

## Contrat de partenariat: du financement ajustable à la procédure de confirmation des engagements financiers de l'offre finale

### Aspects pratiques à l'attention des personnes publiques



JONATHAN  
LÉRAUT\*



THIERRY  
REYNAUD\*

L'intervention de l'État français pour faire face à la crise financière puis économique mondiale a montré l'importance que peut revêtir le droit public économique dans notre corpus juridique. L'ensemble de ses facettes a été mis à contribution pour assurer la relance de l'économie: aides d'État, régulation, concurrence et commande publique<sup>1</sup>. Le droit public économique s'est révélé encore une fois « un droit adapté aux crises » mais aussi « un droit légitimé par la crise »<sup>2</sup>.

C'est dans ce contexte que le Parlement a notamment adopté la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés (ci-après la « LAPCIPP »). Plusieurs de ces dispositions visent à simplifier le recours à la commande publique et plus particulièrement au contrat de partenariat de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004. Ce type de contrat peut, en effet, être un instrument

particulièrement efficace et puissant pour injecter rapidement dans l'économie les investissements publics nécessaires à sa relance. Dans la mesure où le contrat de partenariat fait appel au financement privé et prioritairement au financement bancaire, le législateur devait, dans un contexte de crise financière aiguë, arrêter un mécanisme permettant temporairement de pallier tant la volatilité des coûts de financement que les « contraintes de volume » que pouvaient générer les principaux grands projets. D'autant qu'un certain nombre de projets de contrat de partenariat aux coûts d'investissement considérables, devaient précisément être un des supports de la relance économique. C'est ainsi qu'est né le mécanisme dit de « l'offre ajustable » ou du « financement ajustable » des contrats de partenariat<sup>3</sup>. Issu de l'article 13 de la LAPCIPP, cet article dispose que: « *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 pré-*

*sentent 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. À 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. »*

Ainsi, le législateur a-t-il non seulement confirmé la possibilité pour les candidats à un contrat de partenariat de remettre une offre finale ne bénéficiant pas d'un plan de financement soutenu en totalité par les futurs prêteurs du titulaire du contrat de partenariat, mais il a également autorisé un ajustement du prix du financement, y compris à la hausse, après la remise de l'offre finale.

En voulant préserver le recours au contrat de partenariat placé dans la tourmente de la crise bancaire, le législateur n'en a pas moins créé une certaine confusion et s'est exposé, une fois n'est pas coutume, aux observations<sup>4</sup> voire aux critiques d'une partie de la doctrine. D'un côté, ce dispositif législatif a eu le mérite de mettre en place des solutions transitoires car dérogatoires au droit le plus élémentaire de la com-

\* Les auteurs (J. Léraut, juriste au sein d'un établissement public de l'État, et T. Reynaud, ex-juriste à la MAPPP) ne s'expriment ici qu'à titre personnel et n'engagent en aucune façon leurs employeurs.

<sup>1</sup> Stéphane Braconnier, « Financement et passation des marchés publics et contrat de partenariat dans un contexte de crise économique », *RDI* n° 5, mai 2009, p. 273; Frédérique Olivier, « Le Contrat de partenariat, vecteur de relance », *Contrats et Marchés Publics* n° 3, mars 2009, étude n° 3.

<sup>2</sup> Jean-Christophe Videlin, « Le droit public économique et les crises économiques: approche historique », *RFDA* 2010, p. 727 et s.

<sup>3</sup> François Bergère, « Financement ajustable des contrats de partenariat: portée et mode d'emploi », *Contrats Publics* n° 89, juin 2009.

<sup>4</sup> François Tenailleau, « Les contrats de partenariat, la crise financière et la loi », *JCPA* n° 14, 30 mars 2009.

mande publique en ce qu'il touche au sacro-saint principe d'intangibilité de l'offre. D'un autre côté, il a créé des doutes quant à la légalité d'autres mécanismes pourtant déjà autorisés par l'ordonnance de 2004 sur les contrats de partenariat ou par les textes communautaires.

Or, les niveaux importants, voire colossaux, de financement nécessaires à certains grands projets de contrat de partenariat, comme l'extinction du dispositif du financement ajustable de la LAPCIPP, ont pu amener certains pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices à s'interroger sur la possibilité de maintenir une certaine souplesse quant au niveau d'engagement financier exigé des candidats au stade de leur offre finale.

Ces interrogations étaient d'autant plus légitimes que le financement ajustable est devenu un outil particulièrement intéressant pour optimiser la concurrence sur les coûts de financement des grands projets<sup>5</sup>. Il permettait en effet à la personne publique de ne demander qu'un pourcentage d'engagement ferme des futurs partenaires sur la totalité du financement de l'opération. Ce mécanisme soulageait les exigences de recevabilité de l'offre finale et permettait ainsi d'accroître le nombre de candidats atteignant ce stade final. Parce qu'il permettait aux candidats de réduire le panel de ses futurs prêteurs au stade de l'offre finale et d'organiser une concurrence élargie du secteur bancaire postérieurement à l'offre finale, ce mécanisme offrait de surcroît aux candidats la capacité d'accroître la pression sur le niveau du prix du financement (marges bancaires) proposé par leur partenaire bancaire et de dégager *in fine* le meilleur prix pour la personne publique.

