intérieur,
de la sécurité intérieure
et des libertés locales,
Dominique de Villepin

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
Dominique Perben

La ministre de la défense,
Michèle Alliot-Marie

Le ministre de la santé
et de la protection sociale,
Philippe Douste-Blazy

Le ministre de l'équipement, des transports,
de l'aménagement du territoire,
du tourisme et de la mer,
Gilles de Robien

Le ministre de la fonction publique
et de la réforme de l'Etat,
Renaud Dutreil

Le ministre de la culture
et de la communication,
Renaud Donnedieu de Vabres

LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

Paris, le 01 OCT. 2007

Monsieur le Premier ministre,

Le besoin d'investissements publics dans la préparation de l'avenir de notre pays est plus présent que jamais. Il concerne les grandes infrastructures de transport ferroviaires, fluviales et maritimes, mais aussi nos universités, nos centres de recherche, l'efficacité énergétique des bâtiments publics ou encore les transports urbains.

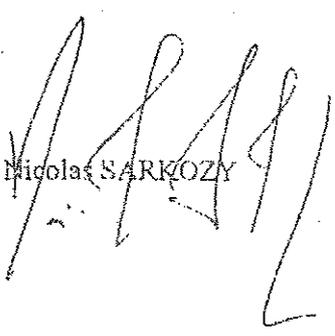
Dès lors que ces projets sont estimés utiles à la collectivité, chaque année de gagnée dans leur réalisation est un gain pour notre pays. Or le partenariat public privé offre très souvent la possibilité d'accélérer l'investissement et permet d'en partager les risques de manière optimale entre les partenaires. Il permet de mobiliser le financement privé sur la réalisation de grands projets d'utilité nationale. Le développement de cette procédure apparaît donc indissociable de l'effort à entreprendre en France pour le développement durable et l'économie de la connaissance.

Cependant, les conditions restrictives posées aujourd'hui à l'emploi de cette procédure en freinent le développement alors même que l'expertise accumulée depuis trois ans permettrait d'en démultiplier l'usage. Je vous demande donc de mettre en place un plan de stimulation du partenariat public-privé. Il pourrait reposer sur un volet législatif qui desserrerait les contraintes et placerait cette procédure parmi les modalités de droit commun de la commande publique, et sur un plan de mobilisation des investisseurs publics, à travers la formation et l'identification d'un programme de chantiers emblématiques.

Je souhaiterais que les projets de textes normatifs nécessaires soit prêts fin octobre pour être soumis au Parlement d'ici la fin de l'année 2007. Leur préparation pourra s'appuyer sur les travaux de Claude MARTINAND, vice-président du Conseil général des Ponts-et-Chaussées, et sur ceux de la Mission d'appui aux partenariats public-privé animés par Noël de SAINT-PULGENT.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Premier ministre, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Nicolas SARKOZY



Monsieur le Premier ministre
Hôtel Matignon
57, rue de Varenne
75700 PARIS

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ministère de l'économie,
des finances et de l'emploi

TEXTE SOUMIS À LA DÉLIBÉRATION
DU CONSEIL DES MINISTRES

NOR : ECEX0774541L/Bleue-1

PROJET DE LOI

relatif aux contrats de partenariat

EXPOSÉ DES MOTIFS

L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (CP) a créé un contrat d'un type nouveau permettant aux personnes publiques de rémunérer sur l'ensemble de la durée du contrat un partenaire privé chargé de financer, réaliser et gérer un équipement nécessaire à la personne publique.

La pratique a montré la nécessité de plusieurs clarifications.

Le Président de la République a en outre demandé au Premier ministre de mettre en place un plan de stimulation du partenariat public-privé dont le présent projet de loi constitue le volet législatif.

Il a donc été décidé d'élargir le recours à ce nouveau mode contractuel dans le respect du cadre fixé par le Conseil constitutionnel. Le projet de loi ajoute deux nouvelles voies d'accès : celle de l'intérêt économique et financier pour la personne publique, au regard de l'ensemble des outils de la commande publique, et une voie d'accès sectorielle pour un temps limité.

Le projet de loi procède en outre à plusieurs aménagements techniques pour assouplir le régime juridique applicable à la mise en œuvre de ces contrats. Il est apparu que le recours au CP était de fait pénalisé par un régime fiscal défavorable au regard du régime applicable pour les marchés publics. Le présent projet de loi tend à établir une égalité de traitement fiscal entre CP et marché public. Il sera complété ultérieurement par un volet réglementaire pour les textes fiscaux qui ne relèvent pas de la loi.

Les modifications apportées à l'ordonnance sont les suivantes :

L'article 1^{er} du projet modifie l'article 1^{er} de l'ordonnance.

Il contient deux dispositions importantes :

1° La nouvelle rédaction de l'article 1^{er} veille à sécuriser la cession de contrats de maîtrise d'œuvre entre personne publique et partenaire privé lorsque la passation du CP a été précédée d'un concours de maîtrise d'œuvre.

La personne publique est expressément autorisée à céder des marchés de maîtrise d'œuvre au titulaire d'un contrat de partenariat ;

2° En outre, il est expressément permis à plusieurs personnes publiques de s'associer dans un contrat de partenariat.

L'article 2 du projet élargit les conditions du recours au contrat de partenariat.

L'évaluation préalable reste la clef de voûte de la procédure de passation du contrat de partenariat et ne pourra présenter un caractère succinct que lorsqu'il s'agit pour la personne publique de faire face à une situation imprévue.

L'un des critères d'ouverture des contrats de partenariat est précisé conformément à la jurisprudence constitutionnelle sur la notion d'urgence. Le projet de loi ajoute deux nouveaux cas d'ouverture du contrat de partenariat :

- les personnes publiques pourront recourir au contrat de partenariat si l'évaluation préalable démontre qu'il présente un bilan avantageux au regard des autres outils de la commande publique ;

- une voie d'accès sectorielle est ouverte pour un temps limité. Elle concerne des secteurs de l'action publique qui présentent un besoin immédiat d'investissement et qui sont donc réputés présenter un caractère d'urgence. Le recours au contrat de partenariat sera possible dans ces secteurs jusqu'au 31 décembre 2012, sous réserve que les résultats de l'évaluation préalable ne soient pas manifestement défavorables.

L'article 4 précise les procédures applicables aux contrats de partenariat : appel d'offres, dialogue compétitif, négociation.

L'article 6 du projet qui modifie l'article 7 de l'ordonnance autorise le recours à la procédure négociée pour les contrats de partenariat inférieurs à un seuil fixé par décret qui correspondra au seuil communautaire d'application de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 sur les procédures de passation des marchés publics.

L'article 6 maintient la faculté pour la personne publique d'allouer une prime dans tous les cas et précise que dans le cadre du dialogue compétitif et lorsque les demandes de la personne publique impliquent un investissement significatif de la part des candidats, une prime doit leur être versée.

L'article 7 du projet de loi précise les conditions dans lesquelles la personne publique peut discuter avec le candidat pressenti sans porter atteinte aux règles de la concurrence, conformément aux termes de l'article 29-7 de la directive 2004/18 du 31 mars 2004.

Il a également pour objet de prendre en compte les objectifs de performance en matière de développement durable, ceux ci devant figurer parmi les critères d'attribution du contrat.

Il est également proposé de fixer par voie réglementaire la définition des petites et moyennes entreprises (PME).

L'article 8 du projet renvoie à un décret la désignation de l'autorité compétente pour autoriser la signature d'un contrat de partenariat. Cette nouvelle rédaction permet de prendre en compte les évolutions des compétences ministérielles.

L'article 9 du projet modifie l'article 11 de l'ordonnance relatif aux clauses devant obligatoirement figurer dans le contrat.

Il a tout d'abord pour objet de préciser ce que recouvre la notion de « coûts d'investissement » dans l'ordonnance, afin notamment de connaître la base de la cession de créance en CP, autorisée sur ces seuls coûts.

Par ailleurs, les ressources complémentaires issues de l'exploitation du domaine pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique sont désormais expressément autorisées - la rémunération des cocontractants en tiendra compte.

Il ajoute une clause relative aux conditions dans lesquelles la personne publique constate que les investissements ont bien 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 prévu à l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier.

Il précise ensuite que la clause relative aux conditions d'exécution du contrat doit intégrer des éléments à caractère social et environnemental prenant en compte les objectifs de développement durable, conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.

Afin de protéger les contractants du partenaire privé, les dispositions actuelles prévoient le versement par ce dernier d'une caution garantissant un paiement sous quarante-cinq jours. C'est toutefois à tort qu'elles qualifient ces contractants de sous-traitant, alors que le contrat de partenariat a pour effet de transférer la maîtrise d'ouvrage au partenaire privé. La nouvelle rédaction du second paragraphe clarifie ce point. Elle propose également de fixer le délai de paiement par voie réglementaire, afin de faire profiter aux contrats de partenariat, des réductions de délais de paiement qui seront décidées pour les marchés publics.

A l'article 10 du projet de loi, la reformulation du début de l'article 12 de l'ordonnance tient compte de la possibilité désormais expressément autorisée à son article 1^{er} de céder au partenaire privé des marchés de maîtrise d'œuvre déjà passés. Dans une telle hypothèse, consistant à céder la maîtrise d'œuvre par une convention distincte du contrat de partenariat, l'ancienne formulation de l'ordonnance ne convenait plus en effet.

L'article 11 du projet modifie l'article 13 de l'ordonnance sur deux points :

- il rend obligatoire la délimitation des biens appartenant au domaine public, afin d'éviter l'assimilation mécanique des biens situés sur la même assiette. Cette délimitation présente aujourd'hui un intérêt réel, la définition du domaine public ayant été resserrée par le code général de la propriété des personnes publiques qui est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2006.

- il autorise par ailleurs expressément le titulaire à consentir des baux commerciaux sur le domaine privé sous réserve de l'accord de la personne publique.

Les articles 19 et 25 de l'ordonnance avaient pour objet de préciser les dispositions relatives aux contrats de partenariat applicables aux établissements publics de santé et aux groupements d'intérêt public. Dans leur nouvelle rédaction (issue des articles 12 et 13 du projet de loi), ils renvoient également aux dispositions du projet de loi qui leur sont applicables.

Par ailleurs, l'article 13 complète la liste des personnes pouvant recourir aux contrats de partenariat, afin d'ouvrir ce mode contractuel aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices mentionnés dans l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et dans les directives du 2004/18 et 2004/17 du 31 mars 2004.

L'article 14 du projet de loi introduit un article 25 *bis* dans l'ordonnance afin d'harmoniser le régime juridique en matière de subventions. Désormais les projets qui seraient éligibles à des subventions dans le cadre de la loi MOP le seront également dans le cadre des contrats de partenariat.

Les articles 15 à 25 du projet de loi effectuent des ajustements symétriques dans le code général des collectivités territoriales (CGCT) pour les contrats de partenariat passés par les collectivités territoriales ou leurs groupements.

Les articles 26 et 27 du projet modifient le code de l'urbanisme afin de mettre en œuvre le principe de neutralité fiscale entre marchés relevant du code des marchés publics et contrats de partenariat. Il est en effet apparu que divers impôts et taxes s'appliquaient différemment à ces deux modes contractuels, du fait notamment du transfert de la maîtrise d'ouvrage à la personne privée. Afin d'assurer l'équivalence souhaitée, ces articles modifient les dispositions du code de l'urbanisme régissant deux taxes : le versement pour dépassement de plafond légal de densité et la redevance pour création de bureaux ou de locaux de recherche en région Ile-de-France.

Par ailleurs, la législation fiscale actuelle prévoit que la publication des actes portant autorisation d'occupation temporaire (AOT) par l'Etat de son domaine public, autorisation constitutive de droit réel immobilier, donne lieu à la perception d'une taxe fixe de publicité foncière de 125 €.

Afin de minimiser le coût du financement par le partenaire privé refacturé au partenaire public et d'éviter des distorsions fiscales, l'article 28 du projet de loi aligne sur ce régime d'imposition la publication au fichier immobilier des autorisations d'occupation temporaire du domaine public consenties par les collectivités territoriales, des baux emphytéotiques administratifs et des baux emphytéotiques hospitaliers.

A cette fin, l'article 28 du projet de loi modifie l'article 742 du code général des impôts et ajoute dans le code général des collectivités territoriales, un article 1048 *ter* nouveau.

L'article 29 du projet de loi modifie l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier (créé par l'ordonnance du 17 juin 2004 précitée).

En premier lieu, il a pour objet de sécuriser le mécanisme de cession de créance spécifique au contrat de partenariat prévu à cet article. Il s'agit d'abord de préciser l'assiette qui sert de base à cette cession. L'ordonnance se contentait d'indiquer qu'il s'agissait des « coûts de l'investissement ». Il s'agit ensuite, dans l'intérêt de la personne publique, de conditionner le caractère définitif de la créance à la réalisation des investissements « conformément aux prescriptions du contrat de partenariat ». Il s'agit enfin de garantir au cessionnaire le paiement de la créance, même en cas d'annulation du contrat ou de sa fin anticipée.

L'article 30 du projet de loi étend le domaine d'action des sociétés pour le financement des économies d'énergie (SOFERGIE), afin qu'elles puissent concourir au financement des contrats passés en application de l'ordonnance et comportant une dimension « optimisation énergétique » significative, voire être le partenaire privé cocontractant de la personne publique.

L'article 31 du projet de loi modifie l'article L. 242-1 du code des assurances. Il étend la dispense d'assurances instituée en faveur des personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat.

Il est proposé de rendre les dispositions du présent projet applicables aux contrats en cours de passation. Cependant les dispositions du e de l'article 4 et celles qui modifient les articles 8 et 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 précitée, ainsi que celles qui modifient les articles L. 1414-4, L. 1414-9 et L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales ne seront applicables qu'aux contrats conclus après l'entrée en vigueur de la présente loi.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ministère de l'économie
des finances et de l'emploi

PROJET DE LOI

relatif aux contrats de partenariat

CHAPITRE I^{ER}

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

Article 1^{er}

L'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat est ainsi modifié :

1° Il est inséré un : « I » au début de l'article ;

2° Au troisième alinéa, il est ajoutée 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 publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. » ;

3° Il est ajouté un alinéa et un II ainsi rédigés :

« 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. »

« 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. »

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 ;

« 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 imprévue ;

« 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 ceux d'autres contrats de la commande publique.

« 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 manifestement défavorables, les projets répondant :

« 1° Aux besoins de l'enseignement supérieur et de la recherche et qui conduisent à l'amélioration des conditions d'étude et de vie étudiante, et à celle de la qualité de la recherche ;

« 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 ;

« 3° Aux nécessités de la mise en place des nouvelles technologies répondant aux besoins de la police et de la gendarmerie nationale ;

« 4° Aux nécessités de la réorganisation des implantations du ministère de la défense ;

« 5° aux opérations nécessaires aux besoins de la santé précisés à l'article L. 6148-2 du code de la santé publique ;

« 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.

« 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. »

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 :

« *e*) Les personnes condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal. »

Article 4

L'article 5 de la même ordonnance est ainsi modifié :

1° Il est inséré au début de l'article un alinéa ainsi rédigé :

« 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. » ;

2° Le dernier alinéa de l'article est remplacé par les dispositions suivantes :

« 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. »

Article 5

L'article 6 de la même ordonnance est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa, après les mots : « envoi de l'avis d'appel », il est inséré le mot : « public » ;

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 » ;

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 ».

Article 6

L'article 7 de la même ordonnance est ainsi modifié :

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 » ;

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. » ;

3° Il est ajouté un III ainsi rédigé :

« *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. »

Article 7

L'article 8 de la même ordonnance est ainsi modifié :

1° Il est inséré un : « I » au début de l'article ;

2° Au troisième alinéa, les mots : « , en particulier en matière de développement durable » sont insérés après les mots : « l'objet du contrat » ;

3° Le quatrième alinéa est remplacé par les dispositions suivantes :

« La définition des petites et moyennes entreprises est fixée par voie réglementaire. » ;

4° Au dernier alinéa, après le mot : « qualité », il est inséré le mot : « architecturale, » ;

5° Il est ajouté un II ainsi rédigé :

« 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. »

Article 8

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 ».

Article 9

L'article 11 de la même ordonnance est ainsi modifié :

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 » ;

2° Il est inséré un *d bis* ainsi rédigé :

« *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 ; »

3° Au premier alinéa du *f*, les mots : « particulièrement en matière de développement durable » sont insérés après les mots : « des objectifs de performance, » ;

4° Le second alinéa du *f* est remplacé par l'alinéa suivant :

« 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 ; ».

Article 10

Le premier alinéa de l'article 12 de la même ordonnance est remplacé par l'alinéa suivant :

« Lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages est confiée au cocontractant, les dispositions suivantes sont applicables : ».

Article 11

Au I de l'article 13 de la même ordonnance, il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« 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'excède pas celle du contrat de partenariat. »

Article 12

L'article 19 de la même ordonnance est ainsi modifié :

1° Dans la première phrase, les références : « 26, 27 et 28 » sont remplacées par les références : « 25-1, 26 et 27 » ;

2° Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« Le chapitre III de la loi n° du relative aux contrats de partenariat leur est également applicable. »

Article 13

L'article 25 de la même ordonnance est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. 25. - Les dispositions du titre I^{er}, ainsi que des articles 25-1, 26 et 27 de la présente ordonnance sont applicables aux pouvoirs adjudicateurs mentionnés aux 1° et 4° 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.

« Le chapitre III de la loi n° du relative aux contrats de partenariat leur est également applicable. »

Article 14

Après l'article 25 de la même ordonnance, il est inséré un article 25-1 ainsi rédigé :

« Art. 25-1. - 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. »

CHAPITRE II
DISPOSITIONS MODIFIANT LE CODE GÉNÉRAL DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Article 15

L'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :

1° Il est inséré un : « I » au début de l'article ;

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. » ;

3° Il est ajouté un alinéa et un II ainsi rédigés :

« 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.

« 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. »

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 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.

« 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.

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

« 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 ;

« 2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, notamment lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable affectant la réalisation d'équipements collectifs ;

« 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 manifestement défavorables, les projets répondant :

« 1° Aux nécessités de la réorganisation des implantations du ministère de la défense ;

« 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.

« 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. »

Article 17

A l'article L. 1414-4 du même code, avant le dernier alinéa, il est inséré un e ainsi rédigé :

« e) Les personnes condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal. »

Article 18

L'article L. 1414-5 du même code est ainsi modifié :

1° Il est inséré au début de l'article un alinéa ainsi rédigé :

« Les contrats de partenariat peuvent être passés selon les procédures du dialogue compétitif, de l'appel d'offre ou selon une procédure négociée. » ;

2° Le dernier alinéa est remplacé par les dispositions suivantes :

« 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. »

Article 19

L'article L. 1414-6 du même code est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa, après les mots : « envoi de l'avis d'appel », il est inséré le mot : « public » ;

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 » ;

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 ».

Article 20

L'article L. 1414-7 du même code est ainsi modifié :

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 » ;

2° Au dernier alinéa, il est ajoutée 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. »

Article 21

Après l'article L. 1414-8 du même code, il est inséré un article L. 1414-8-1 ainsi rédigé :

« *Art. L. 1414-8-1.* - 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. »

Article 22

L'article L. 1414-9 du même code est ainsi modifié :

1° Il est inséré un : « I » au début de l'article ;

2° Au troisième alinéa, les mots : « , en particulier en matière de développement durable » sont insérés après les mots : « l'objet du contrat » ;

3° Le quatrième alinéa est remplacé par les dispositions suivantes :

« La définition des petites et moyennes entreprises est fixée par voie réglementaire. » ;

4° Au dernier alinéa, après le mot : « qualité », il est inséré le mot : « architecturale, » ;

5° Il est ajouté un II ainsi rédigé :

« 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. »

Article 23

L'article L. 1414-12 du même code est ainsi modifié :

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 » ;

2° Il est inséré un *d bis* ainsi rédigé :

« *d bis*) Aux conditions dans lesquelles, en application de 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 ; »

3° Au premier alinéa du *f* les mots : « particulièrement en matière de développement durable » sont insérés après les mots : « des objectifs de performance, » ;

4° Le second alinéa du *f* est remplacé par l'alinéa suivant :

« 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 ; ».

Article 24

Le premier alinéa de l'article L. 1414-13 du même code est remplacé par l'alinéa suivant :

« Lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages est confiée au cocontractant, les dispositions suivantes sont applicables : ».

Article 25

Après le premier alinéa de l'article L. 1414-16 du même code, il est inséré un deuxième alinéa ainsi rédigé :

« 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. »

CHAPITRE III DISPOSITIONS DIVERSES

Article 26

Le troisième alinéa de l'article L. 112-2 du code de l'urbanisme est remplacé par les dispositions suivantes :

« 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. »

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 ».

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 mentionnée à l'article 680 :

« 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.

« Sont soumis également à la perception de cette imposition :

« *a)* Les actes portant retrait des autorisations mentionnées au premier alinéa ;

« *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 ;

« *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 ;

« 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 et L. 6148-3 du code de la santé publique.

« 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. »

Article 29

L'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier est remplacé par les dispositions suivantes :

« *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.

« Dans ce cas, la créance mentionnée ci-dessus est définitivement acquise au cessionnaire à compter de la 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.

« 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. »

Article 30

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 notamment 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. »

Article 31

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. »

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 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.

