



N° 971

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

TREIZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 juin 2008

AVIS

PRÉSENTÉ

AU NOM DE LA COMMISSION DES FINANCES, DE L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE ET DU PLAN SUR LE
PROJET DE LOI **relatif aux contrats de partenariat** (n° 779),

PAR Mme Marie-Hélène des Esgaulx,
Députée.

Voir les numéros :

*Sénat : 211, 239, 240, 243 et TA 66 (2007-2008),
Assemblée nationale : 779 et 967*

SOMMAIRE

	Pages
INTRODUCTION	7
I.- UN PROJET DE LOI INDISPENSABLE QUI A SU TROUVER UN ÉQUILIBRE ENTRE LES INTÉRÊTS EN PRÉSENCE	9
A.- UN PROJET DE LOI INDISPENSABLE	9
1.- Un très lent démarrage des contrats de partenariat	9
<i>a) Les incertitudes juridiques et le caractère restrictif de l'ordonnance de 2004</i>	10
<i>b) L'absence de neutralité fiscale</i>	11
<i>c) La multiplicité des formules à la disposition des personnes publiques</i>	12
2.- Un instrument irremplaçable en faveur du développement durable	13
B.- UN ÉQUILIBRE GLOBALEMENT SATISFAISANT ENTRE LES INTÉRÊTS EN PRÉSENCE	15
1.- Un projet de loi initial équilibré	15
<i>a) Équilibre entre efficacité économique et transparence</i>	15
<i>b) Équilibre entre ouverture et respect des décisions du Conseil constitutionnel</i>	15
2.- Un apport globalement positif du Sénat	17
II.- IL EST CEPENDANT NÉCESSAIRE D'APPROFONDIR ET PRÉCISER CERTAINS POINTS	17
A.- METTRE FIN AUX INCERTITUDES SUR LE CRITÈRE DE L'URGENCE	17
B.- VERS PLUS DE TRANSPARENCE	19
1.- Accroître la publicité	19
2.- Renforcer la transparence financière	19
3.- Le rapport annuel de suivi	19
4.- Généraliser l'évaluation préalable	20

C.– LA POSSIBILITÉ POUR RÉSEAU FERRÉ DE FRANCE (RFF) ET LES ENTREPRISES DE RÉSEAUX DE RECOURIR À UNE PROCÉDURE NÉGOCIÉE.....	20
D.– PERMETTRE AUX ORGANISMES DE SÉCURITÉ SOCIALE DE RECOURIR AUX PPP.....	21
E.– FACILITER LE RECOURS AUX PPP POUR LES PETITES ET MOYENNES COLLECTIVITÉS ...	22
<i>a) La création d'un fonds d'aide</i>	22
<i>b) La nécessité de faire progresser la réflexion sur la standardisation des PPP.....</i>	23
F.– LA NÉCESSITÉ D'UNE DÉFINITION UNIFORME DE LA MÉTHODOLOGIE D'ÉVALUATION	23
G.– QUELS ORGANISMES EXPERTS ?	24
H.– L'INDISPENSABLE RETOUR AU CARACTÈRE FACULTATIF DE L'ASSURANCE DOMMAGES OUVRAGE.....	24
I.– L'INDEMNISATION DES CANDIDATS.....	25
J.– LE CRITÈRE ÉCONOMIQUE ALTÉRÉ PAR LE SÉNAT	26
K.– LES CRITÈRES DE JUGEMENT DES OFFRES.....	26
L.– LE RÉGIME DES CESSIONS DE CRÉANCES, UN ENJEU IMPORTANT POUR LE FINANCEMENT DES PPP	27
III.– IL EST IMPÉRATIF D'ENGAGER UNE RÉFLEXION À PLUS LONG TERME SUR UNE REFORME GLOBALE DE LA COMMANDE PUBLIQUE	28
A.– MIEUX ENCADRER LES AUTRES FORMES JURIDIQUES DE PPP.....	28
B.– L'OBJECTIF D'UN CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE	29
C.– L'ANOMALIE CONSTITUÉE PAR LE CARACTÈRE RÉGLEMENTAIRE DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS.....	29
CONCLUSION.....	33
EXAMEN EN COMMISSION	35
AMENDEMENTS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION.....	41

PRINCIPALES PROPOSITIONS

Les partenariats public privé (PPP) constituent un instrument irremplaçable pour une commande publique efficace, privilégiant les obligations de résultat et le service rendu au meilleur coût. Un certain nombre d'obstacles doivent être levés ; tel est l'objet du projet de loi qui nous est soumis, amélioré lors de son examen au Sénat. L'Assemblée nationale peut aujourd'hui perfectionner encore un texte globalement équilibré, même si subsistent des lacunes qui ne relèvent pas toutes de la responsabilité du législateur. Ainsi, l'objectif affiché de neutralité fiscale n'est pas rempli dès lors qu'une administration d'État acquitte la TVA et voit ainsi un projet en PPP coûter 20 % plus cher qu'un projet en loi MOP. Votre Rapporteur pour avis vous propose d'apporter les principales améliorations suivantes au projet :

- création d'un fonds d'aide aux petites et moyennes collectivités pour la réalisation de l'évaluation et des études préalables à la signature du contrat ;

- possibilité pour les entreprises de réseaux de recourir au marché négocié sans limite de seuil dans le cadre d'un PPP ;

- rétablissement du caractère facultatif de l'assurance dommages ouvrage pour les PPP ;

- cessibilité à 100 % des PPP pour les contrats de performance énergétique inférieurs à deux millions d'euros ;

- préciser que le jugement des offres ne s'opère pas sur la seule base de la part « investissement » ;

- renforcement de la transparence :

- transmission à la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP) des contrats signés ;

- définition par la MAPPP de la méthodologie d'élaboration des évaluations préalables ;

- agrément des organismes experts.

Votre Rapporteur pour avis pour avis souhaiterait également que soient étudiées dans des délais raisonnables des solutions à différentes questions susceptibles d'entraver le développement des PPP, ainsi les modalités de versement ou de traitement comptable des subventions, qu'il serait souhaitable de verser au partenaire privé. De même convient-il que la dette que constituent les PPP pour une collectivité soit clairement inscrite dans les engagements hors bilan des collectivités territoriales. Également, il ne faut pas oublier que l'Union européenne poursuit ses travaux sur ce sujet qui ne manqueront pas d'avoir une répercussion sur le droit français.

Ce projet de loi n'est donc qu'une étape sur la voie du développement des partenariats public privé, mais une étape très importante.

INTRODUCTION

La discussion de ce projet de loi, adopté par le Sénat le 2 avril 2008, est l'occasion d'avoir un véritable débat sur les contrats de partenariat public privé.

Il est temps de stimuler les contrats de partenariat, qui peuvent constituer un véritable levier de croissance et permettre de rattraper le retard de notre pays en matière d'investissements. Il est temps également d'envisager la commande publique dans la durée et les équipements dans leur globalité. Même si les partenariats public privé (PPP) ne constituent pas la seule réponse à la question de la mise en œuvre efficiente de l'investissement public, ils peuvent contribuer à remettre au premier plan les préoccupations économiques, parfois oubliées au profit d'un certain formalisme.

Les PPP ne se limitent pas à la construction et à l'exploitation de bâtiments et d'infrastructures. Ils peuvent être utilisés également pour des marchés de services : systèmes d'information dans le domaine de la santé, informatique dans les collèges, gestion des paies, etc...

De plus, l'appréhension globale de la prestation entraîne par elle-même la prise en compte du développement durable, qu'il est aisé d'ignorer lorsque construction et exploitation sont séparées.

Les PPP constituent enfin un levier de financement indispensable, ne serait-ce que, pour citer un seul exemple, permettre la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement. Ce n'est pas pour autant un remède miracle. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de l'évaluation préalable : permettre d'avoir recours à cette procédure lorsque c'est le meilleur moyen de réaliser l'investissement.

Certaines inquiétudes qui se font jour ici et là sont de ce fait même infondées. Les PPP n'ont pas vocation à remplacer systématiquement les autres formes de la commande publique. Indépendamment de toute question juridique, ils sont appelés à rester limités, là où ils sont économiquement pertinents. Sauf à vouloir que notre pays ne progresse pas, qui peut vouloir choisir la méthode la moins efficace pour réaliser un investissement public ?

Les PFI (Private Finance Initiative) britanniques constituent un exemple intéressant. Même si cette formule juridique recouvre d'autres types de contrats que les contrats de partenariats de l'ordonnance de 2004, il est intéressant de noter que la Trésorerie britannique souligne⁽¹⁾ que « *la grande majorité des investissements ont été, et continueront de l'être, par des procédés traditionnels. Cependant, d'autres approches innovantes existent, en particulier les PFI, pour réaliser certains des projets les plus complexes...* ».

(1) HM TREASURY : *Infrastructure procurement : delivering long term value. Mars 2008.*

L'objectif du projet de loi est de « décorseter » intelligemment l'ordonnance du 17 juin 2004, et non de remettre à plat dans son ensemble le droit de la commande publique. Il peut cependant faire progresser la réflexion sur ce sujet. Il serait utile de simplifier et redonner une cohérence globale à ce droit si « éclaté » et « éparpillé ».

De manière plus générale, les PPP s'inscrivent pleinement dans une logique de réforme de l'État, en pleine cohérence avec la Révision générale des politiques publiques :

– l'obligation est de résultats et non plus de moyens, le non-respect de l'objectif étant sanctionné ;

– les personnes publiques renoncent à l'idée de tout faire elles-mêmes au profit du faire faire lorsque c'est la meilleure solution ;

– la finalité de l'investissement, le service à rendre, retrouve le premier rang ;

– « *l'évaluation des coûts globaux futurs des services collectifs permettrait en outre de mesurer leur impact économique et la capacité réelle d'un territoire à les supporter. Il y a là une façon éclairée d'échapper à la spirale de l'augmentation des dépenses publiques consécutive à la non-mesure des conséquences à moyen et long terme des décisions prises* ⁽¹⁾ ».

Ce projet de loi doit également apporter de la sécurité juridique. Le Parlement doit aussi veiller à l'ouverture à une vraie concurrence et préciser les modalités d'indemnisation des candidats. Il restera enfin à convaincre les services de l'État et des collectivités locales de l'intérêt des contrats de partenariat comme outil irremplaçable de l'investissement public. La formation des acheteurs publics ne pourra que contribuer à lever certaines préventions.

