



Lettre d'information N°48 - Avril 2017

Précisions réglementaires sur les PPP dans les collectivités territoriales

Questions parlementaires sur les PPP dans les Collectivités Territoriales

Lors d'une question au gouvernement courant la dernière session parlementaire, Madame Véronique LOUWAGIE, député de l'Orne (*lire en note 1*), a attiré dernièrement l'attention du ministre de l'intérieur sur les partenariats public-privé (PPP) dans les collectivités territoriales (CT) : communes, agglomérations, départements, régions ou leurs établissements publics).

Le rapport de la Cour des comptes intitulé « *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser* », publié le 11 Février 2015 (*lire en note 2*), recommandait aux CT d'intégrer dans leur débat d'orientation budgétaire le compte rendu annuel d'exécution des contrats de partenariat souscrits par elles, décrivant et expliquant les évolutions de leurs coûts réels par rapport aux documents contractuels signés.

Au regard de cette recommandation, Mme LOUWAGIE souhaitait connaître l'avis du Gouvernement.

En réponse, le ministre a indiqué que dans son rapport, la Cour des comptes a formulé plusieurs recommandations à destination des CT et de l'Etat. Elle propose notamment de « *modifier les normes comptables en vue de rendre obligatoire, lorsqu'une collectivité a confié à un tiers (SEM, EPCC, etc.) le portage ou l'exécution d'un contrat de partenariat qu'elle a préalablement conclu, de faire figurer hors bilan les engagements financiers qui en résultent pour elle* ».

En application de l'article L.1414-1 du Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT), seules les CT ou leurs établissements publics peuvent porter un contrat de partenariat. Les sociétés d'économie mixte locales, qui ne sont pas des établissements publics, ne peuvent donc pas signer ni porter de tels contrats.

Au demeurant la recommandation de la Cour qui ne vise que les CT et leurs établissements publics, participe de la transparence financière et va dans le sens de la réflexion et des travaux engagés pour la fiabilité et la certification des comptes des CT.

D'un autre côté, l'article L.1414-14 du CGCT impose qu'un rapport annuel, établi par le cocontractant privé, doit être présenté par l'exécutif de la CT, avec ses observations éventuelles, à son conseil ou son assemblée délibérante afin de permettre l'information de tous ses élus et le suivi de l'exécution du contrat.

L'article D. 1414-8 de ce même CGCT décrit le contenu de ce rapport qui doit permettre d'appréhender le coût réel de l'exécution par la comparaison entre l'année qu'il retrace et la précédente, assorti des données comptables, économiques et financières transmises par le titulaire du contrat – le cocontractant privé - dans les quatre mois suivant la période retracée.

Rappelons que la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles du 27 Janvier 2014 a introduit une disposition propre à intégrer les contrats publics-privés. Désormais, le débat d'orientation budgétaire des CT porte notamment sur l'évolution et les caractéristiques de leur endettement.



L'endettement implicite qui découle des partenariats publics-privés entre donc dans les champs d'application des dispositions codifiées aux articles L. 2312-1, L. 3312-1 et L.4312-1 du CGCT.

A l'été 2015, les constatations, analyses et recommandations formulées par la chambre régionale des comptes de Provence-Alpes-Côte d'Azur (CRC-PACA) à l'issue de son contrôle sur la construction du grand stade de Nice ont fait très largement écho aux observations figurant dans la synthèse de l'enquête nationale que les juridictions financières avaient diligentée sur les PPP.

On peut en reprendre les conclusions d'une manière plus générique pour dire qu'il en ressort que le recours au contrat de partenariat ne se justifie que s'il respecte un certain nombre de conditions, parmi lesquelles:

- un montant d'investissement significatif ;
- une soutenabilité budgétaire démontrée ;
- un motif avéré de complexité, d'urgence ou d'efficacité économique ;
- une évaluation préalable non biaisée ;
- un partage des risques réellement équilibré entre la collectivité et le titulaire du contrat ;
- une réelle mise en concurrence dans l'attribution du contrat ;
- une capacité de la collectivité à négocier et à assurer le suivi du contrat sur la durée.

Nouvelle donne en Avril 2016

L'ordonnance du 23 Juillet 2015, le décret N°2016-360 du 25 Mars 2016 relatif aux marchés publics (CMP2016) et le décret N°2016-361 du 25 Mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité ont pour objet d'unifier et de consolider les différentes formules de partenariat public-privé existantes au profit d'une forme unique :

le marché de partenariat.

Les multiples supports de partenariats publics-privés qui nuisaient à la lisibilité du droit disparaissent mais ne changent pas les précisions apportées ci-avant qui, bien qu'antérieures à l'ordonnance et aux décrets cités ci-dessous, restent valides.

L'objet et le champ d'application des marchés de partenariat (MdP) sont redéfinis à compter du 1^{er} Avril 2016.

Afin de mieux répondre aux besoins des acheteurs publics, il est depuis possible de moduler les missions confiées au partenaire privé, en rendant facultatives (et non plus obligatoires) les missions d'entretien, de maintenance, de gestion et d'exploitation.

De plus, la possibilité de conclure un marché de partenariat est recentrée sur l'Etat et les CT. En contrepartie, est offerte la possibilité pour un acheteur public de conclure un marché de partenariat pour les besoins d'un autre organisme.

En outre, l'encadrement du recours à ce type de marché est renforcé afin de sécuriser son utilisation. Elle n'est possible qu'à partir de 2 M€HT (somme minimale des loyers versés sur toute la durée du MdP) tant pour des biens immatériels (ex : système d'information) que pour des infrastructures lourdes (ex : ligne TGV).

