

conséquence à l'entreprise de ne pas révéler ses méthodes, lorsqu'elle expose la faisabilité d'un projet.

Cela étant, si elle s'exprime seulement en termes de résultats susceptibles d'être atteints, l'entreprise protégera ses intérêts tout en informant l'administration. De surcroît, la mise à niveau des concurrents n'en sera que plus aisée. Il suffira que l'administration communique les caractéristiques des résultats. La compétition portera sur la détermination et le coût des moyens.

- Le deuxième risque est moins maîtrisable. Il tient au fait que l'administration, saisie d'un projet, disposera de documents qu'elle pourrait souhaiter faire évoluer ou d'informations qu'elle pourrait être tentée de réutiliser pour l'établissement d'autres projets que celui qu'avait imaginé l'entreprise.

Or, si après avoir reçu les documents d'un projet sur le fondement de l'article 10 de l'ordonnance, l'administration s'avisait finalement d'en faire une utilisation partielle ou modifiée, puis de conclure finalement un marché public et non un contrat de partenariat, les échanges qui, dans un tel cas, auraient eu lieu avec l'entreprise avant la conclusion du marché ne manqueraient pas, alors, d'être considérés comme la preuve de la communication d'informations privilégiées à un candidat ou de l'engagement, avec lui, d'une négociation prohibée par le code des marchés publics.

Il est donc recommandé aux entreprises de limiter les informations contenues dans les projets dévoilés dans le cadre

du droit d'initiative, de ne s'exprimer qu'en termes de résultats et d'informer l'administration de l'interdiction d'utiliser tout ou partie des éléments caractéristiques dudit projet, à d'autres fins que la conclusion du contrat de partenariat envisagé.

## 2 - Les autres risques procéduraux

Sur le plan des procédures, le risque juridique afférent à la passation des contrats de partenariat, plus classique, n'est pas différent de celui qui s'attache la conclusion des autres contrats de la commande publique, l'article 27 de l'ordonnance du 17 janvier 2004 ayant modifié l'article L. 551-1 du code de justice administrative, pour étendre le champ d'application du référé précontractuel à ce nouveau type de convention.

En revanche, le risque de délit de favoritisme paraît beaucoup plus limité, dans le sens où les dispositions de l'article 432-14 du code pénal ne concernent pas, en l'état actuel du droit, la passation des contrats de partenariat, mais seulement les marchés publics et les délégations de service public.

Cela étant, le risque n'est pas inexistant en cas d'erreur sur la qualification juridique du contrat : tout acheteur public qui commettrait une erreur dans le choix de la procédure et méconnaîtrait ainsi le droit

applicable aux marchés publics ou aux délégations de service public encourrait un risque de condamnation pénale pour délit de favoritisme, si l'erreur se traduisait par une rupture d'égalité dans l'accès au marché ou à la délégation<sup>(62)</sup>.

Il en irait de même en cas de passation, par la personne publique, d'un marché public classique après que le droit d'initiative prévu par l'article 10 de l'ordonnance aura été mis en œuvre et conduit les parties à échanger des informations ou à négocier, en violation caractérisée du code des marchés publics.

## Conclusion

Au total, le contrat de partenariat est un défi, car il suppose l'assimilation de pratiques rédactionnelles tout à la fois étrangères à la culture des acheteurs publics et faiblement encadrées par l'ordonnance. Trop faiblement peut-être.

Mais le défi doit être relevé, car le contrat de partenariat peut être un excellent vecteur de transmission des innovations technologiques et pour la première fois, en droit de la commande publique, l'offre pourra créer la demande – ce qui accordera enfin, au moins en partie, l'achat public avec cette loi fondatrice de l'économie de marché, qu'avait exprimée Jean-Baptiste Say, il y a deux siècles... ■

(62) Voir sur le durcissement récent de la jurisprudence en matière de favoritisme, Cass. crim. 14 janvier 2004, n° 03-83396 et 28 janvier 2004, n° 02-86 597, deux arrêts, avec nos observations au BJCP : « Délit de "favoritisme" et nouveau code des marchés publics : l'insécurité pénale de l'acheteur public », BJCP, n° 34, p. 178.