Le Sénat a globalement amélioré le texte proposé par le Gouvernement. Votre Rapporteur pour avis, par ailleurs Présidente du groupe d'études sur les partenariats public privé, a donc souhaité mettre l'accent sur un certain nombre de sujets de nature à permettre une nouvelle amélioration du texte, dans le cadre de son examen par l'Assemblée nationale.

(1) « Les PPP, leviers pour l'investissement, l'activité et l'emploi », page 22, la Documentation française – 2006 – Christian Saint-Étienne et Vincent Piron.

I.- UN PROJET DE LOI INDISPENSABLE QUI A SU TROUVER UN ÉQUILIBRE ENTRE LES INTÉRÊTS EN PRÉSENCE

Le projet de loi relatif aux contrats de partenariat apparaît indispensable au développement de cet outil au service d'un investissement public plus efficace, mis en place en 2004, et dont l'essor est encore trop limité. Il constitue un élément du grand chantier de réforme de l'État alors que le Président de la République, dans sa lettre au Premier ministre en date du 1^{er} octobre 2007, a appelé de ses vœux, la « *stimulation* » du partenariat public privé.

A.- UN PROJET DE LOI INDISPENSABLE

1.- Un très lent démarrage des contrats de partenariat

Le démarrage est très lent ; 27 contrats signés à ce jour, dont 20 pour les collectivités locales et 7 pour l'État. Au total, la MAPPP a recensé 147 projets, dont 77 % engagés par les collectivités locales et 23 % pour l'État. Les tableaux ci-après fournissent quelques indications sur les secteurs concernés et les montants en jeu.

	Typologie	Fréquence	%
1	Bâtiment	40	27
2	Transport	17	12
3	Culture et sport	24	16
4	Infra-télécom	11	7
5	Sys. Info	2	1
6	Équpt urbain	34	23
7	Énergie	18	12
8	Formation	1	1
		147	

Montants	Fréquence	%
X>150 M€ ;	8	14
30<X<150 M€	16	29
X<30 M€	32	57
	56	

Source : Site de la MAPPP

Ces chiffres sont nécessairement sujets à révision, la MAPPP n'étant pas obligatoirement destinataire des contrats de partenariats attribués.

En Grande-Bretagne, depuis 1992, 625 PFI ont été signés pour une valeur de 58,7 milliards de livres sterling.

Le projet de loi tend à améliorer le régime des contrats de partenariat alors que leur développement est contrarié à plusieurs points de vue : le caractère restrictif de l'ordonnance de 2004, dont la rédaction est contrainte par la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 portant sur la loi d'habilitation du 2 juillet 2003, l'absence de neutralité fiscale et la concurrence des autres procédures de partenariat public privé.

a) Les incertitudes juridiques et le caractère restrictif de l'ordonnance de 2004

Le Conseil constitutionnel a limité la possibilité de créer des contrats globaux entre une personne publique et un opérateur privé par sa décision DC 2003-473 du 26 juin 2003, portant sur la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit. Après avoir affirmé qu'« aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'imposent de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; », le Conseil constitutionnel a considéré 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 ». Il en a déduit que l'ordonnance créant les contrats de partenariat devrait « 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 la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé. »

L'ordonnance du 17 juin 2004 créant les contrats de partenariat a donc strictement défini les conditions de recours à ces contrats. Ils ne peuvent ainsi être conclus que si la complexité du projet ou la situation d'urgence rencontrée par la personne publique le justifie. L'ordonnance reprend donc les deux critères explicitement cités par le Conseil constitutionnel pour autoriser le recours à ces contrats.

Le contrat de partenariat est défini comme un contrat administratif par lequel une personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements,

ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Ils peuvent être conclus par l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Une évaluation préalable à la passation du contrat doit être effectuée par la personne publique, afin de démontrer la nécessité d'y recourir, en prouvant la complexité du projet ou l'existence d'une situation d'urgence, d'une part, et en donnant les motifs économiques, financiers, juridiques et administratifs le justifiant, en comparaison avec les autres outils de la commande publique, d'autre part.

Les deux critères alternatifs permettant de recourir aux contrats de partenariat – complexité et urgence – déterminent également les modalités de passation du contrat : le dialogue compétitif, si la complexité du projet est invoquée ; en cas de situation urgente, la personne publique lance un appel d'offres, en vertu duquel elle choisit l'attributaire, sans négociation, en fonction des offres proposées et sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

La procédure de passation du contrat est strictement encadrée, tant pour l'appel d'offres que pour le dialogue compétitif, par l'ordonnance du 17 juin 2004. Le choix du candidat s'effectue au regard de l'offre économiquement la plus avantageuse, en fonction de différents critères d'attribution faisant l'objet d'une pondération.

La personne publique rémunère le cocontractant pendant toute la durée du contrat et peut lier le montant aux objectifs de performance qu'elle lui a assignés.

Certaines clauses doivent obligatoirement figurer dans le contrat de partenariat, notamment la fixation de la durée du contrat, le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant, les objectifs de performance ou les modalités de rémunération de la personne privée.

Certaines incertitudes juridiques pèsent par ailleurs sur le régime du contrat de partenariat, telles que l'éligibilité aux subventions, la possibilité de confier au partenaire privé un mandat d'encaissement ou de lui céder des contrats existants, la faculté de percevoir des recettes annexes tirées de l'exploitation du domaine.

b) L'absence de neutralité fiscale

Le recours au contrat de partenariat crée un biais fiscal : le partenaire privé, qui assure la maîtrise d'ouvrage, doit s'acquitter des impôts dont les collectivités publiques sont exonérées lorsqu'elles assurent la maîtrise d'ouvrage.

Ainsi en est-il principalement des taxes d'urbanisme (taxe locale d'équipement, taxe départementale des espaces naturels sensibles, versement pour dépassement de plafond légal de densité).

Une autre distorsion fiscale, moins souvent évoquée, et tout aussi importante, concerne la TVA. Ainsi, par exemple, les participants à des contrats de partenariat public privé sont considérés comme des prestataires de services de la personne morale de droit public et sont ainsi soumis de plein droit à la TVA en application des dispositions de l'article 256 du code général des impôts. Ceci n'a, *a priori*, aucune incidence pour les collectivités territoriales, compte tenu du fonctionnement du FCTVA. En revanche, le problème se pose pour les administrations d'État. Un projet en loi MOP n'est pas assujéti à la TVA, d'où une différence considérable de coût puisqu'elle représente un cinquième de son montant. Une solution consisterait à permettre à l'administration concernée de « récupérer » tout ou partie de la TVA, son budget étant majoré à due concurrence.

Un tel système minorerait les recettes générales de l'État, ce qui pourrait apparaître comme inopportun dans le contexte budgétaire actuel. En réalité, aujourd'hui, un très faible pourcentage des investissements de l'État fait l'objet de PPP. Il n'y a donc guère de recettes de TVA encaissées à ce titre. Le mécanisme évoqué ci-dessus reviendrait donc, de facto, au maintien du statu quo.

c) La multiplicité des formules à la disposition des personnes publiques

Tout d'abord, le contrat de partenariat est concurrencé par d'autres partenariats public privé : les autorisations d'occupation temporaire du domaine public, associées à une location avec option d'achat (AOT-LOA), les baux emphytéotiques administratifs (BEA) et les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) pour lesquels les procédures de passation et d'exécution du contrat sont beaucoup plus souples.

Les personnes publiques peuvent également préférer recourir à la délégation de service public, laquelle peut être entendue comme un partenariat public privé dans une acception large, qui suppose cependant la rémunération du délégataire par l'utilisateur.

2.— Un démarrage pourtant urgent

Le besoin d'investissements est globalement stable en France et les contrats de partenariat pourraient être l'occasion d'un véritable renouvellement de la commande publique, en améliorant l'efficacité des investissements.

En effet, l'investissement public pâtit de différentes carences. Les équipements existants souffrent d'un entretien défaillant et coûteux. L'État ne connaît pas précisément les coûts de gestion correspondant aux immeubles occupés. Les conditions d'hygiène et de sécurité dans un grand nombre de bâtiments publics sont dégradées. Le régime traditionnel de maîtrise d'ouvrage publique met l'accent sur la construction des immeubles sans se préoccuper de leur entretien.

Les partenariats public privé répondent à ces difficultés sur plusieurs plans : le respect des délais et des coûts, sous peine de sanctions pécuniaires, et la prise en compte de la maintenance dans le coût global des investissements. Même un jugement aussi hostile aux partenariats public privé que celui du tribunal administratif d'Orléans du 29 avril 2008 reconnaît que cette formule a permis de gagner au minimum une rentrée scolaire. Il en a été de même de l'éclairage public d'Auvers-sur-Oise ou de l'informatisation dans les collèges d'Eure-et-Loir (qui a même permis, dans les délais, de renforcer et d'améliorer à la marge la dotation informatique par rapport à ce que prévoyait le contrat). Il faut aussi rappeler qu'en dehors des pénalités, le fait que la maîtrise d'ouvrage soit privée et donc non soumise aux mêmes contraintes juridiques qu'une personne publique représente un gain considérable de temps, une « débureaucratization » de la commande publique !

Enfin, ces contrats sont le moyen de réaliser des investissements qui, autrement, ne pourraient l'être. Votre Rapporteur pour avis pense ainsi aux projets liés au Grenelle de l'environnement.

2.- Un instrument irremplaçable en faveur du développement durable

Le fait même de devoir assumer pendant une longue période la responsabilité de la gestion des bâtiments construits incite à intégrer dès le départ des exigences d'exploitation optimale, dans une perspective de développement durable.

C'est également un moyen de financer des investissements tendant à améliorer l'efficacité énergétique des bâtiments publics de manière saine, le loyer payé en contrepartie étant compensé par les économies générées par cette efficacité énergétique accrue. Ces engagements n'ont rien de théorique. Des contrats de performance énergétique conclus dans le secteur privé ont produit de tels résultats ; par exemple : réduction de 12 % de la consommation d'énergie des magasins Carrefour.

