



Paris, le 28 JUIL. 2009

La ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi

Le ministre auprès du premier ministre, chargé de la mise en œuvre du plan de relance

à

Mesdames et Messieurs les ministres

Mesdames et Messieurs les préfets de région

Mesdames et Messieurs les préfets de département (en copie)

**Circulaire d'application de l'article 6 de la loi n°2009-122 du 4 février 2009 de finances rectificative pour 2009 instituant une garantie de l'Etat et de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, dans ses dispositions relatives aux contrats de partenariat**

Le plan de relance annoncé par le Président de la République le 4 décembre 2008 crée les conditions d'une relance rapide et durable de l'économie française en donnant la priorité à l'investissement pour créer des emplois.

Le besoin d'investissements publics pour relancer l'activité économique et préparer l'avenir de notre pays est plus présent que jamais, dans des domaines aussi variés que les infrastructures de transport ferroviaires, fluviales et maritimes, les transports urbains, les universités, les centres de recherche ou l'efficacité énergétique des bâtiments. Ces investissements jouent un rôle contra cyclique et permettent de soutenir l'activité et l'emploi et d'améliorer durablement l'attractivité des territoires.

Dans cette perspective, les Partenariats Public-Privé (PPP), sous leurs différentes formes (Contrats de Partenariat (CP), Autorisation d'Occupation Temporaire du domaine public (AOT), Bail Emphytéotique Administratif (BEA) et les concessions au sens large) sont des outils essentiels pour la réalisation d'équipements publics de l'Etat et des collectivités. Ils permettent de confier la définition, la conception, la réalisation et l'exploitation d'équipements de service public à des partenaires privés, en bénéficiant de leur expertise et de leurs compétences pour ce type de projets. Les PPP permettent ainsi d'accélérer ces investissements au bénéfice de la collectivité, tout en partageant au mieux les risques avec les partenaires privés.

Le gouvernement s'est donc employé à soutenir les PPP avec trois mesures fortes pour faciliter le lancement des projets :

- une enveloppe de garanties par l'Etat de 10 milliards d'euros facilitera la mobilisation des financements pour les PPP (article 6 de la loi n° 2009-122 du 4 février 2009 (LFR 2009)) ;
- une enveloppe de 8 milliards d'euros de prêts long terme sur fonds d'épargne gérée par la Caisse des Dépôts et Consignations (CDC) est destinée à soutenir les grands projets d'infrastructure dans les domaines des transports et de l'enseignement supérieur, notamment ceux réalisés sous forme de PPP ;
- enfin la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'Accélération des Programmes de Construction et des Investissements Publics et Privés (loi LAPCIPP), comporte plusieurs dispositions répondant aux difficultés rencontrées par les opérateurs pour conclure des PPP dans le contexte financier actuel. Ces dispositions complètent celles introduites par la loi 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariats (loi CP).

Cette circulaire a pour objectif d'informer de manière claire et précise les acteurs publics et privés sur les modalités d'utilisation de ces nouveaux outils et sur les évolutions législatives récentes, en particulier sur leurs implications concrètes pour le lancement rapide des projets.

Elle précise les modalités de mise en œuvre de la garantie de l'Etat (I) et des prêts sur fonds d'épargne (II) en indiquant dans quelles conditions et comment ils peuvent être sollicités. Enfin elle présente de manière synthétique les évolutions apportées par les lois CP et LAPCIPP ainsi que leurs conséquences pratiques pour les porteurs de projets (III), pour faciliter le recours aux PPP.

## **I - La garantie de financement par l'Etat**

La garantie de l'Etat vise à pallier des difficultés temporaires de financement sur les marchés financiers liées à la crise, pour faciliter le bouclage des financements et accélérer les projets d'investissement prioritaires. Les contrats éligibles à la garantie sont les contrats de partenariat, les concessions de travaux et les contrats de délégation de service public dans les conditions énoncées à l'Annexe n° 1.

La LFR 2009 fixe un montant maximal de garantie de 10 milliards d'euros qui peuvent être accordés pour les contrats signés jusqu'au 31 décembre 2010. La garantie est accordée aux prêts, aux titres de créances de la société de projet ou aux titres de créances émis par des établissements de crédit pour financer ces contrats. Elle fait l'objet d'une rémunération et contribue au financement initial d'un projet ou à son refinancement. La quotité maximum garantie est fixée à 80 % du montant de ces prêts ou titres de créances.

Le projet auquel s'applique la garantie doit satisfaire un ensemble de critères portant sur la situation financière du co-contractant, sur la localisation en France de l'investissement prévu et sur la solidité du montage financier et l'équilibre du partage des risques. Ces critères sont détaillés en Annexe n°1.

La mise en œuvre opérationnelle du dispositif repose sur un Comité de garantie qui instruit chaque dossier et rend un avis préalable à la décision du ministre chargé de l'économie. Ce comité est composé de représentants de la Direction Générale du Trésor et de la Politique Economique (DGTPE), de la Direction du Budget (DB) et de la Direction des Affaires Juridiques du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi (DAJ) et son secrétariat est assuré par la Mission d'Appui pour les PPP (MAPP).

