

Les contrats de partenariat en Aquitaine :...



...matière, conception et retour sur expérience

Synthèse des travaux réalisés par :
Elisabeth LANÇON et Sophie RAILLARD

Sous la direction de :
Dr. Gaële CHAMMING'S et Pr. Hubert DELZANGLES

■ Sommaire

SOMMAIRE	2
INTRODUCTION.....	3
1^{ERE} PARTIE : PANORAMA DES CONTRATS DE PARTENARIAT EN AQUITAINE.....	3
1. LA COMPLEXITE EN QUESTION.....	3
2. LE FINANCEMENT EN ACTION	4
3. LES IMPRESSIONS DES ACTEURS.....	4
2^{EME} PARTIE : L'AQUITAINE, SIEGE DES INTERROGATIONS SUR LES CONTRATS DE PARTENARIAT	5
1. LE MONTAGE FINANCIER DES CONTRATS DE PARTENARIAT	5
1.1. <i>L'accord autonome : sécurisation de l'exécution du contrat en cas de recours</i>	<i>5</i>
1.2. <i>Le financement public partiel : une dénaturation du contrat de partenariat ?.....</i>	<i>6</i>
2. LES CRITERES POUR RECOURIR AU CONTRAT DE PARTENARIAT.....	6
2.1. <i>Quid de la notion de complexité ?.....</i>	<i>6</i>
2.2. <i>Portée du troisième critère : le bilan coût/avantage en faveur du contrat de partenariat</i>	<i>7</i>
CONCLUSION	8

■ Introduction

Etudiantes au sein du Master 2 Expertise en Affaires Publiques à Sciences Po Bordeaux, notre candidature a été sélectionnée par la fondation Bordeaux Université, chaire "Les contrats de partenariat public-privé : enjeux contemporains et défis pour l'avenir" pour réaliser un mémoire de recherche sur les contrats de partenariat en Aquitaine. Nous avons choisi de traiter le sujet suivant : *"Les contrats de partenariat en Aquitaine, matières, conception et retour sur expérience"*.

Nos recherches nous ont donné l'occasion de rencontrer divers acteurs des contrats de partenariat en Aquitaine. Ces entretiens nous ont permis de bénéficier d'un véritable *"retour sur expérience"* concernant l'élaboration et la gestion de ce type de contrat mais également d'appréhender ces contrats comme le prisme des problématiques soulevées, à l'échelon national, par ces mêmes montages. Deux axes de réflexion se sont ainsi logiquement dégagés de nos recherches théoriques et de ces rencontres : dans un premier temps, une analyse du critère de complexité et dans un second temps, une étude de la dimension financière des contrats de partenariat en Aquitaine.

■ 1ère Partie : Panorama des contrats de partenariat en Aquitaine

Nos investigations nous ont permis de dégager deux problématiques essentielles qui font aujourd'hui débat concernant le montage des contrats de partenariat en Aquitaine : la première concerne les critères et notamment le critère de complexité, justifiant, en vertu de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, le recours au contrat de partenariat (1) et la seconde renvoie à la structure du financement de ces contrats (2). C'est à ces deux éléments que nous nous référerons pour établir un panorama complet des principaux contrats de partenariat en Aquitaine.

● La complexité en question

Notre étude des différents contrats de partenariat en Aquitaine a rapidement fait émerger le critère de complexité au centre des questionnements qu'il s'agisse de contrats de ce type effectivement menés à bien dans la région ou de contrats en cours de montage.

Nous nous sommes à ce titre intéressées à quatre contrats de partenariat représentatifs de cette problématique dans la région :

- les trois piscines de la COBAS à Arcachon ;
- le Musée de la Mer et la Cité du Surf et de l'Océan de la commune de Biarritz ;
- la gendarmerie de la commune de Ambarès-Et-Lagrave ;
- le réseau haut débit et très haut débit du syndicat mixte "Gironde numérique".

Une autre problématique s'est dégagée suite à nos recherches et nos entretiens : celle du montage financier des contrats de partenariat en Aquitaine.

