

Etude ■

Sur & Mauvenu
Associés

Service
Public
2000

Solutions juridiques et financières pour le
développement des projets de transports locaux :
Quelle place pour les PPP ?

maPPP
Mission d'appui
à la réalisation
des contrats
de partenariat

 **GART**

Étude

**Solutions juridiques et financières
pour le développement des projets
de transports locaux :
Quelle place pour les PPP ?**

Octobre 2007

AVANT-PROPOS

Qu'entend-on véritablement lorsque l'on parle de "PPP" ? A quoi correspondent les différentes formes de PPP ? Quelle place accorder aujourd'hui au contrat de partenariat instauré par le législateur en 2004 ? Et quelle place lui accorder précisément dans le secteur des transports publics locaux ? Est-ce l'outil adapté ? A quel prix ? Sous quelles conditions ?

Autant de questions que se posent aujourd'hui nombre d'élus locaux, à l'heure où le contrat de partenariat est encore peu utilisé par les collectivités territoriales ou leurs groupements, et encore moins par les autorités organisatrices de transport*. Bien qu'instauré en 2004, le montage reste encore assez nouveau (nouveau car peu pratiqué, et peu pratiqué parce qu'encore assez nouveau) et, surtout, il se révèle complexe à mettre en œuvre, obligeant ainsi les personnes publiques à une anticipation globale de leur projet.

En marge de cette complexité, le contrat de partenariat pose de nombreuses questions juridiques, non résolues à ce jour. Parmi elles, la question de savoir si l'exploitation du service public auquel l'infrastructure ou l'équipement se trouve affecté peut ou non être intégré au périmètre du contrat et, si oui, à quelles conditions, s'avère fondamentale pour les transports publics de voyageurs. En outre, les contours mal définis de la notion d'urgence ou de complexité, l'une ou l'autre devant être démontrée pour pouvoir recourir audit contrat, peuvent freiner certains élus, légitimement en quête d'une sécurité juridique optimale pour mener à bien leurs projets.

Néanmoins, et si l'on en croit certaines réalisations réussies, la pratique montre que la complexité et les interrogations juridiques attachées au contrat de partenariat peuvent être surmontées. Aussi serait-il dommage que les collectivités se privent d'un outil qui peut se révéler adapté à certains projets de transport, comme la réalisation d'un TCSP par exemple. D'autant plus que si le contrat de partenariat ne peut ni ne doit être l'unique réponse à la crise des financements publics, il s'avère être, là où il a déjà été utilisé, un moyen pour la collectivité de pouvoir mettre à disposition du public une infrastructure nouvelle ou un équipement nouveau dans des délais relativement courts.

Aussi je souhaite que cette étude, qui offrira au lecteur une présentation et une analyse détaillées de chacun des montages qui s'ouvrent aux autorités organisatrices de transport, puisse éclairer et élargir les choix de ces dernières en replaçant le contrat de partenariat parmi la palette d'outils disponibles pour pouvoir mener à bien des politiques volontaristes en matière de mobilité durable.

Restant à votre écoute, je vous souhaite une agréable lecture.

Michel DESTOT
Président du GART

* - A l'heure où paraît cette étude, seules deux autorités organisatrices ont mené une évaluation préalable, étape nécessaire pour pouvoir recourir au contrat de partenariat, et ont délibéré en faveur de cet outil pour mener leurs projets de création ou d'extension d'infrastructure de TCSP : la Région de la Réunion et le SITRAM, Syndicat intercommunal des transports de l'agglomération mulhousienne.

REMERCIEMENTS

Cet ouvrage a été réalisé pour le GART par

Maître Marie-Thérèse SUR-LE-LIBOUX
Avocat
Cabinet Sur Mauvenu et Associés

Clément FOURCHY
Directeur du Pôle Infrastructures et Mobilités
Service Public 2000

Sous la direction de

Catherine DELAVAUD
Responsable du pôle juridique
du GART

Isabelle ROVIRA
Responsable du pôle économique
du GART

Avec le soutien de la MAPPP



SOMMAIRE

Principales abréviations	P 8
--------------------------------	-----

INTRODUCTION

Identification et analyse des particularités du secteur des transports publics

1. Typologie des projets	P 10
2. Diversité des Autorités Organisatrices (AO)	P 10
3. Étendue des compétences des AO	P 10
4. Problématique juridique	P 15
4.1. Qualification juridique	P 15
4.2. Droit communautaire	P 16
4.3. Cadre législatif et réglementaire national	P 16
4.4. Principes généraux du droit	P 17
5. Problématique économique	P 17
6. Liberté de choix des AO	P 18
7. Plan de l'étude	P 19

PREMIÈRE PARTIE

Montages MOP

Introduction	P 22
Définition de la maîtrise d'ouvrage publique (MOP) [Loi n° 85-703 du 12 juillet 1985]	P 22

TITRE I - ASPECTS JURIDIQUES

Chapitre I - Marchés de réalisation	P 23
---	------

I - <u>Définition générale</u>	P 23
II - <u>Définitions particulières</u>	P 23
II.1. Marchés de travaux	P 23
II.2. Marchés de fournitures	P 23
II.3. Marchés de services	P 24
II.4. Pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices	P 24
III - <u>Catégories internes</u>	P 25
IV - <u>Allotissement ou marché global ?</u>	P 26
V - <u>Règles de passation</u>	P 28
V.1. Principes généraux	P 28
V.2. Publicité européenne et/ou nationale	P 29
V.3. Liberté de choix des procédures formalisées	P 29
V.3.1. Procédure négociée	P 29
V.3.2. Appel d'offres ouvert ou restreint	P 30
V.3.3. Concours	P 30
V.3.4. Système d'acquisition dynamique	P 30
V.4. Procédures négociées sans mise en concurrence préalable	P 30
V.4.1. Marchés complémentaires	P 30
V.4.2. Marchés de travaux similaires	P 31

Chapitre II - Marché d'exploitation et Régie	P 31
I - <u>Marché d'exploitation</u>	P 31
I.1. Définition	P 31
I.2. Caractéristiques générales	P 32
I.3. Régime juridico-financier et fiscal	P 32
II - <u>Régie des transports</u>	P 33
II.1. Régie à autonomie financière	P 33
II.2. Établissement public à caractère industriel et commercial	P 33
II.2.1. Statuts	P 33
II.2.2. Cahier des charges	P 34

TITRE II - ASPECTS ECONOMIQUES

Chapitre I - Financement budgétaire	P 37
I - <u>Financement interne</u>	P 37
I.1. Subventions d'équipement	P 37
I.2. Versement transport	P 38
I.2.1. Autorités Organisatrices de Transport bénéficiaires	P 38
I.2.2. Fixation des taux	P 38
I.3. Participation du budget général	P 39
II - <u>Financements externes</u>	P 39
II.1. Emprunts classiques	P 39
II.1.1. Cadrage juridique	P 39
II.1.2. Crédit bancaire : un instrument très utilisé par les collectivités locales	P 40
II.2. Emprunts obligatoires (financement désintermédié)	P 42
II.3. Crédit-bail	P 43
II.4. Rôle de la Banque Européenne d'Investissement (B.E.I.)	P 44

Chapitre II - Aspects organisationnels	P 46
I - <u>Organisation interne</u>	P 46
I.1. Organisation des élus	P 46
I.2. Mission TCSP	P 47
II - <u>Assistance externe</u>	P 47
II.1. Mandat de maîtrise d'ouvrage	P 47
II.2. AMO - Conduite d'opération	P 48
II.3. Maîtrise d'oeuvre	P 48
II.4. Ordonnancement - Pilotage - Coordination	P 49
III - <u>Contrats spécifiques</u>	P 49
III.1. Contrats d'assurances	P 49
III.2. Mission SPS	P 49
III.3. Contrôles techniques - Experts	P 49

DEUXIÈME PARTIE

Montages PPP

Introduction	P 52
---------------------------	------

TITRE I - ASPECTS JURIDIQUES

Introduction	P 53
---------------------------	------

I - <u>Terminologie et variété des contrats</u>	P 53
II - <u>Règles générales applicables aux contrats administratifs</u>	P 53
II.1. Cession du contrat	P 53
II.2. Modification unilatérale par la personne publique	P 54
II.3. Pouvoir de contrôle et de sanction	P 55
II.4. Résiliation pour motif d'intérêt général	P 57

Chapitre I - Délégations de service public	P 58
---	------

Introduction	P 58
---------------------------	------

I - <u>Concessions de travaux et de service publics</u>	P 58
I.1. Définition et champ d'application des concessions de travaux et de service public	P 58
I.2. Principales caractéristiques des concessions	P 61
I.2.1. Maîtrise d'ouvrage privée	P 61
I.2.2. Régime des biens et durée du contrat	P 61
I.2.3. Régime juridico-financier et fiscal des concessions	P 63
II - <u>Contrats d'exploitation</u>	P 64
II.1. Affermage	P 64
II.1.1. Exploitation du service public	P 64
II.1.2. Régime juridico-financier et fiscal	P 65
II.2. Régie intéressée	P 66
II.2.1. Un contrat hybride	P 66
II.2.2. Modalités de rémunération et régime fiscal	P 66
III - <u>Règles de passation des DSP</u>	P 67
III.1. Principales étapes	P 67
III.2. Questions de procédure	P 68
IV - <u>Contrats spécifiques</u>	P 69
IV.1. Contrats STIF	P 69
IV.2. Contrats Régions/SNCF	P 70

Chapitre II - Contrats d'occupation du domaine public	P 71
--	------

I - Impossibilité de conclure un <u>BEA sur le domaine public routier</u>	P 71
II - <u>AOT constitutives de droits réels</u>	P 71

Chapitre III - Contrats de partenariat	P 73
---	------

Introduction	P 73
---------------------------	------

I - Définition	P 74
I.1. Objet	P 75
I.2. Rémunération	P 76
II - Caractéristiques générales	P 76
II.1. Maîtrise d'ouvrage et régime des biens	P 76
II.2. Contenu minimum légal du contrat de partenariat	P 77
A) Durée	P 77
B) Partage des risques	P 77
C) Objectifs de performance	P 78
D) Rémunération du titulaire	P 79
E) Respect de l'affectation des ouvrages et des exigences du service public	P 80
F) Modalités de contrôle, sanctions et pénalités applicables	P 80
G) Conditions de modification du contrat	P 81
H) Cession totale ou partielle du contrat	P 81
I) Continuité du service en cas de défaillance ou de fin anticipée	P 81
J) Conséquences de la fin du contrat, notamment sur la propriété des ouvrages et équipements	P 81
K) Prévention, règlement des litiges et arbitrage	P 82
II.3. Régime juridico-financier et fiscal	P 82
III - Contrat global ou exploitation dissociée	P 83
III.1. Contrat global réalisation-exploitation	P 83
III.2. Exploitation dissociée	P 84
IV - Règles de passation	P 85
IV.1. Principes applicables	P 85
IV.2. Évaluation préalable	P 85
IV.3. Principales étapes	P 87
IV.4. Questions de procédure	P 88
IV.5. Initiative privée	P 90

TITRE II - ASPECTS ÉCONOMIQUES

Introduction	P 91
---------------------------	------

Chapitre I - Financement "corporate"	P 91
---	------

Chapitre II - Financement de projet	P 92
--	------

I - Principes	P 92
II - Montage structurel	P 92

II.1. Les principaux acteurs	P 93
II.2. Intérêts et contraintes du recours au financement de projet	P 94
II.3. Mise en œuvre	P 94
II.3.1. Analyse économique du projet	P 94
II.3.2. Analyse des risques du projet	P 95
II.3.3. Structuration du financement	P 95
II.3.4. Contractualisation	P 96
III - <u>Sources de financement</u>	P 97
III.1. Les fonds propres	P 97
III.2. Les quasi-fonds propres ou dette subordonnée	P 97
III.3. Recours à la dette senior	P 98
IV - <u>Sûretés</u>	P 99
V - <u>Focus sur le mécanisme de la cession de créances</u>	P 100
V.1 - Principes	P 100
V.2 - Forme juridique prise par la cession de créances	P 101
VI - <u>Concession versus contrat de partenariat</u>	P 101
VII - <u>Rôle de l'autorité organisatrice en financement privé</u>	P 102

Chapitre III - Aspects organisationnels

I - <u>Organisation interne</u>	P 102
I.1. Organisation des élus	P 102
I.2. Mission TCSP	P 103
II - <u>Assistance externe</u>	P 103
II.1. Contrat(s) de maîtrise d'œuvre	P 103
II.2. Assistance AO	P 103
III - <u>Contrats spécifiques</u>	P 104

CONCLUSION : Quelle place pour les PPP ?

I - <u>Montages MOP</u>	P 106
I.1. Avantages	P 106
I.2. Inconvénients	P 106
II - <u>Montages PPP</u>	P 107
II.1. Avantages	P 107
II.2. Inconvénients	P 107
III - <u>Montages combinés</u>	P 108
III.1. Marchés de réalisation et DSP	P 108
III.2. Double concession	P 108
III.3. AOT constitutive de droits réels et exploitation séparée	P 109
III.4. Contrat de partenariat et exploitation dissociée	P 109

Bibliographie

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AMO	Assistant à maître d'ouvrage
AO	Autorité organisatrice de transport
AOT	Autorisation d'occupation temporaire (du domaine public)
BEA	Bail emphytéotique administratif
BHNS	Bus à haut niveau de service
CAO	Commission d'appel d'offres
CCSPL	Commission consultative des services publics locaux
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code Général des impôts
GCPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
CMP	Code des marchés publics
CP	Contrat de partenariat
CTP	Comité technique paritaire
DSP	Délégation de service public
EOQA	Experts et organismes qualifiés agréés
EPCI	Etablissement public de coopération intercommunale
EPIC	Etablissement public à caractère industriel et commercial
FCTVA	Fonds de compensation de la TVA
FMDS	Fiabilité, maintenabilité, disponibilité, sécurité
GMAO	Gestion de la maintenance assistée par ordinateur
GTC	Gestion technique centralisée
LOTI	Loi d'organisation des transports intérieurs (loi n° 82-1332 du 30 décembre 1982)
MOP	Maîtrise d'ouvrage publique
PCC	Poste de commande centralisée
PPP	Partenariat public privé
PRM	Personne responsable du marché (expression supprimée par le nouveau Code des marchés publics)
PTU	Périmètre des transports urbains
RATP	Régie Autonome des Transports Parisiens
RFF	Réseau Ferré de France
SAE	Système d'assistance à l'exploitation
SAEIV	Système d'assistance à l'exploitation et d'information des voyageurs
SEML	Société d'économie mixte locale
SFE	Subvention forfaitaire d'exploitation
SMTC	Syndicat mixte des transports en commun
SNCF	Société Nationale des Chemins de Fer
SPIC	Service public à caractère industriel et commercial
STIF	Syndicat des Transports d'Ile-de-France
TCSP	Transport en commun en site propre
TER	Transport express régional

INTRODUCTION



IDENTIFICATION ET ANALYSE DES PARTICULARITÉS DU SECTEUR DES TRANSPORTS PUBLICS



1. Typologie des projets

Tout au long de cette étude, ont été considérés sous le vocable de projets de transports locaux, les types de transports en commun en site propre suivants :

PROJET	AUTORITE ORGANISATRICE
Bus à Haut Niveau de Service (BHNS) Tramway Métro	Communauté urbaine, Communauté d'agglomération Syndicat Mixte : Département (Conseil Général)/ Communauté urbaine ou d'agglomération
Tram-Train	Communauté urbaine, Communauté d'agglomération Syndicat Mixte : Département (Conseil Général)/ Région (Conseil Régional)/Communauté urbaine ou d'agglomération
TER	Région (Conseil Régional)

2. Diversité des Autorités Organisatrices (AO)

Il convient de noter dès à présent la variété des autorités organisatrices concernées :

- Collectivités territoriales (commune, département, région),
- EPCI et assimilés (communauté urbaine, communauté d'agglomération, communauté de communes, syndicat de communes, syndicat mixte associant des EPCI et / ou des communes¹, ou associant un département et un ou des EPCI et / ou des communes)².

3. Etendue des compétences des AO

On peut distinguer deux catégories d'AO :

- les AO à compétence unique, celle des transports urbains (ex. un syndicat mixte département/EPCI ayant la compétence des transports urbains dans une agglomération) ou "AO dédiée"³ ;
- les AO à compétence multiple (ex. communauté urbaine, communauté d'agglomération).

Quelle que soit la catégorie d'AO, mais avec des variantes selon le statut juridique de cette dernière, se pose la question de l'étendue de la compétence transports, s'agissant notamment de la réalisation d'un transport en commun en site propre (TCSP). En effet, un projet de TCSP de surface a une nature complexe. C'est à la fois un projet de système de transport et un projet urbain, dans la mesure où il implique des travaux de voirie et d'aménagement urbain le long du tracé de la ligne.

La réalisation d'un TCSP de surface, et en particulier d'un tramway, soulève deux questions de nature différente :

- les compétences matérielles d'une AO ;
- la coordination de ces compétences avec les autorités ayant la maîtrise du foncier (voirie et autres dépendances du domaine public) traversé par une ligne de tramway.

De manière générale, la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 (LOTI), à l'article 5, énonce les missions du service public des transports relevant des autorités organisatrices :

1 - Syndicats mixtes dits "fermés".

2 - Syndicats mixtes dits "ouverts".

3 - Les syndicats mixtes "loi SRU", autre structure "dédiée", eux, sont des regroupements d'AO.

- a) La réalisation et la gestion d'infrastructures et d'équipements affectés au transport et leur mise à la disposition des usagers dans des conditions normales d'entretien, de fonctionnement et de sécurité ;*
- b) La réglementation des activités de transport et le contrôle de son application ainsi que l'organisation des transports pour la défense ;*
- c) Le développement de la recherche, des études et des statistiques de nature à faciliter la réalisation des objectifs assignés au système de transports ;*
- d) L'organisation du transport public”.*

La première compétence d'une AO concerne la réalisation et la gestion des infrastructures et des équipements affectés au transport. La première étape, la réalisation d'un TCSP de surface, en particulier s'il s'agit d'une ligne de tramway, implique un ensemble et un déroulement des travaux, non seulement nécessaires mais indispensables. On peut citer à cet égard, sans que cette énumération soit exhaustive les composantes suivantes :

- une plateforme, des rails et des appareils de voie,
- une signalisation et un système de priorité aux feux tricolores,
- un éclairage public,
- une ligne aérienne de contact (LAC),
- des sous-stations d'énergie électrique,
- des réseaux (eau, électricité, évacuation des eaux pluviales ou résiduaires),
- des pôles d'échanges intermodaux,
- des quais, des stations-voyageurs,
- du matériel roulant (rames de tramway)
- un atelier-dépôt, centre de maintenance,
- des parcs-relais,
- un poste de commande centralisé (PCC).

Pour implanter tous ces ouvrages et équipements, nécessaires à la réalisation et au fonctionnement du tramway, il faut :

- déplacer les réseaux existants, y compris les eaux pluviales, les réseaux ne pouvant rester sous la plateforme ni à proximité des rails (arrêté du 17 mai 2001, fixant les conditions techniques auxquelles doivent satisfaire les distributions d'énergie électrique) ;
- démolir les chaussées, les trottoirs, les mobiliers urbains, la signalisation, l'éclairage public...
- fermer les carrefours sur le tracé, en raison de la nécessité de les modifier pour permettre la circulation du tramway dans des conditions de sécurité avec les autres circulations, et notamment la circulation automobile ;
- couper ou arracher, le cas échéant, certains arbres pour permettre l'implantation de la ligne du tramway...

Ces dommages causés aux espaces publics, et l'implantation de nouveaux ouvrages et équipements doivent être réparés par le maître d'ouvrage du système de transport, pour que celui-ci puisse être réalisé et fonctionner normalement. Et ce, en raison des obligations légales et réglementaires :

- ➔ de restituer les fonctionnalités et la sécurité des espaces publics traversés (étude d'impact du dossier d'enquête publique préalable à la déclaration d'utilité publique, décret n° 2003-425 du 9 mai 2003, relatif à la sécurité des transports publics guidés et arrêté du 23 mai 2003) ;
- ➔ de respecter les textes actuels relatifs à l'aménagement des espaces publics, en ce qui concerne notamment la coexistence de différents modes de circulation (plan des déplacements urbains (P.D.U.), les itinéraires cyclables (article L 228-2 du Code de l'environnement), l'accessibilité (loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées) ;

- ➔ de se conformer aux prescriptions de certaines administrations, en ce qui concerne le respect du patrimoine et l'acceptabilité sociale du projet (avis de la Commission des sites, de l'Architecte des Bâtiments de France, de la Direction régionale des affaires culturelles, de la Direction régionale de l'environnement dans de nombreux cas) ;

- ➔ satisfaire aux obligations de l'archéologie préventive (loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 modifiée et décrets d'application).

L'insertion urbaine d'une ligne de tramway est une question de sécurité, un élément indispensable pour obtenir l'autorisation de mise en circulation. Mais l'insertion urbaine a aussi une dimension esthétique dans toutes les villes ou agglomérations se dotant d'un tramway, à la fois au regard des règles d'urbanisme et de la législation relative aux monuments historiques ou de celle concernant les sites protégés.

Les travaux de réalisation d'un tramway comportent donc les travaux d'implantation des ouvrages et équipements du TCSP proprement dits et les travaux dits d'accompagnement et d'insertion urbaine et environnementale.

Tous ces travaux forment un tout cohérent, indispensable à la construction propre du tramway, en vue de son fonctionnement ultérieur.

Le fonctionnement ultérieur du tramway ne pourra intervenir qu'avec l'obtention, entre autres, de deux autorisations administratives fondamentales :

- la déclaration d'utilité publique,
- l'autorisation de mise en circulation,

ce qui a une incidence directe sur les travaux d'implantation du tramway à la charge du maître d'ouvrage.

La déclaration d'utilité publique est précédée d'une enquête publique, en vue de laquelle un dossier sur le projet de tramway doit être constitué. Le dossier comporte, en particulier, une étude d'impact, qui comprend :

“ 2 - Une analyse des effets directs et indirects, temporaires et permanents du projet sur l'environnement, et en particulier sur la faune et la flore, les sites et les paysages, le sol, l'eau, l'air, le climat, les milieux naturels et les équilibres biologiques, sur la protection des biens et du patrimoine culturel et, le cas échéant, sur la commodité du voisinage (bruits, vibrations, odeurs, émissions lumineuses), ou sur l'hygiène, la santé, la sécurité et la salubrité publique “;

“3 -”;

“4 - Les mesures envisagées par le maître de l'ouvrage ou le pétitionnaire pour supprimer, réduire et, si possible, compenser les conséquences dommageables du projet sur l'environnement et la santé ainsi que l'estimation des dépenses correspondantes”.

[Art. R 122-3 du Code de l'Environnement]

Les travaux d'insertion urbaine ou environnementale sont donc indispensables, d'autant plus qu'un tramway fonctionne largement en partage de la voirie publique et doit coexister avec d'autres modes de circulation.

L'insertion urbaine ou environnementale est aussi un élément important du dossier définitif de sécurité, sur la base duquel le Préfet délivre l'autorisation de mise en circulation (décret n° 2003-425 du 9 mai 2003, relatif à la sécurité des transports publics guidés, arrêté du 23 mai 2003, relatif aux dossiers de sécurité des systèmes de transport publics guidés urbains, arrêté du 23 mai 2003, relatif à la procédure d'agrément des experts et organismes qualifiés (E.O.Q.A), pour évaluer la sécurité des systèmes de transports publics guidés).

Ainsi, en phase de réalisation d'un tramway, les opérations permettant son implantation fonctionnelle et sécuritaire dans son environnement urbain rendent nécessaire la réalisation de travaux qui occupent, de manière générale, toute la largeur d'une rue, d'où leur qualification courante de travaux de "façade à façade". Par exemple, les poteaux de la LAC sont implantés sur les trottoirs, avec l'obligation de respecter des prescriptions de sécurité et d'insertion urbaine, contrôlées lors de l'instruction de la demande d'autorisation de mise en circulation.

C'est là qu'intervient la question du territoire traversé par un TCSP. Cette question se pose aussi d'ailleurs pour une ligne de métro, TCSP largement souterrain, pouvant être aérien, et ayant des entrées de station émergeant sur la voirie.

Il ne s'agit pas d'un problème de compétence de l'autorité organisatrice des transports urbains, mais de maîtrise foncière du territoire dans lequel soit s'implanter le système de transport. La maîtrise foncière n'appartient pas, de manière générale, et sauf quelques exceptions, à l'autorité organisatrice des transports (par exemple, communauté urbaine pour la voirie).

S'agissant des propriétés privées, la procédure est celle de la déclaration d'utilité publique, avec acquisition à l'amiable ou par expropriation, ou encore, pour l'accrochage de la LAC (ligne aérienne de contact) d'un tramway sur certaines façades, la procédure est celle de l'instruction d'une servitude spécifique prévue par les articles L 171-9 à L. 171-11 du Code de la voirie routière.

S'agissant des espaces publics, ou dépendances de divers domaines publics, la procédure est évidemment autre que l'expropriation pour cause d'utilité publique ou les servitudes, illégales sur le domaine public.

Le domaine public le plus fréquemment utilisé par une ligne de tramway est la voirie communale (voirie des communes traversées). Mais ce peut être également la voirie nationale ou départementale, le domaine public hospitalier, le domaine public universitaire, celui d'un lycée ou d'un collège (c'est le cas, par exemple, pour le tramway de l'agglomération caennaise). Le cas, peut-être le plus spectaculaire, est celui de la nouvelle compétence relative au transport public fluvial régulier de personnes confiée au Syndicat des Transports d'Ile-de-France (STIF) par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales, alors même que le lieu d'implantation d'éventuelles navettes fluviales est la Seine qui, elle, relève non pas du STIF mais du Port autonome de Paris (pour le bief de Paris). Il semble logique que le STIF, autorité organisatrice du transport fluvial, n'ait pas à se voir transférer la compétence de gestion de la Seine et du domaine public relevant du Port autonome de Paris pour pouvoir implanter les ouvrages et équipements nécessaires à la réalisation et au fonctionnement d'un système de transport fluvial de personnes sur la Seine dans le bief de Paris.

Dans tous les cas, sauf rares exceptions, l'autorité organisatrice des transports urbains, n'ayant pas compétence sur le domaine public, elle doit donc, ou son concessionnaire, être autorisée à effectuer, dans les espaces publics concernés, les travaux nécessaires à la réalisation et au fonctionnement du système de transport par la personne publique qui détient la maîtrise du foncier. C'est précisément l'objet des conventions d'occupation du domaine public et de superposition d'affectations (art L 2123-7 du Code général de la propriété des personnes publiques).

Ces conventions ont dû être établies dans tous les dossiers constitués pour obtenir la déclaration d'utilité publique des projets de tramway, incluant nécessairement "la reconfiguration du domaine public" traversé [CE 22 juin 2005, Association Clermont-Ferrand, req n° 264294]. Les opérations dites d'accompagnement et d'insertion urbaine, faisant intégralement partie des travaux nécessaires à la réalisation du système de transport, sont effectuées par l'autorité organisatrice des transports, ou son concessionnaire, sur la base des ces conventions. Ces conventions doivent prévoir les deux phases, de réalisation puis d'exploitation, du TCSP. A l'achèvement des travaux du TCSP, il est procédé à une délimitation des ouvrages affectés au transport, et les ouvrages hors emprise sont remis aux collectivités propriétaires ou gestionnaires des dépendances du domaine public concerné. Toutefois, pendant la phase de réalisation, il est acquis que la convention autorise une occupation plus large, dite "de façade à façade".

En outre, doivent être respectés les pouvoirs des autorités compétentes au titre de la coordination des travaux affectant le sol et le sous-sol des voies communales ou des voies intercommunales ou d'intérêt communautaire (art. L. 141-11 et L. 141-72, et R. 141-13 à R. 141-22 du Code de la voirie routière). Selon ces dispositions, des "intervenants", personnes autorisées à exécuter des travaux sur ou sous la voirie communale, souvent en tant qu'occupants du domaine public, n'ont nullement besoin d'avoir la compétence voirie pour exécuter ces travaux. La condition nécessaire et suffisante est d'avoir une autorisation de réaliser des ouvrages et équipements sur ou sous la voirie, ce qui entraîne l'obligation de refaire ce qui a été démoli.

Ainsi donc, et compte tenu de ce qui vient d'être indiqué, dès lors que ceux-ci sont strictement liées à l'implantation d'un TCSP de surface ou autre, les travaux d'accompagnement ou d'insertion urbaine et environnementale doivent relever de la compétence de l'AO au titre de la réalisation d'une infrastructure de transport (article 5 de la LOTI sus-mentionné). Pour autant, cette question ne paraît pas définitivement tranchée en jurisprudence. Ainsi, **il convient en toute hypothèse, et pour sécuriser le dispositif, que soit conclue une convention d'occupation du domaine public et de superposition d'affectations**, ainsi qu'il a été indiqué plus haut.

Pour ce qui est, ensuite, de l'exploitation de l'infrastructure de transport, s'agissant d'un transport public guidé (ex. tramway, TER), sa définition, qui commande la délimitation des ouvrages et des équipements, est la suivante :

"Un système de transport public guidé comprend l'ensemble des éléments qui concourent à son fonctionnement ou à son usage et notamment :

- *des infrastructures (voies, ouvrages d'art, appareils de voie et stations) ;*
- *des installations techniques et de sécurité (systèmes d'aide à l'exploitation, signalisation en partie courante et aux points d'intersection avec la voirie routière, installations électriques de traction, de commande, de contrôle et de communication) ;*
- *des véhicules ;*
- *des principes et règles d'exploitation, d'entretien ou de maintenance.*
- *Son fonctionnement est assuré de manière permanente par des personnels d'exploitation".*

[Article 2 du décret n° 2003-425 du 9 mai 2003, relatif à la sécurité des transports publics guidés].

On peut noter que l'énumération des éléments d'un système de transport public guidé est indicative - ce qui conduit à une interprétation assez large de cette notion comme de celle d'infrastructure de transport et, par voie de conséquence, à une interprétation assez large et non restrictive de la compétence d'une AO en matière de réalisation et de gestion de TCSP, incluant la dimension urbaine d'un TCSP, du moins en ce qui concerne son "environnement" immédiat. L'unité technique des travaux d'implantation d'un TCSP, particulièrement sensible en zone urbaine, l'intérêt d'une maîtrise d'ouvrage unique et cohérente, et non éclatée, la finalité du développement et la sécurité du mode de transport public militent pour une conception cohérente, assez étendue sans être abusivement extensive, de la compétence d'une autorité organisatrice des transports en matière de réalisation d'infrastructure et de système transport.

Il n'en reste pas moins une vraie question sur l'articulation entre compétence transports publics de personnes et compétence voirie, relevant souvent de deux collectivités distinctes, en matière de réalisation de TCSP qui empruntent la voirie et qui opèrent un partage de celle-ci entre différents modes de circulation. Pour certains équipements à double finalité, on peut soit demeurer dans l'ambiguïté, soit déterminer la finalité principale de l'équipement pour rattacher ce dernier à une autorité compétente.

Dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat n'a pas tranché la question de la nature des abris voyageurs faisant partie du mobilier urbain. Il a, à la fois considéré que ceux-ci répondaient aux "besoins des habitants de la commune", et que l'objet du contrat est d'autoriser l'occupation du domaine public afin "de permettre la réalisation et la fourniture de prestations de service à la commune en matière d'information municipale, de propreté et de

protection des usagers des transports publics contre les intempéries” (CE 4 novembre 2005, *Société JC Decaux*, req. n° 247298 et 247299).

On peut, au contraire, considérer que les abris voyageurs ou les stations d’un TCSP sont principalement affectés au service public de transport de personnes, et notamment à l’information des voyageurs sur la ou les lignes, l’amplitude, les horaires ou fréquences du transport. Là encore, la compétence de l’AO en matière d’abris voyageurs et de stations suppose la passation d’une convention d’occupation du domaine public routier (les trottoirs font partie de la voirie avec les chaussées) et de superposition d’affectations avec l’autorité propriétaire ou gestionnaire du domaine public concerné, sauf si l’AO a elle-même cette compétence dans ses statuts.

Le décret n° 2006-1657 du 21 décembre 2006, relatif à l’accessibilité de la voirie et des espaces publics, met à la charge de la commune ou de l’EPCI compétent au titre de la voirie l’établissement du plan de mise en accessibilité de la voirie et des aménagements des espaces publics, y compris “les emplacements d’arrêt des véhicules de transport en commun”. Ce plan doit faire l’objet d’une concertation avec l’autorité compétente pour l’organisation des transports urbains. Dans ce domaine, c’est la compétence voirie qui a été privilégiée.

Dans tous les cas, il faut harmoniser l’exercice de diverses compétences relevant d’autorités différentes. C’est le mode de coexistence qui est important, entre les pouvoirs d’une AO au titre de la réalisation d’une infrastructure de transport, les pouvoirs des propriétaires et/ou gestionnaires de dépendances du domaine public, et notamment le domaine public routier (voirie), et les pouvoirs de police générale conservés par les maires des communes, ou du président du conseil général pour le domaine public routier départemental.

4. Problématique juridique

4.1. Qualification juridique

Le service des transports publics de personnes est, selon sa qualification légale, un service public à caractère industriel et commercial (SPIC), c’est-à-dire un service “marchand” (Art. 7.II de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982, modifiée d’orientation des transports intérieurs - LOTI). En conséquence, selon l’article 7.III de la LOTI :

“Le financement des services de transport public régulier de personnes défini par l’autorité organisatrice est assuré par les usagers, le cas échéant par les collectivités publiques, et en vertu de dispositions législatives particulières, les autres bénéficiaires publics ou privés qui, sans être usagers des services, en retirent un avantage direct ou indirect”.

Cette dernière disposition vise les employeurs, publics ou privés, assujettis à l’imposition spéciale du “Versement transport”.

De même selon l’article 6 de la LOTI :

“Les conditions dans lesquelles sont exécutées les opérations de transport public, notamment la formation des prix et tarifs applicables et les clauses des contrats de transport, permettent une juste rémunération du transporteur assurant la couverture des coûts réels du service rendu dans des conditions normales d’organisation et de productivité”.

Le service des transports publics de personnes doit fonctionner avec un “juste prix”, une redevance de service public. En réalité le prix du service est payé à la fois par les usagers (sauf gratuités), les bénéficiaires indirects et les contribuables, dans la mesure où le prix du marché (prix payé par les usagers) ne peut correspondre au prix de revient, et où des subventions publiques sont indispensables.

4.2. Droit communautaire

Le transport public de personnes est qualifié de service public dans le Traité de l'Union européenne (Traité de Rome de 1957). En cela, il peut bénéficier de dispositions dérogatoires au regard des règles communautaires de concurrence, notamment le principe d'interdiction des aides d'Etat (interdiction de toute subvention publique qui viendrait fausser ou serait susceptible de fausser la concurrence intra-communautaire). Selon la Cour de Justice des Communautés européennes (C.J.C.E.), les "subventions publiques visant à permettre l'exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux" ne constituent pas des aides d'Etat à des entreprises privées, si quatre conditions sont réunies :

- " - premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies ;*
- deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente ;*
- troisièmement, la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ;*
- quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations"*

[CJCE, 24 juillet 2003, aff. C. 280/OE, Altmark Trans gmbH].

Les notions identifiées sont intéressantes, et notamment :

- les obligations de service public, qui doivent être clairement définies ;
- la transparence quant à la composition de la compensation ;
- les conditions normales de gestion de l'exploitant de transports publics de personnes ;
- la compensation appropriée des obligations de service public, en quelque sorte proportionnelle, adéquate, en intégrant la notion de "bénéfice raisonnable", et donc l'absence (ou l'interdiction) de sur-compensation.

Le secteur des transports publics de voyageurs par rail et par route doit faire l'objet d'un règlement spécifique ⁴, qui aura vocation à fixer "les règles du jeu" concernant les relations entre AO et opérateurs. Ces règles s'inspireront largement des principes dégagés dans l'arrêt Altmark précité, à l'exception toutefois du quatrième critère, jugé difficilement applicable. Ce texte, en discussion depuis de nombreuses années, vient de faire l'objet d'un accord entre le Parlement européen et le Conseil et devrait donc être publié d'ici la fin 2007.

En outre, il faut noter que les transports relèvent des secteurs dits "spéciaux", par opposition aux secteurs dits "classiques". Ces secteurs spéciaux englobent l'essentiel des services publics en réseau (eau, énergie, transports, services postaux) et sont régis par la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 pour la passation des marchés publics.

4.3. Cadre législatif et réglementaire national ("Environnement applicable aux projets").

Cet environnement est constitué par de nombreuses législations indépendantes mais qui interfèrent pour la réalisation et l'exploitation d'un TCSP (voir bibliographie jointe, annexe 1). Certains textes sont codifiés, d'autres non (ex. loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982, dite LOTI ; Code général des collectivités territoriales).

⁴ - Règlement européen relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route.

4.4. Principes généraux du droit

Outre les dispositions législatives et réglementaires, un élément important de l'ordonnement juridique est constitué par les principes généraux du droit, dégagés par la jurisprudence du Conseil d'Etat ou du Conseil constitutionnel, ainsi que par celle de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE).

On peut citer deux principes très importants dans le domaine des transports :

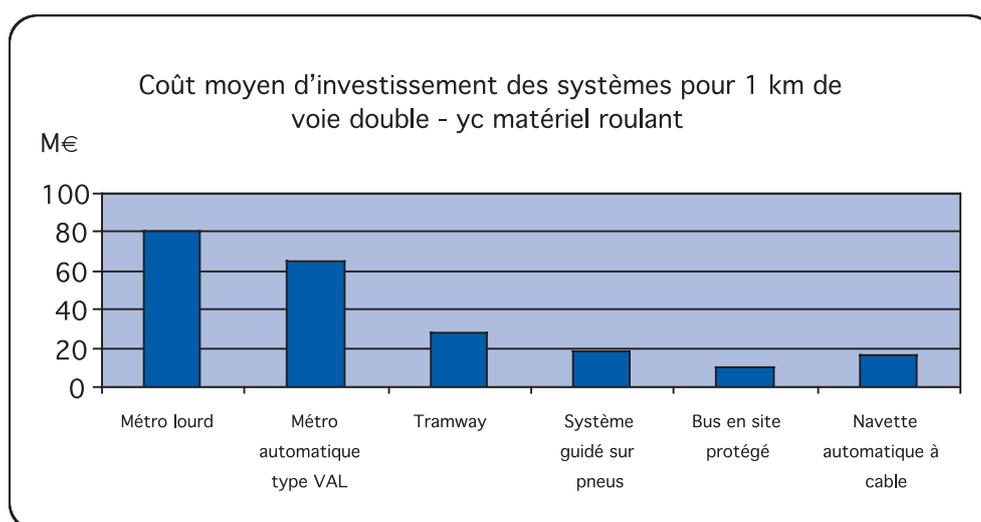
- le principe dit de “mutabilité du service public”, c'est-à-dire son adaptation aux besoins des “usagers” ou des “clients”, particulièrement applicable dans le domaine des transports (CE 10 janvier 1902 Cie nouvelle du gaz de Deville-les-Rouen, Rec. 5 ; CE 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, Rec. 33) ;
- le droit à l'équilibre financier du contrat ou au respect de “l'équation financière” du contrat, qui doit se combiner avec la gestion “aux risques et périls” ou la part de risque commercial (risque de fréquentation) assumé par l'exploitant dans le cadre d'une délégation de service public (CE 21 mars 1910, Cie gén. fr. des tramways, Rec. 216, concl. Blum).

