

FICHE
5.01

Contraintes juridiques du projet

L'AMO juridique devra réaliser une étude comparative des modes de réalisation envisagés par la personne publique pour la mise en œuvre de son projet. Dans ce but, l'AMO juridique réalisera une étude complète des caractéristiques de ces modes de réalisation, afin de dégager les atouts et les points faibles de chacun. Les différentes contraintes identifiées seront confrontées aux attentes et objectifs de la personne publique ainsi qu'ont ses particularités.

Afin de réaliser cette étude comparative, l'AMO juridique, en complément de l'AMO financier et technique selon les projets, exposera les différents modes contractuels existants afin de réaliser le projet de la personne publique. L'AMO pourra proposer de ne pas retenir les modes contractuels qui n'auront, de toute évidence, pas vocation à s'appliquer au regard des attentes de la collectivité, pour ne conserver que les montages juridiques pouvant s'appliquer afin de les comparer, aussi bien d'un point de vue juridique que financier.

Les différents montages juridiques envisageables afin de réaliser un équipement public – sont exclus ici contrats d'exploitation (marché public de services ou affermage par exemple) et contrats de propriété intellectuelle – sont, principalement, les suivants :

- le marché public de travaux ;
- les marchés publics globaux ;
- le contrat de concession de travaux et de services ;
- le marché de partenariat.

Il convient de préciser que :

- pour les contrats d'exploitation, la question de pose souvent de savoir si, à l'occasion du renouvellement d'un contrat d'exploitation, on renouvelle en contre de concession, ou en marché public/régie – hors contrats d'exploitation ;
- pour les autres contrats plus courants, type achats de prestations intellectuelles, la question se posera moins en termes de choix du véhicule contractuel, et davantage en termes de stratégie d'allotissement, de choix du périmètre et du contenu des prestations.

1 Justification du recours au marché public, un exemple : le marché public de travaux

Aux termes de l'article L. 1111-1 du Code de la commande publique, « un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ».

Et, selon l'article L. 2113-10 du code précité, le principe applicable est celui de l'allotissement – les marchés devant être passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. Le choix de ne pas recourir à la formule de l'allotissement doit être justifié de façon *ex ante* par l'acheteur public (CCP, art. L. 2113-11).

En outre, selon l'article L. 2112-5 du Code de la commande publique :

Contraintes juridiques du projet

« La durée du marché est définie en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État, sous réserve des dispositions du présent livre relatives à la durée maximale de certains marchés. ».

L'objet des marchés publics est la réalisation de travaux ou l'acquisition de fourniture, ou de prestations de services. Ils supposent l'établissement d'un contrat de courte durée (entre trois et cinq ans).

La rémunération du partenaire est assurée par un prix, fixé dans le contrat, et directement versé par la personne publique en contrepartie immédiate de la prestation fournie.

Les risques vis-à-vis des usagers sont à l'entière charge de la personne publique puisque cette dernière assume la totalité de l'investissement requis pour réaliser le projet sous réserve de subventions qu'elle pourrait obtenir auprès d'autres instances : la région, l'État ou l'Union européenne.

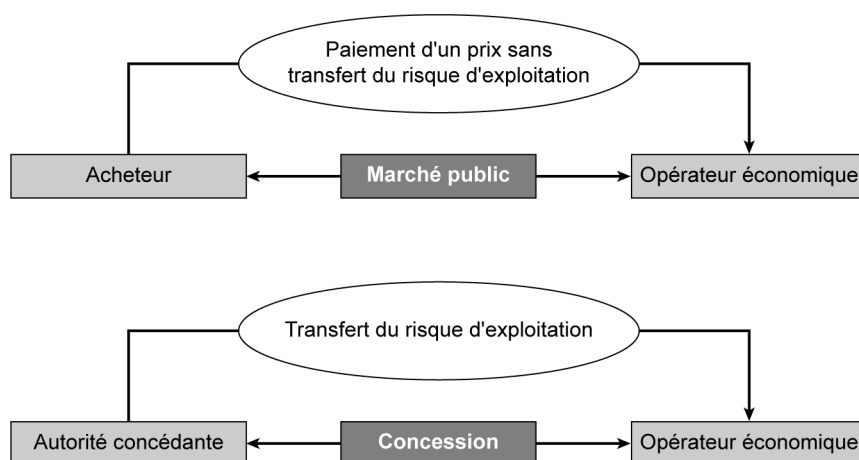


Fig. 5.01-1. Schéma : différenciation marché public/concession vis-à-vis du transfert de risque

Le recours au marché public doit en principe avoir pour unique objectif de répondre aux besoins propres de la personne publique (fonctionnement propre et besoins liés à son activité d'intérêt général et qui la conduisent à fournir des prestations à des tiers).