Les effets bénéfiques de l'offre ajustable, qui a pris fin le 31 décembre

2010, méritaient de perdurer par d'autres voies. Un autre mécanisme, dont la légalité n'a pas été affectée par le caractère transitoire de l'article 13 de la LAPCIPP, permettait déjà de mettre en place dans la documentation finale de la consultation une procédure, postérieure à la remise de l'offre, dont les contours et les effets peuvent sembler proches de ceux du mécanisme de l'offre ajustable. Ce mécanisme, rattaché aux articles 7 et surtout 8-II de l'ordonnance de 2004 sur les contrats de partenariat, offrait ainsi la possibilité :

- d'une part, de n'exiger des candidats, au stade de l'offre finale, qu'une souscription partielle des futurs prêteurs ;
- d'autre part, d'obtenir, le cas échéant, une optimisation à la baisse des coûts du financement privé de l'opération lors de la confirmation des engagements financiers et de la mise en concurrence du financement bancaire qui l'accompagnait.

### **I. Processus de confirmation des engagements financiers : fermeté de l'offre finale des candidats et souscription partielle des engagements financiers des futurs prêteurs du projet**

Pour les projets aux coûts d'investissement et donc aux volumes de financement importants, le fait, pour la personne publique, d'exiger des candidats à la consultation d'un contrat de partenariat un engagement ferme de leurs futures banques pour la totalité du financement de l'opération peut s'avérer une véritable difficulté. D'autant que cette exigence, inscrite dans les modalités de remises des offres finales, peut *in fine* conduire, en cas d'échec, à une déclaration d'irrecevabilité de l'offre et donc à une réduction de la concurrence. Précisons qu'il s'agit pour les candidats d'obtenir, au soutien de leur offre finale, des lettres d'engagement ferme de leurs bailleurs de fonds soutenues et documentées par un accord de crédit ferme obtenu auprès de leurs

comités de crédit<sup>6</sup>. Rappelons aussi qu'une même banque ne peut formuler d'engagement qu'à l'égard d'un seul candidat en raison d'un accord d'exclusivité qui la lie à ce dernier. Plus le volume de financement est important, plus la capacité des candidats à obtenir de tels engagements dans de telles conditions est faible.

Pourtant et contrairement à ce que peuvent penser bon nombre de pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, il semble qu'une telle exigence ne relève pas d'une obligation légale ou réglementaire. Au contraire, les textes nationaux ou communautaires n'ont pas attendu le mécanisme du financement ajustable de la LAPCIPP pour laisser à la personne publique l'opportunité d'instiller ce genre de souplesse (A). Il est en effet possible de n'exiger, au stade de l'offre finale, qu'une souscription partielle des prêteurs du projet à la condition de mettre en place une procédure dite de « confirmation des engagements financiers » dont il convient d'en détailler les contours (B).

#### **A. La légalité originelle du processus de confirmation des engagements financiers**

Les textes d'application sur les contrats de partenariat, relevant tant du droit interne que communautaire, donnent du confort juridique aux personnes publiques qui souhaitent, notamment du fait de la taille du projet, ne demander aux candidats à la consultation qu'un engagement partiel des futures banques du titulaire.

##### **1. Sur le plan du droit interne**

###### **a) La « confirmation des engagements financiers » dans la procédure**

<sup>6</sup> Les comités de crédit sont des organes internes de décisions qui se prononcent sur le refus ou l'acceptation d'un engagement de prêt à des conditions déterminées et limitées. Les comités sont composés d'un groupe restreint de personnes spécialisées dans les différents secteurs de la banque (engagement, risques, gestion...) et qui émettent un avis favorable ou défavorable ou décident de l'ajournement du dossier.

<sup>5</sup> Par exemple, voir le projet de contrat de partenariat de LGV Bretagne Pays de la Loire de RFF cité par *Infrastructure Journal, Financing signed on €3.4bn French HSR*, 28 juillet 2011.

## de dialogue compétitif de l'ordonnance de 2004 sur les contrats de partenariat

Au-delà des conséquences de l'adoption de l'article 13 de la LAPCIPP précité, le débat se cristallise autour de l'interprétation et de la combinaison de plusieurs dispositions de l'ordonnance de 2004, et plus particulièrement des articles 7.I et 8.II. D'un côté, l'article 7.I dispose que les « [...] offres [finales] comprennent tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat », ce qui laisse à penser, dans une lecture rigoureuse du texte, que l'ensemble des sous-contrats du futur titulaire du contrat de partenariat, y compris les contrats de prêt, doivent être arrêtés au stade de l'offre finale. D'un autre côté, le même article 7.I précise que : « La personne publique peut demander des clarifications, des précisions, des compléments ou des perfectionnements concernant les offres déposées par les candidats ainsi que la confirmation de certains engagements, notamment financiers, qui y figurent [...] » et l'article 8.II, applicable à toutes les procédures de passation des contrats de partenariat, rajoute que : « Sur demande de la personne publique, le candidat identifié comme ayant remis l'offre la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci ». Dès lors que l'ordonnance sur le contrat de partenariat prévoit la possibilité, pour les candidats comme pour le titulaire pressenti à l'attribution, de pouvoir confirmer des engagements financiers pris, c'est bien que les conditions, notamment de volume d'engagement bancaire comme de coût de financement, sur lesquelles les candidats ont remis leur offre ferme, ne peuvent être établies que sur des hypothèses.

