

de 2004, et ce que l'on pourrait diffuser bien au-delà du contrat de partenariat, c'est cette discipline imposée aux pouvoirs adjudicateurs de mettre sur la table les raisons de leurs actes : pourquoi externaliser plutôt que de faire en interne ? Pourquoi externaliser dans le cadre d'un contrat simple ou dans le cadre d'un contrat complexe ? Pourquoi choisir, même pour la gestion d'un service, de recourir à un marché de service plutôt qu'à une DSP ?, etc. C'est à mon sens une discipline féconde et utile.

*
* *

**MARIE-HÉLÈNE DES ESGAUX, SÉNATEUR DE LA GIRONDE ET
ANCIENNE PRÉSIDENTE DU GROUPE D'ÉTUDE PPP À L'ASSEMBLÉE
NATIONALE**

Il n'existe pas de vision d'ensemble sur le sujet, d'où la nécessité de systématiquement définir les termes de ce sujet complexe. Il existe une opposition dérangeante entre marché public et contrat global. Le marché public par définition n'est pas un contrat global puisque d'une part depuis la loi MOP on ne peut pas confier la conception et la réalisation au même opérateur et il ne peut pas y avoir de financement reporté dans le temps. Pour moi, la DSP est un contrat global sans la construction, la concession est un contrat global sans le service public. Finalement, le seul contrat global est le PPP : premier vrai contrat global dans le respect des règles de transparence et de mise en concurrence.

L'avantage du contrat global est extrêmement important puisqu'il permet de recourir à un prestataire extérieur. Maire d'une ville de 20 000 habitants, je n'ai par exemple pas les moyens internes de mener un projet.

Le financement fait partie des missions confiées aux partenaires privés, c'est donc également un avantage important. Enfin, on passe d'une logique d'équipement à une logique de service. L'acteur public n'agit plus en tant que maître d'ouvrage mais en tant que client qui achète à l'extérieur une prestation de service à la conception de laquelle il participe en fixant des objectifs de performance. Ceci est une révolution culturelle dans nos administrations.

Le respect des délais est combiné à des délais plus courts. On évite aussi des marchés infructueux, des dépôts de bilans des entreprises choisies.

On passe d'une logique juridique respectant un simple formalisme à une logique économique respectant des budgets et des délais. La maintenance et l'entretien sont aussi assurés pendant toute la durée du contrat, ce qui doit faire réfléchir l'État au vu de l'état des prisons, des collèges, des universités, etc.

Mais je n'oublie pas les inconvénients : on a des règles minutieuses et nombreuses. Les risques contentieux sont donc importants. Des problèmes de frontière, de requalification des contrats sont susceptibles de naître. Des risques devant le juge et même devant le juge pénal sont encourus avec notamment le délit de favoritisme, même s'il ne disparaît pas avec le contrat global. Au niveau de l'exécution des contrats, le risque est également grand. On a une Administration qui n'est pas prête à ce changement : assurer une activité de régulation, de pilotage et de contrôle à la fois est complexe pour

l'Administration. Elle veut faire alors que ce qu'on lui demande est de faire faire ou de faire ensemble. Trop souvent on présente le contrat global comme un instrument de débudgétisation, cela me semble secondaire, même si je ne minimise son coût. Il faut pourtant comparer ce qui peut l'être : lorsque l'on parle de surcoût avec le contrat global, il ne faut pas oublier que cela intègre l'entretien et la maintenance !

Certes, on ne pourra pas faire de contrats globaux sur tout, mais je me dois de faire quelques remarques sur un débat faussé.

Le référentiel idéal serait le Code des marchés, sans dépassement de budget, avec un respect des délais, alors que c'est rarement le cas dans la pratique.

Nous sommes à la limite du droit et de la politique. Il est normal que des aspects idéologiques interviennent : moins d'État ou défense des services publics.

L'État est frileux : les contrats de partenariat concernent les collectivités territoriales en majorité. Pour lancer le mouvement, de petits contrats modélisés, systématisés, sont à encourager, sans nécessairement recourir à des « usines à gaz ».