À ce titre, les marchés publics devront respecter les principes généraux applicables à la commande publique :

« Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. ». (CCP, art. L.3).

Les marchés publics de travaux sont donc, plus particulièrement, des marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage.

Contraintes juridiques du projet

La rémunération de l'entrepreneur est assurée par un prix, fixé dans le contrat, et directement versé par la personne publique en contrepartie immédiate de la prestation fournie.

Ainsi, les marchés publics de travaux imposent de verser immédiatement le coût d'investissement des ouvrages.

La personne publique ne peut donc pas étaler le paiement du coût de la construction tout au long de la durée de vie de l'ouvrage en phase d'exploitation de l'ouvrage.

Les marchés publics de travaux répondent donc à la règle du paiement après service fait, ce qui implique que le maître d'ouvrage public dispose des fonds nécessaires au règlement des travaux, payés à l'avancement. Pour le dire autrement, ce type de contrat ne permet aucunement le différé et le lissage des paiements.

CONSEIL

L'AMO juridique, dans son étude comparative, pourra alors insister sur le fait que :

- le marché public de travaux peut servir de support contractuel pour la réalisation d'une infrastructure ou un bâtiment ;
- les marchés publics imposent de verser immédiatement le coût d'investissement des équipements publics. La personne publique ne peut donc pas étaler le paiement du coût de la construction tout au long de la durée de vie de l'ouvrage. En effet, aux termes de l'article L. 2191-5 du Code de la commande publique : « Tout paiement différé est interdit dans les marchés passés par l'État, ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements. » ;
- chaque modification nécessitée par un changement de circonstances appellera la passation d'un autre ou de plusieurs autres contrats, nuisant à la flexibilité de la gestion du service. Les marchés publics sont en effet de courte durée, et leurs objectifs sont figés, directifs ;
- pour toutes les raisons tenant à la lourdeur administrative susceptible d'entacher la réalisation de certains projets en marchés publics – le triptyque Maître d'ouvrage – Maître d'œuvre – Entreprise, propre aux marchés publics, n'apporte pas toujours de solution satisfaisante, ce dernier ne constitue pas un mode de gestion susceptible de générer un haut degré de performance ;
- dans le cadre d'un marché public, la personne publique, maître d'ouvrage, est entièrement responsable de tous les risques liés à la réalisation du projet. Cet inconvénient est d'autant plus inquiétant pour la personne publique, que dans l'hypothèse où elle devrait passer plusieurs marchés (travaux ; fourniture ; maintenance), elle sera vraisemblablement face à une multiplicité d'intervenants pour la réalisation de ce projet global. Il faut s'attendre alors à une sorte de déresponsabilisation collective, fortement préjudiciable pour l'acheteur et en dernier ressort pour les usagers.

Par ailleurs, l'AMO devra, dans son étude comparative, exposer si le marché de travaux peut être un marché global, ou bien s'il doit être alloti.

2 Justification du recours aux marchés publics globaux

Le Code de la commande publique prévoit certaines hypothèses permettant à l'acheteur de s'exonérer de l'obligation de l'allotissement.

Trois catégories de marchés globaux sont visées à l'article L. 2171-1 du code : marchés publics de conception-réalisation, marchés publics de performance, et marchés globaux sectoriels.

Le marché public de conception-réalisation

La formule de « conception-réalisation » est maintenue à l'article L. 2171-2 du Code de la commande publique.

Contraintes juridiques du projet

TEXTE OFFICIEL

Article L. 2171-2 du Code de la commande publique

« Le marché de conception-réalisation est un marché de travaux permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

Les acheteurs soumis aux dispositions du livre IV ne peuvent conclure un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique ou la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un tel marché est confié à un groupement d'opérateurs économiques. Il peut toutefois être confié à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures.