● **Le financement en question**

Notre étude nous a également permis de soulever la question des modes de financement des contrats de partenariat et en particulier deux problématiques que l'on peut illustrer avec des exemples tirés de contrats de partenariat passés en Aquitaine :

- l'avenir de l'accord autonome comme mode de règlement financier du contrat face à l'introduction d'un recours avec le projet du Nouveau Stade de Bordeaux ;
- puis la question du financement public total ou partiel avec l'exemple des Maisons Départementales de la Solidarité et de l'Insertion du Conseil général de la Gironde.

Avant d'analyser de manière plus détaillée, en utilisant notamment nos recherches théoriques sur le sujet, les deux questions principales de notre mémoire relatives aux critères justifiant le recours aux contrats de partenariat et au financement de ces derniers, nous avons souhaité synthétiser les impressions recueillies, concernant le montage de ces contrats, auprès des responsables des collectivités publiques que nous avons eu l'occasion d'interroger.

● **Les impressions des acteurs**

Les différents entretiens réalisés dans le cadre de la mise en œuvre de ce mémoire nous ont permis de recueillir les commentaires et impressions de divers acteurs des contrats de partenariat en Aquitaine.

Ces retours sur expérience convergent globalement vers les mêmes impressions :

- le contrat de partenariat est un montage plus adapté aux projets complexes, de grande envergure et coûteux ;
- le montage du contrat de partenariat est une opération technique qui nécessite une certaine expertise ainsi qu'un suivi sur le long terme ;
- le choix des critères pour recourir à ce type de contrat fait débat ;
- les impressions des acteurs concernés restent néanmoins globalement positives quand à la réalisation et à l'exécution de ce type de contrat.

L'ensemble des personnes interrogées concluent que la mise en œuvre d'un contrat de partenariat permet, dans la plupart des cas, un aboutissement réussi du projet qu'il porte. Ce procédé reste néanmoins long et difficile à mettre en œuvre puisqu'il demande notamment un montage technique et financier complexe qui fait, malgré tout, débat.

■ 2^{ème} Partie : L'Aquitaine, siège des interrogations sur les contrats de partenariat

Lors de nos recherches et de nos entretiens autour du thème des contrats de partenariat en Aquitaine nous avons ainsi été amenées à soulever plusieurs problématiques :

- notamment en termes de financement des contrats de partenariat (1) ;
- mais aussi en ce qui concerne le choix des critères retenus pour la phase d'évaluation préalable pour recourir aux contrats de partenariat (2).

● Le montage financier des contrats de partenariat

Pour pallier aux problématiques liés au financement des contrats de partenariat les collectivités et le législateur ont imaginé des solutions aujourd'hui contestées et qui peuvent, a priori, remettre en question la nature juridique même du contrat de partenariat. C'est notamment le cas des accords autonomes signés en parallèle des contrats de partenariat ou encore le cas de l'évolution législative de 2009¹ qui permet un financement total ou partiel du projet par les collectivités.

● L'accord autonome : sécurisation de l'exécution du contrat en cas de recours

Dans le cas de la passation d'un contrat de partenariat l'accord autonome se définit comme un contrat conclu entre la personne publique, le partenaire privé attributaire du contrat de partenariat et les établissements prêteurs. L'objectif de cet accord est principalement d'éviter que les recours ne suspendent totalement l'exécution du contrat (le but est alors de respecter au mieux les délais de livraison, d'éviter le paiement d'indemnité de retard et le financement du projet sur un plus long terme) mais aussi de contractualiser les modalités d'indemnisation des parties en cas de nullité du contrat de partenariat ce qui rassure les prêteurs et diminue une part de risque lié au financement su projet.

A l'origine très peu utilisés, les accords autonomes sont aujourd'hui presque systématiquement adossés aux contrats de partenariat. Ils souffrent aujourd'hui de plusieurs jurisprudences qui, en confirmant sa licéité, ont ébranlé sa qualification juridique.

En effet le juge administratif apporte des précisions quelque peu inattendues au regard de la qualification juridique de l'accord autonome à savoir sa qualification en contrat "accessoire" au contrat de partenariat.

¹ Loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics-privés n°2009-179 du 17 février 2009 (LAPCIPP).