Afin de pallier les risques de dérives budgétaires, l'évaluation préalable est rénovée et l'étude de soutenabilité budgétaire, qui existait auparavant pour l'Etat et les établissements publics, est généralisée aux CT.



Enfin, les possibilités de financement public sont élargies afin de limiter les risques budgétaires et financiers, et le suivi de l'exécution du marché par l'acheteur public est amélioré (ex : rapport annuel obligatoire).

Réforme des marchés publics : un an après son entrée en vigueur, des évolutions se préparent

Comme l'indique la Caisse des Dépôts sur son site « *au service des territoires* » (*lire en note 3*), Madame Aude LAMBOUTIN, adjointe au chef du bureau de la réglementation à la Direction des affaires juridiques de Bercy (DAJ - *lire en note 4*), présente lors de la dernière et 176^{ème} session d'études (29 et 30 mars 2017) de l'Association pour l'achat dans les services publics (APASP), y est venue apporter des précisions sur l'évolution de la réforme de 2016.

Comme indiqué ci-avant, le nouveau droit de la commande publique est entré en vigueur le 1^{er} Avril 2016, suite à la transposition des directives européennes de 2014. Les marchés publics et les concessions sont désormais chacun régis par une ordonnance et un décret. Toutefois, ce nouveau corpus juridique va déjà connaître quelques évolutions.

Des lois, postérieures à l'entrée en vigueur de la réforme de la commande publique, ont déjà modifié l'ordonnance "*marchés publics*". Toutefois, la DAJ a précisé que "*les grands équilibres de la réforme ont été maintenus*".

La loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (CAP) du 7 Juillet 2016 a en effet introduit un article 35 bis dans l'ordonnance Marchés publics. Cet article vise à imposer à l'acheteur d'identifier l'équipe de maîtrise d'œuvre dans le cadre de marchés publics globaux de performance. Il renvoie à un décret pour définir, par référence à l'article 7 de la loi du 12 Juillet 1985, dite loi "MOP", les éléments de mission confiés à l'équipe de maîtrise d'œuvre.

Il y a également eu une modification indirecte via l'insertion de l'article 5-1 dans la loi sur l'architecture du 3 Janvier 1977. En effet, cet article impose le recours au concours pour tous les acheteurs soumis à la loi MOP quand le marché de maîtrise d'œuvre porte sur la réalisation d'un ouvrage de bâtiment.

Un décret à paraître ce mois-ci pour harmoniser les textes

Ces lois ont modifié les dispositions législatives de l'ordonnance "*marchés publics*" et nécessitent des ajustements au niveau règlementaire.

Pour le compte de Bercy, la DAJ a donc rédigé un projet de décret en vue de mettre en conformité le décret "*marchés publics*". Ce projet portant diverses dispositions en matière de commande publique a fait l'objet d'une concertation publique à l'automne 2016, permettant de recueillir 45 contributions.

La représentante de Bercy a annoncé que ce texte avait été examiné dernièrement par le Conseil d'Etat et se trouvait actuellement dans le circuit de signature. Il devrait paraître courant le présent mois d'Avril 2017.

Loi Sapin 2

La loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite "*Sapin 2*", du 9 Décembre 2016 a elle aussi impacté le nouveau droit de la commande publique.



Lors de cette session de l'APASP, la représentante de la DAJ est revenue sur les principales modifications insufflées par cette loi. Elle a notamment cité la suppression de l'évaluation du mode de réalisation du projet pour les marchés publics classiques. Ce formalisme a été considéré par le Parlement comme lourd et inutile, un tel procédé relevant d'une question de bonnes pratiques évidentes.

La loi Sapin 2 a également renforcé le principe d'allotissement en abrogeant la possibilité de présenter des offres variables. A ce titre, la DAJ a précisé que l'obligation d'allotissement n'était qu'une simple option de transposition. Si la France a décidé de donner un plein effet au principe d'allotissement, dix Etats membres de l'Union ne l'ont pas transposé, car ce principe va à l'encontre de la massification et de la délégation permettant des économies substantielles en matière de commande publique.

Wait and see

Attendons de lire ce nouveau décret au Journal Officiel pour nous faire une idée de son, éventuel, impact sur les marchés de partenariat et surtout de connaître les intentions du nouveau gouvernement et de la nouvelle Assemblée Nationale sur l'usage de ce mode de commande publique dans la politique de relance avancée par plusieurs candidats à la présidence de la République.

De son côté, le Sénat n'y reviendra pas sans doute pas avant l'automne prochain. Il a programmé les prochaines questions d'actualité au gouvernement en... Novembre.

Si cette note d'information succincte éveille des attentes ou des questions au sein de votre entreprise ou de votre organisation, DCR Consultants se tient à votre disposition pour accompagner votre réflexion vers ce que le marché attend et ce qui pourrait vous être profitable.

Cordiales salutations.

Denis CHAMBRIER
Gérant & Consultant Senior
denis.chambrier@dcr-consultants.fr
Mob : 06.7777.1883

Note N°1 : <http://www.veroniquelouwagie.fr/>

Note N°2 : <https://www.ccomptes.fr/content/download/79160/1980604/version/1/file/125-RPA2015-partenariats-public-privé.pdf>

Note N°3 : <http://www.caissedesdepotsdesterritoires.fr/cs/ContentServer?pagename=Territoires/Page/Accueil>

Note N°4 : <http://www.economie.gouv.fr/daj>

© DCR Consultants – Avril 2017