Les modalités pratiques de saisine du Comité de garantie par la personne publique sont décrites en Annexe n° 2. Afin que les candidats puissent intégrer les modalités d'utilisation de la garantie dans leur montage financier, la saisine de ce comité doit être réalisée au plus tôt dans le montage du projet. La décision d'octroi de la garantie est conditionnée au respect des conditions fixées pour le projet dans les termes et conditions attachés à la garantie et validés par le Comité de garantie. Ces conditions sont précisées en Annexe n° 3. In fine, la garantie est octroyée par le ministre chargé de l'économie.

## **II - Les prêts sur fonds d'épargne gérés par la Caisse des Dépôts et Consignations**

Une enveloppe de 8 milliards d'euros de prêts sur fonds d'épargne de la CDC a été ouverte par le ministre chargé de l'économie pour une durée de cinq ans (2009-2013) pour faciliter la réalisation des PPP. L'objectif est d'apporter aux projets concernés des compléments de financement sur longue durée à des conditions avantageuses, également accessibles à tous les candidats participant à la procédure d'attribution.

Les prêts sont prioritairement destinés aux grands projets d'infrastructures dans les domaines des transports (grands projets ferroviaires, transports en commun en site propre, voies navigables, éco-redevance poids lourds et entretien du réseau routier et énergies renouvelables) à hauteur de 7 milliards d'euros et de l'enseignement supérieur, notamment le plan Campus pour les universités, à hauteur de 1 milliard d'euros. Ces prêts peuvent être accordés aux collectivités territoriales, dans la limite de 50 % de leurs besoins d'emprunt au regard des subventions d'investissement qu'elles versent au projet, et aux sociétés de projet, dans la limite de 25% du montant total à emprunter (hors fonds propres et quasi fonds propres). Les prêts auront une durée maximum de 40 ans et de 50 ans pour les grands projets d'infrastructures. Ces conditions sont explicitées en Annexe n°4.

Les pouvoirs adjudicateurs qui souhaitent voir leurs projets bénéficier de tels prêts doivent saisir la direction des fonds d'épargne de la CDC, qui gère ce dispositif.

### **III – Les avancées des lois n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariats (loi CP) et n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et des investissements publics et privés (loi LAPCIPP)**

Au-delà des mécanismes de garantie et de prêts sur fonds d'épargne, le gouvernement a facilité le financement des contrats de partenariat par des mesures législatives. Elles sont détaillées en Annexe n°5 pour la loi CP et en Annexe n°6 pour la loi LAPCIPP.

La loi LAPCIPP précise la définition du contrat de partenariat en permettant qu'une partie du financement au projet puisse être apporté par la personne publique (article 14), à l'exception de toute participation au capital de la société de projet. Lorsqu'il s'agit d'un contrat d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public local, le financement définitif doit toutefois être majoritairement assuré par le partenaire privé, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par un décret à paraître (seuil prévu à 40 millions d'euros). Cette disposition est pérenne et n'est pas limitée à la durée du plan de relance.

Afin de prendre en compte la situation économique actuelle, cette même loi introduit aussi, de façon temporaire, une souplesse dans le montage du financement des contrats de partenariats (article 13), ce dernier pouvant être ajustable après la remise de l'offre finale. Le candidat, dont l'offre a été jugée la plus avantageuse, sera alors désigné comme attributaire pressenti et présentera à ce moment un financement définitif.

Cette loi précise que la cession de la rémunération due en vertu d'un contrat de partenariat au titre des coûts d'investissements et de financements peut porter jusqu'à 100%. En revanche, l'acceptation de la cession par la personne publique est limitée à un plafond de 80% de cette rémunération.

La loi CP avait déjà disposé que les projets réalisés sous le régime du contrat de partenariat sont éligibles aux mêmes subventions que lorsqu'ils sont réalisés sous le régime de maîtrise d'ouvrage publique défini par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la Maîtrise d'Ouvrage Publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (loi MOP). La loi LAPCIPP étend cette disposition en ajoutant aux subventions les redevances et autres participations financières, dans le but d'ouvrir les investissements publics en contrat de partenariat à tous les financements possibles (article 17).

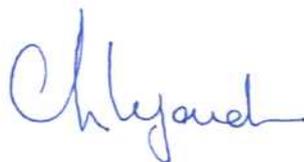
Enfin, elle permet de conférer la qualité d'expropriant pour cause d'utilité publique aux titulaires de contrats de partenariat (article 15), comme c'était déjà le cas pour les délégataires dans le cadre d'une délégation de service public. Il s'agit de faciliter la conduite de ces opérations en permettant au partenaire privé de conduire les expropriations nécessaires pour le compte de la personne publique. Le titulaire du contrat maîtrise ainsi mieux les risques administratifs liés à la durée des procédures administratives et donc le délai de mise en service du projet.

Le cadre juridique pour le montage des projets sous forme de PPP est à présent stable et les avancées des lois CP et LAPCIPP sont favorables et incitatives. Avec les mécanismes de garantie et de prêts sur fonds d'épargne, les porteurs de projets disposent de deux outils puissants pour faciliter le montage financier de ces projets.

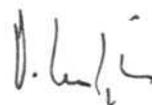
Cette circulaire vise à assurer la diffusion d'une information claire et précise sur ces nouvelles possibilités afin que les PPP apportent une contribution décisive à la mise en œuvre du plan de relance et à la réalisation des investissements structurants de notre pays. La MAPP<sup>1</sup> est, au sein de l'administration, l'équipe de référence pour assurer la mise en œuvre de ces dispositions et pour apporter des conseils sur ces procédures. Plus généralement, sur tout le territoire, les services de l'Etat doivent être pleinement mobilisés pour permettre aux projets de se réaliser rapidement et pour atteindre les objectifs du plan de relance.

