



## **Contexte français : des formes de partenariat éprouvées**

### **La redécouverte du partenariat public-privé**

Plusieurs formes de partenariat public-privé sont au service des collectivités. Ce sont des contrats administratifs de long terme ayant pour objectif de confier au secteur privé la réalisation d'un bien d'intérêt général ou la mise en œuvre d'une mission de service public, avec pour avantage de pouvoir utiliser le droit privé, le savoir-faire, les capitaux privés, etc.

Avant la création des contrats de partenariats par l'ordonnance, ces associations de personnes publiques et privées étaient tantôt structurelles (sociétés d'économie mixte - SEM<sup>1</sup>) tantôt contractuelles.

**Ces formes de partenariat appartiennent pour partie à la catégorie des délégations de service public (DSP) telles que les concessions.** Cette catégorie rassemble les types de contrats qui permettent à la personne publique de confier la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé. Le délégataire est rémunéré en fonction des résultats de l'exploitation du service.

**D'autres sont des formes hybrides dérivées des deux grandes catégories de contrats publics que sont les DSP et les marchés publics<sup>2</sup>.** Parmi celles-ci on peut citer les baux emphytéotiques administratifs (BEA)<sup>3</sup> et les ventes en l'état futur d'achèvement (VEFA<sup>4</sup>).

Cependant, ces formes hybrides créées suite à la décentralisation - pour permettre aux collectivités locales d'utiliser le domaine public pour des projets d'intérêt général - ne sont pas adaptées dans le cas de réalisation et d'exploitation d'infrastructures de transport, dont la dépendance domaniale entre dans le champ d'application de la contravention de voirie. On peut rappeler que les infrastructures de transport obéissent à des règles de domanialité particulières protégeant leur intégrité matérielle :

- les contraventions de petite voirie sanctionnent les infractions à la police de la conservation des voies publiques routières : la construction d'un ouvrage empiétant sur la voie publique est sanctionnable<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Créées en 1983, les SEM sont une forme de société anonyme (SA) où le secteur public détient la majorité du capital. Les sociétés de transport urbain par exemple peuvent être organisées en SEM et exploiter le réseau dans le cadre d'une DSP.

<sup>2</sup> Les marchés publics sont des contrats par lesquels l'acheteur public acquiert les fournitures, services ou travaux nécessaires à l'exercice de ses missions auprès d'un partenaire public ou privé, moyennant le paiement immédiat d'un prix déterminé. Ils sont régis par la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique (loi MOP - 12 juillet 1985) et le code des marchés publics.

<sup>3</sup> Les BEA ont été mis en place par la loi du 5/01/1988, dite loi d'amélioration de la décentralisation, pour permettre la réalisation au moins pour partie d'un immeuble affecté à un service public ou d'intérêt général sur une dépendance domaniale pour le compte d'une administration publique. Les BEA, puis les autorisations d'occupation temporaire (AOT, apparues en 1994), sont les premières formes contractuelles de longue durée qui permettent une occupation du domaine public moyennant un paiement étalé dans le temps (et non au comptant). Les contrats AOT peuvent être conclus avec LOA : location avec option d'achat. Les BEA et les AOT sont des outils de financement spécifiques pour les ouvrages « clos et couverts », l'un dédié aux collectivités locales, le second à l'Etat (et leurs établissements publics).

<sup>4</sup> La VEFA est un contrat de vente (issu du droit privé) qui permet à la collectivité d'acquérir un immeuble qui n'est pas encore construit. Dans ce cas, le vendeur est le maître d'ouvrage et il ne doit pas concevoir le bien en fonction des besoins propres de la personne publique, ni le lui céder entièrement. Il ne peut pas le remettre à la collectivité dès l'achèvement des travaux, mais à une date postérieure.

<sup>5</sup> Selon l'arrêt de la cour de cassation civile du 24 juin 1935.

- les contraventions dites de grande voirie sanctionnent les infractions à la police de la conservation des dépendances fluviales et ferroviaires du domaine public (par opposition à celles concernant la voirie routière).

Avec la vogue des PPP, c'est surtout le modèle de concession français qui se trouve rajeuni. L'Institut de la Gestion Déléguée (IGD<sup>6</sup>) produit des documents d'information sous le vocable de PPP portant à la fois sur les concessions et les nouveaux contrats de partenariat. Par exemple, les médias ont beaucoup parlé de PPP dans le cas de la réalisation du viaduc de Millau ou de la LGV Sud Europe Atlantique alors qu'il s'agit de montages concessifs, montages qui ne sont pas une nouveauté...