# Les risques et leurs garanties dans les contrats de partenariat

Xavier Matharan et Pierre Pintat,  
avocats à la Cour.

La question des risques est au cœur du contrat de partenariat<sup>(63)</sup>. L'un des maîtres mots est celui de « déconsolidation » qui renvoie à des montages permettant aux administrations d'externaliser le financement d'investissements et aux opérateurs privés de ne pas faire apparaître les actifs correspondants dans leur bilan. Il y a là une contradiction irréductible, qui ne peut que déboucher sur des compromis, c'est-à-dire sur un « partage des risques »

entre la collectivité publique et les opérateurs privés, qui s'exprime le mieux dans le « **financement de projet** », consistant à isoler le risque en créant une « **société de projet** ».

Le caractère plus ou moins « déconsolidant » du montage pour la collectivité et/ou

les opérateurs privés dépendra de l'**allocation des différents risques**.

Dans son Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions (30 avril 2004, COM(2004) 327 final), la

(63) Voir l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 prise en application de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 (art. 6), ci-après l'ordonnance.

## Une nouvelle forme de contrat : le partenariat

Commission européenne rappelle qu'Eu-rostat recommande que les actifs liés à un partenariat public-privé soient classés comme actifs non publics et ne soient donc pas enregistrés dans le bilan des administrations publiques, si les deux conditions suivantes sont réunies : le partenaire privé (donc la société dédiée en financement de projet) supporte le risque de construction ; ce partenaire privé supporte au moins l'un des deux risques suivants : celui de l'indisponibilité ou celui lié à la demande.

Cette allocation des risques reposera en grande partie sur des mécanismes de sûreté, tant au profit des collectivités publiques (I) qu'au profit des financeurs (II), outre les mécanismes généraux de garantie (III).

### I. La garantie des risques des collectivités publiques

On peut évoquer les mécanismes classiques de la retenue de garantie, de la garantie à première demande et de la caution personnelle et solidaire (A) et celui du compte séquestre (B).

#### A) Retenue de garantie, garantie à première demande ou caution personnelle et solidaire

Les mécanismes de garantie étant laissés à la liberté contractuelle dans l'ordonnance, rien n'interdit de s'inspirer des mécanismes prévus en matière de marchés publics (art. 99 à 101 du code des marchés publics), en les adaptant aux spéci-

ficités du contrat de partenariat et du projet concerné.

Le contrat de partenariat peut prévoir des délais pour la bonne réalisation de certaines opérations, en particulier afférentes à une phase de construction d'ouvrages. Il peut alors prévoir une **retenue de garantie** dont le montant n'est pas plafonné<sup>(64)</sup>, ayant pour objet de couvrir des réserves formulées pendant le délai de garantie contractuellement stipulé.

Il peut également être prévu la fourniture, par le titulaire du contrat de partenariat, d'une **garantie à première demande** ou d'une **caution personnelle et solidaire**<sup>(65)</sup>.

S'il n'est pas exigé que la caution ou la garantie soit constituée à la date de la signature du contrat de partenariat, il est prudent de prévoir que la collectivité conserve la liberté d'accepter ou non les organismes apportant leur garantie.

En outre, dans cette hypothèse, celui-ci devra alors fixer la date à laquelle cette caution ou garantie devra être constituée en totalité ou en partie. Il est prudent de retenir le principe suivant lequel elle doit être constituée en totalité au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet sa première demande de paiement, et qu'à défaut, une retenue de garantie sera pratiquée<sup>(66)</sup>.

Il est également conseillé de prévoir qu'en cas d'avenant, elle doit être complétée dans les mêmes conditions.

En financement de projet, une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire peut être stipulée au profit de la collectivité par la société dédiée titulaire du contrat de partenariat pour

couvrir des sanctions financières ou des responsabilités encourues par elle.

Un tel mécanisme peut notamment être utilement prévu au profit de la collectivité pour couvrir le risque d'interruption de l'exploitation d'un équipement public dans le cas où la société dédiée a cédé ses créances acquises définitivement pour financer la construction des ouvrages<sup>(67)</sup>.

