

Les contrats de partenariat entre le secteur public et les entreprises privées

PRÉSENTATION GÉNÉRALE DU PROJET

Le développement des partenariats public privé (PPP) est un phénomène mondial. Il concerne non seulement les pays développés et tout particulièrement les pays européens mais les contrats de partenariat sont aussi des outils que la Banque Mondiale cherche à promouvoir dans les pays en voie de développement pour y créer les conditions de la croissance de manière plus efficace et plus fructueuse que par le recours à des structures publiques.

Le partenariat public privé (PPP) vise à assurer la fourniture de biens ou services à caractère public fournis au moyen d'infrastructures, devant être conçues, financées, réalisées puis exploitées. Il peut concerner aussi l'externalisation de services gérés dans un cadre public dont, pour des questions d'efficacité, on souhaitera voir confier la gestion au secteur privé, pour autant qu'ils ne concernent pas le cœur même de la mission de service public (il pourrait s'agir par exemple de la gestion de systèmes informatiques ou d'actions de formation...).

Les biens et services publics sont toujours produits conjointement par le secteur public et le secteur privé. On n'imagine pas une entité publique totalement autosuffisante, qui fabriquerait elle-même l'ensemble des *inputs* dont elle a besoin pour fonctionner. Le débat ne doit donc pas porter sur le principe de l'implication du privé, mais sur son ampleur et ses modalités : il y a, pour une situation donnée, à définir le champ du recours au privé pour chacune des composantes de la fourniture du service (décision, ingénierie, construction, gestion, entretien, etc.), et à négocier un contrat ou plusieurs contrats spécifiant prestations et rémunérations, et prenant en compte la durée, le partage des risques, et l'engagement capitalistique des entreprises privées.

Dans un PPP, l'autorité publique et l'opérateur privé nouent un partenariat avec un objectif commun mais des motivations clairement distinctes : la puissance publique cherche à apporter à la collectivité une bonne qualité du service au meilleur coût ; de son côté, l'opérateur privé recherche un profit proportionnel à l'engagement des capitaux investis, à ses compétences, et à sa prise de risque. Cette différence d'objectifs n'exclut cependant pas une communauté d'intérêts dans la réussite du projet objet de leur partenariat, dont le premier est la satisfaction des citoyens ou usagers.

La France a une pratique ancienne de l'association du public et du privé à laquelle elle a recouru pour construire et exploiter beaucoup d'infrastructures notamment ferroviaires au dix-neuvième siècle. Mais notre pays, longtemps en avance grâce à l'utilisation que nos collectivités publiques ont su faire de la délégation de service public, se trouve maintenant en retard par rapport à nos principaux voisins européens, tout particulièrement la Grande-Bretagne, les Pays-Bas, l'Espagne, le Portugal, l'Italie..., qui ont su se doter d'outils juridiques nouveaux permettant la mise en œuvre de véritables partenariats entre collectivités publiques et entreprises privées. On notera à ce sujet que le rattrapage de notre retard en ce domaine, s'il présente avant tout un intérêt pour le développement des investissements et l'amélioration de la gestion des services dans notre pays, doit permettre à titre complémentaire à nos entreprises, groupes importants comme PME, d'acquérir une compétence et des références dans des modes de gestion qui se généralisent un peu partout dans le monde.

Il convient de mieux caractériser les partenariats public privé, d'analyser les justifications économiques d'un recours à ces outils modernes, d'indiquer les conditions qui doivent être remplies pour en tirer le bénéfice attendu avant d'examiner comment ce nouveau type de contrats peut être introduit en France.

I - L'ampleur et les modalités de l'implication du privé dépendent fondamentalement des caractéristiques des projets auxquels on souhaite les appliquer.

Quatre considérations apparaissent essentielles de ce point de vue : l'importance des infrastructures, la complexité de la technologie, la facilité du recouvrement, la taille de la zone de production ou de consommation.

