

1. PRÉSENTATION DES CONCLUSIONS DU RAPPORT D'INFORMATION « LES CONTRATS DE PARTENARIAT : DES BOMBES À RETARDEMENT ? » (RETRANSCRIPTION)

JEAN-PIERRE SUEUR

SÉNATEUR DU LOIRET
VICE-PRÉSIDENT DE LA COMMISSION DES LOIS DU SÉNAT

Dans le temps qui m'est imparti je vais d'abord dire quels sont pour moi les trois problèmes principaux que posent les Partenariats Public-Privé (PPP), sujet sur lequel nous avons publié en juillet 2014 avec mon collègue sénateur Hugues Portelli un rapport d'information, disponible et consultable sur le site du Sénat.

Les PPP, vous le savez, sont issus d'une ordonnance de 2004. Et, pour ma part, j'ai eu l'occasion de faire sur ce sujet trois recours devant le Conseil Constitutionnel et un devant le Conseil d'État, alors que l'ordonnance était encore un texte à caractère administratif. Parce que j'ai vu dès le début qu'il y avait un certain nombre de risques et souhaité qu'il y ait un encadrement de ces contrats de partenariat.

Premièrement, les PPP constituent, par définition, une exception aux règles qui garantissent l'égal accès à la commande publique. Dès lors que vous choisissez de faire un PPP vous allez choisir un « paquet cadeau », si je puis dire. Et vous aurez en général trois « paquets cadeaux » en France puisque il y a trois grands groupes, qui sont Vinci, Eiffage et Bouygues. Il y a d'autres entreprises ou personnes morales qui ont pu réaliser des PPP mais, pour l'essentiel, ce sont ces grands groupes. Et quand vous choisissez un concurrent pour mettre en œuvre un PPP, vous choisissez le banquier, c'est à dire le financement du système, vous choisissez le concepteur – autrement dit l'architecte –, vous choisissez la construction tous corps d'état confondus – ce qui correspond parfois à 20 ou 25 mises en concurrence dans

un marché classique –, vous choisissez, l'exploitant – l'entreprise qui va exploiter l'équipement – ainsi que les entreprises qui vont assurer sa maintenance et son entretien. C'est-à-dire qu'alors que dans les marchés classiques, pour l'ensemble de ces opérations, il y a des mises en concurrence distinctes et on choisit à chaque fois le meilleur candidat possible, – le « mieux disant » –, avec le PPP on choisit un « paquet cadeau » et on présuppose, – et à mon avis ça pose déjà beaucoup de problèmes – que le « paquet cadeau » constitue l'*optimum*. Ce qui n'est pas du tout vrai tant en matière de prix que de qualité.

Je me souviens que, lorsque j'étais élu local, j'ai dû un jour présider un jury « conception réalisation » pour construire un centre de formation d'apprentis. C'était très simple : il y avait une candidature qui était constituée d'une entreprise excellente avec un architecte médiocre et une autre candidature dans laquelle une entreprise pas très performante était « mariée » à un remarquable architecte. Nous n'avons donc pas pu choisir l'entreprise excellente et le remarquable architecte. Nous avons dû choisir l'un des « ensembles constitués », ce qui n'était évidemment pas le choix optimal. Le même problème, la même difficulté se pose pour les PPP – mais multiplié par dix ou vingt ou trente, compte tenu de l'ampleur des projets ! Il est clair qu'en choisissant un « paquet cadeau » on fait un choix global qui ne correspond pas au meilleur choix pour *chacune* des nombreuses prestations qui sont ainsi « agglomérées » ni – je le redis – en termes qualitatifs, ni pour ce qui est des prix.