### *Genèse de la concession*

*« L'autorité publique a toujours su utiliser les services de partenaires privés pour exercer des activités relevant de son autorité. Déjà sous l'ancien régime, le but était de garantir la satisfaction des besoins de la population et également des retours financiers au détenteur du pouvoir. » Gilles J. Guglielmi (2006)*

La concession est une forme très ancienne de partenariat public privé. La technique contractuelle elle-même remonte à l'Antiquité romaine, mais c'est au XIX<sup>ème</sup> siècle en pleine révolution industrielle que la notion de concession prend tout son sens : la construction de certaines infrastructures ne pouvait être assurée par les collectivités publiques, mais elle ne pouvait pas non plus être laissée à l'initiative privée. C'est ainsi que les pouvoirs, royaux, impériaux ou républicains ont eu recours à des mécanismes de concession pour construire le réseau français de chemin de fer. Le chemin de fer reste un exemple majeur de ce régime de concession, mais on peut également citer la distribution d'énergie, la distribution publique d'eau potable et les voies navigables. Ces concessions liaient par contrat les personnes publiques et les sociétés délégataires qui exploitaient « aux risques et périls ». Le risque était de faire faillite et de ruiner ses actionnaires. A l'époque ce modèle a été exporté dans de nombreux pays et c'est notamment par la concession qu'a été édifié le Canal de Suez.

La définition stricte de la concession en droit administratif est la suivante : « contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution d'un service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public » (Conseil d'Etat du 30 mars 1916, arrêt *Gaz de Bordeaux*).

Si on prend le cas des chemins de fer qui se sont développées en France à partir du XIX<sup>ème</sup> siècle grâce au secteur privé au moyen de concessions essentiellement (et aussi par l'affermage), l'engagement de l'Etat et des collectivités locales n'a cessé de croître. D'abord peu présent, cet engagement s'est manifesté dès que les premières difficultés des concessionnaires ont eu cours, et par les moyens suivants : exonération de charges, octroi de subventions, prêts, garanties d'intérêt ou garanties de monopole local, prolongation de la durée de concession [Funfschilling, 2006]. Dans le même temps le rôle de l'Etat évolue : initialement limité à celui de planificateur du réseau et régulateur de l'exploitation, il s'étend à celui de constructeur/financeur et exploitant lorsque les compagnies sont défaillantes. En 1878, un premier réseau national est constitué par Freycinet. Puis

<sup>6</sup> L'IGD est une fondation qui regroupe des entreprises et des représentants de l'Etat pour mener des travaux de réflexion sur la gestion des services publics. (cf. page 22, note de bas de page n°17)

les Chemins de Fer sont nationalisés par le Front populaire en 1937 alors qu'ils sont en situation de grave déficit, et prennent le nom de Société nationale des chemins de fer (SNCF).

Après la seconde guerre mondiale, la concession est devenue moins présente, les nationalisations touchent les grandes entreprises de production, de transport (aérien, Renault) et de distribution de l'énergie, en situation de monopoles pour la plupart, ainsi que le secteur des banques et assurances, dans l'optique d'assurer au mieux un service public. Le réseau routier et autoroutier s'est quant à lui développé sous une maîtrise d'ouvrage publique jusqu'aux années 70 où les premières concessions autoroutières apparaissent.

Le début des années 80 marque le regain de la technique de la concession<sup>7</sup>. Pourtant la définition de la concession n'a pas évolué depuis l'arrêt de 1916. Elle ne peut répondre à elle seule à l'ensemble des besoins contractuels relatifs à la gestion de service public, même au début du XX<sup>ème</sup> siècle. D'autres formes de contrats co-existent, notamment celles créées pour permettre une rémunération provenant de l'exploitation sans pour autant inclure la construction d'un ouvrage. La multiplicité des formes contractuelles mènent en 1993 à la création d'une catégorie législative, la délégation de service public.

### *Une forme particulière de DSP*

Dès qu'une personne publique confère la gestion du service public à une autre personne juridique sous la forme d'un contrat passé avec celle-ci, c'est une délégation de service public.

Le terme de « délégation de service public » (DSP) est apparu tardivement et officiellement dans des circulaires du ministre de l'intérieur en 1987 avant d'être consacré par la loi d'orientation relative à l'administration territoriale de la République (du 05 janvier 1992). Cette loi a posé la définition de principe pour les collectivités locales, d'une soumission des conventions de délégation de service public à des règles de publicité et de mise en concurrence : c'est la loi Sapin (du 29 janvier 1993) qui en a défini les règles.

