

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
LISTE DES RECOMMANDATIONS	5
AVANT-PROPOS	7
I. LE CONTRAT DE PARTENARIAT : UN OUTIL EN VOIE DE BANALISATION	9
A. UN OUTIL D'INSPIRATION BRITANNIQUE	9
B. À L'ORIGINE, UN OUTIL DÉROGATOIRE DE LA COMMANDE PUBLIQUE	10
1. <i>Le recours à un contrat global justifié par la complexité ou l'urgence d'un projet</i>	11
2. <i>Les garde-fous constitutionnels</i>	13
C. L'ÉTABLISSEMENT D'UNE ÉVALUATION PRÉALABLE	15
D. DES MODES DE RÉMUNÉRATION ET DE FINANCEMENT DÉROGATOIRES	16
II. UNE VOLONTÉ DE GÉNÉRALISER LES CONTRATS DE PARTENARIAT	17
A. LES RAISONS D'UN SUCCÈS RAPIDE	17
1. <i>La mission d'appui aux partenariats public-privé : un outil de prosélytisme en faveur des contrats de partenariat</i>	17
2. <i>Une évaluation préalable qui, par définition, ne peut pas être crédible, faute de pouvoir s'appuyer sur des données connues au moment où elle est faite</i>	18
B. UNE FORMULE A PRIORI SÉDUISANTE MAIS SOUVENT FALLACIEUSE POUR LA PERSONNE PUBLIQUE	21
C. UN OUTIL À HAUT RISQUE POUR LA PUISSANCE PUBLIQUE	23
1. <i>Une bombe à retardement budgétaire souvent ignorée</i>	23
a) <i>Un double risque de rigidification et d'éviction des budgets des personnes publiques</i>	24
b) <i>La croyance d'une possibilité d'investissement supérieure à ses capacités d'endettement</i>	25
c) <i>La difficulté d'évaluer le coût réel d'un contrat de partenariat</i>	26
2. <i>Un outil souvent mal adapté aux projets</i>	27
3. <i>Les problèmes posés par la fréquente insuffisance des compétences appropriées au sein de la personne publique</i>	28
4. <i>Un risque contentieux proportionnel à la taille du projet</i>	29
D. UN EFFET D'ÉVICTION DES PME-TPE	29
1. <i>Des contrats de partenariat captés par un oligopole</i>	30
2. <i>Des PME non sélectionnées en raison du caractère global du contrat</i>	31
3. <i>Des PME réduites aux fonctions de « sous-traitance »</i>	32
4. <i>Une minoration de la prise en compte de la spécificité des métiers</i>	33

III. REVENIR À UN ENCADREMENT STRICT DU RECOURS À DES CONTRATS DE PARTENARIAT	35
A. PRÉCISER LES CRITÈRES DE RECOURS D'UN CONTRAT DE PARTENARIAT	35
1. Réviser les critères de la complexité et de l'urgence	35
2. Supprimer le critère de l'efficacité économique	37
B. RENDRE EFFECTIF L'ACCÈS DES PME-TPE À LA COMMANDE PUBLIQUE	37
1. Réserver le contrat de partenariat à des opérations dépassant un seuil financier	38
2. Obliger à réserver une part minimale de l'exécution du contrat aux PME et artisans	39
3. Systématiser la garantie de paiement en faveur des « sous-traitants »	40
4. Exclure le choix de l'équipe d'architecture du champ du contrat de partenariat	41
C. DÉFINIR UNE DOCTRINE DE RECOURS AUX CONTRATS DE PARTENARIAT	42
D. PROFESSIONNALISER LA COMMANDE PUBLIQUE ET FAIRE DE LA MAPPP UN VÉRITABLE OUTIL D'EXPERTISE	43
1. Une structuration de la personne publique en mode « projet » autour de compétences de haut niveau	43
2. Renforcer les capacités de contre-expertise de la Mapp	44
E. RENFORCER L'INFORMATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES AVANT LA CONCLUSION D'UN CONTRAT DE PARTENARIAT	46

VERSION PROVISoire

LISTE DES RECOMMANDATIONS

Préciser les critères de recours à un contrat de partenariat

Recommandation n° 1 : Préciser la définition du critère de complexité

Recommandation n° 2 : Préciser la définition du critère de l'urgence

Recommandation n° 3 : Supprimer le critère de l'efficacité économique pour justifier le recours à un contrat de partenariat

Rendre effectif l'accès des PME-TPE à la commande publique

Recommandation n° 4 : Réserver les contrats de partenariat à des opérations dont le coût excède un montant minimal

Recommandation n° 5 : Fixer par la loi ou le règlement une part minimale de l'exécution du contrat de partenariat confiée aux PME et artisans

Recommandation n° 6 : Renforcer les garanties de paiement des entreprises auxquelles il est fait appel par le partenaire privé pour l'exécution du contrat de partenariat

Recommandation n° 7 : Exclure le choix de l'équipe d'architecture du champ du contrat de partenariat et organiser en conséquence la concurrence pour l'établissement d'un tel contrat sur la base d'un projet architectural préalablement défini et adopté

Définir une doctrine de recours aux contrats de partenariat et professionnaliser la commande publique

Recommandation n° 8 : Définir une doctrine qui permette de ne pas recourir au contrat de partenariat pour les services pour lesquels ils sont peu adaptés

Recommandation n° 9 : Favoriser la mise en place par la personne publique d'équipes projet recouvrant des compétences de haut niveau à tous les stades de la vie d'un contrat de partenariat

Recommandation n° 10 : Retirer à la Mappo son rôle de promotion

Recommandation n° 11 : Substituer à l'évaluation préalable une étude approfondie sur les capacités financières prévisibles de l'instance se proposant de signer un contrat de partenariat et sur ses capacités de remboursement à moyen et long termes sans obérer ses capacités d'investissement et de fonctionnement eu égard aux données disponibles

Recommandation n° 12 : Confier l'établissement de l'évaluation préalable, recentrée sur ses dimensions juridique et financière, à des organismes publics, indépendants et habilités

Renforcer l'information des collectivités territoriales

Recommandation n° 13 : Pour les collectivités territoriales, rendre obligatoire l'avis de la Mappo ou de la DDFiP avant la conclusion d'un contrat de partenariat

VERSION PROVISOIRE

Mesdames, Messieurs,

Voici près de dix ans que les pouvoirs adjudicateurs disposent d'un nouveau montage contractuel : le contrat de partenariat.

Introduit dans notre droit, dans le cadre d'une ordonnance¹ et donc d'un débat parlementaire notoirement écourté, le contrat de partenariat s'est ajouté à plusieurs instruments juridiques existants qui ont pour particularité de lier contractuellement un « prescripteur » public et un « prestataire » privé, entraînant un transfert important de charges et de risques de la personne publique vers son partenaire privé et en retour des incertitudes et des risques financiers non négligeables pour le « prescripteur ». Depuis sa création, le contrat de partenariat, communément appelé « partenariat public-privé » ou « PPP », a suscité de vifs débats opposant ses adeptes et ses pourfendeurs.

Vos rapporteurs ont souhaité, au terme de cette décennie, mesurer les effets de ces nouveaux contrats afin d'en appréhender le plus objectivement possible les avantages mais aussi les inconvénients et risques qu'il induit. Plusieurs rapports ont déjà exploré ces questions, qu'ils émanent de la Cour des comptes, du conseil général de l'environnement et du développement durable ou de l'inspection générale des finances, dernier rapport d'ensemble sur le sujet que le ministre de l'économie et des finances, M. Pierre Moscovici, a transmis à vos rapporteurs.

Sans revenir sur un travail largement effectué par ces rapports, vos rapporteurs ont choisi de se concentrer sur les grands enjeux que présentent les contrats de partenariat. Ils ont voulu répondre à cette question fondamentale : compte tenu des risques qu'ils peuvent présenter, les contrats de partenariat sont-ils pour les personnes publiques qui en ont conclu une bombe à retardement ?

Même si les contrats de partenariat ne représenteraient, selon les rares études disponibles, que 5 % du PIB en France, leur impact sur les

¹ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

finances publiques est inquiétant, surtout dans un contexte de raréfaction de la ressource budgétaire.

Vos rapporteurs se sont parallèlement attachés à examiner ces contrats sous l'angle de leurs utilisateurs directs – les pouvoirs adjudicateurs et les partenaires privés – mais aussi des petites et moyennes entreprises qui, sans être partie à ce contrat, en subissent les effets indirects, soit par leur éviction, soit par leur participation à leur exécution comme sous-traitant.

Ce bilan serein est d'autant plus nécessaire que le recours aux contrats de partenariat s'est accéléré. Selon les estimations de l'institut pour la gestion déléguée (IGD), 156 contrats de partenariat ont été attribués entre 2004 et mi-2012, pour un montant de 34 milliards d'euros hors taxe. Précisons que sur ces 156 contrats, 124 d'entre eux ont été conclus par les collectivités territoriales.

Ajoutons qu'en prévision de la transposition des deux directives européennes du 26 février 2014 visant à réformer les procédures de passation des marchés publics, le Gouvernement a fait part de son intention de rationaliser les règles relatives aux différents partenariats public-privé, ouvrant la voie à des modifications des règles relatives aux contrats de partenariat. Il a sollicité une habilitation à procéder par ordonnance pour *« unifier et rationaliser l'ensemble des règles relatives aux contrats de la commande publique qui sont des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne¹, y compris les contrats de partenariat public-privé, notamment en ce qui concerne les conditions de recours à ces contrats et de leur mise en œuvre »².*

Ce rapport a l'ambition de contribuer à une discussion parlementaire sur un dossier sur lequel le Parlement n'a pas eu jusqu'à présent l'occasion de se prononcer. À la suite d'une habilitation, les contrats de partenariat ont été créés par une ordonnance dont la ratification implicite n'a pas permis aux assemblées parlementaires de débattre. Le projet de loi de 2008 partait du postulat selon lequel les contrats de partenariat devaient parfois être facilement généralisés – postulat partiellement battu en brèche par la décision du Conseil constitutionnel³ relative à ce projet de loi.

Vos rapporteurs estiment qu'il est plus que temps que le législateur se saisisse à nouveau du dossier. Le but de ce rapport est de contribuer à la nécessaire nouvelle législation sur ces sujets.

¹ Au regard de la législation de l'Union européenne, le contrat de partenariat est un marché public, même si, en droit français, il s'en distingue formellement.

² Article 27 du projet de loi relatif à la simplification de la vie des entreprises, déposé sur le Bureau de l'Assemblée nationale le 25 juin 2014.

³ Conseil constitutionnel, 24 juillet 2008, n° 2008-567 DC.

I. LE CONTRAT DE PARTENARIAT : UN OUTIL EN VOIE DE BANALISATION

De subsidiaire et dérogatoire, le contrat de partenariat est devenu, depuis sa création en 2004, et plus encore après le vote de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008, un outil contractuel parmi d'autres, concurrençant les marchés publics classiques ou les délégations de service public.

Le contrat de partenariat est une forme de partenariat public-privé qui, en réalité, est une notion plus large, bien que les deux formules soient souvent confondues.

En effet, les partenariats public-privé recouvrent, outre les contrats de partenariat, les autorisations d'occupation temporaire (AOT) couplées à des locations avec option d'achat, les baux emphytéotiques administratifs (BEA), les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) ainsi que les dispositifs sectoriels destinés à répondre aux besoins de la justice, de la police et de la gendarmerie nationale¹.

A. UN OUTIL D'INSPIRATION BRITANNIQUE

Le contrat de partenariat trouve son origine dans la *Private Finance Initiative* (PFI), lancé par le gouvernement de M. John Major en 1992. Le PFI correspond à une « *forme de PPP qui associe un programme de marché public, dans lequel le secteur public achète des éléments d'actif immobilisés au secteur privé, à une forme d'externalisation où les services publics sont contractuellement fournis par le secteur privé* »². Il ne s'apparente toutefois pas à une privatisation dans la mesure où les acteurs publics conservent un rôle prépondérant dans l'initiative et la détermination du projet.

En raison du développement de ce mode de contractualisation du service public entre les personnes publiques et le secteur privé depuis 1992, entre 10 et 15 % des investissements publics en Angleterre sont aujourd'hui financés par le biais des PFI³.

Toutefois, les conséquences pour le contribuable du recours à ce mode de gestion sont apparues plus négatives que cela était espéré au départ, compte tenu du coût élevé, à terme, de la redevance versée. Ces critiques sur le coût, combinées à celles sur l'opacité et le manque de

¹ Prévus par les lois n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) et n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJI).

² Note de la Chambre des communes de 2003.

³ « PFI: strengthening long-term partnerships », document du HM Treasury, mars 2006 (graphique 2.2, page 16).

flexibilité, ont conduit le Trésor britannique¹ à adopter, en décembre 2012, une nouvelle approche du partenariat public-privé avec la *Private Finance 2* (PF2)². L'objectif du PF2 est de modifier à terme le périmètre des contrats, de réduire les risques encourus par la personne publique et la part du financement d'origine bancaire dans les fonds privés investis et d'augmenter la part des fonds émanant de la personne publique.