Deuxièmement, on nous dit en général, et c'est d'ailleurs la loi qui le dit, qu'avant de faire un PPP on doit faire une étude préalable. Cette étude préalable est censée montrer qu'il est préférable de choisir un PPP plutôt qu'une forme de marché classique. J'ai lu un certain nombre de ces études et je peux vous dire que cette littérature est consternante. Et cela pour une raison très simple et que chacun peut facilement comprendre : au moment où cette étude est censée comparer les avantages et les inconvénients, dans le cas d'espèce, d'un PPP ou d'une procédure de marché classique (ou d'une autre procédure), personne ne sait qui sera candidat au PPP, et dans quelles conditions. Et personne ne sait non plus qui serait candidat à un marché classique pour chacun des 10, 20 ou 30 lots, ni à quelles conditions. On vous demande donc de comparer quelque chose dont vous ne savez rien avec autre chose dont vous ne savez rien non plus.

Pour ce qui est de l'État, c'est la MAPPP qui fait l'étude préalable. Pour ce qui est des collectivités locales, c'est n'importe quel « bureau d'études ». Si bien que cela se traduit par une littérature absolument époustouflante qui ne correspond à rien, qui ne sert à rien, et qui prolifère pourtant... Donc je dis qu'il faut arrêter avec ce que je considère comme une véritable imposture. Par définition, l'étude préalable ne permet pas de choisir entre les différentes solutions – ce qui ne veut pas dire que d'autres critères ne peuvent pas intervenir.

Et puis, en troisième lieu, il y a le problème financier. Nous avons beaucoup lu les rapports qui ont été faits, en particulier celui de l'Inspection Générale des Finances, que nous avons beaucoup cité dans notre rapport. Il y a, par ailleurs, le rapport de la Cour des Comptes, le rapport de la mission *Peylet* qui a mobilisé des universitaires très compétents afin d'expertiser les PPP dans les universités, le rapport sur les hôpitaux, les rapports sur les prisons et les locaux du ministère de la Justice.

L'ensemble de ces rapports montre qu'il y a des problèmes financiers considérables. Lorsque des élus locaux choisissent de faire un équipement en PPP, ils peuvent inaugurer l'équipement sans avoir eu à déboursier un centime. Mais ils lèguent à leurs successeurs des dettes considérables. Il y a là un véritable problème. Des élus sont venus me dire que les PPP leur permettaient de faire des équipements qu'ils ne pourraient pas faire autrement. On peut comprendre l'argument, mais on ne peut pas faire l'impasse sur le fait que les PPP engendrent des dettes durables. Comme, de surcroît, les groupes titulaires des PPP ont en général des armadas d'avocats, ces groupes défendent remarquablement bien leurs intérêts financiers – ce qui est logique –, et cela se traduit par un nombre conséquent d'avenants qui contribuent encore à renchérir le coût, pour les collectivités locales tout particulièrement. J'ajoute que, comme vous le savez, les collectivités locales et l'État peuvent emprunter sur les marchés financiers à un taux moins élevé que celui consenti aux entreprises. Et donc, le recours à l'emprunt par les groupes titulaires des PPP coûte, par définition, plus cher. Dans le rapport *Peylet* on lit que ce recours coûte au moins 40 % de plus que la solution d'une procédure classique et d'un emprunt fait par l'État ou par une collectivité locale.

Voilà très rapidement résumés – notre rapport est plus détaillé – les problèmes que nous paraissent poser les PPP.

Par rapport à cela nous avons fait une série de propositions.

La première proposition consiste à revenir à ce qui a été obtenu en 2004 par rapport à la première ordonnance sur les PPP, grâce au Conseil constitutionnel qui avait considéré dans une très importante décision que cette dérogation exceptionnelle à la liberté d'accès à la commande publique que constituent par essence les PPP n'était légitime que dans deux cas : l'urgence et la complexité. Nous proposons d'en revenir à ces conditions précises – urgence et complexité – qui constituent effectivement des raisons impérieuses qui peuvent justifier une dérogation au libre accès à la commande publique.

