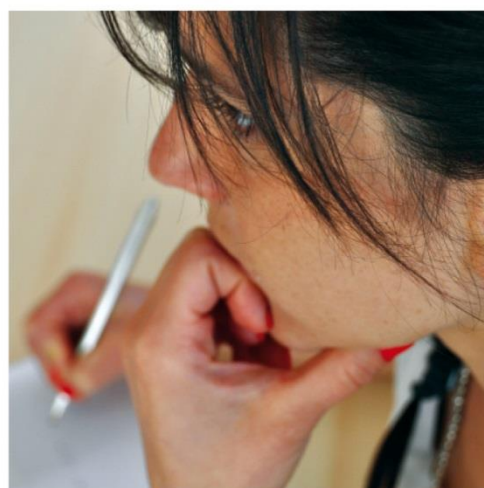


**Rapport de l'observatoire des PPP**

**Du contrat de partenariat**



**...au marché de partenariat**

## ■ La chaire "Les contrats de partenariat public-privé : enjeux contemporains et défis pour l'avenir"

En juillet 2010, **GDF SUEZ, Sciences Po Bordeaux et la Fondation Bordeaux Université** signaient la convention donnant naissance à la chaire pour une durée de cinq ans.

### ● Vocation

Financée par **ENGIE** (ex GDF SUEZ), la chaire a pour vocation de produire et partager **des connaissances sur le thème général de la gestion déléguée et des partenariats public-privé**. Accueil d'experts étrangers, travaux de recherche, conférences, débats sont quelques illustrations des actions engagées.

Véritable modèle de collaboration public-privé dans son fonctionnement, la chaire mène des actions qui s'adressent aussi bien aux étudiants et universitaires qu'aux acteurs du monde socio-économique.

### ● Pilotage

Un comité de pilotage définit et met en œuvre le programme général d'activités et la communication de la chaire. Animé et porté par la Fondation Bordeaux Université, il comporte des représentants du donateur et de Sciences Po Bordeaux.

#### ENGIE

- **Éric SARRAZIN**, ENGIE, Directeur Régional Nouvelle-Aquitaine, Direction Institutions France et Territoires
- **Loïc SOULAT**, ENGIE INEO, directeur commercial-délégué local Gironde
- **Xavier LITRICO**, LyRE, centre R&D Suez Environnement Eau France, directeur
- **Julia BARRAULT**, LyRE, centre R&D Suez Environnement Eau France, responsable du pôle « Acteurs et usagers de l'eau »

#### Sciences Po Bordeaux

- **Hubert BONIN**, professeur d'histoire économique
- **Nelly COUDERC**, responsable Pôle Carrières et Partenariats
- **Hubert DELZANGLES**, professeur de droit public
- **Jean-Christophe LAPOUBLE**, maître de conférences en droit public
- **Christophe LEURET**, directeur du Crédit Municipal - Sciences Po Bordeaux, professeur associé sur les partenariats public-privé

## ● L'observatoire des partenariats public-privé (PPP)

---

L'un des projets phares de la chaire est la mise en place d'un observatoire des PPP dont le principal objectif est de produire et de diffuser une **analyse pluridisciplinaire continue** sur les partenariats public-privé.

A travers des **missions de veille et en croisant les regards des experts et de praticiens**, l'observatoire recueille une large gamme d'informations sur les acteurs, les processus, les enjeux et les représentations des PPP en Aquitaine, en perspective avec les pratiques développées en France et à l'étranger. L'observatoire étudie et analyse les dimensions politique, juridique et financière, économique et sociale des **différents types de PPP : délégation de service public (DSP), bail emphytéotique, "contrat de partenariat" (CP)**... Il place les perspectives historique et comparative au cœur de l'analyse et des enquêtes menées.

Après trois rapports, portant sur les controverses autour des contrats de partenariat public-privé, les partenariats public-privé dans le domaine de l'eau et de l'assainissement, et les modes de gestion dans le secteur des transports, l'observatoire s'intéresse à l'évolution et au devenir des contrats de partenariat à la lumière de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui redessine les contours juridiques du contrat de partenariat.

## ● Du "Contrat de partenariat au marché de partenariat : Un outil dérogatoire de la commande publique ? "

---

Depuis son apparition en 2004, le "contrat de partenariat" cristallise à lui seul un bon nombre d'enjeux de la commande publique française. La question du financement ou encore la fin de la séparation conception/réalisation sont autant de sujets qui ont fait de cet outil juridique l'objet de nombreux débats et controverses.

Jusqu'à la parution de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, le "contrat de partenariat" était défini comme une formule contractuelle globale de longue durée où la charge du préfinancement et de l'investissement était transférée au partenaire privé. En outre, l'entretien et la maintenance étaient obligatoirement inclus dans le périmètre du contrat permettant ainsi à la collectivité publique de fixer des objectifs de performance. Ce contrat est ainsi apparu comme révolutionnaire en incarnant une rupture avec la commande publique traditionnelle. En effet, ce type de contrat a consacré l'interlocuteur unique et la globalisation des marchés à rebours du marché public classique qui érigeait l'allotissement et la séparation maîtrise d'œuvre/constructeur comme règles de droit commun de la commande publique.

Si l'exceptionnalité juridique de cet outil a contribué à le mettre au-devant de la scène, certains contrats, ayant défrayé la chronique par les polémiques qu'ils suscitaient, ont concouru à la fragilisation du "contrat de partenariat". Il est donc légitime de penser que l'ordonnance du 23 juillet 2015 a eu pour objectif de redessiner les contours juridiques de cette formule contractuelle afin de lui donner un cadre juridique solide. Le "contrat de partenariat" jadis dérogatoire devient ainsi le marché de partenariat et intègre définitivement la catégorie des marchés publics.

Au-delà du marché de partenariat, c'est l'ensemble de la commande publique qui est repensée à travers cette ordonnance. Elle réaffirme à son article 32 l'allotissement comme la norme de droit commun et encadre davantage la sous-traitance. Enfin, l'ordonnance tente de définir les contours de la commande publique de demain en mettant en exergue notamment les groupements de commandes et les centrales d'achats censées concourir à une rationalisation de l'achat public.

### Méthodologie

L'observatoire des PPP propose une cartographie des arguments mobilisés dans le cadre des **contrats de partenariat et de leur devenir**. Il ne s'agit pas de dire si les arguments sont faux ou vrais, mais de les répertorier pour plus de clarté.

La démarche de recherche qui a été suivie est de type empirico-inductive. Il s'agissait d'abord de recueillir et de répertorier des données, à partir de sources multiples :

- recherches bibliographiques : revues scientifiques, presse spécialisée ;
- étude de cas de deux contrats de partenariat initiés par le Conseil départemental de la Gironde
- veille stratégique : presse, institutions, professionnels des contrats de partenariat ;
- entretiens : rencontre avec les différentes parties prenantes que sont les décideurs publics, cadres d'entreprises du BTP, fédérations professionnelles, conseillers juridiques, chercheurs etc.

Comme le veut l'observatoire, les données et les analyses sont pluridisciplinaires, s'enrichissant à la fois d'apports juridiques, économiques, politiques, etc.

Ce travail a fait l'objet du stage de **Paul-Robert MIYEME**, étudiant en master 2 "Expertise en Affaires Publiques" à Sciences Po Bordeaux. Le stage s'est déroulé du 1<sup>er</sup> février au 30 septembre 2016, en alternance les 4 premiers mois puis à plein temps ; il a été hébergé en grande partie au **Conseil Départemental de la Gironde** que la fondation Bordeaux Université remercie pour son accueil. Le stage a été codirigé par **Marc FAUVEAU** (Conseil départemental de la Gironde, directeur général adjoint chargée des ressources), **Quentin LAURENS** (Conseil Départemental de la Gironde, collaborateur de Cabinet), **Christophe LEURET** (Crédit Municipal, directeur et Sciences Po Bordeaux, professeur associée sur les partenariats public-privé), **Sébastien MARTIN** (université de Bordeaux, maître de conférences en droit public), **Hubert DELZANGLES** (Sciences Po Bordeaux, professeur de droit public), et **Cathel BOUSQUET** (Fondation Bordeaux Université, responsable des opérations) en lien avec le **comité de pilotage** de la chaire.

### Plan du rapport

- **Introduction**

- **Le "contrat de partenariat", accélérateur de l'investissement public**

- *Fiche 0.1 : Offrir une alternative au marché public traditionnel*

- *Fiche 0.2 : Un outil salvateur ou une issue de secours lors de la crise budgétaire de 2007-2008*

- *Fiche 0.3 : Un outil uniquement adapté aux projets d'envergure ?*

- **Une formule contractuelle nouvelle et rare**

- *Fiche 1.1 : L'Etat des lieux*

- *Fiche 1.2 : Un montage juridique et financier, source de controverses*

- **Devenir : le marché de partenariat : entre principe d'allotissement et globalisation des marchés**

- *Fiche 2.1 : L'ordonnance du 23 juillet 2015, une refonte pour mieux encadrer les "Contrats de partenariat"*

- *Fiche 2.2 : L'allotissement comme instrument du développement local*

- **Conclusion**

Les verbatim utilisés dans le livrable sont extraits d'entretiens réalisés en 2016. Ils ont été choisis afin d'illustrer les arguments identifiés sur les "Contrats de partenariat" et leur évolution.