Les dispositions de l'article 7.I qui précise que les « [...] offres [finales] comprennent tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat » doivent être lues comme imposant aux candidats la remise d'un prix final ferme qui ne pourra, sous réserve des conditions

de fixation définitive des taux d'intérêt, évoluer à la hausse (voir *infra*). Elles n'imposent pas aux candidats de remettre une offre finale soutenue dans sa totalité par les futurs prêteurs du projet. Si la remise d'une offre ferme avec un prix ferme (concernant à la fois les coûts d'investissements, les coûts de maintenance-exploitation mais aussi les coûts de financement) est bien une obligation qui découle de la procédure de dialogue compétitif décrite à l'article 7 de l'ordonnance de 2004-559 sur les contrats de partenariat, aucun texte légal ou réglementaire n'impose la remise d'une offre finale ferme disposant de soutien ferme des futurs prêteurs du titulaire du contrat de partenariat pour la totalité du financement de l'opération. De même, aucun texte légal ou réglementaire n'impose la remise d'une offre finale ferme s'appuyant sur le soutien ferme du futur constructeur du projet ou du futur mainteneur. Les personnes publiques, dans le cadre des contrats de partenariat, ne disposent jamais, au stade de l'offre finale du prix final du sous-contrat de construction ou du sous-contrat d'exploitation-maintenance. Il ne s'agit que de projets de contrat qui ne mentionnent d'ailleurs, à ce stade, que des hypothèses de plafond global de responsabilité. Ces contrats seront finalisés après la remise de l'offre finale, après avoir été revus par les futurs bailleurs de fonds de la société de projet (actionnaires et prêteurs) et contrôlés par la personne publique.

Les candidats doivent donc s'engager sur un prix ferme et forfaitaire établi à partir d'hypothèses de coûts de construction, d'exploitation, de maintenance, d'entretien et de financement. Ces hypothèses financières peuvent être renforcées dès la remise de l'offre finale, sur demande de la personne publique, par une souscription totale ou partielle de prêteurs.

La personne publique peut donc demander au candidat pressenti à l'attribution de confirmer, si besoin, ces hypothèses financières en obtenant de ses

banques un engagement ferme de prix pour la totalité du financement du projet.

Il convient aussi de rappeler que, dans les contrats de partenariat dont le financement est assuré par recours à une société de projet dédiée, et quelle que soit la procédure utilisée, le prix final et définitif n'est connu, en raison du financement privé de l'opération, que le jour de la fixation définitive des taux de base (*closing* ou « bouclage du financement »). Cette fixation peut d'ailleurs intervenir le jour de la signature du contrat de partenariat ou à l'expiration d'une période, *postérieure* à la signature, correspondant le plus souvent à l'expiration des voies et délais de recours contre le contrat de partenariat ou contre les autorisations administratives majeures du projet (type permis de construire). Cette fixation du prix s'opère selon des mécanismes dont les principes sont arrêtés dans les documents de consultation et dont l'exercice s'apparente, en droit de la commande publique, à une forme d'actualisation du prix.

### b) La pratique de la procédure négociée

La procédure négociée offre naturellement la souplesse et la latitude nécessaires aux personnes publiques pour déterminer le contenu de l'offre finale et la manière dont elle pourra évoluer, être améliorée ou renforcée, notamment sur le plan financier.

D'ailleurs, les procédures de dévolution des délégations de service public utilisent depuis longtemps les opportunités offertes 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<sup>7</sup>.

L'article 8.II de l'ordonnance 2004-559, applicable au contrat de partenariat

<sup>7</sup> Le dernier alinéa de l'article 38 dispose que : « Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégataire qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire. »

passé selon une procédure négociée<sup>8</sup>, n'a pas eu pour objet ou pour effet de contraindre les acheteurs publics à exiger des candidats la remise d'une offre finale bénéficiant d'un engagement ferme des futures banques du projet pour la totalité du financement de l'investissement.

## 2. Sur le plan du droit communautaire

L'analyse du droit communautaire comme de sa pratique montre que la confirmation des engagements financiers pris après l'offre finale est un mécanisme classique, mis en œuvre sur le marché européen des partenariats public-privé, et considéré comme parfaitement compatible avec l'encadrement juridique du droit communautaire applicable.

### a) Le pragmatisme de la directive 2004-18 du 31 mars 2004<sup>9</sup>

La procédure de dialogue décrite dans l'ordonnance 2004-559 est une transposition fidèle du mécanisme de dialogue compétitif autorisé par la directive 2004/18 du 31 mars 2004 applicable aux marchés publics et par extension aux contrats de partenariat dans la mesure où ils reçoivent cette qualification en droit communautaire.

<sup>8</sup> Le recours à la procédure négociée est notamment ouvert pour les entités adjudicatrices soumises à la directive 2004-17/CE du Parlement européen et du Conseil 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 – directives « Secteurs spéciaux ». L'article 25 de l'ordonnance 2004-559 dispose à cet effet que : « Pour les contrats d'un montant égal ou supérieur à un seuil défini par décret, les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précitée peuvent également recourir à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable précédée d'un appel public à la concurrence, dans les conditions définies par le décret en Conseil d'État mentionné à l'article 12 de ladite ordonnance pour les entités adjudicatrices. Lorsque le montant du contrat est inférieur au seuil mentionné à l'alinéa précédent, ces entités adjudicatrices peuvent recourir à la procédure négociée prévue au III de l'article 7 de la présente ordonnance. »

<sup>9</sup> Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

La possibilité de procéder, avec le seul titulaire pressenti, à la confirmation des engagements notamment financiers figurant dans son offre est expressément prévue par l'article 29.7 de la directive susvisée. L'article 29 de celle-ci dispose en effet dans son 7. que : « À la demande du pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire identifié comme ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci, à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre ou de l'appel d'offres, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations. » Selon la fiche explicative de la Commission européenne, « cette possibilité de confirmer les engagements à la toute dernière (sic) stade avant la conclusion du contrat mais après l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse a été offerte notamment afin de tenir compte de la réticence des institutions financières à souscrire à des engagements fermes avant ce stade d'une procédure. »<sup>10</sup>.

La fiche explicative de la Commission européenne éclaire ainsi les intentions réelles du législateur européen. Il s'agit de donner de la souplesse aux engagements financiers des candidats mis en concurrence via la procédure de dialogue compétitif et confrontés à la réalité du marché bancaire.