Le Royaume-Uni est donc apparu dès 1992 comme un précurseur en matière de cofinancement par les secteurs privé et public des investissements publics. Il a été depuis lors suivi par de nombreux autres États de l'Union européenne. Mais les résultats constatés ont conduit le Royaume-Uni à revoir très sensiblement la formule. Parallèlement, le droit européen a infléchi la pratique anglaise du partenariat public-privé, notamment en généralisant les règles de mise en concurrence. La transposition en janvier 2006 d'une directive communautaire³ a, en outre, permis de substituer la procédure de dialogue compétitif à la simple négociation bilatérale entre les parties au contrat.

B. À L'ORIGINE, UN OUTIL DÉROGATOIRE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'exemple britannique a inspiré la France, comme de nombreux autres États européens, pour la mise en place des contrats de partenariat. La France avait toutefois connu le développement de marchés globaux avec les marchés d'entreprise de travaux publics (METP) avant que cette formule contractuelle ne soit reconnue comme illégale par le Conseil d'État⁴.

Les marchés d'entreprise de travaux publics

L'apparition du contrat de partenariat n'a pas constitué une rupture brutale dans la contractualisation des rapports entre secteurs public et privé. En effet, préexistait une forme de partenariat public-privé avec **les marchés d'entreprise de travaux publics**, dits METP, selon l'expression découlant de la jurisprudence du Conseil d'État⁵.

Dans le cadre de ces contrats, l'entreprise, rémunérée par une collectivité, était chargée de la construction d'un ouvrage et de la gestion du service auquel il était affecté. **L'intérêt du METP était de confier une mission globale à l'entreprise**. Sur le plan budgétaire, **le METP permettait un paiement différé, étalé dans le temps**, en rupture avec la pratique antérieure du paiement forfaitaire après service fait. Toutefois, **une affaire de corruption, dite des lycées d'Ile de France, précipita le discrédit des METP**.

¹ Il s'agit d'une matière dévolue au HM Treasury en Angleterre en l'absence de disposition législative en matière de PPP.

² Document d'orientation « Une nouvelle approche des contrats de partenariat public privé » du HM Treasury, décembre 2012.

³ Directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

⁴ Conseil d'État, 8 février 1999, Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de La Ciotat, n° 150931.

⁵ CE, 11 décembre 1963, Ville de Colombes, Rec. p. 62.

Des personnes publiques ont alors expérimenté de nouveaux montages, conférant à l'entreprise la maîtrise d'ouvrage et conservant un bail sur l'équipement réalisé, afin d'étaler le paiement des travaux d'équipements publics dans le temps, pratique sur laquelle la jurisprudence a eu à se prononcer¹.

Dans les années 2000, le législateur s'est inspiré de mécanismes contractuels identiques à ceux que la pratique avait pu mettre en place. **Se sont ainsi développés des contrats de partenariats public-privé sectoriels** qui découlent par exemple de la « LOPSI »², de la « LOPJ »³ ou encore de l'ordonnance du 4 septembre 2003 en matière de santé publique, ouvrant la voie aux grands principes du contrat de partenariat créé en juin 2004.

Le contrat de partenariat a été conçu, dès l'origine, comme un outil d'exception, s'appuyant sur un régime juridique largement dérogatoire à celui du droit commun de la commande publique, et dont le recours a été strictement encadré par le Conseil constitutionnel.

1. Le recours à un contrat global justifié par la complexité ou l'urgence d'un projet

Le contrat de partenariat est un **contrat administratif global**, qui autorise une personne publique – ou une personne privée chargée d'une mission de service public – à confier à un tiers une mission globale incluant à la fois le financement d'un ouvrage, sa construction ou sa transformation, et son entretien, son exploitation, sa maintenance et sa gestion et, le cas échéant, d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. Il diffère ainsi de la maîtrise d'ouvrage publique classique dans le cadre de laquelle ces missions sont confiées à plusieurs entités. Il se caractérise ainsi par la conclusion d'un contrat unique qui permet à la personne publique contractante de n'avoir qu'un seul interlocuteur sur l'ensemble de la procédure. Il porte sur un délai relativement long afin de permettre au prestataire privé d'amortir ses investissements.

Le contrat de partenariat déroge ainsi **au droit commun de la commande publique** en ce qu'il concentre entre les mains du partenaire privé la maîtrise d'œuvre et la maîtrise d'ouvrage, là où la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 impose la dissociation de ces fonctions. En outre, le contrat de partenariat prévoit un mode de rémunération du prestataire spécifique.

Par sa décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel a pris en compte avec beaucoup de réserve les contrats de partenariat. Il a jugé qu'ils n'étaient pas contraires à la Constitution sous la seule – et essentielle –

¹ Cf, pour exemple, CE, 1994, Sofap-Marignan

² Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure 29 août 2002

³ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice

réserve que leur utilisation ne soit pas généralisée mais uniquement réservée à des situations répondant à des motifs d'intérêt général¹. En particulier, le Conseil constitutionnel a estimé que la « *généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics* », obligeant les ordonnances à « *réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien [à] la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé.* »

De cette réserve d'interprétation, est issu l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat qui prévoit qu'il ne peut être recouru à un contrat de partenariat que s'il est expressément justifié de déroger au droit commun, au regard de l'un des deux critères suivants :

- la **complexité** du projet dans les cas où la personne publique ne disposait pas des moyens, compétences et ressources nécessaires à la réalisation du projet, eu égard à la complexité de celui-ci ;

- l'**urgence**, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public ou de faire face à une situation imprévisible.

Ces deux critères ont été complétés, par l'article 2 de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, par **celui de l'efficacité économique** selon lequel « *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 [les bilans] d'autres contrats de la commande publique* ». Il a toutefois été précisé - à juste titre! - que le critère du paiement différé ne constitue pas, à lui-seul, un tel avantage. En d'autres termes, ce critère rend possible la conclusion d'un contrat de partenariat si celui-ci est source d'économies par rapport à un autre mode de la commande publique - encore faut-il le démontrer, ce qui est problématique! - et non simplement parce qu'il offre des facilités budgétaires à la personne publique.

Il convient de préciser que **ces trois critères sont alternatifs et non cumulatifs**.

¹ Conseil constitutionnel, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, considérant 18.

2. Les garde-fous constitutionnels

Si le Conseil constitutionnel a autorisé la mise en œuvre et l'élargissement du recours aux contrats de partenariat, il s'est néanmoins opposé, dans une jurisprudence constante, à une généralisation de cette nouvelle forme de contractualisation. Il estime que dès lors que cette formule est dérogoratoire au droit commun, elle doit rester strictement cantonnée à des situations exceptionnelles qui sont délimitées en fonction de critères définis par la loi.

Le Conseil constitutionnel a ainsi censuré une partie du dispositif de la loi du 28 juillet 2008 qui qualifiait d' « urgente » une série de projets, dans des domaines très divers (infrastructures de transport « s'inscrivant dans un projet de développement durable », travaux permettant d'améliorer l'efficacité énergétique des bâtiments publics, etc.) au motif que ces dispositions avaient « pour effet de limiter la portée de l'évaluation préalable et d'empêcher le juge d'exercer son contrôle sur le caractère d'urgence »¹. Une telle disposition aurait eu pour effet de contourner les critères fixés par la loi : le législateur estimait par avance la condition d'urgence remplie pour plusieurs années dans certaines situations, sans permettre au juge de discuter ce point.

La disposition figurant dans le projet de loi était tautologique et aboutissait à un détournement de la précédente décision du Conseil constitutionnel. Elle revenait à dire : puisque l'urgence est nécessaire, déclarons que tout est urgent pendant quatre ans !

Le Conseil constitutionnel a également censuré les dispositions concernant le conventionnement entre plusieurs collectivités territoriales dans le cadre de projets relevant de la compétence partagée de ces dernières. En effet, en autorisant une collectivité à réaliser l'évaluation préalable, à conduire la procédure de passation, à signer le contrat et éventuellement à en suivre l'exécution pour le compte d'autres collectivités concernées, les dispositions législatives concernées ont été déclarées non conformes à l'article 72 de la Constitution, lequel prévoit d'une part qu' « [a]ucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre » et, d'autre part, que la loi peut « autoriser l'une d'entre elles (...) à organiser les modalités de leur action commune » mais pas à déterminer les modalités de l'action commune de plusieurs collectivités.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a précisé les trois critères de recours à un contrat de partenariat.

S'agissant du **critère de l'urgence**, le Conseil constitutionnel, puis le Conseil d'État, ont eu l'occasion de préciser selon quelles modalités les personnes publiques pouvaient évoquer un tel critère pour justifier du recours au contrat de partenariat. Dans sa décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel a précisé que l'urgence était constituée « en raison de

¹ Conseil constitutionnel, 24 juillet 2008, n° 2008-567 DC, considérant 14.

circonstances particulières ou locales » par la nécessité de « *rattraper un retard préjudiciable* ». Le Conseil constitutionnel a ensuite complété cette réserve d'interprétation en jugeant qu' « *il résulte des termes mêmes de la décision [du 26 juin 2003] que l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat, dès lors qu'il résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs.* » Ce considérant de principe est la reprise de la réserve que le Conseil d'État avait lui-même posé dans un arrêt du 29 octobre 2004¹.

Cette jurisprudence constitutionnelle a été confirmée par la décision du 24 juillet 2008, rendue préalablement à la promulgation de la loi du 28 juillet 2008 qui dispose qu'il peut y avoir urgence « *lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service publics, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible.* »

Le Conseil Constitutionnel a, en outre, précisé que l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet s'entend comme celle résultant « *objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général et affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public* ».

En revanche, la première application jurisprudentielle par les juridictions administratives du critère de l'urgence a laissé penser, dans un premier temps, qu'une telle définition devait être interprétée de façon restrictive, à l'instar de la jurisprudence constitutionnelle. En effet, le tribunal administratif d'Orléans, saisi sur un contrat de partenariat conclu par le département du Loiret pour la construction du collège de Villemandeur, a jugé que « *l'atteinte portée au fonctionnement du service public par le retard affectant la réalisation du collège de Villemandeur ne présentait pas, à supposer même que le Département ait accompli toutes diligences pour y remédier, un caractère de gravité suffisant pour justifier légalement qu'il soit dérogé au droit commun de la commande publique par le recours au contrat de partenariat* »². Ainsi, le juge administratif considérait que l'urgence justifiant le recours à un contrat de partenariat équivalait à une situation de force majeure.

Comme la Cour administrative d'appel de Nantes, le Conseil d'État n'a toutefois pas suivi ce raisonnement dans sa décision du 23 juillet 2010³, retenant une définition plus large de l'urgence : il a considéré que ce critère était respecté même si le retard est imputable à la collectivité. La personne

¹ Conseil d'État, 29 octobre 2004, *Sueur*, n° 269814.

² Tribunal administratif d'Orléans, 29 avril 2008, *Lenoir et Syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment (SNSO)*, n°s 0604132 et 0604140.

³ Conseil d'État, 23 juillet 2010, *M. A et Syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment*, n° 326544.

publique est donc en mesure de créer elle-même la situation d'urgence qui lui permettra par la suite de justifier son recours à un contrat de partenariat.

Ainsi, les dérogations au droit commun de la commande publique apparaissent, pour le Conseil d'État, moins préoccupantes que les difficultés d'accès au service public ou que les atteintes à d'autres intérêts publics dont les collectivités sont en charge. Le Conseil d'État a toutefois souligné que l'urgence ne pouvait être caractérisée par de « *simples difficultés ou inconvénients* ».

Concernant **la complexité**, celle-ci peut être de nature juridique, technique ou financière, laissant à la personne publique une marge d'appréciation.

**Décision de la Cour administrative d'appel de Lyon du 2 janvier 2014,
Commune de Commentry**

La jurisprudence a ainsi eu l'occasion d'annuler le recours au contrat de partenariat au motif d'une absence de complexité suffisante du projet de la personne publique. La commune de Commentry, comptant 7 100 habitants, avait décidé de construire une piscine en recourant au contrat de partenariat prévu à l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales. Le conseil régional de l'Ordre des architectes a demandé au tribunal administratif de Clermont-Ferrand puis à la cour administrative d'appel de Lyon, l'annulation de la délibération du conseil municipal autorisant le maire à signer le contrat et la décision même du maire décidant de signer le contrat.