Toutefois, les conditions mentionnées au précédent alinéa ne sont pas applicables aux marchés de conception-réalisation relatifs à la réalisation de logements locatifs aidés par l'État financés avec le concours des aides publiques mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du code de la construction et de l'habitation, lorsqu'ils sont conclus par les organismes d'habitations à loyer modéré mentionnés à l'article L. 411-2 du même code et les sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux. »

Ainsi, la passation d'un marché de conception-réalisation constitue une procédure dérogatoire qui ne peut être mise en œuvre que de manière très restrictive.

La personne publique qui souhaite donc mettre cette procédure en œuvre doit pouvoir en justifier de manière très précise (CE 8 juillet 2005, Communauté d'agglomération de Moulins, n° 268610 : le Conseil d'État a rappelé les conditions du recours à la procédure de conception-réalisation, celles-ci devant être impérativement remplies, sous peine de sanction).

Les motifs d'ordre techniques restent difficiles, pour un maître d'ouvrage, à justifier.

Ceci est d'autant plus vrai que la jurisprudence est rare en la matière et manque d'homogénéité. Les marchés de conception-réalisation, confiant à un même titulaire la réalisation des études et l'exécution des travaux, ne peuvent donc être utilisés que dans le cas où des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

C'est pourquoi, un acheteur public a tout intérêt à s'entourer d'AMO, y compris un AMO conducteur d'opération.

CONSEIL

L'AMO juridique devra donc exposer que deux conditions cumulatives doivent être satisfaites pour la réalisation d'un marché de conception réalisation :

- des motifs d'ordre technique doivent rendre nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces motifs doivent être liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage, dont les caractéristiques intrinsèques impliquent une exécution faisant nécessairement appel aux moyens, ainsi qu'aux compétences techniques des entreprises privées ou ;
- un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique.

Les dispositions antérieurement applicables aux marchés de conception-réalisation permettent d'éclairer la condition tenant aux motifs d'ordre technique, à savoir les opérations dont les caractéristiques intrinsèques (dimensions exceptionnelles, difficultés techniques particulières) appellent une exécution dépendant des moyens et de la technicité des opérateurs économiques.

En définitive, le recours aux marchés de conception-réalisation était réservé à des opérations très particulières (ouvrages à grand volume, ouvrages souterrains exceptionnels ou encore ouvrages dont la fonction est constituée par un processus d'exploitation qui conditionne sa conception et sa réalisation).

On sait en outre que la jurisprudence administrative faisait une application stricte de cette condition.

Contraintes juridiques du projet

EXEMPLE

A ainsi été reconnu légal le recours à la conception-réalisation pour la construction d'une usine d'incinération des déchets ménagers avec valorisation énergétique (TA Strasbourg, 10 novembre 1997, Société Krebs c/ SIVOM agglomération messine, n° 97-2122) : « Il ne résulte pas des dispositions du décret du 14 mars 1986 [sur l'application de l'article 1^{er} de la loi MOP] que si le recours à la procédure de l'article 304 du Code des marchés publics ne s'impose pas pour la dévolution des marchés relatifs aux ouvrages y mentionnés, le maître d'ouvrage ne pourrait en aucun cas y recourir pour la passation de ces marchés ; par suite, le SIVOM de l'agglomération messine pouvait, sans méconnaître les règles de la concurrence qui s'impose aux maîtres d'ouvrage, recourir à la procédure dudit article 304 pour la dévolution du marché de conception-réalisation de l'usine d'incinération avec valorisation énergétique des déchets ménagers et assimilés ».

On observera par ailleurs que la doctrine a indiqué que : « sans être explicite, le texte condamne pratiquement la conception-réalisation en matière de bâtiment : pour ce type d'ouvrage, il existera rarement des difficultés techniques particulières ou des ouvrages de dimensions exceptionnelles qui puissent justifier le recours à la conception-réalisation » (C. Grange, « La loi MOP », Les Éditions du Moniteur, 2017, p. 277).

Les motifs d'ordre technique avaient été précisés par une circulaire de l'Équipement n° 95-58 du 9 août 1995 (Circulaire n° 95-58 du 9 août 1995 (Aménagement du territoire ; NOR : EQUE9510111C) qui indique que les ouvrages concernés sont, notamment :

- les ouvrages à grand volume impliquant une procédure complexe ;
- les ouvrages souterrains exceptionnels ;
- les ouvrages dont la fonction essentielle est constituée par un processus d'exploitation qui conditionne sa conception et sa réalisation.