Néanmoins, il faut garder en mémoire **qu'ils ne sont que des exemples** représentant les pratiques et le point de vue d'acteurs saisis **à un moment précis**, au cours d'un entretien. Ainsi, **ils ne restituent en aucun cas dans sa complexité et sa totalité l'opinion des interviewés**. Le recours à ces citations ne doit pas conduire à réduire la pensée d'un acteur à un simple énoncé décontextualisé, ni de lui imputer une opinion particulière sur la base d'extraits d'entretien. Les citations visent à ancrer certains éléments de la réflexion dans la réalité des pratiques et des représentations et montrer ainsi que les arguments cartographiés ont une base empirique.

**L'observatoire adresse ses sincères remerciements à l'ensemble des acteurs entretenus.**

Qu'ils soient restitués ou non dans ce rapport, leurs propos ont été de grandes sources de compréhension des contrats de partenariat et de leur devenir.

#### Acteurs privés et corps intermédiaires

- 4 mai : **Marc TEYSSIER D'ORFEUIL**, COM'PUBLICS, directeur général.
- 19 mai : **Bernard HUDRIZIER**, Vinci, ancien chef de projet
- 24 mai : **Gaële CHAMMING'S**, Avocat à la Cour de Bordeaux, docteur en droit
- 24 mai : **Arnaud DELAROCHE**, Gironde Haut-Débit, directeur général
- 25 mai : **Philippe MOULIA**, Eiffage Construction Nord Aquitaine, directeur
- 9 juin : **Renaud MARQUIE**, SNSO, délégué général
- 23 juin : **Sonia DUGAS**, CAPEB Gironde, secrétaire générale

#### Acteurs publics

- 22 février : **Pierre MATHIEU**, Conseil départemental de la Gironde, directeur du patrimoine
- 1<sup>er</sup> mars : **Jean-François GOUDEAU**, Conseil départemental de la Gironde, chef de projet en charge des MDSI.
- 11 avril : **Michel POIGNONEC**, Villenave d'Ornon, 1<sup>er</sup> adjoint au maire
- 11 avril : **Hugues VENEL**, Villenave d'Ornon, directeur des services techniques
- 3 mai : **Antoine TARDIVO**, FIN INFRA, ingénieur général des Mines
- 9 mai : **Pascal WEIBEL**, Conseil régional Alsace Champagne-Ardenne Lorraine, directeur préfigurateur de l'immobilier et de la construction
- 30 mai : **Mathieu ROUYEYRE**, Conseil départemental, Vice-président
- 7 juin : **Thierry GUICHARD**, Ancien directeur des services techniques à la CUB et chef de projet sur le Nouveau Stade de Bordeaux
- 21 juin : **Christophe DUPRAT**, Bordeaux Métropole, vice-président en charge des transports
- 27 juin : **Christophe LEURET**, Crédit Municipal de Bordeaux, directeur
- 28 juillet : **Jean-Pierre SUEUR**, Sénateur PS du Loiret

Le "contrat de partenariat" apparaît comme révolutionnaire dès la conception de son cadre juridique en 2004 car il incarne une rupture avec la commande publique traditionnelle.

## Zoom technique



L'Article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précise :

"Sous réserve des marchés publics globaux mentionnés à la section 4, les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. A cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots."

Historiquement, le droit de la commande publique française tire sa source de deux textes fondamentaux notamment la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique du 12 juillet 1985 qui encadre le droit de la construction publique. Elle a pour mission de régir les différentes relations entre acteurs publics et privés lors d'une construction maîtrisée par une entité publique. Elle définit particulièrement le périmètre d'action de la maîtrise d'ouvrage publique et de la maîtrise d'œuvre. Le second texte renvoie quant à lui au Code des marchés publics qui, bien qu'il ait été abrogé, était un guide encadrant la commande publique. A ce titre, il consacrait trois principes à valeur constitutionnelle que sont :

- la liberté d'accès à la commande publique,
- l'égalité de traitement,
- la transparence des procédures.

En outre, il érigeait à l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet relative aux marchés publics<sup>1</sup> l'allotissement comme la règle de droit commun de la commande publique.

Si l'ordonnance du 23 juillet 2015 abroge le Code des marchés publics, elle en conserve toutefois l'esprit en précisant à l'article 1-1 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 : "Les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures."

Les contrats de partenariat sont maintenus dans la nouvelle ordonnance mais ne sont plus considérés comme des montages contractuels dérogatoires à la commande publique. En effet, ils deviennent des marchés publics<sup>2</sup> avec une nouvelle appellation "marchés de partenariat" permettant ainsi au droit français de la commande publique de se conformer au droit de l'Union européenne. Il n'en demeure pas moins que ces marchés de partenariat constituent une exception dans la commande publique classique, raison pour laquelle ils font toujours l'objet de controverses. L'une d'entre elles renvoie au caractère global du contrat. En effet, les pourfendeurs du PPP voient dans cet outil juridique une fin de la spécialisation et de la séparation des métiers.

En l'occurrence, le marché de partenariat diffère de la loi MOP en ce sens que l'acteur public confie au partenaire privé la conception et la réalisation d'un ouvrage, substituant de facto l'architecte par l'entreprise cocontractante. Par ailleurs, la question de l'allotissement dans un type de contrat où l'interlocuteur unique est privilégié constitue un autre point de discordance. Ces éléments conduisent ainsi de nombreux syndicats et associations à dénoncer une atteinte à la liberté d'accès à la commande publique, un grief qui s'inscrit dans une longue série de critiques portée à l'égard des contrats de partenariat.

**Pascal WEIBEL, Conseil Régional Alsace  
Champagne-Ardenne, Lorraine, directeur  
préfiguré de l'immobilier et de la construction**

" En clair, cet outil comportait deux avantages ; le premier est qu'il permettait d'atteindre des niveaux de performance dans des délais réduits que nous n'aurions pas pu tenir de front en loi MOP par les seuls services de la Région déjà mobilisés par ailleurs. Le deuxième était indéniablement le coût financier qui nous a permis de lisser les dépenses dans le temps. Aujourd'hui nous payons 2,5 millions d'euros de loyer annuel au titre de l'investissement par an. "

<sup>1</sup> Ord n°2015-899, 23 juill 2015, préc art.32

<sup>2</sup> Ord n°2015-899, 23 juill.2015, préc., art.67

Les PPP n'ont certes pas "le vent en poupe" mais les autres types de contrats ne sont guère mieux lotis. Au cours des différents entretiens réalisés, nombreux sont les acteurs publics et privés dénonçant les fragilités de la loi MOP tant sur le plan financier qu'organisationnel. En effet, elle est régulièrement pointée du doigt par ses détracteurs pour son non-respect des coûts et des délais<sup>3</sup>. A cela s'ajoute le débat sur le maintien de la séparation conception/réalisation qui fait l'objet de nombreuses critiques. Les architectes sont accusés de ne pas prendre en considération les évolutions technologiques et normatives dans les esquisses qu'ils produisent. Des fragilités qui seraient moins évidentes dans le cadre d'un PPP où la rapidité d'exécution des travaux et la maîtrise des coûts sont régulièrement louées par les interviewés. En outre la capacité à pouvoir lisser dans le temps les dépenses liées aux loyers est perçue comme un avantage de la part de tous les acteurs ayant réalisé un contrat de partenariat. De ce point de vue, ils soulignent l'impossibilité pour leur collectivité de porter financièrement le projet à hauteur de 100% mais également l'accès difficile au crédit. Pour bon nombre d'entre eux cet outil est arrivé à "point nommé" dans un contexte de rigidification de l'emprunt.

**Thierry GUICHARD, Ville de Bordeaux, Chef de projet sur le Nouveau Stade de Bordeaux**

"Nous étions tout d'abord contraints sur le plan financier, la ville n'était pas en mesure de financer un tel ouvrage. En outre, nous devons construire ce stade dans un délai imposé en vue de l'Euro 2016, le stade devait être livré un an avant la compétition, ce qui aurait été impossible en loi MOP. Vous savez, la maîtrise d'ouvrage publique, je l'ai faite, je sais ce que c'est, ce n'est pas l'outil le mieux adapté à ce type de projet. Il exigeait une coordination de toutes les équipes de chantier qui aurait été impossible en allotissement. Je prends un exemple : supposons que la mairie ait opté pour un marché alloti et qu'une entreprise attributaire d'un lot stratégique ait déposé le bilan, nous aurions été dans l'incapacité de continuer les travaux puisque nous aurions dû relancer une nouvelle fois un appel d'offre pour le lot défectueux, et interrompre le chantier pendant la procédure. D'ailleurs, plusieurs dépôts de bilan sont survenus sur le chantier mais cela n'a pas eu d'incidence sur le contrat marché en lui-même. En effet dans un contrat de marché global, c'est à l'entreprise contractante de gérer ces situations, sans avoir à respecter le code des marchés publics."

