

LE CONTRAT DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ INTÉRIEURE ET DE DÉFENSE*

Guillaume FONOUNI-FARDE

Doctorant en sciences de gestion à l'École doctorale GODI (HEC Paris)

Le contrat dit « de partenariat » est emblématique de bien des questions que soulève la contractualisation publique appliquée aux domaines de la sécurité et de la défense. D'ailleurs, comme le souligne Laurent Richer, le terme de « partenariat » n'appartient pas au vocabulaire juridique¹. Emprunté à la théorie des organisations, il renvoie à ce processus de transformation de la relation contractuelle où l'achat, dans la durée, de la disponibilité de biens ou services se substitue progressivement à une relation contractuelle plus classique et de court terme qui lie l'acheteur au vendeur. Le terme de « partenariat » introduit l'idée de démarche coopérative. Il horizontalise une relation contractuelle public-privé caractérisée par sa forte verticalité. Il renvoie à une projection idéelle des conditions d'exécution d'un contrat d'externalisation et désigne cet état d'esprit nécessaire à l'instauration d'une véritable logique dite « gagnant-gagnant », elle-même garante de la performance économique prêtée à l'externalisation. Dans un contexte marqué par la « désinstitutionnalisation » des services publics régaliens, leur hybridation résulte d'une volonté de transfert des investissements publics et des missions y afférant au secteur privé. L'intérêt de l'opération est justifié par la perspective d'économies plus importantes que celles que permettrait un mode de gestion en régie, tout en préservant la qualité du service public rendu *in fine*. La notion de partenariat est alors cardinale en ce qu'elle garantit le fondement intellectuel de la démarche : si la logique dite « gagnant-gagnant » ne peut se déployer, c'est le principe même de l'hybridation qui serait remis en cause. Les concepteurs du contrat de partenariat sont en ce sens, les héritiers de la nouvelle gestion publique² pour qui le recours au marché, via le contrat, est un gage absolu de performance économique.

Sous l'influence de ce courant, le décideur public a souhaité la sanctuarisation juridique de la relation partenariale dont la mise en œuvre effective n'était possible qu'au moyen d'inflexions du droit de la commande publique français. Dès lors, la publication de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de

*Cette communication a été distinguée par le prix du « jeune chercheur » décerné par le Conseil d'administration de l'AFDSD.

¹ Richer L., *Droit des contrats administratifs*, 7^e édition, LGDJ, Paris, 2010, p. 607.

² Née dans le courant des années 1970 sous l'influence du néo-libéralisme, la nouvelle gestion publique – *new public management* en anglais – se fonde sur le niveau d'endettement public des États pour délégitimer la gestion publique classique. Elle postule la supériorité *a priori* de la gestion privée et nie les différences de nature entre les institutions publiques et les organisations privées.

partenariat³ répond à ce que le gouvernement d'alors qualifiait d'urgence juridico-économique : le droit public des affaires était jugé lacunaire, l'éventail des contrats publics trop étroit. Il fallait concevoir un contrat intrinsèquement partenarial et le contrat de partenariat satisfait cette exigence : il substitue à l'achat patrimonial d'un bien meuble ou immeuble, l'achat de la disponibilité d'une prestation de service.

Le contrat de partenariat est donc une hybridation, entendue au sens large comme un montage juridique et financier de type contractuel qui associe le secteur public et le secteur privé en vue de la réalisation de services et/ou d'infrastructures d'utilité publique. Il complète les outils traditionnels de la commande publique que sont les marchés publics et les délégations de service public par l'introduction d'une démarche authentiquement partenariale. Au marché public qui fait porter le risque économique sur le pouvoir adjudicateur et à la délégation de service public qui l'assoit entièrement sur le délégataire, le contrat de partenariat permet un partage des risques entre les personnes publiques et privées qu'il associe, en vue de la réalisation d'objectifs contractuels communs⁴. L'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat permet ainsi à une personne publique de confier à une entreprise une mission globale, dans le cadre d'un contrat de longue durée et contre un paiement étalé dans le temps. Par ce type de contrat, la personne publique « achète » la disponibilité d'une prestation nécessaire à l'exercice de ses missions. Il peut s'agir de la disponibilité d'un ouvrage (une prison, un immeuble de bureau, un réseau de télécommunications, un système de vidéoprotection, etc.) ou d'actifs (parc d'aéronefs, navires, véhicules terrestres, etc.). En principe, le contrat de partenariat associe donc les opérateurs privés à la réalisation d'une mission de service public en permettant un surcroît d'efficacité, une accélération de la vitesse de réalisation et une capacité de financement accrue. La relation partenariale est légalement instituée et l'hybridation peut alors être source d'un surcroît d'efficacité.