Il faudrait tendre vers deux types de contrats : les marchés publics et la gestion déléguée. Le reste est trop compliqué. D'ailleurs, en Angleterre, les PFI fonctionnent et ne sont rien d'autre qu'un mélange de tout ce qui existe chez nous. Il faut simplifier et clarifier pour plus de lisibilité. Il faut généraliser l'évaluation préalable au-dessus d'un certain seuil qui pourrait être, par exemple, de 5 millions d'euros.

Enfin, il faut un retour au législateur sur ces questions. Au risque de choquer, la jurisprudence du Conseil d'État, selon laquelle le Code des marchés public est une mesure d'application du décret du 12 novembre 1938, fait que le législateur n'est pas très présent. De mon point de vue, l'importance économique et politique des marchés publics n'est plus à démontrer et il est anormal que ce sujet ne soit pas de la compétence du Parlement. Les contrats de partenariat font l'objet de dispositions législatives alors que les dispositions du Code des marchés publics résultent d'un décret. L'élaboration d'un Code de la commande publique serait facilitée par l'unification de la compétence normative. On pourrait commencer par créer un Code de la gestion déléguée et ensuite seulement un Code de la commande publique.

*
* *

JEAN-PIERRE SUEUR, SÉNATEUR DU LOIRET

Le législateur n'a pas été modeste sur les partenariats publics privés. Le Conseil constitutionnel a été saisi à deux reprises par soixante sénateurs socialistes. Ceux-ci ont également saisi le Conseil d'État qui a rendu un arrêt du 29 octobre 2004. Nous avons à nouveau saisi le Conseil constitutionnel sur le projet de loi de 2008, à la suite de quoi celui-ci a pris une nouvelle décision particulièrement importante. Le Conseil constitutionnel, puis le Conseil d'État, ont considéré que le principe de l'égal accès à la commande publique devait être respecté et que les éventuelles dérogations à ce principe devaient être strictement encadrées. L'objet du projet de loi déposé en 2008 était, en fait, d'aller au-delà et de généraliser les contrats de partenariat par deux

méthodes. D'une part, en ajoutant aux deux critères retenus par le Conseil constitutionnel, l'urgence et la complexité, un troisième cas de recours aux contrats de partenariat lorsque les avantages socio-économiques apparaissent supérieurs aux inconvénients. D'autre part, puisque le Conseil constitutionnel avait affirmé la nécessité de l'urgence, le projet de loi a prévu une longue liste de domaines « urgents ». C'était une manière purement formelle de prendre en compte les préconisations du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, en les contournant en fait. Le Conseil constitutionnel a très logiquement annulé ce détournement de sa première décision. En outre, s'agissant des avantages supérieurs aux inconvénients, il a fait une très importante réserve d'interprétation en considérant que « le critère du paiement différé ne peut à lui seul constituer un avantage ».

Il existe deux arguments fondamentaux pour récuser la généralisation des PPP.