**Le terme de délégation de service public désigne une catégorie générique qui regroupe quatre modes de gestion : la concession, l'affermage, la régie intéressée et la gérance.** Dans la théorie, ils se distinguent les uns des autres sans grande difficulté, mais pas dans la pratique où la liberté est laissée aux personnes publiques d'adapter les contrats aux circonstances.

La DSP n'est pas définie dans la loi Sapin qui la régleme, c'est donc par la suite, notamment avec la jurisprudence que la définition a été clarifiée. Ainsi, on peut dire qu'est DSP, tout mécanisme par lequel une autorité investie de la responsabilité d'organiser un service public en confie l'exécution à un partenaire extérieur. A cette définition, il faut préciser les caractères de la DSP :

- l'existence d'un service public avec un caractère délégable. Les exceptions concernent les services publics en lien direct avec la souveraineté de l'État (justice, diplomatie, maintien de l'ordre, etc.) ou ceux que l'on désigne sous le terme de droits de créance du citoyen (santé, enseignement...).
- l'existence d'un lien contractuel entre l'autorité publique [le ou les déléguant(s) est/sont une personne morale de droit public : État, Collectivités Locales, EP] et le délégataire (il peut emprunter toutes les formes juridiques : société privée, association, personne physique ou même une personne morale de droit public)
- la responsabilité d'exécution du service : l'objet du contrat confère au délégataire une obligation de fonctionnement du service conformément au cahier des charges à la fois vis-à-

<sup>7</sup> bien que les nationalisations se poursuivent dans les secteurs industriels et financiers (loi du 13 février 1982)

vis de la collectivité (qui peut le contrôler et le sanctionner) et vis-à-vis des usagers avec lesquels il est en relation directe (caractéristique des DSP). Cette responsabilité induit également la notion de risque, d'où la gestion aux risques et périls.

- la globalité du service public concerné doit être déléguée. Le transfert de gestion et de responsabilité auquel procède l'administration ne se conçoit que si la délégation dispose d'une mission suffisamment étendue.

Un autre point était sensible, celui des frontières de la DSP avec les marchés publics. En effet, certains marchés publics notamment les METP<sup>8</sup> avaient le même objet que les DSP à tel point que la doctrine hésitait sur leur classification en DSP ou en marché public du fait du mode de rémunération. Ces marchés qualifiés METP visaient aussi bien la construction que l'exploitation du service public moyennant la perception de redevances sur une durée déterminée. Utilisés dans les années 1990, les METP présentaient l'avantage pour la collectivité d'avoir un interlocuteur unique et aux entreprises de répondre en groupement et qu'il permettait un paiement différé alors que le Code des marchés publics l'interdisait (sauf dans le cas où aucun autre moyen de financement n'ait été trouvé). Les collectivités locales avaient trouvé avec le METP le moyen de financer dans de brefs délais des équipements très coûteux mais néanmoins nécessaires, sans avoir recours à une augmentation impopulaire de la pression fiscale ni à l'emprunt.

Bien que ces contrats METP aient été interdits en 1994 (pour avoir été parfois utilisés pour des contrats ne portant que sur la construction et la maintenance), la jurisprudence a dû entre temps les caractériser par des critères de distinction entre MP et DSP :

- le critère tiré de la rémunération de l'exploitation : lorsqu'une personne privée se voit confier une mission, même partielle, de gestion du service public, la participation au fonctionnement du service public constituerait un critère du marché public et de la délégation de service public, par préférence à celui du paiement du prix ou de la perception de redevances sur les usagers. Un contrat de DSP est un contrat dans lequel « la rémunération du cocontractant de l'administration est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation »<sup>9</sup> ;
- La prise de risque dans l'exploitation du service public : Si le coût est intégralement supporté par l'administration contractante et s'il n'y a aucun risque pour l'exploitant lié à l'exploitation du service, il s'agit d'un marché. En revanche, c'est une DSP lorsque le cocontractant se rémunère par une redevance et qu'il supporte dans certaines limites le risque financier de l'exploitation.

**En conclusion, la DSP est le contrat par lequel la collectivité publique confie à une entreprise l'exploitation d'un service public et par lequel le cocontractant est rémunéré substantiellement par les résultats d'exploitation c'est-à-dire que les risques de l'exploitation lui incombent.** Autrement dit, la rémunération du délégataire comporte une part variable, alors que ce risque est absent des marchés publics. La Cour des Comptes n'a d'ailleurs eu de cesse de dénoncer le manque de prise de risque par les concessionnaires.