### b) Les pratiques étrangères : l'exemple britannique

Le fameux pragmatisme anglo-saxon a identifié très tôt les difficultés pratiques posées par une lecture trop rigide des dispositions de la directive n° 2004-18 relatives au dialogue compétitif, et les solutions à y apporter<sup>11</sup>.

Les autorités publiques anglaises ont, dès le début des années 2000, procédé aux constats suivants.

<sup>10</sup> V. note n° 36 de la Fiche explicative – dialogue compétitif – Directive classique, document CC/2005/04 FR – Révision 1 du 5.10.2005.

<sup>11</sup> C. Kennedy-Loest, « What can be done at the preferred bidder stage in competitive dialogue? », *Public procurement law review* 2006, n° 6, p. 319.

En premier lieu, le dialogue compétitif étant réservé aux projets « complexes », on ne pouvait raisonner de la même façon que face à un projet classique ; le dialogue compétitif étant aussi une procédure de mise en concurrence utilisée pour les marchés plus classiques.

En deuxième lieu, si la directive 2004-18 autorise des clarifications et confirmations à l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est bien que la procédure permet des modifications de l'offre. Toute la question a été de savoir jusqu'où il était possible d'aller. La Commission avait d'ailleurs explicitement visé cette problématique dans la note n° 36 précitée de sa fiche explicative sur le dialogue compétitif. La seule interrogation s'est alors portée sur l'ampleur des modifications pouvant être apportées à l'offre finale, sachant que la création de la procédure de dialogue compétitif a eu paradoxalement pour effet de corseter la liberté relative que s'octroyaient les pouvoirs adjudicateurs anglais pendant ces phases finales. La procédure négociée était jusqu'alors la procédure de référence pour la passation des PPP au Royaume-Uni. En France aussi, le législateur avait choisi la procédure négociée pour encadrer la procédure de passation des délégations de service public<sup>12</sup>.

En troisième lieu, nos voisins d'Outre-Manche ont très vite compris que la procédure bancaire de « due diligence »<sup>13</sup> n'a de sens, en termes pratique et financier, qu'au stade où justement le candidat a été désigné comme attributaire. D'autant qu'en matière de contrat de partenariat, cette procédure, souvent longue et coûteuse, vise *a priori* des projets complexes qui nécessitent d'importantes

<sup>12</sup> En France, dans la mesure où les contrats de partenariat ont été dès l'origine identifiés comme étant une forme de marché public à paiement différé, la procédure de dialogue compétitif a eu pour effet d'apporter de la souplesse à l'application du droit de la commande publique. L'appel d'offres ouvert et l'appel d'offres restreint étaient et restent la procédure de référence de mise en concurrence des marchés publics.

<sup>13</sup> La « due diligence » est une pratique bancaire qui consiste à confirmer, par une procédure interne à l'établissement de crédit, l'engagement pris en procédant aux vérifications techniques, juridiques et financières du montage global de l'opération.

levées de fonds. Pratiquement, les banques s'accompagnent de conseils juridiques et techniques.

Les Anglais ont alors mis en place, dans leur consultation, une procédure astucieuse dite de « *funding competition* » (procédure de compétition bancaire)<sup>14</sup>.

L'administration anglaise a souhaité se donner la possibilité de vérifier avoir obtenu les meilleurs termes et conditions de financement pour ces projets en prévoyant, après la désignation de l'offre économiquement la plus avantageuse, une nouvelle mise en concurrence – ou *funding competition* – limitée aux seuls aspects financiers du projet. Ce mécanisme permet de s'assurer que la concurrence bancaire a effectivement joué. Il répond aussi à un objectif de bonne utilisation des deniers publics.

Cette nouvelle mise en concurrence, même si elle est menée par le titulaire pressenti, se réalise sous la surveillance de l'administration, qui s'assure que pour chacune des tranches de dette et instruments de couverture identifiés dans le plan de financement du titulaire pressenti, les meilleures conditions financières soient obtenues.

Concrètement, l'attributaire pressenti invite les établissements financiers n'ayant pas soutenu l'offre du titulaire pressenti à proposer leurs termes et conditions sur les différentes tranches de dettes et instruments de couverture concernées. Les établissements financiers ayant soutenu l'offre du titulaire pressenti se voient en échange accorder un droit d'alignement pouvant aller jusqu'à 50 % des instruments de dette et de couverture retenus dans le plan de financement – ceci garantissant leur intérêt à proposer dans l'offre finale du titulaire pressenti des termes et conditions sans être pour autant lésés.

De la même façon, le candidat pressenti peut partager le profit ou la perte résultant de l'écart entre les conditions

financières issues de la *funding competition* et celles de l'offre finale qu'il a remise. Par ailleurs, les établissements financiers ayant supporté l'offre du candidat titulaire verront leur droit d'alignement réduit à mesure de la détérioration des conditions financières issues de la *funding competition*.

Cette pratique s'est développée sous l'empire de la procédure de dialogue compétitif de la directive 2004-18, texte commun à l'ensemble des États membres.

C'est dans cette perspective que souhaite se situer la pratique française de la confirmation des engagements financiers. Et, afin de ne pas mettre en risque la procédure au regard de l'incertitude sur la marge de manœuvre procédurale, il paraît raisonnable de considérer que la phase de confirmation de l'engagement financier ne peut avoir pour résultat une augmentation du coût financier de l'offre finale pour le pouvoir adjudicateur. Les risques d'échec dans la confirmation des engagements financiers ne pourraient être supportés, en droit français, que par le futur partenaire privé.

