

LES CONTRATS DE PARTENARIAT : DES BOMBES À RETARDEMENT ?

COMMISSION DES LOIS

Rapport d'information de MM. Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur

- Le contrat de partenariat est une forme de partenariat public-privé bien que les deux notions soient souvent confondues. 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 nationale.
- Le contrat de partenariat est un **contrat administratif global**, autorisant une personne publique 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. Le contrat avec un partenaire privé est généralement conclu sur une durée relativement longue. Il représente une dérogation au droit commun de la commande publique en ce qu'il concentre la maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre entre les mains du partenaire privé et permet un mode de rémunération spécifique du prestataire.
- De subsidiaire et dérogoire, le contrat de partenariat est devenu, depuis sa création en 2004, un outil contractuel parmi d'autres, concurrençant les marchés publics classiques ou les délégations de service public.
- Au terme de dix-huit mois de travaux, la mission d'information, conduite par les sénateurs Hugues Portelli (UMP - Val d'Oise) et Jean-Pierre Sueur (SOC - Loiret), dresse, au moment du dixième anniversaire de leur création, un bilan des effets de ces contrats de partenariat, afin d'en appréhender les avantages et les inconvénients.

Pour ne pas revenir sur un travail largement effectué par de nombreux rapports de la Cour des comptes, de l'inspection générale des finances ou du conseil général de l'environnement et du développement durable, la mission d'information a souhaité 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 conclus, des bombes à retardement ?

Le contrat de partenariat : Un outil en voie de banalisation

■ Un outil d'inspiration britannique

Le contrat de partenariat trouve son origine dans la *Private Finance Initiative* (PFI), mis en place en Grande-Bretagne en 1992. Il correspond à une « *forme de partenariat public-privé 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.* »

Ils représentent aujourd'hui entre 10 et 15 % des investissements publics en Grande Bretagne.

Les conséquences pour le contribuable du recours aux PFI sont apparues très mitigées en raison du coût élevé de la redevance versée et du manque de flexibilité, ne favorisant pas une mutabilité du service public.

C'est pourquoi, depuis décembre 2012, les pouvoirs publics britanniques ont lancé une nouvelle approche du partenariat public-privé, la *Private Finance 2* (PF2), afin de modifier le périmètre des contrats et de réduire la part de financement d'origine bancaire dans les fonds privés investis.

■ A l'origine, un outil dérogatoire de la commande publique

L'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, inspiré par les réserves d'interprétation de la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003, prévoyait qu'il ne pouvait être recouru à un contrat de partenariat que s'il était justifié de déroger au droit commun, au regard de l'un des deux critères suivants :

- la **complexité** du projet qui ne permettrait pas à la personne publique de définir objectivement elle-même les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ;
- 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 ensuite été complétés, par l'article 2 de la loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, par celui de l'**efficacité économique**, qui autorise la conclusion d'un contrat de partenariat si celui-ci est source d'économies par rapport à une autre modalité de la commande publique.

Ces trois critères sont alternatifs et non cumulatifs. La présence de l'un de ces critères suffit à justifier le recours à un contrat de partenariat.

Si le Conseil constitutionnel a autorisé la mise en œuvre et l'élargissement du recours aux contrats de partenariat, il s'est néanmoins opposé à sa généralisation, estimant que le contrat de partenariat **restait une formule dérogatoire au droit commun et, qu'à ce titre, son recours devait être dûment justifié.**

Il a par ailleurs précisé, par une jurisprudence constante, les trois critères de recours à un contrat de partenariat.

■ 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 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.

■ Des modes de rémunération et de financement dérogatoires

La rémunération de la personne privée 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 ». De surcroît, elle n'est pas nécessairement forfaitaire et intégralement prédéfinie puisque la méconnaissance des 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, il repose en partie 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.

Une fraction de 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.

■ La méconnaissance de la spécificité des métiers

Avec un contrat de partenariat, la personne publique choisit en une seule fois les instances qui assureront le financement du projet, son architecture, sa construction, son exploitation, sa maintenance, son entretien. Ce choix global présente de nombreux inconvénients. En effet, il ne garantit en rien que les choix optimaux sont faits pour chaque fonction.

Une volonté de généraliser les contrats de partenariat

■ Les raisons d'un succès rapide

La mission d'appui aux partenariats public-privé (Mappp), mise en place en mai 2005, a largement contribué à la diffusion des contrats de partenariat auprès des personnes publiques. Cet organisme expert a pour mission de fournir

un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat mais également de valider les évaluations préalables des contrats conclus par l'État et, à leur demande, par les collectivités territoriales.