**Philippe MOULIA, Eiffage Construction Nord Aquitaine, directeur**

"Quand on regarde aujourd'hui les marchés publics et les enveloppes initialement prévues au titre des marchés attribués "ça fait froid dans le dos". Le contribuable que je suis ne peut plus l'accepter. Le marché public a son utilité cependant il est régi par une vision des années 1870-1930 où les avenants étaient habituels. Les dépassements très importants que nous constatons soulèvent deux questions ; ceux qui nous dirigent sont-ils compétents ? Est-ce que la loi MOP est adaptée aux projets qu'elle régit ? Aux deux interrogations, je réponds oui. Auparavant, c'était la DDE qui supervisait les collectivités sur tout ce qui touchait les grands investissements. C'était une structure très opérationnelle avec des fonctionnaires de grande qualité qui géraient les deniers publics en "bon père de famille". Aujourd'hui cette organisation n'existe plus et on en constate les méfaits. De nombreuses collectivités ne sont pas outillées pour faire face aux enjeux qui sont les nôtres sur le plan technique, juridique et économique."

**A retenir**



- ✓ **Le contrat de partenariat a été perçu comme une alternative au marché public classique en promouvant l'interlocuteur unique et la globalisation du marché.**

<sup>3</sup> Le Moniteur : « faut-il dire au-revoir à la loi mop ? », B. Rallu, 13 mars 2015.

Zoom  
technique



L'Article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précise :

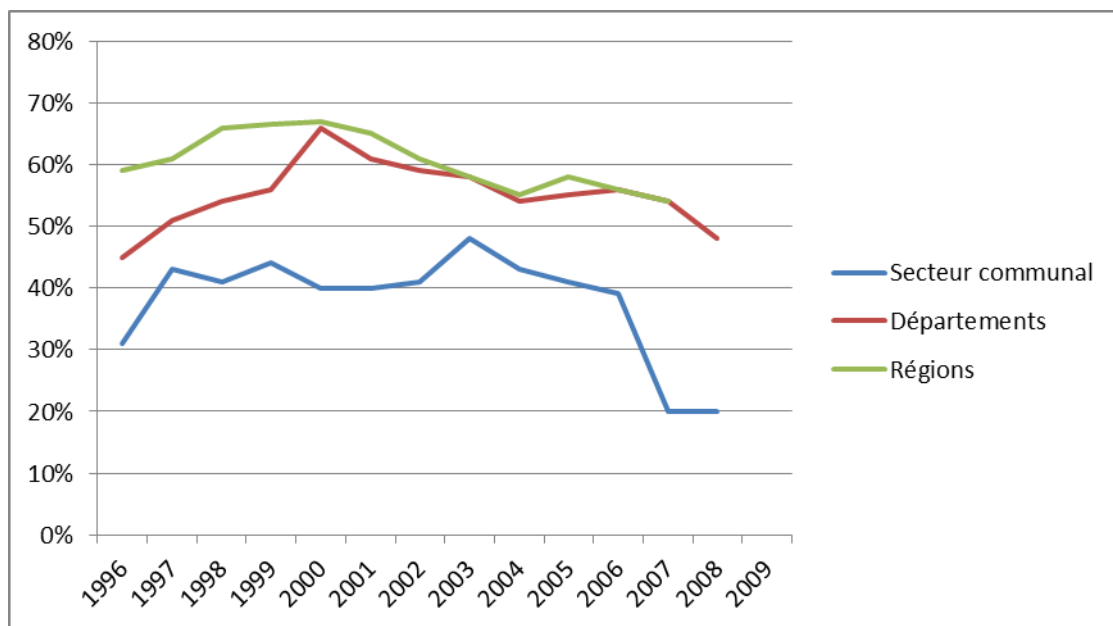
"Sous réserve des marchés publics globaux mentionnés à la section 4, les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. A cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots."

Dans un contexte de dégradation des finances locales, les contrats de partenariat sont apparus comme un recours possible afin de maintenir l'investissement public.

Chute des capacités d'autofinancement des collectivités locales

La crise économique mondiale de la fin des années 2000 n'a pas épargné les collectivités locales qui ont vu rapidement leur situation financière se dégrader. Le rapport 2009<sup>4</sup> des collectivités locales présente un endettement local qui s'est accéléré dès les premières vicissitudes de la crise avec un effondrement des capacités d'autofinancement comme illustrée par la chute du rapport entre épargne brute et investissement présentée dans le graphique ci-dessous.

Epargne brute / Dépenses réelles d'investissement<sup>5</sup>



Le graphique montre que l'environnement économique est profondément bouleversé en 2007 à l'apparition d'une crise de liquidités impactant considérablement l'investissement des collectivités territoriales. A cet égard, ces dernières ont été inégalement frappées par la crise. Par exemple les départements ont subi de plein fouet la récession de 2008. Une surexposition qui s'explique, entre autres, par d'importantes dépenses d'intervention liées à leurs actions sociales mais également par une très grande volatilité des recettes. A titre de comparaison, en 2009, les dépenses sociales des départements ont augmenté de 3,3 % lorsque dans le même temps les droits de mutations, l'une des principales recettes des départements, se sont effondrées de près 25 %<sup>6</sup>. A cela s'est ajouté le recul de la part de la TIPP (Taxe intérieur sur les produits pétroliers) de près de 5,9 % sur la même période<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Charles Guéné, rapport de l'observatoire des finances locales, les finances des collectivités en 2009, juillet 2009

<sup>5</sup> Charles Guéné, rapport de l'observatoire des finances locales, les finances des collectivités en 2009, page 20, juillet 2009

<sup>6</sup> Charles Guéné, rapport de l'observatoire des finances locales, les finances des collectivités en 2009, page 21, juillet 2009

<sup>7</sup> Charles Guéné, rapport de l'observatoire des finances locales, les finances des collectivités en 2009, page 21, juillet 2009



Rigidification de l'accès au crédit

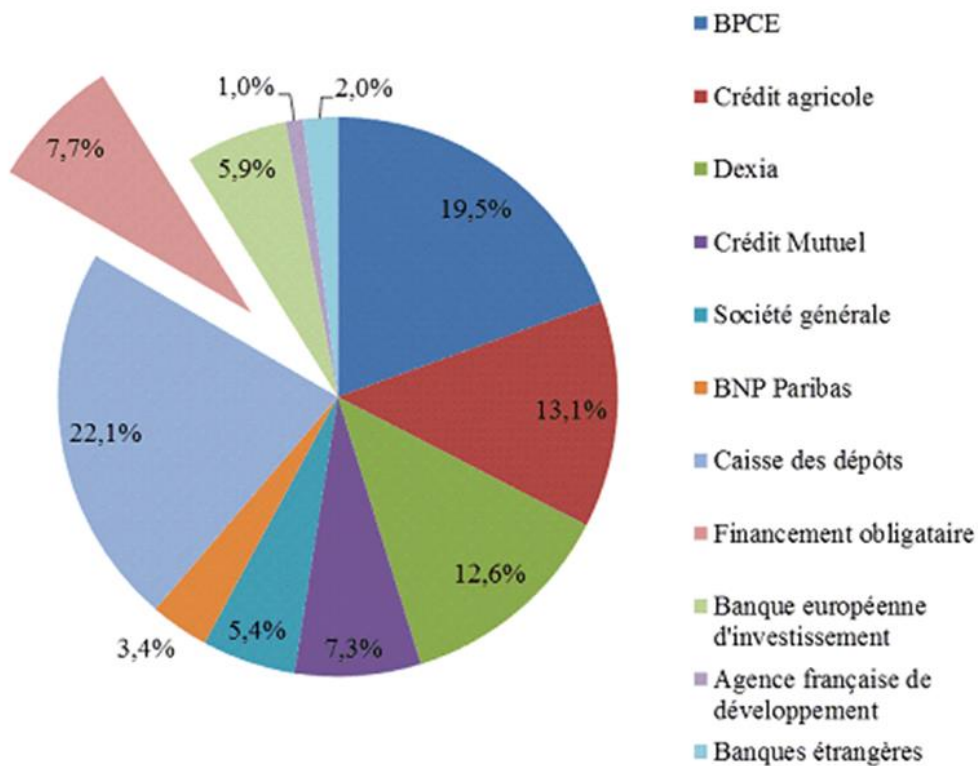
Dans un tel contexte, initier des investissements publics n'était pas chose aisée. D'autant plus que les banques ont resserré l'accès au crédit au plus fort de la crise économique française en renchérissant le coût de la dette. Contrairement à d'autres pays tels que l'Allemagne où le financement obligataire est courant, les collectivités françaises ont eu davantage recours à l'emprunt bancaire<sup>8</sup>.

Cette dépendance à l'égard des banques s'est avérée néfaste par la suite et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord "le crédit crunch" exercé par les banques et leur réticence à prêter aux entités publiques comme aux entreprises en restreignant l'accès au crédit.