Lorsque les collectivités souhaitent confier les investissements au délégataire, pour la construction d'un transport en commun en site propre par exemple, la DSP prend la forme d'une concession.

---

<sup>8</sup> METP signifie « marchés d'entreprise de travaux publics ».

<sup>9</sup> Ces termes employés dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 15 avril 1996 posent le problème du sens à donner au terme de résultats : s'agit-il du prix payé par l'utilisateur ou bien du résultat au sens comptable, c'est-à-dire la différence entre dépenses et recettes ?

Sinon, lorsque les infrastructures existent ou sont financées par les collectivités, celles-ci ont le plus souvent recours pour la *gestion* des transports urbains aux autres formes de DSP<sup>10</sup> qui sont :

- la gestion à prix forfaitaire où l'opérateur assume les risques industriels tandis que l'autorité organisatrice de transport assume le risque commercial ;
- la compensation financière forfaitaire (apparentée à l'affermage) où les deux types de risques sont essentiellement assumés par l'opérateur dans la limite du service défini et des tarifs fixés par l'autorité organisatrice de transport. Celle-ci verse une compensation forfaitaire à l'exploitant sur la durée du contrat en fonction des conditions fixées.

Il existe aussi la possibilité de recourir au contrat de gérance où l'autorité organisatrice de transport assume à la fois le risque industriel et commercial (qui appartient à la famille des marchés publics).

**Dans ces types de contrat, seules l'exploitation et la maintenance sont confiées à un opérateur privé** (suite à un appel d'offre), et en aucun cas, les phases de conception ou de construction ni le financement d'une infrastructure. Le contrat fixe pour une durée déterminée, la consistance générale du service public de transports, les conditions de fonctionnement et de financement. Les investissements sont réalisés par l'autorité organisatrice.

La concession est une forme particulière de délégation de service public : les DSP ont pour caractéristique de transférer les risques d'exploitation à l'opérateur privé. **La concession transfère également les risques de construction et de performance.** Cela en fait un outil de choix pour la commande publique en matière d'infrastructures de transport.

---

<sup>10</sup> sinon, mais plus rarement, l'exploitation se fait en régie directe (cf. Synthèse des différents outils de commande publique, page 30).

## Les principes et les limites des contrats de concession

### *Définition et principes de la concession*

La concession est un type de contrat qui permet de **confier à un opérateur privé la réalisation d'une infrastructure publique tout en lui accordant la gestion d'un service public**. La gestion du service public constitue le cœur du contrat.

Les principes de la concession sont les suivants :

- la **continuité du service** est l'obligation de répondre de façon continue aux besoins des usagers, même si elle est limitée par l'usage du droit de grève ;
- l'**égalité de traitement des usagers** ;
- et le principe de **mutabilité du service**, c'est-à-dire l'obligation pour le délégataire d'adapter le service aux circonstances et à l'évolution des besoins.

Ce type de contrat est surtout employé aujourd'hui pour les autoroutes et les parcs de stationnement ; leurs concessionnaires financent la construction et l'exploitation en se rémunérant sur les péages qui doivent logiquement couvrir les dépenses engagées. Ces exemples ont montré qu'une bonne gestion et un faible risque au niveau de la demande sont des clés de réussite de la concession.

### **Les droits et obligations du concessionnaire :**

| Droits  | Obligations  |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"><li>- de facturation d'un service aux usagers</li><li>- d'utilisation, sans restriction, pendant la durée des contrats, des biens remis à titre gratuit</li><li>- obtention d'une indemnité au terme du contrat</li></ul> | <ul style="list-style-type: none"><li>- d'investissement</li><li>- de maintien en l'état des biens</li><li>- de renouvellement des biens (y compris en cas de destruction accidentelle)</li><li>- d'anticiper ce renouvellement par la constitution d'une provision pour renouvellement</li><li>- de dénouer les obligations réciproques au terme du contrat de concession</li><li>- de payer les redevances</li></ul> |

Source : Mazars citée par [www.bfinance.com](http://www.bfinance.com)

De plus en plus souvent, les contrats de concession prévoient une régulation de la rémunération du concessionnaire ce qui limite la portée de la notion de « risques et périls ».

Les biens édifiés ou acquis par le concessionnaire, appelés « biens de retour », appartiennent à la collectivité concédante. Le concessionnaire en a la jouissance pendant le contrat et lorsque celui-ci prend fin, les biens reviennent au patrimoine de la collectivité.