– L'importance des infrastructures varie d'un projet à l'autre. Elle est considérable pour les transports routiers, les transports urbains, les télécommunications, l'électricité, l'eau, l'assainissement, l'éclairage public. Elle est plus faible pour l'éducation, la santé, la défense, la sécurité, la recherche, la justice. La fonction de production de ces biens et services requiert surtout de la main d'œuvre. Il est logique de faire prioritairement appel au secteur privé pour des projets comportant la réalisation d'infrastructure qu'il contribuerait à financer, son intervention peut aussi se concevoir dans des opérations moins capitalistiques pour lesquelles c'est sa capacité de gérer de manière innovante en réalisant des gains de productivité qui sera plus particulièrement recherchée.

– La production des différents biens et services publics implique un degré de technicité variable. Certains, comme l'éclairage des rues, l'offre de parcs et jardins ou les services postaux, font appel à des techniques simples et éprouvées. D'autres au contraire, comme la santé, les transports aériens, les télécommunications, la recherche, font appel à des technologies compliquées et en progrès rapides. Par ailleurs, dans ce domaine, les choses peuvent évoluer rapidement. Des biens ou services comme l'eau ou l'assainissement, qui ont longtemps fait appel à des technologies robustes et simples, nécessitent aujourd'hui pour la purification et la facturation des techniques très sophistiquées. Parce que le privé maîtrise mieux la technologie que le public, surtout lorsqu'elle est de pointe et évolutive, les services dont la technicité est la plus grande auront tout à gagner d'une dose plus grande de privé.

– Une caractéristique également fondamentale du point de vue du PPP est la facilité avec laquelle on peut (pratiquement) faire payer le service. On peut facilement imposer des redevances ou tarifs en fonction de la consommation dans le cas de l'eau, des télécommunications, de l'électricité, ou du transport ferroviaire. En revanche, cela est impossible dans le cas de la défense, de l'éclairage, de la justice, qui sont pour l'essentiel des biens publics purs et qui ne peuvent être payés que par les contribuables. Par ailleurs, l'existence de nombreux avantages non monétaires rend difficile la détermination du bon niveau de tarification. Dans ce domaine également, la technologie peut faire bouger les frontières lorsqu'on disposera des outils technologiques permettant de tarifier l'usage de la voirie en zone urbaine, l'équilibre usager/contribuable pourra être sensiblement modifié. D'une façon générale, plus un bien ou service public est « tarifable », plus il apparaît facile d'introduire une dose importante de privé dans sa fourniture. Mais un des objectifs de l'introduction des PPP en France doit être de permettre de traiter aussi le cas des biens et services publics pour lesquels aucune rémunération ne peut être tirée de l'exploitation ou perçue sur des usagers, la charge finale du financement reposant alors sur la collectivité publique concernée (qu'il s'agisse par exemple de la réalisation et de l'exploitation d'un réseau d'éclairage public ou de la construction et de la maintenance d'un bâtiment administratif).

– Les différents biens et services publics ont un caractère local plus ou moins marqué. Certains, comme la défense ou la recherche, ne se conçoivent que dans un cadre national ou international. D'autres, comme l'éclairage, l'assainissement, la fourniture d'eau, les transports urbains, n'ont de sens que locaux. Plus un service est local, et plus il se prête à l'introduction d'une dose de privatisation, compte tenu de l'avantage comparatif des entreprises privées par rapport à des petites collectivités territoriales. Ces dernières peuvent néanmoins avoir intérêt à se regrouper au sein de structures visant *a minima* à échanger de l'information sur les conditions technico-économiques de production des biens publics; elles pourront ainsi plus facilement négocier des accords de partenariat équilibrés. Il faut veiller en tout état de cause à ce que les collectivités locales soient en mesure de défendre efficacement leurs intérêts face à leurs interlocuteurs privés. Des procédures d'évaluation préalable et de contrôle doivent être prévues à cet effet.