Décision n° 2003-473 DC - 26 juin 2003

Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit

Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003

Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit

Le Conseil constitutionnel a été saisi, dans les conditions prévues à l'article 61, deuxième alinéa, de la Constitution, de la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, le 13 juin 2003, par M. Claude ESTIER, Mme Michèle ANDRÉ, MM. Bernard ANGELS, Bertrand AUBAN, Jean-Pierre BEL, Jacques BELLANGER, Mme Maryse BERGÉ-LAVIGNE, Mme Marie-Christine BLANDIN, M. Didier BOULAUD, Mmes Yolande BOYER, Claire-Lise CAMPION, MM. Bernard CAZEAU, Gilbert CHABROUX, Gérard COLLOMB, Raymond COURRIÈRE, Roland COURTEAU, Marcel DEBARGE, Jean-Pierre DEMERLIAT, Claude DOMEIZEL, Michel DREYFUS-SCHMIDT, Mme Josette DURRIEU, MM. Bernard DUSSAUT, Jean-Claude FRÉCON, Bernard FRIMAT, Jean-Pierre GODEFROY, Jean-Noël GUÉRINI, Mme Odette HERVIAUX, MM. Yves KRATTINGER, Serge LAGAUCHE, Louis LE PENSEC, André LEJEUNE, Jacques MAHÉAS, Jean-Yves MANO, François MARC, Jean-Pierre MASSERET, Pierre MAUROY, Louis MERMAZ, Gérard MIQUEL, Michel MOREIGNE, Jean-Marc PASTOR, Jean-Claude PEYRONNET, Jean-François PICHERAL, Bernard PIRAS, Jean-Pierre PLANCADE, Mmes Danièle POURTAUD, Gisèle PRINTZ, MM. Daniel RAOUL, Paul RAOULT, Daniel REINER, André ROUVIÈRE, Mme Michèle SAN VICENTE, MM. Michel SERGENT, René-Pierre SIGNÉ, Jean-Pierre SUEUR, Simon SUTOUR, Michel TESTON, Jean-Marc TODESCHINI, Pierre-Yvon TRÉMEL, André VANTOMME, Marcel VIDAL et Henri WEBER, sénateurs ;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le Traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le code du domaine de l'État ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le nouveau code des marchés publics ;

Vu 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 ;

Vu la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, en son article 3 ;

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-460 DC du 22 août 2002 ;

Vu les observations du Gouvernement, enregistrées le 20 juin 2003 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les sénateurs auteurs de la saisine défèrent au Conseil constitutionnel la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit et contestent en particulier, en tout ou en partie, la conformité à la Constitution des articles 5, 6, 7, 18, 25, 26 et 34 ;

- Sur la loi dans son ensemble :

2. Considérant que, de façon générale, les requérants jugent imprécises et injustifiées les délégations prévues par la loi déferée ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 38 de la Constitution : « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. - Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. - A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. » ;

4. Considérant, en premier lieu, que, si l'article 38 de la Constitution fait obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention, il n'impose pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation ;

5. Considérant, en second lieu, que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification ; que cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet, l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et « la garantie des droits » requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité inutile ; qu'à défaut, serait restreint l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles qui sont déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas » ;

- Sur l'article 5 :

6. Considérant que l'article 5 habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance, dans son 1°, « les mesures nécessaires pour rendre compatibles avec le droit communautaire les dispositions législatives relatives à la passation des marchés publics », ainsi que, dans son 3°, les mesures « permettant d'alléger les procédures de passation des marchés publics pour les collectivités territoriales » ;

7. Considérant que les requérants soutiennent que cette habilitation est contraire, par son imprécision, à l'article 38 de la Constitution ; qu'elle autorise le Gouvernement à transposer des directives communautaires qui ne sont pas encore adoptées, méconnaissant ainsi le droit du

Parlement, garanti par l'article 88-4 de la Constitution, à se prononcer sur les projets et propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative ; qu'elle porte atteinte à la libre administration des collectivités territoriales consacrée par l'article 72 de la Constitution ; qu'enfin, elle ne respecte ni l'égalité d'accès à la commande publique, qui découle de l'article 6 de la Déclaration de 1789, ni « la nécessité des dépenses publiques et le consentement à ces dépenses », qui sont garantis par l'article 14 de la Déclaration ;

8. Considérant, en premier lieu, comme il ressort des termes mêmes de l'habilitation critiquée, ainsi que des débats parlementaires, que la finalité des autorisations délivrées au Gouvernement par l'article 5 et le domaine dans lequel les ordonnances pourront intervenir sont définis avec une précision suffisante pour satisfaire aux exigences de l'article 38 de la Constitution ; qu'il en est ainsi du 1^o de l'article 5 qui autorise le Gouvernement à transposer notamment deux directives susceptibles d'être adoptées au cours du délai d'habilitation en matière de passation des marchés publics et dont les propositions ont d'ailleurs été communiquées aux assemblées parlementaires en application de l'article 88-4 de la Constitution ; qu'il en est de même du 3^o de l'article 5 qui, selon les travaux parlementaires, a pour objet de modifier les dispositions du code général des collectivités territoriales en vue de simplifier leurs règles de compétence interne en matière de marchés publics ;

9. Considérant, en deuxième lieu, que, si l'article 88-4 de la Constitution permet au Parlement de se prononcer sur les projets ou propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative, il ne concerne pas la transposition des directives en droit interne, une fois que celles-ci ont été adoptées ;

10. Considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables ; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1^{er} du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : « Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse » ;

11. Considérant, en quatrième lieu, que, si une loi d'habilitation ne peut prévoir l'intervention d'ordonnances dans les domaines réservés par la Constitution à la loi organique, aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale, l'article 38 de la Constitution autorise le Parlement à déléguer au Gouvernement toute autre matière relevant de la loi ; que, par suite, doit être rejeté le grief tiré de ce que l'article 5 déléguerait une matière intéressant la libre administration des collectivités territoriales et méconnaîtrait, ce faisant, l'article 72 de la Constitution ;

12. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les griefs présentés à l'encontre de l'article 5 de la loi déférée ne sont pas fondés ;

- Sur l'article 6 :

13. Considérant que l'article 6 autorise le Gouvernement à modifier la loi du 12 juillet 1985

susvisée en instituant de nouvelles formes de contrats portant sur « la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions » ; que pourront être étendues et adaptées les dispositions prévues par l'article 3 de la loi du 29 août 2002 susvisée, qui ouvrent à une personne publique ou à une personne privée chargée d'une mission de service public la faculté de confier à la même personne la conception, la construction et l'aménagement d'un équipement public, de choisir son contractant en portant, en cas d'allotissement, un jugement global sur les offres concernant plusieurs lots, de délivrer à un opérateur privé une autorisation d'occupation temporaire du domaine public en le chargeant de construire des équipements publics qui seront pris à bail avec option d'achat anticipé, ainsi que de financer par crédit-bail de tels équipements ; qu'en vertu de l'habilitation, les ordonnances devront fixer « les règles de publicité et de mise en concurrence relatives au choix du ou des cocontractants, ainsi que les règles de transparence et de contrôle relatives au mode de rémunération du ou des cocontractants, à la qualité des prestations et au respect des exigences du service public » et prévoir « les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans » ;

14. Considérant que les requérants font grief à ces dispositions de ne pas préciser suffisamment la finalité de l'habilitation, d'intervenir dans le domaine législatif auquel renvoient les articles 72 et 72-1 de la Constitution, de porter atteinte au principe de continuité du service public et de méconnaître le principe d'égalité applicable au droit de la commande publique et aux services publics ;

15. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des travaux parlementaires que l'habilitation contestée a pour finalité d'alléger les règles régissant la commande publique en vue de rendre plus aisées la conclusion et l'exécution des contrats passés avec des personnes privées pour la réalisation d'équipements ou la fourniture de services ; qu'ainsi, le grief tiré de ce que les finalités de l'habilitation seraient insuffisamment précises pour satisfaire aux exigences de l'article 38 de la Constitution doit être écarté ;

16. Considérant, en deuxième lieu, que, comme il a été dit ci-dessus, l'article 38 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que l'habilitation porte sur le domaine législatif auquel renvoient les articles 72 et 72-1 de la Constitution ;

17. Considérant, en troisième lieu, que l'article 6 dispose expressément que les ordonnances prises sur son fondement devront assurer le respect des exigences du service public ; que, par suite, le grief tiré de ce que cet article méconnaîtrait la continuité du service public manque en fait ;

18. Considérant, en quatrième lieu, 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 ; que, toutefois, 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 ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront 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 ;

19. Considérant, enfin, que l'article 6 ne saurait être entendu comme permettant de déléguer à une personne privée l'exercice d'une mission de souveraineté ;

20. Considérant que, sous les réserves d'interprétation énoncées aux deux considérants précédents, l'article 6 de la loi déferée n'est pas contraire à la Constitution ;

- Sur les articles 7, 18, 25 et 26 :

21. Considérant que l'article 7 autorise le Gouvernement à abroger ou adapter des dispositions fiscales frappées de désuétude ou devenues sans objet, à simplifier la déclaration et le paiement de certains impôts, à clarifier la formulation d'actes administratifs liés à l'assiette ou au recouvrement de l'impôt, ainsi qu'à assouplir les modalités d'option pour certains régimes fiscaux spécifiques ; que l'article 18 autorise le Gouvernement à modifier les dispositions législatives applicables en matière électorale pour simplifier les formalités que les candidats aux élections politiques doivent accomplir, à alléger les modalités d'organisation de certaines élections et à harmoniser le régime de démission d'office de certains élus ; que l'article 25 habilite le Gouvernement à prendre plusieurs mesures de simplification et de clarification de la législation relative au travail et à la formation professionnelle, afin d'alléger les formalités qui en résultent, en particulier en ce qui concerne le calcul des effectifs et l'harmonisation des seuils d'effectifs ; que l'article 26 l'autorise à prendre diverses mesures dans le domaine du droit commercial et notamment à « instituer une procédure accélérée pour l'examen, par le Conseil de la concurrence, des affaires inférieures à un seuil déterminé et relever le seuil du chiffre d'affaires des entreprises soumises au contrôle des opérations de concentration » ;

22. Considérant que les requérants soutiennent que ces habilitations manquent de précision et sont susceptibles de porter atteinte à des règles ou principes constitutionnels, tels que le principe d'égalité, les droits de la défense, le principe du contradictoire, le pluralisme des courants d'idées et d'opinions et la liberté de communication ;

23. Considérant, en premier lieu, que la finalité des autorisations accordées au Gouvernement par les articles 7, 18, 25 et 26 de la loi déferée et les domaines dans lesquels les ordonnances pourront intervenir, qui ne sauraient être ceux que la Constitution réserve à la loi organique, sont définis avec une précision suffisante pour satisfaire aux exigences de l'article 38 de la Constitution ;

24. Considérant, en second lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle ; qu'en l'espèce, les articles 7, 18, 25 et 26 ne sont ni par eux-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, contraires à ces principes ;

25. Considérant, dès lors, que les griefs présentés à l'encontre des articles 7, 18, 25 et 26 de la loi déferée doivent être rejetés ;

- Sur l'article 34 :

26. Considérant que l'article 34 autorise le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnances, les dispositions nécessaires pour modifier, compléter et codifier diverses législations, dont celles qui sont relatives au domaine public et privé de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;

27. Considérant que les auteurs de la saisine estiment que cette habilitation méconnaît l'article 38 de la Constitution en tant qu'elle déroge au principe de « la codification à droit constant » ;

28. Considérant que l'article 38 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que le législateur habilite le Gouvernement à modifier ou compléter un code existant dès lors que cette habilitation précise la finalité des mesures à prendre ;

29. Considérant, en l'espèce, qu'il ressort des travaux parlementaires que l'habilitation accordée au Gouvernement par l'article 34 de la loi déferée en vue de modifier, de compléter et de codifier diverses législations tend, sans en bouleverser l'économie générale, à adapter ces législations à l'évolution des circonstances de droit et de fait, à abroger des dispositions désuètes et, le cas échéant, à modifier celles dont la pratique aurait révélé le caractère inadéquat ; que cette habilitation ne remet pas en cause la libre administration des collectivités territoriales ; qu'elle n'autorise pas le Gouvernement à priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public ; que ces exigences résident en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège, dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté, ainsi que dans la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées ; que, dans ces conditions, l'article 34 de la loi déferée n'est pas contraire à l'article 38 de la Constitution ;

30. Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution,

D É C I D E :

Article premier. - Sous les réserves énoncées dans les considérants 18 et 19, les articles 5, 6, 7, 18, 25, 26 et 34 de la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit sont déclarés conformes à la Constitution.

Article 2. - La présente décision sera publiée au *Journal officiel* de la République française.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 26 juin 2003, où siégeaient : MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Pierre JOXE, Pierre MAZEAUD, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL.

Décision n° 2004-506 DC - 2 décembre 2004

Loi de simplification du droit

Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004

Loi de simplification du droit

Le Conseil constitutionnel a été saisi, dans les conditions prévues par l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la loi de simplification du droit, le 22 novembre 2004, par M. Jean-Pierre BEL, Mmes Jacqueline ALQUIER, Michèle ANDRÉ, MM. Bernard ANGELS, David ASSOULINE, Bertrand AUBAN, Mme Maryse BERGE-LAVIGNE, M. Jean BESSON, Mme Marie-Christine BLANDIN, MM. Yannick BODIN, Didier BOULAUD, Mmes Alima BOUMEDIENE-THIERY, Yolande BOYER, Claire-Lise CAMPION, M. Bernard CAZEAU, Mme Monique CERISIER-ben GUIGA, MM. Pierre-Yves COLLOMBAT, Raymond COURRIÈRE, Roland COURTEAU, Jean-Pierre DEMERLIAT, Claude DOMEIZEL, Michel DREYFUS-SCHMIDT, Mme Josette DURRIEU, MM. Bernard DUSSAUT, Bernard FRIMAT, Jean-Pierre GODEFROY, Jean-Noël GUÉRINI, Claude HAUT, Mmes Odette HERVIAUX, Sandrine HUREL, Bariza KHIARI, MM. Serge LAGAUCHE, Louis LE PENSEC, Mme Raymonde LE TEXIER, MM. André LEJEUNE, Roger MADEC, François MARC, Jean-Pierre MASSERET, Marc MASSION, Pierre MAUROY, Jean-Luc MELENCHON, Louis MERMAZ, Gérard MIQUEL, Michel MOREIGNE, Jean-Marc PASTOR, Jean-Claude PEYRONNET, Jean-François PICHERAL, Bernard PIRAS, Mme Gisèle PRINTZ, MM. Daniel RAOUL, Paul RAOULT, Daniel REINER, Thierry REPENTIN, Roland RIES, Gérard ROUJAS, André ROUVIÈRE, Mme Michèle SAN VICENTE, M. Claude SAUNIER, Mme Patricia SCHILLINGER, MM. Michel SERGENT, Jean-Pierre SUEUR, Simon SUTOUR, Mme Catherine TASCA, MM. Michel TESTON, Jean-Marc TODESCHINI, André VANTOMME, André VÉZINHET, Marcel VIDAL et Richard YUNG, sénateurs,

et, le même jour, par M. Jean-Marc AYRAULT, Mmes Patricia ADAM, Sylvie ANDRIEUX, MM. Jean-Marie AUBRON, Jean-Paul BACQUET, Jean-Pierre BALLIGAND, Gérard BAPT, Claude BARTOLONE, Jacques BASCOU, Christian BATAILLE, Jean-Claude BATEUX, Jean-Claude BEAUCHAUD, Éric BESSON, Jean-Louis BIANCO, Jean-Pierre BLAZY, Serge BLISKO, Jean-Claude BOIS, Daniel BOISSERIE, Maxime BONO, Augustin BONREPAUX, Jean-Michel BOUCHERON, Pierre BOURGUIGNON, Mme Danielle BOUSQUET, MM. François BROTTES, Thierry CARCENAC, Christophe CARESCHE, Mme Martine CARRILLON-COUVREUR, MM. Laurent CATHALA, Jean-Paul CHANTEGUET, Michel CHARZAT, Alain CLAEYS, Mme Marie-Françoise CLERGEAU, MM. Gilles COCQUEMPOT, Pierre COHEN, Mme Claude DARCIAUX, M. Michel DASSEUX, Mme Martine DAVID, MM. Marcel DEHOUX, Michel DELEBARRE, Jean DELOBEL, Bernard DEROSIER, Michel DESTOT, François DOSÉ, René DOSIÈRE, Julien DRAY, Tony DREYFUS, Pierre DUCOUT, Jean-Pierre DUFAU, William DUMAS, Jean-Paul DUPRÉ, Yves DURAND, Mme Odette DURIEZ, MM. Henri EMMANUELLI, Claude ÉVIN, Laurent FABIUS, Albert FACON, Jacques FLOCH, Pierre FORGUES, Michel FRANÇAIX, Jean GAUBERT, Mmes Nathalie GAUTIER, Catherine GÉNISSON, MM. Jean GLAVANY, Gaétan GORCE, Alain GOURIOU, Mme Elisabeth GUIGOU, M. David HABIB, Mme Danièle HOFFMAN-RISPAL, MM. François HOLLANDE, Jean-Louis IDIART, Mme Françoise IMBERT, M. Jean-Pierre KUCHEIDA, Mme

Conchita LACUEY, MM. Jérôme LAMBERT, François LAMY, Jack LANG, Jean LAUNAY, Jean-Yves LE BOUILLONNEC, Gilbert LE BRIS, Jean-Yves LE DÉAUT, Jean-Yves LE DRIAN, Jean LE GARREC, Jean-Marie LE GUEN, Bruno LE ROUX, Mme Marylise LEBRANCHU, MM. Patrick LEMASLE, Guy LENGAGNE, Mme Annick LEPETIT, MM. Michel LIEBGOTT, François LONCLE, Bernard MADRELLE, Louis-Joseph MANSCOUR, Philippe MARTIN, Didier MATHUS, Jean MICHEL, Didier MIGAUD, Mme Hélène MIGNON, MM. Arnaud MONTEBOURG, Henri NAYROU, Alain NÉRI, Mme Marie-Renée OGET, MM. Michel PAJON, Christian PAUL, Germain PEIRO, Jean-Claude PEREZ, Mmes Marie-Françoise PÉROL-DUMONT, Geneviève PERRIN-GAILLARD, MM. Jean-Jack QUEYRANNE, Paul QUILÈS, Bernard ROMAN, René ROUQUET, Patrick ROY, Mme Ségolène ROYAL, M. Michel SAINTE-MARIE, Mme Odile SAUGUES, MM. Henri SICRE, Dominique STRAUSS-KAHN, Pascal TERRASSE, Philippe TOURTELIER, Daniel VAILLANT, André VALLINI, Manuel VALLS, Michel VERGNIER, Alain VIDALIES, Jean-Claude VIOLLET, Philippe VUILQUE, Jean-Pierre DEFONTAINE, Paul GIACOBBI, Simon RENUCCI, Mme Chantal ROBIN-RODRIGO, M. Roger-Gérard SCHWARTZENBERG et Mme Christiane TAUBIRA, députés ;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code civil ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture ;

Vu 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 ;

Vu la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 ;

Vu la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, notamment son article 153 ;

Vu l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ;

Vu les observations du Gouvernement, enregistrées le 26 novembre 2004 ;

Vu les observations en réplique, enregistrées le 1^{er} décembre 2004 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les auteurs des deux saisines défèrent au Conseil constitutionnel la loi de simplification du droit ; qu'ils mettent en cause, de façon générale, ses dispositions autorisant le Gouvernement à prendre par ordonnances des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ; qu'ils contestent, en outre, le paragraphe XXII de son article 78, qui ratifie l'ordonnance du 17 juin 2004 susvisée sur les contrats de partenariat ;

-SUR LES ARTICLES HABILITANT LE GOUVERNEMENT À PRENDRE DES ORDONNANCES :

2. Considérant que les requérants dénoncent « le jeu des lois d'habilitations multiples » qui, selon eux, pose « un problème grave au regard de l'esprit de l'article 38 de la Constitution et de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 38 de la Constitution : « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. - Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. - A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif » ;

4. Considérant, en premier lieu, que l'article 38 de la Constitution fait obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention ; qu'il ne lui impose pas pour autant de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation ; que les articles d'habilitation figurant dans la loi déférée définissent le domaine d'intervention et les finalités des ordonnances avec une précision suffisante au regard des exigences de l'article 38 de la Constitution ;

5. Considérant, en deuxième lieu, que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification ; que cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ;

6. Considérant, en troisième lieu, que l'article 38 de la Constitution n'excepte de la délégation que les domaines que la Constitution réserve aux lois organiques, aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale ; que les matières dans lesquelles la loi déférée prévoit des habilitations sont étrangères à ces domaines ;

7. Considérant, en quatrième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle ; qu'en l'espèce, les articles d'habilitation figurant dans la loi déférée ne sont ni par eux-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, contraires à ces règles et principes ;

8. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les griefs généraux dirigés contre les articles d'habilitation figurant dans la loi déférée doivent être écartés ;

-SUR LE PARAGRAPHE XXII DE L'ARTICLE 78 DE LA LOI DÉFÉRÉE :

9. Considérant que le paragraphe XXII de l'article 78 de la loi déférée ratifie l'ordonnance du 17 juin 2004 susvisée sur les contrats de partenariat, prise en application de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 susvisée habilitant le Gouvernement à simplifier le droit ; qu'il n'apporte à cette ordonnance qu'une correction formelle qui n'en modifie pas le contenu ;

10. Considérant que les requérants contestent la conformité à la Constitution de tout ou partie des articles 2, 8, 11, 14, 18, 26 et 28 de l'ordonnance ainsi ratifiée ;

. En ce qui concerne la ratification implicite des articles 26 et 28 de l'ordonnance du 17 juin 2004 :

11. Considérant, d'une part, que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une ordonnance intervenue à la suite d'une loi d'habilitation prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution peut résulter d'une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement ;

12. Considérant, d'autre part, que la conformité à la Constitution des termes d'une loi promulguée ne peut être utilement contestée qu'à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui en modifient le contenu, la complètent ou affectent son domaine d'application ;

13. Considérant, comme l'a relevé le Conseil d'Etat par sa décision n° 269814-271119-271357-271362 du 29 octobre 2004, que l'article 153 de la loi du 9 août 2004 susvisée a implicitement ratifié les articles 3, 4, 6, 7, 9, 21, 22, 26, 27 et 28 de l'ordonnance du 17 juin 2004 ; que le paragraphe XXII de la loi déferée se borne à réitérer la ratification de ces articles sans en modifier le contenu, ni les compléter, ni affecter leur domaine d'application ; que, par suite, les conditions dans lesquelles leur conformité à la Constitution pourrait être utilement contestée devant le Conseil constitutionnel ne sont pas réunies ; qu'il en va ainsi, en particulier, des articles 26 et 28 mis en cause par les requérants ;

. En ce qui concerne l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales dans sa rédaction issue de l'article 14 de la même ordonnance :

14. Considérant que l'article 2 de l'ordonnance précise les conditions dans lesquelles l'Etat et ses établissements publics peuvent conclure des contrats de partenariat ; qu'aux termes de cet article : « 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 est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret » ;

15. Considérant que l'article 14 de l'ordonnance insère dans le code général des collectivités territoriales un article L. 1414-2 ; que celui-ci reprend les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance, afin d'en étendre l'application aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics ; que seul diffère de cet article 2 le dernier alinéa de l'article L. 1414-2 aux termes duquel : « 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 » ;

16. Considérant que les requérants soutiennent qu'en ratifiant ces dispositions, le Parlement aurait méconnu la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 juin 2003 susvisée à propos de l'article 6 de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003 ; que l'évaluation prévue par l'ordonnance ne constituerait, à cet égard, qu'une garantie purement formelle ; qu'enfin, l'ordonnance aurait dû exiger, pour les collectivités territoriales, que l'organisme chargé de procéder à l'évaluation figure sur une liste établie par décret ;

17. Considérant, en premier lieu, que, par sa décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel a déclaré les dérogations au droit de la commande publique prévues par l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 conformes à la Constitution sous la réserve suivante : « les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront 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 » ;

18. Considérant qu'il résulte des termes mêmes de cette décision que l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat, dès lors qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs ; qu'il en va de même de la complexité du projet, lorsqu'elle est telle que, comme l'énonce le a) des deux articles critiqués, « 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 » ;

19. Considérant que sont dès lors conformes aux exigences formulées par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée les conditions auxquelles les dispositions dont la ratification est contestée subordonnent la passation des contrats de partenariat ; que l'évaluation préalable que ces dispositions prévoient a pour but de vérifier que ces conditions sont satisfaites ;

20. Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte des dispositions contestées que la légalité de la décision de lancer la procédure de passation d'un contrat de partenariat est soumise non seulement à la réalisation, dans les formes prescrites, de l'évaluation préalable, mais aussi, sous le contrôle du juge, à la condition que le projet envisagé corresponde effectivement à l'une des situations visées au a) de l'article 2 de l'ordonnance et de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales ; que le juge pourra être saisi, au stade précontractuel, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

21. Considérant, enfin, qu'aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle n'impose que la vérification des exigences auxquelles est soumise la passation des contrats de partenariat soit confiée à un organisme figurant sur une liste fixée par décret ;

22. Considérant, par suite, que ni l'article 2 de l'ordonnance, ni l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales dans sa rédaction issue de l'article 14 de la même ordonnance ne méconnaissent la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel à propos de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, laquelle est revêtue de l'autorité que confère à ses décisions l'article 62 de la Constitution ;

. En ce qui concerne l'article 8 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et les articles L. 1414-9, L. 1414-12 et L. 1414-13 du code général des collectivités territoriales dans leur rédaction issue de l'article 14 de la même ordonnance :

23. Considérant que l'article 8 de l'ordonnance, ainsi que les articles L. 1414-9, L. 1414-12 et L. 1414-13 du code général des collectivités territoriales, fixent la procédure de passation des contrats de partenariat ;

24. Considérant que, selon les requérants, ces dispositions ne garantissent pas « les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des

artisans » aux contrats de partenariat, comme l'imposait l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 ; qu'ils estiment, par ailleurs, que « le texte attaqué consacre l'idée que ces acteurs économiques ne peuvent accéder à ces contrats que par la voie de la sous-traitance » ; que serait ainsi méconnu « le principe d'égalité d'accès à la commande publique » ;

25. Considérant, en premier lieu, qu'est inopérant à l'encontre d'une loi de ratification le grief tiré de ce que l'ordonnance ratifiée aurait outrepassé les limites de l'habilitation ;

26. Considérant, en deuxième lieu, que l'article 8 de l'ordonnance prévoit que, parmi les critères d'attribution du contrat de partenariat, doit figurer la part de son exécution « que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans » ; que l'article L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales, dans la rédaction que lui donne l'article 14 de l'ordonnance, comporte la même prescription ; qu'au nombre des clauses devant figurer dans un contrat de partenariat sont mentionnées, aux termes du premier alinéa du f) de l'article 11 de l'ordonnance et de l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales, les « modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment... 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 » ; que le second alinéa du f) des mêmes articles, qui doit être regardé comme visant les entreprises directement chargées par le titulaire du contrat de partenariat de la construction des ouvrages et équipements, prévoit la constitution obligatoire, au profit de ces entreprises, d'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 ; que, compte tenu des caractéristiques particulières des situations dans lesquelles est justifiée la conclusion d'un contrat de partenariat, l'ensemble de ces mesures assure le respect du principe d'égalité ;

27. Considérant qu'en tout état de cause, aucune disposition de l'ordonnance ne fait obstacle à ce qu'une petite ou moyenne entreprise se porte candidate, notamment dans le cadre d'un groupement d'entreprises, à l'attribution d'un contrat de partenariat ;