## *Les clauses d'un contrat concessif*

Le contrat se compose de plusieurs clauses relatives à :

- l'objet et la formation du contrat :
  - o ces clauses permettent d'identifier la nature exacte du service confié au délégataire pour éviter tout litige. Elles doivent préciser à partir de quelle date il assure ses responsabilités.
- l'exploitation :
  - o Cette clause doit avoir pour objet de préciser les conditions dans lesquelles le service doit fonctionner. Elle doit détailler le champ exact des responsabilités du délégataire. C'est ici que le contrat fixe la forme et la nature des relations entretenues avec les usagers.
- les travaux :
  - o Il existe 3 types de travaux : les travaux neufs, les travaux de renouvellement et de gros entretien et enfin ceux de petit entretien. Le régime des travaux est plus ou moins important selon la nature de l'activité déléguée. Ils sont généralement à la charge du délégataire qui les attribue librement, sans être obligé de respecter les règles du code des Marchés Publics.
- la durée de la concession :
  - o Les contrats de concession sont ceux qui autorisent les durées les plus longues. La tendance actuelle est la limitation de cette durée pour éviter la création de rente ainsi que pour favoriser la mise en concurrence des entreprises. La durée d'une concession dépend de l'importance et de la nature des investissements. La loi Sapin prévoit que la durée du contrat doit être proportionnée aux charges confiées au délégataire. Elle ne peut excéder la durée d'amortissement des installations lorsque celles-ci sont à la charge du délégataire.
- les conditions financières :
  - o Ces clauses doivent fixer les tarifs et le cas échéant, les prix payés par la collectivité délégante, mais également la fiscalité, le remboursement au délégataire des impôts qui reviennent au déléguant.
- Les modalités de contrôle de la collectivité :
  - o Le contrôle de la collectivité sur la gestion du délégataire est un trait caractéristique des DSP. Il faut noter que le déléguant n'est pas le seul à contrôler le contrat puisque les usagers aussi disposent de recours. Ils peuvent saisir le juge administratif, voire le juge privé en cas de contrôle pénal.
- la révision des conditions d'exploitation :
  - o La perception des recettes d'exploitation doit être autorisée par le contrat qui prévoit des clauses d'indexation annuelle des prix mais également des clauses de révision des conditions d'exploitation. Ces clauses doivent permettre au contrat de s'adapter à l'évolution de son environnement (obéir au principe de mutabilité), c'est-à-dire de gérer les aléas qui peuvent intervenir au cours de la vie du contrat. Cela suppose donc un travail d'identification des risques afin d'apporter des réponses adaptées. La répartition ces risques et la définition des modes opérationnels d'application constituent un élément essentiel dans la négociation du contrat.

### *Les limites de ces contrats*

Les contrats concessifs sont de moins en moins utilisés dans leur version la plus pure. Cela tient aux limites inhérentes à ces formes contractuelles à la fois pour le concédant et le concessionnaire.

Les limites **pour le concessionnaire** se situent à la fois dans l'allocation des risques et la durée du contrat.

Tout d'abord, les montages concessifs souffrent bien souvent du comportement du concédant qui cherche à transférer le maximum de risques au concessionnaire quitte à augmenter le niveau de subvention accordée et à ne pas bénéficier des recettes. De plus en plus, les concessionnaires comme leurs donneurs d'ordre préfèrent des formules moins tranchées, dans lesquelles le risque est partagé.

Enfin, les marchés publics sont plutôt courts et fondés sur une logique forfaitaire, et peuvent donc être dans ce cas insuffisamment incitatifs. Si le marché est tout de même pourvu, le concessionnaire qui supporte le risque d'exploitation peut choisir, s'il en a la possibilité, de ne pas tout desservir (c'est le cas des zones de téléphonie mobile dites blanches).