A cela s'est ajoutée la faillite de la banque Dexia qui, comme le montre le graphique ci-dessous<sup>9</sup>, finançait 12,6 % des emprunts totaux des collectivités. Cette institution financière franco-belge avait pour mission de répondre aux besoins des collectivités locales. Or, dès 2008, elle subit les premiers attermoissements de la crise des subprimes qui l'a conduit à un recentrage de ses activités.

Un tournant non sans impact pour les collectivités qui ont perdu un partenaire financier de poids.

Répartition des flux d'emprunt des collectivités locales en 2011



<sup>8</sup> Aymeric de Montesquiou, Agence de notation : pour une profession plus réglementée rapport sénat n°598, 18 juin 2012

<sup>9</sup> Aymeric de Montesquiou, Agence de notation : pour une profession réglementée, rapport sénat n°598 18 juin 2012

Le contrat de partenariat, un "remède" à la crise budgétaire

A une époque où l'argent devenait rare, le contrat de partenariat est ainsi apparu comme un outil permettant à certaines collectivités territoriales de maintenir leurs investissements publics. En effet, comme l'indique le premier graphique de la Fiche 1.1<sup>10</sup>, le nombre de contrats signés par an n'a cessé de croître au plus fort de la crise entre 2007 et 2011.

**Michel POIGNONEC, Villenave d'Ornon, 1<sup>er</sup> adjoint au maire**

"A l'époque où nous avons signé le contrat les finances de notre commune étaient saines. Nous avons un ratio de dette par habitant très bas autrement dit nous aurions pu emprunter. Or, en 2011 les collectivités faisaient face à une rigidité des crédits. En effet nous ne pouvions emprunter 20 millions d'euros d'un coup. En outre, comme je vous l'ai indiqué la question des délais était prégnante. Je pense que les PPP ont été d'une grande utilité dans un contexte de maîtrise des finances publiques et de baisse des crédits bancaires accordés."

**A retenir**



- ✓ **Le contrat de partenariat devient au plus fort de la crise un outil de secours pour les collectivités territoriales qui souhaitent maintenir leurs investissements publics.**

<sup>10</sup> Site internet de FIN INFRA, sept 2016

Le contrat de partenariat a été conçu comme un outil juridique permettant de faciliter la construction de grandes infrastructures dans le cadre de l'aménagement du territoire.

## Conception

Au cours des entretiens réalisés, bon nombre d'acteurs ont souligné l'utilité du contrat de partenariat pour la réalisation de grands ouvrages. Déjà en 2008, lors de son audition devant les sénateurs portant sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat, la Ministre de l'Economie Christine Lagarde déclarait "Le contrat de partenariat offre très souvent la possibilité d'accélérer l'investissement : or chaque année de gagnée dans la réalisation des grands projets d'utilité publique est un gain pour notre pays"<sup>11</sup>. Comparativement à d'autres outils de la commande publique, le contrat de partenariat, et plus largement le marché global, seraient mieux armés face aux défis techniques qu'induit la réalisation de projets conséquents. Une assertion qui est vérifiable dans différents secteurs de l'économie et notamment dans le numérique où l'on retrouve plusieurs contrats de partenariat répondant à une volonté d'aménager le territoire.

### Gaële CHAMMING'S, Avocat à la Cour de Bordeaux, docteur en droit

"Je pense que le marché de partenariat a de l'avenir mais uniquement pour des projets d'envergure. Vous savez, le contrat de partenariat est un montage lourd et complexe qui prend du temps et de l'argent pour les collectivités. Je pense qu'il n'est pas opportun pour des petites collectivités de mener des "petits" contrats de partenariat".

## Quelques exemples de grandes infrastructures

L'exemple girondin s'inscrit dans cette logique puisque dès 2009, le Conseil Départemental de la Gironde signe un contrat de partenariat avec France Telecom Orange afin de généraliser le haut-débit sur l'ensemble de son territoire. Une initiative visant à mettre fin aux disparités entre zones rurales et zones urbaines mais également à renforcer l'attractivité du département. D'autres collectivités se sont également illustrées par la réalisation de contrats de partenariat dans le secteur du numérique, c'est notamment le cas du Conseil Départemental du Morbihan ou encore de l'ancienne région Auvergne. En outre dans le domaine sportif, le contrat de partenariat est de nouveau une formule souvent retenue par les pouvoirs publics. En témoigne le programme de rénovation et de construction des infrastructures en vue d'accueillir l'EURO 2016. Du Stade "Matmut Atlantique" de Bordeaux à " l'Allianz Riviera " de Nice en passant par le stade "Pierre Mauroy" de Lille, les contrats de partenariat ont servi de base contractuelle.

### Thierry GUICHARD, Ville de Bordeaux, Chef de projet sur le Nouveau Stade de Bordeaux.

"Je pense que les PPP seront réservés à de grands projets où seront adossées des recettes pour la collectivité, entraînant la fin progressive des "petits PPP". Ils demeureront un outil parmi tant d'autres et leur utilité sera certaine tant qu'ils "ne seront pas utilisés à tort ou à travers".

<sup>11</sup> Christine Lagarde, extrait d'un discours au sénat portant sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat, mars 2008

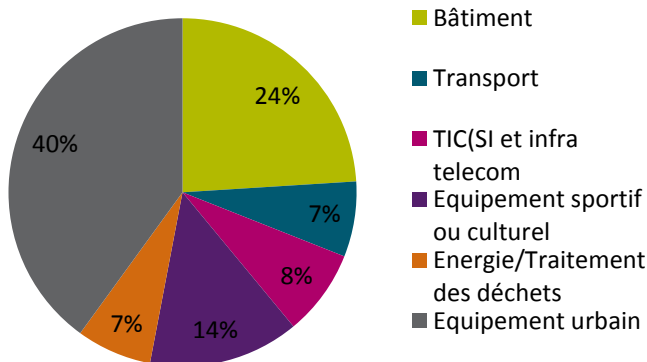
Une utilisation du contrat de partenariat qui s'est généralisée

La FIN INFRA (ex MAPPP) a recensé en 2016 221 contrats de partenariat signés depuis 2004<sup>12</sup>. Elle met également à disposition des chiffres qui permettent d'obtenir une répartition selon les secteurs économiques, présentée dans les deux graphiques ci-dessous, respectivement pour les collectivités et l'État.

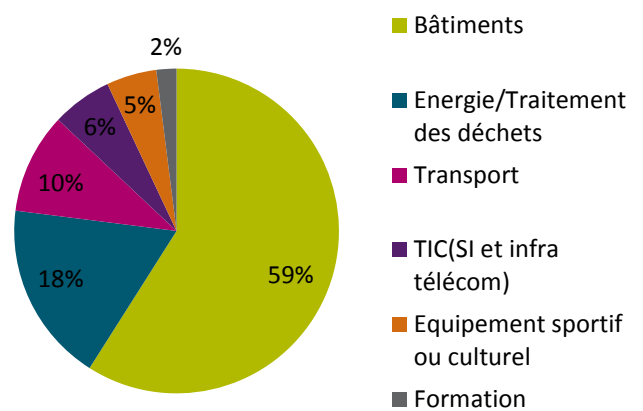
Ces deux graphiques<sup>13</sup> montrent que les contrats de partenariat, tant pour l'Etat que pour les collectivités, sont utilisés dans de nombreux secteurs.

Plus finement, par exemple, dans le cadre du secteur des transports qui représente 8 % de la totalité des contrats signés depuis 2004<sup>14</sup>, on constate que les contrats de partenariat ont été utilisés en partie pour des projets d'envergure (le contournement de Tarbes, la Rocade de Marseille ou encore le tunnel sous fluvial à Vannes) mais également pour de nombreux autres projets de moindre envergure (bus hybrides et systèmes électrique du tram à Dijon, transports collectifs en Martinique).<sup>15</sup>

Nombre de projets attribués aux collectivités territoriales : 160



Nombre de projets attribués à l'Etat : 61



A retenir



- ✓ Un outil préalablement conçu pour de grands ouvrages, qui a pu se généraliser pour divers projets avant de revenir dans le giron des grands projets.

<sup>12</sup> Le site internet de FIN INFRA, sept 2016

<sup>13</sup> Le site internet de FIN INFRA, sept 2016

<sup>14</sup> Le site internet de FIN INFRA, sept 2016

<sup>15</sup> Le site internet de FIN INFRA, sept 2016

Le contrat de partenariat connaît ses plus belles années au plus fort de la crise économique entre 2008 et 2011 avant de connaître un déclin rapide.