Il existe d'autres règles générales applicables aux contrats administratifs, qui encadrent les relations contractuelles, par essence inégalitaires entre une AO et ses cocontractants, en raison des prérogatives de puissance publique des personnes publiques.

Une autorité organisatrice des transports, quel que soit le mode de réalisation et de gestion d'un TCSP qu'elle choisit, ne se dessaisit pas de ses pouvoirs en termes d'organisation et de fonctionnement des transports publics relevant de sa compétence.

5. Problématique économique

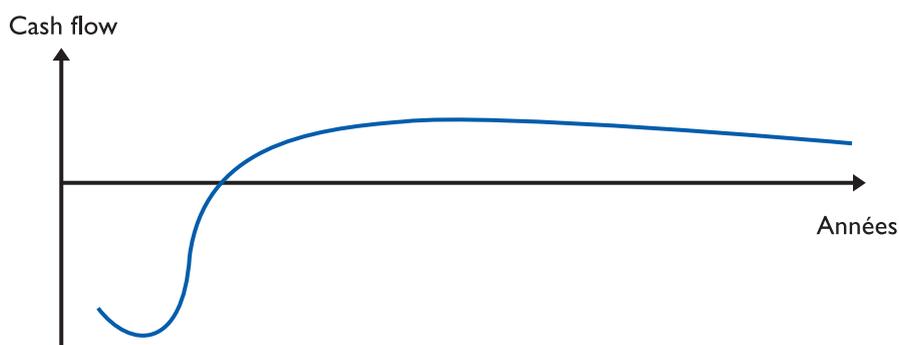
L'économie d'un projet de TCSP se caractérise par un fort niveau d'investissement initial nécessaire à la création des infrastructures et à l'achat du matériel roulant. Le coût moyen d'investissement pour 1 kilomètre de TCSP, y compris le matériel roulant, varie de 10 M€ HT pour un bus en site propre à 80 M€ pour un métro lourd.



Source : Certu

Une fois le service en fonctionnement, le cash flow augmente progressivement avec la montée en charge jusqu'à atteindre un niveau stable. Avec le temps, le cash flow se dégrade légèrement en raison de l'augmentation des coûts de maintenance générée par le vieillissement des équipements qui finira par impliquer un réinvestissement. La durée de vie d'un système de transport est difficile à apprécier dans la mesure où elle est très variable selon ses composantes.

Evolution des cash flow au cours de la vie d'un projet transport



Quel que soit le mode de financement (public, privé ou mixte) au final la charge d'amortissement des investissements ne peut être supportée intégralement par l'utilisateur. Le financement est, en définitive, supporté par les usagers et les contribuables (fiscalité ou imposition spéciale affectée du "versement transport" supporté par les employeurs publics et privés, et fiscalité générale).

De même, les charges d'exploitation et d'entretien ne sont pas couvertes par les seules recettes tirées de la vente des titres de transport. Le service public des transports de personnes est structurellement déficitaire et rend nécessaire le versement de subventions d'équipement et de fonctionnement. C'était déjà le cas dans le cadre des concessions ferroviaires au XIX^{ème} siècle.

Une autre caractéristique des projets de transports collectifs est leur forte utilité sociale. La personne publique est souvent la seule à même de pouvoir "valoriser" les externalités, c'est-à-dire les avantages sociaux ou économiques découlant de la création de l'infrastructure et non traduit dans la rentabilité financière : amélioration de la valeur foncière des terrains adjacents, développement économique d'une zone, limitation de la pollution ou de l'accidentologie...

6. Liberté de choix des AO

Les autorités organisatrices de transports publics ont la liberté de choix du mode de réalisation et de gestion d'un TCSP. Ce principe découle à la fois du principe de libre administration des collectivités territoriales consacré par l'article 72 de la Constitution et de la LOTI [v. Cons. const. 20 janvier 1993, Décision n° 92-316 DC ; CE 10 janvier 1992, Association des usagers de l'eau de Peyreleau, req. n° 97476].

Une AO a le choix entre la gestion directe (régie) et la gestion déléguée par convention. Aux termes de l'article 7.II de la LOTI :

"II - L'Etat et, dans la limite de leurs compétences, les collectivités territoriales ou leurs groupements organisent les transports publics réguliers de personnes et peuvent organiser des services de transports à la demande. L'exécution du service est assurée soit en régie par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial, soit par une entreprise

ayant passé à cet effet une convention à durée déterminée avec l'autorité compétente. La convention fixe la consistance générale et les conditions de fonctionnement et de financement du service. Elle définit les actions à entreprendre par l'une et par l'autre parties afin de favoriser l'exercice effectif du droit au transport et de promouvoir le transport public de personnes. Elle est révisible de plein droit en cas de radiation du registre".

Il s'agit donc d'une liberté encadrée, qui s'exerce dans le cadre des lois qui la réglementent, comme toute liberté, au demeurant. Le choix d'un mode de gestion du service public et de réalisation d'un TCSP est un choix d'opportunité (décision politique) que le juge administratif ne contrôle pas.

Cependant, le choix d'un mode de gestion ou d'une catégorie de contrat d'exploitation implique le respect de sa logique juridique ou contractuelle. Une délégation de service public, par exemple, n'est pas un marché public. Elle a un régime juridique autonome et ne relève pas du Code des marchés publics, qu'il s'agisse de sa passation ou de son exécution.

Ainsi, un délégataire de service public, ou le titulaire d'un contrat de partenariat (CP) est, es qualités, maître d'ouvrage. L'AO ne doit donc pas intervenir dans la conduite des travaux mais elle doit exercer son contrôle sur la réalisation des études (approbation de l'avant-projet et/ou du projet) et des travaux (présence à la réception, qui intervient entre le délégataire et ses entreprises cocontractantes, et prononcé du récolement des ouvrages).

Le bon équilibre entre l'autonomie de gestion du délégataire et le contrôle de l'AO est complexe et délicat à définir, et doit faire l'objet d'adaptation et d'évolution si nécessaire.

7. Plan de l'étude

Seront respectivement analysés dans la présente étude :

- les montages MOP ;
- les montages PPP ;
- les avantages et inconvénients - Montage par montage et montages combinés.

Chacune des deux grandes familles de montages contractuels sera abordée sous les angles :

- ➔ juridiques,
- ➔ financiers,
- ➔ organisationnels.

PREMIÈRE PARTIE



MONTAGES MOP



Introduction

La maîtrise d’ouvrage publique (MOP) est définie par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée, relative à la maîtrise d’ouvrage publique et à ses relations avec la maîtrise d’ouvrage privée (dite loi MOP). Ce texte définit le rôle de “donneur d’ordre” joué par le maître de l’ouvrage, c’est-à-dire la personne publique (généralement) pour laquelle l’ouvrage est construit.

“Responsable principal de l’ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d’intérêt général dont il ne peut se démettre.

Il lui appartient, après s’être assuré de la faisabilité et de l’opportunité de l’opération envisagée, d’en déterminer la localisation, d’en définir le programme, d’en arrêter l’enveloppe financière prévisionnelle, d’en assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l’ouvrage sera réalisé et de conclure, avec les maîtres d’œuvre et entrepreneurs qu’il choisit, les contrats ayant pour objet les études et l’exécution des travaux”.

[Art. 2 de la loi du 12 juillet 1985].

Ces dispositions ne signifient nullement que tous les ouvrages et équipements publics doivent être réalisés en maîtrise d’ouvrage publique. Dans certaines conditions, les personnes publiques, et notamment les AO peuvent choisir de recourir à des montages contractuels en maîtrise d’ouvrage privée, sous leur contrôle. Les dispositions de la loi MOP ne sont pas applicables aux partenariats public-privé, de même que le Code des marchés publics.

En revanche, dans le cadre des montages MOP, les contrats passés par les AO pour la réalisation et la gestion d’un TCSP **sont des marchés publics.**

TITRE I - ASPECTS JURIDIQUES

Chapitre I - Marchés de réalisation

I. Définition générale

La définition est donnée par le Code des marchés publics, dans sa nouvelle version issue du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006, applicable à compter du 1^{er} septembre 2006.

La définition générale des marchés publics est la suivante :

“Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leur besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services”

[Art. 1^{er} I du Code]

Le Code des marchés publics introduit une nouvelle catégorie, celle des accords-cadres :
“Les accords-cadres sont les contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privé, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées”.

[Art. 1^{er} I du Code]

II. Définitions particulières

Selon leur objet, il existe trois catégories de marchés.

II.1. Marchés de travaux

“Les marchés publics de travaux sont les 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. 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”.

[Art. 1^{er} III du Code].

Cette catégorie de marchés, dans le cadre de la réalisation d'un projet de TCSP, concerne principalement les déviations de réseaux, la plateforme du tramway et les travaux d'insertion urbaine, les tunnels et les stations d'un métro et, de manière plus large, les infrastructures.

II.2. Marchés de fournitures

“Les marchés publics de fournitures sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location-vente de produits ou matériels”.

[Art. 1^{er} III du Code].

Cette catégorie de marché concerne notamment le matériel roulant d'un TCSP et les équipements électromécaniques, dans la mesure où leur fourniture est considérée comme plus importante que les travaux de pose des équipements électromécaniques :

“Un marché public ayant pour objet l'acquisition de fournitures et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation de celles-ci, est considéré comme un marché de fournitures”.

[Art. 1^{er} III du Code].

II.3. Marchés de services

“Les marchés publics de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services.

Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.

Lorsqu'un marché public porte à la fois sur des services et des travaux, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux”.

[Art. 1^{er} III du Code].

Les marchés de services concernent de nombreuses prestations matérielles ou immatérielles : par ex. la maintenance, les prestations intellectuelles, telles que la maîtrise d'œuvre, les missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage (technique, financière et juridique). Si la gestion du service public de transport est confiée à un exploitant par marché public (par exemple, les transports scolaires, ou les transports interurbains dans un département), il s'agira, là aussi, d'un marché public de services.

Si un contrat comporte, par exemple, la fourniture du matériel roulant et sa maintenance pendant vingt ans ou plus, le contrat est un contrat de services, et non un contrat de fournitures (CE, 19 octobre 2001, Société Alstom transport SA, req. n° 233173).

II.4. Pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices

Les collectivités territoriales (commune, département, région, collectivités à statut spécial, telles que la collectivité territoriale de Corse, départements d'outremer, et territoires d'outremer avec parfois des règles spéciales), sont des pouvoirs adjudicateurs, ainsi que les établissements publics locaux (art. 2 du Code des marchés publics). Au titre des établissements publics locaux figurent les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), communautés urbaines, communautés d'agglomération, communautés de communes, syndicats mixtes (ouverts et fermés).

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs sont des entités adjudicatrices “lorsqu'ils exercent des activités d'opérateurs de réseaux” (art. 134-I du Code). Pour ce qui est des transports, celles-ci concernent notamment :

“Les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramways, trolleybus, autobus, autocar, câble ou toute système automatique, ou la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux.

Le service de transport est regardé comme fourni par un réseau de transport lorsqu'une autorité nationale ou territoriale compétente définit les conditions générales d'organisation du service notamment en ce qui concerne les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service”.

[Art. 135-5° du Code des marchés publics].

La définition des opérateurs de réseaux de transport est large, puisqu'elle inclut :

- l'exploitation d'un réseau de transport,
- la mise à disposition d'un exploitant d'un réseau de transport.

Pour la réalisation d'un TCSP en marchés publics, les collectivités, autorités organisatrices de transport au sens de la loi n° 82-1332 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs (dite "LOTI"), sont entités adjudicatrices. Lorsqu'elles confient la gestion du service à un exploitant dans le cadre d'un marché de prestations de services, la formulation du code de 2006 laisse à penser que les AO sont également dans ce cas des entités adjudicatrices. Un récent arrêt du Conseil d'Etat [CE, 9 juillet 2007, *EGF-BTP et autres*] a néanmoins écarté cette approche, pourtant partagée par une grande partie de la doctrine, en indiquant que la mise à disposition du réseau à un exploitant (formule utilisée à l'article 135.5 du code) ne visait pas les cas de dévolution de la gestion du réseau à un tiers.

En revanche, et il n'y a jamais eu aucun doute sur ce point, les AO sont des pouvoirs adjudicateurs lorsqu'elles concluent un contrat de concession de travaux publics et de service public ou un contrat de partenariat global. Dans ce cas, en effet, les AO ne répondent pas à la définition des entités adjudicatrices. Elles n'exercent pas l'activité d'opérateur de réseaux de transport, puisqu'elles n'exploitent pas le service de transport et ne mettent pas un réseau à la disposition d'un exploitant. C'est le concessionnaire qui réalise le réseau de transport et qui exploite le service de transport.

En conséquence, pour les marchés publics de travaux, de fournitures et de services en relation directe avec l'activité en réseau, à l'exception, pour ces derniers, des marchés confiant l'exploitation même du service à un prestataire, les AO sont entités adjudicatrices ; c'est donc la deuxième partie du Code des marchés publics qui leur est applicable (art. 134 à 175 inclus du Code des marchés publics). Les définitions des marchés indiquées supra leur sont applicables (art. 134-II du Code).

III. Catégories internes

Il existe, outre les trois types fondamentaux de marchés, travaux, fournitures et services, des catégories particulières de marchés, qui se définissent à la fois par leur configuration et leur procédure de passation. Ces catégories, prévues dans la première partie du Code des marchés publics, sont également applicables aux entités adjudicatrices, qui relèvent de la deuxième partie du Code (art. 141 du CMP).

Entre la première partie et la deuxième partie, le Code des marchés publics est un jeu de piste. Certaines dispositions, applicables aux pouvoirs adjudicateurs, le sont également aux entités adjudicatrices, d'autres non.

Ainsi sont applicables aux entités adjudicatrices :

- l'article 1^{er} relatif aux trois grandes catégories de marchés (travaux, fournitures, services),
- l'article 10 du Code, relatif à l'allotissement,
- l'article 33 prévoyant l'appel d'offres ouvert et l'appel d'offres restreint,
- l'article 34 prévoyant la procédure négociée,
- l'article 51, relatif aux groupements d'opérateurs économiques,
- l'article 65, relatif aux procédures négociées,
- l'article 68, régissant les marchés relatifs à des opérations de communication,
- l'article 69, relatif au marché de conception-réalisation,
- l'article 70, relatif au concours,
- l'article 72, relatif aux marchés à tranches conditionnelles,
- l'article 73, concernant les marchés de définition,
- l'article 78, relatif au système d'acquisition dynamique.

A titre liminaire, il faut noter que le dialogue compétitif (art. 67 du Code des marchés publics), ancien appel d'offres sur performances, n'est pas applicable aux entités adjudicatrices (art. 142 du Code). Ce qui est conforme à la Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (directive applicable aux activités des opérateurs de réseau), qui ne prévoit pas une telle procédure⁵. Ne sont prévues que les procédures ouvertes, restreintes, adaptées et négociées.

En revanche, certaines procédures obéissent à des règles spécifiques, pour les entités adjudicatrices :

- les seuils, déterminant l'applicabilité des procédures européennes et/ou nationales (art. 144 du CMP),
- la procédure adaptée (art. 146),
- l'appel d'offres ouvert (art. 160 et 161),
- l'appel d'offres restreint (art. 162 à 164),
- la procédure négociée avec mise en concurrence (art. 165 et 166),
- le concours (art. 167),
- la maîtrise d'œuvre (art. 168),
- les accords-cadres et les marchés à bons à commandes (art. 169).

Au titre des catégories internes de marchés, on peut noter :

- les marchés de maîtrise d'œuvre,
- les marchés de définition,
- les marchés à tranches conditionnelles,
- les marchés à bons de commande.

IV. Allotissement ou marché global ?

Demeure, pour les entités adjudicatrices comme pour les pouvoirs adjudicateurs, un choix fondamental ou important, entre l'allotissement, plus ou moins poussé, et un marché, plus ou moins global, d'entreprise générale ou de conception-réalisation.

L'article 10 du Code des marchés publics privilégie l'allotissement en ces termes :

“Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions”.

Le choix de l'allotissement, avec un nombre plus ou moins élevé de lots, suppose ou implique que la collectivité, maître d'ouvrage, mette en place une mission d'ordonnancement, pilotage, coordination (OPC - qui est un élément spécifique de la maîtrise d'œuvre) extrêmement forte, du fait de l'obligation de gérer les calendriers d'exécution et les interfaces entre les lots - ce qui est rien moins qu'aisé.

⁵ - Toutefois, un document de la Commission européenne, intitulé “Fiche explicative - Directive classique”, du 20 janvier 2006, indique, en note 2, que : “Le recours aux procédures négociées avec mise en concurrence n'est pas limité, ni dans la nouvelle directive secteurs, directive 2004/17/CE, ni dans “l'ancienne” directive secteurs, directive 93/98/CEE. Par conséquent, le dialogue compétitif n'a pas été introduit dans la nouvelle directive secteurs. Toutefois, rien n'empêche une entité adjudicatrice, ayant choisie une procédure négociée avec mise en concurrence préalable, de stipuler dans le cahier des charges que la procédure se déroulera comme le prévoit la directive classiques pour le dialogue compétitif”.
[v. Fiche explicative, p. 1].
Le dialogue compétitif n'étant pas expressément prévu par la Directive 2004/17 “Secteurs spéciaux”, la prudence commande de s'en tenir aux procédures prévues, ouvertes, restreintes ou négociées.

C'est pourquoi l'article 10 apporte une nuance importante à l'obligation d'allotir :

“Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination”.

Le choix existe donc, entre allotissement et marché global, en matière de réalisation d'un TCSP. La pratique est plutôt celle de l'allotissement, avec le choix de lots, plus ou moins “détaillés” ou “regroupés”.

En toute hypothèse, il faut séparer, soit contractuellement, soit comptablement, au sein d'un contrat global, la construction et l'exploitation :

“Si le pouvoir adjudicateur recourt à des lots séparés pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent être regroupées dans un même lot. S'il recourt à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction”.

[Art. 10, dernier alinéa].

Mais, dans le domaine des transports de personnes, la pratique est largement répandue de séparer la construction, ou même la réalisation des investissements, de l'exploitation.

Quant au marché de conception-réalisation, défini à l'article 37 et dont la procédure est fixée par l'article 69, il peut paraître approprié à certains ouvrages dans le domaine des transports, dans le cadre d'une conception de système de transport, de contrat dit “ensemblier-systémier”. Le marché de conception-réalisation est ainsi défini :

“Un marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux”.

Mais le recours à ce type de marché est strictement conditionné :

“Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ne peuvent, en application du I de l'article 18 de cette loi, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces motifs sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que les dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques”.

Le contrat “d'ensemblier-systémier” est une notion technique, et non juridique au regard du Droit français. Il a été utilisé par exemple à Lille, pour réaliser la première et la deuxième ligne de métro VAL (VAL 206 et 208, qui sont des métros sans conducteur). Le marché a concerné à la fois l'aménagement des stations, la pose des voies, le matériel roulant, les équipements électromécaniques et les automatismes, tant au Poste central de

commande (PCC), que les automatismes embarqués dans les rames de métro. Le génie civil (tunnels et stations) a fait l'objet de marchés séparés, en lots par secteur géographique. Les réservations pour les équipements étaient prévus dès le départ, selon les "plans-guides" élaborés par le titulaire du marché "ensemblier-systémier".

Le marché "d'ensemblier-systémier" est un marché complexe, peut-être difficile à qualifier, entre travaux, fournitures et services, et ne pourra faire l'objet d'un marché de conception-réalisation, au sens du Code des marchés publics, que si les travaux représentent la partie dominante du contrat.

S'agissant du matériel roulant, l'ancienne procédure de l'appel d'offres sur performances a été utilisée (par exemple, pour le tramway de Nice). Cette procédure n'a pas été remplacée par celle du dialogue compétitif pour les entités adjudicatrices (les articles 36 et 67 relatifs à la procédure du dialogue compétitif ne sont pas, comme on l'a dit, applicables aux entités adjudicatrices - art. 142 du Code des marchés publics). Mais les entités adjudicatrices disposent des procédures négociées après mise en concurrence, et même, sans mise en concurrence, dans certains cas bien précis. Ces différentes situations pouvant justifiant l'une ou l'autre option sont définies à l'article 35. Les cas prévus sont limités, et les cas visant les marchés de fournitures ou de services, qui pourraient être applicables au matériel roulant ou au matériel roulant + maintenance, ne paraissent pas utilisables : art. 35.I.4°, qui concerne les "*cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettant pas une fixation préalable et globale des prix*".

Demeurent donc principalement les procédures ouvertes et restreintes (appel d'offres ouvert ou restreint) et, compte tenu de la complexité de la réalisation d'un TCSP, faisant intervenir plusieurs métiers, (génie civil, pour les infrastructures et le ou les bâtiments - ex. centre de maintenance, PCC matériel roulant, équipements électromécaniques, maîtrise d'œuvre, insertion urbaine), l'allotissement est la pratique dans le cadre de la réalisation d'un TCSP en marchés publics. Ce qui n'interdit pas de séparer certains lots en marchés distincts et d'en regrouper d'autres en un seul marché de "système de transport", comportant, par exemple, la pose de la voie, le matériel roulant, des équipements électromécaniques et électroniques (marché ensemblier-systémier évoqué plus haut). La notion d'intégration connaît des variations dans un système de transport, entre infrastructures et matériel roulant.

Quel que soit le choix des marchés, les procédures sont très encadrées par le Code des marchés publics.

V. Règles de passation

V.1. - Principes généraux

Tout d'abord, de manière générale, les procédures de passation des marchés publics sont soumises à des principes généraux, gouvernant la concurrence :

"Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code".

[Art. 1^{er}-III du CMP].

La transparence des procédures implique, entre autres, une traçabilité de la procédure suivie, une publicité adéquate, des critères de choix objectifs, pertinents et non discriminatoires.

V.2. Publicité européenne et/ou nationale

Les obligations de publicité sont fonction du montant du marché. Les seuils de publicité sont définis à l'article 150 du Code des marchés publics pour ce qui est des entités adjudicatrices.

Montant €/HT	Publicité
4.000 à 90.000	Libre choix des modalités de publicité adaptées
Fournitures-services 90.000 - 420.000	BOAMP ou journal habilité annonces légales + journal spécialisé (libre appréciation)
Fournitures services ≥ 420.000	JOUE + BOAMP
Travaux 90.000 - 5.270.000	BOAMP ou journal habilité annonces légales + journal spécialisé (libre appréciation)
≥ 5.270.000	JOUE + BOAMP

Sont obligatoires :

- les formulaires standards pour la publicité européenne, fixés par le règlement CE n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 ;
- le modèle d'avis d'appel public à la concurrence, pour la publicité nationale, fixé par l'arrêté du 28 août 2006.

Ces formulaires sont désormais harmonisés, mais assez complexes, notamment en raison de la référence obligatoire à la nomenclature CPV (vocabulaire commun des marchés publics), qui classe les différentes catégories de travaux, fournitures et services.

En outre, la jurisprudence administrative est formaliste et rigoureuse quant à l'appréciation des exigences de la publicité préalable et donc quant à la rédaction des avis d'appel public à candidatures.

La publicité préalable est suivie par la procédure proprement dite de mise en concurrence.

V.3. Liberté de choix des procédures formalisées

Aux termes de l'article 144 du Code des marchés publics, les entités adjudicatrices ont le libre choix entre les procédures formalisées suivantes, dès lors que les seuils (voir tableau précédent) sont atteints :

- 1° Procédure négociée avec mise en concurrence préalable ;*
- 2° Appel d'offres ouvert ou restreint ;*
- 3° Concours, défini à l'article 38 ;*
- 4° Système d'acquisition dynamique, défini à l'article 78".*

V.3.1. Procédure négociée

L'article 34 du CMP, applicable aux entités adjudicatrices, définit, de manière générale, la procédure négociée :

"Une procédure négociée est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques".

La conduite de la procédure négociée est définie aux articles 165 (qui renvoie à l'article 65) et 166 du Code des marchés publics. Elle se déroule en deux temps, avec un délai de réception des candidatures de vingt-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence, ramené à quinze jours quand

l'avis est envoyé par voie électronique. Le délai de remise des offres peut être négocié avec les candidats sélectionnés, sinon il est au moins de dix jours à compter de la date d'envoi de la lettre de consultation.

V.3.2. Appel d'offres ouvert ou restreint

L'appel d'offres ouvert se déroule en une seule étape à compter de l'avis d'appel public à la concurrence, avec la remise, en une seule fois, de deux enveloppes, correspondant à la candidature et à l'offre. Le délai normal de remise des offres est de cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. La procédure est définie à l'article 160 du Code des marchés publics, pour les entités adjudicatrices.

L'appel d'offres restreint se déroule en deux phases, la première étant de "pré-qualification" ou sélection des candidats, la seconde étant la remise des offres et le choix après analyse du candidat retenu. La procédure est précisée à l'article 162 du Code des marchés publics.

V.3.3. Concours

Les concours sont réservés aux marchés relatifs à des projets dans le domaine notamment de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture ou de l'ingénierie. C'est la procédure applicable aux marchés de maîtrise d'œuvre. Elle est définie aux articles 167 et 70 du Code des marchés publics.

V.3.4. Système d'acquisition dynamique

Le système d'acquisition dynamique, défini à l'article 78 du CMP et applicable aux entités adjudicatrices, est réservé aux fournitures courantes. C'est une procédure entièrement électronique de passation d'un marché public, dont la durée maximale est de quatre ans. La procédure de passation est détaillée à l'article 78 du CMP.

Ces trois dernières procédures, et surtout les appels d'offres ouverts ou restreints, obéissent à un formalisme assez rigide, en raison de la définition préalable des besoins, des spécifications techniques et performantielles, des formalités et règles procédurales, de l'absence de négociations. Une certaine souplesse peut être introduite par les options (à l'initiative du maître d'ouvrage) et les variantes (à l'initiative des candidats si la possibilité de variantes est accordée par le maître d'ouvrage). Dans ce dernier cas, les offres doivent clairement distinguer la solution de base et la ou les variantes.

V.4. Procédures négociées sans mise en concurrence préalable

L'article 144-II prévoit les cas dans lesquels les entités adjudicatrices peuvent recourir à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable. Douze cas sont énumérés. Deux cas paraissent particulièrement intéressants :

- les marchés complémentaires,
- les marchés de travaux similaires.

V.4.1. Marchés complémentaires

Les conditions de recours à ces procédures plus souples sont ainsi définies :
"Pour les marchés complémentaires de fournitures qui sont exécutés par le fournisseur initial et qui sont destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées".

[Art. 144.II.5° du CMP].

Ces dispositions peuvent être utilisées, par exemple, pour l’allongement des rames ou la commande de nouvelles rames d’un TCSP :

“Pour les marchés complémentaires de services ou de travaux qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d’une circonstance imprévue, à l’exécution du service ou à la réalisation de l’ouvrage tel qu’il est décrit dans le marché initial, à condition que l’attribution soit faite à l’opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage :

A) Lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour l’entité adjudicatrice ;

Lorsque ces services ou travaux, quoiqu’ils soient séparables de l’exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement”.

[Art. 144.II.6° du CMP].

On peut s’interroger sur la notion de “circonstance imprévue”. En toute hypothèse, elle est plus large que celle de “sujétion imprévue”.

V.4.2. Marchés de travaux similaires

“Pour les marchés de travaux ayant pour objet la réalisation d’ouvrages similaires à ceux qui ont été confiés au titulaire d’un marché précédent passé après mise en concurrence. Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation d’ouvrages similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux”.

[art. 144.II.7° du CMP].

Là encore, cette souplesse de procédure peut être utilisée, à condition d’avoir été prévue dans l’appel d’offres initial - ce qui permettrait de faire face à une évolution du projet. Mais il faut évidemment circonscrire la notion “d’ouvrages similaires”.

On peut mentionner un troisième cas de marché négocié sans mise en concurrence préalable, intéressant et réaliste. C’est celui relatif à “l’achat de matières premières cotées et achetées en bourse” (art. 144-II-8° du CMP). Mais ce cas concerne déjà l’exploitation du TCSP et du service.

Chapitre II - Marché d’exploitation et Régie

I. Marché d’exploitation

I.1. Définition

Un marché d’exploitation de transport public de personnes est un marché de prestations de services qui a pour objet de confier à un opérateur, généralement privé (société d’économie mixte locale ou société à capitaux privés) l’exploitation de transports urbains ou interurbains, moyennant une rémunération assurée par l’AO.

Les marchés d’exploitation sont souvent dénommés contrats d’exploitation. Ils sont souvent utilisés par les départements pour les transports interurbains scolaires, en raison de leur gratuité ou quasi-gratuité pour les enfants (ou plutôt les familles).

I.2. Caractéristiques générales

Les prestations confiées à l'exploitant ne sont pas sensiblement différentes de celles assurées par un délégataire de service public. Mais, à la différence du délégataire, le prestataire ne prend aucun risque trafic. Il est rémunéré par l'AO selon des critères qui ne tiennent pas compte de la fréquentation du service (par ex. selon un prix forfaitaire ou un ensemble de coûts définis).

La durée des marchés d'exploitation est souvent plus brève que celle des délégations de service public. A cet égard, le Code des marchés publics n'impose pas une durée prédéterminée, sauf pour certaines catégories de marchés (ex : quatre ans pour les marchés à bon de commande et les accords-cadres). L'article 16 du Code des marchés publics énonce simplement que :

“la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique”.

Il existe ainsi une relative marge d'appréciation pour les AO, à la fois sur la durée initiale du marché et sur les éventuelles reconductions. Celles-ci obéissent à deux conditions : être prévues dans la procédure de mise en concurrence, qui doit tenir compte de la durée globale, et être effectuées à conditions inchangées. Compte tenu de la “mutabilité” des services de transports, les reconductions à l'identique ne peuvent sans doute pas être nombreuses. Il faut, en effet, pour qu'un marché puisse faire l'objet d'une ou plusieurs reconductions que “ses caractéristiques restent inchangées”. La circulaire du 3 août 2006, portant manuel d'application du Code des marchés publics, ne commente pas cette disposition. Il existe une incertitude sur la nécessité de reconduction à l'identique ou si des modifications mineures ou non substantielles, ne portant pas atteinte aux caractéristiques du marché, peuvent être apportées au marché lors de sa reconduction. Le titulaire ne peut refuser la reconduction, sauf clause contraire expresse du marché (art. 16 du Code des marchés publics).

I.3. Régime juridico-financier et fiscal

Le régime des biens [véhicules (autocars, par exemple), atelier-dépôt] est variable. Ces biens peuvent appartenir à l'AO ou à l'exploitant. Dans ce cas, il peut déduire la TVA sur ses investissements et les amortir.

Dans un marché, les recettes du service (s'il y en a) sont publiques. Soit elles sont perçues directement par l'AO (ex. vente des “cartes” scolaires pour l'année) ; soit elles peuvent être perçues par l'exploitant. Mais, dans ce cas, il faut organiser une régie de recettes (le régisseur peut être un membre du personnel de l'exploitant) ou confier un mandat financier à l'exploitant, de sorte que celui-ci, ou le régisseur, puisse percevoir les recettes au nom et pour le compte de l'AO, sans risque de gestion de fait. Les recettes sont reversées au Trésor public, et la rémunération de l'exploitant est indépendante des recettes perçues.

Le compte transport est tenu par l'AO, qui est l'exploitant fiscal (instruction fiscale du 21 janvier 1985). Les transports de personnes sont soumis à la TVA au droit commun (art. 256-B du Code général des impôts).

L'AO gère donc la TVA : versement au Trésor public de la TVA sur les recettes (taux réduit de 5,5 %) et déduction de la TVA sur toutes les charges d'investissement et de fonctionnement (taux normal de 19,6 %). Les dépenses d'investissement ne sont pas éligibles au FCTVA, mais la TVA ayant grevé les investissements est déductible au droit commun.

La taxe professionnelle est due par l'exploitant (instruction fiscale 6 E - 11-93 du 23 mars 1993).

En réalité, il existe deux comptes :

- le compte de l'exploitant,
- le compte transport de l'AO.

L'AO tient également son budget, suivant les règles de la comptabilité publique (M 43 ou M 14).

Un marché d'exploitation limite les responsabilités de l'exploitant, et donne à l'AO une prise directe sur le service et lui en laisse aussi la charge très largement.

II. Régie des transports

Le régime juridique et financier des régies de transports est défini par :

- le décret n° 85-891 du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes (art. 12 à 21) ;
- les dispositions relatives aux régies du Code général des collectivités territoriales (art. L. 2221-10 et suivants, et art. R. 2221-1 et suivants).

Les régies de transports sont créées par délibération de l'AO. Elles sont :

- soit une régie dotée de la seule autonomie financière ;
- soit un établissement public à caractère industriel et commercial (art. 12 du décret du 16 août 1985).

II.1. Régie à autonomie financière

Le décret du 16 août 1985 se borne à indiquer que :

- le directeur est désigné par l'exécutif de l'AO ;
- l'agent comptable est celui de la collectivité ;
- les recettes et les dépenses font l'objet d'un budget annexe à celui de l'AO (ar. 18, 19 et 20).

Pour le reste, sont applicables les dispositions générales relatives aux régies dotées de la seule autonomie financière. La régie est administrée, par un conseil d'exploitation et son président, sous l'autorité du maire et du conseil municipal (à transposer selon le statut d'EPCI ou de syndicat mixte de l'AO).

Les statuts déterminent la composition du conseil d'exploitation. Mais celui-ci a des pouvoirs limités (art. R. 2221-64 du Code général des collectivités territoriales). L'exécutif de l'AO demeure le représentant légal d'une régie simple, et il en est l'ordonnateur.

La régie dotée de la seule autonomie financière nécessite la constitution d'une structure spécifique qui, pour autant, n'aura pas de réelle autonomie de gestion. Pour cela, son intérêt peut paraître limité. L'intérêt de la formule réside en fait dans l'identification (plus ou moins assurée) des dépenses et des recettes du service dans un budget annexe.

II.2. Etablissement public à caractère industriel et commercial

Le décret du 16 août 1985 est plus prolixe sur les régies créées sous forme d'EPIC. S'appliquant également, pour ce qui n'est pas traité par le décret du 16 août 1985, les dispositions du Code général des collectivités territoriales, et notamment les art. R. 2221-27 à R. 2221-52 relatives aux régies dites "personnalisées" chargées de l'exploitation d'un service public à caractère industriel et commercial.

II.2.1. Statuts

Les statuts doivent définir l'organisation et le fonctionnement de la régie.

Dans ses grandes lignes, l'organisation est la suivante :

- un conseil d'administration, composé de neuf membres au moins, désignés par l'assemblée délibérante de l'AO, pour une durée de trois ans (mandat renouvelable), dont des représentants du personnel avec un nombre maximum d'un tiers des membres du conseil ;
- un président, désigné en son sein par le conseil d'administration ;
- un directeur, nommé par le conseil d'administration ;
- un agent comptable, comptable du Trésor, ou agent comptable spécial nommé par le préfet sur proposition du conseil d'administration, après avis du trésorier-payeur général, et placé sous l'autorité administrative du directeur.

Le conseil d'administration a les pouvoirs classiques d'un organe délibérant. L'exécutif de l'AO peut assister aux réunions du conseil d'administration avec voix consultative (art. R. 2221-10 du Code général des collectivités territoriales).

La réalité des pouvoirs de gestion appartient au directeur, qui est responsable de son activité devant le conseil d'administration. Le directeur :

- ➔ bénéficie de pouvoirs délégués par le conseil d'administration ;
- ➔ exerce des pouvoirs propres, sur le personnel, l'organisation du travail, la préparation et l'exécution du budget.

Le statut des personnels peut varier :

- en principe, les personnels sont des agents de droit privé ;
- mais le directeur et le comptable public sont des agents de droit public ;
- mais les personnels peuvent aussi être des fonctionnaires territoriaux détachés.

Si les personnels sont des agents de droit privé, leur sont applicables les conventions collectives des transports urbains, ou des transports interurbains, selon les cas. S'ajoutent les "accords d'entreprise", internes à la régie.

La réforme du régime financier des régies personnalisées, postérieure au décret du 16 août 1985 (notamment celle du décret n° 2001-563 du 25 juin 2001) a visé à le rapprocher de celui des entreprises privées. Mais, déjà, le décret du 16 août 1985 mêle règles budgétaires publiques et règles comptables applicables aux transports (art. 16 et 17). Le compte transport est géré par la régie constituée sous forme d'EPIC. La régie personnalisée peut se voir transférer les droits à déduction de la TVA ayant grevé les investissements financés par l'AO, en application des articles 216bis et suivants de l'annexe II du CGI.

Les régies de transports ne sont pas soumises à concurrence pour l'octroi de la gestion du service public de transport de personnes relevant de l'AO qui les crée. Mais elles sont des entités adjudicatrices soumises au Code des marchés publics, en tant qu'établissements publics locaux des collectivités territoriales, pour la passation de leurs marchés de travaux, de fournitures et de services (art. 2-2° du Code des marchés publics). Les régies sont des maîtres d'ouvrage publics.

La convention (cahier des charges) qui lie l'AO et la régie des transports est donc librement négociée

II.2.2. Cahier des charges

Selon l'article 16 du décret du 16 août 1985 :

"Le cahier des charges fixe les obligations de la régie à l'égard des usagers et des tiers".

Le contenu du cahier des charges est donc limité aux missions de service public de la régie des transports et à ses responsabilités à l'égard des usagers et des tiers. Il ne traite pas, en revanche, des relations entre la régie et l'AO, et notamment des pouvoirs de contrôle de l'AO sur celle-ci. Les régies de transports sont soumises au contrôle de légalité exercé par le préfet, et au contrôle financier des chambres régionales des comptes.

S'agissant du contrôle de l'AO, on peut noter :

- la présence des administrateurs désignés par l'assemblée délibérante de l'AO ;
- mais l'absence d'un contrôle équivalent à celui exercé par une AO sur un délégataire (rapport annuel, tableaux de bord mensuels, et lien informatique permettant un suivi en temps réel), qui, pour une SEML délégataire, s'ajoute à la présence d'élus de l'AO au conseil d'administration de la SEML.

Il serait logique de considérer que, si le compte financier de la régie est seulement transmis pour information à l'AO (art. R. 2221-52 du Code général des collectivités territoriales), un ou des comptes-rendus techniques ou un rapport d'activité puissent être transmis régulièrement par la régie à l'AO. Si des obligations de qualité de service sont définies dans le cahier des charges, avec des indicateurs de qualité, des méthodes de mesure et de contrôle doivent être mises en place.