Actuellement, la facture électrique annuelle des onze magasins concernés s'élève à environ 6,2 millions d'euros. Le contrat de performance énergétique conclu réduit chaque année ce montant d'un minimum de 700 000 euros.

Votre Rapporteuse pour avis ne voit pas de raisons de ne pas étendre ce système au secteur public :

Le choix par la personne publique d'une solution globale comprenant des engagements de garantie en matière d'économies d'énergie est essentiel car le transfert du financement par cette dernière au partenaire privé va présenter les avantages suivants :

-> **concentration de la trésorerie nette positive** sur des investissements stratégiques pour la personne publique,

-> **responsabilisation totale d'une entreprise** sur l'obtention de résultats mesurables, en termes de délais de travaux et d'économies d'énergie,

-> **rapidité de mise en œuvre du programme** de travaux pour accélérer le retour sur investissements,

-> **garantie totale ou partielle pour l'entreprise** de rentabiliser les investissements par les économies produites, à raison de la durée de retour sur investissement acceptable par la personne publique.

Le financement par un partenaire privé d'un programme d'économies d'énergie sur un parc immobilier se fait sur des projets répondant à des conditions d'optimisation technique, économique et financière, et ne saurait s'appliquer de manière systématique.

En effet, et sans plus approfondir à ce stade les conditions juridiques à respecter pour recourir à un contrat de partenariat, ce type de projet pourrait répondre à des critères spécifiques de qualification tels que :

-> l'existence d'un parc immobilier présentant un gisement d'économies d'énergie significatives, toutes énergies confondues,

-> la pérennité des bâtiments associée à une certaine prédictibilité en terme d'usage au niveau patrimonial et fonctionnel des bâtiments visés,

-> l'adhésion des différents acteurs internes et externes.

En tant que contrat à obligation de résultat, le contrat de performance énergétique transfère des risques au partenaire privé qui dépendront du choix du mode de financement, tout en lui confiant une mission globale.

Par définition, le risque de « demande » reste de la responsabilité exclusive de la personne publique : toute modification d'usage des bâtiments ou toute variation du périmètre immobilier est supportée par la personne publique et entraîne un ajustement du montant de la garantie d'économies d'énergie en proportion.

En corollaire, les partenaires privés acceptent une prise de risque financier dans le cadre de Contrat de Performance Énergétique qui se traduit au niveau de la garantie d'économies d'énergie.

B.- UN ÉQUILIBRE GLOBALEMENT SATISFAISANT ENTRE LES INTÉRÊTS EN PRÉSENCE

Le projet de loi qui nous est soumis est satisfaisant en ce qu'il propose des améliorations équilibrées du régime actuellement en vigueur pour les contrats de partenariat. Le Sénat a amélioré le projet gouvernemental sur plusieurs points.

1.- Un projet de loi initial équilibré

a) Équilibre entre efficacité économique et transparence

Le projet de loi initial proposait de favoriser le recours au contrat de partenariat par plusieurs mesures : élargissement des conditions d'ouverture du contrat, amélioration de la neutralité fiscale entre les contrats de partenariat et les marchés publics, dispense d'assurance dommages ouvrage, assouplissement du régime juridique des contrats, et clarifications tendant à une meilleure sécurité juridique.

Ainsi, le projet du Gouvernement s'est appliqué à ménager un juste équilibre entre deux impératifs distincts et tout aussi fondamentaux : l'efficacité économique et la transparence de l'action administrative. La recherche de l'efficacité économique justifie, comme cela a déjà été évoqué, le choix de la formule du contrat de partenariat, dont la logique dépasse celle de la réalisation du seul investissement public pour faire peser sur le cocontractant une obligation de résultat en matière de gestion de cet investissement dans la durée.

En même temps, la transparence est souhaitable afin que soit mesurée l'efficacité de l'action publique. Tout contrat de partenariat ne doit être conclu qu'au vu d'un point exact de son bilan coût-avantage ; ensuite, lors de sa mise en œuvre sur une très longue durée, il doit faire l'objet d'un suivi très attentif et d'une évaluation rigoureuse par l'administration.

b) Équilibre entre ouverture et respect des décisions du Conseil constitutionnel

Le développement de la formule du contrat de partenariat est contraint par la décision du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel, déjà citée, qui réserve le recours à ces contrats à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé.

Le projet du Gouvernement, principalement dans ses articles 2 et 16, élargit les conditions d'ouverture du contrat de partenariat tout en veillant à respecter strictement la décision du Conseil constitutionnel.

Ces articles, relatifs respectivement aux contrats de partenariat de l'État et des collectivités territoriales, précisent la notion d'urgence et proposent d'étendre les possibilités de recours au contrat de partenariat.

Sur le premier point, l'urgence pourrait être invoquée afin de rattraper un retard préjudiciable affectant la réalisation d'équipements collectifs ou de faire face à une situation imprévue.

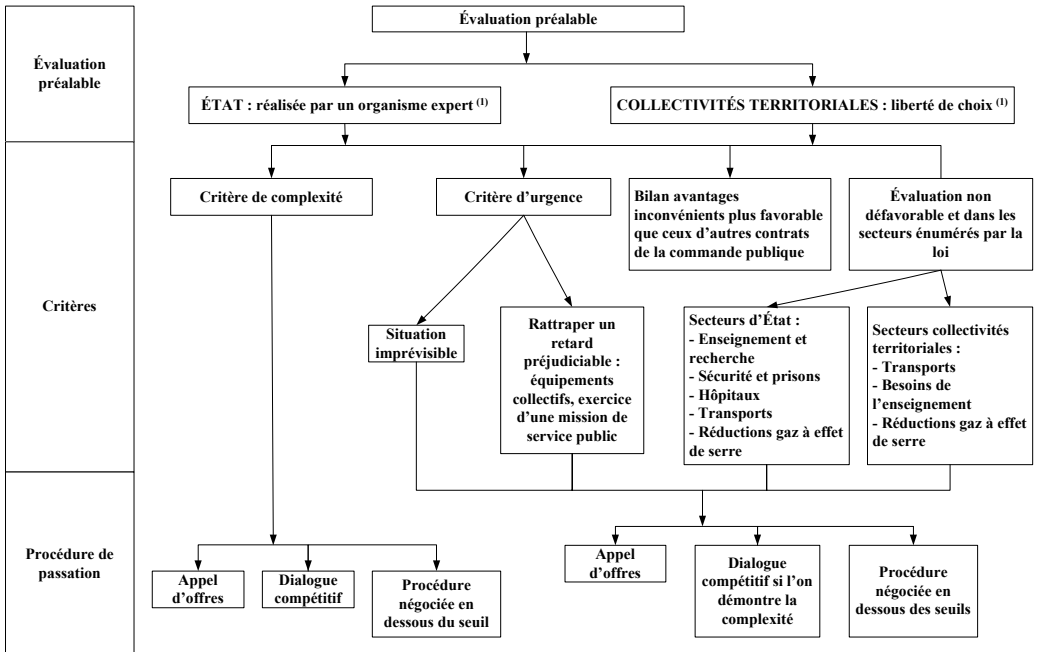
Sur le second point, le projet de loi introduit deux nouveaux cas d'ouverture du contrat de partenariat :

– lorsque le rapport d'évaluation préalable met en lumière que le contrat de partenariat présente un bilan avantages/inconvénients plus favorable que celui d'autres contrats de la commande publique ;

– lorsque le projet répond aux nécessités de certains secteurs de l'action publique réputés urgents, tels que l'enseignement supérieur, les implantations du ministère de la défense, les infrastructures de transport s'inscrivant dans un projet de développement durable, la rénovation urbaine.

Ces secteurs ne sont réputés urgents que jusqu'au 31 décembre 2012 et uniquement si les résultats de l'évaluation ne sont pas défavorables au recours au contrat de partenariat.

Le tableau ci-joint résume la nouvelle architecture des cas de recours aux partenariats public privé.



(1) Dans l'hypothèse d'une situation imprévisible, possibilité de recourir à une évaluation succincte.
NB. Il s'agit d'une présentation simplifiée des options de l'article 2 du projet de loi.

2.- Un apport globalement positif du Sénat

Le Sénat a substantiellement amélioré le texte ; même si certaines modifications apparaissent contestables, son apport apparaît clairement comme positif.

Aux articles 2 et 16, il a précisé que la notion de retard préjudiciable à l'intérêt général s'applique à l'exercice d'une mission de service public au sens large et non plus seulement à la réalisation d'équipements collectifs. Il a introduit dans la liste des secteurs de l'action publique réputés urgents l'enseignement français à l'étranger et les conditions d'accueil et d'enseignement dans les collèges, lycées et universités.

Le Sénat a également amélioré la neutralité fiscale en matière de contrats de partenariat en prévoyant que la mise à disposition de locaux dans le cadre de partenariats public privé ne donne pas lieu au paiement de la contribution annuelle sur les revenus locatifs (article 28 *ter*), en écartant l'application de la taxe de publicité foncière aux cessions de créances liées aux partenariats public privé (article 28 *quater*), et en étendant l'application du tarif favorable en matière de redevance d'archéologie préventive aux constructions mises à disposition des personnes publiques dans le cadre de partenariats public privé (article 28 *quinquies*).

L'éligibilité au fonds de compensation pour la TVA (FCTVA) des baux emphytéotiques administratifs, dans les mêmes conditions que pour les contrats de partenariat, a été introduite par le Sénat avec le II de l'article 28 *bis*. Elle pose problème en ce qu'elle augmente l'attractivité du BEA pour les collectivités locales alors que ce régime de partenariat public privé ne présente pas les mêmes garanties, notamment de transparence, que les contrats de partenariat. Un progrès est cependant à attendre dès lors qu'une ordonnance du 6 décembre 2006 du tribunal administratif de Nice ferait jurisprudence, ce qui paraît probable ; dans cette décision, il a en effet été jugé qu'un BEA constitue un marché public au sens de la directive 2004/18 du 31 mars 2004.

II.- IL EST CEPENDANT NÉCESSAIRE D'APPROFONDIR ET PRÉCISER CERTAINS POINTS

A.- METTRE FIN AUX INCERTITUDES SUR LE CRITÈRE DE L'URGENCE

Comme on l'a vu ci-dessus, le Conseil Constitutionnel avait entendu éviter la généralisation des PPP ; il n'avait probablement pas pour autant entendu rendre quasiment impossible le recours à cette procédure sur la base du critère de l'urgence. C'est en tout cas le résultat auquel on aboutirait si une récente décision du 29 avril 2008 du tribunal administratif d'Orléans devait faire jurisprudence.