## **B. Les modalités pratiques de mise en œuvre du mécanisme de confirmation des engagements financiers**

Le mécanisme global peut être présenté ainsi. Il s'agit pour la personne publique d'exiger la remise d'une offre finale ferme partiellement souscrite par les bailleurs de fonds. Sur cette base, la personne publique devra sélectionner l'offre économique la plus avantageuse et engager avec le candidat qui la porte la phase de mise au point du contrat de partenariat. Parallèlement à cette phase de mise au point du contrat, la personne publique demandera à ce candidat de confirmer les engagements financiers pris par l'obtention d'engagements fermes de ses futures banques pour la totalité du financement. En cas d'échec de ce processus de confirmation, la personne publique devra éliminer ce candidat et entamer avec le candidat arrivé en deuxième position une nouvelle phase de mise au point du contrat de partenariat.

La mise en place d'un tel mécanisme suppose évidemment un encadrement strict et protecteur pour la personne publique. Deux temps de la consultation finale des entreprises doivent être anticipés et décrits avec soin : d'abord au stade de la phase d'analyse des offres et de sélection du titulaire pressenti à l'attribution, ensuite au stade de la phase effective, post-offre finale, de confirmation des engagements financiers.

Le règlement de consultation final, parfois matérialisé à ce stade par une lettre d'invitation à remettre une offre finale, doit décrire de manière précise les exigences de la personne publique. Il en va à la fois de la préservation de ses intérêts, mais également des garanties du respect de l'égalité de traitement des candidats.

### **1. Les modalités de recevabilité et d'analyse d'offres finales partiellement souscrites en contrat de partenariat**

Deux questions doivent être traitées dans le règlement de consultation final pour la recevabilité et la sélection d'offres finales fermes partiellement souscrites. D'abord, le niveau d'engagement des futurs bailleurs de fonds de la société de projet doit être clairement mentionné. Ensuite, la crédibilité du prix final sur la base duquel les candidats se sont engagés et sur la base duquel le contrat sera signé doit être analysée et évaluée.

#### **a) Le bon dimensionnement de la souscription ferme des futurs prêteurs**

Cette exigence, matérialisée dans les documents de la consultation, doit être le résultat d'un arbitrage entre, d'un côté, le niveau de financement, la taille du projet et le nombre de candidats et, de l'autre côté, la sécurité de la procédure et du calendrier global de la consultation.

Pour les projets de petite ou moyenne taille, il peut sembler préférable et justifié d'exiger un engagement des futures banques, dès le stade de l'offre finale, pour la totalité du plan de financement. Le niveau d'engagement doit cepen-

<sup>14</sup> V. OGC, « Guidance on certain financing issues in PFI contracts – ensuring competition in the financing of contract, 31 juillet 2002 » complété par HM Treasury « Preferred Bidder Debt Funding competitions », 1<sup>er</sup> août 2006.

dant être suffisamment raisonnable pour ne pas altérer la capacité des PME à concourir à un contrat de partenariat.

Ces engagements pourront être renouvelés, jusqu'à la signature finale du contrat de partenariat, dans les conditions fixées par le règlement de consultation et la jurisprudence administrative.

Pour les projets de plus grande taille (dont les coûts d'investissements s'élèvent à plusieurs centaines de millions d'euros), la personne publique pourrait n'exiger des candidats qu'une souscription partielle de ses banques et représentant au moins la moitié de la dette à financer. Des demandes spécifiques pourraient également être formulées sur des tranches de dettes particulières comme celles adossées à une cession de créance Dailly dans les conditions de l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier.

Ce niveau de souscription partielle permet à la fois de rassurer la personne publique quant à la capacité du candidat retenu à boucler le financement de l'opération dans des conditions compatibles avec son offre finale et de renforcer, d'autre part, la confiance à accorder à la robustesse du prix final de l'offre. Un tel niveau permet également à la personne publique d'obtenir, à l'analyse de l'offre finale de chacun des candidats, une vision satisfaisante du marché bancaire et du niveau de marges proposé.

La personne publique a également la certitude que, sur au moins la moitié du financement bancaire, une première instruction du montage technique, juridique et financier a été réalisée par un certain nombre de banques et sur laquelle leurs comités de crédits ont exprimé un accord.

#### b) Le jugement des candidats sur la crédibilité et la robustesse des hypothèses de son plan de financement

Si le candidat s'engage sur un prix final ferme dès la remise de son offre finale, la personne publique doit se doter des moyens de vérifier et de contrôler la capacité du candidat à bou-

cler le financement du contrat au prix convenu et dans les délais préalablement fixés dans les documents de la consultation.

La personne publique doit se doter d'un critère ou d'un sous-critère spécifique d'évaluation pour analyser cet aspect. Il s'agira d'identifier par ce critère la qualité de fermeté des engagements financiers de l'offre du candidat comme sa capacité à assurer la réalisation de la clôture financière dans les délais requis par le dossier de la consultation.

Ce critère influera ainsi sur le classement des différentes offres et participera du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

La personne publique doit pouvoir en effet dégrader la note de l'offre finale du candidat qui présenterait des hypothèses de coût de financement incohérentes ou anormalement basses par rapport aux tendances du marché bancaire. La personne publique peut en effet craindre le choix hasardeux d'un candidat qui choisirait d'optimiser dangereusement le prix de son offre finale sur la partie du financement non souscrite fermement par ses banques, en prenant des hypothèses de coût de financement irréalistes. Le candidat serait bien engagé à conclure le contrat sur cette base mais c'est bien sa capacité à réussir qui serait fortement altérée.

Il s'agit du principal risque de la souscription partielle. Elle demande à la personne publique une analyse supplémentaire sur la crédibilité du prix forfaitaire annoncé.