Il faut dès lors, pour les AMO juridique mais surtout technique, observer si le projet de construire un ouvrage entraîne des contraintes d'ordre technique suffisantes pour permettre l'application des dispositions de l'article 33 de l'ordonnance.

L'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique, chiffrable, pourra plus facilement être justifié. Cependant, il est recommandé d'écrire dans le marché global une situation « zéro » comme base de calcul reposant sur des conditions d'usage et de confort initialement établies. Une méthodologie de contrôle des performances doit être également prévue (par exemple *via* un rapport périodique d'état des lieux des résultats atteints). Et des clauses de pénalités doivent également être envisagées et appliquées en cas de sous-performance de la part de l'opérateur privé.

Le marché global de performance

Selon les dispositions de l'article L. 2171-3 du Code de la commande publique, le marché global de performance permet d'associer 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.

Le recours aux marchés publics globaux de performance n'est pas conditionné par des critères spécifiques.

En revanche, en vertu de la disposition précitée, ces marchés doivent comprendre des engagements de performance mesurables, pouvant notamment porter sur le niveau d'activité, la qualité du service, l'efficacité énergétique ou l'incidence écologique du projet.

Le marché public global de performance succède aux anciens marchés publics de réalisation-exploitation-maintenance (REM) et de conception-réalisation-exploitation-maintenance (CREM) prévus à l'article 73 du Code des marchés publics.

Contraintes juridiques du projet

À la différence du marché de partenariat, le financement ne figure pas dans le périmètre du marché public global de performance.

Les marchés publics globaux de performance présentent une différence importante vis-à-vis des anciens CREM.

Dans le cadre des nouveaux marchés globaux de performance, l'entrepreneur peut, de manière plus souple, être associé à la conception, y compris pour la réalisation de travaux qui relevaient anciennement de la loi MOP et dorénavant soumis aux dispositions du livre IV de la 2^e partie du Code de la commande publique, dès lors – uniquement – que des objectifs chiffrés de performance lui sont imposés.

L'AMO, désormais, n'est plus tenu de démontrer que cette association est rendue obligatoire compte tenu de motifs d'ordre technique – dont on sait qu'ils n'étaient que rarement retenus par le juge administratif – ou de la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants.

Dans le cadre juridique précédemment applicable, il est rappelé que le juge administratif ne reconnaissait quasiment aucun motif justifiant la dérogation à l'obligation de séparation de l'entrepreneur aux études de conception, qu'ils s'agissent de travaux d'extension et de restructuration d'un collège (CE 28 décembre 2001, Conseil régional de l'Ordre des architectes d'Auvergne, n° 221649), de la réalisation d'un atelier relai pour dirigeables (CE 8 juillet 2005, Communauté d'agglomération de Moulins, n° 268610), de la construction de la tribune d'une enceinte sportive sur un site difficile (CAA Nancy, 21 octobre 2004, Conseil régional de l'ordre des architectes de Lorraine, n° 00NC00373), de la réalisation d'un ouvrage administratif intégré dans d'anciens bâtiments pénitentiaires (CAA Marseille, 7 juillet 2008, Assistance publique des hôpitaux de Marseille, n° 06MA00792) ou encore d'une construction modulaire, d'une superficie de 3 300 m² répartis sur trois niveaux (TA Caen, 15 novembre 2012, n° 1200460).

À la différence du marché de partenariat, le marché public global de performance implique *a priori* de respecter le principe de remise en concurrence périodique.

Du reste, les marchés globaux de performance imposent de procéder à une séparation des prix respectifs des travaux et de l'exploitation ou de la maintenance (CCP, art. R. 2171-2). La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut donc contribuer au paiement des travaux.

Schématiquement, la personne publique paie dans un premier temps la réalisation (et le cas échéant la conception). Dans un second temps, elle verse la rémunération de l'exploitation et de la maintenance en fonction de l'atteinte de performances mesurées fixées pour toute sa durée d'exécution (l'interdiction du paiement différé obligeant à une étanchéité parfaite entre les deux phases).