28. Considérant, en troisième lieu, qu'il ressort des termes mêmes de l'ordonnance que, si la personne publique peut confier tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire du contrat de partenariat, elle n'est pas tenue de le faire ; que, lorsqu'elle ne confie à ce titulaire qu'une partie de la conception, il lui est possible de faire appel à une équipe de maîtrise d'oeuvre pour la partie de la conception qu'elle assume ; que, même lorsqu'elle confie toute la conception des ouvrages à son cocontractant, l'article 12 de l'ordonnance, dont les dispositions sont reprises à l'article L. 1414-13 du code général des collectivités territoriales, impose que les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural ; qu'en vertu des mêmes dispositions, doivent figurer, au nombre des critères d'attribution du contrat, la qualité globale des ouvrages et, parmi les conditions de son exécution, l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'oeuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation ;

29. Considérant qu'en contribuant ainsi à préserver la spécificité de la fonction de maîtrise d'oeuvre et la qualité architecturale des ouvrages, l'ensemble de ces dispositions assure, compte tenu des caractéristiques particulières des situations dans lesquelles est justifiée la conclusion d'un contrat de partenariat, le respect du principe d'égalité ;

30. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le principe d'égalité devant la commande publique n'est pas méconnu par les dispositions contestées ;

. En ce qui concerne les articles 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales dans sa rédaction issue de l'article 14 de la même ordonnance :

31. Considérant que l'article 11 de l'ordonnance, comme l'article L. 1414-12 inséré dans le code général des collectivités territoriales par l'article 14 de la même ordonnance, disposent qu'« un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : - 1) 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 » ;

32. Considérant, en premier lieu, que « le principe de l'interdiction du recours à l'arbitrage par les personnes publiques », invoqué par les requérants, a valeur législative et non constitutionnelle ; que, dès lors, le grief tiré de sa méconnaissance est inopérant devant le Conseil constitutionnel ;

33. Considérant, en second lieu, que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, les dispositions précitées ne portent pas atteinte à l'exigence de bon usage des deniers publics qui découle de l'article 14 de la Déclaration de 1789 ;

. En ce qui concerne l'article 18 de l'ordonnance du 17 juin 2004 :

34. Considérant que l'article 18 de l'ordonnance insère dans le code général des collectivités territoriales un article L. 1615-12 ainsi rédigé : « 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 ajoutée 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 » ;

35. Considérant que, selon les requérants, cette disposition empiète sur la compétence du Parlement en matière fiscale et excède ainsi le champ de l'habilitation conférée au Gouvernement par l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 ;

36. Considérant, en premier lieu, qu'est inopérant à l'encontre d'une loi de ratification le grief tiré de ce que l'ordonnance ratifiée aurait outrepassé les limites de l'habilitation ;

37. Considérant, en second lieu, que les dispositions critiquées ont pour seul objet d'assurer que le choix d'une collectivité territoriale de recourir à un contrat de partenariat plutôt que d'assurer elle-même la maîtrise d'ouvrage n'aura pas d'incidence sur l'éligibilité des dépenses d'équipements en cause au fonds de compensation de la TVA ; qu'elles ne méconnaissent ni le principe de l'égalité devant l'impôt, ni les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique et au bon usage des deniers publics, ni la libre administration des collectivités territoriales ;

38. Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution,

D É C I D E :

Article premier.- N'est pas contraire à la Constitution le paragraphe XXII de l'article 78 de la loi de simplification du droit en tant qu'il ratifie les articles 2, 8, 11, 14 et 18 de l'ordonnance

n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Article 2.- La présente décision sera publiée au *Journal officiel* de la République française.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 2 décembre 2004, où siégeaient : M. Pierre MAZEAUD, Président, MM. Jean-Claude COLLIARD et Olivier DUTHELLET de LAMOTHE, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Pierre JOXE et Jean-Louis PEZANT, Mme Dominique SCHNAPPER, M. Pierre STEINMETZ et Mme Simone VEIL.

**Conseil d'Etat
statuant
au contentieux**

N° 269814

Publié au recueil Lebon

7EME ET 2EME SOUS-SECTIONS REUNIES

M. Genevois, président
M. Julien Boucher, rapporteur
M. Casas, commissaire du gouvernement
SCP BOUTET ; SCP LYON-CAEN, FABIANI, THIRIEZ, avocats

lecture du vendredi 29 octobre 2004

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu 1°), sous le n° 269814, la requête, enregistrée le 12 juillet 2004 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par M. Jean-Pierre R, Mme Michèle A, M. Bernard B, M. Bertrand C, M. Jean-Pierre D, M. Jacques E, Mme Maryse F, M. Jean G, M. Didier H, Mme Yolande I, M. Jean-Louis J, M. Bernard K, Mme Monique BK, M. Gilbert M, M. Michel N, M. Raymond O, M. Roland P, M. Yves Q, M. Jean-Pierre S, M. Claude T, M. Michel, Mme Josette V, M. Bernard W, M. Claude X, M. Charles Y, M. Jean-Noël Z, M. Claude AA, Mme Odette AB, M. Serge AC, M. Louis BL, M. André AE, M. Philippe AF, M. Jacques AG, M. Jean-Yves AH, M. François AI, M. Jean-Pierre AJ, M. Marc AK, M. Pierre AL, M. Louis AM, M. Gérard AN, M. Michel AO, M. Jean-Marc AP, M. Jean-Claude AQ, M. Jean-François AR, M. Bernard AS, M. Jean-Pierre AT, Mme Danièle AU, M. Daniel AV, M. Daniel AW, M. André AX, M. Claude AY, Mme Michèle AZ, M. Michel BA, M. René-Pierre BB, M. Simon BC, M. Michel BD, M. Jean-Marc BE, M. Pierre-Yvon BF, M. André BG, M. Marcel BH et M. Henri BI, sénateurs, domiciliés en cette qualité au Palais du Luxembourg, 15, rue de Vaugirard à Paris (75006), désignant M. Jean-Pierre R comme leur représentant unique ; M. R et autres demandent au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ;

Vu 2°), sous le n° 271119, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 11 août et 15 septembre 2004, présentés par l'UNION NATIONALE DES SYNDICATS FRANÇAIS D'ARCHITECTES, dont le siège est 26, boulevard Raspail à Paris (75007), représentée par son président en exercice, domicilié en cette qualité audit siège ; l'UNION NATIONALE DES SYNDICATS FRANÇAIS D'ARCHITECTES demande au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ;

Vu 3°), sous le n° 271357, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 19 août et 20 septembre 2004, présentés pour l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS, dont le siège est à la mairie de La Neuville-Chant-d'Oisel, 21-57, rue des Andelys à La Neuville-Chant-d'Oisel (76520), représentée par son président en exercice, domicilié en cette qualité audit siège, et par la FEDERATION NATIONALE DES ELUS SOCIALISTES ET REPUBLICAINS, dont le siège est 5 bis, rue Rochechouart à Paris (75009), représentée par son président en exercice, domicilié en cette qualité audit siège ; l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS et la FEDERATION NATIONALE DES ELUS SOCIALISTES ET REPUBLICAINS demandent au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ;

Vu 4°), sous le n° 271362, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 19 août et 21 septembre 2004, présentés pour le SYNDICAT NATIONAL DES ENTREPRISES DU SECOND ŒUVRE DU BATIMENT, dont le siège est 8, rue Catulle Mendès à Paris (75017), représenté par son président en exercice, domicilié en cette qualité audit siège ; le SYNDICAT NATIONAL DES ENTREPRISES DU SECOND ŒUVRE DU BATIMENT demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros en application des dispositions de l'article L.

761-1 du code de justice administrative ;

.....
Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu, dans l'affaire n° 269814, la note en délibéré, enregistrée le 27 octobre 2004, présentée par M. R et autres ;

Vu, dans l'affaire n° 271119, la note en délibéré, enregistrée le 27 octobre 2004, présentée par l'UNION NATIONALE DES SYNDICATS FRANÇAIS D'ARCHITECTES ;

Vu la Constitution, notamment ses articles 38 et 62 ;

Vu la directive du Conseil 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ;

Vu la directive du Conseil 93/36/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures ;

Vu la directive du Conseil 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ;

Vu la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;

Vu le code civil ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code général des impôts ;

Vu le code monétaire et financier ;

Vu le code pénal ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée ;

Vu la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 modifiée ;

Vu la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée ;

Vu la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 modifiée ;

Vu la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003, ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 ;

Vu la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Julien Boucher, Auditeur,

- les observations de la SCP Boutet, avocat de l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS et de la FEDERATION NATIONALE DES ELUS SOCIALISTES ET REPUBLICAINS et de la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat du SYNDICAT NATIONAL DES ENTREPRISES DU SECOND ŒUVRE DU BATIMENT,

- les conclusions de M. Didier Casas, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que les requêtes susvisées tendent à l'annulation de la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour qu'elles fassent l'objet d'une seule décision ;

Sur l'étendue du litige :

Considérant que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une ordonnance intervenue à la suite d'une loi d'habilitation prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution peut résulter d'une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement ;

Considérant, d'une part, que les 5° et 6° du I de l'article 153 de la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique ont soumis les baux emphytéotiques 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 du code de la santé publique, au respect des dispositions du dernier alinéa de l'article 3, ainsi que des articles 4, 6, 7 et 9, à l'exception du quatrième alinéa, de l'ordonnance attaquée ; que, si les dispositions législatives en cause, qui ont eu pour seul objet de rendre applicable à la passation de tels baux la procédure de passation des contrats de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics, ont nécessairement, par là même, rétroactivement conféré valeur législative aux articles de l'ordonnance attaquée auxquels elles se réfèrent à cette fin, elles n'ont pas eu pour effet de ratifier l'ensemble de cette ordonnance, dont les autres dispositions sont divisibles de celles ainsi implicitement ratifiées ;

Considérant, d'autre part, que les 1° et 2° du I de l'article 153 de la loi du 9 août 2004 ont modifié les articles L. 6145-6 et L. 6148-2 du code de la santé publique, dans la rédaction que leur avaient donnée les articles 21 et 22 de l'ordonnance attaquée ; qu'en outre, les II, III et IV du même article ont modifié, pour les rendre applicables aux baux emphytéotiques précités, les dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, du 1° bis de l'article 1382 du code général des impôts et de l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, dans la rédaction que leur avaient donnée respectivement le 1° de l'article 27, l'article 26 et l'article 28 de l'ordonnance attaquée ; que les dispositions législatives en cause ont nécessairement eu pour effet de conférer rétroactivement valeur législative, y compris dans leurs dispositions non modifiées, aux articles du code de la santé publique, du code de justice administrative, du code général des impôts et du code monétaire et financier qu'elles modifient ; qu'elles n'ont toutefois pas davantage que celles dont la teneur a été rappelée plus haut, et pour les mêmes motifs, eu pour effet de ratifier l'ensemble de l'ordonnance attaquée ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que doivent être regardés comme ayant été implicitement ratifiés par l'article 153 de la loi du 9 août 2004 les articles 3, 4, 6, 7, 9, 21, 22, 26, 27 et 28 de l'ordonnance attaquée ; qu'ainsi, les conclusions des requêtes susvisées dirigées contre ces dispositions sont sans objet ; que, par suite, il n'y a pas lieu de statuer, dans cette mesure, sur les conclusions des requêtes n° 269814 et n° 271119, enregistrées antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 9 août 2004 ; que les conclusions des requêtes n° 271357 et n° 271362, enregistrées postérieurement à cette entrée en vigueur, doivent, dans la même mesure, être rejetées comme irrecevables ; que, dans l'un comme dans l'autre cas, il n'y a lieu, pour le Conseil d'Etat, d'examiner les moyens des requêtes qu'en ce qui concerne les dispositions non ratifiées de l'ordonnance attaquée ;

Sur la légalité de l'ordonnance attaquée, sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité des requêtes :

En ce qui concerne le principe du contrat de partenariat :

Considérant que, si les requérants soutiennent que l'institution de contrats globaux tels que les contrats de partenariat méconnaîtrait, par elle-même, les exigences constitutionnelles relatives à l'égalité devant la commande publique et au bon usage des deniers publics, de tels moyens ne peuvent utilement être invoqués à l'encontre de l'ordonnance attaquée, dès lors que le principe de la création de contrats ayant pour objet la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions résulte des termes mêmes de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, sur le fondement de laquelle a été prise l'ordonnance attaquée et dont il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, d'apprécier la conformité à la Constitution ;

En ce qui concerne les cas de recours aux contrats de partenariat :

Considérant qu'aux termes de l'article 2 de l'ordonnance attaquée, applicable aux contrats de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics : 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 est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret ; que l'article 14 de la même ordonnance crée dans le code général des collectivités territoriales un article L. 1414-2 comportant, en ce qui concerne ces collectivités et leurs établissements publics, des dispositions similaires, à l'exception du dernier alinéa, ainsi rédigé : 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 ;

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ces dispositions que la légalité de la décision de lancer la procédure de passation d'un contrat de partenariat est soumise, non seulement à la réalisation, dans les formes prescrites, de l'évaluation préalable qu'elles prévoient, mais aussi, sous le contrôle du juge, qui pourra notamment être saisi, au stade précontractuel, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à ce que le projet envisagé corresponde effectivement à l'une des situations visées au a) de l'article 2 de l'ordonnance attaquée et de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que les dispositions précitées ne subordonneraient la passation d'un contrat de partenariat qu'à la seule condition, purement formelle, qu'ait été préalablement réalisée l'évaluation qu'elle prévoient manque en fait ;

Considérant, en deuxième lieu, que, si les requérants soutiennent que la réalisation de cette évaluation préalable, qui a notamment pour objet, dès lors que le projet envisagé rentre dans l'une des hypothèses visées au a) des dispositions précitées de l'article 2 de l'ordonnance attaquée et de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, d'éclairer la personne publique, dans les conditions prévues au b) des mêmes articles, sur l'opportunité administrative, économique et financière du recours à un contrat de partenariat plutôt qu'à un autre instrument du droit de la commande publique, ne serait pas entourée de garanties suffisantes de fiabilité et d'objectivité, l'ordonnance attaquée ne méconnaît sur ce point ni les dispositions de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, ni aucune autre exigence inhérente à la hiérarchie des normes ;

Considérant, en troisième lieu, que les requérants soutiennent que les dispositions précitées de l'ordonnance attaquée étendent la possibilité de passer un contrat de partenariat au-delà des prévisions des dispositions de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, telles qu'interprétées par la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel, par laquelle celui-ci a jugé que les ordonnances prises sur le fondement de cet article devraient réserver les dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique 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 ; qu'il résulte des termes mêmes de cette décision que, sous réserve qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs, l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat ; qu'il en va de même de la complexité du projet, lorsqu'elle est telle 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 de ce projet ; qu'ainsi, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'article 2 de l'ordonnance attaquée et l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de cette ordonnance, méconnaissent les dispositions de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, non plus que l'interprétation qu'a donnée de ces dispositions, avec l'autorité qui s'attache à la chose jugée, le Conseil constitutionnel ;

En ce qui concerne la procédure de passation des contrats de partenariat :

Considérant qu'aux termes de l'article 5 de l'ordonnance attaquée, relatif aux contrats de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics : 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. / 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 ; que l'article L. 1414-5 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de l'ordonnance attaquée, comporte, en ce qui concerne les collectivités territoriales et leurs établissements publics, des dispositions similaires et renvoie, s'agissant du déroulement de la phase de dialogue, à l'article L. 1414-7 du même code ; qu'aux termes du I de l'article 7 de l'ordonnance attaquée, dont la teneur est reprise à l'article L. 1414-7 du code général des collectivités territoriales : 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. / (...) 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. / (...) 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 (...); qu'aux termes du II du même article : La procédure d'appel d'offres est définie par décret ; que selon l'article 8 de l'ordonnance attaquée, dont la teneur est reprise à l'article L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales : 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. / Les critères d'attribution sont pondérés. Si la personne publique démontre qu'une telle pondération est objectivement impossible, ils sont hiérarchisés (...);

Considérant, en premier lieu, que, si l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS et la FEDERATION NATIONALE DES ELUS SOCIALISTES ET REPUBLICAINS font grief au second alinéa de l'article 5 de l'ordonnance attaquée de permettre la passation d'un contrat de partenariat sans mise en concurrence lorsque le projet présente un caractère d'urgence, ce moyen manque en fait, dès lors que, en vertu de l'article 3 de la même ordonnance, une telle passation est précédee, en toute hypothèse, d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes ;

Considérant, en second lieu, que les dispositions de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services sont entrées en vigueur, en vertu de son article 83, le jour de la publication de cette dernière au Journal officiel de l'Union européenne, soit le 30 avril 2004 ; que le délai de transposition de cette directive expirera, en vertu de son article 80, le 31 janvier 2006, date à laquelle prendra effet l'abrogation des directives du Conseil 92/50/CEE du 18 juin 1992, 93/36/CEE et 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics, respectivement, de services, de fournitures et de travaux ; que si, jusqu'à l'expiration du délai de transposition de la directive 2004/18/CE, les Etats membres sont seulement tenus de s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par celle-ci, il leur est loisible de mettre en vigueur, sans attendre l'expiration de ce délai, les mesures nécessaires pour se conformer aux objectifs de cette directive, sans que puisse utilement être invoquée, à l'encontre de telles mesures, leur incompatibilité éventuelle avec les objectifs des directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE ;

Considérant qu'aux termes du a) du deuxième paragraphe de l'article premier de la directive 2004/18/CE : Les marchés publics sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive ; que, sous réserve que les personnes publiques procédant à leur passation puissent être regardées comme des pouvoirs adjudicateurs au sens du paragraphe 9 de l'article 1er de la même directive et qu'ils rentrent, par leur montant et par leur objet, dans les prévisions du chapitre II du titre II de celle-ci, les contrats de partenariat, qui ont vocation à être passés avec un ou plusieurs opérateurs économiques et en vertu desquels la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique, constituent des marchés publics au sens de cette directive ; que, dans cette mesure, l'ordonnance attaquée s'inscrit dans le champ d'application de la directive 2004/18/CE ;

Considérant qu'aux termes de l'article 29 de la même directive : 1. 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. / L'attribution du marché public est faite sur la seule base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse. / 2. Les pouvoirs adjudicateurs publient un avis de marché dans lequel ils font connaître leurs besoins et exigences, qu'ils définissent dans ce même avis et/ou dans un document descriptif. / 3. Les pouvoirs adjudicateurs ouvrent, avec les candidats sélectionnés conformément aux dispositions pertinentes des articles 44 à 52, un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux leurs besoins. Au cours de ce dialogue, ils peuvent discuter tous les aspects du marché avec les candidats sélectionnés. / (...) 6. Après avoir déclaré la conclusion du dialogue et en avoir informé les participants, les pouvoirs adjudicateurs les invitent à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue. Ces offres doivent comprendre tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet. / Sur demande du pouvoir adjudicateur, ces offres peuvent être clarifiées, précisées et perfectionnées. Cependant, ces précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou de l'appel d'offres, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire. / 7. Les pouvoirs adjudicateurs évaluent les offres reçues en fonction des critères d'attribution fixés dans l'avis de marché ou dans le document descriptif et choisissent l'offre économiquement la plus avantageuse conformément à l'article 53 (...);

Considérant qu'en imposant le recours à une phase de dialogue lorsque, 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, les articles 5 de l'ordonnance attaquée et L. 1414-5 du code général des collectivités territoriales n'ont pas étendu le champ de la procédure de dialogue compétitif au-delà des prévisions du premier paragraphe de l'article 29 précité de la directive 2004/18/CE, éclairé notamment par le trente et unième considérant de celle-ci ; que cet article ne fait pas obstacle à ce que, à l'issue de la phase de dialogue, et avant d'inviter les candidats à remettre leur offre finale, le pouvoir adjudicateur précise, compte tenu de la ou des solutions présentées et spécifiées au

cours du dialogue, les conditions dans lesquelles il entend faire application des critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou le document descriptif, pourvu qu'il ne modifie ni les critères ainsi définis, ni leur pondération, et qu'il porte ces précisions à la connaissance des candidats de manière transparente et non discriminatoire ; qu'ainsi, l'article L. 1414-7 du code général des collectivités territoriales a pu, sans méconnaître les objectifs de l'article 29 de la directive 2004/18/CE, prévoir la possibilité, pour la personne publique souhaitant passer un contrat de partenariat, de préciser, à l'issue de la phase de dialogue, les critères d'attribution du contrat définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation ; que, les conclusions du SYNDICAT NATIONAL DES ENTREPRISES DU SECOND ŒUVRE DU BATIMENT dirigées contre l'article 7 de l'ordonnance attaquée étant, ainsi qu'il a été dit, irrecevables, il n'y a pas lieu d'examiner le moyen tiré de l'incompatibilité des dispositions de cet article avec les mêmes objectifs ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le SYNDICAT NATIONAL DES ENTREPRISES DU SECOND ŒUVRE DU BATIMENT n'est pas fondé à soutenir que les dispositions de l'article 5 de l'ordonnance attaquée et des articles L. 1414-5 et L. 1414-7 du code général des collectivités territoriales, dans leur rédaction issue de cette ordonnance, sont incompatibles avec les objectifs de la directive 2004/18/CE ; que, dans ces conditions, les moyens tirés, par le même syndicat, de l'incompatibilité de ces dispositions avec les objectifs des directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE ne peuvent, ainsi qu'il a été dit plus haut, qu'être écartés ;

En ce qui concerne l'accès des petites et moyennes entreprises et des architectes aux contrats de partenariat :

Considérant que les dispositions de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 font obligation aux ordonnances à intervenir pour son application de prévoir les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans aux contrats prévus au présent article ; que les requérants soutiennent que l'ordonnance attaquée ne satisfait pas à ces exigences ;

Considérant, en premier lieu, que l'ordonnance attaquée impose de faire figurer, parmi les critères d'attribution d'un contrat de partenariat, la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans ; qu'au nombre des clauses devant figurer dans un tel contrat, le premier alinéa du f) de l'article 11 de cette ordonnance et de l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de la même ordonnance, mentionnent les modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment (...) 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 ; que le second alinéa du f) des mêmes articles, qui doit être regardé comme visant les entreprises directement chargées par le titulaire du contrat de partenariat de la construction des ouvrages et équipements et ne saurait être interprété comme dérogeant aux dispositions de l'article 1799-1 du code civil, prévoit la constitution obligatoire, au profit de ces entreprises, d'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 constatation de ceux-ci ; qu'alors même qu'elles ne revêtent qu'un caractère incitatif, ces mesures satisfont, dans leur ensemble, aux exigences rappelées plus haut de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, dont les dispositions ne peuvent être interprétées comme ayant entendu contraindre les auteurs de l'ordonnance attaquée à réserver en toute hypothèse une part des prestations faisant l'objet des contrats de partenariat à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans ;

Considérant, il est vrai, que les requérants font également grief à l'ordonnance attaquée de n'envisager l'accès des petites et moyennes entreprises aux contrats de partenariat que de manière indirecte, par le biais de marchés passés avec les titulaires de tels contrats, et de ne pas comporter de mesures tendant à leur permettre d'accéder elles-mêmes à la titularité de ces contrats ; que, toutefois, les dispositions précitées de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 ne peuvent être interprétées comme ayant entendu imposer aux auteurs de cette ordonnance de prendre des mesures en ce sens ; qu'en tout état de cause, aucune disposition de l'ordonnance attaquée ne fait obstacle à ce qu'une petite ou moyenne entreprise se porte candidate, notamment dans le cadre d'un groupement d'entreprises, à l'attribution d'un contrat de partenariat ; que, si le SYNDICAT NATIONAL DES ENTREPRISES DU SECOND ŒUVRE DU BATIMENT fait valoir qu'une telle faculté est illusoire, dans la mesure où seules les grandes entreprises sont en mesure d'assumer les engagements à souscrire dans le cadre de contrats globaux de ce type, l'ordonnance attaquée ne peut utilement être critiquée sur ce point, dès lors que, ainsi qu'il a été dit plus haut, le principe de la création de tels contrats résulte directement de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 ; que les auteurs de l'ordonnance attaquée pouvaient, sans méconnaître la portée du même article, prévoir que le titulaire d'un contrat de partenariat assurerait, dans tous les cas, la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser, alors même qu'il en résulte nécessairement que, pour l'application de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, à laquelle l'ordonnance n'a nullement pour effet de déroger, les entreprises chargées, par le titulaire du contrat, de la réalisation de tels travaux auront en principe la qualité, non de sous-traitants de la personne publique, mais d'entrepreneurs principaux ;