**Zoom  
technique**



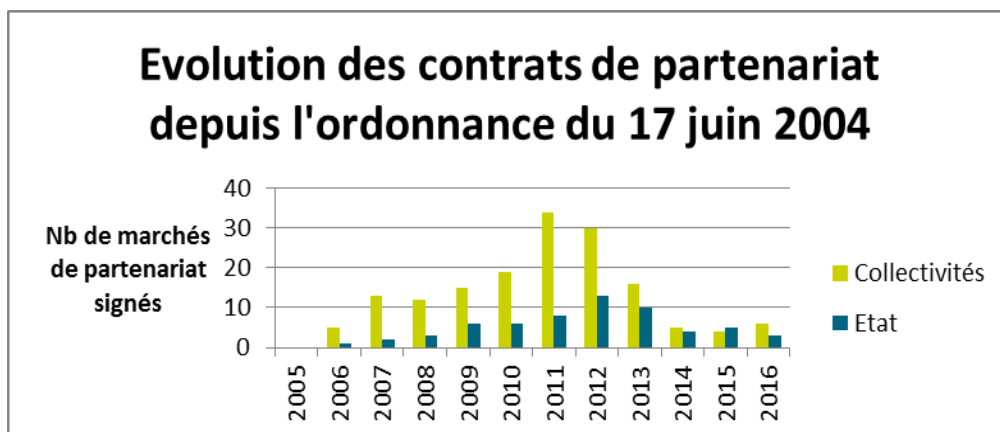
Dates clés retraçant l'évolution des contrats de partenariat dans le paysage de la commande publique :

- 17 juin 2004 : ordonnance visant à la création des contrats de partenariat
- 19 octobre 2004 : création de la MAPPP
- 16 décembre 2010 : arrêté imposant aux collectivités d'inscrire l'investissement réalisé en PPP en dette
- 27 septembre 2012 : décret de soutenabilité imposant à l'Etat et aux établissements publics une étude budgétaire avant la signature d'un contrat de partenariat
- 2014-2019 : loi de programmation des finances publiques qui a pour objectif de réduire le déficit public.
- 23 juillet 2015 : ordonnance
- 25 mars 2016 : décret (entré en vigueur le 1er avril 2016).
- 27 avril 2016 : création de la FIN INFRA en lieu et place de la MAPPP

**Le déclin progressif des contrats de partenariat à partir de 2012**

En 2016, les services de la Mission d'appui aux Partenariats Publics-Privés listaient, sur leur site internet, le nombre de contrats attribués ; pas moins de 215 contrats de partenariat ont vu le jour depuis 2004. 74% d'entre eux ont été initiés par les collectivités locales contre 26% par l'Etat<sup>16</sup>. A l'échelle régionale, le Grand Sud-Ouest a vu réaliser sur son territoire près de 20% des contrats. Le département de la Gironde a été l'un des précurseurs en la matière, avec deux contrats de partenariat que sont les MDSI (Maison départementale de la solidarité et de l'insertion) et Gironde Numérique (infrastructures de haut débit numérique).<sup>17</sup>

Au regard du graphique ci-dessous, le nombre de contrats de partenariat signés annuellement entre 2005 et 2011 n'a cessé de croître (hormis pour l'année 2008). Une hausse quasi exponentielle qui s'essouffle à partir de 2011 avec un déclin progressif jusqu'en 2016 :

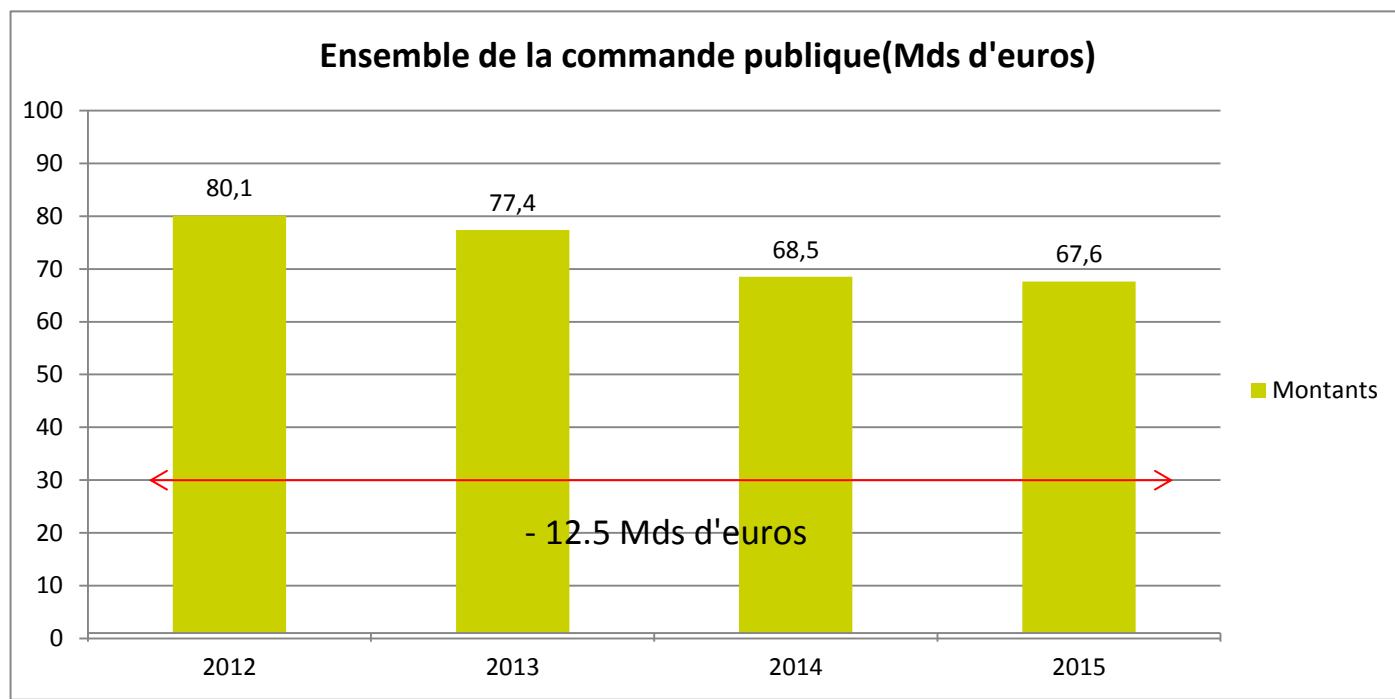


<sup>16</sup> Le site internet de FIN INFRA, sept 2016

<sup>17</sup> Le site internet de FIN INFRA, sept 2016

Cet effondrement du nombre de contrats de partenariat annuels peut-être corrélé à la baisse générale de la commande publique depuis 2012.

Comme l'indique le graphique ci-dessous, la commande publique française a diminué de 12,5 milliards d'euros entre 2012 et 2015.<sup>18</sup>



Pour expliquer ce déclin, certains acteurs reconnaissent que le contrat de partenariat fut salvateur dans un contexte économique morose où les banques rigidifiaient l'accès au crédit. Or aujourd'hui, les collectivités publiques peuvent aisément emprunter et à des coûts plus avantageux. Pour d'autres, cet effondrement est lié à une mauvaise image des PPP dans l'opinion publique, autrement dit les dénigrements médiatiques à répétition sur certains projets auraient eu raison des contrats de partenariat.

L'entrée des contrats de partenariat dans le paysage de la commande publique fut « fracassante ». Les collectivités y ont vu un accélérateur de la commande publique, en témoigne la hausse conséquente du nombre de contrats signés à partir de 2006 avec un pic en 2011.

Aujourd'hui, le constat est implacable.

Cet outil ne jouit plus d'un grand succès auprès des acteurs publics. En tout état de cause, les chiffres démontrent un important déclin de l'utilisation de cette formule contractuelle.

<sup>18</sup> Observatoire de l'évolution de la commande publique, note d'analyse, 2012-2015, février 2016

Le montage juridique et financier des contrats de partenariat a concouru à la fragilisation de cet outil juridique dans le paysage de la commande publique.

Zoom  
technique



L'Article 40 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics précise :

"Lorsqu'un marché public, autre qu'un marché public de défense ou de sécurité, porte sur des investissements dont le montant hors taxe est égal ou supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire, l'acheteur réalise, avant le lancement de la procédure de passation, une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation de ce projet".