Son raisonnement est en deux temps. Le syndicat professionnel auteur du recours est recevable à agir car tout contrat de partenariat porterait atteinte à l'intérêt collectif des PME adhérentes du syndicat. Ce point affirmé, le tribunal vérifie qu'il n'y avait pas d'autres moyens d'assurer la prestation et juge que des solutions provisoires étaient possibles, permettant d'attendre la construction du collège selon les procédures traditionnelles. Le tribunal reconnaît en effet que la procédure des PPP était plus rapide ⁽¹⁾, d'une ou deux années, mais estime que le préjudice subi du fait du retard n'était pas d'une gravité suffisante pour justifier le recours aux PPP.

Cette décision interpelle à plusieurs titres. On est tout d'abord bien loin de l'image d'Épinal du juge administratif soucieux de concilier au mieux contraintes juridiques, nécessités pratiques et équité. Il valait mieux, selon le tribunal, assurer le transport journalier des élèves dans un autre établissement et l'équiper d'installations provisoires que de recourir à un PPP.

Il est permis ensuite de s'interroger sur le lien établi par la juridiction entre marché global et exclusion des PME :

– sur le plan économique, est-ce démontré sur la base d'études prenant en compte la sous-traitance ?

– sur le plan juridique, comment concilier la priorité accordée aux PME avec la jurisprudence du Conseil d'État, qui a toujours écarté le principe même d'un traitement privilégié des dites entreprises ?

Ensuite, votre Rapporteur pour avis ne peut s'empêcher de relever que le code des marchés publics, même dans sa version de 2006, la plus favorable aux PME, n'interdit ni à une entreprise de répondre à tous les lots ni même, sous réserve de justifications, les marchés globaux. Le pouvoir adjudicateur peut en effet ne pas avoir recours à l'allotissement s'il « *estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* » (article 10 du code des marchés publics). En admettant même qu'il existe réellement un « *droit commun de la commande publique* », il est pour le moins évolutif, au fil notamment des changements de code... Et il est difficile de comprendre pourquoi le régime le plus restrictif devrait être appliqué aux partenariats public privé.

(1) Avant le recours au PPP, le département avait dû faire face à deux appels d'offres infructueux.

B. – VERS PLUS DE TRANSPARENCE

1. – Accroître la publicité

Actuellement, les différentes procédures de partenariat public privé sont soumises à des obligations de transparence moindres que celles prévues par le code des marchés publics. Cette situation emporte un certain nombre d'inconvénients. D'abord, il n'existe pas de recensement systématique des partenariats public privé. Ensuite, un manque de transparence et de publicité risque de faire peser un doute sur le sérieux de l'évaluation préalable comme sur le réalisme de l'appréciation du bilan coût/avantage du recours à telle ou telle formule de PPP.

Il semble donc opportun de rendre public le rapport d'attribution du marché au cocontractant.

L'amélioration de la publicité sur les projets de partenariat pourrait également permettre d'attirer un nombre plus élevé de partenaires potentiels. Il serait envisageable d'annoncer les projets de partenariat sur le site internet de la MAPPP, site évident pour les partenariats public privé, avec renvoi par lien hypertexte sur la publicité opérée au journal officiel de l'Union européenne.

La publicité des marchés signés devrait être obligatoire, en s'inspirant des avis d'attribution, ce qui permettrait de respecter la nécessaire confidentialité des contrats eux-mêmes, qui ne seraient communiqués qu'à la MAPPP.

2. – Renforcer la transparence financière

Pour prévenir tout risque de fuite en avant, votre Rapporteuse pour avis estime indispensable que la dette que constitue le PPP figure dans les engagements d'une collectivité locale. Dans le même ordre d'idées, il serait souhaitable de garantir une linéarité des loyers d'un PPP, s'agissant de la partie investissements, afin d'éviter les remboursements très élevés en fin de contrat...

3. – Le rapport annuel de suivi

Par ailleurs, le Sénat a fort opportunément prévu, en insérant un article 10 *bis* au projet de loi, qu'un rapport annuel établi par le titulaire du contrat de partenariat devra être adressé à la personne publique afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat. Le rapport annuel du titulaire du contrat doit être le point d'orgue d'un véritable suivi de l'exécution du contrat qui pourrait faire l'objet d'un débat de l'organe délibérant de la collectivité concernée.

4.— Généraliser l'évaluation préalable

L'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit qu'avant tout lancement de procédure de passation d'un tel contrat, la personne publique doit procéder à une évaluation tendant, d'une part, à démontrer la nécessité d'un contrat de partenariat, en raison de la complexité du projet ou d'une situation d'urgence, d'autre part, à fournir les motifs économiques, financiers, juridiques et administratifs justifiant l'opportunité d'y recourir, en comparaison avec les autres outils de la commande publique. Cette évaluation préalable, qui répond aux exigences constitutionnelles dans la mesure où elle doit démontrer la pertinence du recours au contrat de partenariat, constitue une avancée considérable dans le domaine de la commande publique, un progrès significatif par rapport à une situation aujourd'hui trop fréquente où la priorité est de lancer au plus vite l'opération avec l'espoir, parfois déçu..., de la réaliser le plus vite possible. Il est clair que l'obligation d'évaluation préalable devrait être étendue à toutes les formes de partenariat public privé, en particulier les baux emphytéotiques administratifs.

Actuellement, il peut être recouru aux BEA sans évaluation préalable même si le II de l'article 28 *bis*, inséré à l'initiative du Sénat, a pour effet de rendre éligibles au FCTVA les BEA qui ont donné lieu à une évaluation préalable. Cette neutralisation de la distorsion fiscale entre variantes de l'outil PPP s'inscrit dans le mouvement de convergence des exigences procédurales, déjà engagé avec les BEH (évaluation préalable rendue obligatoire en août 2006) et qui existe déjà pour les contrats de partenariat.

C.— LA POSSIBILITÉ POUR RÉSEAU FERRÉ DE FRANCE (RFF) ET LES ENTREPRISES DE RÉSEAUX DE RECOURIR À UNE PROCÉDURE NÉGOCIÉE

Le présent projet de loi prévoit, en son article 4, l'introduction de la procédure négociée, en sus de l'appel d'offres et du dialogue compétitif, pour les marchés inférieurs à un montant fixé par décret, qui devrait correspondre aux seuils d'application de la directive 2004/18 du 31 mars 2004.

Cela exclut *de facto* RFF du champ de cet article, ses marchés dépassant souvent, et parfois de loin, 500 millions d'euros. En conséquence, même si, jusqu'au 31 décembre 2012, et sous réserve que l'évaluation préalable ne soit pas défavorable, sont réputés présenter le caractère d'urgence les projets ayant pour objet de satisfaire les « *besoins relatifs aux infrastructures de transports ainsi qu'à leurs ouvrages et équipements annexes, s'inscrivant dans un projet de développement durable* », RFF se trouve confronté à un paradoxe. Dès lors que RFF ne passe pas de contrat de partenariat, il peut librement recourir à la procédure du marché négocié, dans le respect de l'ordonnance n° 2005-649 du

6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et à la directive 2004-17 du 31 mars 2004. En revanche, il ne le pourrait pas dans le cas d'un PPP.

La procédure de dialogue compétitif ne constituerait qu'un ersatz de la procédure négociée. Elle peut s'appliquer en effet « *lorsqu'un marché est particulièrement complexe* » et que le pouvoir adjudicateur « *estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché* ⁽¹⁾ », alors que, essentiellement, le marché négocié est admis, à titre exceptionnel, lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures ou services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale ou, pour des services, lorsque les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par la sélection de la meilleure offre ⁽²⁾.

Or, en fait, RFF est en règle générale parfaitement capable de définir les spécifications techniques de ses marchés mais a en revanche besoin d'en négocier les modalités d'exécution, essentielles pour des projets de cette ampleur.

Il peut donc apparaître souhaitable de préciser que les entités adjudicatrices soumises à la directive 2004/17 du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux peuvent recourir, dans les conditions offertes par ce texte, à la procédure négociée pour la passation de leurs contrats de partenariat.

D.- PERMETTRE AUX ORGANISMES DE SÉCURITÉ SOCIALE DE RECOURIR AUX PPP

Le recours aux contrats de partenariats est aujourd'hui réservé à l'État, aux collectivités territoriales et aux établissements publics.

Pour ce qui concerne les organismes de sécurité sociale, la procédure des contrats de partenariat est particulièrement adaptée aux établissements sanitaires ou médico-sociaux, notamment ceux gérés par les Unions pour la gestion des établissements des caisses d'assurance maladie (Ugecam – 155 établissements, 15 000 salariés, 850 millions d'euros de dépenses par an). En effet les PPP permettraient des gains en termes de coûts et de délais tout en permettant de mieux gérer la complexité des opérations de réhabilitation ou de relocalisation de ces établissements. Ces opérations des Ugecam nécessitent une grande technicité et les PPP permettraient au bénéficiaire du contrat d'assurer à la fois la maîtrise d'ouvrage, la maîtrise d'œuvre et, le cas échéant, jusqu'à la maintenance du bâtiment.

(1) Article 29 de la directive 2004/18 du 31 mars 2004.

(2) Article 30 de la directive 2004/18 du 31 mars 2004.