Considérant, en second lieu, qu'il ressort des termes mêmes de l'ordonnance attaquée que, si la personne publique peut confier tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire du contrat de partenariat, elle n'est pas tenue de le faire ; que, lorsqu'elle ne confie au titulaire qu'une partie de la conception, il lui est possible, 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, de faire appel à une équipe de maîtrise d'oeuvre pour la partie de la conception qu'elle assume ; que,

lorsque la personne publique confie tout ou partie de la conception des ouvrages à son cocontractant, l'article 11 de l'ordonnance attaquée, dont les dispositions sont reprises à l'article L. 1414-13 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de la même ordonnance, impose, d'une part, que les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural et que figure, au nombre des critères d'attribution du contrat, la qualité globale des ouvrages, d'autre part, que, parmi les conditions d'exécution du contrat, figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'oeuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation ; que ces dispositions, qui contribuent à préserver la spécificité de la fonction de maîtrise d'oeuvre et à garantir la qualité architecturale des ouvrages réalisés dans le cadre des contrats de partenariat, conformément aux objectifs de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture, satisfont ainsi aux exigences de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, telles qu'éclairées par les travaux préparatoires de cette loi ;

En ce qui concerne les autres dispositions de l'ordonnance attaquée ;

Considérant qu'aux termes de l'article 11 de l'ordonnance attaquée : Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : (...) 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 ; que des dispositions similaires figurent au l) de l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de l'ordonnance attaquée ; qu'en habilitant le Gouvernement à créer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public dans les limites qu'il définit, l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 doit être regardé comme ayant entendu permettre aux auteurs de l'ordonnance attaquée de définir dans son ensemble le régime juridique de ces nouveaux contrats, y compris les conditions de prévention et de règlement des litiges susceptibles de naître à l'occasion de leur exécution ; que, compte tenu de la complexité des contrats en cause, liée notamment au caractère global de la mission confiée au cocontractant de l'administration, à la durée des engagements souscrits et aux mécanismes de financement à mettre en oeuvre, rendant nécessaire la mise en place de modalités adaptées de règlement des litiges, les auteurs de l'ordonnance attaquée ont pu, sans méconnaître la portée de cette habilitation et sans qu'y fasse obstacle aucune règle ou aucun principe de valeur constitutionnelle, déroger, par les dispositions précitées, au principe général du droit en vertu duquel les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne ;

Considérant que l'article 18 de l'ordonnance attaquée crée dans le code général des collectivités territoriales un article L. 1615-12 ainsi rédigé : 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 taxe sur la valeur ajoutée 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 taxe sur la valeur ajoutée. 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 taxe sur la valeur ajoutée 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 taxe sur la valeur ajoutée 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 ; que ces dispositions, qui ont pour seul objet d'assurer l'absence d'incidence, sur l'éligibilité des dépenses qu'elles visent au fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée, de la décision par laquelle une collectivité territoriale ou l'un de ses établissements publics choisit de confier la réalisation des équipements concernés au titulaire d'un contrat de partenariat plutôt que de procéder à une telle réalisation sous sa propre maîtrise d'ouvrage, n'excèdent pas le champ de l'habilitation conférée au Gouvernement par l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 ;

Considérant qu'en vertu des dispositions des articles L. 1414-2 et L. 1414-10 du code général des collectivités territoriales, créés par l'article 14 de l'ordonnance attaquée, l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou l'organe délibérant de l'établissement public doit se prononcer, avant le lancement de la procédure de passation, sur le principe du recours à un contrat de partenariat et est seul compétent pour autoriser sa signature ou déclarer la procédure infructueuse ; que le projet de délibération qui lui est soumis à cette dernière fin doit être 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 ; que l'article L. 1414-14 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de l'ordonnance attaquée, impose la présentation à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant, par l'exécutif de la collectivité territoriale ou de l'établissement public, avec les observations de ce dernier, d'un rapport annuel établi par le cocontractant afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat ; qu'il est prévu par l'article 15 de l'ordonnance attaquée que ce rapport sera examiné chaque année par la commission consultative des services publics locaux instituée par l'article L. 1413-1 du code général des collectivités territoriales, laquelle devra en outre être consultée pour avis par l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant sur tout projet de partenariat avant qu'intervienne la délibération prévue par l'article L. 1414-2 ; que l'article 17 de la même ordonnance prévoit que les documents budgétaires mis à la disposition du public en application de l'article L. 2313-1 du code général des collectivités territoriales sont assortis d'une annexe retraçant l'ensemble des engagements financiers résultant des contrats de partenariat ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée

n'organiserait pas les modalités d'une information et d'un contrôle, par les assemblées délibérantes des collectivités territoriales et par les administrés, des conditions de passation et d'exécution des contrats de partenariat de ces collectivités manque en fait et ne peut qu'être écarté ;

Considérant qu'en s'abstenant de modifier, pour les étendre aux contrats de partenariat, les dispositions de la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence qui déterminent les compétences de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public, les auteurs de l'ordonnance attaquée n'ont pas méconnu la portée de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 ; qu'ils n'ont pas davantage méconnu cette portée en s'abstenant de modifier l'article 432-14 du code pénal pour étendre son champ d'application au cas où les agissements qu'il réprime seraient commis dans le cadre de l'attribution d'un contrat de partenariat ;

Considérant que, contrairement à ce que soutiennent l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS et la FEDERATION NATIONALE DES ELUS SOCIALISTES ET REPUBLICAINS, la circonstance que le d) de l'article 11 de l'ordonnance attaquée et de l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de cette ordonnance, prévoient que le titulaire d'un contrat de partenariat pourra être autorisé à se procurer des recettes en exploitant les ouvrages ou équipements faisant l'objet de ce contrat pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante n'est pas, par elle-même, de nature à faire regarder cette ordonnance, qui dispose d'ailleurs expressément qu'un contrat de partenariat devra contenir des clauses relatives 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, comme portant atteinte au principe de continuité du service public ;

Considérant, enfin, que l'ordonnance attaquée n'a ni pour objet ni pour effet de déroger aux dispositions du code civil relatives à la responsabilité décennale des constructeurs non plus qu'aux principes dont elles s'inspirent ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les requérants ne sont pas fondés à demander l'annulation des dispositions non ratifiées de l'ordonnance attaquée ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Etat, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que le SYNDICAT NATIONAL DES ENTREPRISES DU SECOND ŒUVRE DU BATIMENT demande au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1er : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions des requêtes n° 269814 et n° 271119 en tant qu'elles tendent à l'annulation des articles 3, 4, 6, 7, 9, 21, 22, 26, 27 et 28 de l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat.

Article 2 : Le surplus des conclusions des requêtes n° 269814 et n° 271119 et les conclusions des requêtes n° 271357 et n° 271362 sont rejetés.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à M. Jean-Pierre R, Mme Michèle A, M. Bernard B, M. Bertrand C, M. Jean-Pierre D, M. Jacques E, Mme Maryse F, M. Jean G, M. Didier H, Mme Yolande I, M. Jean-Louis J, M. Bernard K, Mme Monique BK, M. Gilbert M, M. Michel N, M. Raymond O, M. Roland P, M. Yves Q, M. Jean-Pierre S, M. Claude T, M. Michel, Mme Josette V, M. Bernard W, M. Claude X, M. Charles Y, M. Jean-Noël Z, M. Claude AA, Mme Odette AB, M. Serge AC, M. Louis BL, M. André AE, M. Philippe AF, M. Jacques AG, M. Jean-Yves AH, M. François AI, M. Jean-Pierre AJ, M. Marc AK, M. Pierre AL, M. Louis AM, M. Gérard AN, M. Michel AO, M. Jean-Marc AP, M. Jean-Claude AQ, M. Jean-François AR, M. Bernard AS, M. Jean-Pierre AT, Mme Danièle AU, M. Daniel AV, M. Daniel AW, M. André AX, M. Claude AY, Mme Michèle AZ, M. Michel BA, M. René-Pierre BB, M. Simon BC, M. Michel BD, M. Jean-Marc BE, M. Pierre-Yvon BF, M. André BG, M. Marcel BH et M. Henri BI, à l'UNION DES SYNDICATS FRANÇAIS D'ARCHITECTES, à l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS, à la FEDERATION NATIONALE DES ELUS SOCIALISTES ET REPUBLICAINS, au SYNDICAT NATIONAL DES ENTREPRISES DU SECOND ŒUVRE DU BATIMENT, au Premier ministre et au ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

IMPLICITE - 1) EXISTENCE - HYPOTHÈSES - MODIFICATION D'UNE DISPOSITION DE L'ORDONNANCE [RJ1] - EXTENSION DU CHAMP DE L'ORDONNANCE PAR UNE DISPOSITION LÉGISLATIVE [RJ2] - 2) CARACTÈRE PARTIEL - CONDITION - DIVISIBILITÉ DES DISPOSITIONS RATIFIÉES - 3) CONSÉQUENCES SUR L'ORDONNANCE DU 17 JUIN 2004 SUR LES CONTRATS DE PARTENARIAT - B) DÉROGATION À UN PRINCIPE GÉNÉRAL DU DROIT - 1) CONDITION - AUTORISATION, MÊME IMPLICITE, DONNÉE PAR LA LOI D'HABILITATION - 2) APPLICATION À L'ORDONNANCE DU 17 JUIN 2004 SUR LES CONTRATS DE PARTENARIAT.

15-02-04 COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES - PORTÉE DES RÈGLES DE DROIT COMMUNAUTAIRE - DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES - PHASE DE TRANSITION ENTRE DEUX DIRECTIVES PORTANT SUR LE MÊME SUJET - TRANSPOSITION - RÉGIME [RJ3].

39 COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES - PORTÉE DES RÈGLES DE DROIT COMMUNAUTAIRE - DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES - CONTRATS DE PARTENARIAT (ORDONNANCE DU 17 JUIN 2004) - A) CAS DE RECOURS - URGENCE (ART. 2) - DÉFINITION [RJ4] - B) PROCÉDURE DE PASSATION - DIALOGUE COMPÉTITIF - POSSIBILITÉ DE PRÉCISER LES CRITÈRES D'ATTRIBUTION EN FIN DE PROCÉDURE (ART. L. 1414-7 NOUVEAU DU CODE GÉNÉRAL DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES) - COMPATIBILITÉ AVEC LES OBJECTIFS DE LA DIRECTIVE 2004/18/ CE DU 31 MARS 2004 - CONDITIONS [RJ5].

Résumé : 01-02-01-04 a) 1) Une ordonnance doit être regardée comme implicitement ratifiée dès lors qu'une loi modifie ou complète une de ses dispositions ou en étend le champ d'application.,,2) Cette ratification peut n'être que partielle si les dispositions implicitement ratifiées sont divisibles du reste de l'ordonnance.,,3) Doivent être regardés comme ayant été implicitement ratifiés par l'article 153 de la loi du 9 août 2004 les articles 3, 4, 6, 7, 9, 21, 22, 26, 27 et 28 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Ces articles étant divisibles du reste de l'ordonnance, celle-ci doit toutefois n'être regardée que comme partiellement ratifiée.... ..b) 1) Une ordonnance peut déroger à un principe général du droit si la loi d'habilitation l'implique implicitement mais nécessairement.... ..2) L'article 6 de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003 doit être regardé comme ayant autorisé les auteurs de l'ordonnance à déroger au principe général du droit selon lequel les personnes publiques ne peuvent avoir recours à l'arbitrage.

15-02-04 Lorsqu'une directive assouplit les règles d'une matière déjà réglementée par une directive, les Etats membres, seulement tenus de s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive postérieure, peuvent légalement mettre en vigueur, sans attendre l'expiration du délai de transposition de cette directive, les mesures nécessaires pour se conformer à ses objectifs, sans que puisse utilement être invoquée, à l'encontre de telles mesures, leur incompatibilité éventuelle avec les objectifs de la directive initiale.

39 a) Par urgence au sens de l'article 2 de l'ordonnance, il faut entendre urgence résultant objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs.,,b) L'article 29 de la directive 2004/18/CE ne fait pas obstacle à ce que, à l'issue de la phase de dialogue, et avant d'inviter les candidats à remettre leur offre finale, le pouvoir adjudicateur précise, compte tenu de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue, les conditions dans lesquelles il entend faire application des critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou le document descriptif, pourvu qu'il ne modifie ni les critères ainsi définis, ni leur pondération, et qu'il porte ces précisions à la connaissance des candidats de manière transparente et non discriminatoire. Interprété de cette façon, l'article L. 1414-7 du code général des collectivités territoriales, qui prévoit la possibilité, pour la personne publique souhaitant passer un contrat de partenariat, de préciser, à l'issue de la phase de dialogue, les critères d'attribution du contrat définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation, peut être regardé comme compatible avec les objectifs de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004.

[RJ1] Cf. Cons. Const. 29 février 1972, décision n° 72-73 L, Rec. p. 31 ; Cons. Const., 23 janvier 1987, décision n° 86-224 DC, Rec. p. 8 ; CE, 27 février 1994, Ghez, p. 55.,,[RJ2] Cf. CE, 17 mai 2002, Hoffer, T. p. 583.,,[RJ3] Rapp. CJCE, 18 décembre 1997, Inter-environnement Wallonie ASBL c/ Région wallone, aff. C-129/96 ; CE, 10 janvier 2001, France nature environnement, p. 9.,,[RJ4] Cf. Cons. Const., 26 juin 2003, 2003-476 DC.,,[RJ5] Rapp. CJCE, 25 avril 1996, Commission c/ Belgique, aff. C-87/94, Rec. p. I-2043 ; CJCE, 18 octobre 2001, SIAC Construction Ltd, aff. C-19/00, Rec. p. I-7725.

**Comparaison des systèmes juridiques français de partenariat
 Contrat de partenariat
 BEA des collectivités territoriales
 BEA police – justice – gendarmerie – armée
 BEA – hospitalier**

Convention de bail avec Option d'Achat liée à une Autorisation d'Occupation Temporaire

	DSP	CP	BEA de droit commun et police – justice – armée	BEA Hospitalier	AOT-LOA
<p>62/97</p> <p>1 - Le droit applicable au contrat</p>	<ul style="list-style-type: none"> 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 CGCT (et R. 1411-1 à R.1411-8 du CGCT) Loi n° 2001-1168, 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite MURCEF. Loi N° 95-127, 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public. Loi N° 95-101, 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement dite « Loi Barnier ». 	<ul style="list-style-type: none"> Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit.. Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat codifiée aux articles L. 1414-1 à L. 1414-6 du CGCT. Décret n° 2004-1145 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 codifié aux articles D 1414-1 à D. 1414-4 du CGCT. Décret n° 2004-1119 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat. 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. 	<p>BEA de droit commun :</p> <ul style="list-style-type: none"> Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, codification au CGCT (article L. 1311-2 et suivants du CGCT). BEA police, justice, armée : Loi n° 2002-1094 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 29 août 2002. Loi n° 2002-1138 d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002. Loi relative à la programmation militaire pour les années 2003-2008 du 27 janvier 2003. Décret 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'Etat. Décret 2004-732 du 26 juillet 2004 modifiant le décret 2004-18. 	<p>Hospitalier</p> <ul style="list-style-type: none"> Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003. Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003. A titre indicatif : <i>Guide du bail euhphytéotique hospitalier, un outil global et innovant au service de l'investissement hospitalier</i> de la Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINIH). 	<p>AOT-LOA</p> <ul style="list-style-type: none"> 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. Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation pour la sécurité intérieure (LOFSI). Loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 de programmation militaire. Code général de la propriété des personnes publiques - Article L. 2122-15 Décret 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'Etat. Décret 2004-732 du 26 juillet 2004 modifiant le décret 2004-18.

	DSP	CP	BEA de droit commun et police - justice - armée	BEA Hospitalier	AOT-LOA
	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Décret 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. ▪ Décret 95-225 du 1^{er} mars 1995 pris pour l'application de l'article 41 de 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. ▪ Décret 2005-236 du 14 mars 2005 relatif au rapport annuel du délégataire de service public local modifiant le CGCT. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Le CP est le contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, 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 (article 1 de l'ordonnance de juin 2004 pour l'Etat et article K. 1414-1 du CGCT pour les CT). 	<p>BEA droit commun :</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 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 CT d'une mission de SP : délégation de SP, 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 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. <p>BEA police justice armée :</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Lorsque le BEA est géré par la collectivité locale, jusqu'au 31 décembre 2007, en fonction des besoins de la justice de la police ou de la gendarmerie nationales (article L. 1311-2 du CGCT). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ ... Ainsi que d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale (article L. 1311-4-1 du CGCT et article L. 6148-2 CSP). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 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, 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.
<p>2 - L'objet du contrat</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Une délégation de service public est un 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 peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. (article 38 de la « loi Sapin » tel que modifié par l'article 3 de la loi MURCEF et article L. 1411-1 du CGCT). 				

	D S P	CP	BEA de droit commun et police - justice - armée	BEA Hospitalier	AOT - LOA
3 - Les personnes publiques concernées	<ul style="list-style-type: none"> 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 CGCT) 	<ul style="list-style-type: none"> L'Etat et les établissements publics de l'Etat, les CT et leurs établissements publics (« la personne publique », articles 1 et 14 de l'ordonnance de juin 2004 et article L. 1414-1 du CGCT) 	<p>BEA droit commun :</p> <ul style="list-style-type: none"> Les CT (article L. 1311-2 du CGCT) et les établissements publics de CT et les groupements de collectivités (article 1311-4 du CGCT) <p>BEA police justice armée :</p> <ul style="list-style-type: none"> Les CT et les EPCI pour le compte de l'Etat en vertu de l'article L. 1311-4-1 du CGCT 	<ul style="list-style-type: none"> Les CT et les EPCI (article L. 1311-4-1 du CGCT) et directement par les EPS et les structures de coopération sanitaires dotées de la personnalité morale publique 	<ul style="list-style-type: none"> L'Etat Les collectivités locales CPP Art. L. 2122-20 CGCT Art. L. 1311
4 - Le Champ du contrat	<ul style="list-style-type: none"> Tous types d'opérations d'investissement avec financement : travaux, équipement, services techniques (non délégués) et connexes. 	<ul style="list-style-type: none"> 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. 	<ul style="list-style-type: none"> Répondre aux besoins principalement immobiliers. 	<ul style="list-style-type: none"> Répondre aux besoins principalement immobiliers d'un EPS ou d'une structure de coopération sanitaire directement ou à travers une collectivité territoriale. 	<ul style="list-style-type: none"> Bail pour bâtiments à construire avec option d'achat CPPP Art. L. 2122-15 : police justice gendarmerie, défense.
5 - La durée du contrat	<ul style="list-style-type: none"> 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 réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. Vingt ans maximum (sauf examen préalable du TPC) 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 CGCT). 	<ul style="list-style-type: none"> Durée fixée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues (maximum 99 ans). 	<ul style="list-style-type: none"> De 18 à 99 ans. 	<ul style="list-style-type: none"> De 18 à 99 ans 	<ul style="list-style-type: none"> Négociation libre, en fonction de l'AOT et n'excédant pas 70 ans.
6 - Evaluation préalable du contrat	<ul style="list-style-type: none"> Non obligatoire 	<ul style="list-style-type: none"> Obligatoire : Complexité ou caractère d'urgence nécessaire et exposé des motifs de lancement du contrat (article 2 de l'ordonnance de juin 2004 pour l'Etat et article L. 1414-2 du CGCT pour les CT) 	<ul style="list-style-type: none"> Non obligatoire 	<ul style="list-style-type: none"> Obligatoire (arrêté du 17 nov 2006, JO 29/11/2006). 	<ul style="list-style-type: none"> Non obligatoire

	DSP	CP	BEA de droit commun et police - justice - armée	BEA Hospitalier	AOT-LOA
7 - Prescription des besoins de la personne publique	<ul style="list-style-type: none"> 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 CGCT). 	<ul style="list-style-type: none"> Programme fonctionnel (article 7 de l'ordonnance de juin 2004 pour l'Etat CT). 	<p>BEA police justice armée :</p> <ul style="list-style-type: none"> Demande de l'Etat pour police, justice et armée. 	<ul style="list-style-type: none"> Programme détaillé en fonction du schéma régional d'organisation sanitaire (SROS). 	<ul style="list-style-type: none"> Programme établi par le service concerné.
8 - Contrat et domanialité publique	<ul style="list-style-type: none"> Possibilité pour le délégataire de disposer d'une autorisation d'occupation du domaine public constitutive de droits réels. 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 CGCT et article L. 2122-11 CGPPP). 	<ul style="list-style-type: none"> Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée (article 13 de l'ordonnance de juin 2004 et article L. 1414-16 du CGCT). 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'affectation du domaine public. 	<ul style="list-style-type: none"> Bail sur une dépendance publique ou privée hors champ d'application de la convention de voirie (article L. 1311-2 du CGCT). 	<ul style="list-style-type: none"> Cas de l'EFS direct article 6148 al. 2 CSP ; idem que BEA. Cas de la CT : article 6148-3 CSP, respect d'une convention tripartite. 	<ul style="list-style-type: none"> Le titulaire a des droits réels sur les ouvrages constructions et installations de caractère immobilier réalisés.
9 - Transfert de la maîtrise d'ouvrage publique	<ul style="list-style-type: none"> Selon le type de contrat de DSP. 	<ul style="list-style-type: none"> Transfert au cocontractant de la maîtrise d'ouvrage « des travaux à réaliser » (article 1 de l'ordonnance de juin 2004 et article L. 1414-1 du CGCT). 	<p>BEA droit commun :</p> <ul style="list-style-type: none"> Transfert implicite résultant de l'article L.1311-2 et suivants du CGCT. <p>BEA police justice armée :</p> <ul style="list-style-type: none"> En vertu de l'article L. 1311-4-1 du CGCT, une convention collectivité (maîtrise d'ouvrage déléguée) précise le programme technique de construction; l'emphytéote est maître d'ouvrage. 	<ul style="list-style-type: none"> Dans les deux cas programme détaillé préalable et transfert implicite de la maîtrise d'ouvrage déléguée (article L. 6148-2 et 3 CSP) 	<ul style="list-style-type: none"> Transfert implicite.