Les limites **pour la personne publique concédante** tiennent aux diverses rigidités d'ordre juridique (pas seulement pour les concessions mais pour les DSP et les marchés publics en général) :

- L'objet du contrat ne peut porter que sur des services publics déléguables et rémunérateurs ce qui exclut d'une part l'instauration de péages virtuels, et d'autre part les projets dont le niveau de revenus par les usagers est faible. Ainsi, il n'existe pas de DSP pour des services publics sociaux (tribunaux, santé, etc.), car leur exploitation ne serait pas rémunératrice pour le concessionnaire.
- Le faible contrôle qu'exerce la personne publique : de ce point de vue, la concession revêt un caractère incitatif pour l'entreprise contractante puisqu'elle profite des gains de productivité en échange d'un rapport d'information annuel qui se limite à des données ne permettant pas d'évaluer ces gains. Afin d'estimer la bonne marche et l'intérêt du contrat, le concédant peut passer un marché pour réaliser un audit extérieur (par exemple pour une évaluation à mi-parcours avec la possibilité d'encadrer une renégociation du contrat avec le concessionnaire).
- Le fait que la concession ne soit pas un contrat global, décourage le groupement de plusieurs délégataires puisqu'il faudrait un contrat par délégataire. Outre la complexité, le risque serait de cloisonner en séparant la partie travaux, la partie financement et la gestion du service.

Faut-il pour autant penser que ces types de contrats sont trop anciens donc inadaptés ? Il est certain que le droit français est remis en question, d'une part parce que la distinction entre droit public et droit privé (distinction qui n'existe pas dans le droit britannique) n'est pas favorable en l'état aux besoins urgents d'équipements des collectivités, et que d'autre part, le cadre européen incite davantage à l'ouverture de la commande publique dans la logique du marché unique.

Les formules partenariales britanniques font désormais concurrence au traditionnel modèle français, elles seront analysées dans la partie suivante. Les raisons de la création des nouveaux contrats de partenariat (CP) seront reprises et détaillées dans la partie « L'innovation avec l'ordonnance de 2004 sur les contrats de partenariat » (page 24) avant d'éclairer le choix qui s'offre aux collectivités entre concession et CP.

## Quelques éléments sur les retours d'expérience PPP

Les Anglais ont repris les formules de partenariat existant en France et les ont aménagées de façon très libérale puisqu'aucune loi spécifique ne les encadre. Les atouts des formules britanniques par rapport aux traditionnels contrats partenariaux français (DSP et MP) sont essentiellement :

- **la mesure de la performance** par des indicateurs qui permettent aussi bien l'évaluation des besoins du concédant que le contrôle effectif du concessionnaire : la rémunération de l'opérateur par la collectivité concédante (lorsque c'est le cas) dépend de la satisfaction des objectifs, et est donc variable au cours du contrat (outre les clauses de bonus/malus). Ce mécanisme vise à optimiser la qualité de service rendu aux usagers et incite à une gestion orientée vers les résultats ;
- **l'identification et la répartition des risques entre les cocontractants** : les risques pouvant retarder la livraison de l'ouvrage et du service sont distingués des risques liés à la période d'exploitation. Le coût économique de chaque risque est évalué. La répartition est faite en fonction de la nature du risque et du partenaire a priori le mieux à même de l'assumer. Ce partage des risques vise à mieux les maîtriser ; il est essentiel pour l'obtention des fonds nécessaires à la réalisation du projet.

## Les premiers PFI réalisés au Royaume-Uni

### *Un succès tardif*

Avant l'avènement des PPP/PFI (*Private Finance Initiative* : littéralement "initiative pour le financement privé"), le gouvernement britannique avait instauré une loi en 1990 permettant de confier au secteur privé les hôpitaux, de leur conception à leur gestion contre une rémunération assurée par la personne publique sur toute la durée du contrat (contrairement au modèle français des concessions).

En 1991, une nouvelle loi est votée pour créer des contrats dans le secteur de la justice pour la construction de prisons.

Ces contrats de partenariat sectoriels<sup>11</sup> laissent place au **programme de la PFI en 1992** (par le gouvernement britannique de John Major) alors que le traité de Maastricht qui oblige les États-membres de l'Union Européenne à réduire leur déficit budgétaire à 3% de leur PIB est adopté.

Ce programme de la PFI met quatre à cinq ans à « s'installer ». Il vise à concilier des objectifs apparemment contradictoires :

- diminuer la dépense publique
- développer les infrastructures publiques et en améliorer la qualité (y compris des services associés)
- augmenter la capacité de financement du secteur public.

En effet, tandis que le gouvernement précédent (Margaret Thatcher) avait lancé de nombreuses privatisations<sup>12</sup> mal accueillies par l'opinion, l'outil PFI présente l'avantage de financer la construction ou la remise en état des équipements publics grâce aux capitaux privés tout en étalant sur plusieurs décennies la dépense publique considérée comme une dépense de fonctionnement (et non plus d'investissement).