Une double comparaison doit être opérée par la personne publique. D'abord, une comparaison doit être effectuée entre les offres finales des différents candidats. La personne publique peut ainsi comparer le niveau de marge sur lequel les banques de chaque candidat se sont engagées. La personne publique doit aussi comparer, au sein d'une même offre, le niveau de marge bancaire faisant l'objet d'une souscription ferme des banques et les hypothèses prises par le candidat et sur lesquelles il a finalisé son prix glo-

bal. La personne publique pourra alors observer et comparer le choix de chaque candidat. D'aucuns pourront prendre des hypothèses de coût de financement plutôt conservatrices de sorte que le prix de l'offre sera légèrement plus élevé. D'autres candidats pourront au contraire reproduire le niveau de marge proposé par leur banque sur la partie souscrite. D'autres candidats pourront enfin privilégier la robustesse de leur prix et leur capacité à boucler le financement en recherchant une souscription totale de leur banque dès la remise de l'offre finale.

Ces différentes stratégies d'offres devront être analysées puis discriminées afin d'être décrites dans le rapport d'analyse des offres.

## 2. L'encadrement du processus de confirmation : exigences du règlement de consultation sur la réussite du processus de confirmation des engagements financiers

Le règlement de consultation final devra également encadrer la manière dont la confirmation des engagements financiers sera effectivement réalisée par le titulaire pressenti. Des exigences spécifiques devront aussi être formulées par la personne publique à l'égard des candidats non retenus.

### a) Les contraintes à imposer aux candidats non retenus mais non encore éliminés

Le règlement de consultation final devra d'abord contraindre les candidats non retenus, mais non encore éliminés, à délier les banques les ayant soutenus au stade de l'offre finale, d'éventuels liens contractuels d'exclusivité. La pleine réussite du processus de confirmation des engagements financiers passe en effet par un accès aussi large que possible de l'attributaire pressenti au marché bancaire.

Sans que cela puisse être considéré comme une condition d'exercice de la confirmation des engagements financiers, il est intéressant pour la per-

sonne publique de signifier cette obligation dans les dispositions mêmes du règlement de consultation final. La personne publique peut aller jusqu'à établir une lettre type de levée de l'exclusivité bancaire.

Le règlement de consultation pourra aussi contraindre les candidats non retenus à renouveler leur engagement jusqu'à la date à laquelle ils seront informés par la personne publique du rejet de leur offre. En effet, il est préférable de ne pas rejeter d'offre tant que la mise au point du contrat de partenariat avec le titulaire pressenti à l'attribution n'a pas été finalisée, et que ce dernier n'a pas confirmé effectivement ses engagements financiers initiaux. Pour préserver toutes les capacités de recourir aux candidats classés après, la personne publique doit s'assurer que leurs engagements sont encore valides.

#### b) L'encadrement du processus de confirmation

Pour mémoire, le classement des offres n'équivaut pas à un choix de l'attributaire. Ce choix ne peut réellement intervenir que lorsque la personne publique a la certitude de pouvoir signer le contrat avec le candidat classé en tête, c'est-à-dire après une phase de clarification et de mise au point du contrat et après vérification ultime des capacités du candidat au regard de toutes les attestations qu'il doit légalement fournir<sup>15</sup>.

Le processus de confirmation doit s'opérer concomitamment à la mise au point du contrat de partenariat. Il est conduit sous la seule et entière responsabilité du candidat pressenti à l'attribution.

Dans la lettre qui le désigne candidat pressenti à l'attribution, la personne publique invite le candidat à confirmer les engagements financiers pris dans son offre finale dans un délai déterminé.

Pour être efficace et rester sous contrôle de la personne publique, le processus de confirmation des engagements financiers doit en effet être encadré par des délais impératifs. Même s'il ne s'agit pas d'une exigence de l'ordonnance de 2004 sur les contrats de partenariat, il est nécessaire, pour la réussite de la procédure, de contraindre le candidat classé en première position de confirmer ses hypothèses financières dans ce délai.

Pendant ce délai, le futur attributaire devra organiser la consultation du marché bancaire. Il peut décider de le consulter sur tout ou partie du plan de financement. L'important est que ce candidat arrive, à terme, à confirmer les engagements financiers initialement pris dans son offre.

Pour que le processus réussisse, ce délai doit être raisonnable. Il doit être suffisamment long pour permettre aux « nouvelles » banques consultées, qui ne connaissent pas encore, par définition, le projet tel qu'il est porté par le titulaire pressenti, de procéder aux premières opérations préalables de contrôle et de vérification du montage technique, contractuel et financier (*due diligence*).

Dès lors qu'à l'issue du délai assigné par la personne publique, le candidat n'a pas réussi à confirmer les engagements financiers de son offre finale, la personne publique devra, indépendamment de la réussite parallèle de la mise au point du contrat, éliminer ce candidat et inviter le candidat arrivé en deuxième position à participer à cette phase. Il en va du respect de l'égalité de traitement des candidats à la consultation. Si le candidat réussit, le processus de contractualisation continue et la personne publique prononce l'attribution.

## **II. Processus de confirmation des engagements financiers : possible effet à la baisse sur le prix final du contrat et contrôle de la personne publique**

La remise d'une offre finale doit toujours s'accompagner d'un engagement ferme des candidats sur tous les aspects de leur offre, y compris naturellement sur le prix final.

Qu'advient-il si, lors de la confirmation des engagements financiers du candidat retenu, celui-ci obtient de meilleures conditions de financement du projet ? Une amélioration du prix final du candidat retenu, si elle est encadrée et organisée par les documents de la consultation et circonscrite aux engagements financiers de l'offre, doit pouvoir bénéficier en tout ou partie à la personne publique (A). Ceci nécessite néanmoins de se doter des moyens de contrôler le respect des engagements initiaux du candidat retenu (B).