#### B) Le compte séquestre

Le mécanisme du **compte séquestre** peut également être utilisé pour sécuriser le montage au profit de la collectivité, en particulier dans le cadre d'un financement par cession de créances<sup>(68)</sup>.

Les sommes à verser au titulaire du contrat de partenariat par l'établissement financier cessionnaire de ses créances sont placées en tout ou partie sur un compte séquestre ; le déblocage des sommes suppose l'accord de la collectivité publique, en fonction, par exemple, de l'avancement des travaux de construction<sup>(69)</sup>.

### II. La garantie des risques des financeurs

On rappellera les règles applicables en l'absence de sûretés (A) et celles applicables en matière de cautions et garanties d'emprunts des collectivités locales (B).

#### A) Situation en l'absence de sûretés

Le principe est celui de l'**insaisissabilité** des équipements publics en cas de défaillance, ainsi que cela a notamment été jugé dans l'hypothèse de la défaillance d'un titulaire de METP conduisant à sa déchéance<sup>(70)</sup>.

Seul le recours à la théorie juridique de l'**enrichissement sans cause** de la collectivité, qui entre sans contrepartie en possession d'ouvrages construits grâce aux prêts consentis par l'organisme ayant financé les ouvrages, ouvre une action à ce dernier contre la collectivité<sup>(71)</sup> aux fins de voir celle-ci l'indemniser ou, « si mieux aime » la collectivité, se substituer dans le remboursement des annuités d'emprunt.

Le caractère subsidiaire de cette action contre la collectivité par rapport à l'action contre l'emprunteur défaillant, qui retarde le règlement de l'affaire de façon très préjudiciable, représente un inconvénient

(64) En matière de marchés publics, le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial, augmenté, le cas échéant, du montant des avenants (art. 99 du CMP).

(65) Rien n'interdit d'utiliser le modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie en matière de marchés publics. Il est par ailleurs souhaitable de s'inspirer des dispositions de l'article 100 du code des marchés publics pour encadrer le choix de l'organisme apportant sa garantie.

(66) Le contrat de partenariat devra également prévoir les conditions dans lesquelles la retenue de garantie sera remboursée ou les établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande seront libérés (définition d'un délai maximal après l'expiration du délai de garantie en l'absence de réserves, modalités de délivrance de la mainlevée par la collectivité publique en cas de réserves formulées avant l'expiration du délai, intérêts contractuels en cas de retard).

(67) Voir l'article 28 de l'ordonnance, modifiant l'article L. 313-29 du code monétaire et financier.

(68) Voir circulaires n° 309 du 6 septembre 1950, n° 22 du 27 janvier 1953, n° 248 du 19 avril 1962 et n° 72-259 du 9 mai 1972 concernant les marchés des collectivités locales payables par annuités.

(69) Il pourrait également s'agir de garantir le paiement des sous-traitants, mais l'ordonnance prévoit une caution (articles 11 et 14 instituant un article L. 1414-12-f du CGCT).

(70) CE 4 octobre 1978, Sté Marseillaise de crédit, req. n° 03471, faisant suite à l'arrêt CE 26 novembre 1971, SIMA, req. n° 75710 (AJDA, décembre 1971, p. 673) se prononçant sur la déchéance de l'exploitant en METP d'une usine de traitement des ordures ménagères.

(71) CE 6 mai 1985, Asso. Eurolat : Lebon, p. 141.

majeur pour l'organisme financier<sup>(72)</sup>. Ainsi, sauf à accepter une logique de « financement sans recours », c'est-à-dire sans garantie extérieure au projet, le financeur d'un contrat de partenariat aura intérêt à obtenir une sûreté auprès de la collectivité sur les flux générés par le projet, c'est-à-dire portant sur tout ou partie des sommes dues par cette dernière au titulaire du contrat de partenariat.

À cet égard, l'ordonnance prévoit qu'en vue de l'autorisation, par l'assemblée délibérante, de la signature d'un contrat de partenariat par l'organe exécutif, « 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 »<sup>(73)</sup>. Cette information obligatoire doit contribuer à sécuriser le montage financier, en particulier pour le financeur bénéficiant d'une sûreté auprès de la collectivité<sup>(74)</sup>.