Dans cette perspective, si la durée des marchés de partenariat peut dépendre de la durée d'amortissement des investissements, ce critère s'avère peu pertinent dans un marché global de performance (la durée de la phase d'entretien-maintenance n'étant pas liée à celle d'amortissement des investissements, supportés intégralement par le maître d'ouvrage).

La durée d'un marché global de performance ne peut être que liée à l'atteinte des objectifs de performance ; la phase d'entretien/maintenance n'est alors qu'un accompagnement de ce dernier et ne peut constituer une référence de durée.

Il est en revanche considéré que ces critères coïncident plus difficilement avec les engagements de performance exigés dans le cadre des marchés globaux de performance (ceux-ci

Contraintes juridiques du projet

étant notamment définis vis-à-vis de niveau d'activité, de qualité du service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique du projet).

Le rôle de l'AMO devra avant tout de déterminer le niveau de performance à atteindre : les pièces du marché (et notamment le cahier des charges) devra préciser l'engagement de performance à atteindre soit en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou encore d'incidence écologique. Et des clauses de pénalités doivent également être envisagées et appliquées en cas de sous-performance de la part de l'opérateur privé.

Le marché public global sectoriel

Les articles L. 2171-4 et suivants du Code de la commande publique signifient avant tout que des marchés globaux sont d'office envisageables dès lors qu'ils portent sur l'un des secteurs limitativement énumérés ci-dessous. Ils ne prévoient pas une réglementation particulière au sein des marchés globaux ; ils visent simplement le champ d'application de ces derniers.

Le rôle de l'AMO sera relativement restreint concernant la question du choix de recourir à ce type de marché : il se contentera de vérifier simplement l'application ou non de cet article.

TEXTE OFFICIEL

Article L. 2171-4 du Code de la commande publique

« L'État peut confier à un opérateur économique une mission globale portant sur :

1° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense, à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ou affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles ;

2° La conception, la construction et l'aménagement des infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur ;

3° La conception, la construction et l'aménagement des établissements pénitentiaires. Cette mission peut en outre porter sur l'exploitation ou la maintenance des établissements pénitentiaires, à l'exception des fonctions de direction, de greffe et de surveillance ;

4° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien, l'hôtellerie et la maintenance de centres de rétention ou de zones d'attente. Cette mission ne peut conduire à confier l'enregistrement et la surveillance des personnes retenues ou maintenues à d'autres personnes que des agents de l'État ».

Article L. 2171-5 du Code de la commande publique

« Les établissements publics de santé, les organismes mentionnés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale de droit public peuvent confier à un opérateur économique une mission globale portant sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien ou la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice de leurs missions. ».

Article L. 2171-6 du Code de la commande publique

« I.- La Société du Grand Paris peut confier à un opérateur économique une mission globale portant sur tout ou partie de la conception, de la construction et de l'aménagement des infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris au sens du II de l'article 7 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris ou des infrastructures de transport public dont la maîtrise d'ouvrage lui est confiée ainsi que sur la maintenance des éléments qui sont remis en gestion à Île-de-France Mobilités en application des articles 20 et 20-2 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 précitée.

II.- Sur décision de la Société du Grand Paris, et selon les modalités particulières prévues par les documents de la consultation, l'opérateur économique attributaire du contrat relatif à la mission globale mentionnée au I du présent article peut se voir transférer, avec l'accord du cocontractant concerné, les droits et obligations issus de tout ou partie des marchés passés par la Société du Grand Paris et pouvant concourir à l'exécution de sa mission. Le contrat portant sur la mission globale intègre alors les droits et obligations précités et la composition de l'opérateur économique attributaire est modifiée afin d'inclure le titulaire du marché dont les droits et obligations sont ainsi transférés. ».

Contraintes juridiques du projet

Article L. 2171-6-1 du Code de la commande publique

« Île-de-France Mobilités peut confier à un opérateur économique une mission globale portant sur la conception, la construction et l'aménagement des sites de maintenance et de remisage des modes de transport (bus, tramway, tram-train, métropolitain) dont elle assure l'organisation dans le cadre de ses missions. ».

Le marché global de performance énergétique avec tiers-financement (MGP-TF)

Ce marché global est un nouveau type de contrat introduit par la loi du 30 mars 2023, et complétée par le décret n° 2023-913 du 3 octobre 2023. Ce marché a été conçu pour encourager les entités publiques à réaliser des rénovations énergétiques en permettant le paiement différé basé sur les économies d'énergie réalisées.