Par arrêt du 2 janvier 2014¹, la Cour a jugé que les particularités alléguées du projet de piscine étaient insuffisantes pour caractériser, dans les circonstances de l'espèce, une complexité telle que la commune n'ait pas été objectivement en mesure de définir seule, et à l'avance, les moyens techniques répondant à ses besoins. En l'absence de particularité suffisante du projet, la cour a estimé que la commune avait la capacité d'établir les spécifications techniques en termes de fonctionnalité ou de performance de l'opération. En conséquence, la cour annula le contrat de partenariat

Enfin, le **critère de l'efficacité économique** a été validé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 24 juillet 2008. Il a toutefois assorti sa validation d'une très importante réserve en rappelant que « *la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics* »².

C. L'ÉTABLISSEMENT D'UNE ÉVALUATION PRÉALABLE

Pour vérifier l'effectivité et la présence d'un de ces critères, la personne publique doit procéder, avant la conclusion du contrat, à

¹ Cour administrative d'appel de Lyon, 2 janvier 2014, Conseil régional de l'Ordre des architectes d'Auvergne c/ Commune de Commentry, n° 12LY02827.

² Conseil constitutionnel, 24 juillet 2008, n° 2008-567.

l'établissement d'une évaluation préalable afin de justifier que le choix d'un contrat de partenariat pour un projet donné constitue la réponse la plus pertinente. L'évaluation préalable n'a pas vocation, en revanche, à justifier ou à remettre en question l'opportunité d'un projet : la décision politique de réaliser un ouvrage est considérée comme actée et définitive et ne peut être remise en question par l'évaluation préalable.

La rédaction d'un tel document n'est pas laissée à l'appréciation de la personne publique, laquelle doit suivre les prescriptions de l'arrêté du 2 mars 2009 relatif à la méthodologie applicable à l'évaluation préalable à la mise en œuvre d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat¹. Les évaluations préalables comportent deux parties principales :

- d'une part, une analyse juridique des différentes formules de la commande publique pouvant s'appliquer au projet en question ;
- d'autre part, une analyse économique de l'efficacité de la réalisation du projet en contrat de partenariat, en comparaison avec les autres formules.

L'évaluation préalable est rédigée par la personne publique ou, ce qui est le cas en pratique, par un conseil librement choisi par elle.

D. DES MODES DE RÉMUNÉRATION ET DE FINANCEMENT DÉROGATOIRES

Outre des délais d'amortissement plus longs, le caractère global et l'existence de critères stricts pour y avoir recours, le contrat de partenariat se distingue des autres formes d'achat public par des **modalités de rémunération de la personne privée largement dérogatoires au droit commun de la commande publique.**

D'une part, cette rémunération est échelonnée sur toute la durée de l'exploitation et n'intervient pas, d'un seul bloc, après constat d'un « service fait » ou après « réception des travaux ».

D'autre part, elle n'est pas nécessairement forfaitaire et intégralement prédéfinie puisque la méconnaissance de critères de performance peut valoir au cocontractant des pénalités financières déduites de sa rémunération et que les « recettes de valorisation », issues de l'exploitation par le cocontractant du domaine public, peuvent se substituer à une partie de la redevance versée par la personne publique.

Quant au **financement d'un contrat de partenariat**, il prend la forme d'un montage de financement de projet classique avec :

¹ Arrêté du 2 mars 2009 relatif à la méthodologie applicable à l'évaluation préalable à la mise en œuvre d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat NOR: ECEM0831572A.

- d'une part, la **contractualisation entre la personne publique et le titulaire du contrat de partenariat** qui peut être une société dont les actionnaires sont les principales entreprises privées participant au projet ;

- d'autre part, un **financement reposant sur les fonds propres de la société de réalisation dédiée au projet**, titulaire du contrat de partenariat, qui représentent environ 10 % du montant total du projet, et **sur des financements bancaires**, dont la nature évolue entre la construction et l'exploitation de l'ouvrage.

Il convient de préciser qu'une fraction de la dette bancaire de long terme (au maximum 80 % de l'investissement et du financement du projet) fait l'objet d'une cession de créance par la société de réalisation dédiée au projet, dite « cession Dailly », aux établissements bancaires.

II. UNE VOLONTÉ DE GÉNÉRALISER LES CONTRATS DE PARTENARIAT

A. LES RAISONS D'UN SUCCÈS RAPIDE

1. La mission d'appui aux partenariats public-privé : un outil de prosélytisme en faveur des contrats de partenariat

L'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit que toute évaluation préalable à un contrat de partenariat conclu par l'État doit être soumise à l'avis d'un organisme expert : la mission d'appui aux partenariats public-privé (Mappp).

Instituée par un décret du 19 octobre 2004¹, mise en place le 27 mai 2005 et rattachée au ministère de l'économie et des finances, la Mappp est devenue un service à compétence nationale rattaché au directeur général du Trésor. Elle est **obligatoirement saisie** sur tous les projets de contrat de partenariat conclus par l'État, ses établissements publics et les établissements publics hospitaliers, à deux étapes de la procédure :

- d'une part, **avant l'engagement de la procédure d'attribution** : préalablement au lancement d'un avis d'appel public à la concurrence, la Mappp valide, au regard des recommandations qu'elle a fixées, le principe du recours à un tel contrat au vu de l'évaluation préalable qui émane du porteur du projet, et non de la Mappp ;

- d'autre part, **après l'engagement de la procédure d'attribution** : la Mappp intervient alors pour vérifier que l'offre finale est en adéquation avec ce qui était attendu et conforme à ses recommandations. Le ministre chargé

¹ Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui aux partenariats public-privé.

de l'économie autorise la signature d'un contrat de partenariat en s'appuyant sur l'avis de la Mappp.

La Mappp est en revanche **saisie, à titre facultatif, par les collectivités territoriales** sur leur projet de contrat de partenariat. Cette faculté se justifie par le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales qui interdit à l'État d'exercer un contrôle préalable sur les choix de gestion des collectivités.

L'avis rendu par la Mappp sur une évaluation préalable ne lie pas la personne publique et n'entraîne aucun effet sur la suite de la procédure, en particulier sur le contenu de l'avis d'appel public à la concurrence ou du dialogue compétitif.

La Mappp est également chargée d'accompagner les administrations lors de l'attribution et de la finalisation des contrats, en rédigeant des clausiers-types et des préconisations relatives aux dispositions contractuelles. L'objectif de ce clausier est de réduire l'asymétrie d'information entre la personne publique et le partenaire privé, qui bénéficie souvent d'un savoir-faire en la matière contrairement à l'acheteur public. Toutefois, comme le constate l'Inspection générale des Finances¹, « *l'effort de standardisation du clausier-type est limité au regard de la diversité des projets et des montages* ».

Outre ses **fonctions de conseil et d'évaluation**, la Mappp poursuit également une **mission de promotion**, destinée à valoriser le recours aux contrats de partenariat auprès des personnes publiques potentiellement intéressées. Vos rapporteurs estiment, à l'instar de l'Inspection générale des Finances, que « *le triple rôle confié à la Mappp est problématique. [...] Cette configuration met de facto la Mappp en situation de potentiel conflit d'intérêts.* »

De surcroît, sa compétence se limitant aux seuls contrats de partenariat, vos rapporteurs estiment que l'examen des évaluations préalables effectué par la Mappp est, par nature, biaisé au détriment des autres formules juridiques de la commande publique.

2. Une évaluation préalable qui, par définition, ne peut pas être crédible, faute de pouvoir s'appuyer sur des données connues au moment où elle est faite

En théorie, l'évaluation préalable, au moins dans sa partie comparative, est censée apporter un gain en termes de transparence et d'objectivation de la décision publique et vise à participer au bon usage des deniers publics en fondant la décision sur des bases objectives. Pourtant, les retours d'analyses des évaluations préalables conduisent à considérer avec une grande réserve les résultats fournis.

¹ *Rapport de l'inspection générale des finances, Mission d'évaluation des partenariats public-privé, n° 2012-3-027-02, décembre 2012.*

Vos rapporteurs regrettent que l'évaluation préalable **soit devenue une simple formalité et non une étape essentielle de la réflexion de la personne publique pour choisir la formule juridique la plus adaptée pour la réalisation d'un projet**. Les personnes publiques se contentent souvent de rappeler des arguments préconstitués sans qu'une réflexion approfondie ait été menée en amont : l'évaluation préalable se transforme alors en simple argumentaire en faveur du recours à un contrat de partenariat. Aussi, la Cour des comptes estimait-elle, à propos des partenariats public-privé pénitentiaires, que *« ces évaluations sont davantage menées pour justifier une décision prise en amont que pour aider à un choix futur »*.

L'examen de plusieurs évaluations préalables conduites par l'Inspection générale des Finances et la Cour des comptes ont mis en exergue plusieurs faiblesses inhérentes à ce document.

Tout d'abord, **l'obligation d'établir une évaluation préalable ne s'impose que dans le cadre d'un contrat de partenariat et non pour les autres outils de la commande publique**. Dès lors, *« la personne publique n'investit dans celle-ci qu'après avoir acquis la certitude qu'elle souhaite réaliser l'investissement avec ce type de montage. Dans les faits, l'évaluation préalable constitue donc davantage une étude technique préalable à la réalisation d'un projet en PPP qu'un véritable outil d'aide à la définition du meilleur montage juridique possible. »*

Ensuite, il convient de ne **pas minorer le rôle des assistants à la maîtrise d'ouvrage (AMO)** chargés de l'élaboration de l'évaluation préalable qui ont un intérêt à l'aboutissement du projet et à sa réalisation. En effet, la mission de ces conseils peut se prolonger dans le cadre de la procédure de passation et d'exécution du contrat.

Dès lors, les hypothèses qui servent de base à l'évaluation sont généralement formulées dans un sens très favorable aux contrats de partenariat. **Il s'agit davantage d'un plaidoyer pour un choix déjà fait que d'une démonstration**. Au surplus, les éléments susceptibles de fonder une telle démonstration sont méconnus. La personne publique **se fonde donc inéluctablement sur des données « biaisées »**, porteuses d'un biais d'optimisme spécifique en faveur des contrats de partenariat, comme l'ont constaté MM. François Lichère et Frédéric Marty.

Ce constat se traduit, selon eux, par une trop forte dépendance de la personne publique vis-à-vis des AMO, ce qui induit un phénomène d'asymétrie informationnelle. Mais il se traduit également par le fait que l'évaluation préalable **compare le bilan attendu du recours à un contrat de partenariat, pourtant incertain, compte tenu de la longue période sur laquelle elles s'appliquent, avec celui d'une procédure classique que la personne publique n'a pas lancé** et dont, par définition, on ne sait rien. Dès lors, comme la Cour des comptes l'a, à plusieurs reprises, constaté, les évaluations préalables, tendent à dévaloriser, souvent sur des critères

arbitraires et des données dont la fiabilité est discutable, les formules classiques de la commande publique au profit du contrat de partenariat.

Critiques méthodologiques des évaluations préalables

La qualité des évaluations préalables et des données sur lesquelles elles se fondent a pu susciter une série de critiques quant à la méthode employée.

À titre d'exemple, l'Inspection générale des finances souligne que **les délais de réalisation d'un projet par un contrat de partenariat sont souvent sous-évalués** alors même que « *la précision du projet de calendrier est un élément déterminant et conditionne directement la valorisation des gains socio-économiques, associés au montage* ». En effet, les évaluations préalables mettent en valeur un délai de réalisation dans le cadre d'un contrat de partenariat toujours inférieur à celui constaté dans le cadre d'un projet en maîtrise d'ouvrage publique. Or on constate que les délais de réalisation sont, généralement, supérieurs aux prévisions de quatre mois en moyenne.

De même, on peut constater **l'absence de références empiriques précises** destinées à étayer l'analyse des coûts de conception et de réalisation. Les données qui servent à justifier le recours à un contrat de partenariat sont rarement précisées et ne peuvent faire l'objet d'une contre-expertise. Par ailleurs, certaines données sont quantifiées sans justification et, comme le constate l'Inspection générale des Finances, un coefficient d'optimisation « *est parfois appliqué au coût de construction prévu en contrat de partenariat, afin de traduire une éventuelle capacité du partenaire privé à réaliser les gains de productivité. Or rien ne permet de s'assurer de l'existence de ces gains de productivité et de les quantifier.* »

S'agissant des contrats de partenariat dans le domaine de la construction ou rénovation d'établissements pénitentiaires, la Cour des comptes relevait également, en 2011, plusieurs biais. Elle observait notamment que la comparaison des valeurs actualisées nettes (VAN) en fonction des deux scénarii – maîtrise d'ouvrage publique ou partenariat public-privé – faisaient systématiquement l'objet d'une correction finale en faveur du contrat de partenariat. En effet, « *dans de nombreuses évaluations préalables, il apparaît que la comparaison des valeurs actualisées nettes (VAN) donne la faveur aux opérations réalisées selon le montage traditionnel de la loi MOP, mais que l'analyse des risques, pourtant très subjective, retourne l'avantage en faveur du montage des PPP* ». Et la Cour de poursuivre : « *la Mapppp justifie cette « bascule » par la « faible culture du risque » du secteur public, qui l'amène de façon automatique à sous-estimer ces derniers ou à les négliger, entraînant ainsi inmanquablement des « dérapages importants de délais de réalisation et de coût de construction, puis d'entretien... »* ».