La ministre de l'économie, de l'industrie  
et de l'emploi

Le ministre auprès du premier  
ministre, chargé de la mise en œuvre du  
plan de relance



Christine LAGARDE



Patrick DEVEDJIAN

\*\*\*\*\*

#### Liste des Annexes

- Annexe 1 : Eligibilité au mécanisme de garantie
- Annexe 2 : Modalités de saisine du Comité de garantie
- Annexe 3 : Termes et conditions de la garantie
- Annexe 4 : Les prêts sur fonds d'épargne
- Annexe 5 : Les avancées de la loi CP
- Annexe 6 : Les nouvelles mesures de la loi LAPCIPP

---

<sup>1</sup> Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, 6 rue Louise Weiss, Télédéc 323, 75013 PARIS, Tel : 01 44 97 34 78, Fax : 01 44 97 33 88, Site Web : [www.ppp.bercy.gouv.fr](http://www.ppp.bercy.gouv.fr)

### Eligibilité au mécanisme de garantie

- Les contrats éligibles à la garantie sont :
  - les contrats de partenariat au sens de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 (c'est-à-dire ceux conclus par l'Etat, ses établissements publics, les pouvoirs adjudicateurs mentionnés aux 1° et 4° du I de l'article 3 et les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance du 6 juin 2005, les groupements d'intérêt public, les établissements publics de santé et ceux des collectivités territoriales, les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique, les organismes de droit privé ou public mentionnés à l'article L 124-4 du code de la sécurité sociale, et les collectivités territoriales et établissements publics locaux concernés par les articles L.1414-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales) ;
  - Les concessions de travaux passés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics et par les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 ainsi que les marchés de travaux passés par les concessionnaires ;
  - Les concessions de travaux de l'Etat et de ses établissements publics ;
  - Les contrats de délégation de service public régis par l'article 38 de la 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.
- De façon générale, les critères d'éligibilité à la garantie et ses conditions d'attribution sont les suivants :
  - la garantie a pour objet de faciliter le financement de projets dont la réalisation est jugée prioritaire par le gouvernement ;
  - elle est accordée aux prêts ou titres de créances finançant les entreprises signataires d'un contrat de partenariat d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux, ou aux titres de créances émis par des établissements de crédit agréés pour financer ces contrats ou encore émis par les entreprises signataires ;
  - la quotité maximum de dette (bancaire ou obligataire) garantie par l'Etat n'excède pas 80 %. La garantie porte sur l'ensemble des prêts nécessaires au financement du projet (à l'exclusion des fonds propres, des quasi-fonds propres, des crédits relais fonds propres, des concours publics et des crédits relais TVA) accordés par les établissements de crédit agréés en application du chapitre Ier du titre Ier du livre V du code monétaire et financier, c'est à dire les prêts des banques commerciales (donc hors fonds d'épargne et BEI), ainsi que les titres de créance émis par les entreprises signataires d'un contrat, et enfin les titres de créance émis par les établissements de crédit agréés pour les financer. La quotité garantie intègre le principal et les intérêts dus, et pourra, dans certaines hypothèses appréciées au cas par cas, concerner les accessoires ;
  - la garantie doit faire l'objet d'une rémunération de la part du bénéficiaire ;

## Annexe 1 – Eligibilité au mécanisme de garantie

- le projet doit impérativement répondre à certains critères :
  - le siège social de l'entreprise cocontractante se situe dans un état membre de l'Union Européenne (UE) ou dans un autre Etat de l'Espace Economique Européen (EEE) ;
  - cette même entreprise présente une situation financière saine et une solvabilité suffisante ;
  - les ouvrages ou équipements dont la réalisation est prévue par le contrat sont situés en France ;
  - le contrat doit être conclu avant le 31 décembre 2010.
  
- la garantie ne peut être accordée qu'aux projets démontrant :
  - une robustesse du montage technique et économique du projet ;
  - une allocation équilibrée des risques entre les partenaires publics et privés en période de construction et d'exploitation ;
  - un schéma contractuel équilibré, notamment dans les clauses relatives aux cas de fin anticipée du contrat ;
  - un équilibre entre les acteurs financiers du projet, dont l'Etat garant.

Ces critères et ces principes sont appliqués projet par projet.

Modalités de saisine du Comité de Garantie
--

Lorsque la personne publique souhaite obtenir la garantie d'Etat prévue à l'article 6 de la loi n° 2009-122 du 4 février 2009 de finances rectificative pour 2009, la demande doit être adressée au Comité de garantie, instance administrative composée de représentants des ministres chargés de l'économie, des finances et du budget, chargée de déterminer les modalités de garantie projet par projet.

Concrètement, la saisine est envoyée à la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP) qui assure le secrétariat du Comité, à l'adresse suivante : MAPPP/Comité de garantie/Teledoc 323, 6 rue Louise Weiss 75013 Paris. La MAPPP assure la transmission directe du dossier de saisine et de toutes les pièces nécessaires à l'instruction de la demande aux différents membres du Comité.