<sup>11</sup> à l'image des LOPSI et LOPJ en France

<sup>12</sup> transports ferroviaires, compagnies d'électricité et pétrolières, télécommunications, industrie automobile

Le gouvernement de Tony Blair arrive en 1997 avec un vaste programme de constructions scolaires et hospitalières. Ce gouvernement développe pour se démarquer du précédent, le terme *Public Private Partnership* qui insiste sur la notion de l'engagement réciproque public-privé. Bien que les termes soient employés indifféremment aujourd'hui, le terme de PFI renvoie à un rôle du secteur public limité comme acheteur de service, alors que celui de PPP intègre la notion de pouvoir de contrôle du secteur public sur le service assuré par le secteur privé.

Si le Royaume-Uni a encouragé les PFI dès 1992, ce n'est qu'à partir de 1996 que se développent ces types de contrat. Outre les raisons de calendrier politique, la raison de ce démarrage apparemment tardif tient à leur **difficulté de mise en œuvre**, et pas seulement à leur caractère novateur.

En effet, les équipements publics impliquent plusieurs collectivités publiques, et dès lors qu'ils sont complexes et coûteux en exploitation, les PFI ont été longs à se mettre en place. Les réticences venaient aussi bien des collectivités heurtées par les incertitudes, que des entreprises privées qui rencontraient des difficultés à estimer les risques et à réunir les partenaires financiers sur des projets dont la rentabilité n'était pas avérée. Il faut dire que les PFI sont des montages contractuels tripartites :

- le contrat principal, dit PFI, est passé entre la personne publique qui passe le marché et la société de projet,
- un contrat de financement lie l'établissement bancaire prêteur et la société de projet,
- un accord direct (*direct agreement*) engage l'établissement bancaire et la personne publique.

En 1995, trois types de PFI avaient cours :

- Des projets d'intérêt public d'initiative indépendante et financés à 100% par le privé (tels que des ponts à péage)
- Des projets liés à des services publics, d'initiative publique (hôpitaux, prisons),
- Des *joint ventures* public/privés, c'est-à-dire la création de sociétés à capitaux mixtes comme pour le tunnel sous la Manche.

Comme les premiers projets en PFI n'avaient toujours pas été livrés en 1995, plusieurs mesures de relance politique sont intervenues. Parmi ces mesures, un rapport d'enquête du *Treasury* confirme les soupçons de **carences des PFI dans le domaine du transfert des risques et dans celui de l'amélioration de la gestion des équipements** et dénonce le manque de visibilité que lui causent ces contrats sur les engagements à long terme.

Parmi les cas réalisés en PPP/PFI, on dénombre 23 nouvelles infrastructures de transport en 2003. Cette même année, 21 projets portés par des collectivités locales sont approuvés et une vingtaine à l'étude. Il faut d'ailleurs noter le rôle grandissant des autorités locales en matière de transport à mesure que l'Etat se désengage. 97% du réseau routier britannique est désormais sous leur responsabilité.

D'après le site Partnerships UK, les projets relatifs au transport recensés comme PFI sont pour la région de Londres :

- *Northern Line Trains* : un contrat "design, build, finance and maintain" passé en 2000 entre *London Underground Limited* et Alstom pour le renouvellement du matériel roulant (106 rames) sur une durée de 20 ans et pour un montant de 409 millions de livres.
- *Docklands Light Railway (DLR) –extension to City Airport (East London)* : un contrat "design, build and maintain" de l'infrastructure passé en 2005 entre *DLR* et le consortium *City Airport Rail Enterprises* sur une durée de 30 ans et pour un montant de 165 millions de livres.

- *Docklands Light Railway –extension to Lewisham (London)* : un contrat de conception et construction de l'infrastructure (4,2 km de ligne nouvelle) comprenant un tunnel sous la Tamise, un viaduc et 7 stations, passé en 1999 entre *DLR* et le consortium *City Greenwich Lewisham Rail Link* sur une durée de 24,5 ans et pour un montant de 202 millions de livres.
- *Docklands Light Railway –extension to Woolwich (London)* : un contrat concession-PFI de conception, construction et maintenance de l'infrastructure (2,5 km de ligne nouvelle) comprenant un tunnel et un pôle d'échange, passé entre *DLR* et la *joint venture Woolwich Arsenal Rail Enterprises Limited* sur une durée de 30 ans à partir de 2009 (lancement des travaux) et pour un montant de 238 millions de livres. *DLR* récupèrera l'ouvrage au terme du contrat.
- *Croydon Tramlink* : opérationnel depuis mai 2000, ce projet de création de tramway a fait l'objet d'un contrat (financement, construction, matériel roulant...) passé pour une durée de 99 ans entre *Transport for London (TFL)* et le consortium *Tramtrack Croydon Limited*.
- *British Transport Police* : ce projet concerne la création de deux nouveaux postes de police dans les stations de métro (*West Ham, Central London*) et d'un siège à *Tottenham Court Road*. Le contrat a été passé entre *London Underground Limited* et *AP Services London Limited* en 2003 pour une durée de 23 ans au terme de laquelle l'ouvrage revient au commanditaire (montant de 13 millions de livres).
- *A13 Thames Gateway* : ce projet routier a été lancé par la *Highways Agency* avant d'être repris par *TFL* en 2000. Le contrat *DBFO* prévoit la remise de l'ouvrage au commanditaire au terme du contrat, soit au bout de 30 ans à compter de 2004. Son montant est de 411 millions de livres.