Cette initiative vise à surmonter l'interdiction française traditionnelle des paiements différés dans les marchés publics, qui a souvent entravé la contractualisation des contrats de performance énergétique (CPE) en France.

Le MGP-TF est une hybridation entre le marché global de performance (MGP) et le contrat de performance énergétique.

Le paiement différé est censé offrir une nouvelle source de financement pour les projets de réhabilitation énergétique.

Pour justifier juridiquement le recours au MGP-TF, il doit être démontré que ce contrat est plus avantageux en termes de performance énergétique par rapport à d'autres options.

Le MGP-TF est ainsi particulièrement adapté aux projets où le risque de sous-performance est élevé, car il permet d'imposer des mesures correctives coûteuses grâce à un levier financier proportionné aux enjeux.

Bien que le MGP-TF reprenne la forme contractuelle du MGP, il se distingue par son régime juridique spécifique et son champ d'application unique.

Contrairement au marché global de performance, le MGP-TF doit obligatoirement viser l'amélioration de la performance énergétique. Ce contrat ne peut être utilisé que pour la rénovation de bâtiments existants, excluant ainsi les nouvelles constructions.

Le MGP-TF est par ailleurs restreint au secteur du bâtiment, contrairement aux CPE et MGP qui peuvent être appliqués à divers domaines, y compris les réseaux d'éclairage public.

Si le MGP-TF adopte la plupart des dispositions juridiques du MGP, il déroge aux articles L. 2191-2 à L. 2191-8 du Code de la commande publique pour permettre le paiement différé.

Le MGP-TF a été introduit à titre expérimental pour une durée de cinq ans. Une évaluation sera réalisée à la fin de cette période pour décider de sa pérennisation.

La mise en œuvre du MGP-TF s'inspire à la fois du MGP et des marchés de partenariat. Elle inclut des études préalables obligatoires :

- étude de soutenabilité budgétaire (ESB) : elle évalue l'impact financier du contrat sur les finances publiques et doit être soumise pour avis consultatif au ministère du budget ;
- évaluation du mode de réalisation du projet (EMRP) : elle démontre l'intérêt du recours au MGP-TF et est soumise à Fin Infra pour avis consultatif. Contrairement aux marchés de partenariat, cette étude n'exige pas une comparaison détaillée des différents modes de réalisation possibles.

Les résultats de ces études doivent être présentés aux organes délibérants des entités publiques concernées pour approbation avant et après la sélection du titulaire du marché.

Contraintes juridiques du projet

3 Justification du recours au contrat de concession de travaux ou de services

Selon les termes de l'article L. 1411-1 du CGCT, modifié par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 : « Les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics peuvent confier la gestion d'un service public dont elles ont la responsabilité à un ou plusieurs opérateurs économiques par une convention de délégation de service public définie à l'article L. 1121-3 du code de la commande publique préparée, passée et exécutée conformément à la troisième partie de ce code ».

TEXTE OFFICIEL

Article L. 1121-1 du Code de la commande publique

« Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés. ».

Article L. 1121-2 du Code de la commande publique

« Un contrat de concession de travaux a pour objet :

- 1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ;
- 2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante.

Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

Article L. 1121-3 du Code de la commande publique

« Un contrat de concession de services a pour objet la gestion d'un service. Il peut consister à concéder la gestion d'un service public.

Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

La délégation de service public mentionnée à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales est une concession de services ayant pour objet un service public et conclue par une collectivité territoriale, un établissement public local, un de leurs groupements, ou plusieurs de ces personnes morales. ».

L'objet d'une concession de travaux peut donc concerner soit la conception et/ou l'exécution de travaux, soit la conception et/ou la réalisation d'un ouvrage.

Quant à la concession de services, cette dernière concerne donc la gestion et/ou de l'exploitation d'un service, y compris un service public. Elle peut également inclure l'obligation pour le concessionnaire de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

La distinction entre concession de travaux et concession de service est clairement exprimée à l'article L. 1121-4 du Code de la commande publique : « un contrat de concession portant sur des travaux et des services est une concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux ».

Le critère de distinction entre les deux montages contractuels réside donc dans « l'objet principal ». Si l'objet principal du contrat est de réaliser des services avec des travaux accessoires, il s'agira d'une concession de services.