Le dossier de saisine inclut une note de couverture sollicitant le bénéfice de la garantie et démontrant que le projet est « prioritaire » au sens de l'article 6 de la loi précitée et un mémorandum d'informations.

Le mémorandum d'informations doit comporter toutes les informations et données nécessaires au Comité pour évaluer la demande. Il contient nécessairement :

- Une description générale du projet présentant notamment son objet, le schéma contractuel envisagé, l'état d'avancement de la procédure, l'évaluation des coûts en termes d'investissement, de fonctionnement et de financement et la durée totale estimée du contrat ;
- Une description de l'impact du projet sur la relance économique (chiffre d'affaires généré, nombre d'emplois créés, dont le nombre d'emplois pérennes, montant de taxes générés)
- Un calendrier détaillé du projet ;
- Les principaux contrats et sous contrats avec leurs durées, montants et conditions de transfert (à l'état de projets) ;
- La matrice d'allocation des risques ainsi que leurs évaluations, y compris les risques techniques :
  - En période de signature des contrats de financement (closing) ;
  - En période de construction ;
  - En période d'exploitation ;
- Les principales clauses du contrat, notamment les clauses de rupture anticipée, les clauses relatives au financement (stabilité de l'actionnariat, refinancement, assurance, etc.) et les clauses portant sur l'équilibre économique du projet (telles que les recettes annexes).

## Annexe 2 - Modalités de saisine du Comité de Garantie

- Le plan de financement détaillé prenant en compte les concours publics ;
- L'actionnariat et les engagements portés par le secteur privé ;
- Une analyse financière du projet sur la durée, incluant les ratios usuels, les covenants et des tests de sensibilité ;
- Une évaluation financière de l'impact du projet sur les comptes de la personne publique cocontractante. Pour les projets de l'Etat et de ses opérateurs : une évaluation des besoins de crédits budgétaires sur toute la durée du contrat ;
- Un exposé relatif aux éventuelles difficultés portant sur le bouclage du financement du projet ;

Le mémorandum d'information peut inclure toute information supplémentaire permettant de vérifier le respect des critères d'éligibilité des financements du projet à la garantie.

**Termes et conditions de la garantie**

L'Etat garantit les prêts accordés par les établissements de crédit agréés et destinés à financer une entreprise signataire d'un contrat de partenariat, d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux, ainsi que les titres de créances émis par ces mêmes entreprises ou par des établissements de crédit pour les financer.

La garantie est limitée à 80 % du montant de l'ensemble des prêts ou titres cités ci-dessus. La garantie peut porter également sur les crédits de type « stand by » (crédits destinés à financer exclusivement certains aléas dont l'occurrence n'est pas certaine) pour autant qu'ils aient été contractualisés à la même date que l'ensemble des autres financements et au plus tard au bouclage financier de l'offre du candidat pressenti. La garantie ne peut pas porter sur les crédits BEI, fonds d'épargne, crédits relais fonds propres, crédits relais TVA. Elle ne porte pas non plus sur les fonds propres, ou quasi fonds propres.

La garantie peut couvrir une tranche de crédit jusqu'à 100%, notamment dans le cas d'un financement par émission obligataire, pour autant que le plafond global de 80% des prêts ou titres du projet soit respecté. L'assiette de 80% de la garantie est mesurée lors de la signature des contrats de financement et se calcule sur l'encours prévisionnel maximal de l'ensemble de ces prêts ou titres.

La quotité garantie comprend le principal et les intérêts dus et peut dans certaines hypothèses appréciées au cas par cas concerner les accessoires (comme le coût de dénouement des instruments de couverture) notamment en fonction de la rédaction des clauses de déchéance des contrats (CP ou DSP).

La durée de la garantie est celle du financement qu'elle couvre. La garantie entre en vigueur à la date de levée de toutes les conditions préalables à l'entrée en vigueur des financements du projet.

Il s'agit d'une garantie à première demande, autonome, irrévocable et inconditionnelle. Elle possède un rang « pari passu » avec les financements senior du projet. Cela implique qu'en cas d'appel, les droits de l'Etat garant seront alignés sur ceux des créanciers de la dette senior non garantie. La garantie est appelée en cas de défaut de paiement justifié du prêt garanti. Les droits de vote du garant prennent en compte les montants engagés. Ils peuvent être limités dans certains cas si ceux-ci ont été définis au préalable.

Selon les situations, l'appel de la garantie peut être partiel ou total. Cet appel ne déclenche pas automatiquement une accélération du remboursement des financements garantis et peut faire l'objet d'un paiement échéance par échéance. Ces modalités de gestion et de priorité de remboursement des différentes dettes ainsi que les sûretés sont réglées dans un accord « intercrédeurs ».

Le coût de la garantie est composé d'une part d'une commission fixe payable dès la signature et d'autre part d'une commission de garantie calculée en points de base sur le montant de l'encours garanti. Cette dernière reflète les conditions normales de marché et varie en fonction du type de contrat, de projet et de sa robustesse, de la durée du prêt et de la matrice des risques. Le profil du coût de la garantie est fixé au bouclage financier dans la convention de garantie.

### Annexe 3 - Termes et conditions de la garantie

Le bénéfice de la garantie peut être levé dans certains cas, si le mode de financement le permet. Cette levée de la garantie est déclenchée par l'examen de divers ratios, dont le ratio dette/fonds propres (gearing) et le ratio de couverture de la dette annuelle ou d'un commun accord entre les parties.