## B) Cautions ou garanties d'emprunts des collectivités publiques

### 1 - Cadre juridique général

Du point de vue de leur cadre juridique général et du degré de sécurité juridique qui en découle, on peut rappeler que les cautions ou garanties d'emprunt souscrites par les collectivités constituent en principe des **contrats de droit privé**, relevant de la juridiction judiciaire<sup>(75)</sup>.

Mais à l'occasion d'un litige, la juridiction administrative peut être amenée à devoir se prononcer sur la **légalité des actes administratifs détachables** du contrat, ce qui constitue une source de difficultés juridiques pour les financeurs. D'autant que la jurisprudence administrative intervenue en la matière comporte des nuances qui doivent être appliquées au cas par cas<sup>(76)</sup>. Au-delà de ce cadre juridique général, l'octroi de cautions ou de garanties d'emprunts par les collectivités locales dans le cadre d'un contrat de partenariat doit s'inscrire dans des limites réglementaires<sup>(77)</sup>.

### 2 - Ratios prudentiels réglementaires et autres dispositifs légaux en matière de garanties des collectivités locales

Il existe trois ratios réglementaires ayant vocation à encadrer l'octroi de cautions ou garanties par les collectivités locales :

- un premier ratio limite le **montant total des emprunts garantis** au profit des personnes privées hors construction de logements sociaux<sup>(78)</sup>, aux recettes réelles de la section de fonctionnement : 50 %<sup>(79)</sup>;
- un deuxième ratio plafonne la **part de chaque personne privée** par rapport au montant total des annuités susceptibles d'être garanties ou cautionnées : 10 %<sup>(80)</sup>;
- un troisième ratio limite la **quotité garantie** pour un emprunt donné : 50 %<sup>(81)</sup>. On observera que la répartition des risques entre la collectivité et les prêteurs par le mécanisme de garantie est donc en partie encadrée par la réglementation en vigueur.

D'autres dispositifs légaux spécifiques tendent à encadrer ces opérations de caution ou de garantie d'emprunt, dont en particulier l'obligation de cautionnement ou de constitution d'une provision pour les communes accordant une garantie d'emprunt ou leur cautionnement à des organismes de financement autres que des organismes d'intérêt général<sup>(82)</sup>.

## III. Les mécanismes généraux de garantie des risques

Deux mécanismes généraux ont vocation à concourir à la sécurisation du montage financier d'un contrat de partenariat, tant pour les collectivités publiques que pour les financeurs, à savoir d'une part la substitution de titulaire, c'est-à-dire la circulation du contrat **(A)**, et d'autre part en

financement de projet, le bon dimensionnement du capital de la société dédiée **(B)**.

### A) La circulation du contrat

#### 1 - La circulation du contrat dans le cadre d'une AOT

L'ordonnance prévoit que les contrats de partenariat doivent comporter des clauses relatives aux cas de défaillance du cocontractant et de fin anticipée du contrat<sup>(83)</sup>. À cet égard, plusieurs hypothèses et mécanismes ont vocation à être examinés lors de la rédaction d'un contrat de partenariat.

a) *La substitution de titulaire du fait de la réalisation d'une sûreté réelle par le financeur.* Dès lors que le contrat de partenariat s'inscrit dans le cadre du régime des droits réels susceptibles d'être constitués sur le domaine public artificiel de l'État<sup>(84)</sup>, les dispositions du code du domaine de l'État en matière de retrait de titre d'occupation trouvent à s'appliquer.

Les droits réels consentis ainsi que les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier sont cessibles pour la durée de validité du titre restant à courir, en particulier dans le cas de réalisation de la sûreté portant sur les dits droits et biens. La personne du cessionnaire doit cependant être agréée par la personne publique, et cette cession ne peut intervenir qu'en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé (art. L. 34-2).

(72) CE 23 novembre 1994, CNBP/PIC et CNBTP, req. n° 128606 : « Considérant que pour rejeter ces demandes, la cour administrative d'appel de Paris s'est fondée sur ce qu'en raison du caractère subsidiaire de l'action exercée, les caisses devaient poursuivre d'abord le recouvrement de leurs créances sur l'actif de l'association Eurolat jusqu'à la clôture de la procédure de liquidation des biens de cette association. » (suites de l'affaire Eurolat).