Contraintes juridiques du projet

La rémunération de la personne privée concessionnaire est assurée par les fruits de l'exploitation du service destinés à couvrir les coûts initiaux d'investissement et de financement, ainsi que les coûts d'exploitation du service.

La rémunération est considérée par le Conseil d'État comme un élément clé de la délégation de service public : elle doit être substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, ce qui signifie que le cocontractant privé tire l'essentiel de ses ressources de l'exploitation du service, généralement par la perception de redevances sur les usagers (CE 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, n° 168325, *Lebon*, p. 137).

Cette rémunération substantielle n'exclut pas qu'une partie de la rémunération du cocontractant de l'administration émane de fonds versés par la collectivité publique cocontractante, sans que le contrat puisse être requalifié en marché public. Il est ainsi possible pour l'autorité déléguée de prévoir un financement, par voie de subvention, d'un contrat de délégation de service public. Il s'agit de véritables subventions, c'est-à-dire de versements définitifs qui demeurent à la charge du budget de la collectivité. Ainsi, la circonstance que la collectivité alloue une subvention à son cocontractant ne suffit pas à emporter la qualification de marché, dès lors que celui-ci reste substantiellement assuré par les résultats de l'exploitation (TA Dijon, 14 novembre 2000, Préfet du département de la Nièvre c/Ville de Nevers, n° 001662/MN).

Les risques sont considérés par le Conseil d'État comme l'autre élément clé de la concession : une part au moins des risques doit être assumée par le gestionnaire, c'est-à-dire environ 25-30 % des recettes. Dans le cas contraire, le contrat sera considéré comme un marché public (CE 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, n° 168325, *Lebon*, p. 137).

La concession se reconnaît à ce qu'elle fait supporter au délégataire le risque financier de l'exploitation, quel que soit par ailleurs le mode de rémunération choisi (CE 19 novembre 2010, n° 320169 ; CE 24 mai 2017, Société Régat des Îles, n° 407213).

Le Code de la commande publique rappelle que la part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service (cf. *supra*, fig. 5.01-1.).

CONSEIL

Dans sa mission de présentation des différents montages juridiques envisageables, les AMO juridique et financier pourront donc préciser et vérifier :

- l'objet principal du projet de la personne publique : si c'est la réalisation de travaux, la concession de travaux pourrait être envisagée ;
- l'existence d'une activité de service ou de service public (pour la concession de services) ;
- la réalité d'une mission de conception et/ou l'exécution de travaux, ou la conception et/ou la réalisation d'un ouvrage (concession de travaux) ;
- la réelle exposition du titulaire de la concession de travaux publics aux aléas du marché et donc à un risque d'exploitation ;
- la présence d'une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, généralement par la perception de redevances sur les usagers. Le cocontractant doit effectivement assumer un véritable risque économique et financier dans l'exploitation du service, sous peine de requalification du contrat en marché public ;
- l'existence de contraintes de service public imposées au concessionnaire, assorties de contrôles et de sanctions.

Contraintes juridiques du projet

4 Justification du recours au marché de partenariat

Le marché de partenariat est un mode global de réalisation, d'entretien et de gestion d'un équipement public, institué par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, et repris par le Code de la commande publique.

TEXTE OFFICIEL

Article L. 1112-1 du Code de la commande publique

« Un marché de partenariat est un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet 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 et tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

Cette mission globale peut en outre comprendre :

- 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. ».

Le marché de partenariat se présente ainsi :

Un contrat global

Il doit comprendre au moins :

- 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 ;
- tout ou partie de leur financement ;
- et, le cas échéant :
 - tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels,
 - 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,
 - 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.

Un contrat de longue durée

Le marché de partenariat n'a de sens que sur une certaine durée, déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues. En effet, il ne peut y avoir de justification économique à recourir à un marché de partenariat que sur la durée :

- par la baisse du coût du service attendue de la conception, de la réalisation, de l'exploitation/maintenance par la même personne ;
- par un meilleur entretien des ouvrages qui allonge leur durée de vie et accroît leur valeur patrimoniale ;
- par la liberté laissée aux partenaires de choisir une durée tenant compte des caractéristiques du financement du projet.

