

BENOÎT DE ROQUEFEUIL, AVOCAT À LA COUR, CABINET BENSOUSSAN

Contrats public/privé : revenir au cadre juridique

Juridiquement, les contrats de partenariat entre fournisseurs privés et administrations doivent être justifiés par des contraintes de complexité et d'urgence. Le Syntec Informatique a une position différente. Analyse.



Depuis plusieurs années, le gouvernement français se montre très ambitieux sur la promotion de l'administration électronique et la place des services publics dans la société de l'information. Cette volonté politique répond à deux objectifs principaux :

1) simplifier les relations des administrés avec les administrations (télédéclaration, disponibilité de formulaires en ligne, mutualisation des sites publics et facilité d'accès à un ensemble de données et informations) ;
2) maîtriser voire réduire les coûts grâce aux gains de productivité que les nouvelles technologies sont censées devoir procurer. Si les objectifs sont clairs, les moyens sont complexes. Dans le cadre de cette politique, des moyens importants sont d'ores et déjà mis en œuvre par les administrations afin d'harmoniser leurs systèmes d'informations. Ainsi, l'Agence pour le Développement de l'Administration Electronique (ADAE), à l'occasion de la mise en œuvre du cadre commun de l'interopérabilité, propose des solutions d'architectures et de formats qui sont reprises dans de nombreux marchés et constituent des indications intéressantes pour la détermination des référentiels techniques qui risquent d'être exigés par les différents acteurs du secteur public dans leurs appels d'offres.

Le "PPP" et l'outsourcing

Des moyens sont également recherchés pour associer, de la façon la plus efficace possible, des acteurs privés à la réalisation et à la gestion des projets informatiques d'envergure, et ce notamment grâce à des cadres juridiques particuliers.

Le Syntec Informatique a exprimé sa position à cet égard dans le cadre d'un livre blanc : « *Collection Thématique n°1- avril 2005 : Position de Syntec Informatique partenariat public-privé* » en préconisant le recours aux formes de contrats dits de « partenariat public-privé » qui pourraient être particulièrement adaptés à certains services, tels que « *la modernisation du système d'informations des CHU, l'externalisation de la fonction encaissement des amendes, la chaîne de production informatique pour les tribunaux ou encore l'externalisation de la fonction approvisionnement désarmées* ».

Les contrats de partenariat public-privé (PPP) correspondent à de nouveaux contrats administratifs qui sont régis par l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 et qui ne peuvent être mis en œuvre qu'après avoir été préalablement justifiés par des avantages objectifs et financiers exposés dans le cadre d'une « évaluation comparative ». Les critères de complexité et d'urgence seraient de nature à justifier le recours à un contrat PPP. Pour le Syntec Informatique, ces contrats pourraient constituer des solutions dans le développement de l'administration électronique, notamment en ce qu'ils combinent les avantages des marchés publics et de la concession de services publics et réduisent les inconvénients que ces derniers présentent pour l'Etat : « *Ce n'est pas un transfert d'activités relevant du service public vers un partenaire privé* ».

La nuance est subtile. En effet, ces contrats n'ont pas pour objet de concéder ou de déléguer à un acteur privé tout ou partie de ce qui ressort d'une mission de services publics, mais de confier à un professionnel privé le soin de fournir les moyens (informatiques) nécessaires à l'exécution de ces activités publiques. Le Syntec Informatique reconnaît qu'une telle solution est très proche des contrats d'outsourcing, mais que le "PPP" se distingue des schémas classiques de l'externalisation en ce qu'il permettrait « *des projets plus globaux (conception, réalisation, exploitation) plus longs (10-15, voire 15-20 ans) et souvent plus importants en terme de volume financier* ».

Des critères non discriminants

Les critères de distinction ainsi présentés par le Syntec Informatique ne semblent pas discriminants, tant la plupart des contrats d'externalisation comportent classiquement une phase de conception-préparation, qu'ils s'inscrivent dans des durées en corrélation avec les périodes de retour sur investissement et enfin, que les volumes financiers sont fonction de la nature des tâches déléguées et des critères requis de performance, sécurité ou disponibilité.

Par ailleurs, on regrettera que le Syntec se montre peut-être disert sur la distinction qu'il opère entre la concession d'un service qui requiert une convention de concession de services publics et la concession d'un moyen du service qui pourrait rentrer dans le cadre d'un PPP.

En toute bonne logique et pour éviter la confusion des genres en matière d'outils juridiques, il semble pertinent de retenir que ne pourraient rentrer dans le cadre de ces contrats que des services détachables de la mission de services publics, c'est à dire qui ne participent pas directement à l'exécution de cette mission. ■

EN BREF...

FAI : attention aux clauses abusives

Sur le site de la Commission des Clauses Abusives, on relèvera un jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 5 avril 2005 relatif à l'appréciation du caractère abusif de certaines clauses figurant dans des contrats conclus entre des Fournisseurs d'Accès à Internet (FAI) et des consommateurs. Ainsi, le tribunal de grande instance a considéré comme abusives :

- la clause qui permet aux professionnels de ne garantir ni l'intégrité des données stockées par l'abonné, ni leur conservation ou leur stockage ;
- la clause qui stipule que : « *sous réserve d'intervention technique liée notamment à la maintenance, la disponibilité des services est permanente...* ».

Marketing et données personnelles

Les sociétés de marketing direct utilisatrices de fichiers mails professionnelles étaient dans une situation complexe dès lors que les adresses mails qu'elles utilisaient portaient les noms et les prénoms de leur contact dans les entreprises et étaient ainsi considérées comme des données à caractère personnel soumises à l'exigence de l'OPTIM (nécessité de recueillir l'autorisation préalable du titulaire avant utilisation). Deux associations professionnelles d'acteurs du marketing direct ont fait valider par la CNIL leur guide de déontologie pour l'usage des adresses mails dans l'envoi de courriers de prospection commerciale (code de déontologie du SCNCD, code de l'UFMD).

Commerce électronique

L'INSEE a publié en janvier 2005 une analyse des acteurs économiques du commerce électronique que l'on pourra consulter sur le site de l'INSEE.

http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/IP999.pdf