Les termes et conditions de la garantie sont définis projet par projet par le Comité de garantie et soumis à la décision du ministre chargé de l'économie. Ils sont alors communiqués au pouvoir adjudicateur et transmis par lui aux différents candidats au cours de la consultation afin qu'ils puissent tenir compte de la garantie dans leur offre financière.

Après désignation de l'attributaire pressenti et au stade de la mise au point finale des contrats, les termes et conditions de la garantie sont confirmés afin que la garantie puisse être mise en place lors du bouclage financier.

## Les prêts sur fonds d'épargne

Le Président de la République a annoncé le 4 décembre dernier la mise en place d'une enveloppe de 8 milliards d'euros de prêts sur fonds d'épargne, en cofinancement avec le secteur privé, afin d'accompagner et de permettre le développement de grands projets d'investissement, notamment ceux qui sont réalisés dans le cadre de partenariats public-privé.

Cette enveloppe, d'une durée de 5 ans, est scindée en deux sous-enveloppes. Une enveloppe de 7 milliards d'euros est affectée aux grands projets d'infrastructures dans le domaine des transports, (grands projets ferroviaires, transports en commun en site propre, voies navigables, éco-redevance poids lourds et entretien du réseau routier et énergies renouvelables) et une enveloppe de 1 milliard d'euros est consacrée à l'enseignement supérieur, notamment le plan Campus pour les universités. La durée de ces prêts ne peut excéder 40 ans et, par dérogation soumise à autorisation du ministre chargé de l'économie, 50 ans pour les grands projets d'infrastructure.

Pour les prêts accordés aux collectivités territoriales, le taux applicable, indexé sur l'évolution du taux du livret A, est au minimum le taux du livret A augmenté d'une marge de 1%, et le montant prêté à la collectivité ne peut excéder la limite de 50% des besoins d'emprunt au regard des subventions d'investissement versées dans le cadre de projets en PPP.

Les prêts peuvent également être octroyés directement aux sociétés de projet : le taux applicable, indexé sur le taux du livret A, est alors au minimum le taux du livret A augmenté d'une marge de 1% et tient compte des conditions « normales » de marché. Le montant prêté dans ce cas ne peut en outre dépasser la limite de 25% du montant total à emprunter (hors fonds propres et quasi-fonds propres) par la société de projet.

A côté des prêts à taux révisable indexé sur le taux du livret A, ces prêts peuvent également être indexés sur l'inflation, sur la base de la neutralité actuarielle du prêt par rapport à un prêt émis au taux du livret A augmenté de 1%. Ils peuvent également être à taux fixes ou indexés sur Euribor, sur la même base de neutralité et en intégrant le coût en fonds propres associés au changement d'index.

Les prêts octroyés sur fonds d'épargne doivent bénéficier d'une garantie publique.

Les pouvoirs adjudicateurs qui souhaitent voir leurs projets bénéficier de tels prêts doivent saisir la direction des fonds d'épargne de la Caisse des Dépôts et Consignations (Direction des Fonds d'épargne, 72, avenue Pierre Mendès-France, 75914 Paris cedex 13 Tél. : 01 58 50 76 61).

## Les principales avancées de la loi CP

La loi 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat (loi CP) et ses décrets d'application du 2 mars 2009 visent à stimuler la dynamique du recours au contrat de partenariat à travers trois axes majeurs.

### **1. Faciliter le recours au contrat de partenariat**

Outre la condition d'urgence et de complexité, la loi ajoute un troisième critère de recours au contrat de partenariat, « le bilan avantageux ». La personne publique doit alors démontrer que compte tenu *« soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage »*.

La loi CP ouvre également la possibilité de recourir à une nouvelle procédure de passation, la procédure négociée. Les décrets 2009-244 et 2009-243 du 2 mars 2009 fixent les seuils en dessous desquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à cette dernière procédure. Par ailleurs il est procédé à une déconnection entre les critères d'éligibilité au contrat de partenariat (urgence, complexité ou bilan) et les procédures de passation (appel d'offres, dialogue compétitif, procédure négociée).

Enfin, la loi CP ouvre la possibilité de conclure un contrat de partenariat à de nouveaux pouvoirs adjudicateurs (articles 19 et 25 de l'ordonnance du 17 juin 2004), ceux mentionnés aux 1° et 4° du I de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 et les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de la même ordonnance, ainsi que les organismes de droit privé ou public mentionnés à l'article L.124-4 du Code de la sécurité sociale.

### **2. Assurer la neutralité entre les différents contrats de la commande publique**

La loi CP poursuit la mise à jour des textes fiscaux afin que leurs dispositions soient identiques, que la maîtrise d'ouvrage soit publique ou privée, comme c'est le cas pour les contrats de partenariat.

Elle prévoit aussi que les contrats de partenariat sont éligibles aux mêmes subventions que lorsqu'ils sont réalisés sous le régime de la loi du 12 juillet 1985, dite « loi MOP ».

Dans la même logique, les exceptions en matière d'obligation d'assurance dommage-ouvrage de l'article L. 242-1 du Code des assurances sont étendues aux contrats de partenariat signés par l'Etat.