En conclusion, plus un service est capitalistique, complexe, tarifiable, et local, et plus la dose de privé dans le PPP peut être grande. La fourniture d'eau, par exemple, qui repose largement sur des infrastructures, qui fait appel à des technologies en progrès constants, qui peut facilement être tarifée, et qui est largement locale, se prête bien à une large dose de privé, et ce n'est donc pas par hasard que l'eau est généralement fournie par des entreprises privées.

II - L'augmentation de la part de privé dans la fourniture des biens et services publics répond principalement à un souci d'efficacité.

Il est en général admis que pour un coût économique donné, le secteur privé produit généralement plus et mieux que la puissance publique et que sa gestion est plus efficace. On peut y voir quatre raisons.

– Le secteur privé bénéficie d'économies d'échelle par rapport au public dans certaines situations. Une part importante des biens et services publics produits dans une économie développée ont un caractère local marqué, et sont en pratique fournis par des collectivités territoriales, et la décentralisation a tendance à augmenter cette part. Ainsi les grands groupes de fourniture de services publics (eau, déchets...) sont-ils généralement beaucoup plus grands que les collectivités territoriales qu'ils desservent. L'existence d'importantes économies d'échelle conduit souvent à une forte concentration au sein des secteurs producteurs de biens publics ; l'ouverture à la concurrence au sein d'un espace économique suffisamment large (par exemple l'Union européenne) est donc nécessaire pour limiter les comportements de captation de rentes de la part de ces opérateurs privés.

– Le secteur privé bénéficie d'un système d'incitations et de sanctions (pression de la concurrence, peur de la faillite) qui incitent fortement à la rigueur et peuvent être plus efficaces que les ressorts à l'œuvre dans le secteur public, tels que le sens de l'intérêt général ou les procédures d'évaluation.

– Une troisième explication de la plus grande efficacité du privé est à chercher dans sa plus grande flexibilité. Pour des raisons souvent légitimes la puissance publique est régie par un ensemble de règles et de procédures nécessairement rigides. Ces règles empêchent ou freinent les adaptations et les mobilités, et entraînent parfois une mauvaise adaptation des moyens aux fins qui est génératrice d'inefficacité.

– Une quatrième raison de faire appel au privé est son dynamisme en matière de technologie et sa créativité. La recherche appliquée, la découverte technologique, l'innovation, sont de plus en plus l'apanage des entreprises privées.

On peut noter que le secteur privé n'échappe pas à une démarche d'inspiration analogue qui conduit les entreprises, sous la pression de la concurrence et compte tenu de l'obligation dans laquelle elles se trouvent de diminuer leurs coûts, à se concentrer sur ce qu'elles savent faire en externalisant des fonctions (par exemple les services généraux, la logistique, le transport, l'informatique...) qui ne font pas partie de leur cœur de métier.

III - Le PPP permet une répartition du risque entre public et privé en faisant supporter chacun des risques par le partenaire le mieux à même de le maîtriser.

La fourniture de biens et services publics comporte en général des risques qui peuvent être d'ordre technique et/ou commercial. Le risque technique concerne d'abord le coût de la construction de l'infrastructure. Parce que de nombreuses infrastructures sont des ouvrages « uniques » du fait de leur site et de leurs caractéristiques, dont l'édification demande beaucoup de temps, il n'est pas facile d'en prévoir le coût. On ne compte plus les ouvrages dont le coût effectif a dépassé de beaucoup le coût prévisionnel (risque de conception, risque de bonne exécution, risque de sous-traitance). Le risque commercial intervient en général au cours de la phase d'exploitation et concerne surtout le taux d'utilisation des infrastructures, qui est en général très difficile à prévoir. Les variables explicatives de la fréquentation sont si nombreuses (revenus, prix, coûts, autres infrastructures, technologies, etc.) et si incertaines, en particulier pour des horizons lointains, que les modèles de prévision les plus

sophistiqués se trompent souvent. La relation entre le tarif et le niveau de fréquentation est également difficile à appréhender. Là encore, on ne compte plus les ouvrages dont la fréquentation effective est bien différente de la fréquentation projetée. Il y a donc à la fois incertitude sur les dépenses, et incertitude sur les recettes (au moins lorsqu'il y a tarif, c'est-à-dire risque).

