

# LES CONTRATS DE PARTENARIAT

## Données de contexte

Le plan hôpital 2007 se donnait notamment comme objectif la rénovation du patrimoine hospitalier ainsi que son adaptation aux besoins de santé modernes. Etant données l'urgence et l'ampleur des besoins, les modalités de financements classiques et les outils habituels de l'action administrative en la matière se sont révélés insuffisants. Un troisième instrument juridique de la commande publique est apparu comme indispensable.

Les premières réglementations en la matière furent sectorielles : la loi n°2002-1904 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 29 Août 2002 et l'ordonnance du 4 septembre 2003 relative aux baux emphytéotiques hospitaliers introduisent la possibilité de partenariats renforcés sous la forme de baux emphytéotiques. Un cadre plus général a été donné aux partenariats public privés l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Auteur :  
Guillem CASANOVAS,  
Juriste, Consultant  
au CNEH

**Un nouveau type de contrat est créé, permettant aux personnes publiques de rémunérer sur l'ensemble de la durée du contrat un partenaire privé chargé de financer, réaliser et gérer un équipement nécessaire à la personne publique.**

La réglementation applicable aux établissements publics de santé est celle de l'état et de ses établissements publics. Les contrats de partenariat sont «*des contrats par lesquels l'Etat ou un établissement public de l'Etat 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 contrat de partenariat est un moyen d'action efficient de la puissance publique...

### *Le contrat de partenariat se distingue du contrat de marché public*

Les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques publics ou privés pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Alors que dans un marché public, la personne publique supporte directement le coût de l'investissement, le contrat de partenariat permet de **lisser ces coûts** par une rémunération faisant l'objet d'un

paiement pendant toute la durée du contrat.

Par ailleurs, le contrat de partenariat est plus adapté aux opérations **complexes**, pour lesquelles la personne publique **n'est pas en mesure d'assurer la maîtrise d'ouvrage**. Alors que les contrats de marchés publics imposent par principe à la personne publique de conserver la maîtrise d'ouvrage, le contrat de partenariat laisse le cocontractant de la personne publique **assurer la maîtrise d'ouvrage**.

## ***Le contrat de partenariat se distingue de la délégation de service public***

La 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 de service public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

A la différence de la délégation de service public, le contrat de partenariat ne propose pas de confier à un opérateur des prestations de service public (qui d'ailleurs ne peuvent être déléguées), mais permet à l'opérateur privé de **concourir** à l'exercice de la mission de service public qui **sera toujours assurée par la personne publique elle-même**.

En outre, dans un contrat de partenariat, la rémunération n'est pas directement liée au résultat de l'exploitation mais peut être liée aux objectifs de performance assignés au contractant. Ce mode de rémunération, qui n'est pas lié à l'exploitation de l'ouvrage, présente l'avantage de permettre un partenariat même dans l'hypothèse où l'objet de la prestation n'est pas directement facturable à l'usager.

## ***Le contrat de partenariat se distingue du bail emphytéotique***

L'ordonnance du 4 septembre 2003 relative aux baux emphytéotiques hospitaliers est une mesure directement inspirée par l'urgence du plan hôpital 2007. Sa promulgation fut suivie, moins d'une année plus tard par celle de l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat. Les deux dispositifs servent le même objectif de modernisation du patrimoine public. En définitive, le bail emphytéotique hospitalier, malgré une réglementation antérieure, doit être considéré **comme une application particulière des contrats de partenariat**.

En effet, le champ d'application du contrat de partenariat est singulièrement plus large que celui du bail emphytéotique hospitalier : outre le financement, la construction, la transformation, l'entretien et la maintenance d'équipement (qui constituent l'objet du bail emphytéotique tel que défini dans l'ordonnance de 2003) le contrat de partenariat permet de confier à un tiers l'entretien, la maintenance, l'exploitation, la gestion ou toute autre prestation de service concourant à l'exercice de la mission de service public.

Cette différence est, bien évidemment, complétée par le particularisme des baux emphytéotiques qui reposent sur le transfert au preneur d'un droit réel sur un bien du domaine public, par dérogation aux règles de la domanialité publique.