Enfin les collectivités territoriales qui concluent un bail emphytéotique administratif sont désormais éligibles au fond de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA). L'accès au FCTVA est subordonné à diverses conditions (réalisation d'une évaluation préalable et plafond de 10 millions d'euros HT) détaillées dans le décret 2009-244 du 2 mars 2009 et à l'article L.1615-13 du Code général des collectivités territoriales.

### **3. Apporter des aménagements techniques rendus nécessaires par la pratique**

La loi CP introduit des nouveautés à plusieurs titres.

Le partenaire privé doit remettre chaque année un rapport à la personne publique, dont le contenu se rapproche de celui que remet le délégataire dans les délégations de service public. Ce contenu est détaillé dans le décret n° 2009-242 du 2 mars 2009.

Elle introduit les exigences de développement durable dans les contrats de partenariat. Ces exigences doivent être prises en compte au stade de l'analyse comparative de l'évaluation préalable (dont la méthodologie est établie par l'arrêté du 2 mars 2009) et peuvent constituer un des objectifs de performance assignés au cocontractant.

Elle comporte des dispositions sur les possibilités de valorisation des biens de la personne publique qui appartiennent au domaine privé : le titulaire du contrat de partenariat peut consentir lui-même des baux dans les conditions de droit privé ou accorder des droits réels à durée limitée sur ce domaine. Ces baux et droits peuvent toutefois, avec l'accord de la personne publique, excéder la durée du contrat de partenariat. Dans ce cas, les baux et les droits sont transférés à la personne publique au terme du contrat de partenariat (voir en ce sens la décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008 du Conseil Constitutionnel).

Pour permettre le calcul de la rémunération du partenaire privé, la loi CP donne une définition des coûts d'investissement qui *« comprennent en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires »*. Cette même définition sert également à déterminer l'assiette du loyer éligible au FCTVA et la part investissement qui, ajoutée à la part financement, constitue l'assiette à laquelle s'applique le plafond à 80% de l'acceptation de la cession de créances.

Le titulaire du contrat doit constituer un cautionnement auprès d'un organisme financier à la demande et au bénéfice de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat (mais il en est désormais dispensé si le prestataire, lorsqu'il appartient par exemple au même groupe, n'en fait pas la demande).

Le partenaire privé peut être mandaté par la personne publique pour encaisser en son nom et pour son compte le paiement par l'utilisateur final de certaines prestations.

Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désormais désigner par convention celle d'entre elles qui réalise l'évaluation préalable, conduit la procédure de passation et en suit l'exécution.

Le partenaire privé qui assure la maîtrise d'ouvrage peut se voir céder avec l'accord du cocontractant concerné tout ou partie des contrats passés par la personne publique et pouvant concourir à l'exécution de sa mission. Il s'agit par exemple des contrats de maîtrise d'œuvre que la personne publique a conclu antérieurement au lancement du contrat de partenariat.

## Les nouvelles mesures de la loi LAPCIPP

Cette annexe présente article par article les principales mesures de la loi du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés (loi LAPCIPP) concernant les PPP, avec un focus particulier sur l'article 13 portant sur le financement ajustable.

### **I – Les nouvelles mesures sur les PPP**

**L'article 12** de la loi modifie le dispositif de la cession de créances instauré par l'article L.313-29-1 du code monétaire et financier. La nouvelle rédaction issue de cet article 12 précise que la cession de la rémunération due en vertu d'un CP ne connaît pas de limitation et peut donc porter jusqu'à 100% de cette rémunération. En revanche, l'acceptation de la cession par la personne publique est limitée à un plafond de 80% de la rémunération due au titre des coûts d'investissements et de financements. La cession n'est définitive qu'à compter de son acceptation par la personne publique et subordonnée à la constatation que les investissements ont été réalisés conformément au contrat.

A compter du moment où l'acceptation est intervenue, aucune compensation ni aucune exception fondée sur les rapports personnels du débiteur (le pouvoir adjudicateur) avec le titulaire du contrat (le partenaire privé) ne peut être opposée au cessionnaire (le financeur), y compris la survenance d'évènements tels que l'annulation, la résolution ou la résiliation du contrat, ce qui est très protecteur pour le cessionnaire.

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, notamment du fait des pénalités qui peuvent 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. Cette disposition est applicable aux contrats signés après la promulgation du texte législatif.

**L'article 13** de la loi porte sur le financement ajustable et est détaillée dans le II ci-dessous.

**L'article 14** de la loi modifie l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 17 juin 2004 et l'article L 1414- du Code général des collectivités territoriales qui définissent le contrat de partenariat en permettant que le financement confié au partenaire privé, outre son caractère éventuellement ajustable, soit également « partiel », une partie du financement pouvant être apportée par la personne publique, « à l'exception de toute participation au capital », ce qui vise à exclure du financement autorisé toute participation de la personne publique contractante au capital de la société de projet.

En outre, et s'agissant du caractère partiel du financement, lorsqu'il s'agit d'un contrat d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public local, le financement définitif doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par un décret en cours d'élaboration (il est envisagé de retenir 40 millions d'euros pour la fixation de ce seuil).

**L'article 15** de la loi LAPCIPP permet de conférer la qualité d'expropriant pour cause d'utilité publique aux titulaires de contrats de partenariat, comme c'était déjà le cas pour les délégataires dans le cadre d'une délégation de service public.