Il y a des systèmes de fourniture des biens et services publics qui conduisent plus que d'autres à des erreurs de projection. Les systèmes totalement publics, en particulier, tendent naturellement à minimiser les coûts et à exagérer les fréquentations car ils n'incitent pas à la prise en compte d'éléments négatifs et n'incitent pas à la prudence, les erreurs y étant en règle générale moins sévèrement sanctionnées que dans le privé. On préférera donc les systèmes dans lesquels les erreurs de projection ont un coût pour leurs auteurs. C'est le cas lorsque le secteur privé est rémunéré au moins partiellement sur la base de la fréquentation, et supporte le poids des dépassements de coûts. Ceci étant, si ces incitations doivent permettre de réduire les risques d'erreur, elles ne peuvent pas les faire complètement disparaître.

Cette dimension de risque est un élément constitutif important du PPP qui offre la possibilité de mettre en œuvre des formules intermédiaires entre le tout public ou le tout privé, qui minimisent et partagent efficacement le risque résiduel entre les partenaires. Ainsi les formules dans lesquelles la totalité du risque résiduel est prise en charge par l'entité publique sont à écarter: ils ne conduisent pas l'entreprise privée partenaire à la minimisation des coûts et à la maximisation de la fréquentation.

Mais on se méfiera aussi des formules dans lesquelles la totalité du risque est à la charge de l'entreprise privée. Ils ne sont avantageux qu'en apparence pour l'entité publique. L'entreprise privée en effet est bien obligée de se garantir contre un risque excessif (sous la pression de ses banques notamment), et elle le fera payer à l'entité publique, sous la forme de prix ou de tarifs plus élevés.

Par ailleurs, lorsque le secteur privé investit au départ dans l'infrastructure, il a intérêt à ce que la mise en exploitation intervienne le plus rapidement possible, une fois les travaux démarrés. En particulier, il sera poussé à achever la réalisation en avance par rapport au calendrier retenu, si cela s'avère possible.

L'intervenant le mieux placé pour maîtriser les risques de construction est le constructeur, qui doit être membre du consortium concessionnaire. Il est en effet primordial pour le succès de l'opération que la phase de conception-construction soit pleinement réussie. Le constructeur devra assurer la réalisation de l'ouvrage dans les délais et le budget prévus. Selon les agences spécialisées au Royaume-Uni, 80 % à 90 % des projets privés observés respecteraient les contraintes de coûts et de délais fixées au départ, pour une proportion inverse en matière d'investissements publics.

Les risques en phase d'exploitation doivent être répartis entre les actionnaires, l'opérateur et l'autorité publique. Inclure dans un même PPP à la fois les phases de construction et de gestion de l'infrastructure permet de réduire les risques d'interface entre le constructeur et l'exploitant et de garantir la qualité de la réalisation, le ou les opérateurs privés étant directement incités à respecter les objectifs en matière de coûts d'entretien et de maintenance.

IV - En termes de volume de financement, il existe indubitablement une offre importante de capitaux privés susceptibles de s'investir dans le financement de projets publics en substitution de crédits budgétaires qui resteront fortement contraints dans les années à venir.

La demande de capitaux pour le financement d'investissements publics est patente. La France n'est pas dans la situation du Royaume-Uni, confronté à une quasi absence d'investissement pendant plusieurs décennies. Néanmoins, il est indubitable que les équipements publics doivent à la fois être rénovés, développés ou multipliés pour faire face aux besoins dans un certain nombre de secteurs : routes, éducation, santé, prison, hôpitaux, tribunaux, commissariats... Les projets d'investissement concernent à la fois des grands projets d'infrastructure et des projets plus immatériels ou destinés à favoriser un positionnement de l'économie française sur des activités à très hautes valeurs ajoutées. De surcroît les collectivités publiques ont une marge de manœuvre très réduite : par les ratios européens de déficit budgétaire et de dette pour l'État, par le poids acquis de la pression fiscale pour la plupart des

collectivités locales qui doivent également maîtriser leur niveau d'endettement. Il est d'ailleurs symptomatique de constater que l'investissement annuel des administrations publiques, qui avait crû assez régulièrement et de manière soutenue depuis 1959, a légèrement diminué de 1992 à 2000. Et s'il a même régressé au rythme de 2 % l'an de 1993 à 1997, période de grandes difficultés économiques, le retour à une croissance assez forte à la fin des années quatre-vingt-dix n'a pas entraîné un redressement marqué de cet indicateur.