A cet égard, on peut invoquer le dernier alinéa de l'article 7-III de la LOTI :

“Tout contrat ou convention entre une personne publique et une entreprise, qui a pour conséquence d'engager des fonds publics ou d'accorder une garantie financière publique, est assorti, à peine de nullité, de clauses relatives au contrôle de l'utilisation des fonds engagés ou garantis par cette personne publique”.

Une régie personnalisée des transports ou EPIC est une entreprise publique, et elle perçoit des subventions de l'AO pour équilibrer son budget. On peut alors considérer qu'elle entre dans le champ d'application des dispositions précitées qui prévoit “un contrôle de l'utilisation des fonds engagés”. De manière générale, les personnes publiques doivent exercer un contrôle sur l'utilisation des subventions qu'elles accordent.

Le pouvoir de contrôle de l'AO sur l'exécution du service public débouche sur son pouvoir de sanction. Il est plus facile de prévoir ce dernier envers un délégataire qu'à l'égard d'une régie instituée sous forme d'EPIC.

Il n'en demeure pas moins que, dans la mesure où l'AO subventionne la régie des transports, elle doit exercer un contrôle sur la régie, sur le plan financier. Il faut rappeler que les SPIC, quel que soit leur mode de gestion (régie ou gestion déléguée), doivent avoir un budget équilibré (art. L. 2224-1 du CGCT). Les collectivités territoriales ne peuvent prendre en charge certaines dépenses, ou en d'autres termes verser des subventions, que pour les motifs énoncés par l'article L. 2224-2 du CGCT :

- “1° Lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement ;*
- 2° Lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs”.*

En toute hypothèse, l'AO ne peut pas, en principe, couvrir systématiquement, chaque année, le déficit d'exploitation. Ce qui implique :

- une forfaitisation de la contribution financière ou subvention de fonctionnement de l'AO,
- une évolution par formule d'indexation, comportant avec leur pondération les indices correspondant aux charges du service,
- une définition d'objectifs, de dynamique de recettes et de maîtrise des charges, avec des clauses de réexamen

ou de rendez-vous contractuels non systématiques, ou à intervalles réguliers.

Là encore, il paraît moins difficile de l'imposer contractuellement à un délégataire qu'à une régie des transports personnalisée sous forme d'EPIC

TITRE II - ASPECTS ECONOMIQUES

Dans le présent titre, seront détaillés les aspects financiers, d'une part, et les aspects organisationnels, d'autre part, d'un projet de TCSP réalisé en montage "MOP".

Concernant les aspects financiers, sera étudié dans la présente partie le seul financement budgétaire ou public, le financement privé via un PPP étant traité dans la seconde partie de l'étude. Néanmoins, il n'est pas rare en réalité que le financement soit mixte afin de limiter son coût.

Chapitre I - Financement budgétaire

En plus des recettes tarifaires, liées au prix du service payé par les usagers, les collectivités disposent en propre, pour financer les projets de transports, de trois catégories de ressources :

- les subventions spécifiquement destinées au secteur des transports ;
- les ressources internes, provenant du budget de la collectivité ;
- l'emprunt.

I. Financement interne

I.1. Subventions d'équipement

Les AO peuvent percevoir différentes subventions, cumulables entre elles :

- **De collectivités locales membres ou non membres de l'AO.**

A titre d'exemple, pour son projet de tramway de l'agglomération Nice Côte d'Azur - Ligne 1, la Communauté d'agglomération de Nice s'est vu accorder une subvention de 12,6 M € de la part du Conseil Régional Provence-Alpes Côte d'Azur, et de 25 M € du Conseil Général des Alpes Maritimes.

Pour le même type de projet, le SMTC de Clermont-Ferrand a pour sa part inscrit dans son plan prévisionnel de financement trois subventions d'un montant de 15 M €, accordées respectivement par la Région Auvergne, par le Département du Puy de Dôme et par Clermont Communauté.

- **De l'Etat :** le principe d'une aide de l'Etat aux collectivités locales pour le développement des transports collectifs a été instauré dès 1982, par la Loi d'Orientation sur les Transports Intérieurs (LOTI).

En 2001, l'Etat a décidé, sur ce fondement, d'accroître substantiellement son effort financier et de créer une nouvelle ligne budgétaire pour aider à la mise en œuvre des Plans de Déplacements Urbains (PDU) instaurés par la loi sur l'air de 1996 et au développement des transports collectifs en site propre (TCSP)⁶. Ces subventions étaient cumulables avec les autres aides éventuelles (ADEME par exemple).

Mais les aides de l'Etat ont été supprimées en 2004.

Lors du Comité Interministériel d'Aménagement et de Compétitivité des Territoires du 14 octobre 2005, le Gouvernement a annoncé sa volonté de relancer une politique de soutien ciblée en faveur des transports collectifs dans les grandes agglomérations, et plus spécifiquement des Transports en Communs en Sites Propres (TCSP).

Cette annonce n'a pas inversé la tendance au désengagement de l'Etat du financement des PDU et des TCSP.

- **De l'Union européenne :** les "initiatives communautaires" peuvent permettre aux collectivités d'obtenir le concours financier de l'Union européenne pour la réalisation d'investissements favorisant le développement durable, notamment dans le domaine du transport urbain propre.

6 - Circulaire du 10 juillet 2001 relative aux aides de l'Etat à la mise en œuvre des plans de déplacements urbains et aux transports collectifs de province

Les “Initiatives Communautaires” sont des interventions spéciales proposées par la Commission aux Etats membres, qui les mettent en œuvre en s’inscrivant dans des programmes spécifiques, les “programmes d’initiative communautaire”.

Ces programmes sont co-financés par les fonds structurels (type FEDER).

Deux d’entre eux, financés par le Fonds européen de développement régional (Feder), ont bénéficié aux grands projets de transports urbains :

- Le programme INTERREG III-b, qui a été élaboré dans l’objectif de soutenir le développement local par la voie de la coopération internationale et de populariser les systèmes de transport efficaces et durables.
- Le programme URBAN II, qui soutient les modèles de développement et d’innovation pour régénérer les territoires urbains par le financement des projets dans de nombreux domaines, y compris le développement des systèmes de transport public respectueux de l’environnement.

Pour la période 2007-2013, les objectifs des fonds structurels ont été revus. Les projets de TCSP entrent désormais dans l’objectif de convergence, qui promeut notamment l’accessibilité des régions européennes et le respect de l’environnement.

A ce titre, le FEDER a été conforté dans sa participation au financement des transports en général et des transports propres en particulier.

I.2. Versement transport⁷

I.2.1. Autorités organisatrices de transport bénéficiaires

Il s’agit d’une imposition assise sur la masse salariale brute et affectée exclusivement aux dépenses d’investissement et de fonctionnement des transports collectifs, institué et perçu par les collectivités locales organisatrices de transport collectif urbain.

La loi SRU du 13 décembre 2000 a abaissé à 10 000 habitants le seuil de population au-delà duquel le versement transport peut être institué pour les communes et leurs groupements.

Elle a par ailleurs instauré un versement transport “additionnel” en faveur des syndicats mixtes de coopération qui associent deux ou plusieurs autorités organisatrices de transport (notamment les régions et les départements), dans le but de “coordonner les services qu’elles organisent et de mettre en place un système d’information à l’intention des usagers et de rechercher la création d’une tarification coordonnée et des titres de transport uniques ou unifiés”. Le syndicat peut prélever un versement destiné au financement des transports en commun dans un espace à dominante urbaine d’au moins 50 000 habitants incluant une ou plusieurs communes-centres de plus de 15 000 habitants, «dès lors que ce syndicat associe au moins la principale autorité compétente pour l’organisation des transports urbains” (article L.5 722-7 du CGCT). Dans ce cas, le taux du versement ne peut excéder 0,50 % de la masse salariale. A l’intérieur d’un périmètre des transports urbains (PTU), le taux est réduit “de sorte que le total de ce taux et du taux maximum susceptible d’être institué par l’autorité compétente n’excède pas le taux maximum qui serait autorisé dans un PTU qui coïnciderait avec l’espace à dominante urbaine concerné par le prélèvement du syndicat”.

I.2.2. Fixation des taux

Le Versement transport correspond à une participation des employeurs publics et privés aux efforts faits par la collectivité pour faciliter les déplacements domicile-travail. Il est dû par toutes les entreprises et administrations de 9 salariés et plus situées dans un PTU, et son produit est proportionnel à la masse salariale.

Hors Ile-de-France, le taux du versement est librement fixé ou modifié par délibération de l’assemblée ou de l’organe compétent de l’établissement public, dans la limite d’un plafond fixé par la loi.

⁷ - (Art. L. 2333-64 à L. 2333-75 du CGCT)

Pour les entités dont la population est comprise entre 10 000 et 100 000 habitants, le taux maximal est fixé à 0,55 % des salaires. **Pour les collectivités dont la population est supérieure à 100 000 habitants, cette limite peut être portée à 1,75 % si la collectivité ou l'établissement public a décidé de réaliser une infrastructure de transport collectif.** Les AOTU constituées sous la forme d'un EPCI à fiscalité propre (CCom, CA ou CU) et les AOTU auxquelles adhère une CCom, une CA ou une CU. ayant la faculté de majorer de 0,05 % les taux maxima.

Dans la région Ile-de-France, le taux n'est pas libre, il est fixé par la loi. Il est de 2,5 % à Paris, 1,8 % dans les départements de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne et 1,5 % dans les départements de l'Essonne, des Yvelines, du Val-d'Oise, de Seine-et-Marne et des Hauts-de-Seine.

En moyenne, le "Versement Transport" représente 36 % des ressources globales des transports collectifs urbains et en constitue une source cruciale de financement. Il peut faciliter la réalisation d'opérations lourdes - même s'il reste insuffisant compte-tenu du coût des investissements.

I.3. Participation du budget général⁸

Les transports collectifs sont des Services Publics à Caractère Industriel et Commercial (SPIC), régis par l'instruction budgétaire M43. Leurs budgets sont à ce titre soumis aux principes d'autonomie et d'équilibre.

Pour éviter toute confusion entre les recettes du service (payées par l'utilisateur) et les recettes générales de la collectivité (payées par le contribuable), les SPIC doivent être gérés de manière autonome à travers un budget annexe.

Le CGCT interdit en principe aux collectivités de rattachement de prendre en charge les dépenses relatives aux SPIC. En cas d'insuffisance des recettes d'exploitation du service, le recours au budget général doit donc rester exceptionnel. Ce type de financement est néanmoins possible lorsque le fonctionnement du service nécessite la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'utilisateurs, ne pourraient être financés que par une hausse excessive des tarifs (ce qui est souvent le cas pour les investissements de départ). Mais la subvention versée alors, qui apparaît dans le budget comme une subvention d'équipement, doit être exceptionnelle et ne peut être pérennisée. Elle doit être motivée et faire l'objet d'une délibération préalable de la collectivité.

Pour les services de transports locaux, ce régime est toutefois assoupli : la loi du 30 décembre 1982 relative à l'orientation des transports intérieurs (LOTI) introduit en effet une dérogation au principe d'équilibre financier des SPIC pour le transport public régulier de personnes, en autorisant expressément leur financement par les collectivités publiques (art. 7-III).

Les transports collectifs locaux étant très fréquemment déficitaires, le recours à cette possibilité est quasi-systématique, et l'abondement des budgets annexes par le budget général constitue donc un outil central de financement.

II. Financements externes

II.1. Emprunts classiques

II.1.1. Cadrage juridique

Avant 1982, le recours par les collectivités locales à des sources de financement externe était étroitement encadré et contrôlé par l'administration centrale. Ce sont les lois de décentralisation qui ont libéralisé le recours à l'emprunt pour les collectivités territoriales.

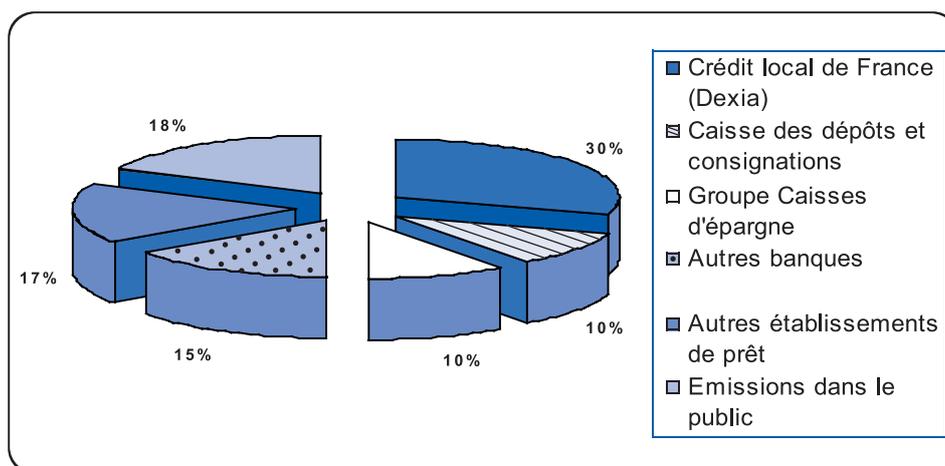
Le recours des collectivités locales à l'emprunt conserve des spécificités : il est régi par les règles de la comptabilité publique et du droit public, et le produit des emprunts doit, en principe, être exclusivement destiné au financement des investissements.

8 - (Art. L. 2333-64 à L. 2333-75 du CGCT)

Le marché du crédit bancaire aux collectivités locales est aujourd'hui très concurrentiel, et les produits proposés diversifiés. Les principaux acteurs sont Dexia, le Groupe Caisses d'Épargne, Depfa Bank et parmi les grandes banques généralistes, le Crédit Agricole et la Société Générale.

Le schéma suivant illustre la diversité des intervenants sur le marché du crédit bancaire, en prenant pour exemple l'échelon régional : il présente la part des différents acteurs dans la dette des Régions françaises au 31 décembre 2000 (pour un volume total de l'encours de la dette de 7,9 milliards d'Euros).

Part des différents acteurs dans l'encours de dette des Régions françaises par contrepartie au 31 décembre 2000 (Volume de l'encours à cette date : 7,9 milliards d'Euros)



Source : DGCL, Ministère de l'Intérieur, 2003

II.1.2. Crédit bancaire : un instrument très utilisé par les collectivités locales

Le recours au crédit est aujourd'hui encore le principal instrument de financement externe des collectivités locales (par exemple, il représentait, en 2002, 85 % des ressources externes des régions).

Son principal avantage est sa grande souplesse : mobiliser un emprunt, consiste essentiellement à choisir un taux, une durée, des modalités de tirage et de remboursement, ainsi qu'un profil d'amortissement. En jouant sur ces facteurs, les collectivités locales peuvent obtenir un prêt qui s'adapte bien à leurs contraintes budgétaires.

- **Durée** : suivant la nature de l'équipement à financer, elle peut varier de 1 à 30 ans, exceptionnellement jusqu'à 50 ans ; en moyenne, elle est de 15 ans ;
- **Taux d'intérêt** : pour les collectivités locales, les types d'indices retenus dans les propositions de prêts sont généralement les indices du marché monétaire (T4M, TAM ou EURIBOR) pour les prêts indexés sur des taux flottants, variables ou révisables, et les indices du marché obligataire (TEC5 ou TEC10) pour les prêts à taux fixe ;
- **Tirage** : les collectivités ont la possibilité de contracter des prêts sur 15 à 30 ans à plusieurs tirages en fonction de leurs besoins.
- Pour les projets importants, la **périodicité** de remboursement est le plus souvent annuelle.

- Le choix du **mode d'amortissement de l'emprunt** offre des possibilités très variées : l'amortissement peut être progressif, dégressif, constant, sculpté, avec différé de remboursement du capital ou report du paiement des intérêts...

Les possibilités bancaires offertes aux collectivités locales pour financer leurs projets sont donc très nombreuses, et bien adaptables à leurs besoins.

Les indices monétaires de référence :

- ➔ **Le T4M (ou TMM) :** taux moyen mensuel du marché monétaire.
Il est calculé à partir de la moyenne sur 30 jours du taux journalier du marché interbancaire de la zone Euro (EONIA).
- ➔ **Le TAM :** taux annuel monétaire.
Il représente de la capitalisation du T4M des douze derniers mois.
- ➔ **L'Euribor :** Euro interbank offered rate.
C'est un taux moyen interbancaire calculé entre les établissements de la zone Euro.

Format des prêts les plus fréquents

Les types de prêts les plus utilisés par le secteur public local sont :

- les prêts à taux fixe et à long terme (30 à 50 ans), produits traditionnels des collectivités locales pour leur simplicité de gestion et la garantie de stabilité en cas d'orientation des taux à la hausse ;
- les prêts à taux révisable, indexés sur la variation d'un indice financier pris comme référence sur le marché monétaire, le taux étant prédéterminé et révisé à l'issue de la période d'indexation ;
- les prêts à taux variable, pour lesquels seule la marge par rapport à l'indice apparaît au contrat.

Les différents types de taux d'intérêt :

- ➔ **Le taux fixe :** le taux d'intérêt est fixé lors de l'emprunt pour toute sa durée.
- ➔ **Les taux indexés :** le taux appliqué évolue en fonction d'un index du marché qui sert de référence.
L'indexation peut être fixée en début de période, sur la base des taux observables (on parle alors de *taux révisable*), ou fixée au moment du paiement des intérêts, généralement à partir de la moyenne des taux observés pendant la période (*taux variable*).

Focus sur les crédits optionnels

Le crédit optionnel permet de **moduler les échéances de remboursement tout en bénéficiant de la sécurité d'un taux fixe**. L'emprunteur choisit la durée du prêt, qui peut aller de 3 à 15 ans, et la périodicité des échéances : mensuelle, trimestrielle, semestrielle ou annuelle.

La première année du prêt, l'échéance est fixée de manière contractuelle. Ensuite, la collectivité peut décider de moduler chaque année le montant des échéances. Elle peut ainsi rembourser les échéances égales ou augmenter ses remboursements jusqu'à 150 % du montant de l'échéance initiale. La majoration des échéances réduit d'autant la durée du prêt, et par conséquent le montant total des intérêts versés.

Le crédit optionnel présente l'avantage d'être souple, de s'adapter aux capacités de remboursement de la collectivité, et de lui permettre de gérer plus activement son endettement. Déterminé sur la base d'un taux fixe, il offre une réelle sécurité, tout en présentant, grâce à la modulation des échéances, un coût de financement inférieur à celui d'un prêt classique à taux fixe et échéance constante.

Le schéma suivant l'illustre, en comparant le coût d'un crédit classique et d'un crédit optionnel pour un prêt d'un million d'Euros contracté sur une durée de 15 ans. Le recours au crédit optionnel permet de réaliser une économie de 125 220 €, et de réduire de trois ans la durée du crédit :

Tableau de comparaison entre un crédit classique et un crédit optionnel

Type de prêt	Crédit classique	Crédit optionnel
Annuités	15 annuités de 111 185 €	3 annuités de 111 185 € 3 annuités de 133 000 € 2 annuités de 160 000 € 4 annuités de 122 500 €
Coût du crédit	667 775 €	542 555 €

Source : Caisse d'Epargne

II.2. Emprunts obligataires (financement désintermédié)

Parallèlement au financement bancaire traditionnel, les collectivités locales ont la possibilité de se financer directement sur les marchés de capitaux en recourant aux émissions obligataires. Cette technique est peu utilisée puisque, à ce jour, les émissions obligataires ne représentent que 2 % de l'encours moyen des collectivités. Pourtant, aucun montant minimum n'est exigé pour une émission obligataire, et cette source de financement pourrait leur permettre de diversifier leur dette.

Mais l'intervention sur le marché obligataire ne présente réellement d'intérêt qu'en cas de financement d'un gros projet et/ou de récurrence des besoins financiers, pour deux raisons majeures :

- d'une part, l'émission obligataire ne devient avantageuse par rapport au prêt que lorsque l'émetteur est bien connu des marchés. Il est possible de recourir à un "rehausseur de crédit", société d'assurance (notée AAA) qui, moyennant une prime, garantira la dette auprès des investisseurs.
- d'autre part, le montant emprunté doit permettre d'amortir les coûts fixes de l'émission.

Par conséquent, en dépit de l'absence de montant minimum juridiquement défini pour une émission obligataire, la taille critique pour accéder au marché obligataire français est en réalité de l'ordre 40 millions d'euros.

L'exemple des Communautés urbaines : les émissions obligataires groupées ?

Pour dépasser les obstacles évoqués, 11 des 14 Communautés urbaines ont décidé de recourir, en 2004, à une émission obligataire groupée.

La première opération, lancée pour un montant de 106 millions d'euros, a été un tel succès que les trois Communautés restantes ont souhaité y prendre part : 103 millions d'Euros ont été levés en 2005.

Ces émissions constituent des emprunts pour lesquels les Communautés urbaines sont débitrices conjointes (chacune pour sa part empruntée), mais non solidaires (chaque Communauté reste totalement et exclusivement responsable de la part d'emprunt qu'elle effectue ; la solidarité financière serait contraire au principe de libre administration).

En raison de la taille du groupement emprunteur et de la dilution du risque pour les investisseurs, leur notation est excellente (Aa3 en 2004 comme en 2005) : elle prend en compte la faible probabilité de défaillance simultanée des émetteurs, et n'est pas une moyenne des notes qui auraient pu être attribuées individuellement à chaque Communauté urbaine.

L'opération a parfaitement permis d'atteindre son objectif principal, à savoir la diversification de la dette des collectivités : alors qu'en 2003, le stock de dette des Communautés urbaines ne comportait plus d'emprunts obligataires (ou de façon très résiduelle), les montants souscrits en 2005 représentent en moyenne 10 % des montants empruntés sur l'année (avec des écarts allant de 5 à 50 % selon les Communautés).

Il est vrai que ce type d'opération présente l'inconvénient d'un certain manque de souplesse, et que les communautés urbaines les moins grandes bénéficient davantage de l'approche collective. Mais cette pratique innovante, tout à fait envisageable pour d'autres types de collectivités, s'avère être un bon moyen de permettre aux collectivités locales d'accéder au marché obligataire, et ainsi de s'émanciper des relations bancaires bilatérales et de diversifier la structure de leur dette.

II.3. Crédit- bail

Ouvert aux collectivités locales en 1987, c'est un instrument de substitution à la dette, qui permet de **répondre à des capacités d'emprunt limitées en transformant des dépenses d'investissement en dépenses de fonctionnement étalées sur la durée du contrat**. Il a été favorisé par la M 14.

Fonctionnement

Le crédit-bailleur reçoit mandat du crédit-preneur (la collectivité) pour acquérir ou réaliser et financer un équipement. Le crédit-preneur devient ainsi maître d'ouvrage délégué, tandis que le crédit-bailleur est propriétaire de l'équipement pendant toute la durée du bail (généralement de 15 à 20 ans). Il le met à disposition de la collectivité contre paiement d'un loyer.

A l'issue du crédit-bail, la collectivité dispose d'une option d'achat qui lui permet de devenir propriétaire pour une valeur résiduelle.

Le recours au crédit-bail permet donc à la collectivité de réaliser un investissement en contrôlant ses caractéristiques comme si elle investissait elle-même, mais en faisant porter la propriété des biens et l'endettement par le crédit-bailleur.

Il est notamment ouvert pour les biens nécessaires à des activités dont les recettes sont assujetties à la TVA de plein droit, ce qui est le cas des transports publics.

Avantages et inconvénients

Les avantages du crédit-bail sont les suivants :

- souplesse du mode de fixation des loyers, qui peuvent être constants, progressifs ou dégressifs pour tenir compte de la fluctuation des recettes attendues ; ils peuvent être indexés suivant un indice économique lié à l'investissement (par exemple l'indice du coût à la construction), ce qui permet de prendre en compte la montée en régime de l'exploitation des biens ;
- possibilité de financer intégralement, sous un même contrat, l'ensemble des composantes du projet (immobilier, équipement, incorporel) ;
- concordance entre la valeur et la durée de vie des équipements et le volume et la durée des financements mis en œuvre ;
- rapidité de mise en place ;
- application du transfert au délégataire de droit à déduction de la TVA grevant les redevances de crédit-bail supportées par une collectivité qui met les biens financés en crédit-bail à la disposition de son délégataire dans le cadre d'un contrat de concession ou d'affermage (Instruction fiscale 3 D-2-06 du 16 juin 2006 - TVA - Délégation de services publics, procédure de transfert de droit à déduction).

En revanche, le crédit-bail présente généralement un surcoût par rapport à l'emprunt lorsqu'il ne fait pas l'objet d'une optimisation fiscale. Par ailleurs, contrairement à l'emprunt, le crédit-bail est soumis aux procédures de mise en concurrence nationales et européennes.

Recours à une SOFERGIE

Pour le financement des projets de collectivités territoriales, **le recours à des montages mettant en œuvre une SOFERGIE peut permettre de récupérer la TVA**. Les SOFERGIE sont des établissements de prêts à statut spécial : ce sont des sociétés de crédit-bail immobilier et mobilier pour le financement d'équipements publics et d'équipements générateurs d'économie d'énergie.

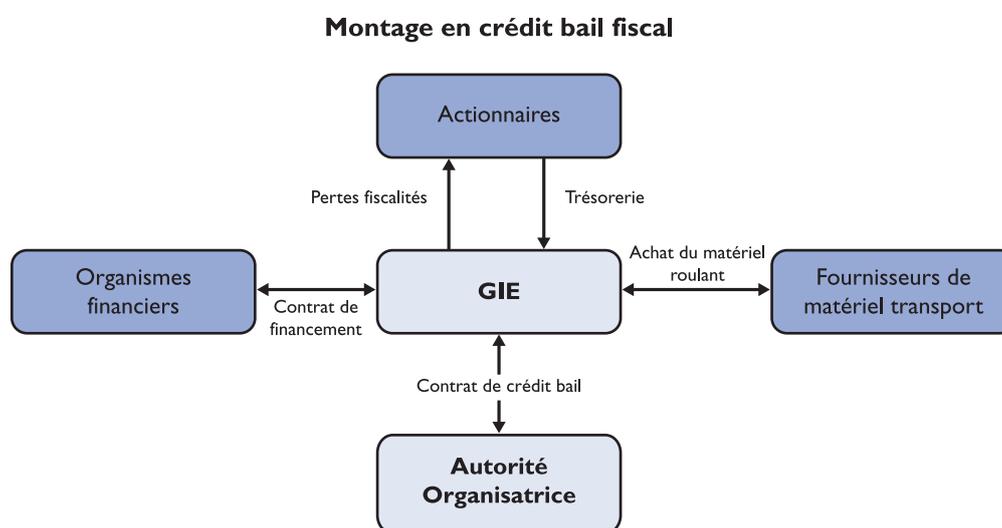
Depuis 1987, elles sont autorisées à intervenir auprès des collectivités territoriales pour des activités dont les recettes sont soumises à la TVA. La loi du 13 juillet 1992 a explicitement étendu cette possibilité aux ouvrages et équipements nécessaires au transport.

Focus sur le crédit bail fiscal

Le crédit bail fiscal est une variante du crédit bail classique. **Son principe repose sur la création d'un déficit fiscal : c'est donc une forme de subventionnement détourné accordé par l'Etat.**

La technique passe par la création d'une structure de portage ad hoc transparente fiscalement, généralement un groupement d'intérêt économique (GIE). A la suite de l'achat du bien faisant l'objet du crédit bail, les investisseurs retirent de cette entité un déficit imputable sur leur propre résultat imposable. Cette économie, due à la politique d'amortissement pratiquée par le GIE, est partiellement rétrocédée à la collectivité preneuse via un mécanisme complexe qu'il ne paraît pas pertinent de décrire ici.

Le crédit bail fiscal permet ainsi d'obtenir des taux de financement avantageux. Il a été utilisé à plusieurs reprises pour l'achat de matériel roulant (Strasbourg, Mulhouse...).



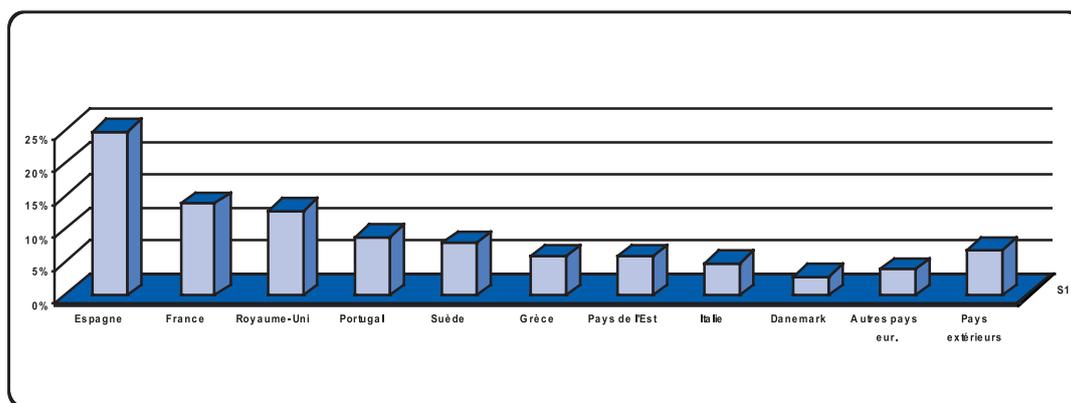
II.4. Rôle de la Banque Européenne d'Investissement

La Banque européenne d'investissement (BEI) a été créée pour financer des projets qui concrétisent les priorités économiques et sociales de l'Union européenne - dont fait désormais partie l'amélioration de l'environnement. Elle apporte aujourd'hui un concours important à de nombreux projets relatifs aux transports urbains durables, et elle est devenue une source de financement incontournable pour ce type d'opérations (surtout depuis la suppression des subventions de l'Etat aux PDU et aux projets de TCSP).

Le principe est que la BEI reste une source complémentaire de financement : elle finance au maximum 50 % d'un projet.

Pour la période 2000-2004, son soutien au secteur des transports urbains a atteint 10,7 milliards d'euros sous forme de financement direct, dont 92 % pour les projets de transports collectifs (construction, extension ou réhabilitation d'infrastructures, acquisition de matériel roulant...). 14 % de ces prêts ont été faits en France, ce qui fait de notre pays le second plus gros consommateur de prêts.

La France, 2nd plus gros consommateur de prêts de la BEI aux transports urbains (2000-2004)



Source : BEI

Le recours à un prêt de la BEI comporte de nombreux avantages : d'abord, ses taux sont parmi les plus bas du marché grâce à sa notation de crédit supranationale AAA.

Ensuite, les solutions offertes sont souples : la BEI offre plusieurs sortes de taux (fixe, révisable ou variable), et l'emprunteur peut aussi choisir les modalités de remboursement et le profil d'amortissement (constant, progressif ou à la carte) de chaque tranche au moment du décaissement, ce qui contribue à une gestion active de la trésorerie. La durée des prêts (de 25 à 40 ans) permet l'étalement de la dette dans le temps, et est adaptable au cycle d'exploitation du projet.

Enfin, la BEI a valeur de label, et sa participation crédibilise l'ensemble d'un plan de financement.

Pour qu'un projet soit admissible à un soutien financier de la BEI, il faut prouver qu'il est viable tant sur le plan environnemental qu'économique. La BEI étudie la structure et la coordination d'ensemble de l'opération d'un point de vue juridique, technique et financier, et analyse la pertinence sociale du projet, en recherchant s'il permet d'améliorer l'environnement, la liberté de circulation ou le bien être de la population.

La BEI offre trois types de financements :

Pour les projets de plus de 25 millions d'Euros, les prêts individuels

La BEI finance directement les projets de grande dimension. En 2005, elle a par exemple financé l'extension du tramway de Bordeaux (prêt de 120 millions €), et métro de Toulouse (600 millions €), la construction de la première ligne de tramway du Mans (120 millions €) et des deux nouvelles lignes de tram à Grenoble (200 millions €), ou encore le TGV Est (70 millions €).

Pour les projets entre 20 et 25 millions d'euros, les prêts globaux

La BEI finance indirectement les projets plus petits : elle attribue à un partenaire bancaire local une ligne de crédit, associée à un mandat pour financer des projets répondant à ses critères.

C'est alors le partenaire local qui se charge de la sélection des projets, et qui met en application les critères de la BEI. Les prêts globaux représentent environ 40 % des fonds débloqués par la banque ; en France, une enveloppe annuelle de 400 millions d'euros est gérée par Dexia et les Caisses d'Epargne.

Le Parlement européen appelle aujourd'hui la BEI à développer les prêts aux projets de taille moyenne, voire à développer également une activité de micro-crédit qui permettrait aux petites collectivités de bénéficier également de ce type de financement.

Les programmes de financement

Avec le secrétariat d'Etat aux transports et en partenariat avec le groupe Caisse d'Epargne, la BEI a mis en place en 2004 un "programme transports urbains durables", consacré au financement des projets de transport collectif urbain de grande et moyenne dimension en voie de démarrage, et dont l'achèvement est prévu d'ici 2007/2008.

A ce programme correspond une ligne budgétaire de 500 millions d'euros, qui permet d'accorder des prêts allant jusqu'à 40 ans. Les projets éligibles (Amiens, Lyon, Tours...) ont été sélectionnés par la BEI elle-même.

Chapitre II - Aspects organisationnels

La maîtrise d'ouvrage, qu'elle soit publique ou privée, est un vrai "métier". Elle implique donc la mise en place d'une organisation spécifique et l'appel à des intervenants pour la réalisation d'un TCSP.

Les données qui suivent sont indicatives et ne prétendent pas être exhaustives.

I. Organisation interne

Elle comporte, d'une part, l'organisation classique pour la passation des marchés et, d'autre part, une organisation spécifique pour le TCSP.

I.1. Organisation des élus

L'organisation classique pour la passation des marchés fait intervenir :

- le représentant de l'entité adjudicatrice (anciennement personne responsable du marché-PRM),
- la commission d'appel d'offres (CAO),
- l'organe délibérant.

Le représentant de l'entité adjudicatrice est, en principe, l'exécutif de l'AO.

La CAO est :

- soit l'habituelle commission d'appel d'offres de l'AO ;
- soit une commission spécifique (art. 22.I du Code des marchés publics).

En montage MOP, les deux peuvent se cumuler.

Le nombre de marchés à passer peut être très élevé, selon le degré d'allotissement choisi (cent-vingt marchés, par ex. pour le tramway de Clermont-Ferrand).

Quand doit intervenir l'organe délibérant ? Selon la jurisprudence administrative, à la fin de la procédure de passation, pour autoriser la signature du marché par l'exécutif de l'AO. Selon la pratique, souvent en début de procédure, pour autoriser son lancement. Selon l'ordonnance n° 2005-645 du 6 juin 2005, relative aux procédures de passation des marchés publics des collectivités territoriales, à la fin, ou au début si la délibération comporte "la définition de l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché".

Toutefois, l'assemblée délibérante "peut, à tout moment, décider que la signature du marché ne pourra intervenir qu'après une nouvelle délibération, une fois connus l'identité de l'attributaire et le montant du marché". Cette dernière disposition est plus conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat et au principe selon lequel les élus doivent statuer en pleine connaissance de cause (CE 4 avril 1997, Commune d'Orcet, req. n° 151275).

I.2. Mission TCSP

Compte tenu de la complexité d'un projet de TCSP, les AO mettent en place une "administration de mission". Elle peut être composée de fonctionnaires territoriaux et/ou d'agents contractuels, si la spécificité des postes le permet. Le nombre de personnes est variable selon les collectivités (une dizaine ou plusieurs dizaines de personnes). Il est aussi fonction de l'externalisation de certaines prestations.

La mission TCSP comprend des personnels administratifs et techniques.

II. Assistance externe

Plusieurs types de contrats sont possibles, dont certains sont cumulables.

II.1. Mandat de maîtrise d'ouvrage

Le mandat de maîtrise d'ouvrage est prévu par la loi MOP du 12 juillet 1985 dans son article 4, modifié par l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004.

Ce contrat, souvent appelé "maîtrise d'ouvrage déléguée", est un marché de prestations de services, soumis au Code des marchés publics, et n'est plus réservé, depuis l'ordonnance sus-visée de 2004, à certaines catégories de personnes, dont les sociétés d'économie mixte locales. Le mandataire a, entre autres, une fonction de représentation du mandant (l'AO). Mais c'est la Commission d'appel d'offres de l'AO qui demeure compétente pour l'analyse des offres et le choix des attributaires des marchés (sur préparation par le mandataire). En outre, certaines décisions doivent être prises ou approuvées par le mandant (l'AO), telles que la réception des ouvrages.

Lorsque le mandataire est une société d'économie mixte locale (situation fréquente, héritée du temps où les mandats MOP n'étaient pas soumis à concurrence et réservés aux SEML, entre autres), un contenu minimum légal doit être respecté. Il est défini par l'article 1523-3 du Code général des collectivités territoriales. Il peut être mis en œuvre également dans un contrat conclu avec une société totalement privée.

Si l'AO, qui a un projet de TCSP, constitue d'abord une SEML ayant vocation à être mandataire, elle doit être particulièrement vigilante dans la conduite de la procédure de passation du contrat. En particulier, doit être respecté le principe d'égalité de traitement des candidats, et la SEML ne doit pas bénéficier d'informations préalables privilégiées. Les élus, président ou administrateurs de la SEML, ne doivent participer ni à la préparation ni à la passation du contrat de mandat. Les critères du choix doivent être objectifs, non discriminatoires et correctement appliqués.

Le mandataire doit appliquer les règles du Code des marchés publics pour la passation de ses propres marchés, ou celles de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.

La question se pose de savoir si une AO peut confier, sans publicité ni mise en concurrence préalables, le mandat MOP d'un TCSP à une société publique d'aménagement, celle-ci étant considérée comme "in house" (opérateur interne), sur le fondement de l'article 3-1° du Code des marchés publics. Les sociétés publiques locales d'aménagement, créées par la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006, sont compétentes pour réaliser "toute opération d'aménagement au sens du présent Code" (art. L. 327-1 al 3 nouveau du Code de l'urbanisme).

A strictement parler, un projet de TCSP, bien qu'il comporte une partie importante d'insertion urbaine, n'est pas principalement une opération d'aménagement urbain, au sens de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme. Encore que cette définition soit assez large :

"Les actions ou opérations d'aménagement ont pour objets de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels".

Mais la compétence transports collectifs est différente des compétences relatives à l'urbanisme opérationnel, et un TCSP n'entre pas, à titre principal, dans les "équipements collectifs" visés ci-dessus. Il faut noter, toutefois, que la compétence d'organisation des transports urbains est une compétence de plein droit des communautés d'agglomération dans la rubrique : "En matière d'aménagement de l'espace communautaire" (Art. L. 5216-5-2° du CGCT). La question demeure donc ouverte.