Cet article dispose que le cocontractant de la personne publique « *peut être chargé d'acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation* ». Ce dispositif facultatif est ouvert tant à l'Etat qu'aux collectivités territoriales et suppose au préalable « une décision de l'Etat » ou « de l'organe délibérant de la collectivité territoriale contractante ».

Il s'agit de faciliter la conduite de ces opérations en permettant au partenaire privé de conduire les expropriations nécessaires pour le compte de la personne publique, et ainsi de mieux maîtriser les risques administratifs liés à la durée des procédures administratives et donc le délai de mise en service du projet.

La loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat (loi CP) avait déjà disposé dans son article 25-1 que les projets réalisés sous le régime du contrat de partenariat sont éligibles aux mêmes subventions que lorsqu'ils sont réalisés sous le régime de la loi n°85-704 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite « loi MOP »).

**L'article 17** de la loi du 17 février 2009 est venu ajouter aux subventions les mots « redevances et autres participations financières », dans le but d'ouvrir les investissements publics en contrat de partenariat à tous les financements possibles, comme par exemple les participations d'EDF (ou d'ERDF) aux dépenses d'investissement communales en matière de réseaux d'éclairage public. Le législateur a pris soin de préciser que « *les modalités et l'échéancier de versement de ces subventions, redevances et autres participations financières peuvent être adaptés à la durée du contrat de partenariat* ». Cette précaution vise à ne pas assécher brutalement ces diverses sources de financement du fait de la réalisation accélérée des investissements par le recours aux contrats de partenariat. Les participations financières pourront donc être étalées dans le temps plutôt que d'être versées en une seule fois.

## **II - Le financement ajustable**

### **Le dispositif légal**

Afin de prendre en compte la situation économique actuelle, la loi LAPCIPP introduit, de façon temporaire, une souplesse dans l'instruction des modalités de financement des contrats de partenariats.

L'article 13 de cette loi dispose qu'« *en 2009 et 2010, par dérogation aux articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et aux articles L.1414-7, L. 1414-8, L. 1414-8-1 et L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales, la personne publique peut prévoir que les modalités de financement indiquées dans l'offre finale présentent un caractère ajustable. Mention en est portée dans l'avis d'appel public à la concurrence.*

*Le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le contrat présente le financement définitif dans un délai fixé par le pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice. A défaut, le contrat ne peut lui être attribué et le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne peut être sollicité pour présenter le financement définitif de son offre dans le même délai ».*

Le candidat dont l'offre a été jugée la plus avantageuse est désigné comme attributaire pressenti et présente alors le financement définitif dans un délai fixé par la personne publique. La désignation de l'attributaire pressenti est une décision conditionnelle. Elle est communiquée à l'ensemble des candidats avec pour effet :

- pour le candidat attributaire pressenti de faire courir dès réception de sa notification le délai d'ajustement de son offre ;
- pour l'ensemble des candidats de déclencher la levée des engagements d'exclusivité passés avec leurs établissements financiers, lorsque celle-ci a été prévue dans l'avis public d'appel à la concurrence (AAPC).

Considérant que le schéma financier est partie intégrante de l'offre d'un candidat et que sa mise en œuvre reste de sa responsabilité, il convient de préciser que cette adaptation est limitée, celle-ci ne devant affecter qu'à la marge le coût de financement de l'offre (et a fortiori le coût global) et la structuration financière de l'offre de l'attributaire pressenti (comme la part des capitaux propres, sa documentation contractuelle ou la matrice des risques du projet). A cet égard, il est rappelé que le Conseil Constitutionnel a précisé dans sa décision du 12 février 2009 que *« l'ajustement du prix ne saurait porter que sur la composante financière du coût global du contrat et ne pourrait avoir pour seul fondement que la variation des modalités de financement à l'exclusion de tout autre élément ».*

L'ajustement porte d'abord sur les volumes, pour que les financements soient affermis à 100%. Il peut également impliquer des variations des conditions de prix (taux, marges et commissions) différant quelque peu de celles figurant dans l'offre de l'attributaire pressenti. En effet, l'emploi du terme « ajustable » implique une variation du coût de financement qui doit rester forcément limitée, recouvrant pour l'essentiel le jeu déjà accepté des clauses de « market flex », i.e. les clauses qui s'appliquent en fonction de l'évolution du marché, pendant la durée de validité de l'offre.

Cette faculté ouverte à la personne publique peut s'appliquer quelle que soit la procédure de passation retenue pour le contrat.

### **Intérêt du dispositif**

Ce dispositif temporaire permet d'éviter une immobilisation préjudiciable des ressources en liquidités des banques lors des remises d'offres finales et ainsi de faciliter le bouclage financier du projet. L'objectif de l'article 13 de la loi LAPCIPP est d'empêcher que des projets en contrats de partenariat ne puissent déboucher faute de financement ferme.

Jusqu'alors, il était en général demandé à chacun des candidats à l'attribution du contrat de partenariat de garantir de manière *ferme* l'ensemble du financement de son offre lors de la remise de l'offre finale. Cette exigence conduisait chacun des candidats :

- à s'attacher le concours exclusif des établissements financiers nécessaires au bouclage intégral de son financement ;
- à obtenir de ses partenaires financiers des conditions de financement définies et fermes (sur une durée de quelques semaines à quelques mois).