Cette qualification remet en question l'intérêt même de recourir à un accord autonome. En effet, l'annulation contentieuse du contrat de partenariat devrait entraîner l'annulation de l'accord autonome, car accessoire du premier contrat, son effet est donc annihilé car il ne survivrait pas à la nullité du contrat de partenariat or, l'un des intérêts majeurs de recours un accord autonome est de prévoir les modalités d'indemnisation en cas d'annulation du contrat de partenariat en dehors du cadre de ce contrat de partenariat.

- **Le financement public partiel : une dénaturation du contrat de partenariat ?**

Face aux grandes difficultés grandissantes des collectivités à trouver des entreprises pouvant financer des projets de grande envergure la loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics-privés n°2009-179 du 17 février 2009 a modifié l'article 1414-1 du CGCT en admettant la possibilité que le financement confié au partenaire privé soit "partiel".

Si l'Etat peut financer 100% d'un contrat de partenariat, aucune restriction ne s'applique quant à la proportion du financement public les collectivités ne peuvent financer majoritairement un projet que si son montant global est supérieur à quarante millions d'euros. C'est le cas notamment pour le contrat du conseil général pour la construction des MDSI ou la personne publique s'est retrouvée à financer la quasi-totalité du projet.

Cette solution est non seulement intéressante pour les entreprises, qui ne se voient plus dans l'obligation de soulever, seules, les fonds nécessaires pour la réalisation du projet mais également pour les collectivités qui peuvent ainsi financer elles-mêmes en partie ou intégralement leur projet, évitant ainsi parfois la renonciation au projet.

Néanmoins cette possibilité à soulevée de nombreuses questions. En effet, si le financement public, pris de façon " hermétique " ne pose pas forcément de problème au regard du régime du contrat de partenariat, le prise en compte de cette possibilité dans le spectre global de ce type de contrat et plus particulièrement au regard de la question du partage des risques le financement public peut venir déséquilibrer le contrat.

- **Les critères pour recourir au contrat de partenariat**

Les trois critères fixés par la l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat – urgence, complexité, efficience – sont aujourd'hui au centre des interrogations : le critère de complexité d'une part, notamment à la lumière des contrats de partenariat en Aquitaine mais aussi celui de bilan économique coût/avantage.

- **Quid de la notion de complexité ?**

L'alinéa II-1° de l'article L. 1414-2 du Code général des collectivités territoriales, et le premier alinéa de l'article 5 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 prévoient respectivement que :

- article L.1414-2, alinéa II-1°, du code général des collectivités territoriales : " 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 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 ; "

- *article 5, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance de 2004 : "[...] Si, compte tenu de la complexité du projet et quel que soit le critère d'éligibilité retenu en application de l'article 2 pour fonder le recours au contrat de partenariat, la personne publique est objectivement dans l'impossibilité 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, elle peut recourir au dialogue compétitif dans les conditions prévues au I de l'article 7 de la présente ordonnance. [...]"*

Il résulte de ces dispositions, tant en droit français qu'en droit européen, que le critère de complexité ne peut donc être évoqué valable qu'à condition que la personne publique soit de façon impartiale dans l'incapacité de réaliser un projet. Or, nous sommes enclins à penser que cette situation reste hypothétique : la personne publique, qui dispose non seulement des conseils de ses propres experts mais aussi de ceux des assistants maîtrise d'ouvrage, devrait alors totalement ignorer la façon dont elle pourrait mettre à bien un projet dont elle est elle-même à l'initiative.

Bien que défini juridiquement, le critère de complexité s'affiche au fil du temps comme assez imprécis et éminemment subjectif le recours aux contrats de partenariat reste donc assez flou. Néanmoins, le juge administratif a tenté, notamment depuis un arrêt remarqué du 26 juillet 2012 de la Cour administrative d'appel de Bordeaux concernant le contrat de partenariat pour la réalisation d'une cité du surf et de l'océan et l'extension du Musée de la Mer de Biarritz, d'encadrer davantage le critère de complexité afin d'en limiter les usages abusifs.