Un montage juridique et financier source de controverses et de polémiques

Dans son rapport de février 2015, la Cour des Comptes dénonçait les "insuffisances d'analyse" qui favorisent le choix et l'attribution d'un contrat de partenariat<sup>19</sup>. En premier lieu, l'évaluation préalable qui a fait l'objet de nombreuses critiques. En effet, les Sages de la rue Montpensier considèrent cette évaluation insuffisante pour être pertinente. Ils pointent notamment du doigt les contours juridiques du critère de complexité, critère défini au deuxième alinéa de l'article 2 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004. En l'occurrence, de nombreuses collectivités ont invoqué ce critère pour initier un contrat de partenariat or elles ne sont pas parvenues à en démontrer le caractère complexe. Ce fut le cas de la commune de Biarritz qui avait invoqué ce critère pour la réalisation d'une cité du surf et de l'océan et l'extension de son musée de la mer. En réponse, la Cour Administrative d'appel de Bordeaux avait censuré le critère de complexité retenu par la commune. Elle précise notamment que "la démonstration de cette impossibilité incombe à la personne publique, et ne saurait se limiter à l'invocation des difficultés inhérentes à tout projet ; qu'à cet égard, ni le rapport final d'évaluation préalable, ni l'avis de la mission d'appui au partenariat-public privé ne sauraient constituer, devant le juge, la preuve de la complexité invoquée"<sup>20</sup>. Plus que le critère de complexité, c'est l'évaluation préalable qui est remise en question. Pour le sénateur du Loiret, Jean-Pierre SUEUR, "c'est une analyse incomplète car antérieure à la procédure de passation du contrat". La Cour des Comptes va même plus loin en évoquant des analyses comparatives préalablement favorables aux contrats de partenariat.<sup>21</sup>

Christophe LEURET, Crédit Municipal de  
Bordeaux, directeur

" Il ne faut pas tout mélanger si je peux me permettre. Le risque financier est un risque parmi tant d'autres. Il y a de très nombreux risques tels que le risque de construction ou d'entretien. Il faut rappeler que l'étude préalable réalisée en amont détermine la nature des risques et ceux qui les portent. Le risque financier est porté *in fine* par le partenaire public ; cela s'explique par la réticence des banques à prêter à des sociétés de projet qui n'existent pas en dehors du cadre fixé par le contrat. Ainsi, il est demandé aux collectivités de se constituer en garantes. En fin de compte, la créance du partenaire privé représente indirectement l'endettement de la collectivité qui investit, c'est pourquoi je ne vois rien de choquant à tout cela".

<sup>19</sup> Cour des Comptes, les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtrise rapport public annuel, fév. 2015

<sup>20</sup> CAA de Bordeaux, 26 juill. 2012, 6<sup>e</sup> chambre n°10BX02109,

<sup>21</sup> Cour des Comptes, les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtrise rapport public annuel, fév. 2015

Concernant le montage financier, le débat porte sur le partage des risques et notamment sur le risque financier entre le partenaire public et l'entreprise cocontractante. A cet égard, la cession de créances, mécanisme par lequel l'entité publique se porte garante des emprunts contractés par l'entreprise contractante, remettrait en question ce partage des risques.

Enfin, le dernier point de discorde concerne la transparence des parties prenantes telles que les assistants à maîtrise d'ouvrage qui sont la cible de critiques. Certains élus condamnent en effet leur proximité avec les entreprises cocontractantes.

**Gaële CHAMMING'S, Avocat à la Cour de Bordeaux, docteur en droit**

"Ce qui a porté préjudice au critère de complexité, c'est la définition européenne du dialogue compétitif. En effet, nous avons la même définition pour un critère d'éligibilité juridique d'un modèle contractuel et l'éligibilité d'un mode de passation. Or ce sont deux choses différentes. Depuis quelques années, nous savions grâce à nos matrices de risques que nous faisons faire pour les collectivités, qu'un contrat de partenariat fondé sur le critère de complexité ferait face à des risques élevés de recours. C'est pourquoi, lors du dernier "contrat de partenariat" que j'ai accompagné, nous avons décidé de choisir comme critère d'éligibilité le bilan économique favorable et comme mode de passation la complexité avec le dialogue compétitif. Une stratégie qui s'est avérée payante car à l'heure où je vous parle, nous n'avons toujours pas subi de recours."

**Mathieu ROUYEYRE, Ville de Bordeaux, conseiller municipal d'opposition.**

" Il y a une asymétrie d'information. En général le contrat de partenariat est " rédigé " par le partenaire privé. Il y a nécessité d'avoir des agents formés dans les collectivités pour assurer l'élaboration et le suivi de ces types de contrats, ce qui est bien peu le cas aujourd'hui. Par conséquent nous voyons de nombreuses collectivités s'en remettre à des assistants à maîtrise d'ouvrage (AMO) qui peuvent se retrouver dans une situation de conflit d'intérêts.

Par exemple, l'avocat qui conseillait à une époque la Ville de Bordeaux face à Vinci, sur le dossier du grand stade, travaillait en même temps pour Vinci, sur le projet d'ARENA de Dunkerque. Ce qui pose, selon moi, un vrai problème d'indépendance et d'impartialité ".

**A retenir**



- ✓ **Principaux écueils soulevés à propos des contrats de partenariat :**
  - **Une évaluation préalable qui est insuffisamment complète pour être pertinente.**
  - **Une remise en question des critères d'éligibilité tels que la complexité, source d'insécurité juridique dans certains contrats.**



L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics vise à renforcer le cadre juridique du "contrat de partenariat". Elle intègre définitivement ce dernier dans la catégorie des marchés publics.

Zoom  
technique



**L'Article 67 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics précise :**

" Un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet :

1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ;"

2° Tout ou partie de leur financement.

Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

II. - Cette mission globale peut également avoir pour objet :

1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;

2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;

3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

III. - L'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'usager de prestations exécutées en vertu du contrat."

**L'Article 148 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics précise :**

" L'étude de soutenabilité budgétaire mentionnée à l'article 74 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée prend en compte tous les aspects financiers du projet de marché de partenariat. Elle inclut notamment le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle, l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son effet sur sa situation financière, l'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur, ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan ainsi qu'une analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat "

Une évaluation préalable remaniée

Depuis le 1er avril 2016 et le décret d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le contrat de partenariat n'est plus. Il laisse place au marché de partenariat. Hormis le changement d'appellation, l'ordonnance redessine les contours juridiques de ce nouveau mode contractuel. Le marché de partenariat n'est plus considéré comme un outil dérogatoire à la commande publique. La France met ainsi un terme à plus de 10 ans de conflit avec le droit communautaire qui considérait déjà le contrat de partenariat comme un marché public. Par cette refonte, le gouvernement a décidé d'encadrer davantage l'accès à ce type de formule contractuelle. Plusieurs mesures sont allées dans ce sens, à commencer par l'avis formulé par l'organisme FIN INFRA (anciennement MAPPP) à l'issue de l'évaluation préalable qui devient obligatoire pour les collectivités territoriales. A cela, s'ajoute une étude de soutenabilité budgétaire contrôlée par la Direction Générale des finances publiques qui évalue la capacité d'une collectivité à porter financièrement le coût d'un contrat de partenariat.<sup>22</sup>

Jean-Pierre SUEUR, Sénateur PS du Loiret

"Prenons l'exemple d'une étude préalable, une AMO payée par une collectivité va comparer la construction d'un ouvrage en loi MOP et en PPP, or elle ne sait pas à ce stade de l'étude qui sera candidat et à quelles conditions. De facto elle n'a pas les éléments à sa disposition pour réaliser une étude pertinente"

<sup>22</sup> Ord n°2015-899, 23 juill.2015, préc., art.77

Cette étude est définie à l'article 148 du décret du 25 mars 2016.

L'autre mesure phare de cette ordonnance n'est autre que la suppression du critère de complexité et d'urgence, deux anciens critères d'éligibilité du contrat de partenariat et régulièrement attaqués devant le juge administratif. En revanche, le texte du 23 juillet 2015 consacre l'efficacité économique comme unique critère d'éligibilité pour initier un contrat de partenariat. Dans son article 75, il précise: "La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet"<sup>23</sup>.

Pour le cabinet d'avocats Seban & Associés<sup>24</sup>, le prétendu bouleversement des contours juridiques des marchés de partenariat est tout de même à nuancer, car au regard de la définition du critère d'efficacité économique, l'acheteur pourra toujours y intégrer une "dose" de complexité comme d'urgence, notamment lorsqu'il s'agira de répondre à des exigences de service public. D'ailleurs, le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics à son article 152 évoque explicitement le terme de complexité et dresse les éléments d'analyse permettant de réaliser ce bilan : "Pour établir le bilan prévu à l'article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, l'acheteur tient compte de ses capacités à conduire le projet, des caractéristiques, du coût et de la complexité de celui-ci, des objectifs poursuivis ainsi que, le cas échéant, des exigences du service public ou de la mission d'intérêt général dont il est chargé. Pour démontrer que ce bilan est plus favorable que celui des autres modes de réalisation de ce projet envisageable, il procède à une appréciation globale des avantages et des inconvénients du recours à un marché de partenariat, compte tenu notamment :

- 1° De l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage du projet au titulaire de ce marché ;
- 2° Du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire ;
- 3° Des modalités de partage de risques entre l'acheteur et le titulaire ;
- 4° Du coût global du projet compte tenu notamment de la structure de financement envisagée"

**Christophe LEURET, Crédit Municipal de Bordeaux, directeur**

"Concernant le bilan avantages/coûts, ne soyons pas dupes, il est également subjectif au regard de ceux qui produisent les chiffres. L'analyse d'un bilan avantages/coûts, si rigoureuse soit-elle, exprime tout de même un point de vue."

<sup>23</sup> Ord n°2015-899, 23 juill.2015, préc., art.75

<sup>24</sup> Seban & Associés, Les conditions de recours au marché de partenariat", nov. 2015, disponible en ligne

Un resserrement des conditions d'accès aux marchés de partenariat ?