(73) Art. 14 instituant un nouvel art. L. 1414-10 du CGCT.

(74) Voir pour l'État et, dans le même esprit, art. 9 al. 4 de l'ordonnance (visa du contrôle financier).

(75) TC 12 janvier 1987, Cne d'Eaubonne c/GOBTP, req. n° 02440.

(76) CAA Paris 13 décembre 1994, Antoine, req. n° 94PA00296. À comparer à CE 27 octobre 2000, Sté BFG Bank Luxembourg SA, req. n° 172350.

(77) Pour les communes : art. L. 2252-1 et s. du CGCT ; pour les départements : art. L. 3231-4 et s. du CGCT ; pour les régions : art. L. 4253-1 et s. du CGCT.

(78) Le logement social représente plus de 90 % des garanties d'emprunt des collectivités locales.

(79) Art. D. 1511-32 du CGCT ; il s'agit seulement des emprunts comportant un tableau d'amortissement définissant des annuités de remboursement (CE 16 janvier 1995, Ville de Saint-Denis, req. n° 141148).

(80) Art. D. 1511-34 du CGCT.

(81) Art. D. 1511-35 du CGCT.

(82) Art. L. 2252-3 du CGCT ; voir également les sociétés de garantie prévues à l'art. L. 2253-7 du CGCT.

(83) Art. 11 et 14 instituant des art. L. 1414-12-j et k du CGCT.

(84) Art. L. 34-1 et s. du code du domaine de l'État, issu de la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 modifiée ; articles R. 57-1 et s. du code du domaine de l'État.

## Une nouvelle forme de contrat : le partenariat

La constitution de droits réels permet ainsi essentiellement de constituer une **hypothèque**, sûreté réelle sur les actifs du projet, en vue de garantir les emprunts contractés « en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des biens immobiliers situés sur le domaine public » (voir art. L. 34-2 et R. 57-7-IV). Les créanciers chirographaires autres que ceux dont la créance est née de l'exécution des travaux ne peuvent inscrire une hypothèque conservatoire.

La cession forcée ne peut donc bénéficier qu'aux créanciers qui ont financé les travaux et qui engagent des poursuites en vue de réaliser les sûretés dont ils disposent sur les droits et biens de l'occupant défaillant.

*b) La substitution de titulaire du fait de la résiliation pour faute du contrat de partenariat par la collectivité.* En cas de résiliation du contrat de partenariat, valant retrait du titre d'occupation pour « inexécution des clauses et conditions » de l'autorisation, les dispositions du code du domaine de l'État ne prévoient pas expressément d'indemnisation éventuelle du titulaire ; néanmoins, il y a lieu de considérer que l'occupant doit pouvoir percevoir une indemnité couvrant la part non amortie des ouvrages.

Dans cette hypothèse, le code du domaine de l'État prévoit un délai de préavis de six mois permettant aux créanciers régulièrement inscrits, informés des intentions de l'administration, de proposer, le cas échéant, la substitution d'un tiers à l'occupant défaillant.

*c) La substitution de titulaire du fait d'une clause de « step-in », et la modification du*

*capital du titulaire.* Le mécanisme suivant lequel les institutions financières se réservent le droit de se substituer au gestionnaire du projet, ou de désigner un nouveau gestionnaire lorsque les flux financiers générés par le projet descendent en dessous d'un certain niveau, a vocation à être précisé dans le contrat de partenariat par des clauses dites de « step-in »<sup>(85)</sup>.

Le principe général suivant lequel les contrats administratifs doivent être exécutés par le cocontractant de l'administration en personne a pour effet de subordonner toute substitution d'un tiers dans l'exécution du contrat, à l'agrément préalable de la collectivité publique. Ce principe, qui est applicable même sans texte, a néanmoins vocation à être stipulé dans les contrats de partenariat, dès lors que l'ordonnance prévoit que le contrat doit comporter des clauses relatives « au contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat »<sup>(86)</sup>.

Un cas particulier mérite d'être évoqué dans le cadre d'un montage en financement de projet, qui est celui d'une **modification du capital de la société dédiée** titulaire du contrat de partenariat, notamment du fait d'une augmentation de capital, ou du fait de la réalisation d'une sûreté prise sur les titres de la société dédiée<sup>(87)</sup>.