Le contrat de partenariat met donc en œuvre les principes fondateurs de la nouvelle gestion publique et sa création correspond à une volonté politique de mise en place des conditions favorables à un recours au marché le plus fréquent possible. Dans les domaines de la sécurité publique et de la défense nationale, la pression liée à la conjoncture budgétaire a conduit à la « désinstitutionnalisation » puis à l'hybridation des services publics régaliens en vertu d'une politique gestionnaire où le recours à l'externalisation est désormais la norme et le maintien en régie l'exception. Dans ce contexte, le *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale* de 2008 a naturellement encouragé les formes de partenariat entre l'État et les industriels de la défense et le contrat de partenariat a été pointé comme un instrument juridique prioritaire, à même de « permettre une meilleure maîtrise du coût global de possession des infrastructures ou des équipements, en particulier dans les domaines duaux que sont la formation, les télécommunications, la logistique de l'arrière, le soutien [...] ou encore l'infrastructure »⁵. Ce constat du *Livre blanc de 2008* relayait à l'époque des prises de position en faveur de l'hybridation plus anciennes et qui, dès 2002, avaient conduit les ministères de la défense et de l'intérieur à présumer que les futurs objectifs de la Loi de programmation militaire (LPM) 2009-2014 et de

³ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

⁴ C'est là une affirmation théorique. En pratique, la distinction peut s'avérer plus délicate.

⁵ *Défense Nationale, Le livre blanc*, Odile Jacob, La documentation Française, Paris, juin 2008, p. 273.

la Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI II) couplés à ceux nés de la Révision générale des politiques publiques (RGPP) ne trouveraient à s'accomplir pleinement qu'avec la naissance d'un nouveau contrat administratif, spécifiquement adapté.

De fait, avant même la publication de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, les ministères régaliens ont obtenu du législateur la création de contrats administratifs dérogatoires au droit de la commande publique commun et spécifiquement adapté aux objectifs des futures LOPSI I et LOPJ qu'étaient les contrats dits OAT-LOPSI et AOT-LOPJ (baptisés partenariats sectoriels par la doctrine). L'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat prolonge donc ces premières dérogations au droit de la commande publique commun et il est peu surprenant qu'elle ait reçu, à ce titre et comme la loi de modernisation du 28 juillet 2008 du reste, un accueil des plus bienveillants. Les autorités politiques et administratives des ministères de la défense et de l'intérieur avaient immédiatement saisi l'intérêt du contrat de partenariat en ce qu'il leur offrait un levier puissant, à même de financer ces projets ambitieux qu'ils appelaient de leurs vœux et que les seules finances de l'État ne pouvaient désormais porter. Y recourir devait permettre des économies conséquentes tout en préservant l'esprit de la Loi organique relative aux lois de finances (LOLF) qui consacre le passage d'une logique de moyens à une logique de résultats.

Pour leur part, les opérateurs privés et les industriels du secteur défense et de la sécurité étaient *a priori* favorables au contrat de partenariat. Ce dispositif leur permettait de s'associer au financement des missions de service public dévolues au ministère de la défense et de trouver de nouveaux débouchés non seulement en termes de fournitures d'équipements mais aussi et surtout en termes de fourniture de services.

Le contrat de partenariat appliqué aux domaines régaliens a été à l'origine de tels espoirs que le récit de son recours lors de ces dix dernières années aurait pu consister en l'énumération d'une longue série de contrats tous plus efficaces les uns que les autres. Il n'est en cependant rien et ce récit est d'abord celui d'un décalage : décalage entre un fort volontarisme politique qui voulait que ces contrats soient appelés à révolutionner la contractualisation publique, y compris dans les domaines de la sécurité publique et de la défense nationale où le procédé contractuel est pourtant source d'inconfort, et les résistances constatées en pratique. Presque 10 ans après la publication de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, le bilan est en effet très mince : six contrats notifiés par ministère de la défense en 10 ans, un seul par ministère de l'intérieur⁶. La doctrine des ministères de la défense

⁶ L'examen de la genèse du contrat de partenariat met également en lumière, outre son ascendance britannique, l'intérêt que lui ont porté, très tôt, les ministères régaliens français. Historiquement, le ministère de la défense est le premier à s'intéresser à cet outil nouveau dans le cadre de la Stratégie ministérielle de réforme (SMR) lancée en 2003. Cela débouche sur la notification des contrats de partenariat dits Hélidax (contrat notifié le 31 janvier 2008, portant sur la fourniture d'heures de vol d'hélicoptère EC-120 au profit de l'EALAT à Dax), Balard (contrat notifié le 30 mai 2011, portant sur le regroupement des services parisiens du ministère de la défense sur le site de Balard), RDIP Air (contrat notifié le 22 août 2011, portant sur la mise à disposition d'un réseau de desserte IP au profit de l'armée de l'air), Roc Noir (contrat de performance énergétique notifié le 21 novembre 2011 concernant le Quartier