Les capitaux privés disponibles pourront d'abord s'investir dans des projets de toutes tailles, prioritaires du point de vue de l'intérêt général mais ne procurant pas de retombées pouvant être facilement rentabilisées du moins à court terme : micro-projets de services aux personnes (garde d'enfants, personnes âgées...), capital risque orienté vers la haute technologie, projet de R&D de grandes entreprises...

Si l'adéquation de cette offre et de cette demande de capitaux était optimisée, cela devrait entraîner des conséquences macroéconomiques en générant un surcroît de croissance sans inflation. Une telle démarche ressemble d'ailleurs aux efforts historiques qui ont pu avoir lieu dans la deuxième moitié du dix-neuvième siècle, notamment lors de la réalisation des grandes infrastructures de transport, ou après la deuxième guerre mondiale, lors de la reconstruction du pays.

La combinaison des financements publics et privés peut s'effectuer de manière rationnelle et harmonieuse dans un PPP : les capitaux privés investis doivent pouvoir bénéficier d'une juste rémunération mais il convient de veiller à ce qu'elle ne soit pas excessive au détriment du partenaire public par exemple en cas de refinancement du contrat, les économies réalisées à cette occasion devant faire l'objet d'un partage équitable. Le projet peut ainsi être développé en minimisant l'impact sur le budget de la collectivité concernée. En conséquence, un montage en PPP peut permettre d'accélérer la mise en œuvre et la réalisation d'un projet, et c'est un de ces principaux avantages. En effet, la réalisation du projet dépend alors beaucoup moins de la disponibilité de ressources budgétaires, condition qui risque souvent de le reporter de plusieurs années. Cette réalisation plus rapide permet à son tour d'en retirer plus rapidement les bénéfices pour la société. Le recours au PPP est particulièrement intéressant en période de reprise économique : en effet, en raison du décalage entre le redémarrage de l'activité et les rentrées fiscales, le secteur privé dispose plus rapidement de ressources pour investir que le public, ce qui permet d'accélérer la réalisation des projets rentables. Il est certain en tout état de cause que, dans le contexte budgétaire et économique actuel, les contrats de partenariat peuvent jouer un rôle contra-cyclique en permettant de réaliser à brève échéance des projets qui seraient sinon différés de plusieurs années, faute de financement public disponible.

Par ailleurs, par le biais de montage en PPP, l'autorité publique peut se décharger du fardeau de l'investissement, pour se concentrer sur le contrôle de la qualité du service, alors que l'opérateur privé dont c'est le métier cherchera à optimiser son investissement pour fournir la qualité de service requise.

Des règles prudentielles seront toutefois édictées pour empêcher que l'État et les collectivités locales qui recourront aux PPP ne souscrivent des engagements hors bilan de manière incontrôlée. Les autorités compétentes devront être tenues régulièrement informées de l'état d'avancement des contrats de partenariat souscrits et du cumul des engagements financiers correspondants.

V - Pour pouvoir mettre en œuvre, à l'instar de ses voisins européens, des partenariats public-privé, la France doit se doter d'outils juridiques nouveaux.

Les titulaires d'une mission de service public disposent actuellement de plusieurs modalités d'action : la régie, la création de structures dédiées ou le recours au secteur privé par la voie contractuelle. Depuis très longtemps sont nouées fréquemment des relations contractuelles avec des entreprises ou des groupes d'entreprises chargées de fournir aux collectivités publiques et aux citoyens biens, services et travaux ou de gérer des services publics.

