

Abu Dhabi 9/14 juillet 2007

Panel Francophone

« Diversité juridique et pratiques administratives »

L'exemple du partenariat public-privé

M. Marcel Pochard,
Conseiller d'Etat
France

1. Le partenariat public-privé, présenté quelquefois comme une idée neuve et « inventée » récemment par le droit anglo saxon, n'a en fait rien de nouveau dans la plupart des pays d'Europe, notamment en France. Depuis fort longtemps, la puissance publique a su faire appel, dans le cadre de contrats complexes et de longue durée, à des opérateurs économiques privés, afin qu'ils contribuent à la production de biens collectifs qu'elle estimait nécessaires pour la société, dans des conditions qui ne pèsent pas trop, au moins à court terme, sur les finances publiques.

Ainsi, en France, le roi Louis XI organise en 1471 la concession de mine, et, dès le XVI^{ème} siècle, apparaissent les « concessions » de canaux ; **la concession consiste à confier à un opérateur privé le soin de réaliser un équipement public ou un ouvrage et l'exploiter à ses risques à ses risques et périls, moyennant rémunération assurée pour l'essentiel par les utilisateurs ; ce qui n'exclut pas une participation de la puissance publique.** Au siècle suivant au XVII^{ème} siècle, le secteur privé joue un rôle actif dans la transformation des villes et la gestion des services publics (ponts

voirie, service des carrosses, courrier...) : on sait, par exemple, que par un acte du 10 mars 1607, un particulier, Achille de Harlay se voit concéder le terrain de l'Île du Palais à Paris pour qu'y soit construite la place Dauphine.

Le XIX^{ème} siècle, marque en quelque sorte le triomphe du partenariat public-privé avec la multiplication, en tous domaines, de la concession : pour aménager, construire et gérer de nouveaux quartiers urbains (de 1853 à 1869, par exemple, Haussmann signe 42 traités de concession), pour construire et gérer les chemins de fer, pour réaliser la tour Eiffel...

On pourrait évidemment multiplier les exemples, jusqu'à aujourd'hui.

2. Pourtant, depuis quelques temps, le partenariat public-privé est devenu le thème d'innombrables colloques articles, ouvrages, d'où il ressort que les pays de droit continental, comme la France, seraient aujourd'hui, en ce domaine, des pays archaïques et que d'autres pays auraient découvert la « pierre philosophale » en matière de contrats publics, notamment la Grande-Bretagne, depuis le lancement, en novembre 1992, de la *Project Finance Initiative* (PFI), fameuse et mal connue à la fois.

L'idée est que le modèle de la concession, le plus souvent très réglementé dans son contenu, et ses conditions de passation et d'exécution ne permettrait pas de répondre à des demandes complexes. Celles-ci ne pourraient être satisfaites que par des contrats globaux de longue durée, par lesquels des personnes publiques confieraient, dans des conditions de négociation et de passation très assouplies, à des opérateurs économiques aussi bien le financement d'ouvrages ou d'équipements que leur conception, leur construction, leur entretien et leur exploitation ou encore la gestion de services publics, en s'abstenant d'être maîtres d'ouvrage et en rémunérant leurs cocontractants en tout ou partie par des paiements échelonnés tout au long de la durée des contrats. Ces contrats globaux présenteraient des avantages décisifs.. Il permettraient de réaliser des projets que l'état des finances

publiques ne permet pas d'envisager si on ne peut en étaler le coût sur de nombreuses années.

Ils procureraient, sur le long terme, une plus grande efficacité économique et des gains financiers. En effet des économies substantielles résulteraient notamment de la réduction des coûts de transaction liée à l'intégration des tâches de réalisation et d'exploitation et de la capacité des opérateurs privés à utiliser les équipements publics de façon optimale, par exemple en ne négligeant pas de les entretenir régulièrement ou en ne les laissant pas sans emploi quand ils ne sont pas nécessaires au service public.

Une telle analyse n'est certes pas sans fondement.

Elle laisse cependant largement dans l'ombre une question décisive, autour de laquelle se cristallisent tous les malentendus et que l'on peut formuler de la façon suivante : dans quels cas et à quelles conditions peut-on espérer qu'un partenariat du type de ces contrats globaux présente un véritable avantage comparatif, au regard de la qualité des constructions publiques, des performances du service public, de la bonne utilisation, à long terme, des deniers publics ?

Elle soulève au surplus la question de la capacité des collectivités publiques de maîtriser pareille question et de se doter des équipes capables de garantir cette maîtrise. Plus en effet le contrat est ample et librement négocié, plus la puissance publique doit être à même de contrebalancer le poids du partenaire privé.

- 3. L'expérience montre que si les nouveaux contrats globaux de partenariat public privé, quelquefois qualifiés de complexes, peuvent s'avérer d'un grand intérêt, il reste que dans la grande majorité des cas de partenariat, les solutions ayant fait leur preuve dans le passé (concession, affermage...) sont les mieux adaptées et offrent les meilleures garanties.**

En toutes hypothèses, les nouveaux contrats, comme les anciens ne doivent pouvoir intervenir que dans le respect des grands principes de la commande publique, de publicité et de mise en concurrence et de grande vigilance dans leur mise en œuvre.