Maintenir la première exigence dans la période actuelle, compte tenu de la taille des projets à financer sur le marché en 2009 et 2010, provoquerait un appel au marché bancaire disproportionné par rapport à ses capacités (le financement global à mobiliser étant multiplié par le nombre de candidats). Par ailleurs, compléter le bouclage financier d'une offre peut entraîner un ajustement limité des conditions de financement (taux, marge, commissions).

La loi LAPCIPP permet donc aux candidats de se limiter à des offres de financement qui ne sont pas affermies à 100 %, tout en restant engageantes au stade de la remise des offres finales. Après la désignation de l'attributaire pressenti, celui-ci doit concrétiser son engagement ferme de financement du projet, dans un délai fixé par le pouvoir adjudicateur. Ce délai ne devrait pas dépasser deux mois dans la logique du plan de relance, en fonction de la taille ou la complexité du projet.

Il est recommandé de fixer la durée de la période d'ajustement lors de la demande de remise des offres finales. Ce délai devra s'inscrire dans la phase de mise au point du contrat afin de ne pas allonger la procédure.

Si le candidat pressenti ne peut présenter d'offre ferme dans le délai imparti, le pouvoir adjudicateur l'élimine de la compétition et se tourne alors vers le candidat suivant dans le classement, afin que ce dernier présente à son tour son offre incluant un financement affermi (cf. infra).

Le caractère ajustable du financement constitue donc une souplesse apportée aux candidats. Néanmoins, les critères d'attribution du contrat doivent continuer d'inciter les candidats à présenter les offres les plus fermes possible au plan financier. Le pouvoir adjudicateur doit se réserver la possibilité d'exiger un engagement ferme minimal pour les financements à mobiliser (par exemple 33% ou 50% du financement nécessaire).

Il est rappelé que la mobilisation du financement total reste de la responsabilité des candidats qui doivent être incités à en concrétiser le bouclage, au moins par le risque de perdre le contrat et les frais afférents qu'ils ont engagé. Par ailleurs, il revient au pouvoir adjudicateur d'écarter les offres présentant une structure de financement manifestement abusive (irréaliste, incomplète, surcotée, éloignée des conditions de marché, etc. ...), motivée par la possibilité d'ajustement ultérieur.

Le pouvoir adjudicateur peut prévoir des clauses de refinancement lui permettant de demander aux candidats de prévoir que les gains résultant de l'ajustement des modalités de financement sont partagés entre le candidat et la personne publique. Il peut également prendre à sa charge, au travers de la rémunération à payer à l'attributaire, le coût de l'ajustement, dans la limite d'une marge maximale à définir. Les candidats doivent donc prévoir et quantifier l'impact maximal de cet ajustement dans leur offre.

Le pouvoir adjudicateur peut, dans la procédure de consultation, demander aux candidats de lever les engagements d'exclusivité souscrits avec leurs établissements financiers dans le cadre du projet, pendant le délai imparti à l'attributaire pressenti pour affermir son offre financière. Cette demande peut aussi constituer condition de recevabilité des offres dès que le pouvoir adjudicateur l'a prévu dès l'AAPC.

La formulation suivante est recommandée aux pouvoirs adjudicateurs : *« il est porté à la connaissance des candidats qu'ils devront expressément s'engager à délier de toute exclusivité leurs financeurs au stade de l'offre finale, dès lors que leur offre n'aura pas été retenue au titre de l'attributaire pressenti ».*

L'objectif est de permettre à ces établissements financiers de venir consolider, le cas échéant, le bouclage du financement de l'attributaire pressenti. Néanmoins, cela ne remet pas en cause les engagements de financement que ces établissements ont pris auprès d'un autre candidat (notamment vis-à-vis du deuxième en cas d'échec de la mise au point du bouclage financier du premier candidat sélectionné), ni l'obligation de confidentialité souscrite par le ou les financeurs à l'égard du consortium qu'ils ont soutenu. Ainsi, en cas d'échec de l'affermissement du premier candidat pressenti attributaire à l'issue du délai, le candidat suivant retrouve les établissements qui ont soutenu son offre, le premier attributaire pressenti, mais non retenu, étant à son tour dans l'obligation de délier ses financeurs de leurs engagements d'exclusivité.

Pendant cette période d'affermissement des offres financières, il convient de veiller à ce que la confidentialité des offres des candidats, notamment leur dimension financière, soit respectée.

La possibilité offerte par la loi aux candidats de présenter des modalités de financement ajustables, calées sur un financement partiel, permet ainsi de faciliter le bouclage des contrats de partenariat en cours d'attribution, tout en accroissant l'intensité concurrentielle en matière d'offres financières.

### **Quels projets peuvent bénéficier de ce dispositif ?**

Il est rappelé qu'aux termes de l'article 13 de la loi LAPCIPP : *« En 2009 et 2010, par dérogation aux articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et aux articles L. 1414-7, L. 1414-8, L. 1414-8-1 et L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales, la personne publique peut prévoir que les modalités de financement indiquées dans l'offre finale présentent un caractère ajustable. Mention en est portée dans l'avis d'appel public à la concurrence ».*

Le texte prévoit donc comme condition de recours à la possibilité du financement ajustable le fait qu'une mention en a été portée dans l'AAPC.