L'évaluation préalable présente donc des **éléments relatifs au risque, tant sur les plans quantitatif que qualitatif, relativement fragiles**. L'Inspection générale des Finances estime à cet égard que les risques de falsification des calculs sont réels.

Vos rapporteurs estiment que **l'évaluation préalable établie par les collectivités territoriales fait le plus souvent l'impasse sur la question de la soutenabilité budgétaire des engagements** induits pour la collectivité publique concernée par un contrat de partenariat, alors que c'est la seule question dirimante, la seule question qui devrait constituer un préalable absolu au choix de recourir à un contrat de partenariat, et alors que cette obligation est logiquement prévue aujourd'hui pour l'État et ses établissements publics par le décret n° 2012-1093 du 27 septembre 2012

complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics.

B. UNE FORMULE A PRIORI SÉDUISANTE MAIS SOUVENT FALLACIEUSE POUR LA PERSONNE PUBLIQUE

Le recours à un contrat de partenariat présente, *a priori*, pour les personnes publiques, plusieurs avantages.

Tout d'abord, la **simplicité de la formule du contrat de partenariat** repose sur un lien contractuel unique avec un seul interlocuteur qui va prendre en charge, en lieu et place de la personne publique, l'ensemble des missions liées à la réalisation d'un projet, de la conception à sa maintenance et son exploitation, en passant par sa réalisation, sa construction et son financement. Ainsi, la personne publique est *de facto* déchargée de la gestion, souvent complexe, des interfaces avec de nombreux partenaires au profit de la simplicité d'un dialogue bipartite. Par ailleurs, l'association du maître d'œuvre et des entreprises au sein d'un groupement contractant permet, selon l'Inspection générale des Finances, « *de trouver un optimum entre la conception architecturale et les choix techniques retenus, en particulier pour la phase d'exploitation.* »

Ensuite, dans le cadre d'un contrat de partenariat, la personne publique peut théoriquement bénéficier d'une **procédure d'exécution plus rapide**, en raison de l'association de la conception et de la réalisation, par comparaison avec un contrat passé en loi MOP. Ainsi, le contrat de partenariat peut offrir, au moins en théorie, une « *assurance plus forte du respect des délais* ». Les rares études existantes semblent confirmer cet avantage, les travaux réalisés dans le cadre d'un contrat de partenariat étant finalisés dans les délais impartis.

Par ailleurs, **les coûts sont plus prévisibles** pour la puissance publique et le partage des risques apparaît également plus équilibré. Comme le constate l'Inspection générale des Finances, le contrat de partenariat apporte « *une certaine garantie, en phase de construction, contre d'éventuelles dérives de délais et de coûts* ». De surcroît, les montants d'investissements d'une opération réalisée en contrat de partenariat n'étaient pas, jusqu'en 2010¹, enregistrés au bilan des pouvoirs adjudicateurs, ce qui permettait de **consolider une partie de l'endettement** réalisé au titre des opérations d'investissement. Désormais, l'intégration de la valeur de l'actif dans les comptes des collectivités territoriales et la reconnaissance d'un montant équivalent en dette publique visent à donner une image plus sincère et fidèle

¹ Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 14 applicable aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif ; Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 52 des départements et de leurs établissements publics administratifs ; Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 71 des régions.

de la situation des comptes des collectivités. Cette modification comptable est consécutive à la mise en œuvre par EUROSTAT du SEC 2010 (Système européen de comptabilité nationale et régionale), qui a voulu combattre les opérations d'externalisation comptable menées par certains États membres (ou leurs collectivités) souvent doublées par un jeu comptable qualifiant ces partenariats public-privé d'investissements alors que la rémunération par les personnes publiques des opérateurs privés de partenariats public-privé est une dépense de fonctionnement¹. Le SEC 2010 s'appliquera complètement à compter de septembre 2014 ; EUROSTAT conduira deux vagues d'enquêtes par an auprès des administrations nationales et locales pour contrôler le fonctionnement et la traduction comptable des partenariats public-privé.

De même, le contrat de partenariat permet un **étalement dans le temps de la dépense de rémunération de l'opérateur privé**, évitant ainsi de mobiliser sur une seule opération le budget d'investissement annuel ainsi que la **sécurisation des montants liés à l'entretien et à la maintenance** de l'ouvrage, ce qui permet d'éviter tout risque de régulation budgétaire sur les dépenses d'entretien. En effet, comme les loyers à verser au titulaire du contrat de partenariat résultent d'un engagement contractuel, ils constituent des dépenses obligatoires pour la personne publique.

Le contrat de partenariat permet, selon ses défenseurs, de lever la contrainte budgétaire et donc, d'accélérer la réalisation d'investissements publics et de bénéficier d'effets d'échelle ou de série sur les coûts de réalisation.

Enfin, en recourant à un contrat global avec un partenaire privé allant de la conception à l'exploitation d'un ouvrage, la personne publique confie à son prestataire des missions de maintenance dont elle se désengage alors et dont elle estime qu'elles sont mieux assurées par cette dernière. Le prestataire privé est également soumis au respect de critères de performance, sous le contrôle de la personne publique. **Le bénéfice de gains d'efficience par la personne publique est aussi lié à l'apport, dans des domaines techniquement complexes, de compétences spécialisées dont la personne publique ne disposerait pas.**

¹ Le SEC 2010 définit les partenariats public-privé comme « des contrats de longue durée entre deux unités dans le cadre desquels une unité acquiert ou produit un actif ou un ensemble d'actifs, l'exploite pendant une période donnée, avant de le transférer à une autre unité. De tels contrats sont généralement conclus entre une personne privée et une administration publique, mais d'autres combinaisons sont possibles, par exemple une société publique peut être une des deux unités, ou encore une institution privée sans but lucratif peut être la seconde unité ». Sont exclus de cette définition et donc du champ de l'enquête les partenariats public-privé comprenant une phase de maintenance ou les contrats dans lesquels le partenaire privé est directement rémunéré par les redevances perçues sur les usagers.

C. UN OUTIL À HAUT RISQUE POUR LA PUISSANCE PUBLIQUE

La formule du contrat de partenariat conduit d'une certaine manière à un renoncement par la personne publique à sa compétence de maîtrise d'ouvrage, au profit « d'une formule « clés en mains » rassurante, mais aussi infantilisante »¹. Le contrat de partenariat représenterait une forme de simplicité contractuelle par opposition à la complexité qui serait inhérente à la maîtrise d'ouvrage publique.

Toutefois, elle présente **plusieurs inconvénients** pour les personnes publiques, l'État ou les collectivités territoriales dont les conséquences pour les générations futures peuvent s'avérer très néfastes, d'autant plus que les personnes publiques développent un « syndrome d'addiction ». Les personnes publiques ayant délégué de manière durable ces missions à un partenaire privé sans conserver l'ingénierie publique nécessaire sont dès lors tenues de s'en remettre à leur partenaire privé pour l'exercice de ces missions. Toute volonté de la personne publique de reprendre la maîtrise d'ouvrage pour des projets similaires présente un coût dissuasif pour elle.

1. Une bombe à retardement budgétaire souvent ignorée

La principale motivation de recours à un contrat de partenariat est en fait d'ordre budgétaire et financier. Il faut rappeler à cet égard que ceux-ci se sont développés dans un contexte macroéconomique budgétaire qui favorisait les montages à fort effet de levier financier et permettait de limiter très significativement le surcoût du financement public vis-à-vis du financement privé. Dès lors, l'intégration de tous les volets d'un projet, y compris celui du financement, dans un unique contrat global pouvait faire sens. Le contexte budgétaire et financier étant aujourd'hui différent, vos rapporteurs souhaitent s'arrêter sur les différents risques auxquels peuvent être confrontés les personnes publiques utilisant un contrat de partenariat.

L'analyse des évaluations préalables, les données souvent biaisées en faveur des contrats de partenariat et l'absence d'information relative à la soutenabilité budgétaire des engagements montrent que la personne publique, en particulier les collectivités territoriales, se contentent d'analyser les enjeux immédiats d'un projet passé en contrat de partenariat sans apprécier l'ensemble des risques sur toute la durée du contrat.

Les risques sont d'autant plus forts que le contrat de partenariat peut devenir au fil du temps un « carcan » contractuel même s'il est plus facile à faire évoluer qu'une délégation de service public, par exemple.

L'insuffisance de la prise en compte des enjeux financiers liés à un contrat de partenariat s'apparente à une « bombe à retardement » pour les

¹ « Contrats de partenariat : un outil dérogatoire à haut risque » de MM. Yvon Goutal et Vincent Touchard, *La Gazette des communes*, 19 novembre 2012.

générations futures. Philippe Seguin, alors premier Président de la Cour des Comptes, avait comparé, en 2009, les risques liés aux contrats de partenariat pour les personnes publiques à ceux du crédit revolving pour les particuliers. Prenant l'exemple du centre des archives diplomatiques du ministère des Affaires étrangères, la Cour des comptes constatait que l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public se traduisait par 41 % de surcoût à la charge du contribuable, si bien qu'elle invitait les pouvoirs publics « à une réflexion approfondie sur l'intérêt réel de ces formules innovantes »¹. Et Philippe Seguin de conclure peu avant son décès : « De façon générale, on peut dire que l'État a fait preuve, dans toutes ces opérations, d'une *myopie coûteuse* ».

a) *Un double risque de rigidification et d'éviction des budgets des personnes publiques*

Si le contrat de partenariat permet une certaine visibilité et, *de facto*, une sanctuarisation de la dépense publique sur une longue période, il fait également peser un **double risque de rigidification et d'éviction** sur le budget des personnes publiques.

Comme l'a indiqué l'Inspection générale des Finances, le recours à un contrat de partenariat « *contraint sur plusieurs décennies les budgets des administrations publiques en augmentant la part de leurs dépenses dites « rigides », c'est-à-dire inévitables, et en limitant leurs capacités de redéploiement* ». Ainsi, un contrat de partenariat crée « *un effet d'inertie qui intervient, par ailleurs, sur des budgets publics déjà marqués par la prédominance de dépenses peu flexibles* ».

Pour les collectivités territoriales, la rigidification de la dépense issue des contrats de partenariat est accrue par la règle d'or qui les empêche de recourir à l'emprunt pour équilibrer leur dépense de fonctionnement (les contrats de partenariat étant financés sur le budget de fonctionnement -paiement de la redevance- et non d'investissement). En d'autres termes, les budgets locaux sont sous la double contrainte de la règle d'or et des engagements passés, ce qui restreint les marges de manœuvre de la collectivité dans ses dépenses de fonctionnement. Ainsi, estime l'Inspection générale des finances, le recours à un contrat de partenariat « *représente un risque budgétaire considérable, faisant peser de nouvelles dépenses pour plusieurs décennies sur un budget déjà très contraints* ».

Par ailleurs, le phénomène de rigidification de la dépense publique est d'autant plus dommageable sur le long terme qu'il conduit à concentrer d'éventuels resserrements budgétaires sur les programmes d'investissements futurs ou sur les budgets d'entretien et maintenance des équipements publics ayant fait l'objet d'une acquisition selon les procédures traditionnelles et d'une exploitation d'un service en régie.

¹ Rapport public annuel de la Cour des comptes, février 2008.

Le corolaire de la rigidification de la dépense publique est l'effet d'éviction sur les autres dépenses de fonctionnement. En effet, pour dégager les ressources suffisantes pour le paiement des loyers de leurs contrats de partenariat, les personnes publiques sont souvent contraintes de redéployer des moyens, voire le plus souvent de réduire leurs dépenses de fonctionnement ou d'investissement consacrées à d'autres projets. L'exemple du budget de la direction de l'administration pénitentiaire est à cet égard particulièrement éclairant.

**L'effet d'éviction des dépenses extérieures au contrat de partenariat :
l'exemple du budget de l'administration pénitentiaire**

La Cour des comptes en 2011¹ a constaté que « *La Cour avait déjà noté dans son rapport public thématique de 2010 la forte rigidité du budget de la direction de l'administration pénitentiaire, conduisant à fléchir certaines dotations votées en loi de finances sans réelle possibilité d'ajustement en cours de gestion (gestion déléguée ; santé des détenus ; placement sous surveillance électronique ; loyers budgétaires ; contrats de partenariat ; subvention versée à l'ENAP).*

La part des dépenses incompressibles n'a cessé de croître ces dernières années : elle représente désormais 50 % du budget (soit 511 M€), contre à peine 34 % il y a trois ans (290 M€). Cette augmentation est due à l'importance prise par les crédits destinés à la gestion déléguée ainsi que pour les loyers versés pour les PPP. L'application de la mise en réserve vient aggraver les tensions. »

Ainsi, toujours selon la Cour des comptes, « *au cours des années récentes, la montée en charge des dépenses relatives à la gestion déléguée et aux PPP, désormais supérieures aux dépenses de gestion publique, a entraîné une vive progression des dépenses de fonctionnement* » conduisant ainsi à un réel risque d'effet d'éviction sur les autres dépenses de fonctionnement de l'administration pénitentiaire.

b) La croyance d'une possibilité d'investissement supérieure à ses capacités d'endettement

Le contrat de partenariat est souvent conçu comme un instrument de facilité par l'État mais aussi par les collectivités territoriales, qui leur permettrait d'investir au-delà de leurs possibilités budgétaires et financières en raison de la possibilité de bénéficier d'un paiement différé.