Ces relations contractuelles prennent en droit français deux formes maintenant bien définies par la jurisprudence et depuis peu par les textes, celle des marchés publics ou celle des délégations de service

public. Elles constituent des formes traditionnelles d'association du secteur privé dont le régime est particulièrement abouti.

Mais il est d'autres formes de relations contractuelles qui n'entrent dans aucune de ces deux catégories et pour lesquelles les montages sont complexes et fort peu encadrés jusqu'à présent. Certaines font l'objet d'une réglementation, comme par exemple, dans le cas des collectivités territoriales, les baux emphytéotiques mais souvent une insécurité juridique préjudiciable aux personnes publiques comme aux entreprises entoure ces « tiers contrats ».

Des expériences menées à l'étranger illustrent la gamme envisageable. Après avoir largement adopté notre modèle des concessions, nos voisins se sont en effet engagés dans des contrats d'un type nouveau qu'il est convenu de désigner sous l'appellation de partenariats public privé. Ces contrats ont pour objet de faire appel à l'initiative et au financement privés pour faire naître des équipements nouveaux, ou assurer la mise à disposition de services, destinés à assister les autorités administratives dans l'exercice de leurs missions. Conçus et gérés selon les normes propres au secteur privé, ces équipements et services sont mis à la disposition des administrations selon un cahier des charges élaboré pour les besoins du service public.

VI - Le nouveau régime des contrats de partenariat doit définir des règles alliant efficacité et rigueur et garantissant la transparence.

La philosophie de ces contrats est de permettre à l'administration de tirer profit des capacités de gestion d'une entreprise privée, tenue de trouver les financements les mieux adaptés à son activité voire d'assurer aux équipements en cause des débouchés autres que ceux qui répondent strictement aux besoins de l'administration contractante. C'est ce qui permet aux autorités administratives d'exiger que la rémunération soit étroitement liée à des critères de qualité dans l'exécution de la prestation et calculée sur l'ensemble de la durée du contrat. C'est aussi ce qui conduit à donner à ces contrats un caractère global. Quand ces contrats comprennent une part de construction, la contrepartie de la responsabilité de l'entreprise, c'est la latitude qui lui est laissée de concevoir et de bâtir l'équipement que l'administration utilisera, l'avantage de l'administration c'est que l'entreprise lui fournira un service complet allant de la construction de l'équipement jusqu'à son exploitation et sa maintenance.

Mais, et c'est ici que le terme de partenariat prend tout son sens, il s'agit d'équipements ou de services exigeant des investissements importants qui sont assumés par la personne privée, et dont l'exploitation ne peut pas permettre, à elle seule tout au moins, d'assurer la rémunération. Dès lors, les financements privés ne seront mobilisables que si le contrat assure une rémunération et un partage des risques très rigoureux tout au long de la vie, nécessairement longue, du contrat. Ceci implique que toutes les parties (administration, banques, opérateurs...) tissent des relations contractuelles complexes qui déterminent avec précision l'ensemble des risques identifiés et quelle partie les prend en charge, et qui engagent chacun dans des participations ou des garanties mutuelles. Pour l'administration, il peut s'agir par exemple d'accorder des sûretés sur des biens domaniaux, ou de prévoir de façon détaillée quelles garanties aura la banque si l'opérateur chargé du service vient à défaillir. Cet ensemble contractuel complexe destiné à assurer un partage précis des risques distingue ces contrats de partenariat à la fois des marchés publics et des délégations de service public.

Enfin, ces contrats de longue durée – le plus souvent supérieurs à 5 ans – doivent être conçus pour évoluer. C'est indispensable pour s'assurer que le partage des risques reste optimal pour l'ensemble des contractants. Si par exemple l'opérateur obtient au bout de quelques années des modalités de refinancement intéressantes, il est normal que l'administration recueille les fruits d'une partie des économies ainsi réalisées. Si les exigences de qualité du service évoluent, l'équilibre du contrat doit être remanié. Si ces exigences ne sont pas remplies, le contrat doit être revu en tenant compte des intérêts de l'administration comme de ceux des investisseurs financiers. Des clauses de rendez-vous permettant d'apprécier à intervalles réguliers comment évoluent les équilibres complexes prévus par le contrat sont donc indispensables et doivent conduire, le cas échéant, à des renégociations. C'est là une différence notoire avec le régime des marchés publics en droit français ainsi qu'avec celui des délégations de service public.