	D S P	CP	BEA de droit commun et police - justice - armée	BEA Hospitalier	A O T - L O A
<p>10 - La conception de l'ouvrage</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Selon le type de contrat de DSP. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Article 1 de l'ordonnance de juin 2004 pour l'Etat et article L. 1414-1 du CGCT pour les CI : il peut se voir confier la conception de tout ou partie de l'ouvrage ; dans ce cas : <ul style="list-style-type: none"> 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 ; 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... faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'elle assume (article 12 de l'ordonnance de juin 2004 pour l'Etat et article L. 1414-13 du CGCT pour les CI). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Conception assurée implicitement par l'emphytéote. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 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. 614-5 CSP). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Procédure de droit commun : critères pondérés et programme de l'immeuble à construire. ▪ Procédure négociée : critères de sélection figurant dans l'avis. ▪ Dialogue compétitif : d'autres critères ... qualité esthétique et fonctionnelle. (Voir articles 39, 40, 43 et 50 à 53, 55, 62 et 76 à 78 CMP).
<p>11 - Obligation de publicité</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Mesures de publicité obligatoires (articles 38 de la « loi Sapin » et article 1411-1 du CGCT). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Publicité obligatoire (article 3 de l'ordonnance de juin 2004 pour l'Etat et article L. 1414-3 du CGCT pour le CI). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Obligation de publicité française, éventuellement européenne (en fonction du seuil européen). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Obligation (article L. 6148-5 du Code santé publique). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Obligation de publicité.
<p>12 - Mode de consultation</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Procédure d'appel d'offres ▪ Procédure simplifiée possible dans certains cas (article L. 1411-12 du CGCT) ▪ Procédure de négociation directe prévue pour les CI dans le cas où aucune offre n'a été proposée ou 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Procédure de dialogue compétitif en cas de complexité débouchant sur une négociation puis offre économiquement la plus avantageuse (OEPA). ▪ Procédure d'appel d'offres simple en cas d'urgence et jugement des offres par procédure définie par le décret n° 	<ul style="list-style-type: none"> BEA police, justice, armée. ▪ Procédure de mise en compétition non formalisée : choix de candidats sur références et consultation type concours performantiel (architecture, process, coût). ▪ Dialogue compétitif 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Obligation de candidatures dans les deux cas et procédure de négociation (article L. 6148-5 CSP) « au terme elle peut inviter tout ou partie des candidats à présenter une offre » puis offre économiquement la plus avantageuse. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Trois procédures : <ul style="list-style-type: none"> - de droit commun : appel d'offres restreint ; - procédure négociée dans certains cas limitativement énumérés

	DSP	CP	BEA de droit commun et police - justice - armée	BEA Hospitalier	AOT-LOA
	<p>n'est acceptée par la collectivité (article L. 1411-8 du CGCT).</p>	<p>2005-953 du 9 août 2005.</p>		<p>▪ Dialogue compétitif</p>	<p>- dialogue compétitif en cas de complexité.</p>
<p>13 - La sélection du contractant</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Pour l'Etat: négociation et choix du délégataire par l'autorité responsable de la personne publique (article 38 de la « loi Sapin »). ▪ Pour les CT: intervention d'une commission ad hoc et choix après négociation, par l'exécutif, puis validation par l'organe délibérant 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Pour les CT 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. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Procédure libre mais traditionnellement de type performantiel. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ En fonction des résultats de la consultation « offre jugée la meilleure » (article L. 6148-5 CSP). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ OEPA sauf procédure négociée;
<p>14 - Le contenu du contrat</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Contenu minimum: <ul style="list-style-type: none"> - durée; - tarifs à la charge des usagers et incidence sur ceux-ci des paramètres ou indices déterminant leur évolution; - justification des montants et modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire (article L. 1411-2 du CGCT et article 40 de la « Loi Sapin »); - 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 CGCT); - 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). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Douze clauses obligatoires identiques pour l'Etat (article 11 de l'ordonnance de juin 2004 et pour les CT et article L. 1414-12 du CGCT): <ul style="list-style-type: none"> - sa durée; - le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant; - les objectifs de performance pour la qualité des prestations de services et des ouvrages; - 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 pur répondre à d'autres besoins, les modalités de paiement; - les obligations du cocontractant ayant pour le respect de l'affectation des ouvrages et équipements au service public; - 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 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Articles L. 1311-2, 3 et 4-1 du CGCT: mission de SP ou liée aux besoins..., convention non détachable, cession avec agrément de la CT, hypothèque approuvée par la CT et pour la seule garantie des emprunts, créanciers hypothécaires, faculté de substitution de la CT, autorisation de cession possible. ▪ Conventions bipartite (EPS-CT ou BEA ou CT ou Etat-CT) 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 SP. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Article L. 6148-5 CSP. ▪ ... 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. ▪ La répartition des risques entre chacune des parties aux baux et conventions doit être clairement identifiée. ▪ Les baux doivent, sous peine de nullité, comporter des clauses portant sur: <ul style="list-style-type: none"> - leur durée, strictement adaptée à l'objet du contrat; - la transparence et les règles de contrôle relatives aux modalités et aux éléments de calcul de l'assiette de la rémunération de l'employé et leur évolution, en distinguant l'investissement, le fonctionnement et le coût financier; - le montage financier et les garanties financières prévues; - le contrôle de la qualité et le 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 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 éventuel: loyer fixé en fonction du montant de l'investissement et des prestations d'entretien; tranches fermes et conditionnelles possibles; clause de résiliation du bail à tout moment; mode d'entrée dans le patrimoine de l'Etat.

	DSP	CP	BEA de droit commun et police - justice - armée	BEA Hospitalier	AOT-LOA
		<p>moyennes entreprises et à des artisans ;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Les sanctions et pénalités applicables en cas de manquements à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance ; - 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 conditions de financement obtenues par le cocontractant ; - Le contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat ; - 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 ; - Les conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages et équipements ; - Les modalités de prévention et de règlement des litiges et de recours à l'arbitrage. 		<p>lien entre cette qualité et la rémunération du cocontractant, ainsi que les conditions d'application d'éventuelles sanctions ;</p>	

Les contrats de partenariat. Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires ?

Jean-François Auby, Professeur associé à l'Institut d'études politiques de Bordeaux

L'essentiel

« L'ordonnance du 17 juin 2004 crée la formule tant attendue des contrats de partenariat. Outil complexe, à caractère exceptionnel, son maniement sera délicat. Si l'on comprend les raisons de leur création, on peut s'interroger sur leur nécessité. Mais peut-être n'est-ce qu'une étape vers une reconstruction de la catégorie des contrats de service public. »

Après de longues semaines d'attente, l'ordonnance sur les contrats de partenariat a enfin été publiée le 17 juin dernier, soit près d'un an après la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit. Il est d'ailleurs assez savoureux que l'ordonnance en question soit prise sur habilitation d'une loi autorisant à simplifier le droit alors que ce n'est pas la vertu principale que l'on pourra prêter à ce nouveau système contractuel.

Le temps mis à la rédaction de cette ordonnance illustre les débats qui l'ont entourée :

- débats de principe sur l'opportunité d'assouplir les régimes juridiques par lesquels les collectivités publiques peuvent externaliser des fonctions autour de leurs responsabilités de gestion du service public ou d'activités d'intérêt général ;
- débats sur l'impact de ces nouveaux dispositifs sur le régime de la maîtrise d'oeuvre et les marchés pour les petites et moyennes entreprises ;
- débats sur l'utilité de concevoir un nouveau système contractuel plutôt que de tenter d'amender ceux qui existent déjà.

On reviendra plus loin sur ce point.

L'objet de cette chronique est de tracer les contours de ce nouveau système contractuel en présentant ce qu'il est et en tentant d'expliquer comment, à notre sens, il est appelé à s'intégrer dans l'ensemble des dispositifs de partenariat public-privé.

On abordera les points suivants :

- les raisons de la création des contrats de partenariat ;
- le régime des contrats de partenariat ;
- l'effet des contrats de partenariat sur les autres dispositifs de partenariat.

Les raisons de la création des contrats de partenariat

Les références extérieures

De nombreux acteurs de ce qu'il est convenu d'appeler le partenariat public-privé, formule que ne reprend plus l'ordonnance en question, qui ne parle plus que de contrats de partenariat, réfléchissent de longue date au modèle anglo-saxon, celui des *private finance initiatives* (PFI). Ce système, développé notamment en Grande-Bretagne, sert souvent de référence en ce qu'il a permis non seulement d'intensifier la mobilisation du capital privé pour la rénovation des équipements publics, mais également de modifier sensiblement, et généralement dans le bon sens, les conditions de fonctionnement des services publics.

D'où l'idée de transposer dans le modèle français le système des *private finance initiatives* pour permettre aux autorités publiques de profiter des avantages qui se sont concrétisés dans le système anglo-saxon.

Nous n'entrerons pas ici dans le débat de savoir si les contrats de partenariat sont la transposition des *private finance initiatives* ou diffèrent sur des points essentiels, ne serait-ce que parce que le débat n'a pas grand-sens, le cadre juridique environnant étant très différent, les *private finance initiatives* eux-mêmes étant marqués, comme cela est de tradition dans le droit britannique, par un large pragmatisme.

Les insuffisances des dispositifs existants

Si l'on en est venu à créer des contrats de partenariat, c'est bien *a priori* parce qu'on a estimé que les dispositifs existants ne permettaient pas de répondre à toutes les attentes de l'association entre les personnes publiques et les personnes privées pour développer les équipements publics et améliorer l'efficacité du service public.

Or nous ne sommes pas, en ce domaine, sur un terrain vierge. Les dispositifs de partenariat public-privé existent dans notre pays et, tout particulièrement, la délégation de service public ; mais le marché public est aussi une forme de partenariat public-privé. Il en est de même de ce qu'il est convenu d'appeler les montages domaniaux complexes.

Quelles sont donc les justifications de la création d'un nouveau dispositif contractuel ?

A la délégation de service public, on reproche une certaine lourdeur - réglementation trop forte des droits d'entrée, limitation de la durée des contrats, limitations quant à la possibilité de conclure des avenants, rigidité des exigences de la domanialité publique, insuffisance des garanties accordées aux prêteurs.

Au marché public, on reproche essentiellement les contraintes nées de l'impossibilité des paiements différés (surtout depuis que le Conseil d'Etat a consacré l'illégalité du marché d'entreprise de travaux publics) pour cette raison, mais certains le voient comme le véritable ancêtre du contrat de partenariat.

Au duo délégation de service public-marché public, certains font le reproche d'exister en tant que duo et, donc, de créer des insécurités juridiques liées à la frontière existant entre les deux systèmes contractuels, et ce même si la jurisprudence du Conseil d'Etat (*Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*) a été confirmée par la loi et semble assez bien stabiliser les deux champs contractuels.

Mais, au-delà de ces critiques apportées au dispositif contractuel existant, trois raisons semblent avoir fondé le choix de créer ce nouveau dispositif contractuel.

(La première est l'effet d'annonce.

L'objectif est bien, dans un contexte de rigueur budgétaire, de mobiliser du capital et du savoir-faire privés pour l'amélioration des équipements et de la gestion publique. Pour cela, on a considéré qu'il était préférable de définir un nouveau cadre contractuel plutôt que de rechercher l'adaptation des cadres existants, de manière à trouver des opérateurs au-delà du cercle traditionnel de la délégation de service public.

(La deuxième raison est la « bancabilité » du dispositif de partenariat.

Le contrat de partenariat est un produit financier. Il ne peut connaître un véritable succès que si la communauté financière considère qu'il garantit suffisamment ses intérêts pour qu'elle puisse assurer le financement. Sur ce point, la communauté financière estime que la délégation de service public présente des insuffisances en termes de garantie, de cession de créances ou de cession de contrats. L'absence de droits réels pour les actifs immobiliers constitue également une contrainte.

Les nouveaux contrats de partenariat ont été bâtis aux fins de répondre à ses insuffisances et, donc, d'adhérer aux demandes de la communauté financière.

(La troisième raison est moins satisfaisante sur le plan des principes, mais a sans doute constitué un facteur essentiel.

Les contrats de partenariat, selon la position adoptée en la matière par l'organisme Eurostat, ne seront pas comptabilisés dans l'endettement public, tout au moins pour ce qui concerne l'Etat (pour les collectivités territoriales, ce n'est pas le cas).

En effet, la décision du 11 février 2004 a posé les principes suivants pour qu'un montage puisse être considéré comme déconsolidant, condition de sa non-intégration dans la dette :

(l'opérateur doit supporter le risque de construction ;

(et au moins l'un des deux risques suivants :

- risque de disponibilité (pour une part variable de la rémunération),
- risque de demande.

Les contrats de partenariat ont donc été conçus dans cette perspective.

CeIa signifie qu'ils autorisent les collectivités publiques, et tout particulièrement l'Etat, à poursuivre l'effort de modernisation du système public sans que cela n'ait une incidence sur l'endettement et, donc, les célèbres ratios du Traité de Maastricht.

Cette raison était à elle seule essentielle, même si l'on a quelque mal à concevoir qu'un contrat par lequel une collectivité publique fait réaliser pour son compte un équipement avec paiement différé ne crée pas un engagement à long terme qui devra être honoré et qui constitue bien une sorte d'endettement (surtout si l'on introduit, sur ce plan, une distinction entre l'Etat et la collectivité locale). Mais le rôle d'Eurostat est d'harmoniser un système statistique, et pas nécessairement d'établir des normes de gestion financière publique.

La contrainte des ratios de Maastricht est telle que cette raison suffisait à elle seule pour que les contrats de partenariat soient définis, à condition toutefois que la position de l'organisme Eurostat ne change pas et que les contrats conclus respectent bien, dans la pratique, les exigences par lui posées.

Les caractères du contrat de partenariat

L'ordonnance distingue les contrats de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics, d'une part, des contrats de partenariat des collectivités territoriales, d'autre part. Mais, en fait, les différences existant entre les deux catégories de contrats de partenariat sont faibles et résident essentiellement dans des éléments de procédure. C'est la raison pour laquelle on peut traiter globalement des contrats de partenariat.

Les éléments caractéristiques

L'article 1er de l'ordonnance permet de détacher les éléments caractéristiques des contrats de partenariat.

Ce sont des contrats administratifs dont l'une des parties est une personne publique.

Ce contrat confie à un tiers, qui peut d'ailleurs être public ou privé, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels et d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou à la transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à 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.

Derrière ce terme de mission globale, on doit lire que la réunion de trois éléments - financement, construction et exploitation - est nécessaire pour qu'il s'agisse d'un contrat de partenariat, ce qui signifie qu'il ne peut pas y avoir, sous la forme du contrat de partenariat, simplement un financement ou une construction (raisonnement logique puisqu'il existe déjà des procédures à cet effet).

Le cocontractant assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et peut se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages. Dans ce cas, l'équipe de maîtrise d'oeuvre doit être précisément identifiée par le contrat. S'il y a des bâtiments, l'offre doit nécessairement comprendre le projet architectural, la qualité globale des ouvrages figurant parmi les critères d'attribution du contrat.

La rémunération du cocontractant est assurée par la personne publique pendant la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. Ce critère de la rémunération par la personne publique est en fait destiné à distinguer les contrats de partenariat des délégations de service public. Comme on le verra plus loin, ce critère n'est pas nécessairement un élément déterminant de la distinction. Le cocontractant peut également se procurer des recettes en exploitant les ouvrages et équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique.

L'évaluation préalable

La procédure de conclusion d'un contrat de partenariat public-privé diffère de procédures traditionnelles en ce que les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets sur la base d'une évaluation. Cette évaluation doit en premier lieu montrer soit que la collectivité n'est pas en mesure de définir par elle-même les moyens techniques pour ses besoins, soit qu'il y a urgence. Et, en second lieu, identifier les motifs ayant conduit à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat.

L'article 2 de l'ordonnance indique que l'évaluation est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret. Le décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 a créé une mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, rattachée au ministère chargé de l'Economie et des Finances. Les collectivités territoriales auront le choix de leurs experts.

Cette évaluation a, en fait, pour but de répondre à la position du juge constitutionnel qui a voulu donner au contrat de partenariat public-privé un caractère exceptionnel en se fondant sur l'identification de principes constitutionnels dont on peut discuter les fondements. En effet, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 26 juin 2003, a indiqué que les contrats de partenariat devaient être réservés aux cas où l'urgence nécessite de rattraper un retard, ou à la nécessité de prendre en compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé.

Ce caractère exceptionnel du contrat de partenariat constitue à l'évidence une contrainte, que l'on évoquera un peu plus loin.

L'évaluation doit, en fait, comprendre deux phases :

- évaluation du projet ;
- évaluation des différents modes de réalisation.

Evaluation du projet

L'ordonnance dispose donc que l'évaluation à laquelle la collectivité doit procéder « expose avec précision les motifs qui l'ont conduite à retenir le projet ».

Il s'agit donc de décrire avec soin les effets et les performances attendus de l'objet du contrat. Une approche du coût global et des risques est également nécessaire à ce stade.

Les risques relatifs au projet doivent être analysés dès le départ.

Le coût global pour la collectivité s'entend de la totalité de ce que celle-ci devra payer sur la durée du contrat, année après année.

L'objectif de cette première phase est donc :

- d'identifier, de valoriser et de qualifier le projet. Mettre en regard son caractère d'intérêt général et son coût. Cette évaluation de base servira de référence pour les évaluations à venir ;
- surtout, de faire ressortir si l'une des deux conditions requises, complexité ou urgence, caractérise bien le projet, afin de permettre le recours à la procédure du contrat de partenariat.

Evaluation des différents modes de réalisation

L'évaluation doit montrer que le contrat de partenariat constitue la meilleure solution.

Pour ce qui concerne la conception, la réalisation, la maintenance et le fonctionnement, la collectivité peut choisir de recourir, pour tout ou partie du projet, à des marchés distincts, successifs et parallèles, dans le cadre de la loi sur la maîtrise d'ouvrage public (loi MOP) et du code des marchés publics révisé en janvier 2004. Elle peut notamment faire appel à des marchés de conception-réalisation.

La collectivité peut également faire le choix d'autres formules qui portent essentiellement sur la réalisation. Il s'agit, sous certaines conditions, de la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA), du bail emphytéotique administratif (BEA) doublé d'une location à la collectivité, voire de la simple location à la collectivité d'un ouvrage qui serait directement réalisé par un tiers.

Le contrat de partenariat a été conçu par ses initiateurs comme un instrument d'optimisation de l'action publique. Il est censé produire des résultats plus favorables pour l'usager qui bénéficiera d'installations conçues et entretenues précisément pour assurer un niveau optimal de performances et de satisfaction du public.

Il est également censé être moins coûteux en dépit du handicap d'un financement plus élevé, mais grâce à l'intégration des fonctions dans la phase de conception-réalisation, grâce à une conception durable pensée pour minorer les charges de fonctionnement.

Il doit aussi apporter à la collectivité et à son partenaire une plus grande sécurité, avec un partage clair des responsabilités et des risques.

Enfin, la rapidité de réalisation, rendue possible par l'intégration des fonctions comme à la procédure elle-même, est en principe un autre avantage escompté.

Ce sont bien ces éléments qu'il conviendra alors de mettre en évidence.

La procédure de passation du contrat

La procédure de passation du contrat diffère selon qu'est envisagé un partenariat « projet complexe » ou un partenariat « projet exclusivement urgent ». Dans le premier cas, il s'agit d'une procédure de dialogue, dans le second cas, d'une procédure restreinte.

Les règles communes

La procédure commence par un avis d'appel public à la concurrence, dont les modalités seront fixées par décret.

Dans des conditions proches de celles prévalant en matière de marchés publics (art. 43 à 47 c. marchés publ.), les candidats doivent être en règle au regard de la législation sociale et fiscale, et ne pas être en liquidation ou, ce qui marque une différence avec les marchés publics, en redressement judiciaire, pour être admis à soumissionner.

La sélection des candidatures est effectuée par une commission *ad hoc* composée comme en matière de délégations de service public, pour les contrats de partenariat des collectivités territoriales.

On trouvera ci-dessous les deux schémas de procédure établis pour les collectivités territoriales (pour l'Etat, le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004  a défini la procédure applicable).

La procédure de dialogue

La procédure de dialogue est utilisée pour les contrats de partenariat dits « projets complexes ».

La procédure de dialogue permet à la personne publique de discuter avec les candidats retenus, en l'occurrence trois au minimum. Cette discussion s'établit à partir d'un programme fonctionnel, dont l'objet est de définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre aux besoins de la personne publique. Elle peut se réaliser en plusieurs phases, conduisant à l'élimination successive des candidats, si le règlement de consultation ou l'avis d'appel à la concurrence le prévoient. Dans le cadre de la discussion, la personne publique ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat sans l'accord de celui-ci.

Il existe cependant une différence importante entre le dialogue compétitif prévu par le code des marchés publics et la procédure de dialogue issue du texte de l'ordonnance. Alors que le texte du code des marchés publics prévoit que, à l'issue de la discussion, la personne publique arrête un cahier des charges et que les candidats remettent une offre sur cette base, l'ordonnance prescrit à la personne publique d'inviter les candidats à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue.

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.

La procédure restreinte

Cette procédure est réservée aux contrats de partenariat « projets exclusivement urgents ».

Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats, et la personne publique peut simplement leur demander de préciser ou de compléter leur offre. Le délai de réception des offres est normalement d'au moins quarante jours, mais, en cas d'urgence, il peut être réduit de quinze jours.

Il convient de préciser que ces procédures sont intégralement applicables lorsque le projet est initié par une entreprise qui en saisit une personne publique (art. L. 1411-11). L'entreprise peut alors participer à la procédure, à condition qu'elle ait les capacités requises et sans qu'elle puisse être avantagée par rapport aux autres candidats, l'égalité de traitement devant également s'appliquer dans cette hypothèse sans aménagements particuliers.

Ce n'est qu'au terme de cette procédure que le contrat est attribué.

Le critère d'attribution est celui de l'offre économiquement la plus intéressante par application des critères définis en prenant en compte les conclusions de l'étude d'évaluation préalable. Les critères d'attribution sont pondérés. Les critères doivent nécessairement comprendre le coût global de l'offre, les objectifs de performance, et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans (par petites et moyennes entreprises, il faut entendre les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas deux cent cinquante employés et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas en moyenne, sur les trois dernières années, 40 millions d'euros).

Les candidats non retenus sont informés. Sur leur demande, les raisons du choix leur sont indiquées. Pour permettre l'éventuelle mise en oeuvre de la procédure du référé précontractuel, un délai de dix jours doit séparer l'information des candidats non retenus et la signature du contrat.

Le contrat de partenariat doit faire l'objet d'un avis de publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Le contenu des contrats

Le contrat lui-même comprend tout un ensemble de clauses obligatoires pour en assurer la légalité.

(La durée.

On notera que celle-ci n'est pas limitée comme dans le cas de la loi Sapin. Mais un contrat de partenariat a nécessairement une durée.

(Les conditions du partage du risque entre la personne publique et son cocontractant.

(Les objectifs de performance.

L'ordonnance vise :

- 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 ;
- le niveau de leur fréquentation ;
- la rémunération du cocontractant.

(Les modalités de paiement.

L'ordonnance identifie :

- la distinction entre coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement ;
- les recettes annexes ;
- les évolutions de la rémunération sur la durée du contrat ;
- les modalités de paiement ;
- les pénalités et sanctions.

(Les obligations du cocontractant relatives aux ouvrages et équipements.

(Les modalités de contrôle :

- du respect des objectifs de performance ;
- de la sous-traitance (en particulier auprès des petites et moyennes entreprises).

(Les sanctions et pénalités.

(Les conditions de résiliation, par avenant ou de façon unilatérale, notamment en cas d'évolution des besoins de la personne publique, d'innovation technologique ou de modification des modalités de financement.

(Le contrôle sur la cession partielle ou totale du contrat.

(Les conditions dans lesquelles la continuité du service public est assurée, notamment en cas de résiliation.

(Le régime de propriété des ouvrages et équipements en fin de contrat.

(Les modalités de prévention et de règlement des litiges (avec la possibilité de recourir à l'arbitrage).

Par ailleurs, lorsque le contrat comporte occupation du domaine public, le titulaire du contrat a des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise.

Les collectivités territoriales bénéficient du fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA) pour la part de la rémunération versée au cocontractant pour l'investissement réalisé, dans la mesure où la collectivité a décidé d'intégrer cet équipement à son patrimoine. D'où la nécessité de les identifier.

Lorsque le contrat de partenariat prévoit la réalisation d'un ouvrage :

- une équipe de maîtrise d'ouvrage doit être identifiée ;
- les offres doivent inclure un projet architectural pour les bâtiments ;
- la qualité globale des ouvrages doit faire partie des critères d'appréciation des offres.

On peut schématiser les contrats de partenariat de la manière suivante :

Structure contractuelle type d'un partenariat public-privé

Partenaire public

Droit de substitution des banques, droits associés à la résiliation du contrat

Accord direct ou tripartite

Rémunération

Contrat de partenariat public-privé

Sponsors

Société projet

Actionnaires

Autres investisseurs en capital ?

Contrat de prêt, émission obligataire...

Contrats de sous-traitance

Banques et autres prêteurs

Construction

Entretien

Exploitations/services

Un outil d'un maniement délicat

L'examen des exigences auxquelles doit répondre le contrat de partenariat montre que celles-ci sont très nombreuses tant sur le fond que sur la forme. Or, dans une procédure, plus on ajoute d'exigences, plus celle-ci devient lourde et d'un maniement délicat. Sur ce plan, le contrat de partenariat public-privé multiplie les risques de contentieux. Dans notre droit, on aime assez peu la liberté contractuelle et l'on préfère multiplier les dispositions, juridiquement protectrices, mais souvent sources de contentieux.

Le plus fondamental est évidemment celui lié à la reconnaissance du caractère exceptionnel de la procédure, source de contentieux quasi systématique. Mais il en est d'autres :

(Le dialogue compétitif lui-même, dans l'ordonnance, est présenté comme une exception à l'appel d'offres ordinaire. Si la collectivité n'est pas en mesure de démontrer qu'elle est dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage juridique ou financier du projet, le recours au dialogue compétitif sera-t-il reconnu en cas de contentieux ?

(La liste des critères d'attribution, autres que les critères obligatoires, visés au cinquième alinéa de l'article 8, est-elle une liste exhaustive ou un simple exemple ?

(Si la collectivité choisit des critères autres, dans quelles limites et dans quelles conditions peut-elle le faire ?

(Quel sens donner au concept d'objectifs et d'indicateurs de performance, notion assez nouvelle en droit, même si les spécialistes de la gestion publique la connaissent assez bien ?

(Si l'on utilise la procédure restreinte, il faudra faire la démonstration que l'on est bien dans le cas d'urgence qui la légitime.