Or, ainsi que l'a rappelé la Cour des comptes, les investissements réalisés par la personne privée dans le cadre d'un contrat de partenariat « *correspondent en réalité à un endettement public et devront faire l'objet de remboursements par la puissance publique.* » S'agissant des contrats de partenariat du plan Hôpital 2007, elle a constaté que « *les responsables des hôpitaux ont été sensibles au fait que le recours au partenariat public-privé préservait leurs capacités d'investissements ou leur permettait de continuer à investir alors même qu'ils avaient épuisé leurs capacités d'emprunts.* »²

¹ Communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale sur les partenariats public-privé pénitentiaires, octobre 2011.

² Rapport public annuel 2014, « Les partenariats public-privé du plan Hôpital 2007 : une procédure mal assurée », Cour des comptes, février 2014.

Le constat est similaire dans le cadre du plan Campus. Le rapport de la mission nationale d'évaluation de l'opération Campus¹ a mis en évidence la commodité que constitue, pour assurer le financement de plusieurs opérations simultanément, un paiement différé de celles-ci.

Dans son rapport de 2012, le conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) estime que le coût de l'infrastructure et de son exploitation étant réparti sur l'ensemble de la durée du contrat, cet étalement de la dépense budgétaire aboutit à minimiser la perception de la dépense publique, ce qui pousserait à « déresponsabiliser » les décideurs publics, même si **le CGEDD note que le fait de rendre la dépense publique plus aisément supportable ne saurait constituer en soi un inconvénient** : payer un investissement selon un rythme parallèle à celui du service qu'il apporte à la collectivité est satisfaisant du point de vue de la théorie économique.

c) La difficulté d'évaluer le coût réel d'un contrat de partenariat

Il est difficile d'apprécier le coût final d'un contrat de partenariat.

En effet, les coûts finaux des opérations en contrats de partenariat font l'objet d'estimations. Les modèles utilisés sont complexes et les formules de calcul prenant en compte un certain nombre d'éléments et d'événements variables dans le temps rendent incertain le montant final des opérations à horizon de 20 ou 30 ans. **Des estimations réalisées sur plusieurs projets montrent un quasi-doublement des charges à payer sur le long terme par rapport au montant de l'investissement équivalent qui serait réalisé en MOP**, étant entendu que le périmètre de ce qui est financé n'est plus le même et que les comparaisons restent difficiles.

Les conclusions du rapport de la mission nationale d'évaluation de l'opération Campus sont explicites. Les charges qu'auront à supporter les universités ne diminueront pas alors même que les projets menés auraient dû ou devraient conduire à optimiser l'exploitation des surfaces utilisables et à limiter les coûts de locaux devenus plus performants au plan énergétique.

En outre, sur le plan théorique, lors de la signature d'un contrat de partenariat, la personne publique bénéficie d'un prix ferme et ne court pas de risque quant à la soutenabilité budgétaire des loyers. Toutefois, **lors de l'établissement des évaluations préalables, le coût final du financement n'est que supposé**. Les risques d'évolutions défavorables des marchés financiers sont d'autant plus probables que la situation de ces marchés est instable. Cette instabilité incite souvent les candidats à un contrat de partenariat à prévoir des offres avec un financement partiellement connu, incluant des clauses de taux variable en fonction des conditions de marché. En d'autres termes, même lorsque la personne publique sélectionne un

¹ Rapport de la mission nationale d'évaluation de l'opération Campus (juillet - octobre 2012), présidée par M. Roland Peylet, conseiller d'État et remis à la Ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche.

candidat à l'issue d'un dialogue compétitif, elle n'est pas en mesure de connaître les conditions exactes du financement et donc, *in fine*, la charge budgétaire réelle liée au contrat de partenariat. Par ailleurs, le prestataire privé ne bénéficie pas des mêmes conditions d'emprunt sur les marchés que la personne publique ; dès lors, celui-là aura tendance de répercuter sur celle-ci ce désavantage structurel, ce qui participe au coût élevé supporté par le maître d'ouvrage.

Ce constat est renforcé par le fait que la crise financière a conduit à une diminution de la rentabilité des banques qui sont incitées à augmenter leurs marges. De surcroît, le renforcement de la réglementation prudentielle, prévue par le comité de Bâle, restreint également la capacité de financement des établissements de crédits. Dès lors, le financement bancaire traditionnel des projets faisant l'objet d'un contrat de partenariat peut se trouver lourdement menacé, selon l'Inspection générale des Finances, par « *des exigences de garanties démesurées de la part des établissements bancaires, qui font peser des risques importants sur les acheteurs publics.* »

Enfin, les contrats de partenariat se caractérisent par un **manque de transparence, source de coûts souvent ignorés par les personnes publiques**. En effet, en raison de sa structure même, le contrat de partenariat ne favorise pas la transparence entre les deux partenaires : la personne publique ne connaît pas forcément tous les frais d'intermédiation ou d'ingénierie qui lui sont ensuite imputés.

2. Un outil souvent mal adapté aux projets

Une mauvaise définition initiale des besoins de la personne publique peut aboutir à la signature d'un contrat de partenariat source de risques juridiques et financiers importants face auxquels elle n'est pas toujours préparée. Surtout, un tel contrat peut conduire à une **potentielle inadéquation avec les besoins escomptés et nuire à la qualité du service public**.

Les auditions menées par vos rapporteurs ont mis en exergue que le recours à un contrat de partenariat n'était pas le plus adapté pour certains projets : en particulier, certains équipements construits par la voie des contrats de partenariat se sont avérés surdimensionnés par rapport à l'échelle locale et aux besoins de la personne publique. Le contrat de partenariat a souvent été choisi par les collectivités territoriales pour des projets non adaptés, en méconnaissance du fait qu'en vertu de la loi, ce type de contrat devait rester l'exception.

Le rapport de la mission nationale d'évaluation du plan Campus a estimé que le recours au contrat de partenariat a été posé comme une **condition préalable à la réalisation des opérations immobilières** financées à ce titre. Cette injonction a été mal reçue par de nombreux acteurs, en raison notamment de l'inadaptation du recours systématique à certaines

opérations pour lesquels une opération en maîtrise d'ouvrage publique s'avérait plus adaptée.

Une explication à ce surdimensionnement peut résider dans la plasticité des critères de recours à un contrat de partenariat. En effet, le recours à un contrat de partenariat pour des raisons de complexité peut inciter la personne publique à accroître artificiellement le champ du contrat et le niveau d'exigences du projet afin de répondre à ce critère. L'Inspection générale des Finances a relevé que « *certaines projets comme ceux d'éclairage public, a priori basiques, étaient artificiellement rendus plus complexes par ajouts de prestations connexes* ». L'urgence, quant à elle, était souvent motivée par la volonté de réaliser un projet avant une échéance électorale. **L'Inspection générale des Finances a ainsi mis en évidence un lien certain entre le recours à un contrat de partenariat et le cycle électoral municipal.**

3. Les problèmes posés par la fréquente insuffisance des compétences appropriées au sein de la personne publique

Les collectivités territoriales, en particulier les plus modestes d'entre elles, ne disposent pas des ressources internes suffisantes pour négocier avec des grands groupes disposant de l'appui de plusieurs conseils. C'est pourquoi le recours à un contrat de partenariat est souvent source de risques juridiques et financiers particulièrement élevés pour les personnes publiques ne disposant pas des mêmes armes que le partenaire privé.

Dans le cadre des partenariats public-privé du plan Hôpital 2007, la Cour des comptes a estimé que la direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins était « *restée en retrait de ce dossier au profit de structures ad hoc* » qui, elles-mêmes, ont vu leur rôle limité à la publication de recommandations et de documents de référence. Par ailleurs, la Cour des comptes a déploré l'absence de campagne de formation préalable à l'exception de journées de formation.

La mission conduite par M. Peylet a identifié deux points névralgiques dont dépendent la célérité et le bon déroulement des opérations : le pilotage et l'ingénierie de projet. Or elle a constaté que les moyens des pôles de recherche et d'enseignement supérieur (PRES) s'avèrent souvent insuffisants, notamment lors du passage de la conception à la réalisation, ces structures n'ayant pas vocation à suivre ce type d'opération.

Vos rapporteurs ont également constaté que la Mappp n'étant saisie que d'une minorité de projets, sa saisine par les collectivités territoriales n'étant que facultative, elle ne permet pas de minimiser les risques de contentieux pour les collectivités locales.

De même, le **contrôle de légalité** effectué par les préfetures n'est pas assuré de façon satisfaisante, alors même que ces contrats relèvent

pourtant des actes prioritaires de la stratégie nationale en matière de contrôle de légalité. Le contrôle budgétaire se limite souvent à un simple contrôle de la régularité et du respect des règles d'enregistrement budgétaires et comptables. **Il ne porte nullement sur la soutenabilité budgétaire du recours à un contrat de partenariat, question pourtant centrale dans un contexte de raréfaction de la ressource budgétaire.** Enfin, l'Inspection générale des Finances a regretté l'absence de sollicitation, par les collectivités territoriales, des directions départementales et régionales des finances publiques, malgré le rôle de conseil de ces dernières.

4. Un risque contentieux proportionnel à la taille du projet

Comme pour tous les contrats publics, les recours contentieux éventuels sont nombreux et peuvent viser aussi bien le contrat que les actes détachables (notamment les délibérations de la collectivité ou le permis de construire). Le risque pour le titulaire du contrat est particulièrement élevé, qu'il s'agisse de l'annulation du contrat avant qu'il ait reçu la moindre rémunération, mais aussi des retards accumulés du fait du contentieux (risque de pénalités, de retard dans sa rémunération) voire du retrait du financeur qui ne s'engage totalement qu'une fois purgés tous les recours. Le risque est également sérieux pour la personne publique qui peut se trouver contrainte, en cas d'annulation, de devoir indemniser lourdement l'entreprise sans avoir le bénéfice de la réalisation de l'ouvrage.

Il paraît difficile de légiférer spécifiquement pour doter ce type de contrat d'un régime contentieux différent de celui des autres contrats de droit public. Il reste à s'en remettre à l'interprétation par le juge des règles de procédure. De ce point de vue, la jurisprudence récente du Conseil d'État¹, tirant les conclusions de celle de ces dernières années², semble vouloir restreindre sérieusement les recours des tiers contre les actes détachables et poser des conditions contraignantes quant à l'intérêt à agir pour leur accès au recours de plein contentieux. Mais cette jurisprudence ne constitue pas une protection suffisante contre les aléas du contentieux.

D. UN EFFET D'ÉVICTION DES PME-TPE

Si le modèle du contrat de partenariat a des incidences pour les co-contractants – à la fois le pouvoir adjudicateur et son partenaire privé –, il a des implications particulièrement fortes à l'égard de tiers aux contrats, notamment les entreprises qui sont *de facto* évincées de la sélection.

¹ Conseil d'État, 4 avril 2014, Département du Tarn-et-Garonne, n° 358994

² Conseil d'État, 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, n° 291545 ; Conseil d'État, 28 décembre 2009, Commune de Béziers n° 304802 ; Conseil d'État, 21 mars 2011, Commune de Béziers n° 304806.

Vos rapporteurs relèvent d'ailleurs un paradoxe : inspirés par une logique de transfert au secteur privé d'activités pour mettre fin au monopole public sur leur prise en charge, ces contrats aboutissent *in fine* à une **situation oligopolistique dans le secteur concurrentiel**, seule une poignée de grands groupes étant en capacité de répondre à la procédure de sélection.

MM. Lichère et Marty résument ainsi la situation : « *En concentrant la demande publique au travers d'un contrat global de long terme, le [contrat de partenariat] conduit sinon à réduire l'accès des PME à la commande publique, du moins à les placer sous la dépendance des grandes entreprises* ».

1. Des contrats de partenariat captés par un oligopole

En effet, la conclusion de contrats de partenariat n'est pas neutre pour le secteur concurrentiel. Sans expliquer à eux seuls les difficultés d'accès des petites et moyennes entreprises (PME), voire des très petites entreprises (TPE), à la commande publique, les contrats de partenariat peuvent néanmoins constituer un obstacle supplémentaire pour ces entreprises.