3.1 Les nouveaux contrats globaux peuvent s'avérer dans des cas bien définis prometteurs. Il s'agit notamment des cas d'opérations complexes et c'est dans pareille hypothèse que la France a prévu récemment cette nouvelle hypothèse de partenariat public-privé. Ce cantonnement aux opérations complexes est justifié par le fait qu'il résulte tant de l'analyse économique que des leçons tirées de l'expérience que des contrats globaux avec préfinancement privé n'ont de chances d'être économiquement plus efficaces et financièrement moins coûteux que des contrats « classiques » que pour des opérations qui exigent à la fois des investissements élevés et la réalisation de prestations faisant appel à des savoir-faire de haut niveau.

Reste à s'entendre sur la notion de complexité justifiant ce nouveau type de partenariat.

En France, il est apparu, vain de prétendre en donner une définition générale spécifique. Par souci de simplicité et pour éviter les risques d'incohérence, la législation française a choisi de se référer à la notion de complexité retenue par la directive européenne marché (directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 comme condition d'utilisation d'une procédure de passation nouvelle, celle du dialogue compétitif.

La complexité d'une opération se déduit de ce que, comme le précise le droit français en s'inspirant de la directive, « la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ». L'adverbe « objectivement » est essentiel : technique, juridique ou financière, la complexité doit être celle du projet lui-même pour une

administration fonctionnant normalement, et non résulter de la carence de la personne publique.

3.2 Dans la majorité des cas par contre, il n'est pas souhaitable de s'écarter des modes traditionnels de partenariat public-privé, qu'ils aient nom délégation de service public ou concession, affermage, bail emphytéotique à construire... Ces modes ont l'avantage d'être connus, d'apporter des garanties aux collectivités publiques et d'éviter le flou de nouveaux modes dans lesquels les partenaires privés ne manqueront pas de s'engouffrer, avec chez certain des arrières pensées que l'on imagine.

Au surplus, au moment où il est question de renforcer **l'éthique** et la déontologie, il peut être paradoxal de préconiser de nouveaux modes de collaboration avec le secteur privé, avec des marges de négociation plus larges et donc des risques de corruption accrue.

La porte vers une telle voie ne peut qu'être étroite.

3.3 En toutes hypothèse, il y a lieu de poser des règles quant au recours aux contrats complexes et à leur pratique :

- **première règle : la nécessaire évaluation préalable de l'intérêt du recours à la nouvelle procédure.** Une première garantie face aux hauts risques de pareils contrats consiste à imposer à la personne publique qui envisage d'engager une procédure de passation d'un contrat de partenariat, de procéder à une étude d'évaluation préalable. Cette étude doit permettre de s'assurer que les conditions pour recourir à un contrat de partenariat sont remplies, c'est-à-dire, pour l'essentiel, que le projet en cause peut être regardé comme complexe au sens qui a été dit plus haut. Et elle doit justifier avec précision l'opportunité d'un double choix : choix du projet envisagé et choix du recours, pour le réaliser, à un contrat de partenariat. L'analyse demandée aux personnes publiques doit être exigeante : elle doit être comparative (et donc, évaluer les avantages respectifs des différentes formules possibles) et

prendre en compte de nombreux critères (coût global, performance, partage des risques...).

- **deuxième règle** : avoir **une procédure de dialogue** qui permette de construire un vrai partenariat et non de s'en remettre pieds et poings liés au partenaire privé.

La procédure de dialogue compétitif telle que définie par les directives européennes constitue, une bonne référence de procédure de passation des contrats de partenariat.

Cette procédure de passation respecte les principes fondamentaux de la commande publique (liberté d'accès, égalité de traitement des candidats, objectivité et transparence des procédures).

Elle doit être strictement respectée, en veillant, au surplus, à ce qu'elle permette d'atteindre l'objet même du dialogue qui est d'aider la personne publique à définir ce qu'elle ne peut définir seule, c'est-à-dire le contenu du cahier des charges.

Il convient d'être vigilant sur la mise au point des clauses relatives aux droits et obligations des partenaires de l'administration (dans le souci, de prendre en compte la longue durée des contrats) et sur l'ajustement des critères d'attribution, qui devront bien entendu être mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation, mais que le dialogue avec les professionnels permettra seul, parfois, d'affiner.

Comme tout marché, un contrat de partenariat sera attribué au candidat qui aura présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

*
* *

En conclusion, il y a lieu d'insister sur trois points :

- premier point : La réussite des contrats de partenariat dépend d'abord de la capacité des personnes publiques, éclairées par des études d'évaluation préalable réalisées avec soin, à les utiliser à bon escient. La recherche d'illusoires facilités financières, la seule volonté de s'affranchir des règles de droit commun, l'oubli des exigences du service public ne pourraient produire qu'échecs et dérives de toutes sortes.
- deuxième point : La conduite des procédures de dialogue compétitif, la mise au point des clauses des contrats, le suivi de leur exécution exigent un très haut professionnalisme : si les collectivités ne disposent des professionnels nécessaires, mieux vaut pour elles se contenter des procédures traditionnelles, qui ont fait leur preuve. C'est dire une nouvelle fois l'importance de la formation des cadres publics dans toute innovation en matière de gouvernance. La bonne gouvernance est d'abord à rechercher dans les hommes, avant de se tourner vers les procédures.
- troisième point : il paraît dès lors inopportun de laisser entendre qu'il existerait un nouveau modèle de contrat de partenariat qui résoudrait tous les problèmes. Il n'y a pas de miracle. C'est en exploitant la très grande **diversité** des formules de partenariat public-privé, telle que forgée par l'expérience dans le droit continental, et progressivement modernisée, que les différents pays qui souhaitent davantage s'ouvrir au partenariat privé, peuvent réussir pareille opération, avec le meilleur résultat.