Il a paru utile au législateur d'habiliter le Gouvernement à permettre le développement de ces nouvelles formes de contrats. Il convient à la fois de ne pas brider inutilement des initiatives privées dans des domaines qui peuvent intéresser les administrations et améliorer la gestion des services, et de permettre aux administrations de solliciter des financements privés dans des domaines nouveaux. Or ces contrats ne pourront trouver à se développer que, si les règles qui leur seront applicables, garantissent la transparence de manière exemplaire lors de la passation et tout au long de la vie du contrat.

Signalons tout d'abord que la loi d'habilitation n'autorise aucune dérogation au statut général de la fonction publique. Il n'y aura donc aucun transfert, autre qu'éventuellement sur la base du volontariat, de fonctionnaires des administrations publiques vers le secteur privé.

Il faut veiller en second lieu à ce que ces contrats ne soient conclus qu'à bon escient. D'une part, ils n'ont nullement vocation à se substituer à des marchés publics ou à des délégations de service public chaque fois que l'on se trouve dans le cadre contractuel prévu par ces derniers types de contrats qui sont destinés à demeurer les outils de droit commun. D'autre part, appuyés sur des financements privés, les contrats de partenariat en supporteront le coût normalement plus élevé que celui des financements des collectivités publiques. Leur avantage viendra de la qualité de gestion attendue des opérateurs privés, des gains de productivité qu'ils réaliseront, des innovations qu'ils apporteront, et de la possibilité de substituer des investissements privés à des financements publics désormais limités. La passation de ces contrats sera précédée d'une évaluation rigoureuse qui permettra de vérifier l'existence de motifs d'intérêt général de nature à justifier leur utilisation. Un organisme expert national sera créé pour aider à la promotion de ce nouveau régime de contrats et à la diffusion des bonnes pratiques ; il pourra assister les administrations de l'État et les collectivités locales, si elles le souhaitent, pour la réalisation des évaluations et pour la suite de la procédure s'il est décidé d'y donner suite.

Il faut également s'assurer que ces nouvelles formes de partenariat se concluront avec les meilleures garanties de transparence. Un premier pas en ce sens a été franchi avec la loi d'orientation sur la police et la sécurité intérieure, qui pour la première fois organise la publicité et la mise en concurrence de certains contrats domaniaux. Une étape supplémentaire consiste désormais à assurer la transparence dans la passation des contrats de partenariat qui viennent d'être décrits. La vocation de tout contrat par lequel l'administration engage un partenaire dans une activité économique est en effet de répondre à des exigences de transparence. La procédure prévue vise donc à concilier rigueur et efficacité : si l'objet même de ces contrats conduit à instaurer un « dialogue » entre la collectivité publique et les entreprises privées candidates pour nouer un partenariat avec elles car c'est le seul moyen de tirer le meilleur parti des compétences de chacun et de répondre ainsi le mieux possible au problème posé, encore faut-il que ce « dialogue » soit strictement encadré dans une procédure garantissant transparence et égalité des chances. C'est pourquoi on peut le qualifier de « dialogue compétitif ». Cette procédure sera naturellement soumise aux contrôles de droit commun *a priori* et *a posteriori*.

Il faut ensuite faire en sorte que ces contrats complexes soient construits avec la précision requise, c'est-à-dire contiennent les clauses de nature à répartir équitablement les risques supportés par chacun tout en permettant à l'administration d'obtenir l'assurance que les exigences du service public seront respectées. L'équilibre recherché doit en outre permettre de laisser à l'ensemble de l'initiative privée – notamment des petites et moyennes entreprises – la possibilité d'accéder à ces nouveaux contrats. Il faut aussi souligner que, pour les projets immobiliers, des dispositions sont prévues pour garantir la qualité architecturale des ouvrages qui seront construits.