La rédaction actuelle du projet de loi laisse à l'écart les organismes de sécurité sociale. En effet le projet de loi renvoie (art. 13) à l'ordonnance du 6 juin 2005 qui transpose la directive « marchés » de 2004 :

« Les dispositions du titre Ier, ainsi que les articles 25-1, 26 et 27 de la présente ordonnance sont applicables aux pouvoirs adjudicateurs mentionnés aux 1° et 4° du I de l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (...). »

Cette ordonnance ne s'applique elle-même qu'aux pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas déjà soumis au code des marchés publics, à savoir :

« Les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, (...) »

Or l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale soumet les organismes de sécurité sociale au code des marchés et les écarte du champ de l'ordonnance du 6 juin 2005. Par conséquent le champ de l'actuel projet de loi exclut de son champ les organismes de sécurité sociale qui ne pourront pas recourir aux PPP. Cet article précise en effet que : *« les travaux, les fournitures, les prestations intellectuelles et les services pour le compte des organismes de droit privé jouissant de la personnalité civile assurant en tout ou partie la gestion d'un régime légalement obligatoire (...) font l'objet de marchés dont le mode de passation et les conditions d'exécution respectent les garanties prévues en matière de marchés de l'État. »*

Votre Rapporteuse pour avis estimerait souhaitable que soient mentionnés, parmi les pouvoirs adjudicateurs auxquels s'applique l'ordonnance, les organismes de droit privé ou public mentionnés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale.

E.- FACILITER LE RECOURS AUX PPP POUR LES PETITES ET MOYENNES COLLECTIVITÉS

a) La création d'un fonds d'aide

Un contrat de partenariat est un contrat complexe qui exige pour sa passation une assistance juridique, financière et technique importante. Le coût de cette assistance peut dissuader des petites et moyennes collectivités de recourir à cette procédure alors même qu'elle répondrait à leur besoin.

Il pourrait être envisagé d'accorder une aide aux collectivités et groupements dont la population serait inférieure à 50 000 habitants. Afin d'en diminuer le coût, les avances seraient remboursables lorsque la procédure a abouti à l'attribution d'un PPP. De même, la subvention serait versée, sur la base de justificatifs des frais engagés, dès lors que la collectivité s'engagerait à saisir officiellement la MAPPP et à mettre fin à la procédure en cas d'avis négatif.

Cette procédure pourrait constituer un moyen simple d'instruction des dossiers tout en respectant le principe de l'autonomie des collectivités locales. Dans une première étape, le coût devrait en être très limité ; actuellement, seule une trentaine de PPP ont été signés. L'aide pourrait être limitée à 50 000 euros, soit un faible pourcentage de la dépense totale qui dépassera souvent 100 000 euros. Si 20 demandes étaient formulées, cela représenterait une dépense annuelle d'un million d'euros, qu'il resterait à financer.

Un tel dispositif pourrait revêtir un caractère expérimental et faire l'objet d'une évaluation trois ans après le début de sa mise en œuvre.

b) La nécessité de faire progresser la réflexion sur la standardisation des PPP

Il va de soi que ces contrats ne peuvent être de simples « copier-coller ». Votre Rapporteur pour avis est cependant convaincue qu'il est parfaitement possible de les simplifier et d'en réduire le coût en préparant des documents standards. Votre Rapporteur pour avis renvoie ceux qui douteraient d'une telle possibilité au site de la Trésorerie britannique (« Standardisation of PFI contracts »).

F.— LA NÉCESSITÉ D'UNE DÉFINITION UNIFORME DE LA MÉTHODOLOGIE D'ÉVALUATION

La généralisation de l'évaluation préalable à toutes les formes de partenariat public privé, préconisée par votre Rapporteur pour avis, invite à préciser les conditions de l'évaluation préalable. En effet, l'appréciation de l'intérêt d'un partenariat public privé suppose une évaluation sérieuse, menée selon des méthodes rigoureuses, afin d'assurer une gestion optimale des fonds publics.

Or le Sénat a modifié l'article 2 du présent projet de loi afin de préciser que « *Chaque organisme expert élabore, dans son domaine de compétences, une méthodologie déterminant les critères d'élaboration de cette évaluation* ». Il apparaît qu'une dispersion des méthodes d'évaluation serait préjudiciable à l'efficacité de cette évaluation.

Il est donc indispensable de déterminer un référentiel d'évaluation financière *ex ante* et *ex post* des partenariats public privé commun à l'ensemble des autorités adjudicatrices, et partagé avec la Cour des comptes. La définition d'un référentiel commun pourrait être confiée à la mission d'appui aux partenariats public privé du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi. À titre de comparaison, au Royaume-Uni, le référentiel d'évaluation financière des PPP a été coproduit par le National Audit Office et le Trésor britannique.

G.– QUELS ORGANISMES EXPERTS ?

L'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit que l'évaluation est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret et le Sénat a maintenu cette rédaction alors que le Gouvernement n'avait pas prévu, dans le projet initial, de la faire perdurer.

Or, à ce jour il n'existe que deux organismes experts, l'un étant dédié à la Défense, l'autre étant la MAPPP. Il serait souhaitable d'instituer des relais régionaux de ces organismes habilités à rendre les avis. L'unité doctrinale et méthodologique serait assurée par la MAPPP, en liaison avec des représentants d'autres institutions concernées. Ces structures locales, devant être agréées, par la MAPPP par exemple, pourraient relever de différents cadres juridiques, mais seraient vraisemblablement de statut privé. Leurs prestations seraient donc facturées à l'organisme y ayant recours. On peut aussi envisager d'instituer une procédure d'appel auprès de la MAPPP sur ces « avis régionaux ».

H.– L'INDISPENSABLE RETOUR AU CARACTÈRE FACULTATIF DE L'ASSURANCE DOMMAGES OUVRAGE

L'article 31 du présent projet de loi prévoyait de rendre facultative la souscription d'une assurance dommages ouvrage par les personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre de contrats de partenariat, au même titre que les personnes morales de droit public. Le Sénat a supprimé cet article et rétabli l'obligation d'assurance.

L'assurance dommages ouvrage constitue, avec l'assurance de responsabilité, l'assurance construction rendue obligatoire par la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction. Elle couvre les dommages qui « *compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination* ».

L'assurance dommages ouvrage n'a à être souscrite, ni par l'État qui est son propre assureur, ni par les maîtres d'ouvrage qui, ayant la qualité de personne morale de droit public ou de droit privé dont l'activité atteint une certaine importance, font réaliser pour leur compte des travaux de construction pour un usage autre que l'habitation.

La dispense de cette assurance pour les partenaires privés de la personne publique, chargés de la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat, visait à éviter une dépense supplémentaire non négligeable pour la construction de l'ouvrage, de l'ordre d'environ 1,5 % de son coût global. Cette dispense est susceptible de s'appliquer lorsque le maître d'ouvrage privé est une entreprise importante susceptible d'assurer elle-même le coût d'éventuels dommages habituellement couverts par cette assurance.

Le Sénat a rétabli l'obligation d'assurance pour plusieurs raisons : il a craint que l'exception à l'obligation d'assurance dommages ouvrage rende plus difficile la réparation d'éventuels dommages, dans la mesure où l'assurance s'applique « *en dehors de toute recherche de responsabilités* ».

Il a également considéré que les cocontractants privés souhaitant souscrire une assurance facultative dans le cadre d'un contrat de partenariat pourraient rencontrer des difficultés à trouver une société les assurant dans des conditions acceptables.

Enfin, la possibilité de ne pas souscrire une assurance dommages ouvrage risquerait de créer un déséquilibre économique de la branche construction, en portant atteinte à la mutualisation des risques.

On peut être réservé devant les arguments invoqués, compte tenu du coût de l'assurance dommages ouvrage et du fait que l'amélioration de l'évaluation *ex ante* doit permettre à la personne publique d'apprécier globalement l'opportunité de la conclusion d'un contrat de partenariat avec un opérateur, même en l'absence d'assurance dommages ouvrage. Et surtout, cette obligation n'existant pas dans le cadre de la loi MOP, il n'existe aucune raison de créer une discrimination au détriment des PPP, et ce, alors même que le projet de loi a pour ambition de tendre vers la neutralité. Il apparaît donc indispensable de rétablir son caractère facultatif.

I.— L'INDEMNISATION DES CANDIDATS

L'article 6 du présent projet de loi modifie l'article 7 de l'ordonnance de 2004 pour prévoir que « *lorsque les demandes de la personne publique impliquent un investissement significatif pour les candidats ayant participé au dialogue compétitif, une prime doit leur être versée* » sans préciser pour autant les modalités d'attribution de cette prime.

Il pourrait être opportun d'apporter des précisions sur la question de la prime aux candidats en s'inspirant des règles déjà en vigueur pour des situations comparables. Ainsi, l'article 74 du code des marchés publics prévoit, pour les concours de maîtrise d'oeuvre, que « *les candidats ayant remis des prestations conformes au règlement du concours bénéficient d'une prime. (...) Le montant de la prime (...) est égal au prix estimé des études à effectuer..., affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.* »

Le code des marchés publics précise que la rémunération du titulaire du marché de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime reçue. Il serait souhaitable de s'inspirer de ces règles pour préciser les conditions d'attribution de la prime aux candidats à un contrat de partenariat.

J.— LE CRITÈRE ÉCONOMIQUE ALTÉRÉ PAR LE SÉNAT

Le Sénat a supprimé, à l'article 7 du présent projet de loi modifiant l'article 8 de l'ordonnance de 2004, le mot « *économiquement* ». Dès lors, pour l'attribution du contrat, on devra être conduit à choisir le candidat qui a présenté « l'offre la plus avantageuse » et non plus « *l'offre économiquement la plus avantageuse* ».

Cette nouvelle formulation s'éloigne des termes de la directive communautaire 2004–18 du 31 mars 2004 relative à la coordination de la procédure de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, qui précise, à l'article 53, que l'attribution des marchés se fait au choix, soit « *à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur* », soit au « *prix le plus bas* ».

L'argument développé au Sénat selon lequel le terme « économiquement » conduirait le pouvoir adjudicateur à retenir le candidat « moins-disant » est donc non fondé. Dans l'esprit de la directive, la notion d'offre économiquement la plus avantageuse renvoie à divers critères, dont le prix, mais aussi et surtout à la qualité de l'offre, sa valeur technique, esthétique, les délais d'exécution et bien d'autres critères choisis par le pouvoir adjudicateur. Ce n'est donc pas une attribution au moins-disant mais bien au mieux-disant qui se fait dans ce cas.

Il apparaît donc souhaitable de rétablir le terme « *économiquement* ». Il ne change rien aux critères d'attribution et cette formulation a le mérite d'être en correspondance avec la directive.

Une coordination pourrait intervenir dans ce cas à l'article 22 qui propose de supprimer le même terme à l'article L. 1414–9 du code général des collectivités territoriales.