II.2. AMO conduite d'opération

L'assistance à maître d'ouvrage (AMO) est un contrat développé par la pratique. En revanche, la conduite d'opération est définie par la loi MOP du 12 juillet 1985 (art. 6). C'est une mission d'assistance générale (sur le plan technique, comptable et juridique), mais sans représentation du mandant, à la différence du mandat de maîtrise d'ouvrage. Ce contrat n'est plus réservé à une catégorie de prestataires bénéficiant d'un agrément (modification issue de l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 précitée).

Cependant, la pratique a privilégié le contrat d'AMO, dont le périmètre peut être librement défini par l'AO, et qui n'est pas réservé à des bureaux d'études bénéficiant d'un agrément. Le contrat est dans ce cas un marché classique de prestations de service.

L'assistant à maîtrise d'ouvrage n'a pas les missions de maîtrise d'œuvre. Il est aux côtés de l'AO maître d'ouvrage, et face à tous les intervenants (maîtres d'œuvre, entreprises, fournisseurs, prestataires de services). Il conseille et assiste le maître d'ouvrage dans son rôle spécifique de "donneur d'ordre".

Il faut naturellement veiller à la définition des missions et responsabilités de l'AMO, et aux questions de répartition et de frontières avec celles des maîtres d'œuvre. A cet égard, le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993, relatif aux missions de maîtrise confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé, confond certaines missions de maîtrise d'œuvre et des missions d'AMO. Par exemple, l'assistance au maître d'ouvrage pour les opérations de réception (AOR), cette mission étant souvent confiée à un maître d'œuvre.

II.3. Maîtrise d'œuvre

Les missions de maîtrise d'œuvre (MOE) sont variées dans un projet de TCSP. Elles peuvent faire l'objet de plusieurs contrats. Par exemple, le design du matériel roulant, l'insertion urbaine (architecte urbaniste), les infrastructures (bureau(x) d'études), les bâtiments dont le centre de maintenance (architecte), certains ouvrages d'art (architecte, bureaux d'études). En outre, l'AO peut d'abord choisir un maître d'œuvre de conception, puis un maître d'œuvre de réalisation, dans un ou plusieurs domaines.

La succession ou la simultanéité de maîtrises d'œuvre partielles soulève des problèmes et des difficultés de coordination, en termes notamment de responsabilités. Comme dans le cadre de l'allotissement des marchés de réalisation du TCSP, il faut assurer une bonne gestion des interfaces dans le temps et l'espace - ce qui ne va pas sans risques et sans retards ou dérive des délais parfois. En outre, il faut tenir compte des droits de propriété intellectuelle des architectes.

II.4. Ordonnancement - Pilotage - Coordination

La mission d'ordonnancement, pilotage, coordination (OPC) est indispensable en cas d'allotissement. Elle peut être confiée à un maître d'œuvre de réalisation des infrastructures ou faire l'objet d'un contrat séparé. L'OPC doit notamment gérer les "plannings", et faire respecter les délais par les intervenants, et recalculer les plannings, si nécessaire.

III. Contrats spécifiques

III.1. Contrats d'assurances

L'assurance du maître d'ouvrage "Dommages Ouvrage" est prévue par l'article L 242-1 du Code des assurances. Elle ne dispense pas les entreprises de souscrire les assurances de responsabilité civile et de garanties de construction ou de fournitures (art. 1792, 2270 et 1641, 1386-1 à 1386-18 du Code civil).

Il existe aussi des formules complexes d'assurances couvrant les intervenants, telles que l'assurance Tous Risques Chantier (TRC) ou la Police Unique de Chantier (PUC). Pour le choix et la mise en place des assurances, l'AO peut se faire assister par un conseil spécialisé.

Il faut rappeler que les contrats d'assurances sont, depuis quelques années, soumis au Code des marchés publics pour leur passation. L'AO peut choisir la procédure négociée après publicité préalable et mise en concurrence (art. 29-5°, art. 147 et 65 du CMP). La coordination entre le Code des marchés publics, qui qualifie le contrat d'assurance de contrat administratif, et le Code des assurances, qui instaure un régime légal de droit privé, n'est pas chose aisée, ni pour la passation, ni pour l'exécution des contrats d'assurances.

III.2. Mission SPS

La mission "sécurité et protection de la santé" est régie par diverses dispositions législatives et réglementaires, codifiées dans le Code du travail (art. L. 235-1 à L. 235-17 et R. 235-1 à R 235-5 et R. 238-1 à R. 238-56).

La coordination SPS relève du maître d'ouvrage. Elle doit être organisée tant en cours d'étude du projet que de réalisation de l'ouvrage. A cette fin, l'AO doit conclure un contrat spécifique avec un "coordonnateur", c'est-à-dire un bureau spécialisé (personnes physiques) répondant à certaines conditions (v. art. 238-9 à R; 238-15 du Code du travail). Il est l'interlocuteur des responsables SPS des entreprises et de l'inspecteur du travail.

III.3. Contrôles techniques - Experts

Outre les contrôles techniques classiques sur la réalisation d'études et de travaux, les AO doivent faire appel à des experts agréés pour l'établissement et le contrôle des dossiers de sécurité, nécessaires pour obtenir l'autorisation d'effectuer les essais et l'autorisation de mise en circulation du TCSP (experts et organismes qualifiés agréés - EOQA).

Selon les prescriptions du décret n° 2003-425 du 9 mai 2003, relatif à la sécurité des transports publics guidés, et de son arrêté d'application du 23 mai 2003, trois dossiers doivent être établis :

- dossier de définition de sécurité,
- dossier préliminaire de sécurité,
- dossier de sécurité définitif.

Au demeurant, quel que soit le mode de réalisation (MOP ou PPP), le Préfet délivre les autorisations à l'AO. Mais en réalisation MOP, l'AO assume la constitution des dossiers et fait appel aux experts agréés pour leur contrôle.

L'AO doit également faire établir le règlement de sécurité de l'exploitation et le plan d'intervention et de sécurité (décret du 9 mai 2003 et arrêté du 23 mai 2003).

Il appartient enfin à l'AO de coordonner la réalisation du TCSP et sa pré-exploitation puis son exploitation, quel que soit le mode d'exploitation choisi. Il faut, en particulier, prévoir les prestations et responsabilités des constructeurs (au sens large du terme) et de l'exploitant, en ce qui concerne les essais, la marche à blanc, la formation des personnels de l'exploitant et la mise en service, sans oublier les premières années d'exploitation et les quasiment inévitables "péchés de jeunesse" d'un TCSP.

DEUXIÈME PARTIE



MONTAGES PPP



Introduction

Le partenariat public-privé est un terme générique, qui désigne plusieurs formules d'association du secteur public et du secteur privé, sous forme de contrats différents des marchés publics, pour la réalisation et/ou l'exploitation d'ouvrages et de services. Les PPP constituent des modalités de **financement privé** d'équipement publics et/ou de **gestion déléguée** des services publics. Toutefois, l'expression PPP est parfois utilisée, pour désigner seulement les récents contrats de partenariat.

Les PPP ont une longue histoire en France, parfois oubliée. La forme la plus ancienne de PPP est la concession de travaux publics et de service public. La première concession connue est celle du canal de Craponne (de la Durance au Rhône) en 1554. Les grands canaux ont été réalisés en concession (canal du Midi, canal de Bourgogne, par exemple).

Les concessions ont connu un grand développement en France au XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle, dans de nombreux domaines, et notamment dans les infrastructures de transport (concessions ferroviaires). Il existait un cahier des charges type des concessions de tramway, édité en 1881. Au XX^{ème} siècle, le schéma autoroutier a été mis en œuvre essentiellement au travers de concessions.

Aujourd'hui, existent des formules classiques de PPP et des formules plus récentes. Les solutions classiques sont désormais dénommées délégations de service public. Parmi les solutions plus récentes, le contrat de partenariat (CP) institué par l'ordonnance de 2004-559 du 17 juin 2004 occupe une place particulière. Il est souvent assimilé aux PPP, alors qu'il n'en constitue qu'une forme particulière et que la famille des PPP comporte plusieurs catégories de contrats ou montages contractuels. On les regroupera en trois catégories :

- **Délégations de service public**, en rappelant que seuls les concessions et les affermages sont de "vraies" délégations du service public, c'est-à-dire non seulement sur le plan juridique mais également sur le plan fiscal ;
- **Contrats d'occupation du domaine public**, c'est-à-dire les autorisations d'occupation temporaire (A.O.T.) constitutives ou non de droits réels, les baux emphytéotiques administratifs (B.E.A.) étant exclus sur la voirie ;
- **Contrats de partenariat**, nouvelle catégorie de contrats intermédiaires entre les concessions et les marchés publics, mais plus proches de la logique contractuelle des concessions, en raison du fait notamment que le titulaire d'un contrat de partenariat est, es qualités, maître d'ouvrage comme un concessionnaire.

On ne peut passer sous silence les PPP institutionnels que constituent les sociétés d'économie mixte locales, qui associent capitaux majoritairement publics et capitaux privés, au sein d'une société anonyme. Elles sont régies par les articles L. 1511-1, L. 1511-8 et R. 1511-1 à R. 1511-47 du Code général des collectivités territoriales. Mais elles ne peuvent être, directement ou statutairement, des partenaires privés (juridiquement). Elles doivent, en effet, contracter avec les collectivités territoriales selon les diverses formules de marchés ou de PPP, et elles sont soumises aux règles de concurrence pour la passation des contrats avec leur collectivité de "tutelle"

TITRE I - ASPECTS JURIDIQUES

Introduction

I. Terminologie et variété des contrats

La terminologie a varié dans le temps. La “loi Sapin” (loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques) a consacré la dénomination globalisante de **délégations de service public**. Cette dénomination vise des formes classiques de partenariat public-privé, dont les plus anciennes sont la concession de travaux publics et service public, dans lesquelles les investissements sont à la charge du cocontractant, et les affermage et régies intéressées, dans lesquelles seule l’exploitation est confiée au titulaire du contrat.

Des formules nouvelles de partenariat public-privé ont été créées par le législateur :

- les **conventions d’occupation du domaine public constitutives de droits réels** ;
- et surtout le **contrat de partenariat**.

Une mention spéciale doit être réservée à certains contrats spécifiques, portant à la fois sur la réalisation de certains investissements et sur l’exploitation :

- les **contrats passés entre les régions et la SNCF** (Société Nationale des Chemins de Fer) ;
- les **contrats passés entre le STIF** (Syndicat des Transports d’Ile-de-France) et, d’une part **la SNCF**, et, d’autre part, **la RATP** (Régie des Transports Autonomes Parisiens).

La “Loi Sapin” ne leur est pas applicable, même si certaines régions souhaiteraient orienter les contrats avec la SNCF dans le sens des principes des délégations de service public, en attendant la libéralisation des services ferroviaires voyageurs.

La LOTI leur est partiellement applicable, avec des dispositions particulières.

II. Règles générales applicables aux contrats administratifs

Passés par des personnes morales de droit public, les PPP sont des contrats administratifs. Des règles générales sont applicables aux contrats administratifs, et spécialement aux délégations de service public, et aux contrats de partenariat. Ce sont des règles communes à toutes les DSP et à tous les CP, plus ou moins organisées contractuellement, mais applicables en tout état de cause.

On en retiendra quatre, particulièrement importantes :

- la cession du contrat,
- la modification unilatérale du contrat,
- le pouvoir de contrôle et de sanction,
- la résiliation unilatérale pour motif d’intérêt général.

II.1. Cession du contrat

La cession consiste en une “*reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l’ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat*” (CE, Section des finances, Avis n° 141654 du 8 juin

2000, AJDA 2000 page 758). La cession du contrat peut être partielle ou totale (v. en ce sens, CE, 3 mai 1999, *SARL Maison Dulac*, BJCP, 1999, n° 6, p. 558), et elle est généralement prévue par le contrat. Elle n'est pas normalement soumise à concurrence, puisqu'elle est à l'initiative du titulaire initial du contrat.

Le cessionnaire du contrat “doit s'entendre d'une personne morale distincte du titulaire initial dudit contrat”. Tel n'est pas le cas “en cas de transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme, ou en cas de prorogation ou de toute autre modification statutaire”, ou en cas de cession de droits sociaux. En revanche, “il y a bien cession à un tiers lors de la réalisation d'opérations de scission et de fusion, lorsque ces opérations aboutissent à la création de sociétés nouvelles (...) ou lorsque, à la suite d'autres formes de transmissions de patrimoines ou de cessions d'actifs, la société nouvelle se voit attribuer, en qualité de cessionnaire, un marché public ou un contrat de délégation de service public” (CE, Section des finances, Avis n° 141654 du 8 juin 2000, précité).

Toutefois, la possibilité de céder le contrat comporte certaines limites. D'une part, la cession ne peut remettre en cause les éléments essentiels du contrat conclu, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers. Dans cette hypothèse, un nouveau contrat doit être conclu, soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence applicables.

D'autre part, la cession de contrat est subordonnée à l'autorisation préalable de la personne publique (CE, 20 janvier 2005, *Compagnie départementale des Eaux c/Ville de Langres*, S. 1907, p. 9 ; CE, 26 mai 1989, *Société nouvelle Rapib*, req. n° 54531 ; CE, 3 mai 1999, *SARL Maison Dulac*, BJCP, 1999, précité), laquelle ne peut être refusée que pour un motif légitime, tenant notamment à l'appréciation des garanties professionnelles et financières que peut présenter le nouveau titulaire du contrat pour assurer la bonne fin du contrat dans le cas d'un marché ou, dans le cas d'une délégation, de son aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

Dans les contrats de partenariat, doit obligatoirement figurer une clause sur le “contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat” (Art. L. 1414-12 point i) du CGCT sur le contenu légal d'un CP).

La cession doit être distinguée du transfert de plein droit du contrat à une nouvelle autorité organisatrice, dans le cas de la création d'une nouvelle entité administrative compétente en matière de transports. Ce transfert n'ouvre pas droit, en principe, à renégociation, et n'entraîne pas la résiliation du contrat, sauf accord contraire des parties (art. L. 1321-2 et L. 5721-6-1 du Code général des collectivités territoriales).

II.2. Modification unilatérale par la personne publique

La personne publique dispose d'un pouvoir de modification unilatérale du contrat. Il s'agit d'un principe applicable à tous les contrats administratifs (CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec. p. 33 ; CE, Sect., 9 décembre 1983, *SA d'étude, de participation et de développement*, Rec. p. 498). Généralement, la possibilité pour la personne publique de modifier le contrat est contractuellement prévue. La personne publique peut ainsi imposer la réalisation de prestations supplémentaires, ou une réduction du périmètre contractuel.

La personne publique ne peut néanmoins modifier unilatéralement l'objet du contrat (CE, 17 février 1978, *Société Compagnie française d'entreprise*, Rec. p. 88), ni les stipulations financières du contrat (v. par ex. CE 7 décembre 1973, *Lecouleur et Sloan*, Rec. p. 705), sauf les tarifs qui constituent une clause réglementaire. Les clauses réglementaires concernent l'organisation et le fonctionnement du service public, dont l'AO conserve la maîtrise et la définition - sous la réserve des droits financiers de son co-contractant [CE 21 décembre 2006, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier et contribuables du quartier Croix-de Segucy-Tivoli*, Rec. 962, concl. Romieu - affaire relative au réseau de tramway de Bordeaux].

Dans un arrêt très récent, la Cour administrative d'appel de Douai a limité sérieusement le pouvoir de modification

unilatérale du contrat, qui portait dans cette affaire sur la prolongation de six mois d'un contrat d'exploitation de transports urbains, afin d'achever la procédure de passation du nouveau contrat de délégation de service public, en jugeant que :

“en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, l'administration peut apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation ; que si l'usage de cette prérogative peut entraîner une révision des clauses financières du contrat, cet usage ne peut autoriser l'administration à imposer à son co-contractant des conditions financières auxquelles il n'aurait pas consenti”.

[CAA Douai, 16 novembre 2006, Lille Métropole Communauté Urbaine c/Société Transpole, req. n° 05DA00774].

En d'autres termes, une collectivité publique ne peut assurer la continuité du service public par prolongation unilatérale du contrat sans obtenir l'accord du délégataire sur les conditions financières ! Ce qui est pour le moins contradictoire et, dans certains cas, une “formalité impossible”. Toutefois, en raison du “privilège du préalable”, la décision administrative de modification unilatérale est, en principe, exécutoire, mais “sanctionnable” par le droit à indemnisation du cocontractant.

En contrepartie du pouvoir de modification unilatérale du contrat, le cocontractant de la personne publique a droit à ce que l'équilibre financier global du contrat soit préservé ou rétabli (CE Ass. 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec. p. 246 ; CE Sect. 27 octobre 1978, Ville de Saint-Malo, Rec. p. 401), et dispose d'un droit à compensation financière (CE Sect. 5 juin 1953, Département de l'Isère, Rec. p. 270).

L'existence d'un pouvoir de modification unilatérale du contrat par l'administration n'exclut nullement la pratique contractuelle des modifications par avenant, c'est-à-dire par accord des parties. C'est la voie à privilégier, même si sa mise en œuvre n'est pas toujours facile.

Il faut noter que l'évolution des contrats de partenariat est expressivement prévue par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, codifiée aux articles L. 1414-1 et suivants du CGCT, soit par la voie de l'avenant, soit, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique (art. L. 1414-12 point h) sur le contenu légal d'un CP). On peut supposer que la contrepartie du pouvoir de modification unilatérale du contrat, à savoir le droit à indemnisation du titulaire du CP existera, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs.

II.3. Pouvoir de contrôle et de sanction

Ce pouvoir peut être défini comme permettant à la personne publique de faire respecter par son cocontractant les stipulations contractuelles, ainsi que les dispositions légales et réglementaires applicables. Les pouvoirs de surveillance et de sanction peuvent y être rattachés. Le pouvoir de contrôle, reconnu tant pour les marchés publics (CE, 22 février 1952, *Société pour l'exploitation des procédés Ingrand*, Rec. p. 130) que pour les délégations de service public (v. par ex. CE, Sect., 18 mars 1977, *Chambre de commerce de la Rochelle*, Rec. p. 153), concerne aussi bien le contrôle des ouvrages et travaux réalisés, que le contrôle des règles de sécurité et de l'exploitation.

Le pouvoir de contrôle est contractuellement organisé, en application des dispositions législatives et réglementaires, existant tant pour les délégations de service public que pour les contrats de partenariat.

Dans les **délégations de service public**, le délégataire doit remettre à l'autorité délégante un **Rapport annuel**. Aux termes de l'article L. 1411-3 du CGCT :

“Le délégataire produit chaque année avant le 1^{er} juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service. Ce rapport est

assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public.

Dès la communication de ce rapport, un examen est mis à l'ordre du jour de la plus prochaine réunion de l'assemblée délibérante qui en prend acte”.

Ce rapport est également examiné, chaque année par la Commission consultative des services publics locaux, sur le rapport de son Président (art. L 1413-1-1° du CGCT).

Le contenu du Rapport du délégataire est précisé par l'article R. 1411-7 du CGCT, dans sa rédaction issue du décret n° 2005-236 du 14 mars 2005, applicable à compter du 1^{er} janvier 2006 (pour le Rapport 2006 remis avant le 1^{er} juin 2007). Le Rapport doit comprendre une série de données comptables (énumérées en 8 points), une analyse de la qualité du service comportant notamment des indicateurs de qualité, ainsi qu'un compte-rendu technique et financier.

Le délégataire doit, en outre, tenir à la disposition de l'autorité délégante, toutes les pièces justificatives des éléments du Rapport, dans le cadre du pouvoir de contrôle qui est étendu.

Le contenu du Rapport annuel doit évidemment être adapté au service des transports publics de personnes, notamment à un TCSP, en phase de réalisation et en phase d'exploitation. Des indicateurs de qualité ou performances d'un TCSP sont bien connus, sous le sigle FMDS (fiabilité, maintenabilité, disponibilité, sécurité). Les systèmes d'assistance à l'exploitation (SAE) permettent, techniquement, de mesurer la disponibilité des ouvrages et équipements d'un système de transport.

On peut, contractuellement, ajouter la production par le délégataire de **tableaux de bord mensuels**, avec une série de données statistiques, en particulier sur la fréquentation, et la création d'un **lien informatique** entre l'autorité délégante et le délégataire, permettant un suivi régulier de données sélectionnées et pertinentes sur le fonctionnement du service et la maintenance des ouvrages et des équipements. A cet égard, se développent la GMAO (gestion de la maintenance assistée par ordinateur) et la gestion technique centralisée (GTC) de nombreuses fonctions.

La question est toujours celle d'un contrôle compétent, régulier et efficace, sans être tatillon. Ce qui signifie un “dialogue” entre professionnels du délégataire, d'une part, et services et élus de l'autorité délégante, d'autre part. Celle-ci peut aussi externaliser le contrôle, en faisant appel à des missions temporaires d'audit, ou en diligentant des enquêtes et contrôles réguliers.

Le pouvoir de sanction figure au nombre des règles générales applicables aux contrats administratifs (CE, 31 mai 1907, *Delplanque*, Rec. p. 514 ; CE, 9 janvier 1957, *Daval*, AJDA 1957, II, p. 9). Le contrat peut organiser les modalités de mise en œuvre et les effets des sanctions mais ne peut valablement y déroger.

Les sanctions pécuniaires (pénalités) sont les plus courantes. Elles relèvent, pour leur application, du pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire du pouvoir d'appréciation, de l'autorité organisatrice. En d'autres termes, il n'y a pas “d'automaticité des peines”, et l'autorité organisatrice apprécie si elle doit ou non appliquer les pénalités dans les cas prévus.

Les sanctions coercitives ont pour objet principal de permettre l'application des stipulations contractuelles par des mesures de contrainte pouvant conduire à l'éviction du cocontractant. Certaines mesures peuvent être seulement temporaires : mise sous séquestre du concessionnaire, ou mise en régie ou exécution d'office. D'autres sont définitives comme la résiliation pour faute du contrat.

Celle-ci est dénommée déchéance dans les conventions de délégation de service public, ou résiliation pour faute, et elle s'analyse en une sanction résolutoire mettant définitivement fin au contrat.

La validité d'une telle sanction doit reposer sur une faute d'une particulière gravité (CE, Sect., 26 novembre 1971, *SIMA*, rec. p. 723 ; CE, 12 mars 1999, *SA Méribel 92*, Juris-Data n° 1999-050336 ; CE, 24 novembre 2003, *Société Le Cadoret*, Contrats Marchés publics, 2004, comm. 32) et la mise en œuvre de toute sanction doit être précédée d'une mise en demeure, le contractant devant être informé des griefs qu'on lui reproche et être ainsi en mesure de se justifier et/ou d'y remédier (CE, 9 novembre 1988, *Commune de Freistroff*, RDP 1989, p. 1806 ; CE, 26 novembre 1993, *SA nouveau port Saint-Jean-Cap-Ferrat*, DA 1993, n° 563). Cette obligation est toutefois levée dans l'hypothèse où une telle mesure aurait été parfaitement inutile par exemple, en cas de liquidation judiciaire de la société contractante (v. notamment, CE 21 février 1968, Société industrielle d'études et des travaux, RDP 1969, p. 363 ; CE 10 juillet 1972, Société Bœuf de France, Rec. p. 546).

Les parties ont également la faculté d'aménager contractuellement les effets de la déchéance. L'absence de toute indemnisation du délégataire dans un contrat de DSP comportant la réalisation par le délégataire d'un TCSP rend le projet non "bankable", non finançable dans des conditions satisfaisantes. Le plus souvent, l'indemnisation est limitée à la valeur non amortie des investissements, déterminée selon le mode de financement mis en place. Parfois, de cette valeur non amortie est déduite une pénalité, qui peut être de l'ordre de 10 %.

La déchéance peut être prononcée par la collectivité publique (décision de l'assemblée délibérante) uniquement si le contrat le prévoit. Sinon, c'est le juge administratif qui est compétent pour la prononcer. De même, seul le juge administratif peut, sur requête du cocontractant, prononcer la résiliation du contrat aux torts et griefs de l'administration contractante

Les **contrats de partenariat** doivent obligatoirement comporter des clauses relatives "aux modalités de contrôle de la personne publique de l'exécution du contrat" et "aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement" du titulaire du CP "à ses obligations" (art. L. 1414-12 points f) et g) du CGCT). Le contrôle doit porter notamment sur :

- le respect des objectifs de performance,
- les conditions dans lesquelles le contractant fait appel à des sous-traitants et "respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans".

Ce dernier point est original par rapport aux DSP, dans lesquelles n'existe pas cette obligation pour le délégataire.

En revanche, comme dans le cadre d'une DSP, le titulaire d'un CP doit également remettre un rapport annuel. Il est présenté à l'assemblée délibérante par l'exécutif, avec ses observations éventuelles (art. L. 1414-14 du CGCT).

II.4. Résiliation pour motif d'intérêt général

Le pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général constitue un principe général applicable à tous les contrats administratifs (CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV6*, Rec. p. 29). Bien plus, l'Administration ne saurait légalement renoncer à l'exercice de ce pouvoir (CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, Rec. p. 141). Généralement, le contrat aménage ses modalités de mise en œuvre et ses effets, sans pouvoir remettre en cause son principe (CE, 22 avril 1988, *Société France 5*, Rec. p. 157).

L'existence de motifs d'intérêt général résulte en principe uniquement de "*modifications dans les besoins et le fonctionnement du service public*" (CE, 23 mai 1962, *Société financière d'exploitations industrielles*, Rec. p. 342), ou de ce que la personne publique établit, "*à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles*" (CE, 22 avril 1988, *Société France 5*, Rec. p. 157 ; CAA Marseille, 2 octobre 2001, *Société immobilière Port de Miramar*, Contrats et marchés publics 2002, n° 43, p. 22). Elle peut aussi résulter de la "*modification du capital social*" de la société contractante, de nature à permettre à l'administration de "*regarder son cocontractant comme ne présentant plus les garanties au vu desquelles le contrat lui avait été attribué*" (CE, 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, Rec. p. 334).

Dans l'hypothèse d'une résiliation pour motif d'intérêt général, donc sans faute, le cocontractant dispose d'un droit à indemnisation, le plus souvent contractuellement aménagé. Dans le silence du contrat, le cocontractant a droit à l'indemnisation intégrale du préjudice subi, et donc au remboursement de la valeur non amortie des équipements qu'il a réalisés et des dépenses engagées, ainsi qu'à une indemnité pour le manque à gagner subi.

Chapitre I - Délégations de service public

Introduction

La délégation de service public est définie dorénavant par l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite loi "MURCEF" :

“Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.”

Cette catégorie de contrats comprend :

- la concession de travaux et de service publics, portant à la fois sur la réalisation d'un TCSP et l'exploitation des transports urbains (TCSP seul ou bus, transports à la demande et autres...) ;
- la double concession, de travaux publics (réalisation et exploitation technique ou maintenance partielle d'un TCSP), de service public (réalisation de certains investissements communs (ex. SAE), fourniture ou non des bus, maintenance partielle du TCSP, et exploitation commerciale de l'ensemble du service public des transports urbains ou interurbains) ;
- l'affermage, qui ne concerne que l'exploitation, les investissements étant réalisés par l'AO ;
- la régie intéressée, qui ne concerne également que l'exploitation.

Mais ce dernier type de contrat n'est pas une "parfaite" DSP. Selon le niveau d'intéressement de l'exploitant, le contrat peut être une délégation de service sur le plan administratif. En revanche, c'est un marché public de services sur le plan fiscal, l'AO demeurant l'exploitant fiscal (v. Instruction fiscale du 21 janvier 1985).

Les deux seules "véritables" DSP, à la fois sur le plan juridique et fiscal, sont donc les concessions et les affermages. Les délégations de service public, sous forme de contrats d'exploitation (affermage), sont largement utilisées dans les transports, urbains et interurbains, de personnes. En matière de TCSP, les concessions connaissent un timide renouveau.

I. Concessions de travaux et service publics

I.1. Définition et champ d'application des concessions de travaux et de service public

Une concession de transports publics de personnes est le contrat par lequel une AO confie à une personne, généralement privée, la conception, le financement, la réalisation des biens affectés au service public, leur maintenance et leur renouvellement, ainsi que l'exploitation du service public, moyennant une rémunération, au moins partielle, auprès des usagers du service.

La directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, définit sommairement les concessions de travaux publics :

“La concession de travaux publics est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu’un marché public de travaux, à l’exception du fait que la contrepartie des travaux, consiste soit uniquement dans le droit d’exploiter l’ouvrage, soit dans ce droit assorti d’un prix”.

et les concessions de services :

“La concession de service est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu’un marché public de services, à l’exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d’exploiter le service, soit dans ce droit assorti d’un prix”.

[Art. 1^{er} - “Définitions” 3.4.]

L’assimilation partielle aux marchés est critiquable, et doit être limitée à une partie de l’objet du contrat : la prestation de travaux ou de services.

Le Titre III de la Directive 2004/18/CE traite des “Règles dans le domaine des concessions de travaux publics” uniquement. Le texte présente une curiosité à cet égard.

Ces règles ne s’appliquent pas aux concessions :

“b) qui sont octroyées par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 3 à 7 de la directive 2007/17/CE, lorsque ces concessions sont octroyées pour l’exercice de ces activités”.

[Art. 57b de la Directive]

Or, l’article 5 de la Directive 2004/17/CE traite des services de transport :

*“La présente directive s’applique aux activités visant la mise à disposition ou l’exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus ou câble.
En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu’un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d’un Etat membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service”.*

L’article 1^{er} de la Directive 2004/17/CE présente la même définition des “concessions de travaux” et des “concessions de services” que celle de la Directive 2004/18/CE [art. 1^{er} 3a) et b)]. Mais l’article 18 de la Directive 2004/17/CE précise que :

“La présente directive n’est pas applicable aux concessions de travaux ou de services qui sont octroyées par des entités adjudicatrices exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 3 à 7 lorsque ces concessions sont octroyées pour l’exercice de ces activités”.

A strictement parler, on est en présence d’un vide juridique : ni la Directive 2004/18/CE ni la Directive 2004/17/CE ne sont applicables aux concessions de travaux ou de services passées dans le domaine des transports.

Cela ne signifie nullement l’interdiction de mettre en œuvre des concessions de travaux publics, ou de travaux publics et de service public dans le domaine des transports. Simplement, dans la mesure où seules les règles de passation des concessions de travaux publics ont été définies au niveau communautaire, ce sont ces règles que l’on applique, et ce bien que les concessions de transport soient exclues du champ d’application de la

Directive 2004/18/CE. Cette solution, qui est une solution de prudence⁹, est justifiée par l'obligation de mise en concurrence des contrats, tirée à défaut de directive applicable, des dispositions du Traité de l'Union européenne [CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/Telekom Austria, aff. C-324/98]. La personne publique doit assurer un "degré de publicité adéquat" pour la passation d'une concession, afin d'assurer le respect du principe de non-discrimination inscrit à l'article 12 du Traité instituant la Communauté européenne.

Un Tribunal administratif français est même allé plus loin, en fondant l'obligation d'avis **d'appel public à la concurrence à l'échelon européen** sur les articles 43 et 49 du Traité du 25 mars 1957, qui consacrent la liberté d'établissement des ressortissants des Etats membres et la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté (TA Pau, 22 juin 2006, req. n° 0600294 - il s'agissait d'une DSP d'exploitation de casino).

La définition générale des concessions, qui vaut tant au regard du Droit communautaire que du Droit national, implique :

- une mission globale confiée au concessionnaire,
- des prestations effectuées au profit de tiers par rapport au pouvoir adjudicateur,
- un financement privé, au moins partiel, des investissements et de l'exploitation (prix payé, au moins en partie, par les usagers du service).

Cette définition implique donc que l'aléa économique doit être supporté, non pas par la collectivité publique, mais par le délégataire, dans les conditions et limites du contrat. Celui-ci gère le service public à ses risques et périls. En fait, il existe toujours un partage des risques, organisé contractuellement, le concessionnaire ayant droit à l'équilibre financier du contrat. Le risque de fréquentation est pris par le concessionnaire, dans des conditions normales, mais les contrats comportent une "clause de sauvegarde" ou de "réexamen des conditions financières" (parfois appelée "clause de rendez-vous contractuel" ou "de revoyure"). Cette clause contractualise l'imprévision, c'est-à-dire qu'elle permet de revoir les conditions financières du contrat en cas de survenance d'événements extérieurs aux parties, imprévisibles ou dont les effets ne pouvaient pas être raisonnablement prévus par les parties lors de la signature du contrat, et qui entraînent une dégradation significative de l'économie du contrat (expression qui remplace souvent celle plus ancienne de "bouleversement de l'économie du contrat" (v. notamment CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale de l'éclairage de Bordeaux*, Rec. p. 125 ; CE, 16 avril 1986, *Compagnie Luxembourgeoise de Télévision*, AJDA 1986, p. 284).

Il est difficile de fixer un seuil de rémunération substantielle liée aux résultats de l'exploitation (élément essentiel de la définition des DSP donnée par l'article L1411-1 du CGCT cité plus haut), qui comporte une appréciation du risque commercial. L'analyse financière est faite au cas par cas. En toute hypothèse, il n'est pas forcément de 30 %, comme il a été souvent dit (CE, 30 juin 1999, *SMITOM Centre-Ouest-Seine-et-Marnais*, AJDA 1999, page 714, Conclusions C. Bergeal). Dans cette affaire, relative à une usine d'incinération des déchets ménagers, la rémunération liée aux résultats de l'exploitation consistait en un intéressement dont le taux n'était pas indiqué, sur des recettes propres évaluées à 30 % des recettes totales. Le contrat a, dans cette hypothèse, été qualifié de délégation de service public. La solution retenue a été la même dans une affaire, relative à des transports interurbains, où le cocontractant gardait à sa charge, le cas échéant, 10 % du déficit (CAA Marseille, 2 mai 2002, Département du Var, BJCP n° 20 page 46).

De même, il est difficile de fixer un seuil d'applicabilité de la théorie de l'imprévision. Il varie selon les cas, notamment en pourcentage d'évolution de charges, ou d'indices de la formule de révision. La clause de réexamen des conditions financières doit assurer un équilibre entre :

- la "gestion aux risques et périls" du concessionnaire,
- le droit du concessionnaire à l'équilibre financier du contrat.

9 - A partir du moment où ni la directive 2004/18 (applicable aux secteurs dits classiques), ni la directive 2004/17 (applicable notamment aux transports) ne régissent la passation des concessions de travaux et de service, on serait tenté de ne pas appliquer les règles de passation prévues par l'un ou l'autre de ces textes et de se limiter aux grands principes généraux de transparence et non discrimination fixés par le Traité de l'UE.

Il faut donc maintenir une part de risque commercial, à la charge du concessionnaire, lié à la fréquentation, à la qualité du service et à la dynamique des recettes directement perçues auprès des “usagers” ou “clients” du service public.

En toute hypothèse, les concessions, comme toutes les délégations de service public, ne sont pas réservées aux services publics rentables. **Des services publics structurellement déficitaires, comme les transports publics de personnes, peuvent être concédés ou affermés, dès lors que sont respectées les règles, juridiques et fiscales, du subventionnement public. L’appréciation à cet égard, pour le choix entre DSP et CP, peut porter sur la part, jugée suffisante ou non, susceptible d’être payée par l’usager.**

A cet égard, on sait que la part supportée par l’usager dans les transports publics est limitée (de l’ordre de 25 %). Aussi le risque de requalification de la DSP n’est-il jamais complètement absent. Ce risque pourrait, d’après la Direction des Affaires Juridiques du Ministère des Finances, se trouver accru avec l’existence du contrat de partenariat, qui constitue aujourd’hui une alternative à la DSP autre que le marché public.

I.2. Principales caractéristiques des concessions

I.2.1. Maîtrise d’ouvrage privée

Le concessionnaire est, es qualités, maître d’ouvrage [CE 3 mars 1989, Société AREA, Rec. p. 69]. Il agit, en son nom et pour son compte, même si les ouvrages (au sens large du terme) sont réalisés pour une personne publique. Le concessionnaire assume donc, en principe, le risque de construction, notamment en termes de performances, de délais et de coûts. Là encore, la règle est le partage des risques, dans la mesure où au-delà de certaines limites, le concessionnaire peut se retourner vers le concédant. Par exemple, en cas de sujétions imprévues (risques géologiques, archéologiques) ou de faits imputables au concédant ou à d’autres personnes (fait du prince, retards non imputables au concessionnaire).

En pratique, pour obtenir la concession, le concessionnaire (la “société de projet”) conclut un contrat de conception-construction avec les entreprises groupées et les entreprises liées, et transfère l’essentiel des risques de construction au groupement constructeur (selon la technique du “back to back” ou transparence). Toutefois, le concessionnaire demeure juridiquement responsable de l’exécution de ses missions et reste l’interlocuteur du concédant.

Il faut préciser que le contrat de conception-construction, de même que le contrat d’exploitation-maintenance, conclu avec une filiale ou un actionnaire de la société de projet, ne sont pas des contrats de sous-traitance au sens de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975. Ils ne sont pas non plus des subdélégations, dans la mesure où ils ne comportent pas une cession partielle de la concession. Ce sont des contrats de droit privé que le concessionnaire peut conclure en sa qualité de maître d’ouvrage, librement, sans mise en concurrence, sauf stipulation contractuelle contraire.

A cet égard, la loi n° 85-703 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d’ouvrage publique (dite loi MOP), n’est pas applicable aux concessions.

I.2.2. Régime des biens et durée du contrat

Le régime des biens dans une concession est particulier, car il ne lie pas la maîtrise d’ouvrage, le financement et l’amortissement, d’une part, et la propriété des biens, d’autre part, comme classiquement.

Il existe trois catégories de biens dans une concession :

- les biens de retour, appartenant ab initio à la Collectivité, même ceux réalisés et financés par le concessionnaire, sur lesquels celui-ci a un droit de jouissance exclusive, pendant la durée du contrat, et faisant obligatoirement retour au concédant en fin de contrat, ils ne peuvent donc pas être hypothéqués ;

- les biens de reprise, généralement mobiliers, appartenant au concessionnaire pendant la durée du contrat, et pour lesquels la collectivité peut exercer une faculté de reprise à la fin du contrat ;
- les biens propres du concessionnaire, lui appartenant et restant sa propriété à la fin du contrat (catégorie résiduelle).

Le concessionnaire amortit les ouvrages sur la durée du contrat de concession (amortissement financier dit de caducité - Guide comptable des entreprises concessionnaires de service public). S'ajoutent les amortissements techniques et provisions de renouvellement pour les équipements et matériels renouvelables.

Conformément aux dispositions de l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales, la durée du contrat :

“est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre”.

Cette notion de “durée normale d'amortissement des installations” doit être interprétée dans le respect du principe de libre administration, et donc de liberté contractuelle des collectivités territoriales (Cons. Const., 20 janvier 1993, n° 92-316 DC ; Cons. Const., 20 janvier 1984, n° 83-168 DC). Et ce, nonobstant la “pression” sur la nécessité de remise en compétition régulière des contrats.