Vivement critiquée par les représentants des PME et TPE lors de leur audition, cette situation a été relativisée par d'autres personnes entendues par vos rapporteurs. Pourtant, un constat s'impose : le contrat de partenariat interdit davantage l'accès des PME et TPE à la commande publique, les reléguant dans une situation de sous-traitance sans leur assurer les garanties qui s'y attachent dans le cadre d'un marché public.

Lors de son audition, la confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment (CAPEB) a également insisté sur le blocage que ce type de contrat induisait pour les petites entreprises du bâtiment. Selon ses représentants, « *le libre jeu de la concurrence est directement menacé puisque seules quelques grandes entreprises sont en mesure de s'organiser pour répondre à ces contrats* », directement ou par la voie de leurs filiales qui « *disposent de l'appui en moyens de la maison mère* ».

Le syndicat national du second œuvre (SNSO) a ainsi fait valoir que dans le cadre d'un contrat de partenariat, « *l'opérateur privé doit apporter le financement nécessaire à la réalisation de l'ouvrage et à son entretien sur une période donnée* ». Or « *cette obligation à apporter les fonds est, par nature, quasiment inaccessible à une PME* » en raison principalement de sa sous-capitalisation.

Cette problématique est inhérente à ce type de contrat. Dès l'examen de l'habilitation du Gouvernement à créer par ordonnance ces nouveaux contrats de partenariat, notre collègue Bernard Saugey, alors rapporteur du projet de loi, avait identifié cette difficulté.

**Extrait du rapport n° 266 (2002-2003) de M. Bernard Saugey
sur le projet de loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit**

Invitant votre commission des lois à adopter l'habilitation à introduire en droit français les contrats de partenariat, le rapporteur formulait alors des recommandations à destination du Gouvernement pour éviter une éviction des PME et des architectes de l'accès à la commande publique.

« Si la création de nouvelles formes de contrats permettant le développement du partenariat public-privé en France s'avère pleinement justifiée, votre rapporteur souhaite toutefois rappeler qu'il est indispensable de prévoir des solutions pour que les petits entrepreneurs et les architectes ne soient pas pénalisés.

Une place devra être assurée pour les architectes dans ces contrats globaux, afin de préserver une certaine reconnaissance de leur fonction et maintenir la qualité architecturale des constructions.

Concernant les petites et moyennes entreprises et notamment les artisans, il conviendra que le gouvernement mette en place des dispositifs évitant qu'ils puissent être écartés systématiquement de ces nouveaux contrats.

Avec la remise en cause de l'allotissement, les petits entrepreneurs auront en effet grand peine à gagner ce type de contrats. En revanche, ils pourront toujours participer aux marchés obtenus par les grandes entreprises par le biais de la sous-traitance, avec toutes les difficultés que cela peut également comporter.

Il est en particulier courant que les entreprises générales fassent travailler en sous-traitance les mêmes petites et moyennes entreprises, et notamment les artisans, les autres se trouvant de ce fait systématiquement exclues des marchés publics.

Malgré un fort ancrage local qui pourrait jouer à leur avantage dans le domaine de la maintenance, les petites et moyennes entreprises craignent d'être exclues du champ ouvert par ces contrats en matière de commande publique. »

2. Des PME non sélectionnées en raison du caractère global du contrat

Au cours des auditions, plusieurs objections ont été apportées à ces critiques et au constat selon lequel le contrat de partenariat favoriserait par nature les grands groupes que sont Vinci, Eiffage et Bouygues.

D'une part, les difficultés d'accès à la commande publique pour les PME-TPE s'expliqueraient par l'importance des projets qui font l'objet d'un contrat de partenariat, ce dont vos rapporteurs conviennent. À cet égard, quel que soit le montage juridique retenu, un projet d'ampleur comme la construction du site de Balard ou du Palais de Justice de Paris n'est pas en soi accessible à une PME. De même, comme le relevaient lors de leur audition les représentants de conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD), la construction d'une ligne à grande vitesse qu'elle soit réalisée *via* un contrat de partenariat ou en maîtrise d'ouvrage publique ne s'adresse pas, à titre principal, aux PME.

D'autre part, les PME pourraient soumettre une candidature par la voie d'un groupement qui réunirait l'ensemble des entreprises nécessaires

pour répondre à la procédure de sélection. En s'unissant, elles pourraient se porter candidates aux côtés des grands groupes avec la chance d'être retenues.

Cependant, cette possibilité ne résout pas l'ensemble des difficultés structurelles des PME, notamment parce que le groupement candidat ne dispose pas, le plus souvent, de l'ingénierie suffisante et qu'il éprouve des difficultés pour s'associer à un partenaire financier. **Les PME et TPE ont un accès très difficile aux contrats de partenariat, même de taille réduite.**

En effet, les contrats de partenariat ajoutent en eux-mêmes un frein supplémentaire en raison de leur caractère global. La CAPEB le résume ainsi : « *ce n'est pas parce qu'un contrat de partenariat serait de petite taille, qu'une TPE ou une PME deviendrait plus facilement titulaire d'un contrat de partenariat* ». La conclusion de contrats de partenariat suppose une ingénierie juridique, financière, technique et commerciale qui n'est pas aisément à la portée des PME, et ce, quel que soit le montant du contrat de partenariat.

Vos rapporteurs sont attachés à l'accès des PME et TPE à la commande publique, ce que les contrats de partenariat freinent, y compris sur les projets modestes qui pourraient être réalisés selon une autre formule contractuelle plus accessible pour ces entreprises. À leurs yeux, le contrat de partenariat n'a pas été conçu pour la construction, l'exploitation et la maintenance d'un équipement modeste (piscine, gymnase, école, etc.). Aussi leur a-t-il paru nécessaire de réserver les contrats de partenariat à des projets d'une taille critique suffisante.

3. Des PME réduites aux fonctions de « sous-traitance »

Une fois le contrat de partenariat attribué à un grand groupe, les PME et TPE ne peuvent participer à son exécution que comme sous-traitant du partenaire privé. À la différence d'un marché public qui leur serait attribué directement, elles ne sont pas liées contractuellement avec la personne publique mais avec le partenaire privé.

Quelques exemples de part « sous-traitée » aux PME

Dans la contribution qu'il a laissée à vos rapporteurs, le groupe Vinci fait valoir qu'il s'attache à laisser une part d'exécution aux PME locales. Le groupe Vinci prend pour exemple le contrat de partenariat pour l'automatisation de trente-un barrages de l'Aisne et de la Meuse pour lesquels il s'est engagé à confier à des PME, répartie ainsi :

- 16 % pour la construction auxquels il faut ajouter 10 % confiés par le constructeur aux PME ;
- 12,5 % pour l'exploitation et la maintenance ;
- 50 % pour les travaux de gros entretien.

De son côté, le groupe Bouygues construction relève que les engagements contractuels qu'il prend afin de confier à des PME une part d'exécution du contrat de partenariat ont toujours été respectés, ne donnant lieu à aucune pénalité. Il cite ainsi

l'opération relative aux « collègues du Loiret » conclue en avril 2013 pour laquelle la part « sous-traitée » s'élève à 53 % lors de la phase de conception et de construction alors que le contrat de partenariat n'en prévoyait que 48 %. À titre d'exemples toujours, le groupe Bouygues construction cite ; parmi les projets de bâtiments remportés par leurs filiales françaises depuis fin 2011, la part qu'elles s'étaient engagées à réserver aux PME durant la phase de conception et de construction, à savoir notamment :

- 25 % du coût des investissements pour l'université de Bourgogne en mai 2013 ;
- 30 % du coût des investissements initiaux pour la cité municipale de Bordeaux en décembre 2011 ;
- 40 % du coût d'investissement pour les lycées de Lorraine en novembre 2011 ;
- 25 % du coût d'investissement pour la construction du tribunal de grande instance de Paris en février 2012.

Lors de leur audition, le SNSO et la CAPEB ont, à l'unisson, dénoncé les inconvénients qui résultaient de cette situation pour les PME et les TPE. Le partenaire privé choisit librement les entreprises auxquelles il fait appel. La situation entre ce dernier et les entreprises qu'il sollicite paraissent à ces organisations déséquilibrées provoquant, selon les termes du SNSO, une véritable « *prédation commerciale* ». Et la CAPEB de préciser que « *les petites entreprises du bâtiment n'ont pas de pouvoir de négociation et doivent alors accepter d'exécuter le marché dans des conditions « à prendre ou à laisser* » ».

La relation entre le partenaire privé et la personne publique n'est pas, contrairement aux marchés publics, placée dans le cadre du code des marchés publics, cadre jugé « *protecteur* » par la CAPEB lors de son audition.

À cet égard, les dispositions introduites en 2004 en faveur d'une participation des PME à l'exécution des contrats de partenariat apparaissent minimalistes, voire purement symboliques. Si des règles plus favorables peuvent être introduites sous l'impulsion de pouvoirs adjudicateurs plus volontaristes, leur absence de systématisation rend insuffisante l'attention portée aux PME lors de la conclusion de ces contrats de partenariat.

4. Une minoration de la prise en compte de la spécificité des métiers

Les contrats de partenariat aboutissent à une minoration de la prise en compte de la spécificité des métiers.

Le fait de recourir au contrat de partenariat a pour conséquence que le choix porte sur des agrégats. Chaque agrégat comprend : le financement du projet, sa conception architecturale, sa construction, tous corps d'États confondus (ce qui peut représenter vingt ou trente entreprises), son exploitation, sa maintenance, son entretien - et donc un ensemble d'entreprises vouées à ces trois dernières fonctions.

Les représentants des grands groupes, titulaires de la plupart des contrats de partenariat, et les adeptes de cette formule font valoir l'intérêt

d'une telle intégration des différentes fonctions. C'est un aspect des choses qui doit être pris en compte.

Il a ainsi été fait observer à vos rapporteurs que s'agissant des constructions universitaires, alors que celles-ci sont, au départ, de qualité leur maintenance et leur entretien laissent à désirer au motif que les décideurs universitaires choisiront d'investir dans des équipements nécessaires pour la recherche plutôt que dans la maintenance ou l'entretien des bâtiments. Avec le contrat de partenariat - font-ils observer - l'exploitation, la maintenance et l'entretien sont prévus au départ. Ces missions figurent dès l'origine dans le contrat et l'engagement selon lequel elles seront effectivement assumées est pris pour le long terme.

Au regard de cet avantage, il faut prendre aussi en compte les lourds inconvénients qu'entraîne cette procédure par rapport à la spécificité des métiers - et aux choix qualitatifs susceptibles d'être effectués.

Dans un marché public classique, il y a mise en concurrence pour chaque fonction, pour chaque métier. Chaque mise en concurrence vise à permettre le choix de la candidature optimale pour chaque fonction ou chaque métier. La procédure est lourde, longue, mais garantit une série de choix qualitatifs en même temps qu'elle garantit l'égal accès de toutes les entreprises à la commande publique.

Toutes les entreprises participantes sont souverainement choisies par le grand groupe candidat au contrat de partenariat. Rien ne garantit que chacune soit la meilleure pour la fonction considérée.

Comme le grand groupe définit les prix et les prestations, les entreprises se trouvent dans une situation de dépendance très contraignante.

Et au total rien ne garantit que chaque agrégat proposé pour la mise en concurrence en vue d'être titulaire du contrat de partenariat représente une combinaison optimale de trente, quarante ou cinquante entreprises - de la banque qui financera aux entreprises qui assureront l'entretien.

Il est, au contraire, évident que de tels agrégats ont peu de chance de correspondre aux configurations optimales.

C'est l'un des principaux inconvénients et l'une des plus grandes limites - avec les lourdes conséquences financières induites - des contrats de partenariats et des partenariats public-privé.

III. REVENIR À UN ENCADREMENT STRICT DU RECOURS À DES CONTRATS DE PARTENARIAT

A. PRÉCISER LES CRITÈRES DE RECOURS D'UN CONTRAT DE PARTENARIAT

Le contrat de partenariat a été conçu et doit demeurer un contrat dérogatoire pour des projets exceptionnels. Vos rapporteurs insistent sur le principe selon lequel une personne publique – État ou collectivités territoriales – ne devrait recourir à un tel contrat que si, et seulement si, les outils traditionnels de la commande publique, sont inapplicables ou inadaptés à certains projets.

Pour répondre à cet objectif, vos rapporteurs proposent, d'une part, de définir précisément les critères de l'urgence et de la complexité et, d'autre part, de supprimer le critère de l'efficience économique.