Contraintes juridiques du projet

Un contrat aux modalités de rémunération originales

La rémunération du cocontractant par la personne publique présente quatre éléments caractéristiques :

- elle est étalée sur toute la durée du contrat (les marchés de partenariat autorisent une rémunération dans laquelle les investissements initiaux ne sont pas nécessairement réglés à « leur réception » mais peuvent donner lieu à des paiements tout au long de la phase d'exploitation).
- elle est liée à des objectifs de performance (l'objet premier du marché est l'amélioration du service rendu aux usagers, il est donc légitime que la rémunération tienne compte des résultats obtenus en la matière. Cette logique performantielle permet d'imposer au titulaire du marché de partenariat des objectifs de résultat, notamment en matière d'entretien et de maintenance, permettant de garantir la disponibilité de l'ouvrage objet du contrat ou encore, en termes de consommation d'énergie ou de développement durable. Le non-respect de ces objectifs conduit à une pénalisation financière du cocontractant, sous la forme d'une minoration de sa rémunération) ;
- la personne privée a également la faculté de concourir au financement des investissements ;
- le marché peut intégrer des recettes annexes. Le marché de partenariat permet la mise en place de financements innovants combinant plusieurs éléments : versement direct par la personne publique, revenus provenant de la valorisation du domaine public, recettes supplémentaires d'exploitation...

Un contrat permettant un financement privé

Pour rappel, le marché de partenariat permet un paiement différé versé par l'acheteur. Ainsi, le préfinancement du marché est porté par l'opérateur privé. Pour ce faire, le titulaire du marché dispose de plusieurs modes de financement.

Le financement direct ou « corporate »

Le titulaire finance directement le projet en utilisant ses fonds propres et en recourant, le cas échéant, à la dette bancaire. Le choix de ce financement est de plus en plus rare surtout pour les projets de grande ampleur. Ce mode de financement est adapté aux projets de petite taille dont l'objet principal correspond aux compétences d'une entreprise d'un secteur donné. À la réception des bâtiments, le titulaire est rémunéré sous forme de « loyers » par l'acheteur.

Contraintes juridiques du projet

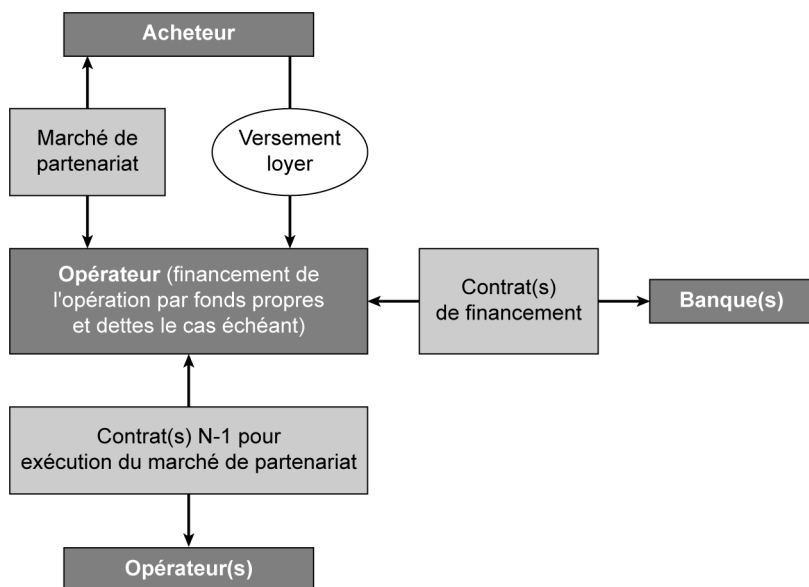


Fig. 5.01-2. Schéma : financement direct ou « corporate »

Le financement *via* une société dédiée de projet

Il est possible de créer une société dédiée au projet en cause qui sera titulaire du marché de partenariat (CCP, art. L. 2213-6 et s.). Dans ce sens, les sources de financement peuvent provenir de capitaux apportés en propre à la société dédiée mais également d'une dette contractée auprès d'établissement(s) bancaire(s).

Très souvent, ce montage comporte un apport en fonds propre réduit (10 à 40 %) et un endettement élevé (60 à 90 %). La banque étant la partie la plus à risque dans le projet, elle ne le financera qu'après l'avoir rigoureusement évalué. Elle mettra également en place des accords financiers et des garanties permettant de préserver sa créance.