### **A. Intangibilité de l'offre finale et amélioration des engagements financiers du candidat retenu**

Une application rigoriste du principe d'intangibilité des offres finales des candidats à un contrat de partenariat pourrait conduire à interdire toute diminution du coût de financement du contrat final. Cette interprétation semble, d'une part, en contradiction avec le texte même de l'ordonnance de 2004. L'exigence d'une variation à la baisse du prix final de l'offre ou au moins d'un prix identique constitue, d'autre part, une différence notable entre le principe d'une confirmation des engagements financiers de l'offre finale et le mécanisme du financement ajustable de l'article 13 de la LAPCIPP.

#### **1. L'impossibilité de faire varier à la hausse le prix de l'offre finale : différence notable entre le financement ajustable et le mécanisme de confirmation des engagements financiers**

Le caractère temporaire du dispositif introduit par l'article 13 de la LAPCIPP

<sup>15</sup> Voir notamment sur ce point la fiche explicative de la MAPPP sur la gestion de la fin de dialogue compétitif, [http://www.ppp.bercy.gouv.fr/fiche\\_fin\\_dialogue.pdf](http://www.ppp.bercy.gouv.fr/fiche_fin_dialogue.pdf).

témoigne, à lui seul, de son caractère exceptionnel. Il s'agissait en effet d'autoriser les candidats à un contrat de partenariat d'affermir la composante financière de leur offre finale après leur remise. Cet ajustement de l'offre pouvait conduire, dans les cas les plus défavorables, à une augmentation du prix de l'offre finale. C'est pourtant sur la base de ces offres finales que la personne publique avait préalablement identifié l'offre économiquement la plus avantageuse.

C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel, dans une décision n° 2009-575 du 12 février 2009,<sup>16</sup> avait formulé cette réserve d'interprétation : « *Considérant que ces dispositions, qui permettent au seul candidat pressenti de faire varier le coût définitif de son offre, ont pour objet de prendre temporairement en compte l'instabilité des marchés financiers dans la détermination des "modalités de financement" du projet de partenariat; qu'elles ne sauraient avoir pour effet de remettre en cause les conditions de mise en concurrence en exonérant la collectivité de l'obligation de respecter le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse; qu'elles ne sauraient d'ailleurs avoir pour effet de permettre au candidat pressenti de bouleverser l'économie de l'offre de partenariat; qu'en particulier, l'ajustement du prix ne saurait porter que sur la composante financière du coût global du contrat et ne pourrait avoir comme seul fondement que la variation des "modalités de financement" à l'exclusion de tout autre élément.* »

Le mécanisme temporaire de l'offre ajustable avait en effet pour objet de pallier l'incapacité des candidats à un contrat de partenariat de s'engager fermement sur le coût de financement du projet et donc sur leur offre finale en raison de la situation des marchés financiers. Pendant cette période, les taux étaient « *extrêmement variables et fluctuants* », ce qui rendait « *assez difficile le bouclage d'un partenariat public-privé* »<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Conseil constitutionnel 12 février 2009, décision n° 2009-575 DC : JO 18 février 2009.

<sup>17</sup> V. Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n° 26, Commentaire de la décision n° 2009-575 DC du 12 février 2009.

Nous pouvons légitimement penser que le Conseil constitutionnel redoutait ici les effets d'une variation à la hausse de l'ajustement du prix de l'offre retenue par la personne publique. Seuls ces effets peuvent en effet remettre en cause « *l'obligation [pour la collectivité] de respecter le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse* » ou « *bouleverser l'économie de l'offre de partenariat* ».

Plus encore, des dispositions de l'ordonnance de 2004-559, qui n'ont pas été affectées par la décision du Conseil constitutionnel<sup>18</sup>, renforcent très nettement cette lecture.

## **2. Le renfort des dispositions propres à la procédure de dialogue compétitif au soutien d'une possible variation, à la baisse, des conditions du financement privé du contrat**

Pour les marchés publics soumis au code des marchés publics et passés sous le régime de l'appel d'offres ouvert ou restreint, la capacité pour la personne publique de demander des modifications ou des compléments à l'offre finale des candidats est très faible et, en tout état de cause, très encadrée<sup>19</sup>. L'article 59.I du code des marchés publics pour l'appel d'offres ouvert et l'article 64.II pour l'appel d'offres restreint disposent ainsi que : « *Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.* »

Cette disposition vise exclusivement à expliciter les détails de l'offre, à apporter des rectifications minimales, principalement pour corriger des erreurs purement matérielles ou des modifications améliorant la compréhension de l'offre.

<sup>18</sup> V. les deux précédentes décisions du Conseil constitutionnel : décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, « Loi de simplification du droit » et décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, « Loi relative aux contrats de partenariat ».

<sup>19</sup> V. l'étude développée par *Droit des marchés publics & Contrats publics spéciaux*, édition Le Moniteur, sous la direction scientifique d'Olivier Guézou, pp. 31 et s.

La jurisprudence communautaire est en ligne sur ce point sur la jurisprudence administrative française. Dans ses conclusions sous un arrêt de la Cour de justice du 25 avril 1996, *Commission c/ Royaume de Belgique*, l'avocat général Lenz précise que les demandes de précision ou de complément « *ont ceci de commun qu'il ne s'agit pas de remplacer les indications fournies antérieurement mais au contraire de les concrétiser d'une façon ou d'une autre* »<sup>20</sup>.

En tout état de cause, ces demandes de précisions ou de compléments ne peuvent être d'une ampleur telle qu'elles reviendraient à modifier exagérément le prix proposé dans l'offre ou à modifier un élément essentiel du contrat. Dès lors qu'une erreur matérielle, une précision ou une modification a des effets sur le prix, cela ne peut avoir que des conséquences très limitées<sup>21</sup>.