Selon le Conseil d'État, une opération de cession d'actions, même affectant sensiblement la société concernée, n'opère pas de substitution de cocontractant, et n'est donc pas soumise de plein droit à agrément préalable de la collectivité<sup>(88)</sup>.

Par ailleurs, on peut déduire indirectement de cet avis du Conseil d'État que la ces-

sion d'actions d'une société titulaire d'un contrat de partenariat ne saurait être irrégulière au regard aux règles de publicité et de mise en concurrence de ce type de contrats, et que cette solution vaut également dans les hypothèses de véritables cessions du contrat à un tiers telles qu'évoquées précédemment.

*d) La substitution de titulaire du fait de la résiliation pour motif d'intérêt général du contrat de partenariat par la collectivité.* La substitution de titulaire peut également intervenir du fait de la collectivité dans le cadre de la mise en œuvre de son pouvoir de résiliation unilatérale, qui existe même sans texte dans tous les contrats administratifs, et donc notamment dans les contrats de partenariat (voir art. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance). Ainsi, par exemple, dans l'hypothèse de modification du capital de la société dédiée, la collectivité peut toujours décider de procéder au « rachat » du contrat de partenariat moyennant indemnisation intégrale du préjudice du titulaire du contrat, comprenant l'indemnisation du manque à gagner, en sus de la valeur non amortie des actifs<sup>(89)</sup>.

À cet égard, il y a lieu de faire application de l'article L. 34-3, al. 3 du code du domaine de l'État, qui exige un préjudice direct, matériel et certain<sup>(90)</sup>. Mais il est également prévu que les règles de détermination de l'indemnité peuvent être précisées par le titre d'occupation – par là même dans le contrat de partenariat – ce qui est au demeurant compatible avec le principe de la liberté contractuelle en la matière conforté par les articles 11 et 14 précités de l'ordonnance.

Enfin, dans le souci de protection des droits des organismes de crédit, le code du domaine de l'État prévoit que les droits des créanciers régulièrement inscrits à la date du retrait anticipé sont reportés sur l'indemnité<sup>(91)</sup>.

### 2 - La circulation du contrat dans le cadre d'un BEA

Des mécanismes analogues sont prévus en ce qui concerne les baux emphytéotiques administratifs susceptibles d'être consentis sur le domaine des collectivités locales et sur lesquels ont vocation à s'adosser les contrats de partenariat conclus avec ces dernières<sup>(92)</sup>.

Il est important de noter que les emprunts garantis par une hypothèque sont pris en compte pour la détermination du montant

(85) À rapprocher de l'« antichrèse », nantissement d'une chose immobilière (art. 2072 du code civil) ; voir également le Livre vert sur les PPP de la Commission européenne, point 48.

(86) Art. 11 et 14 instituant un art. L. 1414-12-i du CGCT.

(87) Voir constitution en gage d'un compte d'instruments financiers ; voir art. L. 431-4 du code monétaire et financier.

(88) CE 4 avril 1997, Sté Ledoyen, req. n° 137065 — CE, avis, 8 juin 2000, req. n° 364803 : « Lorsqu'il est procédé à un changement de propriétaire des actions composant le capital social, même dans une proportion très largement majoritaire », il n'y a pas cession du contrat à un tiers ; voir cependant Livre vert précité de la Commission européenne (point 67). À tout le moins, il est conseillé aux collectivités de stipuler dans le contrat de partenariat, dans l'hypothèse d'une modification de la composition du capital de la société titulaire, une obligation d'information.

(89) CE 31 juillet 1996, Sté des téléphériques du massif du Mont-Blanc (STMMB), req. n° 126594 : Lebon, p. 334.

(90) Voir l'analogie avec l'article L. 13-13 du code de l'expropriation.

(91) Art. L. 34-3, al. 3.

(92) Voir art. L. 1311-1 et s. du CGCT et L. 451-1 du code rural.

maximum des garanties et cautionnements qu'une collectivité territoriale est autorisée à accorder à une personne privée (voir *supra*).