## **... qui repose sur un véritable partenariat entre l'opérateur et la personne publique.**

Tout comme les baux emphytéotiques – mais à la différence des marchés publics- les contrats ne relèvent pas de la compétence du directeur d'établissement mais de celle du conseil d'administration. Cette spécificité indique que la mise en place d'un contrat de partenariat doit obéir à une vision stratégique, proche de la coopération.

### ***L'obligation juridique d'évaluation préalable impose une véritable réflexion sur la nature et sur l'opportunité du partenariat.***

Un contrat de partenariat ne peut être conclu que dans l'hypothèse où, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objective-

ment 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 encore lorsque le projet présente un caractère d'urgence.

Il faut toutefois relever que le critère d'urgence est ici apprécié par le Conseil d'Etat de façon particulièrement extensive «*Par urgence au sens de l'ordonnance, il faut entendre l'urgence résultant objectivement dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs* ».

En tout état de cause, l'évaluation du projet exposant avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif ayant conduit la personne publique, après une analyse comparative (notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques) à retenir la formule du contrat de partenariat est un préalable imposé par le texte.

Cette évaluation est réalisée avec le concours d'un organisme expert, la Mission d'Appui aux Partenariats Publics-Privés (MAPPP) et a pour but d'éviter le recours abusif aux contrats de partenariat.

### **La détermination de la rémunération de l'opérateur traduit l'idée de partage des risques**

Le partenaire de la personne publique peut être rémunéré au regard d'objectifs de performance. Cette logique indique que le contrat de partenariat ne répond pas seulement à une politique de réduction directe des coûts, mais bien à **une stratégie de partage des risques d'exploitation**.

La réussite de l'opération devient **l'objectif commun** des partenaires au contrat de partenariat, ce qui n'est pas le cas dans les contrats de marchés (où le risque repose sur l'acheteur) ou dans les

contrats de délégation de service public (où le risque repose essentiellement sur le délégataire).

### **Les procédures de passation des contrats de partenariats doivent garantir les principes généraux de la commande publique**

Les contrats de partenariat **doivent répondre aux principes** de liberté d'accès, d'égalité de traitement et d'objectivité des procédures.

### **Le contrat doit nécessairement comporter des clauses traduisant la réalité du partenariat**

L'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 dresse la liste des **clauses obligatoires**. Cette liste reflète l'idée d'un partenariat équilibré. Ainsi, les conditions du partage des risques entre la personne publique et le partenaire, la rémunération du cocontractant, les obligations du partenaire ayant pour objet de garantir le respect de la destination des ouvrages et des équipements au service public, les modalités de contrôle de la personne publique relativement à l'exécution du contrat, les sanctions et pénalités, les conditions de modification du contrat, les modalités de règlement amiables des litiges... doivent être déterminés avant attribution.

## **Le contrat de partenariat est un outil complexe mais efficace pour la rénovation du patrimoine public.**

La MAPPP recensait en fin 2007 un peu plus de 135 projets de contrats de partenariat dont 25 ont déjà débouché sur un contrat signé, pour un montant d'investissement 7,2 milliards d'euros. Cependant, ce nombre relativement peu élevé d'opérations représente à ce jour près de 70% du montant des opérations de partenariat public privé (BE hospitalier/administratif, autorisation d'occupation temporaire du domaine public, et contrats de partenariat à proprement parler).

Sous l'impulsion du Président de la République, le gouvernement souhaite mettre en place un « plan de stimulation du partenariat public-privé ». Un projet de loi a été déposé en ce sens afin d'affiner le dispositif au regard de la pratique observée, d'assouplir le régime (notamment sur le plan fiscal) et d'élargir les cas recours à ce nouveau mode contractuel.

Avec le soutien de :



## **Pour aller plus loin**

- C. ESPER et D. JAAFAR : « Les contrats de partenariat : investir à l'hôpital public par de nouveaux moyens juridiques », RDSS 40(3), juillet-septembre 2004, p.619.
- le site de la MAPPP [www.ppp.minefi.gouv.fr](http://www.ppp.minefi.gouv.fr)
- le site de la MAINH [www.mainh.sante.gouv.fr](http://www.mainh.sante.gouv.fr)