K.— LES CRITÈRES DE JUGEMENT DES OFFRES

La caractéristique du contrat de partenariat est de ne pas se limiter à la construction mais d'inclure la maintenance et donc de tenir compte de l'exploitation dans la durée des bâtiments publics. Il est essentiel que cette démarche innovante trouve sa traduction dans les critères de choix des offres, qui doivent inclure la part « investissements », mais également la part « maintenance ». Dans cette perspective, la notion de coût global pourrait être précisée.

L.— LE RÉGIME DES CESSIONS DE CRÉANCES, UN ENJEU IMPORTANT POUR LE FINANCEMENT DES PPP

Le Sénat a d'ores et déjà apporté d'utiles clarifications sur ce sujet et votre Rapporteur pour avis laissera à la commission des Lois, saisie au fond, le soin de procéder à un examen exhaustif de la question. Elle souhaiterait se limiter à un certain nombre d'observations, sous l'angle de l'efficacité économique.

- En premier lieu, il serait souhaitable de bien distinguer la cession de créances de son acceptation ; les règles spécifiques protectrices de la personne publique doivent avant tout viser l'acceptation, la cession elle-même pouvant être régie par les règles de droit commun de la loi Dailly ;

- En second lieu, un premier risque de la cession de créances tient à l'absence de procédure de réception calquée sur celle des travaux réalisés dans le cadre traditionnel de la loi MOP. Le risque est alors pour la personne publique de se retrouver sans recours alors même que le bien « livré » ne lui donnerait pas satisfaction. Il importe donc de définir les modalités de contrôle par la personne publique de la qualité du bien réalisé pour son compte par la personne privée titulaire du contrat.

Il pourrait donc être prévu que la créance cédée ne puisse être définitivement acquise au cessionnaire qu'à compter de la constatation par la personne publique contractante de la « mise à sa disposition » conformément aux prescriptions du contrat, cette notion étant substituée à celle de réalisation. Il importe également de prévoir que cette constatation soit expresse, et non implicite.

- En troisième lieu, se pose la question de l'opportunité de maintenir le plafond de 70 % de la rémunération due par la personne publique au titre des coûts d'investissements, introduit par le Sénat, pour l'acceptation par la personne publique d'une cession de créance irrévocable.

Comme le souligne le rapporteur de la commission des Lois de la Haute Assemblée, M. Laurent Bêteille⁽¹⁾, « *cette limite à la cession de créance est essentielle car, dans un contrat de partenariat, la personne publique doit s'assurer de maintenir le partenaire en risque, ... Or la cession a au contraire pour effet de remettre en cause cette dépendance entre la rémunération versée par la personne publique et la performance globale de son cocontractant* ».

Votre Rapporteur pour avis approuve cette position. Le surcoût qui en résultera sera tout d'abord limité, probablement de l'ordre de 1 % à 1,5 %. Il y va ensuite de la nature même du PPP, qui est d'engager la responsabilité du partenaire privé quant à la bonne exécution du contrat. En effet, même si au départ, l'équipement « livré » fonctionne, rien ne garantit qu'il en ira de même sur la durée. Il n'est pas difficile d'imaginer quelques hypothèses assez réalistes où la personne publique se trouverait en position de faiblesse, ainsi :

(1) Rapport n° 239 (2007–2008) du Sénat, page 83.

- grosse défaillance, à l’usage, d’équipements complexes non couverts par la garantie décennale et sur la remise à niveau desquels la personne publique ne pourra pas nécessairement peser par des pénalités d’exploitation, d’entretien ou de maintenance ;
- faute d’un préposé du cocontractant privé au niveau de l’exploitation entraînant la ruine de l’ouvrage (incendie par exemple) ou une inutilisation temporaire, totale ou partielle, qui sera, on peut l’espérer, couverte par une assurance (non obligatoire) mais pas nécessairement en totalité, et qui en tout état de cause risque de remettre en cause pour un certain temps l’exécution du service public alors que la personne publique sera obligée de continuer à payer à 100 % comme si de rien n’était ;
- tentation très forte pour un cocontractant perdant de l’argent sur l’exploitation ou la maintenance de se « défausser » d’une manière ou d’une autre du contrat si on lui a garanti le paiement à 100 % de l’investissement et de son financement même en cas de résolution, résiliation ou annulation du contrat.

Reste la question des petits « PPP », inférieurs à 2 millions d’euros, qui peuvent être conclus pour la réalisation des contrats de partenariat énergétique.

Ces « petits » contrats sont souvent quasiment autofinancés par les économies qu’ils génèrent en quelques années. Les entreprises peuvent en assurer le financement sous réserve d’une cession à 100 % des créances résultant de la mise en œuvre du contrat. C’est pourquoi, à titre exceptionnel, et dans la double limite de l’objet et du montant, votre Rapporteur pour avis estime souhaitable de porter à 100 % la cessibilité de ces créances. Comme le rappelaient Mme Michèle Pappalardo, commissaire général au développement durable, et M. Noël de Saint-Pulgent, président de la MAPPP, dans un courrier commun du 21 mars 2008, le bâtiment pèse pour 40 % des consommations énergétiques et 23 % des émissions de gaz à effet de serre. Ils soulignaient l’intérêt des contrats de partenariat énergétique, et « *notamment le mécanisme innovant de garantie de résultat attaché à ces contrats* ».

III.– IL EST IMPÉRATIF D’ENGAGER UNE RÉFLEXION À PLUS LONG TERME SUR UNE REFORTE GLOBALE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

A.– MIEUX ENCADRER LES AUTRES FORMES JURIDIQUES DE PPP

Les principales formules concurrentes du contrat de partenariat ont déjà été évoquées : les autorisations d’occupation temporaire du domaine public, associées à une location avec option d’achat (AOT-LOA), les baux emphytéotiques administratifs (BEA) et les baux emphytéotiques hospitaliers

(BEH) pour lesquels les procédures de passation et d'exécution du contrat sont beaucoup plus souples ainsi que les délégations de service public.

Il s'y ajoute des dispositifs légaux ad hoc comme les contrats globaux de conception, construction et aménagement d'établissements pénitentiaires prévus par la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, et les marchés uniques de réalisation et de gestion d'établissements pénitentiaires et d'immeubles affectés à la police nationale ou à la gendarmerie prévus par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002.

Comme cela a déjà été évoqué, il est indispensable d'améliorer l'encadrement de la totalité des contrats de partenariat, et notamment le bail emphytéotique administratif, qui ne requiert pas obligatoirement d'évaluation préalable. Il convient donc de généraliser l'évaluation préalable des PPP, le suivi des contrats dans leur durée et d'améliorer la formation des agents publics chargés de suivre les contrats sur leur durée.

B.- L'OBJECTIF D'UN CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Les marchés publics et les contrats de partenariat relèvent de logiques différentes. Cependant, ces derniers étant considérés par le droit communautaire comme des marchés publics, il apparaît judicieux d'envisager une harmonisation visant à une meilleure cohérence des textes.

Les contrats de partenariat font l'objet des dispositions législatives alors que les dispositions du code des marchés publics résultent d'un décret.

Le rapprochement, dans un même code, des règles applicables aux contrats de partenariat, aux autres procédures de PPP (AOT-LOA, BEA, BEH) et aux marchés publics aurait l'avantage de conduire à examiner la question de l'extension aux marchés publics de certains principes applicables aux contrats de partenariat, comme pour certains marchés publics d'une certaine importance, le principe de l'évaluation préalable.

L'inclusion, dans ce corpus, des délégations de service public permettrait d'envisager la création d'un véritable code de la commande publique.

C.- L'ANOMALIE CONSTITUÉE PAR LE CARACTÈRE RÉGLEMENTAIRE DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS

Le caractère réglementaire de ce code ne va juridiquement pas de soi pour les collectivités territoriales dès lors que son existence même s'analyse comme une atteinte au principe de leur libre administration. Il en résulte qu'en application de l'article 72 de la Constitution, la matière ressortit au domaine législatif, comme l'a confirmé le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 2002-460 du 22 août 2002. Le Conseil d'État a également considéré qu'il s'agissait d'une matière de la compétence du Législateur.

Il n'en va différemment qu'en application de la jurisprudence du Conseil d'État, que l'on pourrait résumer ainsi dans sa dernière version : « *Le code des marchés publics est une mesure d'application du décret-loi du 12 novembre 1938* ⁽¹⁾ ». Ce décret-loi Daladier autorisait le gouvernement à étendre par voie de « règlements d'administration publique » les dispositions applicables aux marchés de l'État aux départements, aux communes et à leurs établissements publics, et ce en application d'une loi du 5 octobre 1938 tendant à accorder au Gouvernement les pleins pouvoirs pour réaliser le redressement immédiat de la situation économique et financière du pays. Il convient d'espérer que cette mesure ait pleinement contribué à son objectif en une période particulièrement sombre de l'histoire de France, même si, avec le recul du temps il ne va pas de soi que ce fut une priorité ! Entre-temps, s'est ajouté à cette « base » juridique l'article 21 de la loi n° 57-908 du 7 août 1957 qui disposait en son deuxième alinéa qu'un décret « *étendra, ..., aux travaux des collectivités et établissements publics, les dispositions* » d'un décret de 1956. Un décret du 28 novembre 1966 a abrogé le décret-loi du 12 novembre 1938. Un décret de 1960 a par ailleurs abrogé, en application de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution, la loi précitée de 1957. Par ailleurs, la Constitution du 4 octobre 1958 a redéfini le domaine de la loi dans ses articles 34 et 37 ainsi que celui des délégations du pouvoir législatif en son article 38. Sans remettre en cause les textes en vigueur, il eût pu paraître légitime de considérer comme caduques pour l'avenir les délégations du pouvoir législatif précédemment consenties, et ce alors qu'il s'agit d'une question d'une importance politique évidente.