L'encadrement jurisprudentiel de la procédure dite de « *mise au point du contrat* » peut être considéré comme commun au marché public comme au contrat de partenariat. En contrat de partenariat comme en marché public, les éventuelles modifications apportées par exemple, pendant cette phase finale, au programme fonctionnel de l'opération ou au partage des risques et des responsabilités ne pourraient conduire à « *modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat, dont la*

<sup>20</sup> V. Conclusions sous CJCE 25 avril 1996 *Commission C/ Royaume de Belgique*, aff. C-87/94, REC. I, p. 2043.

<sup>21</sup> Voir par exemple, CAA Bordeaux 20 décembre 2005, *Société Bourdonnaise de Travaux Publics de Construction*, req. n° 02BX00814, qui accepte la correction d'une simple erreur matérielle à un bordereau de prix ; TA Lyon 8 mars 2007, *Préfet du Rhône*, req. n° 0602367, qui juge illégale une augmentation de 4,2% du prix du marché, le tribunal ayant par ailleurs considéré que cette modification révélait « *l'existence manifeste d'un défaut de définition des besoins du maître de l'ouvrage* » ; TA Clermont-Ferrand 19 juin 1986, *Commissaire de la République de la région Auvergne c/ Président du Conseil régional de la région Auvergne* : AJDA 1986, p. 589, qui censure une mise au point d'un marché conduisant à une réduction de 20% de l'offre.

*variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire ».*

La procédure de confirmation des engagements financiers s'inscrit sur un tout autre registre. Il ne s'agit pas pour la personne publique de consentir à des demandes particulières du titulaire pressenti d'adaptation du contrat proposé. Il ne s'agit pas non plus pour la personne publique d'engager une ultime négociation sur les prix ou sur le partage des risques du contrat. Il s'agit plus simplement pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice de demander à son futur partenaire qu'il confirme des engagements financiers initialement pris dans son offre. Si à l'occasion de cette demande de confirmation et d'une consultation élargie du marché, le partenaire privé obtient de ses futures banques partenaires de meilleures conditions de financement, une variation à la baisse du prix de l'offre pourrait être décidée en conséquence.

C'est là, encore une fois, l'application de l'article 8.II de l'ordonnance 2004-557 qui dispose que : « *Sur demande de la personne publique, le candidat identifié comme ayant remis l'offre la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.* »

Appliquée au processus de confirmation des engagements financiers, cette disposition signifie naturellement qu'il ne pourrait entraîner une variation du prix final susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire. Cela signifie donc qu'une variation du prix à la baisse, organisée dans le règlement de consultation, pourrait être légalement envisagée.

En effet, comment la baisse du prix du candidat ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse, entre la

remise de l'offre finale et la signature du contrat pourrait-elle « fausser la concurrence » ? Bien au contraire, il s'agit ici de favoriser la concurrence du secteur bancaire en donnant aux candidats au contrat de partenariat et à la personne publique les moyens de son exercice.

Comment la possible baisse du prix final du candidat, organisée strictement par le règlement de consultation et circonscrite très précisément sur les seules composantes financières du prix, pourrait-elle avoir un effet discriminatoire ? Cette baisse de prix ne serait être que le résultat d'un processus connu à l'avance de tous les candidats. Elle pourrait s'assimiler finalement à un perfectionnement de l'actualisation du prix du contrat qui n'aurait *in fine* aucun effet sur le classement des offres finales.

## **B. Le contrôle de la personne publique sur le prix final des candidats**

La réussite du processus de confirmation des engagements financiers passe par un contrôle comparatif de la personne publique entre le prix final tel qu'il a été présenté dans l'offre et le prix final tel qu'il est confirmé par le candidat.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doit se doter des meilleurs moyens de contrôle. Il en va de la sécurité juridique de la consultation. La transparence doit, comme dans toute procédure de consultation, guider la procédure et son contrôle. Le processus de détermination « du prix confirmé » doit être alors quasiment « mathématique ».

La personne publique doit d'abord s'assurer que seule la composante financière du prix a fait l'objet d'une confirmation.

Le processus de confirmation des engagements financiers devra s'achever par la remise, *a minima*, des lettres d'engagement ferme obtenues auprès des bailleurs de fonds, soutenues et documentées par un accord de crédit ferme de leurs comités de crédit, et ceci pour la totalité du financement. Cette documentation constitue l'élément le plus visible

de l'engagement. Le soumissionnaire pourra également remettre un mémoire expliquant, d'une part, les éventuelles variations entre l'offre finale et l'offre « confirmée » et chiffrant, d'autre part, les éventuels gains financiers générés par ce processus. Ce mémoire devra également décrire la manière dont le marché bancaire a été consulté ainsi que le prix du financement proposé.

La personne publique peut aussi exiger de « tester » le modèle financier du candidat après confirmation du prix final.

C'est au prix de ces multiples précautions que les personnes publiques pourront bénéficier à plein de toutes les souplesses procédurales nécessaires à la signature d'un contrat complexe tel que le contrat de partenariat, souplesse dont la confirmation des engagements financiers est une illustration emblématique des apports de la procédure du dialogue compétitif au droit de la commande publique.

\*

Le dialogue compétitif a permis, dans une première phase de son développement<sup>22</sup>, de mettre en place une concurrence efficace entre les différents opérateurs candidats à un contrat de partenariat. Le dialogue compétitif doit maintenant être un des outils de l'indispensable amélioration de la mise en concurrence du financement bancaire des contrats de partenariat. Le processus de confirmation des engagements financiers devrait y contribuer. ■

<sup>22</sup> V. Thierry Reynaud et Jonathan Léraut, « Pour un dialogue compétitif équitable dans la passation des contrats de partenariat : retours d'expérience et amorce de méthodologie », *BJCP* n° 47, p. 236 et s.