La durée d'exploitation d'une concession doit permettre au concessionnaire non seulement de couvrir ses charges d'exploitation et de maintenance (“petit équilibre”), mais d'amortir les investissements de premier établissement qu'il a réalisés (“grand équilibre”). Il est, dès lors, difficile de dissocier :

- la durée d'amortissement qui conditionne la durée du contrat,
- la durée de l'exploitation.

C'est ainsi que de grandes concessions récentes de l'Etat ont des durées très longues, même si le concessionnaire sous-traite l'exploitation à une filiale (à titre d'exemple, la concession du viaduc de Millau a une durée de plus de soixante-dix-huit ans - décret n° 2001-923 du 8 octobre 2001 ; la concession de l'autoroute A 65 a une durée de cinquante-cinq ans - décret n° 2006-1619 du 18 décembre 2006).

Dans le domaine des transports publics urbains, la durée classique d'une concession de TCSP est de trente ans à compter de la mise en service commerciale (ex. la double concession de travaux publics et de service public de l'agglomération caennaise ; la concession globale de transports urbains de l'agglomération rémoise). **A cette durée s'ajoute la durée prévisionnelle des études et des travaux, qui est variable.** A titre d'exemple, elle a été de huit ans à Caen (plus longue que prévu) et elle est de quatre ans et demi, à titre prévisionnel à Reims - contrat signé le 13 juillet 2006.

Néanmoins, de manière générale, des clauses permettent à la collectivité publique de mettre fin de manière anticipée au contrat (déchéance, résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général, résiliation conventionnelle). Elles ont toutefois un coût, qui est au minimum le paiement de la valeur non amortie ou de la valeur nette comptable des biens, majorée, le cas échéant, de la TVA à reverser au Trésor public. Et plus généralement une indemnisation du manque à gagner du concessionnaire et des frais directement liés à la fin anticipée du contrat. Ces clauses d'indemnisation peuvent être aménagées, compte tenu des modalités de financement des investissements.

I.2.3. Régime juridico-financier et fiscal des concessions

Le concessionnaire, es qualités, maître d'ouvrage, est chargé du financement des ouvrages de premier investissement et, au cours de la concession, des renouvellements et, le cas échéant, des modernisations, modifications et ouvrages complémentaires. Les modes de financement possibles sont les suivants (développés dans le Titre II - Chapitre II ci-après) :

- fonds propres,
- quasi-fonds propres,
- emprunts,
- cession-escompte de créances,
- crédit-bail SOFERGIE,
- subventions d'équipement.

La subvention d'équipement, définie comme la contribution au financement d'un équipement d'intérêt général (décret n° 99-1060 du 16 décembre 1999, relatif aux subventions de l'Etat pour des projets d'investissement), est versée nette de taxes. Depuis la suppression de la "condition financière (ou condition de répercussion)¹⁰", la subvention d'équipement n'est plus prise en compte pour la détermination du prorata de déduction prévu à l'article 212 de l'annexe II du CGI. La déduction de la TVA afférente aux investissements financés en tout ou partie par une subvention d'équipement est donc autorisée dès lors ces investissements sont utilisés pour les besoins d'une opération ouvrant droit à déduction, et sous réserve du respect des conditions de temps et de forme du droit à déduction.

En phase d'exploitation, en raison du déficit structurel des transports publics de personnes, la rémunération du concessionnaire ou du fermier est constituée, en principe, de trois éléments :

- les recettes perçues directement auprès des usagers, et lui appartenant, selon les tarifs fixés par l'autorité organisatrice (décret n° 85-891 du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes) ;
- les compensations tarifaires, remplaçant les gratuités, ou venant en complément des tarifs sociaux décidés par l'autorité organisatrice, et parfois des collectivités membres ;
- la subvention forfaitaire d'exploitation (SFE), destinée à contribuer à l'équilibre financier du contrat.

La SFE est déterminée sur la base des comptes prévisionnels du concessionnaire qui comportent un engagement sur la dynamique des recettes et la maîtrise des charges. La SFE est justifiée par le fait que "le prix de marché", c'est-à-dire, en l'espèce, le prix socialement acceptable, ne peut être le prix de revient du service. La SFE est ainsi un **montant annuel forfaitaire, qui évolue selon une formule de révision paramétrique** [indices en relation avec l'objet du contrat, avec pondération et une partie fixe (variable selon les cas, de 2 à 7 % ou plus)]. Elle a, de cette manière, une certaine autonomie par rapport aux conditions économiques réelles. En toute hypothèse, elle ne doit pas couvrir systématiquement le déficit d'exploitation (art. L 2224-2 du Code général des collectivités territoriales) et elle doit assurer une juste rémunération, incluant une marge "raisonnable" du concessionnaire ou du fermier (art. 6 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982).

Si cette répartition est bien respectée dans le contrat, le régime fiscal est le suivant :

- les recettes perçues auprès des usagers ou autres (titres de transport, recettes annexes tirées de la publicité, le cas échéant) sont des prix normalement soumis à TVA, au taux réduit de 5,5 % ;

10 - La "condition financière", imposée par les articles 216 bis et suivants de l'annexe II du Code Général des Impôts, correspondait à l'obligation de répercussion de l'amortissement des investissements dans le prix du service. La décision de la CJCE du 6 octobre 2005 (aff. C-243/03, Commission des Communautés européennes c/République française, soutenue par le Royaume d'Espagne) a jugé cette obligation non-conforme à la 6ème directive TVA.

- les compensations tarifaires, calculées selon des clés de mobilité par abonnement ou titre unitaire ou selon validation, sont des compléments de prix, et donc en tant que telles soumises à TVA au taux applicable ;
- la subvention forfaitaire d'exploitation est nette de taxes (Instruction fiscale 3-A-7-06 n° 100 du 16 juin 2006 - TVA - Subventions directement liées aux prix d'opérations imposables).

Il faut insister sur la rédaction du contrat sur ce point. La SFE doit être réellement forfaitaire, une contribution globale à l'équilibre financier du contrat, et non susceptible d'être requalifiée de "complément de prix", comme les compensations tarifaires, dont elle doit être clairement distinguée. Il ne faut donc pas prévoir une contribution financière forfaitaire, qui globalise compensations tarifaires et subvention proprement dite.

Dans ces conditions, le concessionnaire a droit à la déduction de la TVA sur toutes ses charges, et pas simplement au prorata des recettes soumises à TVA. Cependant, la question de l'assujettissement à la taxe sur les salaires¹¹, lorsque les subventions de fonctionnement sont versées nettes de taxes, demeure posée et non clairement tranchée, semble-t-il, dans l'attente de solutions contentieuses.

II. Contrats d'exploitation

Il existe un certain "désordre juridique" dans les contrats de transports publics au regard des deux catégories fondamentales que sont les marchés publics et les délégations de service public. Cette situation est due, au moins en partie, à l'héritage du décret n° 81-238 du 10 mars 1981, portant approbation des conventions types, d'un règlement intérieur type des régies, ainsi que des cahiers des charges types pour l'exploitation des services de transports publics d'intérêt local. Ce décret doit être considéré comme implicitement abrogé par la loi n° 82-213 du 2 mars 1982, relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, qui a supprimé la tutelle technique de l'Etat, et donc les documents contractuels types.

Cependant, des contrats continuent aujourd'hui de s'inspirer des quatre types de contrats figurant dans le décret du 10 mars 1981 :

- gestion aux risques et périls,
- gestion avec garantie de recettes,
- gestion à prix forfaitaire,
- exploitation en gérance.

Compte tenu de la définition de la DSP, qui implique une part de risque commercial assumée par le délégataire, seule la première catégorie, la gestion aux risques et périls, qui correspond à l'affermage peut être qualifiée de DSP. On peut y ajouter la régie intéressée, dans certaines conditions, et seulement sur le plan juridique (et non fiscal).

II.1. Affermage

II.1.1. Exploitation du service public

Le contrat d'affermage est le contrat par lequel une AO confie à une personne, généralement privée, l'exploitation du service public, moyennant une rémunération, au moins partielle, auprès des usagers du service, ainsi que la gestion et la maintenance (en partie) des ouvrages et équipements mis à sa disposition.

Il s'agit d'un contrat relevant de la catégorie des délégations de service public, et qui comporte de nombreuses similitudes avec les contrats de concession de service public.

¹¹ - La taxe sur les salaires est due pour les activités non assujetties ou, dans le cadre d'une activité assujettie, lorsque plus de 10% du chiffre d'affaire du redevable n'est pas taxé. Cependant, les subventions de fonctionnement ne sont pas exonérées de TVA, mais sont hors champ d'application de la TVA.

La mise à disposition au profit du fermier concerne les ouvrages et équipements dits de premier établissement, ainsi que, le cas échéant, les ouvrages et équipements complémentaires réalisés au cours du contrat. Ceci n'empêche toutefois pas qu'un fermier puisse prendre à sa charge une partie du financement d'installations nouvelles ou renouvellement de matériels, dès lors que l'autorité délégante conserve la plus forte part de la charge d'investissement (v. en ce sens, CE, 19 avril 1989, *Société des transports urbains d'Angers*, DA 1989, comm. N° 266 ; CE, 3 novembre 1995, *Société Lyonnaise des eaux-Dumez*, Rec. T. p. 901).

Dans la rédaction d'un contrat d'affermage, il faut être très attentif aux clauses relatives à la maintenance des biens, et à son partage entre l'AO et le "fermier" exploitant. La liberté contractuelle doit être mise en œuvre, mais à bon escient, s'agissant à la fois des équipements concernés et des niveaux d'intervention, incluant les renouvellements [Des normes relatives à la maintenance et aux contrats de maintenance (XP X 60-20 d'août 1995, NF EN 13306 de juin 2001, NF EN 13269, notamment) peuvent être obtenues auprès de l'AFNOR]. Les nouveaux outils informatiques, et notamment la GMAO (gestion de la maintenance assistée par ordinateur), qui permet de suivre notamment la maintenance, préventive et curative, sont évidemment utiles.

Allant plus loin, la jurisprudence a admis qu'un contrat puisse être à la fois un affermage et une concession [CE 6 mai 1991, *Syndicat intercommunal du Bocage*, req. n° 65846]. Cette alliance au sein d'un même contrat ne soulève pas de difficultés, dès lors que le régime juridique et fiscal propre à la concession et à l'affermage est respecté pour chaque partie au sein du contrat.

L'exploitation du service affermé est aux risques et périls du fermier. Celui-ci doit donc supporter les déficits d'exploitation (v. par ex. CAA Bordeaux, 19 décembre 1989, *Société Sotest*, req. n° 89BX00305). Néanmoins, comme en matière de concessions de service public, le contrat prévoit généralement des clauses de partage des risques ainsi que l'aménagement d'une certaine solidarité financière entre les parties.

Enfin, la durée du contrat d'affermage est plus courte que celle prévue dans les contrats de concession de service public, le fermier n'ayant pas à supporter la charge des dépenses de premier établissement.

II.1.2. Régime juridico-financier et fiscal

Le fermier est rémunéré, au moins partiellement, par des redevances perçues directement auprès des usagers, et assume donc un certain risque commercial, à l'instar des concessionnaires de service public. Néanmoins, dans les services équilibrés financièrement, le fermier ne conserve pas l'intégralité des redevances payées par les usagers, dans la mesure où il doit verser à la personne publique une redevance perçue auprès des usagers et correspondant à l'utilisation des ouvrages et équipements mis à disposition du service. Cette redevance de mise à disposition des biens est destinée à couvrir, au moins partiellement, les dépenses d'investissement supportées par la personne publique.

En outre, en application des règles régissant la domanialité publique, le fermier peut également avoir à verser une redevance d'occupation du domaine public en vue de l'utilisation des dépendances qui sont affectées à l'usage du public.

Dans le domaine des transports, le fermier ne paie pas de redevance d'occupation du domaine public pour l'utilisation de la voirie publique, celle-ci étant également affectée à la circulation des transports en commun. Si une convention d'occupation du domaine public et de superposition d'affectations a été conclue entre l'AO et la personne publique propriétaire ou gestionnaire de la voirie, cette convention est stipulée sans redevance, compte tenu du fait que l'occupation de la voirie par un TCSP est conforme à la destination de la voirie, à la différence des réseaux souterrains qui, eux, sont simplement compatibles avec cette destination [CE 23 février 2000, *Société de distribution de chaleur de Saint-Denis*, Rec. 79 - affaire relative au tramway de Bobigny et au déplacement du réseau de chauffage urbain aux frais du concessionnaire de ce dernier].

Dans le cadre d'un contrat d'affermage, l'AO n'est pas l'exploitant fiscal du service, le "compte transport" étant chez le fermier. Elle peut néanmoins récupérer la TVA sur ses investissements via le transfert de droit à déduction, en application des articles 216bis et suivants de l'annexe II du Code général des impôts.

Compte tenu de la suppression de la "condition financière" évoquée plus haut, le transfert, à l'exploitant du service, des droits à déduction de la TVA ayant grevé les investissements n'entraîne plus obligatoirement le versement, par cet exploitant, d'une redevance de mise à disposition des biens, nette de taxes, correspondant à l'amortissement des biens dans les comptes de la collectivité à la charge du fermier (v. Instruction fiscale 3 D-1-06 n° 15 du 27 janvier 2006 - TVA Conditions d'exercice du droit à déduction).

Le transfert des droits à déduction de la TVA ayant grevé les investissements supportés par la collectivité est dorénavant possible en cas de financement de ces investissements par crédit-bail SOFERGIE (art. 87 de la loi de finances pour 1987), selon la nouvelle Instruction fiscale 3 D-02-06 n° 100 du 16 juin 2006. "TVA - Délégation de services publics. Procédure de transfert du droit à déduction".

II.2. Régie intéressée

II.2.1. Un contrat hybride

La régie intéressée est le contrat par lequel une AO confie la gestion d'un service public à une personne publique ou privée, le régisseur, qui assure le contact avec les usagers, exécute les travaux courants, mais au nom et pour le compte de la personne publique, moyennant une rémunération forfaitaire indexée sur le chiffre d'affaires réalisé, et un intéressement sur le trafic et/ou les recettes.

Il s'agit d'un contrat relevant de la catégorie des délégations de service public, dans la mesure où le régisseur assume une petite partie du risque lié à l'exploitation, nonobstant son mode de rémunération (v. CE, 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais*, AJDA 1999, p. 714).

Le régisseur agit au nom et pour le compte de la collectivité publique. En conséquence, les engagements pris par le régisseur font naître des droits et obligations à la charge de la personne publique. Egalement, les contrats comportent généralement une clause de garantie de la collectivité par le régisseur contre toute réclamation ou toute action de tiers et d'usagers.

Il s'agit néanmoins, sur le plan fiscal, d'un marché de services.

II.2.2. Modalités de rémunération et régime fiscal

Le mode de rémunération du régisseur présente certaines spécificités. Tout d'abord, il convient de souligner que les recettes et dépenses sont reversées dans leur intégralité à la collectivité. L'exploitant doit donc, en principe, afin de respecter les règles de la comptabilité publique, désigner un régisseur de recettes, agréé par le Trésorier Payeur Général, et souscrivant les garanties et assurances des comptables publics.

En pratique, ce régime assez lourd n'est pas respecté. L'exploitant perçoit les recettes, au nom et pour le compte de l'autorité organisatrice, et les reverse régulièrement au Trésor public, selon une documentation convenue. Ainsi, le contrat donne une sorte de mandat financier à l'exploitant.

Ensuite, la rémunération présente un caractère spécifique, dans la mesure où elle prend en considération les résultats obtenus s'agissant de la gestion du service. Deux éléments caractérisent, en effet, la rémunération du régisseur :

- Un prix de base qui lui assure une rémunération forfaitaire annuelle et indexée, une partie variable calculée en fonction des résultats de l'exploitation (recettes et/ou voyages).

- L'intéressement peut être aussi positif et négatif, avec un système de bonus/malus, fondé sur les résultats financiers de l'exploitation ou sur la qualité de service.

L'exploitant, dans le cadre d'une régie intéressée, n'est pas l'exploitant fiscal. La rémunération, étant considérée comme un prix de service, est soumise à TVA (v. instruction fiscale du 21 janvier 1985). L'autorité organisatrice demeure l'exploitant fiscal et gère le "compte transport", et donc la TVA, puisque les transports publics de personnes sont soumis à la TVA au droit commun, qu'il s'agisse des investissements, des recettes et des dépenses de fonctionnement. La TVA ayant grevé les investissements n'est donc pas éligible au FCTVA.

III. Règles de passation des DSP

Pour les collectivités locales, ces règles sont définies, sur le plan national, par les articles L. 1411-1 et suivants et L. 1413-1 du Code général des collectivités territoriales, et d'autres dispositions. L'une des règles de procédure est la consultation du Comité technique paritaire (CTP), en application des textes législatifs relatifs à la fonction publique (art. 33 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale).

En raison des divergences de jurisprudence entre les tribunaux administratifs de première instance sur le moment auquel doit être consulté le CTP, le plus prudent est de le consulter deux fois : avant la décision de principe sur la DSP et avant la décision finale de l'assemblée délibérante approuvant le choix du délégataire et les documents contractuels, et autorisant leur signature.

Les autres règles sont les règles de fond applicables au domaine concerné par la DSP.

Pour une concession de TCSP, il faut également respecter les règles définies au plan communautaire, à savoir les dispositions de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relatives aux concessions de travaux publics (voir point I.1 du présent chapitre).

III.1. Principales étapes

Sans entrer dans les détails, les principales étapes de passation d'une DSP sont présentées sous forme de tableau.

Etapes	Délai
1. Etablissement du rapport de présentation de la DSP	
2. Consultation du CTP	Avant la décision de principe
3. Avis de la CCSPL	Avant la décision de principe
4. Décision de l'assemblée délibérante sur le principe de la DSP	Convocation 5 jours francs avant la séance
5. Décision relative à la commission DSP	Idem
6. Publication des avis de publicité préalable <ul style="list-style-type: none"> ➔ JOUE ➔ BOAMP ➔ Revue professionnelle 	
7. Réception des candidatures	<ul style="list-style-type: none"> • 52 jours minimum à compter de la date d'envoi à la publication au JOUE • 1 mois après la dernière parution nationale
8. Ouverture des plis par la commission de délégation de service public PV à établir	Jour de réception ou après
9. Etablissement de la liste des candidats admis à présenter une offre par la commission	Idem

Étapes	Délai
10. Envoi du dossier de consultation aux candidats admis à présenter une offre	Après
11. Réception des offres	Délai "raisonnable" à fixer
12. Ouverture des plis par la Commission DSP PV à établir	Jour de réception des offres ou après
13. Analyse des offres Rapport à établir	15 jours à 2 mois (à titre indicatif)
14. Adoption du Rapport de la Commission DSP	A la fin de l'analyse
15. Avis de la commission DSP	Le même jour
16. Libre négociation avec une ou plusieurs entreprises	De 1 à 2 mois
17. Finalisation du contrat et rapport de l'exécutif	A la fin des négociations
18. Information des candidats évincés	15 jours au moins avant la signature du contrat
19. Second avis du CTP	Avant la délibération finale
20. Saisine de l'assemblée délibérante sur le choix du délégataire et sur le contrat de DSP	Transmission des documents au moins 15 jours avant la date de délibération
21. Délibération sur le choix du délégataire et sur le contrat de DSP	2 mois au moins après la saisine de la commission de DSP (ouverture des offres)
22. Affichage et transmission au représentant de l'Etat dans le département de la délibération	Dès que possible
23. Publication dans un journal local du dispositif de la délibération	
24. Signature du contrat de DSP	
25. Transmission du contrat, de ses annexes et autres documents au contrôle de légalité	Transmission dans les meilleurs délais et au plus tard dans les quinze jours
26. Formalités de publicité	Dès que possible
27. Notification au délégataire	
28. Transmission au contrôle de légalité de la date de notification	Dans les quinze jours de la notification au délégataire

[Pour une présentation plus complète des règles de passation des DSP, consulter le Guide pratique "Transport public et délégation de service public" GART deuxième édition septembre 2005, et suivre la jurisprudence].

III.2. Questions de procédure

Pour une DSP comportant la réalisation d'un TCSP, se pose la question du moment auquel il convient de lancer la procédure. Il n'y a pas de réponse absolue. Ce peut être sur la base d'études préalables. Dans ce cas, l'offre est de niveau avant-projet sommaire (APS), le délégataire est chargé de réaliser l'avant-projet et le projet. Ce peut être sur la base d'un avant-projet, avec une certaine liberté de proposition des candidats. Dans ce cas, l'offre est de niveau avant-projet finalisé (APF) et le délégataire réalise sur cette base le projet.

De manière plus générale, la procédure comporte deux étapes principales, à l'instar d'un appel d'offres restreint. Elle doit respecter, à la fois, les principes d'égalité de traitement des candidats, de la liberté de choix du délégataire et de négociation du contrat. L'harmonisation de ces deux principes est délicate. En tout état de cause, la liberté de choix est encadrée et celui-ci doit être motivé par rapport à l'objet du contrat et aux critères d'appréciation des offres. Ceux-ci, ainsi que les critères d'appréciation des candidatures (références professionnelles et financières notamment), doivent figurer dans l'avis de publicité au niveau européen, selon le formulaire standard obligatoire pour les concessions de travaux publics (règlement n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005).

La composition du dossier de consultation adressé aux candidats admis à présenter une offre (DCE) est librement déterminée par l'autorité délégante. Toutefois, le DCE doit avoir un contenu suffisant afin de permettre aux candidats de faire une offre pertinente (CE 13 mars 1998, SA Transports Galiero, req. n° 165238). Il comporte, le plus souvent, un règlement de consultation, le projet de cahier des charges et ses annexes, le projet de contrat, que les candidats doivent compléter et dont ils peuvent proposer des amendements ou modifications, ainsi que des données informatives et tous documents utiles à cette fin.

Le jugement des offres est assez libre, dans la mesure où les critères d'appréciation ne doivent pas être obligatoirement pondérés ou même hiérarchisés. Ces critères peuvent être appréciés de manière interdépendante. Demeurent les principes habituels d'objectivité et de motivation.

C'est l'assemblée délibérante qui se prononce, en définitive, sur le choix du délégataire et sur les documents contractuels, dont elle autorise la signature. A cette fin, sont transmis aux élus, le projet de contrat (incluant ses annexes), le rapport de la Commission DSP comportant l'analyse des propositions des candidats, et le rapport de l'exécutif sur les motifs de choix de l'entreprise et l'économie générale du contrat. Ces documents comportent des informations confidentielles, des éléments bénéficiant de la protection des informations dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises ou pourrait nuire au libre jeu de la concurrence entre elles". "L'acheteur public" ne peut communiquer de telles informations [CE 20 octobre 2006, Syndicat des eaux de Charente-Maritime, req. n° 278.601].

Certains contrats de transports publics ne relèvent pas, au jour d'aujourd'hui, de cette procédure de passation.

IV. Contrats spécifiques

Il existe (ou il subsiste) en France, deux séries de contrats librement négociés dans le domaine des transports publics de personnes :

- Hors Ile-de-France, les contrats d'exploitation des TER (trains express régionaux) conclus entre les régions et l'opérateur unique, opérateur historique (la SNCF) ;
- En Ile-de-France :
 - le contrat d'exploitation de certaines lignes de RER et des Transiliens conclus entre le STIF (Syndicat des transports d'Ile-de-France) et l'opérateur unique, opérateur historique (la SNCF) ;
 - les contrats d'exploitation de certaines lignes de RER, des lignes de métro, de tramway et de bus de Paris de la première couronne, conclus entre le STIF et, là encore, l'opérateur unique, opérateur historique, la RATP ;
 - les contrats d'exploitation des lignes de bus de la grande couronne conclus entre le STIF et les autocaristes privés regroupés dans l'association OPTILE.

Notons que les deux opérateurs "historiques" ont succédé, avec la nationalisation, en 1937 pour la SNCF, en 1948, pour la RATP, à des concessionnaires privés, et que les autocaristes privés bénéficient de droits en ligne eux aussi historiques.

IV.1. Contrats STIF

Le régime des transports publics de personnes dans la région Ile-de-France est soumis à un régime dérogatoire (art. 46 de la LOTI du 30 décembre 1982). Il obéit à des règles spécifiques, et les contrats d'exploitation, que ce soit avec la SNCF ou la RATP, ou avec les autocaristes privés, propriétaires de droits de lignes, sont librement conclus, sans mise en concurrence (survivance de textes anciens - décret de 1949).

L'organisation du STIF (qui a succédé au STP - Syndicat des Transports Parisiens -, lequel était un établissement public à caractère national) a été décentralisée et régionalisée par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales (art. 37 à 43).

Le STIF est l'AO des transports en Ile-de-France, mais les autres collectivités territoriales interviennent également, pour contribuer financièrement aux services de transports. En outre, aux termes de l'article 38 de la loi du 13 août 2004 modifiant l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959, relative à l'organisation des transports de voyageurs en Ile-de-France :

“Sur des périmètres ou pour des services définis d'un commun accord, le syndicat peut déléguer tout ou partie des attributions précitées, à l'exception de la politique tarifaire, à des collectivités territoriales ou à leurs groupements. Une convention prévoit les conditions de participation des parties au financement de ces services et les aménagements tarifaires applicables”.

Des collectivités territoriales ou des EPCI peuvent se voir ainsi reconnaître la qualité d'AO secondaires (ou “AOP”, autorités organisatrices de proximité).

IV.2. Contrats Régions/SNCF

Après une première phase expérimentale (1997-2002), les Régions sont devenues les AO des services publics ferroviaires régionaux, à compter du 1^{er} janvier 2002 (art. 21-1 et suivants de la LOTI). A ce titre, chaque région conclut avec la SNCF, opérateur unique actuellement, un contrat pour la gestion des TER. Ces contrats ont un régime particulier, laissant à la fois une grande liberté à la SNCF, pour l'acquisition du matériel roulant, aux frais de la région, et une responsabilité certaine quant à la qualité du service (clauses de bonus/malus). L'évolution de ces contrats est envisagée dans la perspective d'un rapprochement, à terme, avec les délégations de service public.

Ces contrats s'insèrent dans un régime juridique global des infrastructures et services ferroviaires qui est complexe. Il repose sur la distinction des infrastructures, qui relèvent de RFF, et des services ferroviaires qui sont effectués par la SNCF, s'agissant des transports de voyageurs. Les textes organisent une répartition complexe des attributions et de la coopération entre RFF et la SNCF.

C'est dans ce contexte législatif et réglementaire, et en particulier dans le cadre de la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006, relative à la sécurité et au développement des transports, que devront être réalisés les projets du réseau ferroviaire national qui ont un impact sur les services ferroviaires régionaux. Les décrets d'application sont parus et notamment le décret n° 2006-1534 du 6 décembre 2006. L'Etat ou RFF peuvent désormais conclure des contrats de concession ou de partenariat pour les infrastructures ferroviaires.

Les régions sont compétentes également pour intervenir dans des conventions avec des transporteurs pour des services routiers réguliers non urbains d'intérêt régional (art. 29 de la LOTI). Les régions peuvent également participer à des syndicats mixtes d'AO (art. 30-1 de la LOTI créé par l'article 111 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000). Ces nouveaux syndicats mixtes (qui restent encore largement à créer) peuvent réaliser des infrastructures de transport et gérer des équipements, et donc conclure des contrats à cet effet, avec des opérateurs autres que RFF ou la SNCF.

Chapitre II - Contrats d'occupation du domaine public

I. Impossibilité de conclure un Bail Emphytéotique Administratif (BEA) sur le domaine public routier

Le bail emphytéotique administratif (BEA), institué par la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988, d'amélioration de la décentralisation, est régi par les articles L. 1311-2 et suivants CGCT.

Aux termes des dispositions de l'article L. 1311-2 CGCT :

“Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du Code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou, jusqu'au 31 décembre 2007, liée au besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales (...).

Le champ d'application des BEA a toutefois été défini de manière restrictive, dans la mesure où l'alinéa 2 de l'article L. 1311-2 précité dispose que le bien sur lequel porte le bail peut constituer une dépendance du domaine public, à l'exclusion cependant de celles relevant du champ d'application de la contravention de voirie.

Dès lors, en toute hypothèse, le BEA ne saurait porter sur le domaine public routier ainsi qu'a eu l'occasion de le rappeler le Conseil d'Etat, dans une décision en date du 30 juin 2004 (CE, 30 avril 2004, *Commune de Saint-Etienne c/ SCI Ferrand*, req. n° 253372). Or, de nombreux TCSP occupent la voirie routière, en surface, ou en souterrain. Dès lors, un BEA ne pouvant être conclu sur le domaine public routier, il ne peut être utilisé, que ce soit pour la réalisation d'une opération d'intérêt général (réalisation d'un TCSP et mise à disposition de l'AO ou d'un exploitant désigné par celle-ci), ou que ce soit pour l'accomplissement d'une mission de service public (réalisation d'un TCSP et exploitation du service des transports publics, une convention d'exploitation non détachable étant dans ce cas jointe au BEA).

Le BEA n'est donc pas légalement possible dans le domaine des TCSP, utilisant, en totalité ou en partie, le domaine public routier.

En revanche, on peut examiner la faisabilité juridique d'une convention d'occupation du domaine public, à l'instar du BEA, mais à objet plus large, les autorisations temporaires d'occupation du domaine public (AOT) constitutives de droits réels.

II. AOT constitutive de droits réels

L'autorisation d'occupation temporaire du domaine public (AOT) constitutive de droits réels existe, pour l'Etat et les établissements publics nationaux, depuis la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994, complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public. Cette catégorie de contrat a été étendue aux collectivités locales (collectivités territoriales et établissements publics locaux, établissements publics de coopération intercommunale - EPCI - et autres) par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP).

L'article L. 2122-20 du nouveau Code général de la propriété des personnes publiques autorise les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics à :

“1° - Soit conclure sur leur domaine public un bail emphytéotique administratif dans les conditions déterminées par les articles L. 1311-2 à L. 1311-4 du Code général des collectivités territoriales ;

2° - *Soit délivrer des autorisations d'occupation constitutives de droit réel dans les conditions déterminées par les articles L. 1311-5 à L. 1311-8 du Code général des collectivités territoriales*".

Selon le nouvel article L. 1311-5 du Code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de l'ordonnance précitée :

"I - Les collectivités territoriales peuvent délivrer sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels, en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence. Le titulaire de ce titre possède un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice de cette activité.

Ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans la présente section, les prérogatives et obligations du propriétaire. Le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans.

Ces dispositions sont applicables aux groupements et aux établissements publics des collectivités territoriales, tant pour leur propre domaine public que pour celui mis à leur disposition".

II -

III - Les dispositions des I et II sont également applicables aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public. Lorsque ce droit d'occupation du domaine public résulte d'une concession de service public ou d'outillage public, le cahier des charges précise les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités du service public".

Ainsi, une AOT constitutive de droits réels peut :

- être accordée seule, pour la réalisation d'une opération d'intérêt général (la construction d'un TCSP, par exemple) par l'AO, sur des dépendances du domaine public mises à sa disposition par la personne publique propriétaire et/ou gestionnaire de ces dernières, et/ou pour l'accomplissement d'une mission de service public (exploitation du TCSP et, le cas échéant, des transports publics de personnes) ;
- "doubler" une concession de service public ;
- être accordée pour l'exercice d'activités purement privées sur le domaine public et réaliser les ouvrages et équipements destinés à celles-ci.

L'objet et la portée d'une AOT sont donc plus larges que ceux d'un BEA, et sans aucune restriction quant au domaine public d'implantation. L'AOT doublant une concession n'a, en réalité, pas grand intérêt pour le régime des biens et le financement des investissements. Il est plus intéressant de recourir à la cession-escompte de créances (sorte de "garantie") sur les flux financiers, qu'à la constitution d'hypothèques sur les biens de la concession - ce que permettrait l'AOT.

Les articles suivants du CGCT (articles L. 1311-6 à L. 1311-8) traitent de la portée (limitée) des droits réels, des conditions dans lesquelles les biens peuvent être hypothéqués, ou bien les conditions dans lesquelles il peut être recouru au crédit-bail, ainsi que du sort des biens à la fin du contrat. A la fin normale du contrat d'occupation, les biens réalisés par l'occupant sont démolis, ou reviennent gratuitement à la personne publique.

Des règles sont prévues en cas de retrait anticipé du titre d'occupation. Elles permettent l'indemnisation du titulaire de la convention, si le retrait du titre d'occupation est intervenu pour un motif autre que l'inexécution de ses

clauses et conditions - ce qui, s'agissant de biens affectés à un service public rend leur financement plus difficile (art. L. 1311-7 al. 3 du CGCT). Même s'il est faible, le risque de déchéance sans indemnisation de la valeur non amortie des biens a nécessairement un coût plus élevé pour le financement des investissements.

En réalité, l'AOT constitutive de droits réels est une formule contractuelle prévue à la fois pour l'accomplissement d'une mission de service public ou la réalisation d'une opération d'intérêt général et l'exercice d'activités purement privées sur le domaine public - ce qui explique les dispositions relatives à la démolition des installations en fin de contrat ou la non-indemnisation en cas de sanction résolutoire. En outre, cette catégorie contractuelle, très large, par son objet, est très récente pour les collectivités locales, sans "retour d'expérience".

Enfin, l'AOT constitutive de droits réels, sans convention de DSP sous forme de cahier des charges, ne relève ni de la "loi Sapin" ni du Code des marchés publics, pour sa passation et son exécution.

Toutefois, une AOT opération d'intérêt général pour la réalisation d'un TCSP avec location, retour à l'AO et paiement d'un "loyer", ou plus exactement d'une rémunération pouvant inclure une partie de coûts de maintenance, serait considérée comme un marché public au sens communautaire. Sa passation serait donc soumise directement à la directive 2004/17/CE du 31 mars 2006, relative aux secteurs dits spéciaux (eau, énergie, transports et services postaux). Celle-ci donne aux entités adjudicatrices le choix entre trois procédures, les procédures ouvertes, restreintes, ou négociées, après mise en concurrence.

L'ensemble contractuel, AOT et convention de location, compte tenu des missions confiées au titulaire, a un caractère complexe. La procédure négociée est adaptée à la passation de cet ensemble contractuel. Après mise en concurrence, elle permet à l'entité adjudicatrice de négocier les conditions du "marché" avec un ou plusieurs opérateurs économiques, dans le respect des principes généraux du droit de la concurrence, et notamment l'égalité d'accès à l'octroi des contrats administratifs et la transparence.

Cependant, si une AO des transports, entité adjudicatrice, souhaite recourir, pour la réalisation et, le cas échéant, l'exploitation d'un TCSP, à une formule de PPP autre que la classique concession de travaux publics et de service public, il paraît préférable de choisir une solution plus encadrée légalement et plus adaptée à un ouvrage public (au sens large du terme), celle du contrat de partenariat (CP).

Chapitre III - Contrats de partenariat

Introduction

Les contrats de partenariat ont été introduits en Droit national par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, codifiée, pour ce qui concerne les collectivités locales, aux articles L. 1414-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales. Il s'agit d'un contrat au caractère novateur mais qui s'inspire largement du marché d'entreprise de travaux publics (ci-après dénommé "METP"), et de la concession.

Le METP, contrat de construction jurisprudentielle, était (il n'a plus d'existence juridique aujourd'hui) un contrat par lequel une personne publique confiait à une entreprise la réalisation et l'exploitation d'un ouvrage, le titulaire étant rémunéré par une redevance versée par l'administration (v. CE, Sect., 26 novembre 1971, *SIMA*, Rec. p. 923 ; v. également, CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, Rec. p. 611). Par son objet, ce contrat pouvait être assimilé à une concession. Néanmoins, le juge administratif a considéré que le METP était bien un marché public, soumis au Code des marchés publics, dans la mesure où ce contrat ne comportait pas de redevance perçue auprès des usagers mais le versement d'un prix par la personne publique (v. notamment, CE, 14 octobre 1988, *SA Socea-Balancy*, req. n° 68583).

Ce contrat comportait un certain nombre d'avantages pour la personne publique (financement privé des infrastructures, exploitation sur longue durée, étalement de la charge budgétaire sur la durée du contrat), se rapprochant de ceux offerts aujourd'hui par le contrat de partenariat.

Les METP étaient néanmoins en contradiction avec certaines réglementations, dont celle relative à l'interdiction du paiement différé des travaux figurant dans le Code des marchés publics, et ont été condamnés par le juge administratif (CE, 8 février 1999, *Commune La Ciotat*, AJDA 1999, p. 364), et par le Code des marchés publics de 2001, puis par les deux Codes suivants de 2004 et 2006. Aux termes de l'article 96 de l'actuel Code :

“Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé”.

Toutefois, la nécessité d'une diversification des modalités de partenariat avec le secteur privé imposait le recours à une “troisième voie”, en vue de combler le déficit en outils contractuels adéquats, dès lors que les DSP impliquent une rémunération liée aux résultats financiers de l'exploitation d'un service public. Tel est l'objet de l'ordonnance du 17 juin 2004 précitée créant un outil spécifique, le contrat de partenariat.

Celui-ci, à l'instar du METP, dispose de caractères spécifiques, permettant de le distinguer des marchés publics et des délégations de service public.

En effet, en premier lieu, les contrats de partenariat se distinguent des marchés publics en raison de l'interdiction du paiement différé des travaux inscrite, comme on l'a dit, dans le Code des marchés publics (art. 96 CMP 2006). En outre, la durée d'un marché public se fonde notamment sur la nature des prestations et la nécessité d'une mise en concurrence périodique (art. 16 CMP 2006), et non en fonction des investissements réalisés par le titulaire ou des modalités de financement.

En second lieu, les contrats de partenariat se distinguent des délégations de service public, à la fois par l'objet et par le mode de rémunération. D'une part, les contrats de partenariat n'ont pas pour objet de confier à leur titulaire la gestion d'un service public, contrairement aux dispositions des articles L. 1411-1 et suivants CGCT. D'autre part, le titulaire est rémunéré par la personne publique et peut percevoir des recettes annexes. Il ne prend donc pas le risque trafic, ou risque de fréquentation, mais uniquement un risque performances. En d'autres termes, **son risque n'est pas commercial mais technique**. Toutefois, ces différences peuvent être nuancées.

Enfin, le régime des biens de ces deux contrats diffèrent sensiblement : alors que dans les délégations de service public les biens dits de retour appartiennent *ab initio* à la personne publique, le titulaire du contrat de partenariat est “propriétaire” des ouvrages et équipements réalisés pendant toute la durée du contrat de partenariat, celui-ci valant AOT constitutive de droits réels.

I. Définition

La définition est donnée par l'alinéa 1^{er} de l'article L. 1414-1 du Code général des collectivités territoriales, issu de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 :

“ Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels la personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. Il peut se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages.

La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant”.