Il y a eu ensuite la loi de 2008. Je suis beaucoup intervenu dans les débats qui ont précédé l'adoption de cette loi. Il était clair – et il reste clair pour moi – que cette loi présentée par Mme Lagarde et M. Novelli avait pour objectif de généraliser les PPP. Certains considéraient que plus il y avait de PPP mieux ce serait ! J'ai d'ailleurs trouvé étrange et paradoxal que ceux qui, en général, défendaient cette idée se réclamaient du libéralisme. Or, je considère que le recours généralisé aux PPP ne va pas du tout dans le sens du libéralisme puisqu'il a pour effet de restreindre considérablement la concurrence. Celle-ci est, en effet, alors réduite à trois entités alors que, dans un marché classique, le champ ouvert à la concurrence est sans commune mesure. Je veux, à cet égard, préciser que dans le texte de la loi de 2008, il y avait deux cas supplémentaires dans lesquels on pouvait avoir accès aux PPP : d'une part, il avait été considéré que toute une série de réalisations était devenue urgente jusqu'en l'année 2013. Ce qui était devenu urgent, c'était tout ce qui était relatif à la politique de la ville, au logement, aux hôpitaux, à la santé, à l'université, à la sécurité, etc. Enfin, tout était urgent. Nous avons exposé dans un recours au Conseil constitutionnel que c'était un tour de passe-passe. Comme le Conseil Constitutionnel avait considéré en 2004 qu'il y avait une condition d'urgence, on lui renvoyait un article de la loi *ad hoc* qui considérait que tout était urgent et que, par conséquent, la condition était forcément remplie ! Nous avons eu raison et le Conseil constitutionnel a supprimé cette disposition sans aucune hésitation. En revanche, il est resté un autre critère introduit dans la loi de 2008, qui est celui de la prétendue

« efficience » en vertu de laquelle on pourrait recourir aux PPP dès lors que cela présentait plus d'avantages que d'inconvénients. Or, il s'agit là – chacun peut le mesurer – d'un critère vague, particulièrement subjectif. C'est pourquoi nous avons demandé avec Hugues Portelli dans notre rapport de supprimer cette nouvelle et imprécise clause.

Nous avons aussi posé dans le rapport la question du dialogue compétitif. J'ai eu l'occasion de participer à une commission d'enquête sur l'affaire Ecomouv et j'ai eu beaucoup de mal à comprendre comment, dans cette affaire, le dialogue compétitif avait été précisément mis en œuvre. Parce que le dialogue compétitif c'est finalement – pour prendre une métaphore sportive – un système dans lequel tout participant peut, à tout moment, dans le cours d'une compétition, proposer une modification des règles du jeu. Donc, trois candidats à un PPP sont mis en concurrence pour un PPP. Au bout d'un mois, l'un dit que ce serait mieux de changer le cahier des charges pour traiter autrement telle ou telle partie du sujet. Très bien. Mais alors celui qui organise le concours est dans l'obligation d'indiquer aux deux autres candidats la bonne idée qu'a eue le premier candidat, et cela en temps réel. Et ainsi de suite. La conséquence est que le dialogue compétitif présente dans sa mise en œuvre de véritables difficultés et peut créer beaucoup de contentieux puisqu'il faut pouvoir modifier constamment la règle du jeu en informant tous les autres candidats en temps réel de cette modification et en respectant strictement le principe d'égalité.

Il y a aussi dans nos propositions la suppression de l'expertise préalable. J'ai dit que cette prétendue expertise ne pouvait être sérieuse puisqu'elle avait pour objet de comparer des données qu'on ne connaissait pas. Nous préconisons donc qu'on y substitue une véritable expertise des capacités financières à court, moyen et long termes de la collectivité publique ou de l'entité de l'État à l'origine d'un projet de PPP, de manière à bien percevoir dès le départ les risques financiers. Philippe Seguin avait dit peu avant sa mort que les PPP étaient « le crédit *revolving* » des collectivités locales et de l'État. Quand vous allez dans un hypermarché et que vous n'avez pas d'argent, on vous dit : « Ce n'est pas grave, on va vous faire un prêt ». Et c'est très souvent un prêt à un taux très élevé, ce qui a pour conséquence que des personnes s'enfoncent dans l'endettement et le