Ce cumul des fonctions de promotion et d'évaluation suscite des interrogations sur le parti pris favorable de la Mappp en faveur de ces contrats. La structure est placée dans une situation potentielle de conflit d'intérêts.

Par ailleurs, l'évaluation préalable, rendue obligatoire avant la conclusion de tout contrat de partenariat, devait apporter un gain en termes de transparence et d'objectivation de la décision publique.

L'expérience tend pourtant à démontrer que l'évaluation préalable ne constitue pas un véritable outil d'aide à la décision mais plus souvent une justification *a posteriori* du choix préalable de recourir à un contrat de partenariat.

La Cour des comptes et l'inspection générale des finances ont soulevé plusieurs réserves méthodologiques sur les comparaisons entre les scénarii retenus par l'évaluation préalable : la faible qualité des indicateurs et les biais, notamment en défaveur de la maîtrise d'ouvrage publique, conduisent généralement à favoriser les contrats de partenariat.

■ Une formule *a priori* séduisante mais souvent fallacieuse pour la personne publique

Le contrat de partenariat peut présenter plusieurs avantages pour la personne publique qui en conclut.

Contrat global, il permet à la personne publique de n'avoir qu'un seul interlocuteur pour son exécution, gage de simplicité pour elle. Ce caractère global est censé également permettre une meilleure maîtrise des délais d'exécution et des économies pour la personne publique par une association de la conception et de la réalisation : le projet est ainsi conçu, dès l'origine, dans la perspective de son exploitation et de son entretien. Enfin, les coûts sont prévisibles dès la conclusion du contrat et le partage des risques mieux assuré.

En outre, il permet un étalement dans le temps de la dépense d'investissement, permettant ainsi d'accélérer la réalisation d'investissements publics et de bénéficier d'effets d'échelle ou de série sur les coûts de réalisation.

■ Un outil à haut risque pour la puissance publique

Le contrat de partenariat présente plusieurs effets néfastes, notamment pour les générations futures.

Sur le plan financier, le contrat de partenariat est une bombe à retardement budgétaire souvent ignorée par des arbitrages de court terme.

Le contrat de partenariat rigidifie la dépense publique car les loyers sont des dépenses obligatoires pour la personne publique, ce qui provoque un effet d'éviction sur les autres dépenses de fonctionnement, parfois pour des projets en maîtrise d'ouvrage publique. De même, le paiement différé est une facilité pour la personne publique qui peut la conduire à surestimer ses capacités d'investissement. De surcroît, au gré de l'exécution du contrat, le coût final du projet peut évoluer, malgré l'évaluation préalable.

En outre, le contrat de partenariat n'est pas forcément adapté aux projets en cour, comme le montre le plan Campus.

Enfin, 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 : la situation est asymétrique. Ce risque est d'autant plus préoccupant que les personnes publiques développent un « syndrome d'addiction » : il est difficile d'écarter ce type de contrats pour les projets suivants car la personne publique perd progressivement les capacités internes pour assurer la maîtrise d'ouvrage publique.

■ Un effet d'éviction des PME-TPE

Les contrats de partenariat sont conclus essentiellement avec des grands groupes (Bouygues, Eiffage, Vinci). Les PME et TPE ont un accès très difficile aux contrats de partenariat, même de taille réduite. Elles sont alors reléguées à la « sous-traitance » du contrat de partenariat, sans bénéficier cependant des mêmes garanties que dans le cas d'un marché public classique.

LES PRINCIPALES PROPOSITIONS DES RAPPORTEURS**■ Préciser les critères de recours à un contrat de partenariat**

1. Préciser la définition du critère de complexité.
2. Préciser la définition du critère de l'urgence.
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

4. Réserver les contrats de partenariat à des opérations dont le coût excède un montant minimal.
5. Fixer par la loi ou le règlement une part minimale de l'exécution du contrat de partenariat confiée aux PME et artisans.
6. Renforcer les garanties de paiement des entreprises auxquelles il est fait appel par le partenaire privé pour l'exécution du contrat de partenariat.
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

8. Définir une doctrine qui permette de ne pas recourir au contrat de partenariat pour les services pour lesquels ils sont peu adaptés.
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.
10. Retirer à la Mapppp son rôle de promotion.
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.
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

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

**Commission des lois**

<http://www.senat.fr/commission/loi/index.html>

Téléphone : 01 42 34 39 08 – Télécopie : 01 42 34 31 47



Rapporteur
M. Hugues Portelli
Sénateur (UMP)
du Val d'Oise



Rapporteur
M. Jean-Pierre Sueur
Sénateur (SOC)
du Loiret