I.1. Objet

Les contrats de partenariat sont donc des contrats administratifs par lesquels une personne publique confie à un tiers, généralement privé, une mission globale relative :

- au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public,
- à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements,
- à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion,
- et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Il convient également de noter que, au sens du Droit communautaire, les contrats de partenariat ne forment pas une nouvelle catégorie de contrat, dans la mesure où ils constituent des marchés publics, relevant de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 :

“Considérant qu'aux termes du a) du deuxième paragraphe de l'article premier de la directive 2004/18/CE : Les marchés publics sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive ; que, sous réserve que les personnes publiques procédant à leur passation puissent être regardées comme des pouvoirs adjudicateurs au sens du paragraphe 9 de l'article 1^{er} de la même directive et qu'ils rentrent, par leur montant et par leur objet, dans les prévisions du chapitre II du titre II de celle-ci, les contrats de partenariat, qui ont vocation à être passés avec un ou plusieurs opérateurs économiques et en vertu desquels la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique, constituent des marchés publics au sens de cette directive ; que, dans cette mesure, l'ordonnance attaquée s'inscrit dans le champ d'application de la directive 2004/18/CE”

[CE, 29 octobre 2004, Sueur et autres, RFDA 2004, p. 1103].

Pour autant, l'objet d'un CP est clairement distinct de celui d'un marché public et clairement plus large (on voit bien là les différences de champ d'application et de notions utilisées respectivement par le droit communautaire et le droit national). L'objet d'un CP est proche de celui d'une DSP, et notamment de celui d'une concession de travaux publics.

Toutefois, une différence nette subsiste quant à l'objet du contrat. **Le titulaire d'un CP est chargé de l'exploitation et de la maintenance des ouvrages et équipements nécessaires à un service public, alors qu'un délégataire est chargé de la gestion même du service public et peut être chargé de construire les ouvrages et d'acquérir les biens nécessaires au service public.**

Dans le domaine des TCSP, cette définition limitative du CP implique, a priori, une utilisation du CP uniquement pour la réalisation de l'infrastructure de transport et son exploitation technique incluant la maintenance, la gestion du service public de transports de personnes devant a priori être confiée à un autre opérateur économique, régie personnalisée ou non, ou délégataire (v. infra III).

Cependant, selon la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP), le contrat de partenariat peut aussi inclure la gestion d'un service public¹², lorsque celle-ci recouvre l'exploitation des ouvrages affectés au service public.

¹² - La formulation de l'ordonnance de juin 2004 ne permet pas d'apporter une réponse ferme à la question du périmètre du CP : l'article L. 1414-1 du CGCT évoque “une mission globale relative (...), le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée”.

I.2. Rémunération

La rémunération du titulaire d'un CP est, en partie, proche de celle d'un marché public (paiement par la personne publique) et, en partie, différente (paiement "lissé" sur la durée du contrat, intégrant l'amortissement des investissements initiaux).

La rémunération est très différente de celle d'un délégataire, dans la mesure où le titulaire ne perçoit pas de redevance auprès des usagers du service, sauf d'éventuelles recettes annexes. En outre, la rémunération est assurée par la personne publique et elle peut, en partie, être liée à des objectifs de performance.

Toutefois, dans le domaine des transports, les usagers paient, sauf gratuité du service, un titre de transport, un prix du service qui ne représente qu'une partie, plus ou moins faible, du prix de revient. Dans le cadre d'un contrat de partenariat englobant l'exploitation commerciale du TCSP, si l'on estime que le titulaire du contrat ne peut se rémunérer sur l'usager¹³, il faut prévoir soit la désignation d'un régisseur de recettes (personne physique de la société de projet agréée par le Trésorier Payeur Général et ayant souscrit les assurances et garanties requises) ou donner un mandat financier à la société de projet. Ainsi, les recettes du service, qui demeurent des "fonds publics", pourront être encaissés par le régisseur de recettes ou la société de projet et reversées au Trésor Public, dans le respect des règles de la comptabilité publique.

L'organisation et le fonctionnement des régies de recettes sont définis par les articles R. 1617-1 à R. 1617-5.2, R. 1617-6 à R. 1617-10, et R.1617-15 à R. 1617-17 du Code général des collectivités territoriales.

La prudence commande de vérifier quelles sont les dispositions à mettre en œuvre auprès du comptable public de l'AO.

Ainsi qu'il a été dit, la notion de risque ou de partage de risques est également différente. Toutefois, une partie (faible) du risque trafic peut être mise à la charge du titulaire du CP dans les objectifs de performances - la fréquentation pouvant être (en partie) liée à la qualité du service.

II. Caractéristiques générales

II.1. Maîtrise d'ouvrage et régime des biens

Il résulte des dispositions de l'article L. 1414-1 du CGCT précité que le titulaire d'un CP assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser et peut également se voir confier la totalité ou une partie de la conception des ouvrages. A ce titre, le titulaire d'un CP est, es qualités, maître d'ouvrage, comme un concessionnaire, un emphytéote ou le titulaire d'une AOT constitutive de droits réels.

La loi MOP ne s'applique pas au contrat de partenariat, qui est un mode de réalisation en maîtrise d'ouvrage privée sous le contrôle de la personne publique contractante. En revanche, la loi MOP est applicable à celle-ci, si une partie de la conception est effectuée, au départ, sous son autorité, selon un ou plusieurs marchés de maîtrise d'œuvre.

Le titulaire d'un CP est "propriétaire" des ouvrages et équipements objets du contrat pendant la durée du contrat, en l'absence de stipulation contractuelle contraire. Précisément, le titulaire dispose de droits réels sur les biens qu'il réalise dans le cadre du contrat de partenariat, lorsque le contrat comporte occupation du domaine public.

Conformément aux dispositions de l'article L. 1414-16 du CGCT, ces droits réels lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, selon les conditions et modalités prévues par le contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public. Ces droits ne peuvent être cédés qu'avec l'accord exprès

¹³ - Cette question, fondamentale, n'est pas tranchée à ce jour.

et préalable de la personne publique, et hypothéqués uniquement pour garantir les emprunts contractés en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des biens. Ces droits réels sont donc limités, dans la mesure où ils n'existent que pendant la durée du contrat, et où ils permettent au titulaire de disposer de l'usus et du fructus à l'égard des biens, et non de l'abusus.

En outre, à l'instar des concessions, les biens peuvent être répartis selon les trois catégories usuelles (biens de retour, biens de reprise et biens propres). A cette fin, un inventaire peut être établi selon les trois catégories précitées, et mis à jour tout au long de l'exécution du contrat.

Une originalité du contrat de partenariat est que les biens peuvent être privés, "apportés" par le titulaire et conservés par lui à l'issue du contrat. L'originalité est, dans ce cas, de nature fiscale, l'AO pouvant récupérer la TVA sur des investissements qu'elle n'aura pas réalisés directement mais qu'elle aura intégrés dans la rémunération du titulaire du CP.

Toutefois, elle ne pourra le faire que si elle est exploitant fiscal, statut qui dépend directement du régime d'exploitation du service choisi par elle. Elle ne pourra pas, en effet, faire jouer le transfert des droits à déduction de la TVA au délégataire, même dans le cadre d'un affermage, dans la mesure où la rémunération du titulaire du CP est une dépense de fonctionnement et non d'investissement [voir les Fiches fiscales éditées par la MAPPP]. Le régime fiscal des CP n'est pas encore totalement défini au jour d'aujourd'hui ; aussi est-il recommandé de consulter les services fiscaux (centraux) en cas de projet précis.

II.2. Contenu minimum légal du contrat de partenariat

Conformément aux dispositions de l'article L. 1414-12 CGCT, le contrat de partenariat doit nécessairement comporter un certain nombre de clauses.

A) Durée

Conformément aux dispositions de l'article L. 1414-1 CGCT, les contrats de partenariat sont conclus pour une "période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues".

La durée du contrat de partenariat comprend la conception, la construction des ouvrages et équipements, et leur exploitation technique et leur maintenance. De manière corrélative, les montants annuels des loyers qui devront être versés par la personne publique vont dépendre de la durée du contrat. Cette durée revêt donc une importance primordiale.

Celle-ci doit être définie en fonction, d'une part, de l'étendue des missions et des performances imposées au titulaire et, d'autre part, des contraintes financières et budgétaires pesant sur l'autorité organisatrice. De même, la durée du contrat conditionne la durée des financements mis en œuvre par le titulaire. En outre, la phase d'exploitation et de maintenance doit être suffisamment longue, afin de permettre au titulaire d'amortir les investissements réalisés pendant les phases de conception et de construction, et de bénéficier d'une juste rémunération.

La phase de dialogue compétitif doit permettre de trouver un équilibre entre les contraintes inhérentes au projet et celles de l'autorité organisatrice, du titulaire et des financiers. Le CP est nécessairement de longue durée par rapport aux marchés publics.

B) Partage des risques

Le contrat de partenariat est fondé sur une répartition optimale des risques entre le titulaire et la personne publique. En effet, l'objectif est de transférer au titulaire une partie des risques de la personne publique. Cela induit des coûts supplémentaires pour le titulaire, qui sont répercutés dans les loyers devant lui être versés par la personne publique.

Le partage des risques n'est pas spécifique au CP. C'est une notion existant également dans les DSP. Le principe est de faire supporter chaque risque à celui qui est le mieux à même de le faire.

Quatre grandes familles de risques peuvent être identifiées :

- risques relatifs à la conception
- risques relatifs à la construction
- risques relatifs à l'exploitation technique et à la maintenance
- risques relatifs au financement.

Il est opportun de transmettre aux candidats un projet de matrice des risques, lors de la passation du contrat. La répartition établie dans le projet peut faire l'objet de modifications au cours du dialogue compétitif. La matrice des risques définitive peut constituer une annexe au contrat de partenariat.

C) Objectifs de performance

La fixation et le respect d'objectifs de performance contractuellement assignés au titulaire sont un élément primordial qui caractérise le contrat de partenariat, mais là encore, pas totalement original. Il s'agit, en effet, de l'un des motifs justifiant le recours à ce type de contrat, permettant à l'autorité organisatrice d'obtenir le respect d'exigences contractuellement prévues et des prestations contrôlables pendant toute la durée du contrat. C'est une application du principe "Best value for money" (meilleur rendement pour un prix donné).

Ainsi, des objectifs de performance doivent être assignés au cocontractant, "*notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation*" (art. L. 1414-12 c).

Les performances et résultats à obtenir peuvent ainsi concerner les domaines suivants :

- conception des ouvrages,
- construction des ouvrages et des équipements,
- réalisation des travaux (techniques employées, durée des travaux,...),
- maintenance et exploitation technique des ouvrages et équipements.

Ces objectifs et résultats doivent être mesurables, afin que des contrôles soient effectués, et, le cas échéant, des sanctions soient prononcées. Ces contrôles ont lieu, au stade de la conception des ouvrages, lors de l'achèvement de la phase de réalisation des travaux, et lors de la phase d'exploitation.

On peut comprendre que soient assignés des objectifs de performance concernant l'exploitation et la maintenance des ouvrages et équipements et leur disponibilité. Le "niveau de fréquentation" est plus surprenant, dans la mesure où le cocontractant n'assume pas directement la gestion du service public et n'assume pas le risque commercial. Cependant, la circulaire du 29 novembre 2005, relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales, énonce que :

"Si la règle générale est que la personne publique conserve le risque volume, ou risque de fréquentation, le contrat de partenariat peut néanmoins affecter au partenaire privé une partie du risque volume".

Il est vrai que c'est une simple éventualité. On ne voit pas très bien comment demander au titulaire d'un CP réalisant un TCSP de respecter ou de garantir des objectifs de fréquentation, sauf si l'on considère que l'article L. 1414-1, du CGCT définissant le CP, permet de lui confier l'exploitation technique et commerciale de l'infrastructure de transport.

D) Rémunération du titulaire

La rémunération du titulaire fait l'objet d'un paiement par la personne publique, étalé sur la durée du contrat. Cette rémunération est calculée sur la base de plusieurs éléments clairement distingués :

- coûts d'investissement,
- coûts de fonctionnement,
- coûts de financement,
- le cas échéant, recettes annexes, tirées de l'exploitation des ouvrages et équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante.

Ainsi la rémunération se décompose entre un "loyer financier" et un "loyer fonctionnement", même si, fiscalement au regard de la TVA, elle est globalisée et considérée comme une dépense de fonctionnement.

Le loyer "financier" intègre les coûts d'investissement (investissements initiaux et investissements liés au renouvellement des équipements) et les coûts de financement supportés par le titulaire. Sont ainsi pris en compte les coûts suivants :

- coûts de développement, ou de conception,
- coût des travaux,
- coûts de la société de projet, incluant la maîtrise d'ouvrage,
- amortissements,
- impôts et taxes,
- assurances,
- coûts de formation des conducteurs, des essais et de la marche à blanc,
- frais financiers.

Le loyer "fonctionnement" intègre l'ensemble des coûts liés à la maintenance, à l'exploitation technique et aux services. Sont ainsi pris en compte les coûts suivants :

- coût des prestations de services,
- coûts de maintenance préventive, curative et prédictive,
- assurances,
- frais de structure du titulaire,
- marge pour aléas et bénéfices.

La rémunération du titulaire du CP peut et même doit comprendre, dans les coûts de fonctionnement, une partie variable liée aux objectifs de performance, un système de variation bonus/malus. Le contrat doit expliquer ses modalités de mise en œuvre, ainsi que les mécanismes de compensation entre les sommes dues par la personne publique et celles dues par son cocontractant au titre de sanctions ou de pénalités.

Le contrat doit également fixer les modalités de paiement de la rémunération. Le versement peut être mensuel ou trimestriel, avec une régularisation annuelle, compte tenu des éventuelles compensations ou du bonus/malus. La formule d'indexation peut être annuelle ou à fréquence plus élevée.

Il faut mentionner, quand aux modalités de paiement, les règles particulières de la cession partielle de créances, codifiées au Code monétaire et financier, à l'article L. 313-29-1, qui dispose :

"En cas de cession d'une créance détenue sur une personne publique par le titulaire d'un contrat de partenariat, ce contrat peut prévoir que, pour une part de la créance cédée représentant une fraction du coût des investissements, les dispositions des articles L. 313-28

et L. 313-29 ne sont pas applicables. Dans ce cas, le contrat prévoit que la part de la créance mentionnée ci-dessus est, après constatation par la personne publique contractante que les investissements ont été réalisés, définitivement acquise au cessionnaire, sans pouvoir être affectée par aucune compensation. Le titulaire du contrat est tenu de se libérer auprès de la personne publique contractante des dettes dont il peut être redevable à son égard du fait de manquements à ses obligations contractuelles, et notamment, du fait des pénalités qui ont pu lui être infligées : l'opposition à l'état exécutoire émis par la personne publique n'a pas d'effet suspensif dans la limite du montant ayant fait l'objet de la garantie au profit du cessionnaire”.

Il s'agit donc d'une cession sans recours, sans qu'il soit nécessaire qu'elle fasse l'objet d'un acte d'acceptation. Elle constitue une garantie sur les flux financiers et permet au titulaire du CP d'obtenir des conditions de financement plus favorables - ce dont bénéficie la personne publique contractante.

E) Respect de l'affectation des ouvrages et des exigences du service public

Les missions dévolues au titulaire du contrat de partenariat ne recouvrent pas exactement celles relatives à la gestion d'un service public, comme c'est le cas s'agissant des délégations de service public. Néanmoins, le contrat doit prévoir une clause relative aux *“obligations du cocontractant ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages et équipements du service public dont la personne publique contractante est chargée et le respect des exigences du service public”* (art. L. 1414-12 e). Cette clause est nécessaire dans la mesure où les exigences de service public doivent se concilier avec les droits réels du titulaire du CP et son éventuelle exploitation des ouvrages et équipements à des fins accessoires, ainsi qu'avec les conditions de financement par crédit-bail, le cas échéant. Le crédit-bailleur est juridiquement propriétaire des biens financés, mais il doit respecter leur affectation au service public et les exigences du service public.

Au demeurant, la même condition existe dans les conventions tripartites conclues entre un concédant, un concessionnaire et une SOFERGIE, en cas de financement par crédit-bail, immobilier et mobilier, des ouvrages et équipements de la concession. Elle existe aussi pour le financement par crédit-bail, dans le cadre d'un BEA ou d'une AOT constitutive de droits réels.

F) Modalités de contrôle et sanctions et pénalités applicables

Le contrôle de l'autorité organisatrice sur l'exécution du contrat s'exerce à un double titre, ainsi qu'il a été dit. Les dispositions précitées prévoient légalement et imposent d'organiser contractuellement le pouvoir de contrôle de la personne publique, qui relève des règles générales applicables aux contrats administratifs.

Le contenu du rapport annuel devant être remis par le titulaire du CP n'est pas précisé. On peut utilement s'inspirer, en l'adaptant, du contenu du rapport annuel du délégataire, notamment quant aux indicateurs de qualité qui correspondent aux objectifs de performance et aux méthodes de mesure et de suivi.

La partie originale du contrôle porte sur la sous-traitance à des PME et artisans. Il peut s'agir de sous-traitance des travaux de construction comme de celle de prestations de maintenance. S'agissant de la construction, le contrôle porte également sur l'obligation faite au titulaire du CP de constituer une caution garantissant le paiement des sous-traitants au fur et à mesure de la réalisation des travaux, *“dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la réception de ceux-ci”*. Ainsi que dans un contrat de concession, il faut rappeler que la sous-traitance ne relève pas de la loi du 31 décembre 1975 et que la réception des travaux est prononcée entre le titulaire du CP et les entreprises sous-traitantes.

En cas de non-respect des engagements souscrits ou des objectifs de performance, l'autorité organisatrice peut prononcer des sanctions et des pénalités. Celles-ci sont établies en fonction de l'objet du contrat et des objectifs de performance assignés au titulaire du contrat. Ainsi qu'il a été précédemment indiqué, une compensation est effectuée entre les loyers et les pénalités appliquées au cocontractant. En outre, des sanctions sont encourues en cas d'inexécution totale ou partielle de ses missions par le titulaire, celles-ci pouvant aller jusqu'à la mise en régie et la résiliation pour faute du contrat.

G) Conditions de modification du contrat

Le contrat doit prévoir les “*conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant, ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation*” (art. L. 1414-12 h).

Une modification peut notamment intervenir en cas :

- d'évolution des besoins de la personne publique,
- d'innovations technologiques,
- de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant.

Tout projet d'avenant entraînant une augmentation du montant global du contrat supérieur à 5 % doit être soumis pour avis à la commission de contrat de partenariat. L'assemblée délibérante ou l'organe délibérant qui autorise la conclusion du projet d'avenant doit être préalablement informé de cet avis. La règle existant pour les marchés publics et les DSP a donc été étendue aux CP.

H) Cession totale ou partielle du contrat

Conformément à l'avis précité du Conseil d'Etat en date du 8 juin 2000 (CE, Sect. Fin., 8 juin 2000, avis n° 141654, BJDPC n° 15/2001, p. 94), toute cession, totale ou partielle, du contrat doit être préalablement et expressément autorisée par l'autorité organisatrice. Celle-ci ne peut cependant être refusée que si le cessionnaire ne présente pas de garanties techniques ou financières suffisantes, selon les principes jurisprudentiels.

I) Continuité du service en cas de défaillance ou de fin anticipée

Le contrat doit également prévoir les conditions dans lesquelles la continuité du service public est assurée en cas de défaillance du titulaire, et notamment dans l'hypothèse d'une résiliation du contrat. Cette clause permet de prendre toutes mesures destinées à assurer la continuité du service public. Une clause sur la continuité du service public existe dans de nombreux contrats de DSP. En cas de résiliation pour faute, ou en cas de défaillance, elle peut paraître “littéraire”. Dans le cadre d'un CP, la situation peut être la même et difficile à gérer.

Cependant, toute résiliation pour faute rendant nécessaire une mise en demeure, ce délai peut être mis à profit pour trouver une solution de remplacement. La passation d'un marché public en urgence peut être envisagée, ou la reprise en régie.

Il peut aussi être prévu d'insérer une “clause de substitution” qui existe dans le “financement de projet”. En cas de risque de résiliation pour faute, la mise en demeure est également adressée aux “prêteurs”, et ceux-ci peuvent proposer une “entité substituée”, à laquelle le contrat serait cédé avec l'agrément de la personne publique. Cette clause existe dans des concessions de l'Etat et de collectivités territoriales. A notre connaissance, elle n'a jamais été mise en œuvre (ni dans la concession “Eurotunnel”, ni dans la concession “Orly-Val”).

Quelles que soient les difficultés pratiques le moment venu, il faut prévoir une clause permettant à l'autorité organisatrice de prendre toutes mesures pour assurer la continuité du service public. Mais il faut tenter de définir des conditions et modalités plus précises à cette fin, étant entendu que le titulaire du CP en place est défaillant, et qu'il faut mettre à profit la “période grise” qui précède la défaillance, tout en respectant les dispositions protectrices des entreprises en difficulté ou en redressement judiciaire qui sont d'ordre public.

J) Conséquences de la fin du contrat, notamment sur la propriété des ouvrages et équipements

Une attention particulière doit être portée à l'identification et à la classification des biens objets du contrat, s'agissant notamment de leur sort à la fin du contrat, anticipée ou non.

A cet égard, l'ordonnance du 17 juin 2004 laisse une certaine liberté aux parties. Les biens peuvent :

- appartenir à l'autorité organisatrice ab initio, selon des stipulations contractuelles expresses, si le contrat comporte occupation du domaine public ;
- appartenir au titulaire du CP pendant la durée du contrat ;
- appartenir au titulaire du CP et rester sa propriété à la fin du contrat.

Ainsi qu'il a été dit, le régime des biens doit être déterminé clairement dans le contrat. Il peut s'inspirer ou non de la classification des biens dans une concession.

En toute hypothèse, l'établissement d'un inventaire et sa mise à jour régulière sont indispensables. L'inventaire est nécessaire aussi pour l'obligation de remettre, en fin de contrat, les biens appartenant à la personne publique ou destinés à être intégrés dans son patrimoine, en bon état de fonctionnement et d'entretien, compte tenu de leur âge et de leur destination.

K) Prévention, règlement des litiges et arbitrage

Le contrat doit prévoir les modalités de prévention et de règlement des litiges. En outre, il convient de souligner que l'article L. 1414-12 I du CGCT constitue une dérogation à l'interdiction de principe de recours à l'arbitrage pour les personnes publiques (v. art. 2060 du Code civil ; CE, Ass., avis n° 339710, GACE, Dalloz, n° 15). Le recours à l'arbitrage est possible avec application de la loi française. Cette dérogation s'ajoute aux huit dérogations à la compétence des juridictions administratives de premier ressort énumérées à l'article L. 311-6 du Code de justice administrative.

En principe, le CP relève de la juridiction administrative territorialement compétente (Tribunal administratif dans le ressort duquel se situe le lieu d'exécution du contrat). Avant la saisine du Tribunal administratif, il peut être prévu des modalités de règlement amiable, le cas échéant, avec la mise en place d'une commission de conciliation.

Si le recours à l'arbitrage est envisagé, il faut rédiger une "clause compromissoire". Elle doit comporter certaines indications obligatoires relatives :

- ➔ au choix des arbitres ou à la description des modalités de choix (il existe de nombreux centres d'arbitrage ou chambres arbitrales en France) ;
- ➔ à la détermination de la procédure d'arbitrage qui sera applicable (référence au règlement de la Cour arbitrale choisie) ;
- ➔ à la définition du champ d'application de la clause (tous les litiges ou une partie des litiges nés du contrat).

II.3. Régime juridico-financier et fiscal

Sur les modalités de financement, les dispositions législatives relatives au CP sont quasiment muettes, sauf sur la cession partielle de la créance professionnelle détenue par le titulaire du CP sur la personne publique. En réalité, le CP étant un mode de financement privé d'équipements publics, ce sont les modalités de financement de tous les PPP qui peuvent s'appliquer (v. Aspects financiers).

Le régime fiscal du CP présente deux particularités, qui n'ont pas de réel impact en matière de transports publics payants. Elles concernent la taxe foncière et la TVA. En revanche, une troisième particularité concernant la taxe professionnelle peut donner lieu à complications.

S'agissant de l'exonération de taxe foncière, elle ne joue qu'en cas d'absence de production de revenus des biens immobiliers devant être incorporés dans le domaine public. Or, les transports publics, sauf exception, sont payants, même faiblement, par les usagers. La condition d'absence de revenus n'est donc pas remplie.

La seconde disposition concerne la TVA. L'éligibilité au FCTVA est limitée à la part de la rémunération correspondant à l'investissement réalisé par le titulaire du CP pour les besoins d'une activité non soumise à la TVA, et à condition que le bien appartienne à la personne publique ou soit destiné à lui appartenir. Cette disposition ne concerne pas les transports publics de personnes soumis à la TVA au droit commun.

L'assujettissement de l'exploitant du TCSP à la TVA au droit commun, qu'il s'agisse d'une régie ou d'un délégataire, rend la TVA grevant la rémunération du titulaire du CP déductible au droit commun, les recettes du service public de transport de personnes étant elles-mêmes soumises à TVA (au taux réduit de 5,5 %). Il faut toutefois que l'ouvrage réalisé par le titulaire du CP soit mis à disposition directement de l'exploitant fiscal, AO ou délégataire, en raison de l'impossibilité du transfert par l'AO au délégataire des droits à déduction de la TVA grevant la rémunération du titulaire du CP [Voir Fiches fiscales de la MAPPP].

S'agissant de la taxe professionnelle, la situation peut se révéler complexe, avec un partage entre le titulaire du CP et l'exploitant soumis à la taxe professionnelle (délégataire).

Le régime fiscal d'un CP ne soulève donc pas de difficultés particulières dans le domaine des transports, sauf en ce qui concerne la taxe professionnelle. Il faut seulement déterminer, compte tenu du mode de gestion choisi, qui est l'exploitant fiscal, gère le compte transport et la TVA, et qui acquitte la taxe foncière et la taxe professionnelle.

III. Contrat global ou exploitation dissociée

III.1. Contrat global réalisation-exploitation

Par définition, l'exploitation d'un réseau de transports publics de personnes suppose la perception de recettes perçues auprès des usagers du service public.

Or, ainsi qu'il a été précédemment rappelé, les missions du titulaire d'un contrat de partenariat ne recouvrent pas directement la gestion d'un service public. D'après les textes, le titulaire peut (option facultative) assurer des "prestations de service concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée". De même, le titulaire peut se procurer des recettes annexes mais, contrairement au délégataire de service public, les redevances perçues auprès des usagers du service ne sont pas l'essence de sa rémunération (avec, comme déjà indiqué à plusieurs reprises, la question de savoir s'il peut percevoir ces redevances en son nom propre et pour son compte - art. L. 1414-1 CGCT).

Dès lors, le montage le plus fiable en l'état actuel du droit, est que le titulaire du contrat de partenariat perçoive les recettes auprès des usagers du service public, non pas en son nom et pour son propre compte, mais seulement au nom et pour le compte de l'AO.

Dans ce cas, ainsi qu'il a été dit, la perception des recettes doit donner lieu à la désignation d'un régisseur de recettes ou à un mandat financier confié à la société de projet, titulaire du contrat de partenariat.

Subsiste la question délicate de la différenciation avec une DSP et du seuil de "rémunération assurée de manière substantielle par les résultats de l'exploitation", critère discriminant de la DSP. Mais il est vrai que, dans un contrat de partenariat, les recettes ne sont pas "déléguées" et, en conséquence, elles n'assurent pas directement la rémunération du titulaire du contrat. En outre, il n'assume pas le risque de fréquentation, ou dans une très faible proportion.

Comme indiqué précédemment, une réserve demeure sur le fait qu'un contrat de partenariat permet ou non de confier la gestion du service public lui-même à son titulaire. Certains commentateurs considèrent qu'on peut avoir une conception plus large du CP, ou qu'il faut modifier le texte en ce sens (ce qui est envisagé, semble-t-il).

Dans l'état actuel de la définition du CP, le recours à ce type de contrat nous semble plutôt devoir être envisagé **dans le cadre d'un montage dissocié**, dès lors que l'exploitation du service public de transport permet d'assurer une rémunération liée de manière substantielle, aux résultats (financiers) de l'exploitation.

III.2. Exploitation dissociée

S'agissant des TCSP, le contrat de partenariat pourrait opportunément être utilisé dans le cadre d'un montage dissocié. Précisément, le titulaire du contrat de partenariat aurait pour mission la réalisation du TCSP (conception, construction et financement) ainsi que son exploitation technique et sa maintenance.

L'exploitation du service public serait quant à elle assurée :

- par la personne publique, au travers d'une régie, personnalisée ou non,
- ou par un autre cocontractant de la personne publique, sous la forme d'une régie intéressée ou d'un contrat d'affermage.

Il s'agirait d'un montage contractuel triangulaire, comme la double concession, assez complexe, juridiquement et fiscalement. Deux schémas peuvent être envisagés, principalement.

Schéma 1

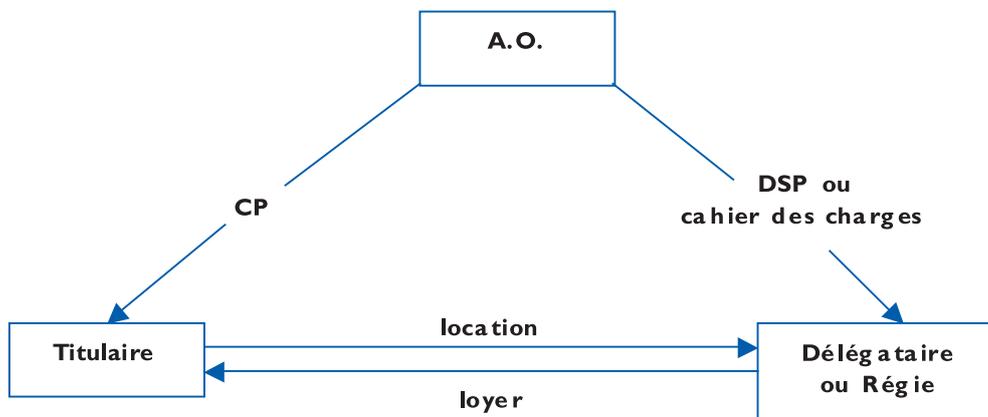
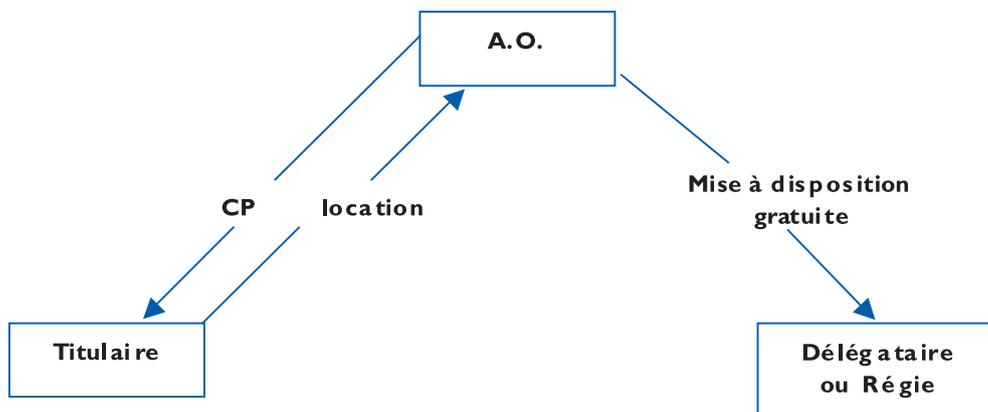


Schéma 2



Ces deux schémas peuvent être aménagés. Ils soulèvent des questions (peut-être des difficultés) quant à la gestion des interfaces entre le titulaire du CP et l'exploitant du service public des transports. Elles peuvent être résolues dans le cadre d'une convention directe entre le titulaire du CP et l'exploitant. C'est le cas dans la convention tripartite de fonctionnement, dans le cadre d'une double concession, de travaux publics et de service public. Ce type de montage est également prévu dans le secteur ferroviaire entre le titulaire d'un CP, le gestionnaire de l'infrastructure (RFF), et la SNCF, par le décret précité n° 2006-1534 du 6 décembre 2006.

Sur le plan fiscal, pour la déductibilité de la TVA grevant la totalité de la rémunération du titulaire du CP, parfois qualifiée de "loyer", il faut préférer le schéma 1, de mise à disposition directe des ouvrages au délégataire, qui pourra intégralement déduire la TVA sur ses charges. Le "loyer" versé par le délégataire au titulaire du CP est pris en compte dans les coûts d'exploitation et les comptes prévisionnels, sur la base desquels est déterminé le montant de la subvention forfaitaire d'exploitation.

Dans ce montage, la perception des recettes ne soulève pas de difficultés particulières, elle est confiée à l'exploitant du service.

IV. Règles de passation

Les contrats de partenariat n'étant ni des délégations de service public, ni des marchés publics (au sens du Code des marchés publics), leur procédure de passation ne relève ni des articles L. 1411-1 et suivants CGCT, ni du Code des marchés publics. L'article L. 1414-3 CGCT a néanmoins pris soin de dégager les principes applicables, le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 déterminant les modalités de publicité applicables (codifié aux articles D.1414-1 et suivants du CGCT).

IV.1. Principes applicables

L'article L. 1414-3 du CGCT dispose que :

"la passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures".

Ces principes constituent une sorte de fonds commun de la concurrence pour la passation des marchés publics et contrats administratifs en général.

En outre, l'alinéa 2 de l'article L. 1414-3 CGCT précise que la passation des contrats de partenariat "est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par décret" (décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004).

Cette disposition est très proche de celle relative à la publicité préalable pour la passation des DSP.

Cependant, la passation d'un CP est plus complexe que celle d'une DSP, dans la mesure notamment où elle rend nécessaire l'établissement d'une évaluation préalable.

IV.2. Evaluation préalable

Au terme des dispositions applicables, le recours au contrat de partenariat est entendu de manière restrictive. En effet, le lancement de la procédure de passation doit obligatoirement être précédé d'une étude d'évaluation sur les plans juridique, technique, économique et financier démontrant la nécessité de recourir à ce type de contrat.

En effet, aux termes de l'article L. 1414-2 du Code général des collectivités territoriales, l'étude d'évaluation à laquelle procède la personne publique avant le lancement de la procédure de passation du contrat, a un double objet. Elle :

- “a) Montre ou bien que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ;*
- b) Expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'on conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct”.*

Ce double objet porte donc sur :

- la **complexité**, technique ou juridico-financière, du projet, ou son **urgence** ;
- l'analyse comparative et multicritères des diverses solutions possibles.

Tout d'abord, les collectivités territoriales ont la liberté de choix des bureaux, consultants, ou organismes chargés d'établir l'étude d'évaluation, dès lors qu'elles respectent les règles de passation du ou des marchés conclus à cet effet.

Ensuite, sans que l'on bénéficie du recul de l'expérience, la mise en œuvre des contrats de partenariat étant plutôt lente, on peut tenter de dégager quelques principes pour l'établissement de l'évaluation préalable. A cet égard, deux fascicules peuvent être consultés, qui ont été publiés par le Moniteur des Travaux publics :

- “Evaluation des contrats globaux de partenariat. Principes, méthode et comparaisons”, Institut de la gestion déléguée, MTP 26 mars 2004 (72 p) ;
- “Le contrat de partenariat et la collectivité territoriale. Comment utiliser le contrat de partenariat ?, X Bezançon, M. Fornacciari, MTP 18 mars 2005 (24 p).

S'agissant de la complexité du projet, qui pourra être aisément démontrée pour un projet de transports publics, on peut appliquer la notion retenue par la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Le considérant 31 de la directive énonce que :

“Les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes peuvent, sans qu'une critique puisse leur être adressée à cet égard, être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières/juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'importantes infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance”.

Cette considération justifie le recours à une procédure plus souple de passation d'un “marché public” au sens communautaire : le **dialogue compétitif**. La même notion de complexité vaut pour les contrats de partenariat ; elle a d'ailleurs été reprise à l'article L.1414-5 du CGCT :

“Si, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, elle indique dans l'avis qu'il sera recouru à une phase de dialogue dans les conditions prévues à l'article L. 1414-7”.

Notons à ce titre que la plupart des CP lancés à ce jour l'ont été sur la base du critère de la complexité (c'est le cas du Conseil régional de La Réunion - contrat de partenariat pour le tram-train). La complexité peut d'ailleurs intégrer la notion d'optimisation de la réalisation d'un projet de transport, notamment en termes de délais, coûts, maîtrise des risques et approche globale (construction/exploitation).

En cas d'urgence, autre critère pouvant justifier le recours au CP, la procédure de passation est l'appel d'offres, conformément à l'article L. 1414-8 du Code général des collectivités territoriales (c'est le cas d'Auvers-sur-Oise - contrat de partenariat pour l'éclairage public).

L'analyse comparative doit être à la fois économique, financière, juridique et administrative. Elle doit porter notamment sur :

- le coût global,
- les performances,
- le partage des risques.
- Elle doit conclure sur les motifs à caractère économique et financier, juridique et administratif, qui conduisent la collectivité territoriale à choisir la formule du contrat de partenariat.

Le fascicule MTP du 18 mars 2005 présente un “Tableau d'évaluation des contrats de partenariat public privé”, à double entrée. Il retient quatre familles de critères :

- A. les performances,
- B. le partage des risques,
- C. le coût global,
- D. les externalités socio-économiques,

et quatre modes de gestion pour la comparaison :

- régie,
- marché public,
- délégation de service public,
- contrat de partenariat.

L'étude d'évaluation est présentée à l'assemblée délibérante qui se prononce sur le recours au CP.

IV.3. Principales étapes

Le tableau suivant permet de retracer les principales étapes de la publicité et de la mise en concurrence précédant la passation du contrat de partenariat. La phase de dialogue compétitif décrite comporte deux étapes successives de discussions avec les candidats, en raison, notamment, de l'importance des projets de TCSP considérés, et de la nécessité, pour l'AO, de disposer de l'ensemble des renseignements d'ordre technique, juridique, économique et financier lui permettant de contracter sur une longue durée.