et de l'intérieur se fait attendre et les acteurs privés se réfugient derrière l'absence d'appels d'offres comme pour mieux dissimuler leur propre réticence à être proactifs en la matière. Malgré un consensus relatif quant à sa pertinence et un cadre juridique précisé en 2008⁷, les freins à la pleine utilisation du contrat de partenariat sont importants et le nombre de projets menés à bien n'augmente pas. Aujourd'hui, le contrat de partenariat, après avoir été éclaboussé par les affres du projet Balard, est dénoncé, sévèrement décrié, fortement stigmatisé, voire même galvaudé.

Un tel constat admet, à l'évidence, plusieurs niveaux d'explications. Le premier éclaire les écueils imputables aux acteurs publics tandis que le second s'attache plus volontiers à sérier les errements des acteurs privés.

Parmi les écueils imputables à l'administration, force est de rappeler que ses agents sont les légataires d'un modèle managérial qui laisse traditionnellement peu de place à la collaboration avec le secteur privé. L'éventualité du recours au contrat de partenariat s'est ainsi heurtée à deux résistances particulières. En premier lieu, l'attachement des militaires français à la propriété des équipements et des infrastructures reste fort et il est vraisemblable qu'y renoncer est un pas psychologique difficile à franchir pour une armée française qui associe, par héritage, la pleine possession de ses moyens – matériels et patrimoniaux – à l'efficacité. L'armée française peut, certes, considérer que la perte de la propriété de ses matériels obère son efficacité au combat mais il serait erroné de voir là l'unique raison du blocage au développement du contrat de partenariat. Car, en second lieu, les administrations des ministères de la défense et de l'intérieur ont pu, elles aussi, connaître des réticences à s'engager dans des procédés contractuels nouveaux, par définition moins bien maîtrisés et pour lesquels il leur fallait faire appel à des conseils externes.

D'autre part, outre les résistances de l'administration, les discontinuités stratégiques résultant des palinodies du décideur public ont été bien trop nombreuses pour permettre un recours serein au contrat de partenariat. Lors de la XIII^e législature, le développement du recours au contrat de partenariat par les ministères régaliens nécessitait plus que du volontarisme politique : il commandait un mode de gestion publique *sui generis*. Le contrat de partenariat devait être soutenu par des politiques publiques de long terme portées par des gestionnaires visionnaires. Il ne pouvait se contenter d'une gestion de l'immédiateté dans l'immédiateté. En matière de gestion publique des services de l'État, les grandes respirations stratégiques sont désormais quinquennales et, depuis que le septennat de Jacques Chirac a pris fin en 2002, le temps des réformes suit ce rythme quinaire. Le

Roc Noir à Chambéry), CNSD (contrat notifié le 22 décembre 2011, portant sur la rénovation et la fourniture de services au Centre national des sports de la défense à Fontainebleau) et ISAE (Contrat notifié le 24 janvier 2012, portant sur la construction de la résidence étudiante de l'ISAE), soit un total de six contrats au début de la XIV^e législature (la passation du contrat de partenariat dit RoRo portant sur la mise à disposition de cinq navires rouliers au profit du ministère de la défense a été déclarée infructueuse le 29 octobre 2012 ; à ce jour, seul le contrat dit BSAH, portant sur la mise à disposition de bâtiments de soutien et d'assistance hauturière est toujours en cours de passation). Plus en retrait, le ministère de l'intérieur n'a conclu, pour sa part, qu'un seul contrat de partenariat pour le projet dit 1 000 caméras (contrat notifié le 27 juillet 2010, portant sur la mise en œuvre du plan de vidéoprotection pour Paris).

⁷ La loi du 28 juillet 2008 a levé certains des doutes inhérents à l'ordonnance du 17 juin 2004.

recours au contrat de partenariat dans les domaines régaliens s'accommode pourtant mal de cette temporalité nouvelle qui est une invitation supplémentaire au sacrifice du futur à l'immédiateté. Le cheminement d'un contrat de partenariat n'est pas caractérisé par une avancée constante sur une route rectiligne. La conduite du projet est marquée par des mouvements d'accélération auxquels succèdent des coups d'arrêt brutaux, sorte de déperditions d'un temps quinquennal d'autant plus précieux qu'il est raccourci par les remaniements ministériels. Le développement du contrat de partenariat a donc connu des avancées beaucoup trop saccadées pour qu'il puisse parvenir aux résultats escomptés.