Au total, donc, un dispositif assez lourd dont on voit bien qu'il est destiné à de grandes opérations qui, seules, peuvent justifier des procédures assez complexes, et, pour tout dire, assez coûteuses.

S'y ajoute le contenu du contrat. Les formulations de l'ordonnance sont autant d'exigences qui pourront provoquer des contentieux.

L'impact des contrats de partenariat sur les autres dispositifs de partenariat

Il est nécessaire de mesurer l'impact des contrats de partenariat sur les autres dispositifs contractuels existants, pour poser, *in fine*, la question : ces contrats de partenariat étaient-ils bien nécessaires ?

La distinction entre le contrat de partenariat et les autres contrats

Dans des versions préparatoires de l'ordonnance, il avait été prévu d'indiquer que le contrat de partenariat ne s'appliquerait pas si la rémunération du cocontractant devait être substantiellement fonction des résultats de l'exploitation. Cette disposition a disparu de la version définitive.

Désormais, ce qui caractérise le contrat de partenariat, c'est le paiement par la personne publique. Cela constitue le critère principal. Certes, en délégation de service public, la règle générale est le paiement par l'utilisateur. Mais certaines délégations de service public peuvent prévoir un paiement majoritaire, voire total, par la personne publique. La frontière n'est donc pas aussi précise que l'on pourrait croire, surtout si l'on ajoute que le cocontractant est autorisé à percevoir des recettes complémentaires. Pour certains équipements ou services, la collectivité aura le choix entre les deux procédures.

Vis-à-vis des marchés publics, le critère de distinction est double. D'une part, le contrat de partenariat autorise la mise en oeuvre de contrats globaux associant conception, réalisation et entretien-maintenance, là où le code des marchés publics impose, la plupart du temps, une segmentation des opérations. Surtout, le contrat de partenariat autorise le financement d'une partie de l'opération par le partenaire privé, là où une telle faculté est exclue en matière de marchés publics du fait du principe d'interdiction du paiement différé. Cette participation au financement est fondamentale puisqu'elle formalise l'effet de levier sur l'investissement public que peut provoquer la mise en oeuvre de tels montages.

En ce domaine, les collectivités auront également le choix, pour certaines opérations, entre les deux procédures.

Un élément important, qui peut plaider en faveur du choix pour la formule du contrat de partenariat, est le facteur temporel, ce type de montages se prêtant certainement mieux que les marchés publics à des constructions contractuelles de longue durée. On retrouve finalement ici certains des critères énoncés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 juin 2003, réservant en priorité l'usage de ces contrats à des hypothèses où des considérations de cet ordre étaient admissibles.

L'effet sur les autres dispositifs de partenariat

Accessoirement se pose la question de l'effet d'éviction que peut jouer le contrat de partenariat.

La question se pose pour les contrats domaniaux.

Depuis la mise en oeuvre de la loi du 5 janvier 1988 instituant les baux emphytéotiques administratifs sur les dépendances domaniales des collectivités locales et l'intervention de la loi du 25 juillet 1994 relative aux autorités organisatrices des transports constitutives de droits réels sur le domaine public de l'Etat, de nombreux montages ont été mis en oeuvre pour permettre aux collectivités publiques d'associer par ce biais des investisseurs privés à la réalisation d'infrastructures publiques.

Cette possibilité a été utilisée, en particulier, dans les hypothèses où une délégation de service public n'était pas possible (rémunération de l'opérateur non substantiellement liée aux résultats de l'exploitation) ou pas souhaitée par la collectivité publique (dans un montage « concessif », la propriété du bien est transférée au fur et à mesure de son élaboration à la collectivité publique, alors que, dans un montage « domanial », le transfert en pleine propriété n'intervient qu'à l'expiration du contrat).

Plusieurs montages ont été réalisés sur cette base.

Tel est le cas des montages où la collectivité publique délivre un titre d'occupation domaniale assorti de droits réels à un opérateur privé qui construit sur cette dépendance un immeuble destiné à revenir en pleine propriété à ladite collectivité à l'expiration du contrat, mais qui, pendant l'exécution du contrat, est loué à ladite collectivité pour ses besoins propres. Ce type de montages a également été utilisé pour la réalisation d'usines de traitement de déchets (bail emphytéotique administratif avec convention d'exploitation jointe) dans des cas où l'opération ne répondait pas aux critères des délégations de service public (notamment si la collectivité publique s'engage sur un volume de déchets à traiter avec un prix fixe à la tonne).

Or ces montages restent fragiles au regard des exigences du droit communautaire. Si, à ce stade, aucune règle européenne ou nationale n'exige une mise en concurrence préalable à la délivrance des autorisations domaniales, il n'en est pas de même pour les opérations par lesquelles un opérateur privé construit un bien à caractère immobilier destiné à revenir à terme en pleine propriété à une personne publique. En effet, la définition employée par le droit communautaire des marchés de travaux est très large et on peut légitimement se demander si le type d'opérations décrites ci-dessus n'entre pas dans le champ d'application de la directive n° 93/97 du 14 juin 1993 modifiée.

A cet égard, l'ordonnance sur les contrats de partenariat constitue un progrès très net, dans la mesure où ce texte organise une procédure de mise en concurrence préalable globalement conforme au demeurant aux obligations communautaires. Il s'agit, en effet, d'une procédure de dialogue compétitif largement inspirée des dispositions figurant dans la nouvelle directive « fusion ». Dès lors, le nouveau dispositif n'encourt plus les mêmes critiques que celles précédemment décrites.

Dans ces conditions, on peut se demander si la mise en place de ce nouveau dispositif mieux sécurisé vis-à-vis des obligations de mise en concurrence issues du droit communautaire, mais également par l'indication dans un texte de niveau législatif d'un certain nombre de règles de grande importance quant au régime juridique applicable au contrat, ne risque pas d'aboutir à une forme désuète d'une certaine forme de montages contractuels complexes apparus depuis quelques années, ces montages ne correspondant plus à l'esprit, sinon à la lettre, des directives communautaires.

Mais la question ne se pose pas que pour les seuls contrats domaniaux. Elle se pose également pour les autres catégories.

La délégation de service public, lorsque la rémunération est assurée par l'usager, ne se trouve pas concernée.

En revanche, pour certaines délégations de service public dans lesquelles la rémunération repose sur la collectivité, la question se trouve posée : unité de traitement des déchets lorsque le service est financé par la taxe d'enlèvement des ordures ménagères ; grands équipements culturels dans lesquels les recettes de guichet sont minoritaires ; grands équipements sportifs.

Les marchés globaux, et en particulier les ouvrages réalisés selon la technique du marché de conception-réalisation, se trouvent également concernés. Pour ces types de contrats, il existera réellement un choix pour la collectivité publique, avec le risque d'un effet d'éviction sur telle ou telle catégorie de contrats.

En fait, dans ces contrats, qui l'emportera : la sécurité juridique du contrat de partenariat ou la souplesse, plus risquée, des formules existantes ?

Seule la pratique permettra de le dire.

L'effet global sur les autres formes contractuelles

Si l'ordonnance sur les contrats de partenariat ne conduit pas, par elle-même, à des bouleversements majeurs dans les familles contractuelles existantes, on peut cependant légitimement s'interroger sur le point de savoir si cette réforme n'est pas elle-même porteuse de modifications d'une plus grande ampleur, visant l'ensemble des contrats de partenariat public-privé.

L'exigence d'évaluation préalable avant de recourir à la formule du contrat de partenariat peut avoir des effets importants sur d'autres familles contractuelles et, plus généralement, sur l'ensemble des modes de gestion des services publics.

Ainsi, on ne voit guère pourquoi l'exigence posée par l'ordonnance pour les contrats de partenariat ne pourrait être transposée aux délégations de service public. A cet égard, il y aurait une certaine forme de logique à exiger une évaluation du même ordre avant la décision de principe que la collectivité doit prendre pour externaliser la gestion d'un service public.

En fait, cette exigence est déjà en germe, puisque la procédure « Sapin » impose de motiver le choix de la délégation de service public, même si le juge n'a pas été, jusqu'à présent, très exigeant sur les conditions et le contenu de cette motivation.

Parallèlement, on ne voit alors pas non plus pourquoi les services exploités en régie ne seraient pas soumis à des obligations similaires. Dès lors que l'on évalue préalablement le « bien-fondé » et l'intérêt du recours à une formule d'externalisation (délégations de service public ou contrats de partenariat), il en découle nécessairement que les mérites comparés de la gestion directe doivent également être mis en regard. Or la comparaison ne peut être efficace et faire sens que si la régie fait l'objet aussi d'une évaluation approfondie de son coût réel et de ses performances. Il existe d'ailleurs des réflexions et des propositions en ce sens (en particulier d'inspiration communautaire).

Il en est de même pour ce qui concerne la transparence de la rémunération.

Le contrat de partenariat impose en effet que soient distingués les différents éléments de la rémunération du cocontractant.

Cette notion demeure essentielle pour ce qui concerne les marchés publics.

En revanche, en délégation de service public, le risque est théoriquement traité comme un aléa. Cette réalité est cependant de moins en moins exacte. Tout un ensemble de dispositifs encadre la rémunération des délégataires de service public (dispositifs contractuels complexes ; procédures de révision des prix ; application de la théorie de l'imprévision).

Est-ce que l'exemple des contrats de partenariat ne va pas renforcer cette tendance ? Et, d'une certaine manière, modifier l'esprit du système français des délégations de service public, sur des terrains où il était déjà en évolution ?

Globalement, on peut également s'interroger sur le point de savoir si l'inclusion d'une quatrième catégorie contractuelle (après les marchés publics, les délégations de service public et les montages domaniaux complexes) n'est pas de nature à entraîner une modification de l'architecture d'ensemble des grandes familles de contrats. Cela pose nécessairement la question de la légitimité des délimitations actuelles et des critères utilisés pour y procéder.

A cet égard, est-il réellement logique de conserver à terme le seul critère de rémunération pour distinguer les délégations de service public des futurs contrats de partenariat ? De même, l'interdiction de tout paiement différé en matière de marchés publics conservera-t-elle sa justification, dès lors que le contrat de partenariat pourra y recourir largement ? Tout cela sur fond de dilution de la notion de service public.

Cela revient à la question préalable : ces nouveaux contrats de partenariat étaient-ils nécessaires ?

Il n'y a pas de réponse tranchée à cette question.

Il est clair que, vis-à-vis de l'Etat de droit et de la jurisprudence, les contrats de partenariat apportent un outil nouveau, plus attractif pour les partenaires des personnes publiques.

Certains diront qu'il était possible de répondre à ces questions en modifiant les règles applicables aux articles existants - en particulier marchés publics et délégations de service public - dès lors que ces modifications n'auraient pas été contraires aux règles communautaires. Cela est tout à fait vrai.

Le gouvernement a choisi la voie du nouveau dispositif. On a dit plus haut les raisons de ce choix.

Mais cela dispense-t-il pour autant de réformer les autres outils ? Sans doute non. Aucun principe n'interdit d'assouplir les délégations de service public quant aux règles de durée, de droits d'entrée, d'indemnisation de sortie, de droits accordés aux créanciers des délégataires. Pas plus qu'il n'est interdit de les supprimer ou de tempérer l'interdiction des paiements différés pour les marchés publics, ou de moderniser le processus de choix - par l'introduction de mécanismes d'évaluation - ou de rémunération - par l'introduction d'indicateurs de performances -, tant pour les marchés que pour les délégations de service public.

Mais, dira-t-on, à quoi sert-il de moderniser les différents outils de manière telle qu'ils se ressemblent tous ? Au bout du compte, à quoi sert-il de maintenir des catégories juridiques différentes ? Est-ce que la liberté contractuelle, assortie de quelques principes essentiels - évaluation préalable, mise en concurrence, mutabilité des contrats, etc., ne devrait pas prendre le dessus, surtout pour les collectivités territoriales, sur le fondement de l'article 72 de la Constitution ?

L'oeuvre ne serait pas facile, mais elle serait en cohérence avec les exigences d'une gestion publique modernisée. Si elle venait à être engagée, les contrats de partenariat auraient été une étape utile, mais une simple étape.

Mots clés
CONTRAT DE PARTENARIAT * Régime * Contrat de service public

RFDA © Editions Dalloz 2008

Les contrats de partenariats sont aussi coûteux que les autres modes d'investissement public

La mission d'appui aux partenariats publics privés a récemment mis en ligne sur son site certains des avis qu'elle a rendus sur les premiers projets de contrats de partenariats qui lui ont été soumis. On doit se féliciter de cet effort de transparence, qui permet à l'ensemble des parties prenantes de mesurer des questions que pose concrètement la passation des contrats de cette nature; la mission analyse en effet très précisément les différents scénarios qui lui sont proposés, du point de la complexité, de l'allocation des risques, et également du point de vue du coût comparé des contrats.

Sur ce dernier point, la lecture de l'ensemble de ces avis révèle une donnée qui n'était pas jusqu'à présent avérée, mais dont une part importante de la doctrine s'était fait l'écho, notamment à la suite des expériences anglaises: un contrat de partenariat n'est pas une solution moins coûteuse pour les finances des collectivités publiques, que les montages traditionnels les plus performants. En effet, sur les cinq avis publiés (leur publication ne pouvant intervenir qu'après la signature du contrat), seuls deux font état d'une différence significative entre le scénario de référence et le scénario «contrat de partenariat». Et encore faut-il souligner que dans ces deux cas, cette différence résulte d'éléments externes: pour la réalisation du «pôle énergie» du centre hospitalier de Roanne, il est supputé que dans un marché de travaux publics classique il y aurait une «dérive des coûts moins maîtrisée»; pour le cas de la «billetterie du château de Versailles», la seule alternative proposée à la gestion en partenariat de la billetterie internet, est une gestion en régie, sans mentionner la possibilité d'un marché de prestation de service, moins coûteux, notamment en personnel.

Et encore faut-il souligner que cet échantillon d'avis est largement déformé puisqu'il ne concerne que des avis favorables de la mission ayant débouché sur la signature des contrats.

Dès lors, il semble résulter nettement de ces premiers retours d'expérience que le contrat de partenariat n'est pas un mode d'investissement et de gestion publique moins coûteux que les solutions contractuelles classiques.

Ce constat a le mérite de clarifier le débat qui entoure aujourd'hui la réforme des partenariats publics privés. Il est inutile d'y voir une solution miracle en terme de réduction des charges publiques et des capacités d'investissement des collectivités publiques. Dès lors, si dans l'avenir la décision est prise du développement de cet outil contractuel, il faudra clairement assumer qu'il repose sur deux postulats essentiels.

D'abord la préférence donnée à la gestion privée des ouvrages publics voire des services publics, plutôt qu'à la gestion publique, dans une logique de réduction du nombre d'agents publics et de recentrage des collectivités publiques sur leurs métiers de base.

Ensuite une aide apportée aux entreprises dans la mesure où un des avantages essentiels pour elles du contrat de partenariat est sa «bancabilité» puisque le financeur voit les fonds qu'il prête à l'exploitant garantis sur une longue durée par une collectivité publique.

Ces deux objectifs ne sont pas illégitimes, mais ils méritent à tout le moins d'être discutés en pleine lumière, sans les dissimuler derrière un discours brandissant la justification de la maîtrise des dépenses publiques.

Frédéric Rolin

Professeur à l'université Paris X-Nanterre – CRDP

ARDA

Peut-on démultiplier l'usage du partenariat public-privé sans réformer la Constitution ?

L'objectif est clair: lever les obstacles à l'expansion économique, tous les obstacles. Cinquante ans après le rapport Rueff-Armand, la simplification des procédures qu'impose notre système administratif aux entreprises est à nouveau à l'ordre du jour.

Or, les conditions restrictives posées à l'emploi de la procédure des contrats de partenariat public-privé (PPP) issus de l'ordonnance du 17 juin 2004 en freinent le développement alors même que l'expertise accumulée depuis trois ans permettrait d'en démultiplier l'usage. A l'heure où chaque denier public compte, cette situation, préjudiciable à la réalisation des grands projets d'utilité nationale, ne saurait durer, ce d'autant plus que le PPP offre la possibilité d'accélérer l'investissement et d'en partager les risques de manière optimale avec les partenaires. Tel est le sens de la lettre adressée le 1^{er} octobre 2007 par le chef de l'Etat au Premier ministre.

Le volontarisme présidentiel risque toutefois d'être tempéré par les contraintes constitutionnelles, plus précisément par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Dans sa décision n° 2003-473 DC «Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit» du 26 juin 2003 (AJDA 2003. 1404), le Conseil a en effet précisé qu'on ne saurait infléchir les règles garantissant l'égalité devant la commande publique, la protection des propriétés publiques et le bon usage des deniers publics que pour des motifs tenant à l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général, ou liés à la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service public déterminé.

Respectant ces prescriptions, l'ordonnance instituant les contrats de partenariat les a conçus comme une procédure dérogatoire au droit commun de la commande publique, comme un contrat «du troisième type» aux côtés des marchés publics et autres délégations de service public. Elle a imposé aux pouvoirs publics voulant y recourir de faire la preuve qu'ils constituent la seule voie possible pour mener à bien leur projet. On ne saurait donc placer les PPP parmi les modalités de droit commun de la commande publique, bien au contraire.

Plus préoccupant au plan juridique, on peut douter qu'il y ait urgence à développer cette procédure en raison de l'effort à entreprendre en France pour le développement durable et l'économie de la connaissance souligné par la lettre du Président de la République. Certes, chaque année gagnée dans la réalisation de ces ambitieux chantiers est utile. Mais il s'agit clairement de passer d'une étude au cas par cas de chaque projet, respectueuse des circonstances locales, à une validation de principe des projets s'inscrivant dans un programme national d'investissement. Une tout autre logique est à l'œuvre. L'intérêt du pays, nous dira-t-on, est à ce prix. Mais alors un «simple» volet législatif desserrant les contraintes sera-t-il suffisant? Ne faudra-t-il pas franchir le pas et élaborer un texte normatif plus ambitieux fondé sur d'autres exigences constitutionnelles voire situé plus haut dans la hiérarchie des normes?

En 1959, le rapport Rueff-Armand devait permettre d'ouvrir l'industrie française au Marché commun. Le futur plan de stimulation du partenariat public-privé devra permettre la banalisation de cette procédure dans notre ordre juridique, quitte à le chambouler quelque peu!

Jean-David Dreyfus

Professeur agrégé de droit public

AJDA

Document

mis en distribution

le 21 mars 2007

N° 3730

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

DOUZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 février 2007.

PROPOSITION DE LOI

relative aux partenariats public-privé,

(Renvoyée à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.)

PRÉSENTÉE

PAR MM. Hervé NOVELLI, Jean-Claude ABRIOUX, Manuel AESCHLIMANN, Jean-Paul ANCIAUX, Patrick BEAUDOUIN, Jean-Claude BEAULIEU, Marc BERNIER, Gabriel BIANCHERI, Jean-Marie BINETRUY, Étienne BLANC, Mme Christine BOUTIN, M. Loïc BOUVARD, Mme Françoise BRANGET, M. Bernard BROCHAND, Mme Patricia BURCKHART-VANDEVELDE, MM. Christian CABAL, François CALVET, Antoine CARRÉ, Richard CAZENAVE, Roland CHASSAIN, Philippe COCHET, Alain COUSIN, Jean-Yves COUSIN, Jean-Michel COUVE, Olivier DASSAULT, Marc-Philippe DAUBRESSE, Jean-Pierre DECOOL, Jean-Jacques DESCAMPS, Michel DIEFENBACHER, Jean-Pierre DOOR, Jean-Michel DUBERNARD, Yannick FAVENNEC, Michel FIDELIN, Marc FRANCINA, Mme Arlette FRANCO, MM. René GALY-DEJEAN, Maurice GIRO, Jacques GODFRAIN, Jean-Pierre GRAND, Mme Arlette GROSSKOST, MM. Jean-Claude GUIBAL, Jean-Jacques GUILLET, Christophe GUILLOTEAU, Gérard HAMEL, Emmanuel HAMELIN, Pierre HELLIER, Pierre HÉRIAUD, Henri HOUDOUIN, Sébastien HUYGUE, Édouard JACQUE, Didier JULIA, Pierre LASBORDES, Jean LASSALLE, Jean-Marc LEFRANC, Michel LEJEUNE, Lionnel LUCA, Richard MALLIÉ, Thierry MARIANI, Hervé MARITON, Mme Muriel MARLAND-

MILITELLO, MM. Alain MARSAUD, Jacques MASDEU-ARUS, Jean-Claude MATHIS, Pierre MÉHAIGNERIE, Christiane MÉNARD, Gérard MENUËL, Alain MOYNE-BRESSAND, Yves NICOLIN, Mme Béatrice PAIX, MM. Philippe PEMEZEC, Christian PHILIP, Étienne PINTE, Daniel PRÉVOST, Didier QUENTIN, Michel RAISON, Jacques REMILLER, Dominique RICHARD, Jean-Marie ROLLAND, Serge ROQUES, Xavier de ROUX, André SANTINI, François SCÉLLIER, André SCHNEIDER, Frédéric SOULIER, Daniel SPAGNIOU, Alain SUGUENOT, Guy TEISSIER, Dominique TIAN, Léon VACHET, Philippe VITTEL, Éric WOERTH et Michel ZUMKELLER,

députés.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

La création, par l'ordonnance du 17 juin 2004, des contrats de partenariats a représenté une avancée significative dans la voie de la réforme de l'État. Surmontant des réticences fondées sur des a priori théoriques ou liées à des excès passés, le législateur a permis un développement de la coopération entre le secteur public et le secteur privé qui ne peut qu'être bénéfique. La personne publique conserve le contrôle des opérations menées dans ce cadre juridique ; il ne s'agit en aucune manière d'une privatisation. En revanche, la personne publique bénéficie ainsi d'un apport de capitaux et de l'expertise du secteur privé pour gérer le projet en temps et en heure et dans le respect du budget initial. Au Royaume-Uni, environ 80 % des projets menés dans le cadre d'un PFI l'ont été dans le respect du calendrier et du budget initial contre environ 30 % avec les procédures ordinaires. La rémunération du cocontractant de l'administration est fonction de critères de performances et est établie sur toute la durée du contrat. Le contrat de partenariat donne une vision globale du coût du projet, sur une durée de 20 ou 30 ans, y compris la maintenance si souvent négligée par l'État, au prix, 20 ans plus tard, d'une lourde facture. Les PPP sont parfois un peu plus chers, mais l'on paie ainsi le fait que le risque est, sur des points essentiels comme le coût de réalisation et de fonctionnement, assumé par le partenaire privé. Pense-t-on qu'un appel d'offres infructueux ou sans suite n'a pas de coût pour la personne publique ? Les projets réalisés dans le cadre de la loi MOP sont-ils généralement exempts de toute dérive quant aux coûts et aux délais de livraison ?

Les contrats de partenariats, après un démarrage assez lent, commencent à se multiplier. La modernisation de la prison de la Santé va ainsi faire l'objet d'un contrat de partenariat. Le canal Seine-Nord pourrait faire l'objet d'un partenariat public-privé. RFF (Réseau Ferré de France) a lancé le projet GSM-R, réseau de télécommunications numériques GSM, appelé à remplacer le réseau analogique actuel. Le coût du projet est évalué entre 500 et 700 millions d'euros sur une durée de 15 ans. Des obstacles non négligeables à un développement sans entraves perdurent cependant toujours. Le principal tient à la volonté du Conseil constitutionnel de faire des contrats de partenariat une procédure dérogatoire de droit commun de la commande publique et, pour cela, d'en subordonner le recours, soit à l'urgence du projet, soit à sa complexité.

La présente proposition de loi poursuit donc trois objectifs : faciliter les recours aux contrats de partenariat en précisant le critère d'urgence, « sécuriser » le recours à ces contrats sur le plan juridique et tendre vers la neutralité fiscale tant entre les différentes formes de partenariats publics/privés qu'entre modes de la commande publique.

En premier lieu, les conditions de recours au partenariat public/privé gagneraient à être clarifiées. Elles ont été conçues dans une perspective de méfiance à l'égard de ces contrats qui n'a plus lieu d'être. Il faut au contraire en faciliter le développement. L'idéal, dans l'absolu, serait de faire du contrat de partenariat une formule de droit commun, la seule condition étant alors son intérêt économique, en s'inspirant de l'exemple britannique. La décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 s'oppose cependant à « la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique », la loi devant « réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence [...] ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement d'un service déterminé ». Il est certes permis de s'interroger sur cette décision et sur celle du 2 décembre 2004. Par exemple, qu'est-ce que le droit commun de la commande publique ? Le code des marchés publics, les BEA (baux emphytéotiques administratifs), les BEH (baux emphytéotiques hospitaliers), les délégations de services publics, etc. ? La jurisprudence du Conseil s'imposant à nous, la discussion a cependant un caractère très largement académique tant que l'on ne modifie pas la Constitution.