Etapes	Délai
1. Evaluation préalable et définition du programme fonctionnel des besoins	2 ou 3 mois environ
2. Avis préalable de la commission consultative des services publics locaux	
3. Avis préalable du CTP	
4. Décision de principe du recours à un contrat de partenariat (assemblée délibérante)	Convocation des conseillers 5 jours francs avant la date de délibération
5. Délibération relative à la commission des contrats de partenariat	Convocation des conseillers 5 jours francs avant la date de délibération
6. Publication des avis de publicité préalable (JOUE - BOAMP)	
7. Réception des candidatures	40 jours minimum à compter de la date d'envoi à la publication
8. Ouverture des plis par la commission des contrats de partenariat	Jour de réception ou après
9. Etablissement de la liste des candidats autorisés à présenter une offre	Jour de réception ou après
10. Envoi d'une lettre de consultation invitant les candidats retenus à remettre une proposition sommaire	Après
11. Remise des propositions sommaires et ouverture des plis	Délai à fixer
12. Participation des candidats admis à participer au dialogue compétitif	
13. Envoi d'une lettre de consultation invitant les candidats retenus à remettre une proposition détaillée	De 15 jours à 1 mois (non obligatoire)
14. Remise par les candidats de leur proposition détaillée	
15. Envoi d'une lettre de consultation invitant les candidats retenus à remettre une offre finale	
16. Remise par les candidats de leur Offre finale	1 mois environ
17. Examen des offres finales, avec, le cas échéant, clarifications, précisions et compléments apportés par les candidats, ainsi que confirmation de certains de leurs engagements	
18. Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et désignation du titulaire pressenti	
19. Mise au point du contrat	15 jours environ
20. Information des candidats non retenus du rejet de leur offre finale	
21. Délibération approuvant le choix du titulaire, ainsi que le contrat et autorisant l'autorité exécutive à signer le contrat	Convocation 5 jours francs
22. Transmission au représentant de l'Etat dans le département de la délibération	
23. Signature et notification du contrat	10 jours minimum après notification aux candidats non retenus du rejet de leur offre
24. Transmission au contrôle de légalité de la date de notification	
25. Publication d'un avis d'attribution	1 mois après la notification

IV.4. Questions de procédure

Le dialogue compétitif se décline en :

- une procédure restreinte, comportant une phase de préqualification (3 à 5 candidats, si le nombre de candidatures le permet) ;
- une procédure négociée plus encadrée.

Les candidats doivent remplir les conditions classiques en matière de marchés publics et de DSP : satisfaire aux obligations fiscales et sociales, ne pas avoir été condamnés pour diverses infractions, notamment au Droit du travail. En outre, ne peuvent soumissionner à un CP les personnes en état de liquidation judiciaire ou admises au redressement judiciaire (ou procédure équivalente dans un droit étranger) [art. L. 1414-4 du CGCT].

Si le CP comporte tout ou partie de la conception des ouvrages, les candidats ont intérêt à présenter leur équipe de maîtrise d'œuvre, chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation, puisque son identification sera une des conditions d'exécution du contrat (art. L. 1414-13 du CGCT). Il est également de l'intérêt de la personne publique de le demander dans l'avis d'appel public à la concurrence. Plus largement, quand le CP allie plusieurs métiers, comme c'est le cas, en TCSP, les candidats doivent se présenter en groupement et s'engager à constituer une "**Société de projet**". La même règle vaut pour les concessions.

Le règlement de consultation peut prévoir plusieurs étapes du dialogue compétitif et l'élimination de certains candidats en cours de route. Cette restriction du nombre de candidats ne peut être effectuée que si le règlement de consultation le prévoit, et au regard des critères de sélection des offres.

La phase de dialogue compétitif est particulièrement complexe. L'AO doit respecter strictement l'égalité de traitement des candidats (pas d'informations privilégiées) et la confidentialité des offres, alors que sont nécessairement comparées et confrontées les propositions des candidats.

Le choix doit être celui de "l'offre économiquement la plus avantageuse", sur la base des critères d'appréciation définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Les critères doivent prendre en compte les conclusions de l'étude d'évaluation et être pondérés, sauf impossibilité démontrée.

Les critères d'appréciation ne sont pas totalement libres. Doivent figurer :

- le coût global de l'offre,
- les objectifs de performance,
- la part d'exécution confiée à des PME et des artisans.

Sont facultatifs d'autres critères et notamment :

- la valeur technique de l'offre,
- le caractère innovant de l'offre,
- le délai de réalisation des ouvrages et équipements.

En outre, si la conception est confiée, en totalité ou en partie, au titulaire du CP, figure nécessairement :

- le critère de la qualité globale des ouvrages.

Le jugement des offres dans un CP est nettement plus encadré que dans une DSP, même si les principes sont identiques : critères objectifs, pertinents, non discriminatoires et motivés. Dans une DSP, n'existe aucune obligation de pondérer ou hiérarchiser les critères de jugement. Les critères énoncés doivent être appliqués, et eux seuls, à tous les candidats. Les critères peuvent être précisés en cours de procédure mais non modifiés. Cette faculté est expressément prévue pour les CP (art. L. 1414-7 du CGCT) et elle est reconnue pour les DSP.

A la fin de la procédure de passation du CP, c'est l'assemblée délibérante qui autorise la signature du contrat (dont elle doit avoir le projet) ou déclare la procédure infructueuse. Le projet de délibération est accompagné d'une information financière portant sur :

- ➔ le coût global prévisionnel du contrat, en moyenne annuelle,
- ➔ la part de ce coût par rapport à la capacité financière annuelle de la personne publique (ratio défini à l'article D 1414-4 du CGCT - art. L. 1414-10 du CGCT).

Là encore, la procédure est différente de celle des DSP, pour lesquelles l'assemblée délibérante se prononce au vu, outre le projet de contrat, du rapport de la commission DSP sur l'analyse des propositions des candidats et du rapport du Président présentant les motifs de choix, et de l'entreprise et de l'économie générale du contrat. Aucune disposition ou aucun principe n'interdit d'appliquer une procédure semblable ou proche, même si elle n'est pas formellement un dialogue compétitif, pour la passation d'une DSP. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs jugé, pour la passation d'une DSP, que l'autorité exécutive pouvait commencer les discussions ou négociations avec plusieurs entreprises et ne les poursuivre qu'avec certaines ou un seul candidat "déléataire pressenti" (CE 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la Presqu'île guérandaise, req. n° 209319).

De même, l'autorité délégante peut demander aux candidats leur ultime meilleure proposition, qui peut modifier sensiblement l'offre initiale (CE 9 août 2006, Cie Gén. des eaux, req. n° 286107, 286108).

Cependant, l'ultime meilleure proposition (B.A.F.O. : "best and final offer") n'a pas la même portée dans une DSP que l'offre finale dans un CP. Dans le cadre d'une DSP, elle permet de désigner le "déléataire pressenti" et de négocier le contrat avec lui. Dans le cadre d'un CP, les offres finales "comprennent tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat". Ensuite, la personne publique ne peut demander que "des clarifications, des précisions ou des compléments... ainsi que la confirmation de certains des engagements, notamment financiers" (art. L. 1414-7 du CGCT). En outre, les offres finales "ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat" (art. L. 1414-7 du CGCT). Il ne reste alors qu'à finaliser le contrat de partenariat.

Ainsi, le CP se situe dans une zone intermédiaire, entre les marchés publics et les DSP, quant aux modalités de sa passation.

De manière plus générale, les PPP, compte tenu de leur complexité, bénéficient d'une certaine liberté de négociation et de règles plus souples de passation que les marchés publics. Cependant, la marge de liberté est difficile à déterminer, en raison du principe d'égalité entre candidats et donc de la nécessité, pour la personne publique, de ne pas modifier de manière substantielle les conditions initiales de la mise en concurrence.

IV.5. Initiative privée

Le contrat de partenariat peut être, officiellement, d'initiative privée. C'est une originalité dans le droit français des contrats administratifs.

Suivant l'article L. 1414-11 du CGCT, la personne publique peut être saisie d'un projet par une entreprise ou un groupement d'entreprises, et elle peut lui donner suite en contrat de partenariat. La procédure de passation est alors la même :

- étude d'évaluation préalable et décision de principe,
- dialogue compétitif, ou appel d'offres en cas d'urgence.

L'auteur du projet, à condition de ne se trouver dans aucun cas d'exclusion et de présenter des capacités techniques, professionnelles et financières suffisantes, est admis à participer au dialogue compétitif ou à l'appel d'offres.

Aucune indication particulière n'est fournie par les textes quant au respect de la propriété intellectuelle, artistique ou industrielle. C'est donc la procédure normale qui s'applique.

Le dialogue compétitif peut paraître encore plus complexe dans cette hypothèse et, en premier lieu, l'étude d'évaluation préalable et la rédaction de l'avis d'appel public à la concurrence. Mais cette consécration de l'initiative privée à l'origine d'un projet public n'est pas inintéressante.

TITRE II - ASPECTS ECONOMIQUES

La concession comme le contrat de partenariat confie systématiquement au co-contractant privé la mission d'investir dans des infrastructures ou des équipements nécessaires à l'exécution du service public. C'est en ce sens que nous parlons ici de financement privé.

Pour les organismes financiers, le financement des partenariats public-privé présente deux spécificités : il est généralement de durée longue et présente un risque relativement élevé.

Deux inexactitudes doivent être levées ab initio :

- Le recours au PPP est souvent analysé par les acteurs publics comme un outil permettant de réaliser des investissements lourds sans avoir à en assurer le financement. Cet effet peut être atteint dans la logique concessive où les tarifs perçus sur les usagers viennent directement rembourser le concessionnaire. Dans les concessions de transport de voyageurs, très souvent déficitaires, comme dans les contrats de partenariat, le PPP présente plutôt, pour la personne publique, l'aspect **d'un outil de préfinancement et de partage des risques opérationnels** : l'essentiel, voire la totalité, de l'investissement aura été, à l'issue du contrat, financé par la personne publique.
- Dans l'esprit de nombre d'intervenants, les montages financiers en PPP auraient également des vertus systématiquement déconsolidantes pour les finances publiques c'est-à-dire qu'ils n'augmentent pas le taux d'endettement. Cette assertion n'est que partiellement vraie. Il faut en effet, d'après Eurostat¹⁴, que les montages contractuels instituent un réel transfert des principaux risques inhérents aux projets, le partenaire privé supportant le risque de construction et l'un des deux risques suivants, fréquentation ou disponibilité. **L'établissement du caractère déconsolidant ou non d'un contrat de concession ou de partenariat nécessitera donc une analyse, au cas par cas, du contrat et du montage financier mis en œuvre.**

Schématiquement, nous distinguons deux grands modes de financement, le financement "corporate" et le "financement de projet", leur présentation fait l'objet des paragraphes suivants.

Chapitre I - Financement "corporate"

Le financement "corporate" est le mode de financement classique des entreprises. **En matière de partenariat public privé, cela signifie que la société titulaire du contrat va financer les investissements prévus en mobilisant des ressources propres** : fonds propres, disponibilités et recours à l'emprunt.

Ce mode de financement n'est généralement pas recherché par les entreprises car il est consolidant : la dette souscrite pour financer le projet apparaît au passif du bilan de l'entreprise. La conséquence de cette inscription est une dégradation du ratio d'endettement de la société pouvant elle-même entraîner une notation financière moins favorable et l'incapacité à financer d'autres projets plus stratégiques se faisant jour par la suite.

Dans la pratique, le financement corporate ne s'applique qu'à des projets susceptibles d'être portés principalement par une entreprise, faisant donc appel à un corps de métier de façon privilégiée. En matière de transports urbains et interurbains, l'absence à ce jour d'opérateur susceptible d'intervenir globalement limite a priori le recours à ce mode de financement. Le financement "corporate" n'exclut pas la création d'une société dédiée au projet : elle sera alors totalement financée par son actionnaire (100 % de fonds propres).

En financement "corporate", les banques prendront un risque "entreprise" et non un risque "projet". Elles mesureront le risque de voir l'entreprise déposer le bilan, risque différent de celui de voir le projet ne pas atteindre l'équilibre économique attendu. En cela, le financement "corporate" se distingue du financement de projet évoqué ci-après.

¹⁴ - "Le déficit et la dette - Traitement des partenariats public-privé" du 11 février 2004

Ce mode de financement est nécessairement celui des projets de taille petite à moyenne (<50 M€). Au dessus de ce seuil, il semble possible d'envisager le recours à un financement de projet. En dessous, les coûts de montage d'un financement ad hoc sont rédhibitoires.

Il n'est pas rare que, sur des projets risqués, le financement "corporate" soit moins onéreux que le financement de projet. Cela a semble-t-il été le cas dans les concessions du Viaduc de Millau (Eiffage) et de l'A19 Artenay-Courtenay (Vinci). Il n'interdit pas un refinancement sous forme de financement de projet une fois achevée la période de construction et la montée en charge de l'infrastructure.

Chapitre II - Financement de projet

I. Principes

Le financement de projet se caractérise par le fait que le projet est considéré comme une unité économique à part entière. Le montage financier repose sur les caractéristiques propres du projet : besoin de financement, allocation des risques, cash flow prévisionnels. Ce montage présente, pour les entreprises promotrices, le grand avantage d'être potentiellement déconsolidant.

Schématiquement, les ressources nécessaires au projet sont constituées de fonds propres apportés par les promoteurs (concepteurs, constructeurs et exploitants) et de dettes dites "sans recours" ou "à recours limité". **Les prêteurs prennent donc un risque "projet" et non un risque "entreprise" : le remboursement de la dette repose totalement (dette sans recours) ou partiellement (dette à recours limité) sur les cash flow dégagés au cours de la vie du projet.**

Chaque financement de projet est donc **un financement sur mesure** tenant compte des particularités du projet en termes de flux comme de risques. Il en ressort que les enjeux du financement de projet reposent sur l'analyse exhaustive des risques du projet et sur la mise en place d'un montage juridique et financier permettant l'allocation optimale de ces risques entre les parties prenantes, personnes publiques comprises.

La définition donnée par l'ancien banquier Marcel Sarmet rassemble et met en perspective toutes ces dimensions : le financement de projet est "le financement d'une unité économique viable sur le triple plan économique, commercial et financier et dont le cash flow est jugé suffisant pour assurer, avec une marge couvrant les aléas, le service de la dette, la couverture des risques opératoires et la juste rémunération du capital".

II. Montage structurel

Le montage en financement de projet repose sur la création d'une société de projet ou société ad hoc. Le projet est financé via cette société, c'est-à-dire que le bilan de celle-ci présente, à l'actif (les emplois), les biens financés, et au passif (les ressources), les fonds propres apportés par les promoteurs industriels du projet et les capitaux empruntés auprès des organismes financiers ou sur les marchés.

**Bilan type
d'une société de projet**

Actif	Passif
Immobilisations <i>génie civil</i> <i>système transport</i>	Fonds propres
Créances clients	Dettes subordonnée
Trésorerie	Dettes "sénior"

La société est créée sur la base du groupement momentané d'entreprises qui s'était porté candidat en phase de mise en concurrence.

II.1. Les principaux acteurs

Les principaux acteurs d'un montage en financement de projet sont classiquement les suivants :

- Les **promoteurs industriels** : ils portent les compétences techniques et industrielles nécessaires à la réalisation du projet. En matière de transport collectif, on rencontrera généralement un ou plusieurs génie-civilistes, un systémier transport, un exploitant, un ou plusieurs bureaux d'études... Actionnaires de la société, ils lui fourniront, par apports de fonds propres, un capital social qui pourra représenter de 10 à 30 % du besoin de financement.
Les promoteurs sont intéressés à double titre : avant tout, en tant qu'industriels par la perspective du chiffre d'affaires que représente le projet, ensuite en temps qu'actionnaires, par la perspective d'un retour sur investissement amplifié par l'effet levier. Ils réalisent entre eux un pacte d'actionnaires prévoyant les modalités de participation à la société (prise de participation initiale, évolution du capital...) préfigurant les statuts. Le pouvoir au sein de la société est lié à l'implication capitalistique des différents acteurs.
- Les **investisseurs** : il s'agit de fonds d'investissement qui recherchent des rendements réguliers et à long terme. Apporteurs de fonds propres ou de quasi-fonds propres, seule les intéresse la rentabilité du projet. Souvent spécialisés dans un secteur, ils investissent dans divers projets de façon à mutualiser le risque. A ce jour, à notre connaissance, interviennent sur le marché français les fonds suivants : le FIDEPPP, Meridiam Infrastructure, divers fonds gérés par Macquarie, Dutch Infrastructure Fund, AIG Highstar Capital, Babcock & Brown, Barclays Private Equity Infrastructure Fund...
- Les **financeurs** : Ce sont principalement des banques commerciales, réunies, pour les projets de dimensions importantes, en syndicat bancaire afin de mutualiser le risque. Les banques apportent l'essentiel du financement de la société de projet (jusqu'à 90 %), elles en portent donc l'essentiel du risque. Elles veillent donc à ne souscrire qu'à des projets "sûrs", présentant une utilité socio-économique avérée et imposent à la société la prise de nombreuses sûretés. Il est à noter, qu'en cas de succès majeur du projet, elles ne tireront aucun profit supplémentaire de l'opération contrairement aux autres intervenants. Les banques de rangs différents intervenant sur un projet sont liées entre elles par un accord intercréanciers qui définit notamment leur implication respective et la répartition entre elles des cash flow positifs et des sûretés. Les banques multilatérales, comme la BEI, peuvent également intervenir : leur implication dans un projet est indépendante du mode public ou privé du financement.

Exemple de la concession de Reims

La composition des groupements candidats à la concession de Reims donne un aperçu intéressant de la richesse et de la complémentarité des compétences fédérées en vue de la réalisation d'un PPP transport :

- Vinci Concession (mandataire), Bombardier Transport France, Kéolis, Spie.
- Eiffage (mandataire), Ansaldo Breda, Véolia Transports, Ansaldo Transporti Sistemi Ferroviari SASU, Setec TPI.
- Alstom Transport (mandataire), Bouygues Travaux Publics, Transdev, Quille, Pertuy Construction, Colas, Caisse des Dépôts et consignations, Ixis Corporate & Investment Bank, Caisse d'Epargne et de Prévoyance de Champagne Ardenne, SNC Lavalin, Pingat Ingénierie.

C'est ce dernier groupement qui a remporté l'appel d'offres et qui a donné naissance à la société de projet.

II.2. Intérêts et contraintes du recours au financement de projet

Le recours à une société de projet a le triple mérite de permettre :

la déconsolidation de la dette du bilan des promoteurs industriels si le capital est suffisamment dispersé entre les sponsors ;

la clarté des relations entre la collectivité et son partenaire-concessionnaire : suivi facilité des comptes, certification par commissaires aux comptes, interlocuteur unique pour l'exécution du contrat ;

la clarté des relations entre les différents intervenants privés : niveau d'implication connu, contractualisation entre la société de projet et les industriels et financeurs répercutant les obligations du contrat collectivité - société de projet.

Condition de consolidation pour les entreprises

Le Conseil National de la Comptabilité (CNC) considère que la dette souscrite dans le cadre d'une société ad hoc doit être consolidée dans le bilan de l'actionnaire lorsque celui-ci "contrôle" la société.

Le degré de contrôle doit être apprécié, dans les entreprises industrielles et commerciales, en fonction de trois critères :

1. Détention des pouvoirs de décision assortis ou non des pouvoirs de gestion des activités courantes ou sur les actifs de l'entité, même si ce pouvoir n'est pas effectivement exercé (capacité de modifier les statuts, par exemple)
2. Capacité à bénéficier de la majorité des avantages économiques de l'entité (résultats, disposition d'actifs...)
3. Exposition à la majorité des risques relatifs à l'entité

La consolidation doit intervenir lorsque sont réunis à minima deux de ces critères.

Les freins majeurs à la mise en œuvre d'un financement de projet sont :

- **Le coût de la mise en place d'un financement reposant sur les risques intrinsèques au projet** : analyse de tous les risques du projet, nombreuses négociations, structuration des ressources...
- **le coût du montage juridique** : la rédaction des statuts et des conventions liant la société ad hoc aux différents intervenants peut coûter très cher.

Ces freins bien réels conduisent à réserver le recours à ce type de financement pour les projets d'une taille supérieure à 50 M€, montant très couramment dépassé en matière de transports en commun.

II.3. Mise en œuvre

Schématiquement, les étapes de la mise en œuvre d'un financement de projet sont celles décrites ci-dessous. Elles sont déroulées concomitamment par les différents acteurs qui confrontent leurs positions lors des négociations conduisant à la structuration du financement et à l'établissement du montage contractuel.

II.3.1. Analyse économique du projet

Elle consiste à évaluer le trafic et les recettes prévisionnelles, le montant de l'investissement ainsi que les coûts d'exploitation-maintenance.

- **Estimation du trafic** : cette étude est bien évidemment centrale en concession. C'est, par exemple, une mauvaise estimation du trafic qui a conduit le projet Orlyval à l'échec. L'étude comprend l'analyse de l'offre de transport existante, la caractérisation des besoins des usagers et l'appréciation de l'adéquation

de ces données avec le positionnement de la future infrastructure. Elle doit prendre en compte l'évolution de l'offre et de la demande sur l'horizon du contrat public-privé. Les résultats de cette analyse font ensuite l'objet de tests de sensibilité visant à apprécier la robustesse de l'évaluation.

- **Montant de l'investissement** : sur la base des contraintes posées par l'autorité organisatrice, de l'évaluation du trafic potentiel et des solutions techniques qu'ils sont susceptibles de mettre en œuvre, les intervenants construisent un ou plusieurs scénarii d'investissement. Ils préparent pour chacun un échéancier de réalisation des travaux.
- **Estimation des coûts d'exploitation et de maintenance** : pour chaque scénario d'investissement, les intervenants déterminent le coût d'exploitation et de maintenance de l'infrastructure. Sont généralement distingués les coûts de conduite, les coûts de maintenance et les coûts de gros entretien renouvellement. Ces derniers, qui s'apparentent à du réinvestissement, présentent une périodicité supra-annuelle et font l'objet d'un plan prévisionnel de survenance.
- **Estimation des recettes** : elles sont perçues sur les usagers et/ou proviennent d'un paiement par l'autorité organisatrice (loyers, subventions, compensations...). Des tests d'élasticité de la demande aux variations du prix doivent être réalisés. En concession, la grille tarifaire doit être fixée avec l'autorité organisatrice et figurer au contrat, ainsi que ses modalités d'évolution.

II.3.2. Analyse des risques du projet

Les différents intervenants veillent à ce qu'un risque déterminé soit alloué à la partie qui est dans la meilleure position pour l'assumer, les risques incontrôlables devant, dans la mesure du possible, être largement dilués en s'assurant que chaque partie a un intérêt à empêcher sa survenance ou à y remédier.

Le traitement des risques passe par les tâches suivantes :

- Recensement exhaustif des risques ;
- Affectation de chaque risque sur celui des intervenants le plus apte à le porter ;
- Réduction de l'exposition du projet aux risques afin de minimiser le risque résiduel ;
- Test de situations critiques sur la matrice des risques.

II.3.3. Structuration du financement

L'étude économique a renseigné les acteurs sur le capital devant être mobilisé pour permettre la réalisation du projet : il faut désormais financer les investissements et doter la société d'un fonds de roulement suffisant pour permettre son fonctionnement.

Une fois déterminé ce besoin de financement, le travail consiste à organiser ce financement en définissant la structure du passif de la société de projet. **Les promoteurs recherchent toujours un financement rapide, économique et, autant que possible, déconsolidant.**

La structuration sera le fruit d'une série de négociations entre les différents actionnaires potentiels de la société eux mêmes, entre les actionnaires et les prêteurs, entre les actionnaires et la personne publique. **Sous contrainte de l'économie du projet, elle visera à limiter le coût du financement tout en maximisant l'effet levier.**

La maximisation de l'effet levier implique le recours à la dette le plus important possible, le reste du besoin de financement étant couvert par des fonds propres.

Les intervenants réalisent des modèles financiers qui reposent sur la projection des comptes d'exploitation et bilans de la société ad hoc sur la base d'hypothèses probables. La sensibilité des résultats à la détérioration d'une ou d'une combinaison de variables permet de mesurer la résistance du projet à divers scénarios défavorables.

Les simulations financières doivent permettre d'apprécier les conséquences probables de l'avènement d'un risque sur le service de la dette et les dividendes.

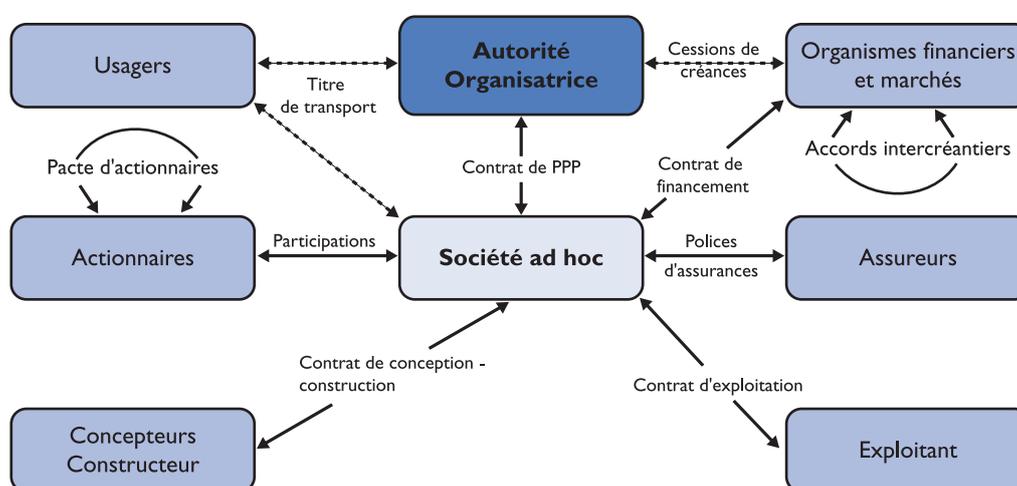
Différents ratios, dits de sécurité, sont utilisés au cours de la structuration afin de déterminer le degré d'implication potentiel des banques et donc le recours possible à la dette :

- Ratio de structure financière : fonds propres / besoin total de financement
- Ratio annuel de couverture de la dette : cash flow annuel / service de la dette annuel
- Ratio actuariel de couverture de la dette : valeur actuelle nette¹⁵ du projet sur l'encours de dette ;

II.3.4. Contractualisation

La société de projet se trouve au centre d'un vaste ensemble de liens contractuels dont les principaux et plus typiques sont présentés ci-dessous :

Montage structurel type en financement de projet



Ces contrats permettent pour la plupart l'externalisation d'une partie des risques à d'autres intervenants. Il est courant que la société de projet ne soit qu'un simple véhicule n'exerçant aucune des missions prévues au contrat public-privé à l'exception de la maîtrise d'ouvrage.

- **Contrat de concession ou de partenariat** : passé entre la société de projet et la personne publique. Il constitue le cœur du montage contractuel. Il précise le partage des risques entre la personne publique et la société.
- **Contrat de conception et de maîtrise d'œuvre** : souvent globalisé avec le contrat de construction.
- **Contrats de construction** : la société passe généralement un contrat "clef en main", à prix forfaitaire et à date certaine avec le constructeur. Le contrat comprend souvent un système de bonus/malus en fonction de la date de livraison. Une garantie à première demande ou un gage analogue sont systématiquement demandés.
- **Contrats d'exploitation - maintenance** : contrat généralement à prix forfaitaire avec clauses d'incitation à la performance.
- **Contrats de crédit** : conclus avec les prêteurs, ils reflètent le résultat des négociations et des analyses économiques contradictoires réalisées par les promoteurs et les banques.
- **Polices d'assurance** : la société de projet cherche à couvrir l'ensemble des risques assurables dans des conditions commerciales acceptables par le biais de contrats d'assurance.

¹⁵ - La valeur actuelle nette (VAN) d'un projet correspond à la somme actualisée de tous les cash flow du projet. L'actualisation étant le calcul qui sert à ramener des flux financiers non directement comparables, car se produisant à des dates différentes, à une même base, ce qui permet non seulement de les comparer mais d'effectuer sur eux des opérations arithmétiques.

Parmi les règles courantes appliquées dans les contrats passés par la société de projet, on peut citer les plus importantes :

- **Copier-coller** : les contrats passés entre la société et les industriels doivent répercuter fidèlement les engagements pris par la société vis-à-vis de la personne publique.
- **Back to back** : via les contrats passés avec la société, les concepteurs-constructeurs doivent s'engager à construire une infrastructure susceptible d'être exploitée dans des conditions fixées par l'exploitant.
- **If and when** : le versement de pénalités entre les actionnaires doit être conditionné au versement des pénalités dues à la personne publique.

III. Sources de financement

Les sources de financement potentielles de la société de projet sont les suivantes :

III.1. Les fonds propres

Les fonds propres constituent la part de capital supportant le risque maximum. Ils supportent en fait l'ensemble des risques résiduels du projet. En conséquence, leur rémunération est légitimement supérieure à celles des autres formes de capitaux.

L'investissement d'un montant important de fonds propres par les partenaires industriels est gage de leur implication sur le long terme et de leur confiance dans le projet.

Schématiquement, il est sain que les différents partenaires industriels participent au capital de la société à hauteur de leur implication dans le cycle de vie du projet. Si la construction représente 30 % du coût global d'un projet, la détention de 30 % des actions de la société de projet par le constructeur paraît pertinente.

Sur la durée de vie d'un projet, les coûts d'exploitation-maintenance sont généralement supérieurs au coût de construction, il est donc légitime que l'exploitant s'implique majoritairement au capital.

L'actionariat d'une société de projet n'est pas nécessairement figé pour toute la durée du contrat. Les possibilités de cessions de parts sociales en cours de vie du projet sont fixées dans les statuts de la société. Il est courant que les constructeurs soient majoritaires dans le capital de la société de projet en phase construction puis cèdent une partie de leurs actions à l'exploitant une fois l'équipement entré en service.

Il est alors important de veiller à ce que les concepteurs-constructeurs restent fortement impliqués au capital pendant une durée importante du contrat (voir toute la durée) afin d'assumer solidairement avec l'exploitant les risques de malfaçon en phase d'exploitation.

Outre les promoteurs industriels, des fonds d'investissement peuvent souhaiter prendre une participation à la société de projet en apportant des fonds propres.

Les fonds propres sont généralement appelés et versés dès le début de la phase de construction.

III.2. Les quasi fonds propres ou dette subordonnée

Les quasi-fonds propres ou dette subordonnée ou "dette mezzanine" constituent une forme de dette prioritaire par rapport aux fonds propres mais subordonnée par rapport à la dette pure (dette senior). Il s'agit d'un financement hybride entre fonds propres et dette.

Cette forme de dette est généralement consentie pour des durées longues, proche de la durée totale du contrat. Sa rémunération est bien supérieure à celle de la dette senior, la prise de risque étant plus grande.

Le recours aux quasi-fonds propres présente plusieurs intérêts :

- souvent assimilés par les prêteurs seniors à des fonds propres, surtout s'ils proviennent des actionnaires de la société de projet, ils permettent de limiter le montant de fonds propres, toujours onéreux ;
- leurs intérêts sont, dans certaines conditions strictes, fiscalement déductibles, contrairement aux dividendes des fonds propres ;
- ils permettent de dissocier le problème du contrôle de la société de projet de celui du financement.

Les quasi-fonds propres peuvent être apportés par les différents partenaires industriels ou des bailleurs de fonds (banques ou fonds d'investissement).

III.3. Recours à de la dette senior

La dette senior est la principale source de financement des sociétés de projet. Elle peut être bancaire ou obligataire.

Les prêts bancaires, compte tenu de l'importance des montants empruntés, sont généralement consentis dans le cadre d'une syndication bancaire. Par ce biais, les établissements financiers mutualisent le risque lié au projet. Pour les projets de taille importante, plusieurs dizaines de banques peuvent être sollicitées. Le syndicat bancaire est "piloté" par une ou plusieurs banques arrangeuses dont la mission est d'assurer la structuration, la mise en place et le suivi du financement. Ces banques perçoivent une commission ad hoc dite commission d'arrangement.

La dette senior est, en général, accordée pour une durée inférieure à celle du contrat de concession ou de partenariat. Elle est libérée progressivement, au fur et à mesure des besoins de la construction. La libération du capital est généralement conditionnée à la remise de documents ainsi qu'à l'achèvement de tranches de travaux.

Il est courant que les intérêts de cette dette soient capitalisés en phase de construction, jusqu'à la mise en service de l'infrastructure. Ils viennent alors augmenter le montant du capital emprunté.

La dette senior peut également être de nature obligataire. Il est alors fait appel à une multitude de prêteurs via l'émission d'obligations publique ou privée. La société de projet doit alors faire l'objet d'une notation par une agence comme Fitch, Moody's ou Standard & Poor's qui informera les marchés du degré de risque pesant sur le projet. Elle peut également recourir à un "rehausseur de crédit", société d'assurance qui, moyennant une prime, garantira la dette auprès des marchés.

L'émission obligataire présente les caractéristiques suivantes :

- Maturité longue, avec délais de franchise potentiellement important pour le remboursement du capital (jusqu'à remboursement du capital in fine),
- Coût généralement inférieur à celui de la dette bancaire,
- Risque de taux jusqu'au moment effectif de l'émission,
- Faible possibilité de tirages multiples et de remboursements anticipés,
- Coût de mise œuvre important justifiant le recours à cette technique uniquement pour des montants importants (> 100 M€)

La dette senior fait souvent l'objet d'un refinancement après entrée en fonction de l'infrastructure. En effet, lors de l'établissement du financement ex ante, il pèse sur le projet la totalité des risques de conception, construction et exploitation. **Une fois l'infrastructure construite et entrée en exploitation, le projet ne présente plus qu'un risque d'exploitation. Il est alors possible de trouver un financement beaucoup moins onéreux.** Dans les faits, il est courant que le financement initial soit réalisé par le biais d'une dette bancaire et le refinancement via une émission obligataire.

IV. Suretés

Les prêteurs cherchent toujours à sécuriser leurs capitaux par la mise en place de suretés. Le prêt à une société de projet étant à recours limité, les banques ne peuvent pas, en principe, prendre de garanties sur le patrimoine des promoteurs.

Par ailleurs, le financement portant sur une infrastructure contribuant à l'exercice d'un service public et réalisée en tout ou partie sur le domaine public, les garanties portant sur l'actif sont forcément limitées dans leur portée : quelle peut être la valeur marchande d'un métro ou d'un tramway existant.

Le schéma n'est donc pas basé sur la liquidation de l'actif mais sur la continuation de l'exploitation. Dans ce contexte, les banques mettent classiquement en place un ensemble de suretés leurs permettant :

- de contrôler étroitement l'activité de la société de projet durant l'exécution du contrat,
- de "prendre le pouvoir" de la société de projet en cas d'incapacité de celle-ci à assurer le service de la dette.

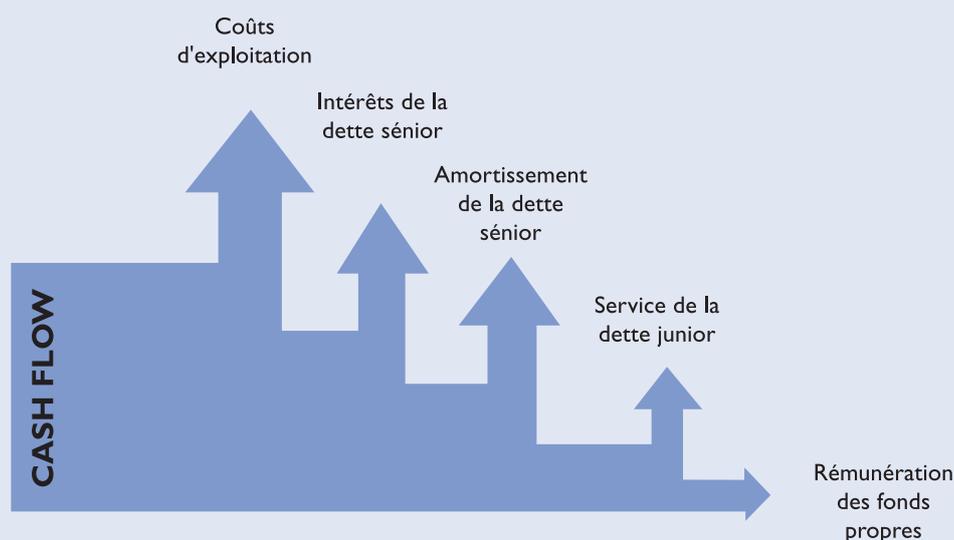
Pour ce faire elles recourent classiquement aux outils suivants :

- Formalisation de la cascade des paiements (cf ci-dessous)
- Comptes de réserve pour le service de la dette
- Nantissement¹⁶ des actions de la société de projet,
- Nantissement des équipements de la société,
- Nantissement des comptes bancaires,
- Instauration d'un droit de substitution...

La cascade des paiements

Le schéma ci-dessous présente la cascade des paiements d'un projet de type PPP. Il met en évidence la "priorisation" dans l'affectation de la trésorerie positive générée par le projet

Cascade des paiements : priorisation dans l'affectation du cash flow



1. La priorité est systématiquement accordée à l'exploitant afin qu'il puisse couvrir ses coûts et poursuivre l'exploitation jusqu'au terme du contrat. Une interruption du service entraîne classiquement la rupture du contrat pour faute et une reprise en régie : c'est le scénario catastrophe qui conduit les créanciers de la société de projet à perdre une partie de leur mise de fonds.

16 - Contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette. On parle de gage lorsqu'il s'agit de choses mobilières. On parle d'antichrèse lorsqu'il s'agit de choses immobilières.

2. La dette senior est servie immédiatement après, d'abord les intérêts puis le remboursement du capital.
3. Les quasi-fonds propres et les fonds propres sont servis, respectivement en avant dernière et dernière position. Dès lors, si le cash flow positif annuel dégagé par le projet n'est pas suffisamment important, il est envisageable que ce ceux-ci soient mal, voire pas, rémunérés. Il est généralement prévu dans les conventions de financement un système de "pass through" : la part du cash flow destinée au remboursement de la dette senior ne peut être impactée par les pénalités contractuelles.

V. Focus sur le mécanisme de la cession de créances

V.1. Principes

Le coût du financement est une des composantes importantes du coût global du projet. En contrat de partenariat, il est recommandé de mettre en évidence la part afférente à ce financement dans le loyer versé périodiquement par la personne publique.

Qu'il s'agisse d'assurer la faisabilité même du projet ou d'en limiter le coût, il est courant que les montages en PPP aient recours au mécanisme de la cession de créances.

Le principe est qu'une partie du financement soit adossé à une cession par la société de projet des créances dont elle dispose sur la personne publique (subvention ou contribution en concession, loyer de contrat de partenariat), celle-ci s'engageant à les payer inconditionnellement nonobstant l'éventuelle mauvaise exécution du contrat par le partenaire ou concessionnaire.

La part du financement adossée présente alors un risque de crédit de type "personne publique" et peut se voir appliquer une marge de financement particulièrement optimisée, de niveau équivalent à celui d'un financement souscrit directement par l'autorité organisatrice auprès des banques. **Il s'agit donc d'un outil permettant un financement mixte** : une partie du risque de financement est de type "projet", une partie de type "personne publique". Il permet une optimisation importante du coût financier du projet mais engage la personne publique de façon irrévocable et doit donc être employé avec prudence.

Exemple d'impact de la cession de créances sur le coût moyen pondéré

Un contrat de concession envisage un investissement pour la réalisation d'une ligne de tramway. Deux solutions de financement sont proposées par un groupement candidat à la personne publique :

- 20 % de fonds propres, 80 % de dette senior,
- 20 % de fonds propres, 80 % de dette senior dont 65 % faisant l'objet de cession de créances.