Le bilan nuancé des premiers contrats de partenariat appliqués aux secteurs de la sécurité et de la défense n'est toutefois pas imputable à la seule administration. Les acteurs privés portent leur part de responsabilité et leur positionnement a pu être à l'origine d'obstacles d'ordre économique et managérial qui ont contrarié le développement du contrat de partenariat. Les principes fondateurs du contrat de partenariat ont parfois pu être sacrifiés au profit de la rentabilité immédiate de projets sectoriellement marqués et parfois peu conformes à l'esprit initial de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Pour certains opérateurs privés, le contrat de partenariat a pu représenter une manne momentanée, si bien que d'outil, il est devenu finalité. Le recours massif au contrat de partenariat dans certains secteurs – comme les travaux publics – a été le produit de stratégies d'influence d'opérateurs économiques qui y trouvaient un mode de financement puissant, bien que conjoncturel, de leur activité. L'inflation du volume de contrats signés à partir de 2008 n'était cependant qu'artificielle et la crise de la dette l'a brutalement mise à nue. De fait, dans un contexte où le contrat de partenariat essuie des critiques de plus en plus vives, ceux qui en étaient les chantres hier préférèrent aujourd'hui contempler brûler leur ancienne idole, après l'avoir un temps encensé.

Parallèlement, là où l'authenticité de la relation partenariale aurait impliqué un partage des risques caractérisé par l'équilibre et la mesure, certains opérateurs privés n'ont eu de cesse de chercher à neutraliser la part de risques qui leur incombait naturellement pour la transférer à la partie publique. Parmi eux, les prêteurs ont profité de la nécessité impérieuse de la partie publique de conclure certains contrats pour lui imposer une allocation des risques non conforme à l'esprit de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Plus grave, alors même qu'ils n'ignoraient pas que les conditions de financement de certains projets exposaient la partie publique à des risques financiers relativement lourds ainsi qu'à des rigidités contractuelles potentiellement coûteuses, ces prêteurs n'ont suivi que leur intérêt à très court terme. Depuis, face aux critiques nées de la survenance de difficultés inhérentes à une mauvaise allocation des risques, les prêteurs ont écouté, en silence, les accusations portées à l'encontre du contrat de partenariat et du décideur public tandis que, dans le même temps, ils se détournaient de cet outil juridico-économique et asséchaient, de fait, son financement. Le recours au contrat de partenariat en matière de sécurité et de défense a donc souffert de leur opportunisme, preuve que le travail légistique qui a présidé à l'ordonnance du 17 juin 2004 n'était pas de facture suffisante. Trop peu robuste, l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat a laissé en elle les germes qui contaminent la philosophie dont elle est porteuse.

En conclusion, le recours au contrat de partenariat en matière de sécurité et de défense depuis 2004 est riche d'enseignements. Le premier est que le bilan plutôt maigre du recours au contrat de partenariat en matière de sécurité publique et de défense nationale est d'autant plus paradoxal que l'abandon momentané de cet outil n'annule pas pour autant les besoins desdits ministères en équipements. L'absence de recours au contrat de partenariat conduit ces ministères à se couper de sources de financement privé au moment où précisément, les ressources publiques se raréfient. À l'heure où les dépenses d'équipement pourraient faire l'objet de nouvelles coupes claires, le modèle partenarial permet de dégager des marges de manœuvre qui ne peuvent être écartées *a priori*. Ce passage d'une logique patrimoniale à une logique capacitaire éclaircirait, en théorie, des horizons que les acteurs du secteur de la défense et de la sécurité perçoivent légitimement comme assombris.

Le second est qu'en raison des spécificités ontologiques de la relation contractuelle public-privé dans les domaines de la sécurité intérieure et de la défense nationale, l'instauration d'une démarche authentiquement partenariale se heurte invariablement à des résistances. Résistances d'ordre institutionnel d'une part, où les ministères en question, tant par aversion pour le changement de paradigme que par défaut de stratégie managériale, ne facilitent pas le concours du secteur privé. Résistances d'ordre managérial d'autre part, où les entreprises s'éloignent des principes philosophiques de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat pour privilégier une stratégie opportuniste et de court terme. Face à ce constat, l'hybridation dans les domaines régaliens est en question. Dès lors que l'instauration d'une démarche partenariale présente des difficultés de mise en œuvre et des résultats contrastés, la préférence du recours au marché au terme de l'arbitrage entre faire et faire-faire est plus que jamais centrale. Dans un contexte où l'hybridation tend à s'instaurer comme le mode de gestion privilégié des services publics régaliens, un constat plus nuancé s'impose. L'analyse du recours au contrat de partenariat dans ces secteurs démontre que le recours à l'hybridation commande la circonspection et l'analyse casuistique. L'externalisation – qu'elle soit pratiquée au moyen du contrat de partenariat ou non – reste un processus à risques qui, s'il ne doit pas être tabou, ne doit pas non plus être érigé par le gestionnaire public, en une sorte de totem.