*L'introduction de seuils minima*

Le décret du 25 mars 2016 vient préciser l'article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui mentionne les seuils en deçà desquels un contrat ne pourra être initié. Des seuils qui diffèrent selon les secteurs dans lesquels les marchés de partenariat sont réalisés ; le dit décret précise à son article 151<sup>25</sup> :

- "Le seuil minimum de 2 millions d'euros est fixé pour les marchés de partenariat dont l'objet principal porte sur les biens immatériels, des systèmes d'informations ou des équipements autres que des ouvrages ainsi que lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs.

- Le seuil de 5 millions est, quant à lui, fixé pour les marchés dont l'objet principal porte soit sur des ouvrages d'infrastructure de réseau notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement, soit sur des ouvrages de bâtiments lorsque la mission confiée du titulaire ne comporte ni aménagement, entretien, maintenance, gestion ou exploitation des ouvrages, ni mission de service public ou de prestations y concourant.

- Enfin, le seuil minimum de 10 millions est introduit pour les marchés de partenariat dont l'objet principal porte sur des prestations ou des ouvrages, autres que ceux pour lesquels les seuils de 2 ou 5 millions s'appliquent."

L'introduction de seuils minima peut laisser présager d'un encadrement renforcé de l'accès aux contrats de partenariat notamment pour les opérations à faible montant.

*Des organismes mis sous tutelle*

L'ordonnance interdit l'accès aux marchés de partenariat à certains organismes. A l'article 71, le texte précise les organismes affectés par cette interdiction. Une exclusion qui concerne notamment certains organismes divers d'administration centrale (ODAC) ainsi que des établissements publics de santé. Concrètement ces organismes ne peuvent recourir à un marché de partenariat sauf si l'instruction est faite par leur ministère de tutelle.<sup>26</sup>

Depuis 2004, l'Etat a initié 61 contrats de partenariat ; 13 d'entre eux concernaient les hôpitaux et 18 d'entre eux concernaient les universités soient plus de 50% des contrats signés. Force est de constater que par cette mesure,

**Gaële CHAMMING'S, Avocat à la Cour de  
Bordeaux, docteur en droit**

"Je pense de nouveau que c'est un effet d'annonce, je dirais même de la "cosmétique". L'enjeu ne porte pas sur les seuils mais sur la soutenabilité budgétaire. D'ailleurs à cet égard, je note qu'il y a un traitement inégal sur les projets supérieurs à 100 millions d'euros. Dans le cas d'un marché de partenariat, il faut non seulement réaliser une évaluation préalable mais surtout démontrer que le bilan économique est favorable ce qui n'est pas le cas en "loi MOP" où seule l'évaluation préalable suffit si l'on se réfère à une lecture littérale de l'ordonnance de 2015 et du décret de 2016".

**Gaële CHAMMING'S, Avocat à la Cour de  
Bordeaux, docteur en droit**

"Cette mesure complexifiera davantage les relations au sein de la société de projet en raison de la " double casquette de la collectivité " qui contractualise de fait avec elle-même. Ce peut être en certain cas un atout de " contrôle " pour une personne publique".

**Antoine TARDIVO, FIN INFRA, Ingénieur général  
des Mines**

"Je regrette l'interdiction faite aux universités et hôpitaux de recourir de plein droit aux contrats de partenariat. Désormais ils doivent passer par des organismes de tutelle pour le faire. Malheureusement cet outil dont avaient besoin ces entités devient de fait inaccessible. En fait, le *bashing* dont vous me parliez est lié à la psychose de la dette, il faut tout faire pour bloquer les facilitateurs d'investissements. Or il y a des constructions à faire, des rénovations à mener pour mettre nos édifices aux normes notamment en matière de performance énergétique."

<sup>25</sup> D, n°2016-360, 25 mars 2016, préc, art 151

<sup>26</sup> D, n°2016-360, 25 mars 2016, préc art 147

l'ordonnance pourrait limiter fortement l'accès aux marchés de partenariat étatiques avec la mise sous tutelle de ces organismes.

*Un contrôle accru des sociétés de projets*

L'ordonnance autorise l'entrée minoritaire des personnes publiques dans le capital des sociétés de projet<sup>27</sup>. Une mesure qui vise notamment à mettre fin aux critiques de certains détracteurs des PPP qui réclamaient davantage de transparence autour de ces structures. Pour certains acteurs interrogés, cette mesure est de nouveau une forme d'immixtion de la sphère publique au sein du privé. Par le passé, l'acheteur avait à sa disposition un rapport annuel qui lui permettait de suivre annuellement le contrat et l'exécution de ce dernier. Il semblerait que le gouvernement ait décidé à travers cette mesure de faciliter l'accès à l'information du partenaire public.

**Christophe DUPRAT, Bordeaux Métropole,  
vice-président en charge des transports**

"Jusqu'aux années 2010, les collectivités ne suivaient pas leurs contrats, je vous renvoie à l'affaire de la Lyonnaise des Eaux à Bordeaux. Tout cela se faisait par tacite reconduction. La loi Sapin a tenté d'encadrer les procédures. Aujourd'hui on suit mieux une DSP qu'une régie. On va dans le détail pour contrôler, on a accès aux documents. Dans le domaine des transports nous avons accès au système d'information voyageurs qui nous permet d'avoir les résultats en même temps que le partenaire privé".

<sup>27</sup> D, n°2016-360, 25 mars 2016, préc, art 152

Le principe d'allotissement est réaffirmé comme la règle de droit commun de la commande publique bien que l'ordonnance consacre les marchés globaux.

## Zoom technique



**L'Article 32 de l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics précise :**

" I. - Sous réserve des marchés publics globaux mentionnés à la section 4, les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. A cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots.

Les acheteurs peuvent toutefois décider de ne pas allotir un marché public s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

Les acheteurs peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique.

Les offres sont appréciées lot par lot sauf lorsque l'acheteur a autorisé les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.

II. - Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allotir un marché public, il motive son choix selon des modalités fixées par voie réglementaire."

## Maintenir la place des PME dans la commande publique

### L'allotissement comme instrument du développement local

Comme le réaffirme le texte de 2015, l'allotissement est la règle de droit commun de la commande publique. Y compris dans des marchés globaux tels que les marchés de partenariat où prime l'interlocuteur unique, une place a été réservée pour les petites et moyennes entreprises. Ainsi dans le décret d'application du 25 mars 2016, il est précisé à l'article 163.

Art. 163 du décret du 25 mars 2016 : "La part minimale que le titulaire s'engage à confier, directement ou indirectement, à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans au sens du paragraphe II de l'article 57, en application de l'article 87 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, est fixée à 10 % du montant prévisionnel du contrat hors coût de financement, sauf lorsque le tissu économique dans le secteur concerné ne le permet pas". Ainsi aucun mode contractuel ne peut s'affranchir de ce principe qui permet à toute entreprise quelle que soit sa taille de pouvoir candidater à un appel d'offres. On note par ailleurs un raidissement du texte à l'égard des entreprises qui, dans le cadre d'un marché de partenariat, ne respecteraient pas ce principe.

### Christophe LEURET, Crédit Municipal de Bordeaux, directeur

"On peut toujours critiquer la loi MOP. En effet, elle peut parfois montrer ses limites. Cependant l'absence d'interlocuteur unique, le non-respect des délais, la complexité du chantier ne peuvent remettre en question le principe d'allotissement. De nouveau, faisons preuve de discernement, ne soyons pas dogmatiques. Oui, sur un grand chantier il est certainement plus avantageux d'avoir un interlocuteur unique, ce qui n'est pas forcément vrai sur un petit chantier. L'allotissement reste une excellente chose parce qu'il favorise l'emploi local même si on ne peut l'utiliser dans tous les cas."

### Marc TEYSSIER D'ORFEUIL, COM'PUBLICS, directeur général

"L'allotissement part d'un bon principe. Vouloir faire travailler les PME, tout le monde le veut et je considère que ce n'est que du bon sens. D'ailleurs je tiens à dire que certains grands groupes aujourd'hui sont des rachats des PME et que lorsque vous entendez que tel ou tel major du BTP a remporté un marché local, dans les faits c'est la PME locale qui travaille. Pour être franc avec vous, l'allotissement tel qu'il a été conçu dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 va de nouveau générer sur des chantiers des dépassements d'enveloppes. Nous savons très bien que la maîtrise d'ouvrage publique n'aura pas les moyens de contrôler davantage les travaux et nous aurons donc à l'arrivée des dépassements de coûts. L'allotissement fait certes travailler les PME mais génère des dépassements financiers."

A titre de comparaison, sous l'empire de l'ordonnance de 2004, la part d'exécution du contrat confiée à des PME était un critère d'attribution du contrat. Si l'entreprise ne parvenait pas à respecter ses engagements, elle se voyait attribuer une mauvaise note mais cela ne constituait en rien un critère d'élimination. Avec les nouveaux textes, l'entreprise qui ne tiendra pas ses engagements ne pourra exécuter le contrat.