1. Réviser les critères de la complexité et de l'urgence

Vos rapporteurs considèrent que la complexité doit être réservée aux situations exceptionnelles. Aujourd'hui, la complexité ne recouvre pas seulement la complexité technique ou fonctionnelle mais également contractuelle ou financière. Ainsi, ce critère apparaît d'autant plus facilement rempli que la complexité du montage contractuel est mise en avant pour justifier le recours à un contrat de partenariat. **Le recours à un contrat de partenariat a ainsi pu être justifié par la complexité même du contrat – ce qui constitue un véritable détournement de procédure.**

Pour encadrer le recours à ce critère, vos rapporteurs proposent de s'inspirer de la définition de la complexité du considérant 31 de la directive européenne 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (plus précise que le deuxième alinéa de l'article 36 du code des marchés publics qui définit la « complexité » en cas de recours au dialogue compétitif) qui qualifie une situation de « complexe » lorsque **la personne publique est dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire ses besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières et juridiques.** Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'importantes infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance. En d'autres termes, il s'agit de **restreindre ce critère à la complexité intrinsèque d'un projet.**

Considérant 31 de la directive européenne 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

« Les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes peuvent, sans qu'une critique puisse leur être adressée à cet égard, être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières/juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'importantes infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance. Dans la mesure où le recours à des procédures ouvertes ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, il convient donc de prévoir une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché. Toutefois, cette procédure ne doit pas être utilisée de manière à restreindre ou fausser la concurrence, en particulier par des modifications d'éléments fondamentaux des offres ou en imposant des éléments nouveaux substantiels au soumissionnaire retenu, ou en impliquant tout autre soumissionnaire que celui ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse. »

Recommandation n° 1

Préciser la définition du critère de complexité

Dans le même esprit, vos rapporteurs proposent également de mieux encadrer le critère de l'urgence. Alors que la loi du 28 juillet 2008 et la jurisprudence du Conseil d'État du 23 juillet 2010 ont élargi les cas d'urgence, vos rapporteurs estiment, pour renforcer le caractère dérogatoire des contrats de partenariat, nécessaire de **se référer à la notion d'urgence impérieuse définie par la jurisprudence administrative, comme résultant de circonstances imprévisibles pour la personne publique et n'étant pas de son fait.**

Cette précision doit éviter que la personne publique puisse se prévaloir de sa propre turpitude pour justifier le recours à un contrat de partenariat.

L'urgence impérieuse est par ailleurs définie à l'article 31 de la directive européenne 2004/18/CE qui précise qu'elle « *résulte d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs* » et que « *les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs.* »

Recommandation n° 2

Préciser la définition du critère de l'urgence

2. Supprimer le critère de l'efficacité économique

Quant au critère d'efficacité économique, son manque de précision favorise le recours à un contrat de partenariat sur des données qu'il est souvent difficile d'objectiver ou de contre-expertiser. **Il présente en effet un caractère très arbitraire**, en raison de la définition très large qu'il recouvre. En outre, d'après les éléments recueillis par vos rapporteurs, ce critère semble apparemment peu utilisé.

C'est pourquoi vos rapporteurs proposent de supprimer ce critère comme condition de recours à un contrat de partenariat, ce qui conduirait ainsi à revenir aux critères initiaux validés par la jurisprudence constitutionnelle.

Recommandation n° 3

Supprimer le critère de l'efficacité économique pour justifier le recours à un contrat de partenariat

Vos rapporteurs précisent que la suppression de ce critère ne doit pas conduire les personnes publiques à écarter toute réflexion sur l'efficacité économique d'un projet. Il ne doit plus être considéré comme une condition suffisante du recours à un contrat de partenariat.

B. RENDRE EFFECTIF L'ACCÈS DES PME-TPE À LA COMMANDE PUBLIQUE

Dans l'esprit de vos rapporteurs, les effets d'éviction des contrats de partenariat pour les PME et TPE doivent être réduits dans la mesure du possible.

Le caractère global du contrat de partenariat s'oppose par construction au principe d'allotissement, plus favorable aux PME et TPE. Vouloir le remettre en cause conduirait à nier la spécificité, voire les avantages, du contrat de partenariat. Du reste, la situation trouve, comme il a été dit précédemment, ses origines dans plusieurs causes dont certaines sont difficilement surmontables.

Cependant, vos rapporteurs souhaitent renforcer les règles en faveur des PME, en suivant plusieurs axes : ramener les contrats de partenariat aux projets pour lesquels ils ont été pensés et renforcer le cadre juridique en matière de recours aux PME dans le cadre d'un contrat de partenariat.

De manière générale, la personne publique peut trouver un intérêt, en sa qualité de co-contractant du partenaire privé, à laisser ce dernier gérer ses relations avec les entreprises auxquelles il fait appel, préférant ainsi ne maintenir de contact qu'avec un interlocuteur unique, le titulaire du contrat de partenariat. Toutefois, comme le résumait MM. Lichère et Marty, la puissance publique peut estimer « *qu'il est de sa responsabilité de promouvoir*

*l'accès de tous les opérateurs à la commande publique ou de s'assurer du caractère équilibré des transactions », ce qui doit le conduire alors à solliciter un « droit de regard sur les transactions entre opérateurs privés ». C'est la voie privilégiée par vos rapporteurs : **une personne publique ne peut totalement se désintéresser du sort des « sous-traitants » auxquels son cocontractant fait appel pour l'exécution d'un contrat qu'elle lui a confié**, ne serait-ce que pour vérifier le partage des risques entre le titulaire du contrat et ses « sous-traitants ». En effet, la défaillance d'un « sous-traitant » peut évidemment avoir des conséquences sur l'exécution du contrat de partenariat.*

1. Réserver le contrat de partenariat à des opérations dépassant un seuil financier

Vos rapporteurs ont constaté que le contrat de partenariat, en tant que contrat global, faisait obstacle à l'accès des PME et TPE à la sélection comme partenaire privé, y compris pour des contrats d'un montant relativement faible.

Outre cet effet d'éviction, la conclusion d'un contrat de partenariat pour un projet de faible ampleur n'apparaît pas, sur le plan théorique, comme une solution optimale, les coûts de conclusion de ce contrat (passation de la procédure, durée de la sélection, accompagnement juridique et financier du pouvoir adjudicateur, etc.) pouvant largement excéder les gains attendus de ce contrat.

En cas de recours à un contrat de partenariat pour un projet de faible ampleur, les PME sont freinées dans leur accès à la commande publique alors qu'un autre montage juridique, en particulier un marché public alloti, aurait pu leur permettre de concourir.

Cette situation n'est pourtant pas un cas d'école, notamment auprès de collectivités territoriales ayant connu un engouement pour ce type de contrat. De surcroît, contrairement à l'État, les collectivités territoriales n'ont pas de procédure interne formalisée de validation de l'évaluation préalable, n'ayant pas besoin d'obtenir l'aval de la Mapppp pour conclure un contrat de partenariat.

Les quelques années d'expérience conduisent à penser que le montant des contrats de partenariat conclus par les collectivités territoriales est en moyenne largement plus faible que pour l'État. Si, sur la période de 2004 à mi-2012, les collectivités territoriales ont conclu plus de 79 % des contrats de partenariat signés par l'Etat et les collectivités territoriales, le volume financier de ces contrats représente, avec près de 7,5 milliards d'euros hors taxe, moins de 22 % du montant global des contrats signés. En moyenne, un contrat de partenariat signé par les collectivités territoriales a, sur cette période, représenté un montant de 62,3 millions d'euros quand l'Etat concluait parallèlement des contrats représentant en moyenne de 827 millions d'euros. Si ces moyennes ne reflètent pas la grande diversité des

situations contractuelles, elles ont pour mérite de traduire une tendance plus forte auprès des collectivités territoriales de recourir à des contrats de partenariat pour des projets plus modestes.

Or le législateur n'exige aucun montant minimal pour conclure un tel contrat. Sans revêtir la forme d'une règle impérative pour les pouvoirs adjudicateurs, cette préoccupation n'est pourtant pas absente du droit anglais. Ainsi, la note directive (*PF 2 Guidance*) indique au Royaume-Uni que le contrat *Private finance 2* (PF2) n'est pas adapté à des projets dont la valeur en capital est inférieure à 50 millions de livres sterling, soit environ 59 millions d'euros.

De même, toute collectivité territoriale – d'une ville comptant plus d'un million d'habitants à la plus petite commune – peut conclure ce type de contrat.

Pour ces raisons, il est apparu préférable à vos rapporteurs de subordonner le recours des contrats de partenariat à la condition que le montant du contrat conclu dépasse un seuil financier. Sans avancer le montant de ce plancher à ce stade, vos rapporteurs soulignent que la CAPEB propose de le fixer à 50 millions d'euros hors taxe.

Recommandation n° 4

Réserver les contrats de partenariat à des opérations dont le coût excède un montant minimal

2. Obliger à réserver un part minimale de l'exécution du contrat aux PME et artisans.

L'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit, parmi les clauses obligatoires au contrat de partenariat, celle indiquant les « *conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans* ». Par prolongement, le contrat doit prévoir les sanctions et pénalités qu'encourt le partenaire privé en cas de méconnaissance de son obligation.

Si l'insertion de cette clause favorable aux PME et aux artisans est rendue obligatoire par le législateur, son contenu est cependant renvoyé à la volonté des parties. Aucun seuil minimal de participation des PME et artisans n'est exigé.

Pour vos rapporteurs, cette clause peut aboutir à une clause de style, sans véritable engagement de la part du partenaire privé à défaut de volonté de la part du pouvoir adjudicateur.

Reprenant la suggestion formulée par les MM. Lichère et Marty, vos rapporteurs souhaitent qu'un seuil minimal d'exécution confiée à des PME et artisans soit prévue, au besoin en l'adaptant par secteur.

Recommandation n° 5

Fixer par la loi ou le règlement une part minimale de l'exécution du contrat de partenariat confiée aux PME et artisans

3. Systématiser la garantie de paiement en faveur des « sous-traitants »

À l'inverse, le législateur a prévu un cadre plus protecteur pour l'exécution des marchés publics. L'entrepreneur principal est lié par le marché public au maître d'ouvrage. Tout sous-traitant auquel l'entrepreneur principal entend recourir pour l'exécution du marché public doit être préalablement agréé par la personne publique. Tout sous-traitant peut lui-même sous-traiter à ses propres sous-traitants ; il est alors un entrepreneur principal pour eux.

Dans ce cadre, l'article 6 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance prévoit que « *le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution* ». Ce paiement est facilité par l'article 8 de la même loi puisque « *l'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours, comptés à partir de la réception des pièces justificatives servant de base au paiement direct, pour les revêtir de son acceptation ou pour signifier au sous-traitant son refus motivé d'acceptation* » et que « *passé ce délai, l'entrepreneur principal est réputé avoir accepté celles des pièces justificatives ou des parties de pièces justificatives qu'il n'a pas expressément acceptées ou refusées* ».

De telles garanties n'existent pas pour les « sous-traitants » dans le cadre du contrat de partenariat. À peine l'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit-il que le partenariat constitue un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire le paiement des sommes dues. Cette garantie n'est cependant constituée qu'à la demande du « sous-traitant ». Les relations contractuelles particulièrement déséquilibrées en défaveur du « sous-traitant » peuvent le conduire à renoncer, plus ou moins volontairement, à ce droit.

Par souci d'équité, vos rapporteurs préconisent de renforcer les garanties de paiement des « sous-traitants » sans qu'il soit besoin de solliciter la constitution de telles garanties.

Recommandation n° 6

Renforcer les garanties de paiement des entreprises auxquelles il est fait appel par le partenaire privé pour l'exécution du contrat de partenariat

4. Exclure le choix de l'équipe d'architecture du champ du contrat de partenariat

Le choix d'un parti architectural pour un équipement public revêt une importance majeure pour des raisons liées à l'esthétique, à l'aménagement et à l'urbanisme, mais aussi au fonctionnement dudit équipement. Ainsi, l'architecture d'une prison, d'une maison d'arrêt ou d'un centre pénitentiaire ne relève pas seulement de considérations techniques : c'est toute une conception de la détention, de la vie au sein des établissements, de la préparation à la réinsertion des personnes détenues qui est nécessairement en jeu dans les choix architecturaux qui sont faits.

C'est pourquoi il apparaît inapproprié que le choix de l'équipe d'architecture soit mêlé à tous les autres choix qu'implique le recours à un contrat de partenariat : choix du financeur, des constructeurs, tous corps d'État confondus, des équipes chargées de l'exploitation, de la maintenance ou de l'entretien - ce qui entraîne le risque pour l'État ou la collectivité territoriale qui a recours à un tel partenariat de se résigner à choisir un projet architectural qui ne lui paraît pas forcément le meilleur ou le mieux adapté au motif qu'au vu des autres critères, le groupement choisi apparaît le plus performant, nonobstant la médiocre qualité - ou la qualité relativement médiocre - du projet architectural.

Cela revient, en fait, et même si dans les critères retenus la qualité de la conception architecturale tient une place significative à déléguer au grand groupe qui sera retenu *in fine*, non seulement le choix d'une équipe d'architectes, mais aussi le choix d'une architecture.