Au total, ces contrats présenteront un caractère novateur à un triple point de vue ils offriront de nouvelles formes de mise à la disposition des citoyens et de l'économie de biens et services publics ; ils entraîneront un nouveau type de relations entre les collectivités publiques et leurs co-contractants dans le strict respect des principes de transparence et de neutralité ; enfin par les évaluations et les comparaisons auxquelles ils donneront lieu, ils apporteront leur pierre au vaste chantier de la réforme de l'État et des administrations publiques.

PRÉSENTATION DE L'ORDONNANCE au conseil des ministres du 16 juin 2004

Le ministre d'État, ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie, a présenté une ordonnance sur les contrats de partenariat entre le secteur public et les entreprises privées.

Cette ordonnance, prise en application de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, institue des contrats de partenariat qui sont, aux côtés des marchés publics et des délégations de service public, une nouvelle forme d'association de l'entreprise privée aux investissements et à l'exploitation d'équipements ou de services publics.

À la différence des marchés publics, ces contrats peuvent s'étendre sur le long terme, comprendre une prestation globale allant de la conception d'un bâtiment et de sa construction jusqu'à sa maintenance, et englober le montage juridique et financier des opérations. À la différence des délégations de service public, l'exploitation de l'ouvrage ou du service n'est pas le principal critère de rémunération du partenaire privé de l'administration. Celle-ci pourra comprendre des éléments annexes. Elle reposera toujours sur des critères de performance.

Les contrats de partenariat, également appelés partenariats public-privé, ont produit des résultats intéressants dans d'autres pays de l'Union européenne en mettant l'innovation, l'ingénierie financière et la capacité de gestion du secteur privé au service d'une gestion publique plus efficace et plus économe. Des expériences concluantes ayant déjà eu lieu en France, il convenait de leur donner un cadre juridique sûr, adapté, conforme au droit communautaire et transparent afin de garantir, pour ces nouveaux contrats, aussi bien l'égalité d'accès des entreprises à la commande publique que l'efficacité de celle-ci.

L'ordonnance prévoit notamment :

- que le recours à un contrat de partenariat ne peut se faire qu'au terme d'une évaluation rigoureuse de chacune des possibilités juridiques ouvertes à l'administration pour la réalisation de son projet. À l'issue de cette évaluation, le contrat de partenariat ne pourra être retenu que si ses avantages apparaissent clairement. L'évaluation doit notamment mettre en évidence l'intérêt financier du recours au contrat de partenariat ;
- que le choix du ou des cocontractants de l'administration n'intervient qu'après la mise en œuvre de procédures de publicité et de mise en concurrence qui prennent la forme, en priorité, du dialogue compétitif, à défaut et en cas d'urgence seulement, de l'appel d'offres restreint ;
- qu'un contrat de partenariat ne peut être signé par l'État ou un établissement public de l'État qu'après l'accord du ministre de l'Économie et des finances qui en vérifie la compatibilité avec l'objectif de maîtrise des finances publiques. Cette disposition a pour objet de garantir que l'administration ne s'engage pas dans un contrat de long terme dont elle ne pourrait ensuite assumer la charge financière ;
- que la part réservée aux petites et moyennes entreprises dans l'exécution du contrat de partenariat ainsi que la qualité architecturale du projet, en cas de construction d'un équipement, sont des critères d'attribution du contrat. La possibilité pour l'administration de réserver la conception de l'ouvrage à un autre partenaire que le principal attributaire du contrat est expressément prévue ;
- que les procédures de contrôle de droit commun, en particulier le référé précontractuel, sont applicables.

L'ordonnance étend la possibilité de conclure des contrats de partenariat aux collectivités locales par des dispositions similaires, mais adaptées, qui sont codifiées dans le code général des collectivités territoriales.