Face à cette situation résumée à très grands traits, quelle a été l'attitude de la haute juridiction administrative ? Elle a tout d'abord considéré, par voie d'exception, que la loi de 1957 n'avait pu légalement être abrogée par la voie réglementaire et que cette illégalité faisait renaître le texte ainsi abrogé. S'agissant du décret-loi de 1938, sa légalité initiale était pour le moins incertaine, ne serait-ce que parce qu'il procédait à une subdélégation irrégulière en permettant au pouvoir exécutif de modifier par décret la loi après l'expiration du délai d'habilitation. Comme le rappelait le commissaire du gouvernement Piveteau en 2003, « *passé le délai d'habilitation, le gouvernement peut encore, soit exercer son pouvoir réglementaire propre, soit prendre des textes d'application du décret-loi* ». Or dès 1945 et a fortiori après 1958, le pouvoir réglementaire ne pouvait plus intervenir dans la réglementation des marchés publics. Le commissaire du gouvernement en tirait la conclusion que le décret-loi « *pouvait être légalement abrogé par le décret de codification du 28 novembre 1966* ». Et on ne peut que se demander avec lui « *s'il était raisonnable que le gouvernement aille chercher un appui aussi ancien, élaboré dans un contexte institutionnel aussi différent, pour un texte qui crée au quotidien des obligations aussi importantes aux collectivités locales* ». Il n'a cependant pas été suivi par le Conseil d'État ⁽²⁾ qui a estimé que ce décret aurait posé une règle de fond selon laquelle les principes applicables aux marchés de l'État sont étendus à ceux des collectivités locales moyennant les ajustements

(1) *Chronique de l'AJDA de MM. Donnat et Casas* – 2003 pages 718 et suivantes.

(2) *CE* – 5 mars 2003. *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*.

nécessaires. Dans cette logique, les codes des marchés publics deviennent des « *mesures d'application* » de la règle ainsi créée par l'assemblée du Palais Royal et il n'est plus possible d'invoquer l'illégalité de la subdélégation.

Alors que l'importance économique et politique des marchés publics n'a plus à être démontrée, il est anormal que ce sujet ne soit pas de la compétence du Parlement, et ce sur la base de raisonnements dont le brio n'empêche pas de mesurer le caractère artificiel. D'éminents juristes ⁽¹⁾ ont même estimé qu'il y avait là la volonté du Conseil d'État de préserver l'étendue du pouvoir réglementaire.

(1) L. Favoreu. *Le Conseil d'État. Défenseur de l'Exécutif. Mélanges Boulouis. 1991*

CONCLUSION

Les PPP constituent potentiellement un facteur de progrès. Cette potentialité doit se réaliser. Tel est l'objet du projet de loi qui nous est soumis. Au-delà de la loi, s'imposent en effet des changements culturels, de mentalité et de méthodes de travail. Ce n'est à l'évidence pas le même type de travail que de faire ou de faire faire. La formation devrait faciliter l'évolution des mentalités. De même, une standardisation s'impose si l'on veut que les PPP ne concernent pas que des projets d'importance. Il faut aussi une volonté forte, et celle-ci, du Président de la République au Parlement, ne fait pas défaut, sauf peut-être sur un point. En effet, si ce projet apporte de nombreuses réponses, il comporte cependant une lacune significative en ne mettant pas en place une véritable neutralité fiscale. En effet, la TVA acquittée par les administrations de l'État renchérit d'un cinquième le coût des projets dans le cadre d'un contrat de partenariat, par comparaison à ceux menés dans le cadre de la loi MOP.

De même, le traitement des subventions demeure insatisfaisant. L'une des difficultés rencontrées, outre les délais de versement, tient à ce que, la subvention, en cas de reversement au partenaire privé, est assujettie à la TVA, ce qui revient à réduire d'autant son montant. Une solution, à étudier, consisterait à verser directement la subvention d'investissement au partenaire privé.

Enfin, il ne faut pas oublier que l'Union européenne travaille activement sur ces questions. Le projet de loi n'est qu'une étape sur la voie du développement des partenariats public privé.

*
* *

EXAMEN EN COMMISSION

Au cours de sa réunion du 18 juin 2008, votre Commission a examiné pour avis **le projet de loi relatif aux contrats de partenariat (n° 779)**.

Le **Président Didier Migaud** a rappelé que la commission des Lois a été saisie au fond mais que votre Rapporteur est très informée du sujet en sa qualité de présidente du groupe d'études sur les partenariats public/privé. Il a rappelé la décision du Conseil constitutionnel qui, en 2003, a considéré que les contrats de partenariat dérogeaient au droit commun de la commande publique et que leur création devait être limitée à des situations particulières répondant à des critères précis.

Après l'intervention de votre Rapporteur pour avis, **M. François Goulard** a estimé que la saisine pour avis de votre commission des Finances sur ce texte était essentielle, étant donné ses enjeux économiques et financiers. Les contrats de partenariats rencontrent des oppositions, notamment au sein de certaines hautes juridictions ainsi qu'à Bercy où certains considèrent que la France a déjà suffisamment d'équipements publics. Pourtant, certains investissements collectifs sont nécessaires et peuvent être un facteur de croissance. Mais le cadre juridique de l'investissement public est obsolète.

Les contrats de partenariat présentent l'avantage de confier à une seule entreprise la conception, la réalisation et la maintenance d'un équipement, ce qui favorise leur efficacité économique. C'est ainsi que, grâce à la législation étrangère applicable à un projet international, l'on a pu faire 25 % d'économie sur la liaison ferroviaire Perpignan-Figueras.

Par ailleurs, il ne faut pas être inhibé par la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003, qui apporte une réserve interprétative à la loi d'habilitation. La jurisprudence peut évoluer.

M. François Goulard a souhaité que les investissements soient éligibles au fond de compensation de la TVA (FCTVA). À la différence de votre Rapporteur pour avis, il a estimé que la linéarité des loyers ne s'impose pas. Par exemple, dans le domaine des transports, l'utilité d'un équipement peut augmenter avec le temps ; il faut pouvoir augmenter les loyers en conséquence.

Il n'est pas souhaitable d'inscrire le montant total de l'engagement public sur un contrat de partenariat en hors-bilan. S'agissant des cessions de créances, il n'y a aucune raison de les restreindre, elles sont en effet vitales pour les PME. Enfin, le texte est trop restrictif s'agissant de l'évaluation par des organismes agréés, ce qui risque de freiner le développement des contrats de partenariat.

M. Gérard Bapt a exprimé une inquiétude face à la fuite en avant que constitue l'élargissement des PPP. Le Conseil constitutionnel a souligné *« qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services »*. Néanmoins, il a précisé 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. »*. Par conséquent, le Conseil constitutionnel a décidé que *« les ordonnances prises devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement. »*

La Cour des comptes a exprimé ses réserves quant à ces contrats qui permettent de reporter des engagements financiers sur les générations futures. De surcroît, les collectivités territoriales n'ont pas toujours les moyens d'évaluer le coût de certaines opérations.

Par ailleurs, les petites entreprises risquent d'être exclues de ce type d'opérations. Le syndicat national des entreprises de second œuvre a, à ce sujet, manifesté sa vive préoccupation. Enfin, ces contrats présentent des risques d'entente et de corruption. Au Royaume-Uni, le Trésor considère que les opérations inférieures à 50 millions d'euros ne présentent pas un bilan coûts/avantages satisfaisant.

M. Dominique Baert a rappelé que la Cour des comptes a montré que le recours aux PPP n'était pas moins coûteux que d'autres types de contrats publics. Certains contrats peuvent avoir des clauses financières inflationnistes. En tout état de cause, les agences de notation intégreront les engagements sur des PPP dans la dette des collectivités.

Il a souhaité connaître la raison de la fixation du plafond de cessions de créances à 70 % et connaître le sort des contrats actuellement en cours de négociation qui prévoiraient un taux de cession de créances supérieur à ce pourcentage, compte tenu du calendrier d'adoption et d'entrée en vigueur de la loi.

Votre Rapporteur pour avis a affirmé que les PPP permettraient de gagner au moins 0,6 point de PIB. Ils améliorent l'efficacité économique des projets, dans la mesure où l'entreprise conçoit et réalise mieux un équipement si elle sait qu'elle en assurera l'entretien.

En réponse à M. François Goulard, elle a estimé que la décision du Conseil constitutionnel est très importante et qu'il n'est pas question d'en méconnaître la portée.

Le Sénat a voté un amendement qui rend les baux emphytéotiques administratifs (BEA) également éligibles au FCTVA au même titre que les contrats de partenariat. Or, cette catégorie de PPP étant plus facile à mettre en œuvre que celle des contrats de partenariat, les BEA risquent d’opérer un effet d’éviction sur ces derniers.

La linéarité des loyers ne doit pas constituer une règle impérative, mais il faut fixer des limites à l’évolution possible des charges afin d’éviter des reports trop importants.

Votre Rapporteur pour avis a souligné qu’elle était attachée à l’inscription dans les comptes de la collectivité des engagements financiers souscrits dans le cadre d’un PPP.

Il faut fixer une limite aux cessions de créances dans la mesure où il s’agit d’un transfert de risques qui allège la responsabilité du co-contractant. On peut envisager des cas de cessions de 100 % de la créance, dans le cadre de petits contrats.

S’agissant des remarques soulevées par M. Gérard Bapt, il faut indiquer que le PPP ne conduit pas à un contournement des procédures encadrant le code des marchés publics. Il permet au contraire d’atteindre une véritable efficacité économique, alors que les délais sont très difficiles à faire respecter s’agissant d’un marché public ; avec la mise en œuvre des PPP, le paiement du contractant n’a lieu qu’à partir du moment où le service est effectué.

Il semble tout aussi difficile d’affirmer que c’est un procédé coûteux. Par exemple, la construction d’une piscine, à l’heure actuelle, est inscrite au budget d’investissement, le recours à l’emprunt permettant d’équilibrer l’opération. Un PPP au contraire conduira à intégrer dans le financement prévu toute la conception et la gestion de l’infrastructure sur de nombreuses années, ce qui lui donne en effet l’apparence d’être plus coûteux. Mais cette simple apparence tient aux règles de la comptabilité publique qui distingue la section d’investissement de la section de fonctionnement. Il y aurait d’ailleurs intérêt à revoir ces règles.

Le risque d’exclusion des PME des PPP ne semble pas réaliste et ce serait d’ailleurs une erreur de prévoir un seuil supérieur à certaines limites pour le recours à un PPP. Ces partenariats ne sont pas seulement utilisés dans le secteur du BTP, ils s’avèrent également être une réelle opportunité par exemple dans les domaines de l’éclairage public ou de l’imagerie médicale.