Le critère de la complexité retenu par l'ordonnance du 17 juin 2004 ne peut guère être simplifié, sauf à renoncer au recours à la procédure du dialogue compétitif. L'article 29 de la directive européenne « marchés publics » du 31 mars 2004 dispose en effet que « lorsqu'un marché est particulièrement complexe, les États 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 ». Ne conviendrait-il pas de créer un troisième critère, par exemple celui de l'intérêt financier de la collectivité ? Ce critère, tout à fait en phase avec la réalité économique et qui se rapproche de la *value for money* ⁽¹⁾ de la procédure britannique, a pour inconvénient, sur le plan juridique, de permettre *de facto* un très large recours au contrat de partenariat et d'en faire une sorte de procédure de droit commun, heurtant ainsi de front la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. La présente proposition a donc fait le choix de rester dans le cadre des critères définis par le Conseil, en essayant cependant de préciser et faciliter le recours au critère de l'urgence.

L'article 2 de l'ordonnance de 2004 se borne à exiger que « le projet présente un caractère d'urgence ». Le flou même de la formulation aboutit *de facto* à laisser au juge l'entière responsabilité de concrétiser cette formule dans le sens de son choix, avec le risque contentieux qui s'ensuit. Au sens du droit des marchés publics, l'urgence est conçue comme la condition du recours à des procédures aux délais moindres que celles du droit commun. La condition s'apparente alors à la force majeure. Nous ne sommes pas dans ce cas de figure. Le Conseil constitutionnel a insisté sur la notion de retard à rattraper, ce qui reste assez imprécis. Qui apprécie ce retard ? Quel retard doit être comblé de manière urgente ? La présente proposition de loi, en ses articles 1 et 2, vous propose que ce choix relève de la personne publique en fonction de son appréciation de la situation locale et du constat que le contrat de partenariat est la procédure permettant une livraison dans les meilleurs délais du projet. En effet, si la procédure de choix du cocontractant est plus longue que l'appel d'offres lorsque l'on recourt au dialogue compétitif, la livraison intervient généralement beaucoup plus rapidement, ce qui, par exemple, est essentiel pour un collègue. La personne publique est d'ailleurs déjà tenue par l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 de fournir une évaluation de son projet. La mise en œuvre de cette proposition ne créerait donc aucune contrainte supplémentaire.

En second lieu, le développement de ces partenariats passe par une sécurisation de leur environnement juridique. Cette sécurisation implique tout d'abord s'agissant du contrôle de légalité sur ces contrats que celui-ci soit transféré à la mission d'appui aux partenariats public/privé. Trois avantages à cette solution. Le contrôle est effectué par un organe spécialisé qui en maîtrise tous les aspects. La mission d'appui donne déjà, en amont, un avis, positif ou négatif, aux collectivités territoriales qui en font la demande. L'« unicité » du contrôle garantit une doctrine uniforme, ce qui est essentiel pour ce type de sujet. Le contrôle exercé serait donc ainsi plus cohérent et plus efficace sans entraver le développement de cette nouvelle procédure. C'est l'objet des articles 3, 4 et 5 de la proposition.

Dans le même souci de sécurisation juridique, il est important de clarifier définitivement la question de l'application de l'article 432-14 du code pénal aux contrats de partenariats. Une équivoque existe. Ainsi, en 2004, le professeur François LICHERE ⁽²⁾ observait que « l'article 432-14 du Code pénal [...] n'a pas été modifié pour inclure les contrats de partenariats dans son champ d'application, contrairement à ce qui a été fait à l'article L. 331-1 du Code de justice administrative pour le référé précontractuel. Ceci devrait conduire logiquement à considérer que les contrats de partenariats en sont exclus et aboutir à une dépenalisation partielle de la commande publique, à moins que le juge pénal ne considère que les contrats de partenariats doivent être regardés comme des marchés publics au sens de l'article 432-14 [...] ». Il est donc essentiel d'en rester au choix initial, de bon sens, du législateur, sans s'en remettre pour cela au bon vouloir du juge. Il est à noter que le raisonnement qui conduirait, en l'absence de dispositions contraires, à rendre l'article L. 432-14 du code pénal applicable aux contrats de partenariat ne serait pas dépourvu de paradoxes. Un délit serait ainsi créé sans intention en ce sens du législateur ; les contrats de partenariat n'existaient d'ailleurs pas au moment de la création de cette infraction. L'assimilation à un marché public résulte du droit européen, qui n'a jamais eu pour objectif l'application de sanctions pénales. L'article 6 de la proposition vise donc à prévenir cette extension subreptice de sanctions pénales.

La loi doit également clarifier les conditions de recours à des recettes que le partenaire privé tire de l'exploitation de l'installation pour son compte propre, les textes applicables n'étant pas dépourvus d'ambiguïtés. Tel est l'objet de l'article 7 du projet.

En troisième lieu, il est souhaitable de tendre vers une neutralité fiscale entre les différents modes de la commande publique dès lors que leur finalité est bien de réaliser et entretenir des ouvrages affectés à

une mission de service public ou d'intérêt général et que ceux-ci ont vocation à intégrer, à terme, le patrimoine public. La diversité même de ces modes n'est d'ailleurs pas un facteur de simplicité : délégations du service public, marchés publics, concessions, baux emphytéotiques administratifs (BEA) ou hospitaliers (BEH), etc. À moyen terme, une remise en cohérence s'impose, la multiplicité des régimes fiscaux n'étant en réalité que l'une des conséquences d'une méthode consistant à procéder par superposition plutôt que par réforme des dispositifs existants. D'ores et déjà, le ministre du budget a reconnu que « les partenariats public-privé sont devenus une pratique de gestion très répandue. Il est donc légitime de réfléchir à la manière d'intégrer leurs frais financiers, comme cela se fait pour les maîtrises d'ouvrage classiques ». Le ministre s'est engagé « à prendre dans les meilleurs délais une instruction fiscale sur ce sujet » afin de « trouver une solution en globalisant l'opération, donc en y intégrant les frais financiers ». (3)

Le coût d'une neutralité fiscale totale peut être évalué, en une première approximation, à plus de 250 millions d'euros par an, la proposition se limitant cependant aux deux instruments les plus importants, les contrats de partenariat et les BEA. Pour autant, le bilan global pour l'État pourrait se révéler très positif du fait des baisses de coût induites pour les personnes publiques par les partenariats public-privé et le fait que le fruit de ces taxes ne fait que circuler entre personnes publiques.

L'article 8 a pour objet d'exonérer les contrats de partenariats et les BEA de la taxe locale d'équipement et de la taxe pour le financement des conseils d'architecture d'urbanisme et d'environnement. Cette exonération ne vaudrait que pour les parties des constructions affectées à un service public ou d'utilité publique.

Son article 9 a pour objet l'exonération pour les contrats de partenariats et les BEA de la taxe départementale des espaces naturels sensibles.

Les articles 10 et 11 ont pour objet de rendre les BEA éligibles au fonds de compensation pour la TVA.

L'article 28 de l'ordonnance sur les contrats de partenariat a inséré dans le code monétaire et financier un article L. 313-29.1 qui dispose qu'« en cas de cession d'une créance détenue sur une personne publique par le titulaire d'un contrat de partenariat, 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 ». L'article L. 313-28 permet à l'établissement de crédit d'exiger que le débiteur ne puisse se libérer valablement qu'auprès de l'établissement de crédit. L'article L. 313-29 prévoit que sur demande du bénéficiaire du bordereau, le débiteur peut s'engager à le payer directement. En ce cas, le débiteur, sauf fraude, ne peut opposer à l'établissement de crédit les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau. En vue de faciliter le recours à toutes les formes de cessions de créance, l'article 12 de la proposition tend à élargir le dispositif aux frais financiers.

L'article 13 tend à exonérer de la taxe de publicité foncière les contrats de partenariats et les baux emphytéotiques administratifs.

Les partenariats publics/privés impliquent souvent d'importants investissements de la part du cocontractant privé. Or, rien ne garantit qu'une annulation ne puisse intervenir très longtemps après la signature du contrat. En théorie, l'inexistence du contrat qui en résulterait impliquerait une absence totale d'indemnisation, ce qui est, sauf faute du cocontractant, totalement inéquitable. Il est donc juste de revenir sur certains principes inadaptés pour ne pas entraver le développement de cette formule. Le moyen le plus simple est de laisser les parties stipuler librement sur ce point. Tel est l'objet de l'article 14.

L'article 15 a pour objet de faciliter la cession d'un bien immobilier, par une collectivité publique, à un partenaire privé lorsque cette cession permet de valoriser financièrement l'opération.

Tel est, Mesdames, Messieurs, l'objet de la présente proposition de loi qu'il vous est demandé de bien vouloir adopter.



**SECONDE INITIATIVE FRANCAISE
EN FAVEUR DES
PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE**

* * *

*Les cinq propositions
de
l'Institut de la Gestion Déléguée*

Juin - Novembre 2007

Introduction

Au moment où le gouvernement lance une réflexion sur les freins à la croissance, la relance des contrats de partenariats est en mesure d'apporter une contribution pertinente à l'objectif de 3% de croissance, dans un contexte caractérisé par un besoin fort d'investissements publics et privés, par exemple au titre des suites du Grenelle de l'environnement.

A la différence d'une relance par la consommation, la mise en œuvre d'un programme « PPP » génère de la croissance durable parce qu'endogène et source de compétitivité. Les innovations et les services immatériels susceptibles d'être promus par un tel programme illustrent le rôle que peuvent jouer les PPP pour l'évolution vers une société de la connaissance telle qu'elle a été définie au niveau communautaire dans la « Stratégie de Lisbonne », malheureusement peu suivie d'effets jusqu'à présent.

La pertinence économique d'un tel programme a été mise en évidence dans le rapport « Les PPP, leviers pour l'investissement, l'activité et l'emploi » du professeur Christian Saint Etienne et de Vincent Piron¹.

Dans l'esprit de la Première Initiative lancée par l'IGD fin 2002 pour préparer l'ordonnance de 2004 relative aux « contrats de partenariat », **il est aujourd'hui nécessaire d'engager une seconde initiative destinée à accompagner le lancement** d'un programme quinquennal de projets en PPP pour 2008-2012.

Cette initiative vise à compléter le dispositif de 2004 en se fondant sur les travaux du groupe d'étude parlementaire sur les PPP, présidé par Hervé Novelli durant la précédente législature et sur l'expérience acquise à l'occasion des premiers projets par la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariats (MAPPP) et le Centre d'Expertise Français pour l'Observation des Partenariats Public Privé (CEF-O-PPP) et par les acteurs dans leur ensemble.

Cette seconde Initiative comprend **cinq mesures** proposées au Gouvernement par l'Institut de la Gestion Déléguée, une fondation qui réunit l'ensemble des parties prenantes et des partenaires publics et privés concernés et qui est l'organisme de référence en la matière.

Avertissement :

La compréhension et la promotion de la présente Initiative aussi bien en France qu'à l'étranger requièrent un usage rigoureux des termes employés s'agissant notamment des PPP qui regroupent à la fois les délégations de service public (DSP) et les contrats de partenariat et contrats assimilables (CPA).

* PPP = DSP + CPA

* CPA = CP + BEA + BEH + AOT...

¹ Rapport IGD « Les partenariats public-privé, leviers pour l'investissement, l'activité et l'emploi – méthodes et exemples pratiques pour fonder l'efficacité économique du choix public »- La Documentation française – septembre 2006

Première proposition :

Pour contribuer à l'objectif de 3% de croissance, lancer un programme de projets d'intérêt national en contrats de partenariat

⊗ **Objectifs :** générer progressivement 0,5% de croissance supplémentaire d'ici la fin du quinquennat

⊗ **Modalités :** lancer des opérations d'intérêt général à forte utilité économique et sociale dans des conditions budgétaires orthodoxes et déconsolidantes² faisant appel à des solutions durables. Leur instruction sera accompagnée et facilitée par les autorités publiques.

⊗ **Contenu du programme :** pour l'Etat, demander aux ministres de définir des priorités et des propositions dans leur champ de responsabilité et les inscrire dans une programmation pluriannuelle. Identifier les secteurs où l'Etat et les Collectivités territoriales ont des objectifs communs prioritaires.

Exemples possibles :

- lancer un grand programme **d'efficacité énergétique** pour les patrimoines publics (Etat, collectivités territoriales, opérateurs publics)
- remettre en état et moderniser le patrimoine immobilier des **universités**
- réaliser des programmes de **logement pour les étudiants** à des loyers accessibles
- développer massivement l'offre de **transports urbains** (tramways, métros)
- accélérer la réalisation du **réseau de LGV** pour bénéficier d'ici 10 à 15 ans de l'effet réseau et favoriser l'accessibilité des principales villes du territoire national et la connexion avec les pays voisins
- permettre ainsi la réalisation des deux principales « **magistrales ECOFRET** », lignes dédiées ou à haute priorité fret ferroviaire (ferroulage, transport combiné, fret classique...)
- mettre en place rapidement des **réseaux de vidéosurveillance** dans les espaces publics et les réseaux de transports (gares, aéroports, ...)
- développer **l'administration électronique** dans les services de l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics
- déployer rapidement des **systèmes de redevance** tels que les « péages urbains » pour l'éco-redevance assise sur l'usage des réseaux routiers par les poids lourds.

Enfin ce programme permettra de structurer et de pérenniser un marché dans lequel un nombre suffisant d'acteurs garanti la compétitivité des offres.

Les principaux champs de mise en œuvre sont ceux du programme du gouvernement se prêtant à des réalisations faisant appel à des contrats de partenariat : projets globaux nécessitant des investissements importants en capitaux, ingénierie, réalisation et exploitation.

En référence aux exemples cités, les secteurs concernés sont notamment l'éducation nationale, l'enseignement supérieur, le logement, la santé, la justice, la sécurité et la télégestion, les transports publics, les équipements sportifs et culturels, l'administration électronique, les réseaux à très haut débit,...

² Selon norme Eurostat n° 18/2004 du 11 février 2004 sur le déficit et la dette

Deuxième proposition :

Adapter en conséquence le cadre législatif, réglementaire, fiscal et contractuel pour faciliter la réalisation de ce programme de relance

La promulgation de l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de Partenariat a été précédée ou accompagnée de celle d'un ensemble de textes sectoriels permettant le recours aux formules contractuelles préexistantes (bail emphytéotique administratif, autorisation d'occupation temporaire du domaine public assortie d'une convention non détachable, lois de programmation LOPSI, LOPJ, bail emphytéotique hospitalier...)

L'ensemble de ces contrats réunis sous le vocable CPA – Contrat de Partenariat et contrats Assimilables – est d'une utilisation relativement délicate et peut poser des problèmes de sécurité juridique.

Dans le prolongement des travaux du groupe d'étude parlementaire sur les PPP en 2006 et du retour d'expérience acquis par la MAPPP et le CEF-O-PPP, il est donc indispensable de prendre les dispositions suivantes :

⊗ **Unifier** les différentes catégories de contrats regroupées sous le vocable de CPA par un ensemble de règles communes : publicité, fiscalité, contrôle, litiges, domanialité,...

⊗ **Elargir**, au sein de la catégorie unifiée des CPA, le champ du contrat de partenariat en s'appuyant sur les possibilités découlant des décisions du Conseil Constitutionnel³ réservant l'usage des contrats de partenariat à « des situations répondant à des 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 » aujourd'hui traduite dans l'ordonnance par les seuls critères « d'urgence » ou de « complexité », de portée plus restrictive.

⊗ **Clarifier** le recours respectif aux contrats de partenariats et aux délégations de service public en recherchant si une partie commune de procédure de dévolution peut-être définie sans porter atteinte aux garanties, notamment de transparence, offertes par la loi Sapin⁴. Cette partie commune pourrait concerner au moins l'analyse comparative voire tout ou partie de l'évaluation préalable.

⊗ **Harmoniser** les règles fiscales dans un souci de neutralité réaffirmé⁵. Cette harmonisation devrait s'appliquer également aux subventions et aux structures de coûts (voir 3^e proposition).

⊗ **Améliorer** les procédures réglementaires d'instruction des dossiers (avis préalable et contrôle de légalité...), de façon à mieux contribuer au retour d'expérience (analyse comparative préalable et suivi d'exécution notamment).

³ DC n° 2003-473 du 26 juin 2003 et DC n° 2004-506 du 2 décembre 2004

⁴ Analyse des offres par une commission élue à la proportionnelle

⁵ Se référer au rapport IGD par Christian Babusiaux « Quelle compétition pour l'amélioration du service public ? »

Troisième proposition :

Harmoniser les règles fiscales et financières dans un souci de neutralité réaffirmé

Les difficultés fiscales liées à la mise en œuvre des CPA sont nombreuses et complexes.

L'analyse comparative des règles fiscales applicables aux interventions des collectivités locales et à celles des entreprises privées met en évidence des différenciations difficiles à justifier, souvent au détriment des entreprises privées.

Dans un souci d'équité et de sécurité juridique souhaitées par les partenaires publics et privés il convient donc de réduire voire de supprimer ces différentes formes de distorsion entre les modes de gestion.

- ⊗ poser un **principe général de neutralité fiscale** entre modes de gestion.
- ⊗ prendre des **mesures sectorielles** dans le champ des différentes taxes (professionnelle, foncière,...)

Exemples de mesures sectorielles :

- **taxe professionnelle** : poser le principe qu'un service est assujéti ou exonéré en raison de sa nature seule, indépendamment du mode de gestion.
- **impôt foncier** : utiliser la même méthode d'évaluation de la valeur locative pour déterminer l'impôt foncier quel que soit le propriétaire du bien et quel que soit son gestionnaire.
- **taxe foncière sur les propriétés bâties** : étendre la neutralité fiscale aux fractions de propriété gérées par le partenaire privé et affectées, partiellement ou totalement, à une activité autre qu'un service public ou d'utilité générale. Ainsi, dans le cadre d'un contrat de partenariat, l'ensemble des propriétés bâties seraient exonérés de taxe foncière. Cette mesure aurait pour effet de simplifier la gestion et les recettes annexes dégagées seraient réaffectées pour une part importante au financement d'une mission de service public, allégeant ainsi son coût pour les contribuables ou les usagers.
- **taxe de publicité foncière** : harmoniser le régime fiscal entre les CPA en soumettant leur publication soit au taux de 0,60% applicable aux BEA, BEH et AOT⁶, soit à un droit fixe de 125 euros tel que prévu pour les Contrats de Partenariats⁷

Harmoniser les conditions d'octroi des subventions et aides européennes

L'octroi des subventions est fondé sur le principe de neutralité du mode de gestion mais, en pratique, le mode de distribution des subventions peut conduire à privilégier la gestion directe par les personnes publiques.

Il conviendrait donc de :

- ⊗ **Réaffirmer le principe** selon lequel les subventions sont attribués sur des critères objectifs tenant à la nature du service et non au statut du gestionnaire, afin qu'elles bénéficient aux usagers dans les mêmes conditions.
- ⊗ **Aménager le contrôle des aides d'Etat** en proposant à la Commission de relever le seuil des aides de minimis (100 000 € sur 3 ans) en droit communautaire anormalement bas pour ce type d'activité.

L'harmonisation des autres règles financières concernant les charges sociales, les retraites, l'occupation du domaine public,...sont à traiter dans des approches plus générales ne distinguant pas le cas des CPA.

⁶ Article 742 du CGI

⁷ Article 680 du CGI

Quatrième proposition :

Favoriser la montée en compétence des acteurs (autorité publiques, organismes de conseil, responsables) en termes de commande publique, d'analyse économique, d'études et d'évaluation préalable et mettre en place le retour d'expérience entre eux.

① **Organiser la mise à disposition de l'information** sur les questions complexes des PPP notamment pour les parlementaires, en mettant en place un nouveau « groupe d'études sur les PPP ». La représentativité et le pluralisme de ce groupe parlementaire contribueront à faciliter l'adoption des textes nécessaires à la mise en place des réformes.

① **Renforcer les structures existantes des services de l'Etat**, la MAPPP en particulier, pour leur permettre de jouer pleinement leur rôle d'éclaireur du sujet, d'avis sur les projets et de référence nationale pour le contrôle de légalité (préfectures) et le contrôle financier (trésoreries générales)

① **Monter rapidement des formations de haut niveau et spécialisées** à destination des agents publics et notamment des maîtres d'ouvrages publics (ministères commanditaires, établissements publics), les agents des préfectures et de trésoreries générales qui ont pour vocation de garantir la qualité de la maîtrise publique des projets. Ces actions, qui concernent souvent plusieurs familles d'acteurs, peuvent être organisées dans le cadre de partenariats stratégiques dont le premier réunirait l'AMF, le CNFPT, la DGCL, la MAPPP et l'IGD et pourrait concerner également l'IGPDE (centre de formation du Ministère des Finances).

① **Organiser un réseau de retours d'expériences** en développant et en garantissant dans la durée la capacité du CEF-O-PPP⁸ à mettre à disposition et à valoriser les informations tirées de l'expérience. La pérennité de cette action implique qu'elle soit considérée comme une véritable mission de service public.

① **S'assurer du respect de l'éthique des procédures** par la possibilité de recourir à des « garants de la procédure » choisis sur une liste d'experts agréés par les Présidents de tribunaux administratifs. Ces experts auraient pour mission d'assister aux principaux actes de procédures et notamment durant le dialogue compétitif. Cette présence d'un expert indépendant aurait pour effet d'établir une transparence comparable à celle organisée par la loi Sapin.

① **Mettre en place des outils adaptés pour l'évaluation préalable au choix du mode de gestion.** Une des difficultés rencontrées pour la justification du choix des contrats de long terme est la **difficulté à rapprocher les utilités socio-économiques générées avec les coûts complets pour en apprécier la performance dans les analyses comparatives préalables.** De même, les coûts d'exploitation et les valeurs résiduelles actualisées doivent être pris en considération à leur juste valeur dans les critères de choix de la solution à mettre en œuvre.

Un cadre méthodologique et des valeurs unitaires de référence devraient être rapidement déterminés pour être mis à disposition des acteurs.

⁸ Centre d'Expertise Français pour l'Observation des Partenariats Public Privé

Cinquième proposition :

Veiller à la cohérence entre le cadre national applicable aux PPP⁹ et le projet de « directive communautaire sur les concessions », vraisemblablement discuté sous présidence française.

La viabilité dans la durée des dispositifs PPP nationaux est étroitement liée aux textes communautaires existants ou en préparation et aux décisions récemment prises (ou à venir) par la Cour de Justice des Communautés Européennes.

Plusieurs actions visant à garantir cette cohérence sont à mener :

⊙ Définir clairement les positions françaises sur ce sujet **en distinguant ce qui relève de la gouvernance des services publics (SIG et SIEG¹⁰), des procédures de choix d'un opérateur et des formes contractuelles utilisées.**

⊙ En référence à des modes de gestion clairement définis : délégation de services public (DSP), contrats de partenariat et assimilables (CPA), maîtrise d'ouvrage publique et marchés publics, il conviendra de clarifier les positions françaises sur la future « directive communautaire sur les concessions » : **définition, missions, dévolution, négociation ou dialogue compétitifs, passation, contrôle, cession.**

Ces positions devront intégrer les éléments satisfaisants de la loi Sapin validés par 15 ans d'expérience, notamment « **la négociation compétitive** » à côté du « **dialogue compétitif** ». La négociation est en effet plus adaptée pour le choix d'un opérateur délégataire d'un droit d'exploiter que le dialogue, plutôt réservé à la mise au point d'une solution technique généralement complexe que le maître d'ouvrage a du mal à définir seul avec précision.

⊙ Enfin, ces positions devront ménager la possibilité à terme de n'avoir à nouveau que **deux types de contrats en droit français comme en droit communautaire.** En effet, l'existence d'un continuum entre les CPA et les DSP devrait conduire à ce que certains CPA puissent être rangés parmi les concessions aux sens communautaire.