D'abord le respect des métiers : avec la solution « PPP », il faut choisir en bloc les acteurs. On présuppose que le choix global, « en bloc », des intervenants, est le choix optimal. Or c'est loin d'être toujours le cas ! Un projet peut comporter un bon architecte et un mauvais constructeur ou vice-versa. Choisir en même temps l'architecte, le financeur, tous les constructeurs, l'exploitant, les entreprises d'entretien et de maintenance par un seul choix, c'est choisir un agrégat dont rien — absolument rien — ne garantit qu'il aboutit au meilleur choix pour chaque intervenant et pour chaque métier. En second lieu, la question des finances publiques : une évaluation préalable est certes, prévue, mais celle-ci ne suffit pas. Si, en ce qui concerne l'État, seuls des organismes habilités peuvent intervenir pour effectuer cette évaluation préalable, n'importe quel organisme peut s'en charger en ce qui concerne les collectivités territoriales — ce qui ne constitue pas la meilleure garantie. Mais surtout, le contrat de partenariat peut paraître très attractif puisque dans un premier temps, ni l'État ni la collectivité ne paient rien. L'évaluation doit « prouver » que dans dix, vingt, trente ou quarante ans, l'appel au contrat de partenariat aura été plus avantageux qu'une délégation de service public ou qu'un marché classique assorti d'un emprunt de l'État, de la commune, du département ou de la région. Or cette étude préalable est une gageure. Il y a trop de paramètres indéterminés : inflation, taux d'intérêt, prix de l'immobilier, etc. Au total, c'est en réalité un pari pascalien ! Car on ne pourra jamais prouver qu'il est plus avantageux à moyen et à long terme pour les finances publiques d'avoir recours aux PPP plutôt qu'aux autres dispositifs existants. Il est plus que probable qu'il sera, en réalité, plus coûteux de choisir le PPP, ne serait-ce que parce que l'État ou les collectivités locales empruntent à un taux moins élevé que les entreprises privées. Et puisqu'on a parlé des PFI britanniques, je peux citer un article sur le sujet qui se termine avec la phrase suivante : « En revanche, les conséquences de ce mode de gestion pour le contribuable ou pour l'usager apparaissent plus mitigées. Le service national de santé devant par exemple assumer de lourdes charges annuelles de remboursement et les taux d'intérêt des emprunts correspondant aux PFI étant en règle générale supérieurs à ceux que l'on aurait pu obtenir sur le marché en cas d'emprunt direct ».

Pour conclure, je suis d'accord pour que la possibilité existe dans notre législation de recourir à un contrat global dans des situations particulières et bien définies. Mais ce recours doit rester très encadré. Et il serait extrêmement dommageable pour nos finances publiques et pour le respect du principe de l'égal accès à la commande publique de généraliser le recours aux PPP, comme certains le préconisent avec insistance.

*
* *

QUESTIONS-RÉPONSES

Public — Est-ce que vous pensez que le contrat de partenariat peut être exclusivement un contrat de services ?

Alain Ménéménis — Lorsque l'on a parlé de partenariats de service, cela n'excluait pas la construction. Elle n'est pas une fin en soi mais un des éléments contribuant à rendre un certain service.

Patrick Vandevoorde — Le principe même du contrat global est d'amortir sur une longue période un investissement initial. Il est vrai que certains contrats de partenariat ont trop ressemblé à des contrats de travaux. Je ne peux que souhaiter que la part d'exploitation et de service soit largement plus importante. Pour autant, il faut tout de même qu'il y ait un investissement initial à amortir, fussent des études intellectuelles significatives pour faire l'investissement de départ.

François Lichère — Dans les propos tenus nous parlions de logique, plus que de catégorie juridique. Ensuite se pose la question juridique de savoir si le contrat est plutôt un marché de travaux qu'un marché de services. Il faut se reporter à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qui traite de l'objet principal du marché avec une référence anglaise : la High Court, a considéré que les PFI relevaient d'une logique de services mais je ne suis pas certain que, sur ce plan, cela soit absolument conforme à la logique de la jurisprudence communautaire.

Un contrat de service à titre exclusif est donc possible. La loi du 28 juillet 2008 a précisé que l'on pouvait faire des contrats de partenariat pour des biens immatériels. Mais on a tous à l'esprit que cela répond d'abord à un besoin d'ouvrage public ou d'équipement. On ne peut donc pas raisonner de façon générale. Cela va dépendre de chaque projet : certains étant exclusivement orientés « services », d'autres étant plutôt orientés « travaux » et d'autres étant mixtes. Ensuite, la question de savoir si c'est globalement plutôt un marché de travaux ou de services au sens communautaire n'importe que pour des questions de seuil. Mais compte tenu des contrats en jeu, on est de toutes façons au-delà des seuils communautaires et cela n'a donc pas d'incidence juridique. On peut donc envisager un contrat de partenariat dans un domaine exclusivement « service ».

Concernant les projets TIC, la partie investissement représente 20 % de la valeur actualisée de l'ensemble des redevances payées par la personne publique sur toute la durée du contrat, c'est donc un exemple où l'investissement de départ est présent, mais relativement réduit.