Pour répondre aux interrogations de M. Dominique Baert, qui a évoqué un risque juridique, il faut plutôt convenir que le projet de loi apporte une véritable clarification et permet une meilleure neutralité fiscale. Par exemple, les subventions rétrocedées aux co-contractants sont assujetties à la TVA et conduisent à une perte de ce fait, parce qu’elles sont considérées comme une avance de loyer. La neutralité fiscale n’est pas assurée, et la réforme proposée permet bien d’améliorer cette neutralité fiscale.

Par ailleurs, le Rapporteur de la commission des Lois, M. Claude Goasguen, a fait adopter un amendement qui répond à l'autre préoccupation dont il a été fait part : en effet, il propose de limiter la rétroactivité aux dispositions fiscales, les autres dispositions ne s'appliquant pour leur part qu'aux contrats dont l'avis d'appel public à la concurrence est publié après publication de la loi.

Le **Président Didier Migaud** a ensuite rappelé que sa décision d'irrecevabilité sur l'extension des PPP aux organismes de sécurité sociale s'expliquait par l'application d'une jurisprudence constante. L'objectif du texte étant d'accroître la commande publique, il implique un engagement de crédits. Dans ces conditions, l'irrecevabilité qui a été opposée à un amendement de votre Rapporteur pour avis ayant pour conséquence l'aggravation d'une charge publique ne saurait constituer une surprise.

Votre Commission a *émis un avis favorable* à l'adoption de l'article 1^{er} sans modification.

Article 2 (art. 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) : *Extension du recours aux contrats de partenariat* :

Votre Commission a *adopté* un amendement (**amendement n° 51**) de votre Rapporteur pour avis visant à encadrer l'élaboration de l'évaluation par l'emploi d'une méthodologie commune aux différentes catégories de personnes contractantes, afin de favoriser la qualité et la sécurité juridique de l'évaluation préalable, puis a *émis un avis favorable* à l'adoption de l'article 2 ainsi modifié.

Votre Commission a ensuite *émis un avis favorable* à l'adoption des articles 2 *bis*, 3, 4, 5 et 6 sans modification.

Article 7 (art. 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) : *Critères d'attribution d'un contrat de partenariat* :

Votre Commission a *adopté* un amendement (**amendement n° 52**) de votre Rapporteur pour avis, destiné à préciser la notion de coût global de l'offre, qui doit inclure non seulement la part « investissement », mais également la part « maintenance » du projet, puis a *émis un avis favorable* à l'adoption de l'article 7 ainsi modifié.

Votre Commission a ensuite *émis un avis favorable* à l'adoption des articles 8, 8 *bis*, 9, 10, 10 *bis*, 11, et 12 sans modification.

Article 13 (art. 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juillet 2004) : *Contrats de partenariat conclus par des groupements d'intérêt public, des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices* :

Votre Commission a *adopté* un amendement (**amendement n° 53**) de votre Rapporteur pour avis visant à supprimer la condition de seuil pour le recours à la procédure négociée des entités adjudicatrices non soumises au code des marchés publics, puis a *émis un avis favorable* à l'adoption de l'article 13 ainsi modifié.

Votre Commission a ensuite *émis un avis favorable* à l'adoption des articles 14 et 15 sans modification.

Article 16 (art. L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales) :
Extension du recours aux contrats de partenariat :

Votre Commission a *adopté* un amendement (**amendement n° 54**) de votre Rapporteur pour avis, symétrique de celui adopté à l'article 2 pour les collectivités territoriales, et visant à unifier la méthodologie de l'évaluation préalable, quelle que soit la personne publique contractante, puis a *émis un avis favorable* à l'adoption de l'article 16 ainsi modifié.

Votre Commission a ensuite *émis un avis favorable* à l'adoption des articles 17, 18, 19, 20, et 21, sans modification.

Article 22 (art. L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales) :
Conditions d'attribution d'un contrat de partenariat :

Votre Commission a *adopté* un amendement (**amendement n° 55**) de votre Rapporteur pour avis, symétrique de l'amendement adopté à l'article 7, et visant à préciser la notion de coût global de l'offre, puis a *émis un avis favorable* à l'adoption de l'article 22 ainsi modifié.

Votre Commission a ensuite *émis un avis favorable* à l'adoption des articles 22 bis, 22 ter, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 28 bis, 28 ter, 28 quater, 28 quinquies, 29 et 30, sans modification.

Article 31 (art. L. 242-1 du code des assurances) : *Dispense d'assurance pour les personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage d'un contrat de partenariat :*

Votre Commission a ensuite examiné un amendement de votre Rapporteur pour avis, visant à rétablir une disposition initiale du projet de loi, supprimée par le Sénat et qui rend facultative la souscription d'une assurance dommages ouvrage.

Votre Rapporteur pour avis a indiqué qu'il s'agissait en effet d'autoriser les titulaires de PPP à être dispensé d'assurance dommages ouvrage, au même titre que les personnes publiques, car une obligation d'assurance reviendrait à enchérir sensiblement les coûts.

M. Michel Diefenbacher s'est interrogé sur les raisons qui avaient poussé les sénateurs à revenir à l'obligation de souscription d'une assurance dommages ouvrage en supprimant l'article 31.

Votre Rapporteur pour avis a indiqué que le Sénat avait rétabli l'obligation d'assurance, car il a craint que cette exception à l'obligation rende plus difficile la réparation d'éventuels dommages, dans la mesure où l'assurance s'applique « *en dehors de toute recherche de responsabilités* ». Elle a également

considéré que les co-contractants privés qui souhaiteraient souscrire une assurance facultative dans le cadre d'un contrat de partenariat pourraient rencontrer des difficultés à trouver une société les assurant dans des conditions acceptables. Enfin, la possibilité de ne pas souscrire une assurance dommages ouvrage risquerait de créer un déséquilibre économique de la branche construction, en portant atteinte à la mutualisation des risques. Elle a déclaré être en désaccord avec ces préventions.

Votre Commission a *adopté* cet amendement (**amendement n° 56**) et a *émis un avis favorable* à l'adoption de l'article 31 ainsi rétabli.

Votre Commission a ensuite *émis un avis favorable* à l'adoption des articles 31 *bis*, 31 *ter* et 31 *quater* sans modification.

Après l'article 31 *quater* :

Votre Commission a *adopté* un amendement (**amendement n° 57**) de votre Rapporteur pour avis visant à créer une obligation d'information du ministre chargé de l'économie en cas de conclusion d'un contrat de partenariat, afin d'obtenir un recensement fiable des contrats, dans le strict respect du principe de confidentialité.

Votre Commission a ensuite *émis un avis favorable* à l'adoption de l'article 32 sans modification.

Elle a *émis un avis favorable* à l'adoption de l'ensemble du projet de loi ainsi modifié.

*
* *

AMENDEMENTS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION

Article 2

Amendement n° 51 présenté par Mme Marie-Hélène des Esgaux, Rapporteure pour avis

Compléter la deuxième phrase de l'alinéa 2 de cet article par les mots suivants : « dans les conditions fixées par le ministre chargé de l'économie. »

Article 7

Amendement n° 52 présenté par Mme Marie-Hélène des Esgaux, Rapporteure pour avis

I.- Après l'alinéa 4 de cet article, insérer l'alinéa suivant :

« 2° *bis* Le troisième alinéa est complété par la phrase suivante : « On entend par coût global de l'offre la somme des coûts actualisés générés par la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels, les prestations de services prévus sur la durée du contrat. »

II.- En conséquence, dans l'alinéa 4 de cet article, supprimer les mots : « après les mots : « l'offre, », sont insérés les mots : « en particulier les coûts d'exploitation, », et ».

Article 13

Amendement n° 53 présenté par Mme Marie-Hélène des Esgaux, Rapporteure pour avis

Compléter cet article par les alinéas suivants :

« Pour les contrats d'un montant supérieur à un seuil défini par décret, les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, peuvent recourir à la procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence, dans les conditions définies par décret mentionné à l'article 12 de ladite ordonnance pour les entités adjudicatrices.

« Lorsque le montant du contrat est supérieur au seuil mentionné à l'alinéa précédent, ces entités adjudicatrices peuvent recourir à la procédure négociée définie au III de l'article 7. »

Article 16

Amendement n° 54 présenté par Mme Marie-Hélène des Esgaux, Rapporteure pour avis

Compléter l'alinéa 2 de cet article par la phrase suivante :

« Cette évaluation est menée selon une méthodologie définie par le ministre chargé de l'économie. »

Article 22

Amendement n° 55 présenté par Mme Marie-Hélène des Esgaux, Rapporteuse pour avis

I.— Après l’alinéa 4 de cet article, insérer l’alinéa suivant :

« 2° *bis* Le troisième alinéa est complété par la phrase suivante : “On entend par coût global de l’offre la somme des coûts actualisés générés par la conception, le financement, la construction ou la transformation, l’entretien, la maintenance, l’exploitation ou la gestion d’ouvrages, d’équipements ou de biens immatériels, les prestations de services prévus sur la durée du contrat.” »

II.— En conséquence, dans l’alinéa 4 de cet article, supprimer les mots : « après les mots : « l’offre, », sont insérés les mots : « en particulier les coûts d’exploitation, » et ».

Article 31

Amendement n° 56 présenté par Mme Marie-Hélène des Esgaux, Rapporteuse pour avis

Rétablir cet article dans la rédaction suivante :

« Au deuxième alinéa de l’article L. 242-1 du code des assurances, après les mots : « ni aux personnes morales de droit public » sont insérés les mots : « , ni aux personnes morales assurant la maîtrise d’ouvrage dans le cadre d’un contrat de partenariat. » »

Article additionnel après l’article 31 quater

Amendement n° 57 présenté par Mme Marie-Hélène des Esgaux, Rapporteuse pour avis

Insérer l’article suivant :

« Une fois signés, les contrats de partenariat et leurs annexes sont communiqués au ministre chargé de l’économie. Les informations et documents communiqués ne seront utilisés qu’à des fins de recensement et d’analyse économique. Les mentions figurant dans ces contrats qui sont couvertes par le secret, notamment en matière industrielle et commerciale, ne pourront être divulguées. »