Les deux tableaux ci-dessous présentent, de façon très schématique, la formation du coût moyen pondéré du capital pour chacune de ces solutions :

Sans cession de créances		
	Composition du financement	Taux
Dette	80 %	5,5 %
Fonds propres	20 %	15,0 %
Taux moyen pondéré		7,4 %

Avec cession de créances		
	Composition du financement	Taux
Dettes	80 %	4,9 %
<i>dont dette classique</i>	35 %	5,5 %
<i>dont cession de créances</i>	65 %	4,5 %
Fonds propres	20 %	15,0 %
Taux moyen pondéré		6,9 %

Il ressort de façon évidente l'effet "bonificateur" de la cession de créances sur les conditions de financement.

V.2. Forme juridique prise par la cession de créances

Le mécanisme traditionnel de la cession de créances, applicable en concession, est celui de la cession de créances de type "Daily" défini à l'article L. 313-29 du code monétaire et financier.

Il consiste, pour la société de projet, à céder les créances dont elle dispose à ses financeurs et à en faire garantir le paiement par la personne Publique par le biais d'un acte séparé d'acceptation. A compter d'une telle acceptation, la personne publique renonce à opposer aux banques cessionnaires les éventuelles pénalités dues par la société de projet pour mauvaise exécution du contrat au titre duquel les créances sont nées.

Le Conseil d'Etat a confirmé, dans un arrêt du 25 juin 2003, la possibilité pour les personnes publiques de procéder à de telles acceptations. Les conclusions du Commissaire du Gouvernement, dans cette affaire, conduisent à penser qu'il revient à la personne publique de n'y procéder que de façon "conditionnelle" afin de satisfaire à la règle du "service fait".

L'ordonnance du juin 2004 instituant les contrats de partenariat a prévu un nouveau système de cession de créances applicable à cette forme de PPP. Celui-ci a été codifié à l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier. La principale différence avec le mécanisme de droit commun est la disparition de la dissociation garantie/acceptation : il n'est plus nécessaire de procéder une acceptation de la cession par acte séparé.

VI. Concession versus contrat de partenariat

Au sein des partenariats publics privés, **le contrat de partenariat apparaît plus rassurant aux intervenants privés que la concession**. Il n'intègre pas, en effet, le risque trafic (ou volume), élément de risque le plus difficilement maîtrisable et sur lequel porte le maximum d'aléas.

Contrairement au risque de disponibilité, le risque trafic dépend étroitement de l'environnement du service ou de l'infrastructure : interconnexion avec d'autres opérateurs et/ou d'autres modes de transport, politique locale favorisant des modes de transport alternatifs, mauvaise évaluation ou évolution erratique des besoins de la population...

D'après les banques consultées, il ressort qu'un rapport fonds propres / dettes au passif de la société de projet de 30/70 soit envisageable en concession quand un rapport 10/90 peut être proposé en contrat de partenariat. L'abaissement de la part des fonds propres conduit à une amélioration du taux moyen pondéré et à la maximisation de l'effet levier.

Pour faciliter la bancabilité du projet, il n'est toutefois pas inenvisageable, en veillant bien à lui conserver une part substantielle du risque, que la personne publique décharge le concessionnaire d'une partie du risque volume, par un système de garanties de trafic par exemple. Par ailleurs, il est indispensable que la collectivité s'engage autant que possible sur la permanence de sa politique de transport collectif et se place résolument aux côtés de son concessionnaire dans les relations avec les autorités organisatrices dont les réseaux font l'objet d'interconnexions avec le sien.

Deux remarques complémentaires peuvent être effectuées concernant la concession :

- Cette forme contractuelle se prête bien à des opérations de type prolongation de réseau existant, dont on connaît déjà les caractéristiques en termes de trafic.
- Il faut toujours chercher à donner au concessionnaire la maîtrise la plus globale du trafic en lui confiant, si possible, tout le réseau.

VII. Rôle de l'autorité organisatrice en financement privé

En matière de financement privé, le rôle de l'autorité organisatrice demeure important.

Elle doit en effet essayer de faciliter la bancabilité du projet en **s'engageant sur la stabilité de sa politique de transport sur le long terme et en acceptant de porter une partie du risque non maîtrisable par les intervenants privés.**

Elle peut également choisir de **contribuer à la bonification du financement** en donnant des garanties, acceptant une cession de créances ou en réalisant des apports en numéraire ou actifs (flotte de bus par exemple) contribuant à réduire le montant de l'investissement initial.

En outre, lors du processus de mise en concurrence, l'autorité organisatrice doit prendre un rôle actif pour s'assurer :

- de la **robustesse de l'étude économique** : les prévisions de recettes irréalistes dans leur optimisme comme la sous-estimation des coûts ou des risques, sont des facteurs majeurs d'échec des projets.
- de la **qualité des intervenants** : capacités des constructeurs et exploitants, vérification de leur implication capitalistique dans le projet sur toute la durée du projet...
- de la **qualité de la structure juridique** du montage et en tout premier chef, du contrat de concession ou de partenariat dont elle a la responsabilité première et qui fonde le projet, le contrat public-privé.

Chapitre III - Aspects organisationnels

Si l'on compare les aspects organisationnels de l'AO dans le cadre des montages MOP et dans le cadre des montages PPP, des similitudes et des différences apparaissent quant :

- à l'organisation interne,
- à l'assistance externe,
- aux contrats spécifiques.

I. Organisation interne

I.1. Organisation des élus

L'organisation pour la passation des PPP (DSP et CP) fait intervenir :

- l'autorité exécutive, qui sera la signataire du contrat,

- soit la commission de délégation de service public, dite “d’ouverture des plis” (art. L. 1411-5 du CGCT) ;
- soit la commission de CP désignée dans les mêmes conditions que la commission DSP, comprenant 5 membres titulaires et 5 membres suppléants élus au scrutin de liste à la représentation proportionnelle ou plus fort reste, l’exécutif étant président ;
- l’organe délibérant, qui intervient au début de la procédure (décision de principe) et à la fin de procédure (décision d’approbation du choix du délégataire ou du titulaire et des documents contractuels, et autorisation de signer le contrat).

I.2. Mission TCSP

Le même type d’administration de mission peut être mise en place, comme dans le cadre de montages contractuels MOP. Mais le nombre de personnes est plus réduit (une dizaine), et son rôle est sensiblement différent, puisque la maîtrise d’ouvrage est privée.

La mission TCSP prépare et suit la passation du ou des contrats. Elle assure ensuite le contrôle de leur exécution.

II. Assistance externe

Deux grandes catégories de contrats peuvent être prévues, selon la chronologie des opérations.

II.1. Contrat(s) de maîtrise d’œuvre

L’AO, avant de lancer un PPP, doit faire réaliser quelques études préalables, ou même, si tel est son choix, un avant-projet du TCSP. Des marchés de maîtrise d’œuvre seront donc nécessaires.

En particulier, pour le contrat de partenariat, sont indispensables :

- l’étude d’évaluation préalable,
- le programme fonctionnel.

S’il est opté pour la conception partielle confiée au titulaire du CP, l’AO fait appel à une équipe de maîtrise d’œuvre uniquement pour la partie de la conception qu’elle assume (art. L. 1414-13 dernier alinéa du CGCT).

La même règle de “division du travail” est applicable lorsque la procédure de passation d’une concession est lancée sur la base d’un avant-projet.

En revanche, il n’est pas nécessaire, pour une DSP, de procéder à une évaluation préalable ni d’établir un programme fonctionnel. Aux termes de l’article L. 1411-4 du CGCT, le rapport au vu duquel l’assemblée délibérante se prononce sur le principe de la DSP présente “le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire”. Cependant, dans la pratique, le rapport comporte une justification du choix de la DSP par rapport à d’autres formules et présente les caractéristiques de la forme particulière choisie.

Ce dernier document ne relève pas de la maîtrise d’œuvre, mais plutôt de la mission TCSP et de son assistance externe.

II.2. Assistance à l’AO

Souvent dénommée AMO par facilité, cette assistance de nature technique, financière et juridique est nécessaire, compte tenu de la complexité à la fois d’un projet TCSP et de l’ensemble des procédures à mettre en œuvre pour le faire aboutir. Cette mission d’assistance peut être confiée à un groupement, ou plutôt faire l’objet de plusieurs contrats, compte tenu de la diversité des métiers et des règles déontologiques spécifiques. C’est ainsi que, pour la partie juridique, les avocats n’ont pas le droit, dans les références de marchés, de nommer leurs clients ou de donner des indications permettant de les identifier.

La mission d'assistance à l'AO dans la cadre de montage PPP, même si par commodité elle est dénommée AMO, doit naturellement respecter la logique juridique et contractuelle des PPP, qui est fondamentalement celle :

- ➔ de la maîtrise d'ouvrage privée,
- ➔ du financement privé ou mixte,
- ➔ de la gestion déléguée,
- ➔ de l'autonomie de gestion du cocontractant de l'AO,
- ➔ du contrôle de l'AO sur son partenaire,
- ➔ d'un partenariat contractuel de longue durée.

III. Contrats spécifiques

Ces contrats sont moins nombreux pour l'AO, dans la mesure où ils relèvent du maître d'ouvrage, concessionnaire ou délégataire, ou titulaire du CP. Ainsi, les contrats relatifs aux contrôles techniques et aux experts EOQA sont conclus par le cocontractant de l'AO ; il en va de même, pour les assurances.

Quant à la mission SPS, elle peut être partagée selon les phases de la conception. Si l'AO fait réaliser une partie de la conception, il faut une mission SPS pour cette phase d'études. Mais l'essentiel de la mission SPS incombe au cocontractant de l'AO.

Ainsi, la charge contractuelle est allégée pour l'AO, qui n'a pas à gérer une multitude de marchés. La conduite opérationnelle est confiée à son cocontractant dans le cadre d'une approche globale ou globalisante, et l'AO se recentre sur ses fonctions d'autorité organisatrice, de définition de l'organisation, de fonctionnement et de contrôle de la bonne exécution du service.

CONCLUSION



QUELLE PLACE POUR LES PPP ?



La formule des PPP peut être envisagée :

- au sens large, qui comprend essentiellement les concessions et les contrats de partenariat, lorsque le cocontractant de l'AO doit réaliser des investissements ;
- au sens étroit, qui ne vise que la nouvelle catégorie des contrats de partenariat.

Pour évaluer le rôle que peuvent jouer les PPP dans le développement des projets de transports locaux, il faut tenter :

- ➔ de comparer les avantages et inconvénients respectifs des montages MOP et des montages PPP,
- ➔ d'examiner les combinaisons envisageables de montages juridiques et contractuels.

Les observations qui suivent ne prétendent nullement avoir un caractère exhaustif ou définitif sur le choix des montages et la place des PPP. Il faut rappeler :

- la liberté de choix des autorités organisatrices de transports publics locaux (sauf certaines limites légales, s'agissant, par exemple, des contrats spécifiques d'exploitation du service public ferroviaire régional) ;
- la pluralité des critères susceptibles d'être retenus, et l'importance relative des uns par rapport aux autres qui peut leur être accordée.

Les observations suivantes sont donc succinctes et rappellent des notions connues.

I. Montages MOP

I.1. Avantages

L'AO conserve intégralement la maîtrise d'ouvrage. Elle assure le financement et la conduite des opérations (études et travaux). Elle passe directement tous les marchés nécessaires.

L'AO a, dès lors, le sentiment d'obtenir de meilleures conditions de financement et de mieux contrôler la réalisation du projet. Les montages MOP sont aussi "valorisants" pour les services techniques de l'AO et mieux perçus par eux.

De même, les marchés de prestations de services, de durée plus brève que les DSP, pour l'exploitation de transports, donnent plus de pouvoir à l'AO, notamment par la technique des ordres de service (O.S.).

En outre, bien que les PPP (au sens large du terme) aient une longue histoire en France et qu'ils aient largement contribué à son équipement, notamment dans le domaine des infrastructures de transport, ils sont moins connus que les marchés publics. Ce sont des contrats plus complexes, qui suscitent une certaine méfiance. Le temps n'est pas si loin où ils étaient dénommés "contrats exotiques". Les marchés publics apparaissent donc comme plus rassurants.

I.2. Inconvénients

S'agissant de la réalisation d'un TCSP, les montages MOP présentent une certaine lourdeur et rigidité, même si la seconde partie du Code des marchés publics, applicable aux AO en tant qu'entités adjudicatrices, prévoit des procédures de passation plus souples, et notamment la procédure négociée après mise en concurrence (toujours avec le risque, comme on l'a dit, lié aux contours incertains de la notion d'opérateur de réseau, notion qui légitime le recours au marché négocié).

Tout d'abord, le nombre des marchés à conclure est important. Compte tenu du formalisme, leur passation mobilise une équipe lourde (personnels internes et/ou assistants extérieurs).

Ensuite, il faut gérer les inévitables interfaces entre les divers lots, source de difficultés. Il faut donc mettre en place une solide mission O.P.C. Mais cette partie de maîtrise d'œuvre n'a pas toujours l'autorité et les moyens nécessaires face aux entreprises.

Sur le plan financier, on constate souvent une dérive plus ou moins importante des délais et des coûts. Il faut par ailleurs que la collectivité ait la capacité de s'endetter.

S'agissant de l'exploitation, le mode de rémunération dans un marché public n'incite pas le cocontractant à dynamiser l'exploitation et la fréquentation. De plus, la responsabilité du service demeure largement assumée par l'AO.

Se pose également le problème des recettes perçues auprès des usagers. Elles sont publiques et appartiennent à l'AO. Leur perception et le maniement des fonds doivent respecter les règles de la comptabilité publique. A cet égard, le marché de prestations de service est mieux adapté à un service gratuit ou quasi gratuit.

II. Montages PPP

II.1. Avantages

Les montages PPP, incluant conception, financement, construction et exploitation, constituent une approche globale. L'AO a un seul interlocuteur qui prend, contractuellement, des engagements importants à son égard. L'AO dispose des moyens juridiques, et doit se doter des moyens humains, pour assurer le suivi et le contrôle du respect de ses engagements.

Un contrat de concession ou un contrat de partenariat, contrat unique, est plus facile à gérer pour l'AO qu'une multitude de marchés. Les contrats "aval" sont conclus par le cocontractant selon des procédures plus souples (ce sont, en principe, des contrats de droit privé), ce qui lui permet une plus grande réactivité.

On observe, en général, que les délais et les coûts sont mieux tenus en maîtrise d'ouvrage privée.

La gestion déléguée pour l'exploitation présente le double avantage de la simplicité et de la responsabilisation du cocontractant. Celui-ci se voit confier la gestion du service, dont il assume la responsabilité technique, professionnelle et commerciale. Il est autorisé à percevoir directement les recettes auprès des usagers, recettes qui lui appartiennent. Il gère le compte transport (dans une concession ou un affermage).

Le délégataire est intéressé au développement du service et à l'augmentation de la fréquentation. Pour ce faire, il faut qu'il s'engage contractuellement sur des comptes prévisionnels (recettes-charges), sur une progression des recettes et sur la maîtrise des charges.

S'agissant des biens affectés à l'exploitation, les montages PPP permettent à l'AO d'en avoir la propriété, même s'ils sont réalisés ou acquis par son contractant. Dans les marchés de prestations de services, les biens (ex. les autobus ou autocars) appartiennent souvent aux titulaires, ce qui réduit parfois la liberté de choix de l'AO lors des renouvellements, alors que le transfert à valeur nette comptable est facile dans le cadre des DSP.

II.2. Inconvénients

S'agissant de la réalisation des investissements, on met souvent en avant le coût plus élevé du financement privé (honoraires d'ingénierie financière, taux, commissions, frais de structure de la société de projet...). Mais cette affirmation est contestée. Des comparaisons fines font ressortir les "coûts cachés" des montages MOP et les économies tenant à la maîtrise privée des délais et des coûts.

Il faut ajouter que dans un PPP, l'AO "n'achète" pas la même prestation que dans un marché. Les engagements pris par son cocontractant et les risques assumés par lui ont pour effet de dégager l'AO de beaucoup de responsabilité et de préoccupations.

Dans certains cas, des "clauses de sauvegarde", fondées sur les notions jurisprudentielles classiques de sujétions imprévues, imprévision, fait du prince, permettent trop facilement, d'après l'avis des AO, une renégociation des délais d'exécution et du montant des investissements.

Les relations contractuelles sont simplifiées (partenaire unique), mais le rôle de l'AO est plus complexe à jouer face au partenaire. Le contrôle doit être réaliste, effectif, et demeurer un contrôle - ce qui est tout à fait différent de la maîtrise d'ouvrage, et peut apparaître difficile à exercer et moins valorisant.

S'agissant de l'exploitation, le risque commercial est parfois assumé de manière très insuffisante par le cocontractant de l'AO, la pratique des avenants à répétition lui permettant de "recaler" sans cesse l'équilibre financier du contrat et d'obtenir ainsi une garantie de recettes et de résultat bénéficiaire.

Les difficultés auxquelles se heurte l'AO pour exercer son pouvoir de contrôle ne lui permettent pas toujours d'avoir une connaissance véritable et un suivi de l'exploitation.

III. Montages combinés

Plusieurs formules sont envisageables. Certaines sont connues et déjà pratiquées. D'autres, fondées sur de nouveaux contrats, pourraient être expérimentées.

III.1. Marchés de réalisation et DSP

Une AO peut réaliser en MOP un TCSP et en confier ensuite l'exploitation dans le cadre d'une DSP (affermage ou régie intéressée).

Il est possible de confier une mission de conseil ou d'assistance au délégataire ou à l'exploitant en place sur les fonctionnalités du système de transport ou de certains équipements, et de l'associer ainsi à la réalisation de l'infrastructure de transport qu'il aura à exploiter.

Les nouvelles règles fiscales rendent plus facile et plus neutre fiscalement ce montage combiné. En résumé :

- l'AO doit transférer les droits à déduction de la TVA ayant grevé les investissements au délégataire, si le contrat est un affermage ;
- le délégataire ("fermier") "récupère" la TVA et la reverse à l'AO ;
- le délégataire n'est pas tenu de verser une redevance de mise à disposition des biens, correspondant à l'amortissement des biens dans les comptes de l'AO.

Cette formule combinée, réalisation MOP et exploitation DSP, est la plus fréquemment utilisée par les AO.

III.2. Double concession

La double concession comporte :

- une concession de travaux publics pour la réalisation et l'exploitation technique et maintenance d'un TCSP ;
- une concession de service public pour l'exploitation commerciale du réseau bus et du TCSP et la réalisation de certains investissements ;
- une convention tripartite de fonctionnement (concedant, concessionnaire TP, concessionnaire SP).

Pour que la concession TP soit également une concession et bénéficie du taux réduit de TVA, il faut que le concessionnaire TP soit rémunéré, partiellement, par les recettes perçues auprès des usagers par le concessionnaire SP. Il existe donc un mandat financier entre le concessionnaire SP et le concessionnaire TP.

La maintenance du TCSP est partagée entre les deux concessionnaires, ce qui peut paraître complexe, mais qui ne l'est pas plus que le partage de la maintenance entre l'autorité délégante et un délégataire dans le cadre d'un contrat d'affermage.

Cette formule de la double concession, couramment utilisée dans le domaine du chauffage urbain, est demeurée unique, à notre connaissance, dans le domaine des transports publics de personnes. A l'époque de sa mise en œuvre (1993-1994), elle était la seule répondant à la préoccupation de dissocier les deux métiers, réaliser un TCSP et exploiter l'ensemble des transports urbains, et passer séparément les deux contrats, ce qui permettait à l'AO de choisir plus librement, d'une part, le partenaire TCSP, d'autre part, l'exploitant du service de transport (TCSP et bus)

Aujourd'hui, cette formule peut utilement être remplacée par l'association de nouveaux contrats : AOT constitutive de droits réels ou CP pour la réalisation avec une DSP pour l'exploitation.

La concession unique impose en effet aux entreprises (constructeur-équipementier, fournisseur de matériel roulant et exploitant) de se regrouper et de constituer une société de projet. On peut prévoir une répartition différente du capital, en phase réalisation et en phase exploitation, ce qui est de nature à faciliter la constitution de la société.

III.3. AOT constitutive de droits réels et exploitation séparée

Le BEA opération d'intérêt général, avec location retour à la collectivité publique est un montage validé par le Conseil d'Etat (CE Sect. 25 février 1994, SA, Sofap-Marignan Immobilier, req. 144641-145406, Rec. 94).

Par analogie, on pourrait envisager un montage AOT constitutive de droits réels pour la réalisation d'un TCSP et location retour à l'AO. Ensuite, celle-ci pourrait confier l'exploitation à une régie, ou à un prestataire de service par marché, ou à un délégataire par contrat de DSP.

Mais l'AOT constitutive de droits réels n'est pas vraiment appropriée à la réalisation d'un équipement public destiné à devenir la propriété de la personne publique, en raison du risque de non-indemnisation du cocontractant en cas de résiliation pour faute.

Il n'en reste pas moins que, dans certaines hypothèses, une AOT constitutive de droits réels est possible maintenant alors qu'elle ne l'était pas auparavant (il existait toutefois l'AOT sans droits réels, dite "précaire et révocable", qui peut être un montage contractuel utile, par exemple pour la réalisation d'une voie d'essai sur le domaine public routier ou des voies "express" pour les autobus - site propre).

Ce mode de réalisation laisse totalement libre le choix du mode de gestion du service ensuite, et c'est l'AO qui assume la charge "lissée" des investissements.

Il en va de même dans un montage CP pour la réalisation d'un TCSP et exploitation dissociée.

III.4. Contrat de partenariat et exploitation dissociée

Le contrat de partenariat est sans aucun doute adapté à la réalisation en PPP d'un TCSP. Si l'AO fait le choix de ne pas y intégrer la gestion du service public des transports regroupant réseau de bus et TCSP, cette dernière peut être confiée à une régie, un prestataire de service ou à un délégataire.

Il reste à délimiter les obligations de maintenance, à fixer les objectifs de performance du titulaire du CP et les indicateurs de qualité du délégataire. Une convention peut être conclue entre les deux cocontractants de l'AO.

Si le TCSP n'est pas destiné à s'intégrer dans un réseau, la question de la dissociation de l'exploitation peut se poser. Dans cette hypothèse, si la gestion du service doit être confiée au cocontractant, et compte tenu des recettes perçues auprès des usagers, une DSP, sous forme de concession de travaux et service publics, paraît plus appropriée qu'un CP, si les recettes à percevoir auprès des usagers apparaissent suffisantes pour la qualification de DSP, ceci compte tenu des interrogations pesant sur la perception des recettes tarifaires par le titulaire du CP.

En revanche, même si le montage est plus complexe, il paraît juridiquement plus opportun de séparer la réalisation en CP de l'exploitation, non pas de l'ouvrage mais du service public.

La séparation des infrastructures du service assuré sur ces infrastructures est une sorte de règle générale communautaire pour les réseaux (énergie, télécommunications, services ferroviaires). Cette séparation n'est cependant pas imposée aux services de transport urbains et aux réseaux locaux.

Mais elle permet, ainsi qu'il a été dit pour la double concession, un choix séparé du titulaire du CP, chargé de réaliser et maintenir le TCSP, et de l'exploitant chargé de l'ensemble du service public. En outre, la durée des contrats peut être différente, plus longue pour le CP, plus brève pour la DSP, en prenant des dispositions pour assurer la continuité du service public.

Dans tous ces montages, la place des PPP pour assurer le développement des transports locaux est importante s'agissant de l'exploitation (nombreuses DSP) et moins s'agissant de la réalisation des infrastructures de transport. Néanmoins, les textes récents sont de nature à favoriser le recours aux concessions et aux contrats de partenariat, ainsi que les circonstances tenant à la raréfaction des financements publics.

Les PPP sont une forme ancienne et renouvelée de contrats en France, qui ont permis et qui peuvent permettre :

- ➔ de recourir au financement privé ou mixte des équipements publics,
- ➔ de faire appel au savoir-faire professionnel des entreprises,
- ➔ d'associer les exigences du service public, dont est garante l'autorité publique, et les impératifs de bonne gestion (pour ne pas dire de rentabilité) des entreprises privées.

Dans les années récentes, la France s'est laissée distancer par la Grande-Bretagne dans l'utilisation des PPP. Plus de 700 PPP ont été conclus en Grande-Bretagne depuis 1992, dans le cadre de la Private Finance Initiative (PFI), totalisant 60 milliards d'euros. 500 PPP ont été livrés dans des domaines variés (v. *Moniteur des Travaux Publics*, 22 décembre 2006, n° 5378, p. 10-11, interview du Président de la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques - MIQCP).

Les PPP sont une voie entre le "tout public" et le "tout privé" : il ne s'agit pas d'une privatisation pure et simple des équipements et services publics. Les diverses catégories de marchés et de contrats et les différentes combinaisons possibles laissent une liberté certaine de choix aux autorités organisatrices pour faire face au développement, à la fois indispensable et coûteux, des transports publics locaux.

Les contrats de partenariat se mettent en place dans plusieurs domaines, lentement au départ, mais avec une certaine accélération maintenant. Une proposition de loi réformant le régime juridique et fiscal des partenariats public-privé a été déposée par un député, qui vise à assouplir la notion d'urgence, à mettre en œuvre une égalité fiscale entre toutes les procédures de la commande publique (exonération des contrats de partenariat et du

BEA de la taxe locale d'équipement, de la taxe pour le financement des conseils d'architecture d'urbanisme et d'environnement, de la taxe départementale des espaces naturels sensibles et de la taxe de publicité foncière).

En outre, le texte prévoit de rendre les BEA éligibles au fond de compensation pour la TVA, et étend le dispositif en matière de cession de créances aux frais financiers.

Enfin, le texte propose de transférer le contrôle de légalité des contrats de partenariat à la MAPP, ce qui soulève des difficultés en raison de la compétence des préfets, représentants de l'Etat.

BIBLIOGRAPHIE

- ABEN (J.), *Gestion et financement des collectivités locales*, L'Harmattan, 2003.
- ARMAND (F.), *Les contrats de services bancaires et d'investissement des collectivités locales*, Economica, 2003.
- BENICHOU (I.), CORCHIA (D.), *Le financement de projets*, Editions Eska, 1996.
- BEZANCON (X.), DERUY (L.), FISZELSON (R.), FORNACCIARI (M.), *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé*, Le Moniteur, 2005.
- BOUVIER (M.), *Finances locales*, LGDJ, 2005.
- COSSALTER (P.), MARAIS (B.), *La private finance initiative*, Institut de la gestion déléguée, 2001.
- DGCL, *Guide de l'emprunt des collectivités locales*, La Documentation française, 2000.
- GOUSSEAU (J.-L.), *Les emprunts et la dette des collectivités locales*, Economica, 1999.
- HOORENS (D.), PERETTI (M.-P.), *Les collectivités locales et l'emprunt* (2^{ème} éd.), LGDJ, 2001.
- KLOPFER (M.), *Gestion financière des collectivités locales* (3^{ème} éd.), Le Moniteur, 2001.
- LAFITTE (M.), *Les Partenariats Public-Privé - Une clé pour l'investissement public en France*, Revue Banque Edition, 2006.
- LAURENT (P.), BOYER (B.), *La stratégie financière des collectivités locales*, LGDJ (2^{ème} éd.), 1997.
- LIGNIERES (P.), *Partenariats public-privé*, (2^{ème} éd.), Litec, 2005.
- LORACH (J.-M.), *Les subventions européennes pour les collectivités locales*, Editions de Puits Fleuri, 2005.
- Mission d'Appui à la réalisation des contrats de partenariat, *Les contrats de partenariat, Principes et Méthodes*, 2005
- MARTINAND (C.) - Sous la direction de, *L'expérience française du financement privé des équipements publics*.
- MARTY (F.), TROSA (S.), VOISIN (A.), *Les partenariats public-privé*, La Découverte, 2006.
- PERROT (J.-Y.), CHATELUS (G.), *Financement des infrastructures et des services collectifs - Le recours au partenariat public-privé*, Presses de l'ENPC, 2000.
- PICARD (C.), SOTTOU (F.), *Le budget local en pratique*, Le Moniteur, 2004.
- SEKFALI (Z.), *Droit des financements structurés*, Revue Banque Edition, 2004.
- TOLEDO (A.-M.), LIGNIERES (P.), *Le financement de projet*, Editions Joly, 2002.

Documents périodiques

Le recours au financement désintermédié par une collectivité locale et l'évaluation de la prime de risque obligataire : le cas de la ville de Marseille, *Finance Contrôle Stratégie* (Vol. 5, n° 2), Juin 2002.

La BEI, sésame budgétaire pour les collectivités locales, *Ville et transport*, mai 2005.

Dossier sur "Le financement de projet : 2006, année charnière pour les PPP", *Revue Banque* (n° 678), mars 2006.

Pour un nouveau partenariat public-privé dans les infrastructures et équipements publics, *SEFI*, novembre 2001 ; Une nouvelle ingénierie financière pour le Partenariat Public-Privé - Propositions concrètes à usage des législateurs, *Additif* n°1 à la brochure du SEFI, avril 2003.

Finances locales : les nouveaux enjeux, *Revue française de finances publiques* (n° 67), septembre 1999.

Rapports, études

Banque européenne d'investissement, *Le rôle de la BEI dans les Partenariats Public-Privé*, 2004.

Banque européenne d'investissement, *Le rôle de la BEI dans le financement de transports urbains durables*, 2005.

Club Finance Internationale - Groupe HEC, *Les perspectives du financement externe des collectivités locales*, Etude n° 58, décembre 2003.

BAUMSTARK (L.), HUGE (A.), MARCADIER (C.), MAUBERT(C.), *Partenariats public-privé et actions locales*, Commissariat au plan, Rapport n° 9, Juillet 2005.

Direction générale des collectivités locales, *Guide budgétaire communal, départemental et régional* 2006.

DUPUIS (B.), *Les collectivités locales face à l'emprunt*, Mémoire de DESS en Urbanisme, aménagement et développement local, IEP Paris, IEP, 2000.

Fitch Ratings, Rapport spécial sur "L'économie et le financement des transports en France : les nouveaux enjeux financiers", octobre 2005.

Fitch Ratings, Special report on "Public-Private Partnerships : The Next Generation of Infrastructure Finance", août 2004.

Fitch Ratings, Special report on "Refinancing Risk - Permutations of Project Finance Structures", août 2004.

KOUTOGLIDOU (A.), *Financement privé pour infrastructures publiques*, Aristotle University of Thessaloniki, Faculty of law (Pythagoras program), 2005.

Observatoire des finances locales, *Rapport sur "Les finances des collectivités locales en 2005"*, juillet 2005.

TDIE et Dexia Crédit local, *Etude de comparaison européenne sur le partage des compétences dans le domaine des infrastructures de transport (planification, programmation, financement) - Examen de 10 pays et enseignements pour la France*, février 2005.

Dexia crédit local, *Note de conjoncture sur les finances locales en France*, septembre 2005.

Virtuosity consulting, Final report on *Successful Examples of Public-Private Partnerships and Private Sector Involvement in Transport Infrastructure Development*, mai 2005.

Colloques, séminaires

Cinquièmes entretiens sur le développement des territoires : “Développement des territoires : quels outils financiers pour le partenariat public-privé ?”, *Caisse des dépôts et consignations*, 2002, Edité à la Documentation française.

Quels partenariats public-privé pour les grands projets locaux ? *Depfa Bank*, Colloque du 11 mars 2004.

Les PPP : un outil pour le développement des transports publics locaux ? GART, en partenariat avec Dexia Crédit Local, Colloque du 18 octobre 2006.

Textes juridiques applicables

Réglementation communautaire

- Directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services
- Directive n° 2004/17/CE secteurs spéciaux du 31 mars 2004
- Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM (2004) 374, mai 2004
- Des redevances équitables pour l'utilisation des infrastructures : une approche par étapes pour l'établissement d'un cadre commun en matière de tarification des infrastructures de transport dans l'UE - Livre blanc, COM (98) 466, juillet 1998
- Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM (2004) 327, avril 2004
- Livre vert sur les services d'intérêt général, COM (2003) 270, mai 2003
- Proposition de règlement du Conseil et du Parlement européen relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer, par route

Réglementation nationale

- Décret du 22 mars 1942 modifié portant règlement d'administration publique sur la police, la sûreté et l'exploitation des voies ferrées d'intérêt général et d'intérêt local
- Ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs en Ile-de-France, modifiée notamment par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales
- Décret n° 59-157 du 7 janvier 1959 relatif à l'organisation des transports de voyageurs en Ile-de-France
- Décret n° 59-1090 du 23 septembre 1959 portant statut du Syndicat des transports d'Ile-de-France
- Décret n° 49-1473 du 14 novembre 1949 relatif à la coordination des transports ferroviaires et routiers
- Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs (dite “LOTI”), modifiée notamment par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales
- Décret n° 84-617 du 17 juillet 1984 relatif à l'application de l'article 14 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 relatif aux grands projets d'infrastructures, aux grands choix technologiques et aux schémas directeurs d'infrastructures en matière de transports intérieurs
- Décret n° 84-139 du 24 février 1984 relatif au conseil national des transports et aux comités régionaux et départementaux des transports
- Décret n° 85-891 du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes
- Décret n° 85-636 du 25 juin 1985 fixant les modalités selon lesquelles les entreprises appartenant aux secteurs d'activité qui sont représentés au Conseil national des transports et aux comités consultatifs des transports participent aux frais de fonctionnement de ces organismes
- Décret n° 2001-449 du 25 mai 2001 relatif aux plans de protection de l'atmosphère et aux mesures pouvant être mises en œuvre pour réduire les émissions des sources de pollution atmosphérique
- Décret n° 89-162 du 9 mars 1989 relatif aux frais de contrôle technique et de sécurité de l'Etat mis à la charge des exploitants des services de transports terrestres de personnes organisés par les collectivités territoriales ou leurs groupements

- Décret n° 2000-118 du 14 février 2000 relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport public urbain de voyageurs
- Décret n° 87-538 du 16 juillet 1987 relatif aux tarifs des transports publics urbains de voyageurs hors de la région Ile-de-France, modifié par le décret n° 2000-1070 du 31 octobre 2000
- Arrêté du 17 mai 2001 fixant les conditions techniques auxquelles doivent satisfaire les distributions d'énergie électrique

Textes spécifiques aux autorisations d'exploitation des réseaux de transports guidés urbains et à l'organisation du contrôle technique et de sécurité de l'Etat

- Loi n° 2002-3 du 3 janvier 2002 relative à la sécurité des infrastructures et systèmes de transport, aux enquêtes techniques après événement de mer, accident ou incident de transport terrestre ou aérien et au stockage souterrain de gaz naturel, d'hydrocarbures et de produits chimiques
- Décret n° 2003-425 du 9 mai 2003 relatif à la sécurité des transports publics guidés
- Arrêté du 23 mai 2003 relatif à la procédure d'agrément des experts et organismes qualifiés pour évaluer la sécurité des systèmes de transport public guidés
- Arrêté du 23 mai 2003 relatif aux dossiers de sécurité des systèmes de transport public guidés urbains
- Arrêté du 20 juin 2003 attribuant à certains services déconcentrés de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer une compétence interdépartementale dans les domaines des remontées mécaniques et des transports guidés
- Arrêté du 23 décembre 2003 relatif au plan d'intervention et de sécurité et complétant l'arrêté du 23 mai 2003 relatif aux dossiers de sécurité des systèmes de transport public guidés urbains
- Loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports

Rapports

- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-654 du 8 juin 2005 portant allègement des procédures d'adoption et de révision des schémas de services collectifs et suppression des schémas multimodaux de services collectifs de transport
- Rapport au Président de la République relatif aux transports publics urbains

Fiscalité

- Instruction administrative n° 3-D-1-85 du 21 janvier 1985 relative au régime de taxe sur la valeur ajoutée des services publics de transport de voyageurs, B.O.D.G.I., n° 12, p. 17 et s.
- Instruction administrative n° 6E-11-93 du 23 mars 1993 relative à la taxe professionnelle
- Circulaire n° 94-91 du 21 décembre 1994 relative aux aides de l'Etat aux transports collectifs de province

Montages MOP

- Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique (dite "loi MOP")
- Décrets d'application n° 93-1268 du 29 novembre 1993, etc
- Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics
- Projet de décret portant Code des marchés publics

Montages PPP

- Délégation de service public
- Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République
- Articles L. 1411-1 et s., R. 1411-1 et s. et L. 1413-1 CGCT
- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (dite "loi MURCEF")

Contrat de Partenariat

- Ordonnance n° 2004- 559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, codifiée aux articles L. 1414-1 et s. et D. 1414-1 et s. CGCT
- Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat
- Décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du Code général des collectivités territoriales
- Décret du 9 août 2005 portant modification du décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du Code général des collectivités territoriales
- Décret n° 2005-1740 du 30 décembre 2005 modifiant le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et modifiant l'article D. 1414-1 du Code général des collectivités territoriales
- Circulaire du 29 novembre 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales
- Circulaire du 14 septembre 2005 relative aux règles budgétaires afférentes à la signature des contrats de partenariat

Codes applicables

- Code général des collectivités territoriales
- Code de l'urbanisme
- Code général de la propriété des personnes publiques
- Code de la construction et de l'habitation
- Code de l'environnement
- Code de la voirie routière
- Code général des impôts
- Code monétaire et financier
- Code des marchés publics



Conception - Réalisation - Impression Brindel  : 01 55 89 10 00
Achévé d'imprimer par l'imprimerie Brindel
95, avenue de Bobigny - 93135 Noisy-le-Sec Cedex



Pour les collectivités locales et leurs groupements qui s'interrogent sur l'usage qu'ils peuvent faire du PPP, et notamment du contrat de partenariat au sens de l'ordonnance du 17 juin 2004, il est utile de pouvoir disposer d'outils d'aide à la décision et, qui plus est, d'outils sectorialisés.

Le contrat de partenariat se voulant en effet un mode de contractualisation global, portant à la fois sur le financement, la construction, la maintenance et l'exploitation d'un ouvrage ou d'une infrastructure, il est important d'avoir à l'esprit toutes les particularités d'un secteur donné (la construction d'un immeuble type collège ou établissement de santé posera des exigences différentes de la construction d'une infrastructure de transport), afin de voir quel sera l'outil le plus adapté au projet porté par les élus locaux.

La présente étude est le deuxième exercice du genre (qui fait suite au guide réalisé par le Gimélec sur l'usage du contrat de partenariat pour l'optimisation de la performance énergétique des bâtiments publics) et nous souhaitons qu'elle puisse éclairer, autant que possible, les autorités organisatrices de transport.

Dans cette perspective, l'étude analyse, aussi précisément que possible, l'ensemble des solutions qui s'offrent aux autorités organisatrices pour développer leurs projets de transport, de la maîtrise d'ouvrage publique à la maîtrise d'ouvrage privée, en détaillant pour cette dernière toute la palette possible : délégation de service public, BEA, contrat de partenariat, illustrant ainsi la richesse du système juridique français.

Chacun des modes est présenté à la fois en tant que tel et de manière combinée (plusieurs modes pouvant intervenir sur une même opération) et se voit analysé sous l'angle juridique, financier et organisationnel. Une évaluation des avantages et inconvénients de chacun d'eux est proposée, permettant ainsi aux élus et à leurs services de procéder à des choix éclairés.