- **Portée du troisième critère : le bilan coût/avantage en faveur du contrat de partenariat**

Ce troisième critère est issu de la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 *relative aux contrats de partenariat* : le recours aux contrats de partenariat peut désormais se faire à partir d'un nouveau motif, c'est-à-dire lorsque "*compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, 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. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage.*"

Afin que ce critère puisse être mis en œuvre, l'évaluation préalable doit montrer une supériorité du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats de la commande publique.

Dans sa décision n°23-473 DC du 26 juin 2003 consacrant les motifs d'urgence et de complexité, le Conseil constitutionnel ne précise pas si ces motifs devaient être considérés comme exhaustifs.

La doctrine avait clairement pris position à l'encontre d'un élargissement à d'autres motifs de la possibilité de recourir au contrat de partenariat. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a validé le critère de bilan économique favorable dans sa décision du 24 juillet 2008.

Ce critère tend à réunir tous les éléments pour répondre à son objectif initial, celui de faciliter le recours aux contrats de partenariat en étant le plus large possible et en restant éminemment subjectif. Néanmoins il ne parvient pas à arriver à ses fins du fait de son caractère essentiellement redondant qui reprend la troisième partie de l'analyse comparative en se référant aux critères d'urgence et de complexité.

■ Conclusion

Ce panorama des contrats de partenariat en Aquitaine montre à quel point ce type de montage constitue un véritable atout pour les collectivités territoriales.

Le succès des contrats de partenariat peut notamment s'expliquer par les contraintes budgétaires et fiscales qui pèsent de plus en plus sur les collectivités. En effet la décision de l'Etat de réduire ses dotations aux collectivités de trois milliards d'euros en deux ans (1,5 milliards en 2014 et 1,5 milliards en 2015). Comme le souligne le rapport du CESER (Conseil Economique Social et environnemental régional d'Aquitaine) dans son rapport de mai 2013 sur *Les investissements publics en Aquitaine et leur financement, entre besoins priorités et choix*, "il est vraisemblable que cette baisse des ressources entrainera en premier lieu celle des investissements". L'Aquitaine, comme les autres régions sera donc impactée par cette réduction de son autonomie fiscale et le resserrement de ses moyens. Si la région a réussi ces dernières années à combler, en partie, un retard dans la réalisation de grands projets d'infrastructures il est important de continuer cet effort pour conserver un aménagement équilibré du territoire et pour satisfaire l'ensemble des besoins².

Le contrat de partenariat peut représenter dans cette situation difficile une alternative intéressante notamment dans le sens où elle permet à la collectivité d'étaler le financement de son infrastructure sur plusieurs décennies (droit au paiement différé).

De plus, le rapport souligne l'importance pour la collectivité de connaître et de définir précisément ses besoins, une "ingénierie publique de haut niveau" qui fait parfois défaut dans certaines collectivités.

² Rapport du CESER mai 2013, *Les investissements publics en Aquitaine et leur financement. Entre besoins, priorités et choix*. Avis adopté en séance plénière du 15 mai 2013 sur le rapport présenté par CRUEGE P. au nom de la Commission Fiances régionales et territoires et présidé par FOURCADE M.

C'est un point qui a été soulevé de nombreuses fois par les différents acteurs que nous avons pu rencontrer. Le contrat de partenariat ne s'improvise pas, il requière une longue réflexion en amont et la collectivité a besoin de s'entourer de professionnels sur les plans financiers, juridiques et techniques pour mener à bien son projet.

Ainsi, afin d'être à même d'en utiliser au mieux toutes les potentialités, les personnes publiques doivent employer cet outil de manière intelligente et efficiente. En effet, la réussite des contrats de partenariat repose essentiellement sur la capacité des collectivités territoriales à y avoir recours pour des motifs strictement justifiés d'urgence, de complexité ou de bilan coût/avantage favorable en vue de la réalisation de projets de grande envergure. A cela s'ajoute la nécessité pour les collectivités de mettre en œuvre un montage financier solide et adapté. L'intérêt et la nécessité d'un suivi technique, juridique et financier se justifie également par le suivi optimal du contrat pendant toute la durée de son exécution.