### B) Le bon dimensionnement du capital de la société dédiée en financement de projet

Dans le cadre d'un montage en financement de projet, la garantie offerte *in fine*, tant à la collectivité publique qu'aux financeurs, est constituée par le capital de la société dédiée. Il doit être bien dimensionné car s'il est trop faible, il ne repré-

sentera qu'une garantie insuffisante ; mais à l'inverse, s'il est trop important, sa constitution renchérit inutilement le coût de l'opération.

Il est considéré que le montant du capital d'une société dédiée en financement de projet doit représenter *a priori* 10 à 20 % du montant de l'investissement qu'elle doit supporter.

### Conclusion

Le contrat de partenariat repose sur l'idée d'un partage des risques entre la collecti-

tivité publique et ses partenaires privés, en particulier dans le cadre d'un « financement de projet ». Les sûretés constituent un instrument privilégié de partage des risques, au moins au même titre que les mécanismes de sanctions financières qui pèsent sur le titulaire d'un contrat de partenariat.

Ces sûretés, qui peuvent être assises sur les flux générés par le projet ou sur les actifs réalisés, découlent parfois directement du mode de financement choisi, mais doivent en toutes hypothèses être adaptées aux spécificités du projet et des risques encourus. ■

## Évaluation préalable : faut-il mettre en concurrence réelle la maîtrise d'ouvrage publique et le PPP ?

La récente ordonnance sur les contrats de partenariat prévoit que, préalablement au lancement d'une consultation, une évaluation doit être obligatoirement menée afin de justifier le recours à cette procédure (art. 2 pour les services de l'État et art. L. 1414-2 du CGCT). La personne publique doit justifier son choix de recourir au contrat de partenariat après avoir effectué une « analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options ».

Les raisons de cette obligation d'évaluation préalable tiennent sans doute au fait que le recours à cette procédure de partenariat doit être exceptionnel et donc dûment motivé ; ceci dans la droite ligne de la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003<sup>(93)</sup> considérant que de telles procédures sont déroatoires au droit commun de la commande publique et qu'en conséquence elles doivent être réservées « 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 ».

Effectivement, sans reprendre exactement la formulation du Conseil constitutionnel, l'ordonnance prévoit, comme justification du recours au contrat de partenariat, le cas de l'urgence et le cas où la personne publique n'est pas en mesure de définir d'emblée les moyens techniques répondant à ses besoins ou le montage financier et juridique du projet.

Au nombre des options que devra considérer la personne publique, on peut raisonnablement penser qu'il y aura toujours la solution de maîtrise d'ouvrage publique qu'on pourrait qualifier de « classique », voire de référence.

Notre propos ici est d'étudier comment la personne publique peut procéder avant de lancer une consultation de partenariat pour orienter son choix entre deux solutions : la solution classique en maîtrise d'ouvrage publique et la solution de partenariat en maîtrise d'ouvrage privée. Comment peut-elle mener l'« analyse comparative » requise par l'ordonnance ?

Nous étudierons successivement deux points : l'évaluation de la solution « classique » de réalisation de l'équipement public

(I) et l'évaluation de la solution en contrat de partenariat (II). Ces études nous conduiront à proposer que, dans certains cas, une procédure réelle – mais conditionnelle – de consultation de maîtrise d'ouvrage publique précède, ou mieux accompagne, l'évaluation du partenariat. Nous concluons en soulignant le statut particulier du rapport d'évaluation préalable au lancement de la consultation et l'intérêt de notre proposition au regard de ce statut (III).

### I. L'évaluation de la solution « classique » de réalisation de l'équipement public

#### A) L'analyse théorique

L'évaluation de cette solution repose nécessairement sur la connaissance des séries d'éléments suivants :

- la connaissance des coûts et des délais de passation des marchés de maîtrise d'œuvre et des marchés de travaux correspondant à l'ouvrage à réaliser ;
- la connaissance des coûts et des délais de maintenance du patrimoine selon une

François Chavaudret,  
ancien élève de l'École polytechnique,  
diplômé de l'Insead, dirigeant d'entreprises,  
et Maxime Jacob,  
ancien élève de l'ENA, consultant indépendant.

(93) Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.