⁹Loi dite « Sapin » du 29 janvier 2003 pour les DSP ; ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats, ordonnance du 4 septembre 2003 pour les BEH, loi LOPSI du 29 août 2002 et LOPJ du 9 septembre 2002 pour les AOT-LOA

¹⁰ Service d'Intérêt Général et Service d'Intérêt Economique Général

Contrats et Marchés publics n° 1, Janvier 2006, Repère 1

Les perspectives communautaires en matière de PPP et de concessions

Repère par François LLORENS
Professeur agrégé à l'université Robert Schuman
Avocat au barreau de Strasbourg

et Pierre SOLER-COUTEAUX
Professeur agrégé à l'université Robert Schuman
Avocat au barreau de Strasbourg

La Commission vient de présenter une communication concernant les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions (COM [2005] 569 final, 15 nov. 2005). Elle y fait la synthèse du débat suscité par son précédent Livre vert sur la question (COM [2004] 327 final, 30 avr. 2004 : V. *Contrats-Marchés publ. 2004, repère 6*) et annonce, à plus ou moins brève échéance, une clarification des obligations de mise en concurrence dans le double but d'assurer une plus grande sécurité juridique en même temps qu'une concurrence plus large.

Concrètement, la poursuite de cet objectif ne devrait pas entraîner l'élaboration d'un régime réglementaire couvrant l'ensemble des PPP contractuels, lesquels conserveraient ainsi leur double nature de marchés publics ou **de concessions** selon les cas (V. à ce sujet, *Contrats-Marchés publ. 2003, repère 7*). En cette période de particulière instabilité juridique, on éprouve quelque soulagement à savoir que notre législation nationale relative aux contrats de partenariat n'est pas vouée à une modification prochaine. En revanche, il est envisagé de doter les concessions de service d'un cadre juridique adapté sous la forme d'une directive qui traiterait de leur distinction d'avec les marchés publics ; de leurs conditions d'attribution et d'autres sujets encore tels que leur adaptation dans le temps ou l'exploitation de structures transfrontalières.

Mais les développements les plus novateurs sont indiscutablement ceux relatifs au PPP institutionnalisé ou PPPI. La Commission envisage de leur consacrer une communication interprétative dont le but affiché est d'encadrer la création d'entités mixtes de type public/privé destinées à fournir des services d'intérêt économique général, c'est-à-dire – en clair – de soumettre la création de ces entités à des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables.

À la vérité, le sujet n'est pas totalement neuf. La CJCE avait déjà eu l'occasion de se pencher sur la soumission aux dispositions du Traité du choix d'un partenaire privé lors de la constitution d'une société à capitaux publics majoritaires destinée à devenir concessionnaire d'un service public local (CJCE, 9 sept. 1999, aff. C-108/98, RI.SAN.Srl c/ Cne di Ischia). Elle n'avait évité de se prononcer sur la question qu'au prix d'une analyse quelque peu surprenante et depuis lors nuancée en vertu de laquelle la situation en cause n'affectait pas les échanges entre États membres. Il semble que cette position soit désormais révolue et qu'il faille s'attendre à ce que la Commission se prononce explicitement dans le sens d'une extension des règles de concurrence à la création des PPPI. Il ne s'agirait-là, au demeurant, que d'un prolongement logique des restrictions récemment infligées par la Cour à la notion de prestations « *in house* » (V. CJCE, 11 janv. 2005, aff. C-26/03, Stadt Halle : *Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 68*, note G. Eckert. – CJCE, 21 juill. 2005, aff. C-231/03, Coname : *Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 280*, note G. Eckert).

Celles-ci avaient déjà porté un coup très dur à la liberté de relations entre les SEM et leurs actionnaires publics. La future communication de la Commission risque fort de parachever le mouvement, soit en soumettant le choix même du ou des partenaires privés à une mise en concurrence préalable, soit en confirmant l'impossibilité pour les collectivités publiques de confier à des structures de type public/privé nouvellement créées la gestion d'un service sans une telle mise en concurrence, fût-ce par voie unilatérale. C'est toute une conception de l'économie mixte à *la française* qui disparaîtrait ainsi.

Fiche de procédure

L'information présentée est celle relative à l'état actuel du dossier

Identification

Référence	INI/2006/2043
Titre	Les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions

Résumés

26/10/2006 - PE: résolution non législative

En adoptant le rapport d'initiative de Barbara WEILER (PSE, DE), le Parlement européen se félicite de la présentation par la Commission du Livre vert précité sur les partenariats public-privé (PPP) et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, d'un rapport sur les résultats de la consultation sur le Livre vert, de même que d'une communication sur d'éventuelles suites à donner dans le domaine des PPP

Les députés jugent prématuré de se livrer à une appréciation des incidences des directives gouvernant les marchés publics et, par conséquent, se prononcent contre un réexamen de ces directives. Ils se déclarent opposés à l'instauration d'un régime juridique propre aux PPP, mais jugent nécessaire une initiative législative dans le domaine des concessions qui respecte les principes du marché intérieur et les seuils et prévoit pour les procédures d'appel d'offres des règles simples, ainsi qu'une clarification dans le domaine des partenariats publics-privés institutionnalisés (PPPI).

La Commission est invitée à étudier, dans le cadre de la réglementation des futurs PPP, les intérêts des collectivités régionales pour ce qui est de leur autonomie, et à associer les représentants des intérêts régionaux aussi bien que locaux à l'élaboration de la future réglementation.

D'un point de vue général, le Parlement :

- souhaite que les contrats déjà conclus de bonne foi conformément au droit national fassent l'objet de périodes de transition;
- récuse tout moyen de contourner le droit des marchés publics et des concessions;
- considère que le droit des marchés publics devrait d'appliquer dès lors qu'il s'agit de choisir un partenaire privé;
- estime que l'externalisation de la prestation de services d'intérêt général entraîne l'obligation pour l'autorité adjudicatrice d'attribuer le marché sur le fondement des procédures de marchés publics;
- estime que la réattribution aux communes de missions qui étaient auparavant exécutées en faisant appel au secteur privé ne peut constituer une solution valable de remplacement des PPP qui soit conforme aux principes de concurrence;
- juge que les communes et les entreprises qui en émanent ne devraient pouvoir déroger aux principes de concurrence que lorsqu'elles assurent des missions strictement locales sans aucun rapport avec le marché intérieur;
- souligne l'importance de la transparence qui devrait entraîner le droit pour les représentants élus de consulter les accords et les dossiers;
- recommande que les États membres mettent en place des dispositifs transparents susceptibles de garantir aux investisseurs privés la protection de leurs intérêts juridiques et financiers pendant toute la durée d'un marché;
- souligne que l'expression "conflit d'intérêts" devrait être définie au niveau de l'Union ;
- recommande que la mise en œuvre des PPP comprenne l'obligation de rendre compte aux citoyens ;
- recommande que les États membres facilitent la tâche des autorités publiques en améliorant la formation des décideurs ayant pour mission de choisir les partenaires privés appelés à prendre part aux PPP;
- invite les États membres à prendre des dispositions pour que les répercussions sur les agents des autorités locales soient traitées humainement et en temps utile, et pour que des accords équitables concernant le transfert des employés (du secteur public ou privé) et leurs conditions d'emploi soient encouragés et respectés, conformément à la directive 2001/23/CE du Conseil;
- se déclare opposé à la création d'une agence européenne des PPP, mais accueille favorablement d'autres formes d'échange d'expériences en matière de bonnes pratiques, comme la mise en réseau des autorités nationales et régionales responsables de la gestion des PPP;
- incite la Commission et la Banque européenne d'investissement à réunir et à diffuser leurs compétences, spécialement dans les États membres où les autorités publiques n'ont pas une bonne connaissance des PPP;
- se déclare opposé à l'élaboration de règles concernant l'attribution de marchés publics en deçà des seuils applicables au niveau de l'Union;
- demande à la Commission de veiller, au moyen du contrôle communautaire des aides d'État, à ce que l'octroi de subventions ne comporte pas de discriminations entre les opérateurs, qu'ils soient privés, publics ou mixtes.

OBJECTIF : proposer de nouvelles options politiques sur les partenariats public-privé (PPP) et le droit communautaire des marchés publics et des concessions.

CONTEXTE: les partenariats public-privé (PPP) sont des formes de coopération entre pouvoirs publics et entreprises, qui visent à réaliser des projets d'infrastructure ou des prestations de services au public. Ces dispositifs, qui font généralement intervenir des montages juridiques et financiers complexes associant des opérateurs privés et les pouvoirs publics, ont été mis au point dans plusieurs domaines du secteur public et sont largement répandus dans l'Union européenne, en particulier dans les transports, la santé publique, la sécurité publique, la gestion des déchets et la distribution d'eau. L'objectif est de créer des conditions de transparence et de non-discrimination qui permettront à des organismes privés de contribuer à la mise en place d'infrastructures et à la fourniture de services dans l'ensemble de l'Union européenne.

CONTENU : la présente Communication fait suite à une consultation publique qui avait été lancée par le Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions le 30 avril 2004. Un but essentiel de la consultation était d'examiner comment les règles et principes fonctionnent en pratique, de voir s'ils sont assez clairs et s'ils répondent aux défis et caractéristiques des PPP.

Par cette communication, la Commission fait le point sur les options politiques envisageables à l'issue de la consultation publique sur les marchés de paiements en supprimant les barrières à l'entrée et en garantissant un accès, en vue d'assurer une saine concurrence pour les partenariats public-privé (PPP) sans réduire de manière excessive la souplesse requise pour concevoir des projets innovants et souvent complexes.

Elle prône l'option d'une **initiative législative contraignante pour les contrats de concessions** par lesquels une autorité publique octroie à une entité concessionnaire des travaux ou services assortis du droit du concessionnaire d'exploiter la construction ou le service fourni. La législation, qui couvrirait à la fois les concessions de travaux et de services, fournirait une délimitation claire entre les concessions et les marchés publics. Elle nécessiterait une publicité adéquate de l'intention d'attribuer une concession et définirait les règles applicables à la sélection des concessionnaires sur la base de critères objectifs et non discriminatoires. D'une manière générale, ces règles viseraient à appliquer le principe d'égalité de traitement à l'ensemble des participants à la procédure d'attribution. En outre, les problèmes relatifs à la longue durée des concessions, tels que la nécessité de les adapter dans le temps ainsi que ceux relatifs aux PPP constitués pour construire et exploiter des infrastructures trans-frontalières, pourraient être traités dans le cadre de cette initiative. Avant de proposer formellement une législation, une étude d'impact approfondie sera réalisée dans le courant de 2006.

S'agissant de la manière dont les règles communautaires devraient s'appliquer **pour les "PPP institutionnalisés"**, c'est-à-dire les entreprises de service public détenues conjointement par un partenaire public et un partenaire privé, la Commission estime qu'une **communication interprétative** conviendrait mieux qu'une législation complète. Cette communication interprétative devrait être publiée au cours de 2006. Elle viserait avant tout à clarifier l'application des dispositions des marchés publics relatives : a) à la création d'entités à capitaux mixtes dont l'objectif est de fournir des services d'intérêt économique général et b) à la participation d'entreprises privées à des entreprises publiques qui fournissent de tels services.

"Il est urgent de clarifier les textes communautaires sur les PPP"

Pierre Van de Vyver, directeur de l'Institut de la Gestion Déléguée, dresse pour EurActiv.fr un état des lieux de la législation communautaire sur les PPP. Il propose une mise en perspective du droit français sur les PPP par rapport et au droit communautaire et insiste sur la nécessité de clarifier les normes européennes sur ces questions.

1/ Le recours aux PPP pour financer les infrastructures de service public s'est développé partout en Europe. Quelles sont les spécificités françaises? Les pratiques sont-elles très différentes d'un pays à l'autre ?

Pour bien répondre à votre question il est nécessaire de s'entendre sur la définition des PPP, promue à l'occasion du livre vert sur les PPP publié par la Commission européenne en avril 2004. Cette définition distinguait pour la première fois deux types de PPP : les PPP contractuels (PPP-C) et les PPP-institutionnalisés (PPP-I), ces derniers résultant de partenariats statutaires et/ou capitalistiques par lesquels les autorités publiques participent au management et/ou au capital de l'opérateur de l'activité publique objet du partenariat.

Le mouvement général observé en Europe concerne essentiellement les PPP contractuels dont il faut préciser d'emblée que l'objectif est beaucoup plus large que le financement des infrastructures de service public.

Au sens communautaire, les PPP contractuels, qui intègrent à la fois les concessions et une partie des marchés publics, recouvrent en droit français les délégations de services publics (DSP)[1], les contrats de partenariat (CP) [2] et les contrats assimilables aux contrats de partenariat (CPA) : BEH, BEA, LOA, AOT + Convention non détachable[3].

L'objectif des PPP-C, parce qu'ils sont globaux, est beaucoup plus large que le simple financement prévu dans un grand nombre de contrats ; ils regroupent en effet l'ensemble des responsabilités des projets concernés sous l'autorité d'un opérateur unique.

Parce qu'ils reposent sur l'identification des risques, leur limitation, leur répartition entre les parties et leur couverture, intégrant l'ensemble des coûts et mettant les personnes publiques à l'abri des dérives habituelles aussi bien en terme de surcoûts que de baisse de qualité de service ou de perte de valeur résiduelle des ouvrages.

Parce qu'ils intègrent le financement de biens matériels avec paiement réparti sur la durée, ces contrats amènent les opérateurs à mettre en service les ouvrages dans des délais maîtrisés afin de percevoir dès que possible les loyers qui ne commencent à être versés qu'à la mise en service de l'ouvrage et à la condition que le niveau de service garanti ne soit atteint.

On voit bien qu'au-delà de l'effet déconsolidant des contrats de PPP, obtenu lorsque les risques transférés à l'opérateur atteignent un niveau requis par la norme Eurostat[4], l'intérêt du recours aux PPP-C ne se limite pas au transfert de la dette publique vers le secteur privé au sens des critères de convergence des finances publiques fixées par l'Union européenne.

La plupart des pays européens ont sensiblement développé le recours aux PPP contractuels mais de manière assez différenciée.

En France la famille prépondérante des PPP-C est celle des DSP dont le niveau, de loin le plus élevé en Europe, est resté quasiment stable avec une légère croissance dans certains secteurs : transports publics, autoroutes, services d'environnement ; à côté des DSP, la France qui avait renoncé aux METP a énergiquement relancé ce type de contrats rangés sous le vocable des CPA avec des perspectives de développement positives selon les indications données par le CEFO-PPP (Centre d'Expertise Français pour l'Observation des PPP).

Dès à présent les CPA signés se comptent par dizaines; le chiffre annuel d'investissement couvert par les nouveaux PPP-C, qui dépasse le milliard d'euros, devrait croître progressivement pour représenter une part tangible des investissements des collectivités publiques – 10% serait une valeur élevée qui ne pourrait être atteinte qu'en levant certaines restrictions actuelles à la mise en œuvre des CPA.

Dans les autres pays de l'Union européenne, on peut distinguer trois catégories d'acteurs : **les précurseurs** avec le Royaume-Uni pour les contrats à risques partagés que sont les PFI, assimilables pour la plupart à nos CPA; **les volontaristes** avec l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie et pour une part la France qui constitue cependant une référence particulière du fait de l'ampleur économique de la DSP; **les nouveaux membres** à la recherche de solutions rapides et efficaces pour améliorer le niveau des équipements publics du pays.

Les difficultés de mise en œuvre des PPP contractuels dans ces pays sont de multiples natures : compétence et expérience des acteurs, nouveautés procédurales, capacité à couvrir les risques dans la durée et sécurité

juridique des montages.

2/ Chaque Etat a mis en place des outils juridiques. Est-il nécessaire selon vous de créer un cadre juridique commun en Europe pour les PPP?

Disons que chaque Etat s'est « bricolé » un dispositif sur mesure dont l'usage a souvent révélé une non-conformité au Traité européen et aux textes communautaires, en particulier le non respect des procédures communautaires de dévolution, incomplétude juridique des contrats, incapacité transactionnelle et/ou économique des acteurs.

Cette situation met en insécurité juridique un grand nombre de contrats aussi bien en Grande-Bretagne qu'en Italie ou dans les pays entrants de l'UE. La France a été épargnée par ces risques pour deux motifs : les textes récents ont été très précautionneux vis-à-vis du cadre communautaire et leur application est aujourd'hui très prudente dans un contexte où le moindre écart est rapidement sanctionné par une procédure contentieuse.

Tout ceci met en évidence l'urgence d'une clarification des textes communautaires sur le sujet, aussi bien pour les PPP-C que pour les PPP-I.

Pour les PPP-C, la priorité retenue par la Commission et le Parlement européen est de clarifier le champ concessif par une directive traitant de la définition et des éléments de régime notamment la dévolution des concessions.

Pour les PPP-I, l'option d'un texte interprétatif a été préférée.

3/ Quelle est la position de l'IGD sur la nécessité d'une législation spécifique pour les concessions, distincte de celle des marchés publics? Quel a été l'impact des directives « marchés publics » en France ?

Dès novembre 2005, la Commission européenne a marqué sa préférence pour une directive sur les concessions, à l'occasion d'une communication faisant suite à l'examen des réponses au Livre vert sur les PPP d'avril 2004.

Une année plus tard, le Parlement a adopté une position semblable à l'issue de l'examen du rapport Weiler. L'IGD se félicite de ce progrès indispensable pour la qualité et la stabilité des concessions et plus largement des PPP-C en Europe ; il en va de l'exemplarité européenne sur ces sujets eu égard au « yoyo » incessant des organismes mondiaux influents pour le recours aux PPP : Banque mondiale, ONU, OMC,...

Les progrès difficiles de l'étude d'impact commandée par la Commission ont mis en évidence la possibilité d'un accord européen réaliste sur le sujet dès lors que la Commission européenne aura rassuré les acteurs sur sa volonté de comprendre et admettre les spécificités des concessions.

Un accord minimal sur les sujets déjà en débat, complété par l'introduction d'éléments essentiels de régime sur des points nouveaux tels que le contrôle ou l'adaptation, serait efficace pour créer un esprit européen des concessions élargissant le marché de façon transparente et adaptée.

Aujourd'hui la France est exemplaire notamment en ce qui concerne le recours au dialogue compétitif.

Or il s'avère que la mise au point séparée d'offres propres à chaque candidat selon la technique « en tunnel » allonge les discussions avec un trop grand nombre de candidats, augmentant de fait les coûts de transaction. Cette approche n'encourage pas suffisamment les personnes publiques à être responsables dans leurs choix. Elle maintient en effet en course trop de candidats au risque de démotiver les plus sérieux. Elle génère également une opacité de trop longue durée vis-à-vis des organes de décision de la personne publique qui devront à un moment très avancé de la procédure choisir un lauréat. La Charte du dialogue compétitif préparée sous le pilotage de l'Institut de la Gestion Déléguée a pour objectif de promouvoir des pratiques réalistes. Il n'en demeure pas moins que pour les DSP et les contrats de partenariat relatifs aux projets très complexes et innovants, la possibilité de négocier la solution contractuelle à mettre en œuvre avec un nombre restreint de candidats désignés par une commission représentative et transparente améliore la clarté de la procédure. Elle permet aussi de mieux cerner le transfert des droits et des obligations liés à la compétence ou confiés au cocontractant.

La différence entre dialogue compétitif et négociation est justifiée par la différence de nature des contrats : plus le transfert de risque est important, plus le contrat sera de « résultat », plus le choix des moyens sera laissé à l'entreprise. Dans ce cas, une négociation sera mieux adaptée qu'un dialogue compétitif car elle tient compte des capacités de l'entreprise à tenir ses engagements et à garantir des résultats dans la durée.

L'objectif de l'IGD, qui est celui de la plupart des acteurs français représentés au Conseil d'administration de l'Institut, est de faire en sorte que la future directive communautaire sur les concessions préserve et conforte les spécificités de la concession, en prévoyant la possibilité de négociation du contrat et de son adaptation dans le temps. Cette position n'exclut pas que le dialogue compétitif puisse-t-être choisi dans un ensemble de circonstances où les personnes publiques estimeront cette procédure adaptée.

4/ La Cour de Justice des Communautés européennes a récemment statué dans le sens d'une application plus stricte des règles de concurrence pour les PPP institutionnels (lorsque le partenaire public et le partenaire privé créent une structure commune, en France Société d'Economie Mixte). Les collectivités locales (notamment celles qui ont créé des SEM en France) se disent menacées par l'application de ces règles de concurrence. Quels sont les enjeux de la clarification juridique réclamée par le Parlement européen? Faut-il aller plus loin qu'une clarification juridique ?

En vertu des principes du Traité et hormis les cas où les droits exclusifs peuvent encore être librement attribués par les personnes publiques compétentes, la règle est que les activités à caractère économique ou marchand doivent être mises en compétition. S'agissant des PPP-I : la mise en concurrence des activités marchandes s'applique à tous les opérateurs statutaires ou capitalistiques faisant intervenir des personnes publiques dès lors qu'ils ne sont pas « in-house ».

Dans le même temps le champ du « in-house » a été fortement restreint. Aujourd'hui, une clarification paraît nécessaire car la mise en concurrence des opérateurs à capitaux publics non « in house » peut prendre deux formes : celle de la mise en concurrence pour l'entrée dans le capital ou celle de la mise en concurrence de l'opérateur pour l'attribution du droit d'exploiter son activité statutaire. L'analyse économique conduit à dire que la mise en compétition ne doit pas être redondante, capital et activité. Ces deux mises en compétition ne sont cependant pas équivalentes : d'un côté la mise en compétition du capital n'a pas sa pleine portée sans connaissance du contrat d'exploitation de l'activité, de l'autre l'opérateur à participation publique n'est pas un opérateur comme les autres puisque ses administrateurs publics sont généralement désignés par la personne publique organisatrice et adjudicatrice de l'activité mise en compétition.

Si aucune des deux solutions n'est totalement satisfaisante, la mise en concurrence de l'activité est la solution la plus proche du droit commun avec la conséquence d'avoir à prévoir que l'entreprise retenue ne soit pas la société à participation publique. Dans ce cas, il semble raisonnable de donner à la société mixte, dont la vocation se limiterait au seul exercice de l'activité mise en concurrence, une existence provisoire permettant de renoncer à sa mise en place définitive. La clarification de l'option entre les deux modalités de mise en compétition est indispensable.

La question qui devrait être tranchée par ailleurs est de savoir si les collectivités publiques peuvent librement continuer à prendre des participations dans des entreprises privées.

Ceci ne devrait pas soulever de questions nouvelles dès lors que ces participations ne perturbent pas le jeu concurrentiel sous une forme ou sous une autre : influence, aide d'Etat, garanties, accès privilégié à des informations,...

5/Un grand nombre de collectivités locales craignent de voir l'intercommunalité remise en cause par les mesures de la Commission européenne en matière de PPP et de marchés publics. Ces craintes sont-elles fondées ?

Plusieurs principes de valeur constitutionnelle se heurtent à l'occasion du développement de la coopération intercommunale : la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté d'administration des collectivités territoriales, l'efficacité de la gestion publique.

Ainsi de manière générale, il ne peut être envisagé que les métiers d'entreprise soient exercés par des collectivités publiques sans certaines garanties quant à l'efficacité des interventions publiques ; il en va du choix du bon niveau des aides d'Etat ou encore de la prise en considération de coûts intégrant l'ensemble des risques dans des cadres de gestion harmonisés sur le plan fiscal ou pour les charges sociales ; des éléments clarificateurs sont progressivement apportés tels que l'harmonisation fiscale en cours entre les contrats de partenariat, les CPA et DSP ou encore l'interdiction faite par la loi sur l'eau et les milieux aquatiques de moduler les subventions en fonction du mode de gestion des services.

Là encore, comme le préconise le rapport présenté par Christian Babusiaux sur l'harmonisation des conditions de compétition entre les modes de gestion^[5], la clé d'analyse pour une évolution acceptable est bien celle de la performance des organisations plutôt que l'option idéologique ou clientéliste pour tel ou tel mode de gestion. Certains sont en effet encouragés parce qu'ils bénéficient d'avantages et permettent de masquer certains coûts de long terme.

Chaque décision doit être au contraire transparente quant aux prélèvements obligatoires qu'elle induit à court comme à moyen terme.

[1] Loi du 11 décembre 2001 dite « loi MURCEF » et loi du 29 janvier 1993 dite « loi Sapin »

[2] Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004

[3] Loi du 27 février 2002; Loi d'orientation pour la sécurité intérieure du 29 août 2002; Loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002; Ordonnance n°2003-850 du 4 septembre 2003; Ordonnance n°2003-902 du 19 septembre 2003; Loi du 9 août 2004; Ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006.

[4] Décision Eurostat du 11 février 2004 sur le déficit et la dette – Traitement des partenariats public-privé

[5] Institut de la Gestion Déléguée « Quelle compétition pour l'amélioration du service public » La documentation française 2005