L'ensemble des instances représentatives de la profession d'architectes - qui ont été entendues par vos rapporteurs - déplorent un tel état de choses, qui d'une certaine manière crée pour les architectes une situation de subordination dommageable à l'exercice de leur profession.

C'est pourquoi, conformément à plusieurs amendements présentés lors des débats parlementaires relatifs aux contrats de partenariat¹, vos rapporteurs préconisent que l'architecture (et donc la conception) soient exclus du champ des contrats de partenariat.

Il y aurait en premier lieu une procédure de sélection de l'équipe d'architecture selon les modalités en vigueur, pouvant donner lieu - en particulier - à un véritable concours.

Plusieurs représentants des grands groupes fréquemment retenus pour mettre en œuvre des contrats de partenariat ont dit à vos rapporteurs n'avoir ni hostilité ni objection de principe à une telle procédure.

¹ En ce sens : amendement n° 118 de M. Jean-Pierre-Sueur sur l'article 1^{er} du projet de loi relatif aux contrats de partenariat, discuté en séance publique en première lecture au Sénat les 1^{er} et 2 avril 2008.

Vos rapporteurs le recommandent car elle seule est de nature à garantir l'indépendance de l'acte d'architecte. Et elle seule permet à l'État ou à la collectivité publique de choisir l'équipe d'architecture en toute indépendance et sans que ce choix soit en fait déterminé par les autres facteurs entrant en ligne de compte.

Recommandation n° 7

Exclure le choix de l'équipe d'architecture du champ du contrat de partenariat et organiser en conséquence la concurrence pour l'établissement d'un tel contrat sur la base d'un projet architectural préalablement défini et adopté

C. DÉFINIR UNE DOCTRINE DE RECOURS AUX CONTRATS DE PARTENARIAT

Les premiers retours d'expériences mettent en exergue un certain nombre de principes qui devraient guider la décision des potentiels acheteurs publics intéressés par un contrat de partenariat.

Ces derniers apparaissent en effet peu adaptés pour certains services publics trop évolutifs. MM. Lichère et Marty estiment, en prenant l'exemple des PFI, que les contrats de partenariat « *semblent peu efficaces à la fois en termes de valeur pour le contribuable et de qualité du service rendu à l'utilisateur dès lors que les risques à transférer au privé sont difficiles à spécifier, que le contrat porte sur un service complexe et évolutif pour lequel les dimensions qualitatives sont particulièrement importantes.* »

Ils ont distingué trois catégories de services pour lesquels le contrat de partenariat ne devrait pas s'appliquer. Il s'agit :

- **des services très évolutifs au point de vue technologique** : la personne publique risque d'être piégée dans des services dépassés, l'obligeant à s'engager très vite dans des renégociations d'autant plus coûteuses que l'asymétrie d'information sera forte et la durée résiduelle du contrat significative ;
- **des services pour lesquels les critères de qualité objectifs et opposables sont difficiles à déterminer** ;
- **des services pour lesquels s'appliquent de fortes évolutions réglementaires ou sanitaires.**

Par ses spécificités, le service hospitalier en représente une parfaite illustration. À titre d'exemple, lors de la conclusion d'un contrat de partenariat pour la construction et l'exploitation d'un centre hospitalier, il est difficile de prévoir pour les prochaines décennies les normes sanitaires qui seront applicables à l'équipement médical nécessaire au fonctionnement de l'établissement.

Pour l'ensemble de ces services, la formule de contrat de partenariat apparaît trop rigide ce qui ne permet pas une mutabilité de ses dispositions pour prendre en compte certaines évolutions, en particulier technologiques ou règlementaires, sauf à prévoir des avenants qui peuvent s'avérer néfastes pour les finances de la personne publique.

Il paraît délicat d'interdire, sur le plan normatif, *a priori* pour des secteurs entiers, le recours aux contrats de partenariat. Dans ce cas, la Mappp devrait jouer tout son rôle de conseil en alertant sur les risques encourus et sur l'absence d'adéquation entre le projet et l'outil contractuel envisagé. Il appartient à l'organe de conseil de définir pour ces services une doctrine d'emploi, sans passer par des interdictions générales *a priori*.

Recommandation n° 8

Définir une doctrine qui permette de ne pas recourir au contrat de partenariat pour les services pour lesquels ils sont peu adaptés

D. PROFESSIONNALISER LA COMMANDE PUBLIQUE ET FAIRE DE LA MAPPP UN VÉRITABLE OUTIL D'EXPERTISE

1. Une structuration de la personne publique en mode « projet » autour de compétences de haut niveau

Les personnes publiques - État ou collectivités territoriales - ne disposent pas toujours des compétences humaines nécessaires. Les auditions conduites par vos rapporteurs ont mis en exergue la **disparition progressive des compétences de l'État pour suivre la passation et l'exécution d'un contrat de partenariat**.

Dans le cadre de l'opération Campus, la mission nationale d'évaluation présidée par M. Roland Peylet a estimé que pour recourir à un contrat de partenariat, « *un acheteur public doit être particulièrement aguerri et doté de solides moyens en matière de maîtrise d'ouvrage et de gestion immobilière, ce que sont encore loin d'être bien des établissements. Un tel recours ne saurait en aucun se justifier pour pallier les insuffisances de la commande publique.* » En d'autres termes, la négligence d'un pouvoir adjudicateur ne doit pas justifier le recours à un contrat de partenariat, d'autant plus s'il ne dispose pas d'une maîtrise d'ouvrage aguerrie compte tenu des enjeux économiques considérables qui y sont attachés.

Les retours d'expériences des premiers contrats de partenariat, aussi bien par l'État que par les collectivités territoriales, conduisent à la nécessité de constituer des équipes projets stables et multidisciplinaires, capables de coordonner l'ensemble des services pour la définition des besoins. Les équipes projet doivent être capables de s'entourer de conseils extérieurs

compétents en matière financière, juridique et technique, sans être pour autant dépossédés de leurs choix. En d'autres termes, **la personne publique doit disposer d'une capacité d'expertise et de suivi des projets qui soit structurée**, de préférence à un dessaisissement de ses compétences au profit du secteur privé.

Ainsi, **le recours à un contrat de partenariat exige de la part de la personne publique la mise en œuvre de compétences de haut niveau tant au stade de la passation du contrat** qui implique une structuration de la personne publique en mode « projet » qu'au stade du suivi de celui-ci : le contrôle de la performance et le dialogue avec le prestataire exigent des personnels formés à l'art du « faire faire ».

Le renforcement des compétences des personnes publiques peut également passer par la mutualisation des moyens techniques des personnes publiques, par exemple, *via* la mutualisation ou le regroupement, au travers d'un partenariat public-public.

Recommandation n° 9

Favoriser la mise en place par la personne publique d'équipes projet recouvrant des compétences de haut niveau à tous les stades de la vie d'un contrat de partenariat

2. Renforcer les capacités de contre-expertise de la Mapp

Vos rapporteurs estiment indispensable de clarifier le rôle de la Mapp dont les missions de promotion des contrats de partenariat et d'évaluation des projets sont potentiellement sources de conflits d'intérêt.

Deux hypothèses sont envisageables :

- soit la Mapp se voit confier la promotion des contrats de partenariat, auquel cas il serait nécessaire de confier l'analyse des évaluations préalables à un autre organisme réunissant expertise et indépendance ;

- soit les missions de la Mapp se limitent aux évaluations et à la validation des contrats de partenariat.

Dans le rapport du pouvoir d'organisation dont dispose le gouvernement pour ses propres services, vos rapporteurs privilégient cette deuxième option dans la mesure où la promotion d'un type de contrat de la commande publique ne leur paraît pas conforme au principe même de neutralité des services de l'État, compte-tenu, en outre, des nombreux risques liés à l'utilisation d'un tel contrat.

Recommandation n° 10

Retirer à la Mapp son rôle de promotion

En contrepartie, il conviendrait de renforcer, conformément aux propositions de l'Inspection générale des Finances, les capacités de contre-expertise de la Mapp, par la création d'une base de données sur les différents coûts induits par un contrat de partenariat, et par la définition d'une doctrine d'évaluation et de mutualisation des bonnes pratiques entre les différents acheteurs publics. La Mapp pourrait également être chargée de l'examen de l'ensemble des évaluations préalables pour les projets de l'État et des collectivités territoriales. Ces nouvelles missions devraient s'accompagner d'une augmentation des moyens de la Mapp qui ne dispose actuellement que d'une douzaine d'agents.

Recommandation n° 11

Substituer à l'évaluation préalable une étude approfondie sur les capacités financières prévisibles de l'instance se proposant de signer un contrat de partenariat et sur ses capacités de remboursement à moyen et long termes sans obérer ses capacités d'investissement et de fonctionnement eu égard aux données disponibles

Par conséquent, reprenant l'objectif défini par MM. François Lichère et Frédéric Marty selon lequel « L'évaluation préalable doit se concevoir plus comme un outil d'aide à la décision que comme une règle de décision », vos rapporteurs souhaitent que l'évaluation préalable soit essentiellement juridique et financière et qu'elle soit confiée à un organisme public habilité et indépendant, qui dispose de données fiables et vérifiables et qui n'ait aucun intérêt dans la passation d'un contrat selon sa forme juridique.

Comme cela a été montré précédemment, l'appellation d'« évaluation préalable » ne correspond en rien à la réalité. Ces évaluations, le plus souvent, n'apprennent que peu de choses et ne permettent pas de fonder rationnellement la décision de conclure ou non un contrat de partenariat.

En effet, au moment où l'évaluation est faite, c'est-à-dire en amont du choix de faire appel ou non à une procédure de contrat de partenariat, on ne sait strictement rien des candidats potentiels à un tel contrat de partenariat ni -par définition- des conditions dans lesquelles ils seront candidats ni des offres qu'ils présenteront.

On ne sait pas non plus quelles entreprises seraient candidates à un éventuel marché public classique, ni dans quelles conditions ni donc quelles offres elles pourraient présenter.

Ce qui est appelé « évaluation préalable » consiste donc à comparer des offres, dont on ne sait rien dans le cadre d'une procédure, avec des offres, dont on ne sait rien non plus, dans le cadre d'une autre procédure.

Il est donc nécessaire et salutaire de mettre fin à cette hypocrisie et à ces mauvaises littératures.

C'est pourquoi il est proposé de substituer à l'évaluation préalable une étude approfondie portant sur les capacités financières prévisibles de l'instance se proposant de conclure un contrat de partenariat et sur ses capacités de remboursement à moyen et long termes, sans obérer ses capacités financières en investissement et fonctionnement, eu égard aux données disponibles.

Il est proposé, en outre, de confier cette étude tant pour l'État que pour les collectivités locales à un organisme agréé par le ministère de l'économie et des finances totalement indépendant des parties contractantes.

Recommandation n° 12

Confier l'établissement de l'évaluation préalable, recentrée sur ses dimensions juridique et financière, à des organismes publics, indépendants et habilités

E. RENFORCER L'INFORMATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES AVANT LA CONCLUSION D'UN CONTRAT DE PARTENARIAT

Pour les collectivités territoriales, vos rapporteurs ont regretté l'absence de données sur la capacité de remboursement des collectivités alors qu'il s'agit d'éléments majeurs pour justifier du recours à un contrat de partenariat. Par ailleurs, ces éléments obligent la personne publique à s'interroger sur les conséquences de long terme d'un tel choix alors que les conséquences budgétaires de long terme sont souvent ignorées, plus ou moins consciemment. C'est pourquoi ils proposent qu'une collectivité territoriale qui souhaiterait recourir à un contrat de partenariat dispose des avis :

- d'une part, de la Mappp quant à la pertinence de la formule juridique retenue et à l'efficacité économique du projet ;
- d'autre part, de la direction départementale des finances publiques (DDFiP) qui préciserait les capacités budgétaires de la collectivité.

Ces deux avis seraient obligatoires mais ne lieraient pas la personne publique dans son choix. Elle pourrait choisir le contrat qui lui semblerait le plus pertinent, en disposant de toutes les données qui aujourd'hui, lui font souvent défaut. Pour mémoire, on rappellera qu'il existe une obligation similaire pour l'achat de biens immobiliers, les collectivités territoriales devant saisir le directeur département des finances publiques¹.

¹ Article R. 1211-9 du code général de la propriété des personnes publiques selon lequel « La consultation du directeur départemental des finances publiques préalable aux acquisitions

Recommandation n° 13

**Pour les collectivités territoriales, rendre obligatoire l'avis de la Mapp
ou de la DDFiP avant la conclusion d'un contrat de partenariat**

VERSION PROVISOIRE

immobilières poursuivies par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics a lieu dans les conditions fixées aux articles R. 1311-3, R. 1311-4 et R. 1311-5 du code général des collectivités territoriales. »