surendettement. Eh bien, je crains qu'il en soit ainsi pour certaines collectivités locales. Cela vaut aussi pour l'État – et cela a conduit la Garde des Sceaux à continuer un certain nombre de procédures en PPP parce qu'il était devenu impossible de revenir en arrière et à en arrêter les autres. Il en a été de même dans le domaine de la Santé, quand on a vu les problèmes posés, par exemple, avec l'hôpital du sud de l'Île de France. Il en a été également de même pour les universités lorsque Mme Geneviève Fioraso a conseillé une grande prudence après avoir rendu publiques les conclusions du rapport de Roland Peylet et de ses équipes.

J'ajoute, pour revenir à l'étude préalable, qui devrait pour nous devenir une expertise des capacités d'emprunt et de financement, qu'il nous paraît absolument nécessaire, pour ce qui est des collectivités locales, qu'elle soit faite par un organisme agréé.

Pour ce qui est de la Mission d'Appui aux PPP, nous avons considéré que cet organisme avait beaucoup souffert d'avoir été chargé en fait, dès l'origine, d'une mission de propagande en faveur des PPP. J'ai toujours été profondément choqué qu'alors qu'il existe de nombreuses formules possibles – PPP, marchés classiques, concessions, affermage, etc. –, la Mission d'Appui aux PPP, service du ministère des Finances, ait été transformée en outil de propagande pour l'une de ces formules. Je ne suis pas d'accord avec cela. Je pense qu'il est excellent que le ministère des finances dispose de services qui fassent de l'expertise. Mais ceux-ci n'ont nullement vocation à être des instruments de propagande à l'égard de l'une ou de l'autre des formes de marché public prévues par la loi.

Il y a une autre de nos propositions sur laquelle je veux insister pour finir : elle consiste à exclure du champ du PPP l'architecture. Pourquoi ? D'abord parce que c'est la demande des architectes. Nous pensons que l'architecture d'un bâtiment – une médiathèque, un Zénith, un équipement public, etc. – est un sujet très important. Dessaisir la puissance publique, qu'il s'agisse des collectivités locales ou de l'État, du choix de l'architecture, cela m'apparaît exorbitant. Décréter que l'architecture va être confiée à l'un des trois grands groupes précités et que, finalement, les élus en seront dessaisis, cela me paraît inacceptable. J'ai été longtemps maire de la ville d'Orléans. Je n'aurais pas supporté de ne pas présider les concours d'architecture, auxquels j'ai été tellement attaché. J'étais passionné par

ces concours. Et je trouve qu'il y a là quelque chose de tout à fait essentiel. Cela vaut aussi pour l'État. Considérons un sujet comme les prisons : il y a eu quelques déboires avec les prisons faites en PPP. L'architecture et la conception d'une prison, c'est un acte politique, ou régalien si vous voulez, qui a une grande importance. Les prisons du XIX^{ème} siècle avaient une architecture en étoile très caractéristique d'une pensée sur la politique pénitentiaire, sur la fonction des prisons, sur ce qu'elles devaient être. De la même manière, je crois que l'architecture d'une prison ne peut être conçue qu'après un travail avec les directeurs d'établissement, les personnels, – et pourquoi ne pas demander l'avis des détenus ? Nous avons donc beaucoup tenu à cette proposition qui consiste à exclure l'architecture du PPP. Et donc, selon notre rapport, si l'on fait un PPP, on le fait après un concours d'architecture ou après une procédure qui aura permis de choisir l'équipe qui aura eu pour mission de concevoir l'équipement.

Ce sont donc là quelques-unes de nos propositions.