La défense des PME/TPE face aux marchés globaux s'est imposée comme un enjeu majeur au sein des collectivités territoriales avec notamment l'élaboration d'une charte de la commande publique qui consacre de nouveau l'allotissement comme principal mode contractuel. En l'occurrence, ce principe est perçu comme un instrument de développement de l'économie locale, ce qui a conduit de nombreuses collectivités à en faire "leur nouveau cheval de bataille". Le Conseil Départemental de la Gironde a ratifié en janvier 2016, une nouvelle charte de la commande publique<sup>28</sup> dans laquelle il s'engage à promouvoir les PME girondines. En guise d'exemple, la commande publique du Conseil Départemental représente chaque année près de 160 millions d'euros, plus de la moitié de ces dépenses ont bénéficié à 61% des entreprises girondines. Par ailleurs, 97% des entreprises girondines sont des PME. Cela montre l'importance indéniable de la commande publique pour les entreprises locales et l'attractivité de certains territoires. A l'échelle nationale, la commande publique des collectivités territoriales bénéficiait à 65% aux PME en 2013<sup>29</sup>.

### La globalisation des marchés : le nouvel horizon de la commande publique

Si le recours aux marchés de partenariat est davantage encadré avec notamment la réaffirmation de l'allotissement comme règle de droit commun de la commande publique, les marchés globaux de performance voient quant à eux leur régime juridique s'assouplir. En effet, l'ordonnance du 23 juillet 2015 harmonise les différents dispositifs existants en élargissant les critères du recours aux marchés globaux de performance.

Les marchés globaux sont définis comme "des contrats par lesquels une personne publique peut confier à un titulaire unique, une mission globale pouvant porter sur la conception et la construction d'ouvrages (marchés de conception-réalisation) ou sur la conception et/ ou la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance (CREM/REM)<sup>30</sup>". Au même titre que le marché de partenariat, ces outils contractuels dérogent à deux principes de la commande publique

### Jean-Pierre SUEUR, Sénateur PS du LOIRET

"Lorsque j'étais président de la Communauté d'Agglomération de la ville d'Orléans, j'ai réalisé un marché global où j'ai dû choisir entre une entreprise ayant de piètres résultats mais avec un bon architecte et une entreprise ayant d'excellents résultats mais avec un mauvais architecte. Ce choix cornélien résume assez bien mon propos, en ce sens que le marché global nie la spécificité des métiers en permettant à une entreprise de conceptualiser, concevoir et réaliser un projet. C'est pourquoi j'ai multiplié les amendements pour exclure l'architecture des PPP. A cet égard, j'ai le soutien de la CAPEB, de la SNSO ou encore de la CNOA qui s'opposent farouchement à une globalisation des marchés affaiblissant jour après jour nos PME-TPE.

Le PPP est par nature antilibéral or il est défendu par des prétendus libéraux. Cet outil de la commande publique nie l'égalité d'accès à la commande publique en écrasant la concurrence et en renforçant de facto les grands groupes. Il faut donc revenir à une commande publique plus juste réaffirmant l'allotissement comme la règle de droit commun."

### Sonia DUGAS, CAPEB Gironde, secrétaire générale

"Nous défendons l'idée selon laquelle l'allotissement est la norme de droit commun de la commande publique. Seul l'allotissement permet aux TPE/PME d'accéder à la commande publique. C'est pourquoi nous nous méfions de ces marchés globaux qui pour notre organisation, sont dérogatoires. Nous pensons que ces formules contractuelles favorisent la sous-traitance que nous combattons car elle nie l'indépendance des artisans. L'artisan est un entrepreneur comme les autres, il doit avoir accès à la commande publique au même titre que les majors du BTP.

J'ajouterais que nous sensibilisons nos TPE à travailler ensemble, nous encourageons notamment la cotraitance sur les marchés publics d'une taille importante. Ce groupement momentané d'entreprises permet à nos artisans de conserver le lien contractuel avec le maître d'ouvrage public. Une formule qui fonctionne puisque l'année dernière, des TPE sont parvenues en cotraitance à remporter un marché de 900 000 euros portant sur la construction d'une CFA. Sans le groupement momentané d'entreprises, elles ne seraient certainement pas parvenues à candidater pour un marché de 900 000 euros"

<sup>28</sup> Charte de la commande publique du Conseil départemental de la Gironde, nov. 2015

<sup>29</sup> <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/commande-publique-acces-des-pme-tp>

<sup>30</sup> Fiche d'impact sur le projet d'ordonnance relative aux marchés publics, décembre 2014

française ; l'allotissement et la séparation conception/réalisation.

L'ordonnance précise à son article 34 <sup>31</sup>:

" Nonobstant les dispositions de l'article 33, les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés publics comportent des engagements de performance mesurables."

En effet, les conditions de recours aux marchés globaux de performance (CREM/REM) ont été considérablement assouplies. Jusqu'au 1er avril 2016, un acheteur public qui souhaitait conclure un marché CREM devait justifier conformément aux dispositions de l'article 18 de la loi MOP, de motifs d'ordre technique ou d'engagements contractuels sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendant nécessaire l'association du cocontractant aux études de l'ouvrage. Une condition qui n'est plus obligatoire dans la nouvelle ordonnance, en l'occurrence dès lors que des objectifs chiffrés de performance sont imposés au contractant, ce dernier peut réaliser la conception.

Cet assouplissement des conditions des recours au CREM a suscité l'ire de nombreux acteurs tels que les TPE/PME ou encore les architectes. En effet la globalisation est de nouveau remise en question car elle créerait les conditions de l'éviction des PME. Quant au recours aux marchés de conception-réalisation, les dispositions restent inchangées, l'acheteur demeure soumis à la loi MOP, l'article 33<sup>32</sup> de l'ordonnance conditionne l'accès à ces marchés à la démonstration de "motifs d'ordre technique ou d'un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendant nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage".

### A retenir



- ✓ **L'allotissement est un élément essentiel pour l'attractivité des territoires car il permet la mise en valeur de l'économie locale.**
- ✓ **Si l'ordonnance réaffirme l'allotissement comme principe, les procédures de recours aux marchés globaux de performance sont assouplies.**

<sup>31</sup> Ord n°2015-899, 23 juill.2015, préc., art.34

<sup>32</sup> Ord n°2015-899, 23 juill.2015, préc., art.33

Pour bon nombre d'acteurs interrogés, les dénigrements à répétition ont eu raison des contrats de partenariat. A cela s'ajoutent des contours juridiques insuffisamment clairs pour garantir la sécurité de ce montage contractuel.

Ainsi, l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics arrive à point nommé car elle sécurise cet outil juridique en lui donnant un "second souffle". A cet égard, elle renforce son cadre juridique en réformant les critères d'éligibilité tant décriés par les détracteurs du contrat de partenariat. Elle met ainsi fin aux critères de complexité et conserve comme seul critère d'éligibilité l'efficacité économique. En outre, les textes restreignent l'accès à cette formule contractuelle à travers les seuils fixés mais également par l'interdiction faite à certains organismes d'y recourir. Une ordonnance qui se veut plus intrusive dans la vie des collectivités territoriales avec notamment l'étude de soutenabilité budgétaire soumise à la Direction Générale des Finances Publiques. Certains acteurs y voient une atteinte à l'article 72 de la Constitution relatif à la libre administration des collectivités. Enfin le "contrat de partenariat" n'est plus obligatoirement global, le contrat devient "à la carte" comme le précise l'article 67 de l'ordonnance. La collectivité publique n'est donc plus obligée d'inclure l'entretien ou la maintenance dans son montage contractuel.

Le contrat de partenariat est bel et bien mort. Tout d'abord apparu comme révolutionnaire puis décrié par la suite, il n'est jamais parvenu à s'imposer réellement dans le paysage de la commande publique française. Conçu à ses débuts comme un accélérateur de la commande publique il s'est révélé par la suite facteur de complexité notamment en terme d'ingénierie. En effet de tous les acteurs interrogés et au regard des textes juridiques l'encadrant, le futur marché de partenariat sera réservé pour les grandes opérations. Seules les grandes collectivités pourront être capables de pouvoir monter de tels projets. Des opérations qui nécessitent une expertise de qualité, une expertise donc coûteuse. Toutefois, le contrat de partenariat aura laissé son empreinte sur la commande publique avec l'introduction de l'évaluation préalable pour les projets en maîtrise d'ouvrage publique au-delà d'un certain seuil.

Si l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics consacre "les marchés de partenariat", elle semble dessiner les grands traits de la commande publique de demain. Une commande publique où l'allotissement reste la règle de droit commun tout en promouvant les marchés globaux. Cela correspond à un équilibre précaire, difficile à maintenir comme en témoigne l'expérience les collectivités qui sont de plus en plus de plus nombreuses à ratifier la Charte de la Commande publique soutenant l'allotissement tout en procédant à une rationalisation de l'achat public. L'enjeu dans les années à venir pour ces petites entreprises réside assurément dans leur capacité à pouvoir répondre à un achat public "vert, innovant et mutualisé".

A la lumière des derniers textes, il semblerait que l'on tente de conjuguer les impossibles. Pourrait-on parler de schizophrénie française ? A vouloir d'un côté promouvoir l'allotissement et de l'autre consacrer les marchés globaux, l'horizon de la commande publique française demeure difficile à prévoir.