Aujourd'hui, le Royaume-Uni est le pays qui signe le plus de contrats de ce type avec en moyenne 48 contrats signés par an. Les PFI sont aussi de plus en plus utilisés dans le cadre de « refinancement » de projet, c'est-à-dire qu'une fois le projet construit, les risques sont nettement moindres, les taux d'emprunt sont plus favorables et il devient avantageux pour tous les partenaires de contracter un nouveau PFI.

## *Plusieurs modèles britanniques de partenariat*

Les PFI/PPP ne constituent pas un seul modèle de contrat. Parmi les différentes formes existantes, on distingue par exemple sur la forme de la rémunération :

- ceux qui sont rémunérés par l'administration publique, *services sold to the public sector*
- ceux qui sont rémunérés par les utilisateurs (péages), dits *financially freestanding*

De façon schématique, les premiers se rapprochent de nos contrats de partenariat, tandis que les seconds du modèle français des concessions. Cela reste une approximation, on peut mentionner ici le cas d'Eurotunnel qui a fait l'objet d'une concession « à la française ». L'Angleterre a dû faire passer une loi pour adapter le droit anglais au régime de la concession.

L'équivalent de la concession dans les pays de *CommonLaw* fait l'objet de variantes appelées sous différents acronymes selon la nature de ce qui est délégué au secteur privé :

- *BLT* : *Build Lease Transfer*
- *BOT* : *Build Operate Transfer*
- *BOOT* : *Build Own Operate Transfer*
- *BOO* : *Build Own Operate*
- *BOOST* : *Build Own Operate Service Transfer*
- ...

*Transfer* signifie<sup>13</sup> que le bien devient propriété de la personne publique commanditaire à la fin du contrat. La formule *BOOT* est dans ce cas de figure, tandis que *BOO* permet à l'exploitant de rester propriétaire de l'ouvrage (les deux formules prévoient le financement, la conception, la réalisation, l'exploitation et la maintenance).

La formule *BOOT* est la plus proche du modèle français de la concession car elle confie au délégataire le financement de l'ouvrage, et celui-ci revient à la collectivité à la fin du contrat.

Le recours aux montages concessifs au Royaume-Uni est réservé aux grands projets comme le métro londonien ou les ponts, jamais aux autoroutes comme cela est la tradition en France .

La formule *BOT* (*Build Operate Transfer*) est utilisée pour les grands projets d'infrastructure où il s'agit de confier à une société privée la réalisation et l'exploitation pendant la durée du contrat (déterminée de manière à permettre un retour sur investissement à la société) avant la remise du projet à la personne publique commanditaire. Cette formule est équivalente à la formule *DBOM* car la conception va de pair avec la réalisation, et la maintenance avec l'exploitation. Bien que faisant payer le service à l'utilisateur plutôt qu'au contribuable, cette formule n'exclut pas qu'une subvention d'exploitation soit accordée lorsque l'équilibre commercial n'est pas atteint ou encore que le client soit une collectivité ou un organisme social (par exemple dans le cas des hôpitaux).

---

<sup>13</sup> *Design* pour concevoir, *Build* pour construire, *Finance* pour financer, *Operate* pour gérer/faire fonctionner/exploiter, *Lease* pour louer (bail) et *Own* pour posséder. On trouve aussi *M* pour *Maintain*, c'est-à-dire assurer la maintenance.

## Les différents termes rencontrés dans les contrats PPP anglais



On peut noter dans le schéma ci-dessus la différence de vocabulaire pour les termes désignant les contrats ayant pour objet la création de projets de nouvelles infrastructures (*design, build, operate...*) et les termes nommant les contrats pour des services existants (*lease, concession...*). « *Divestiture* » est le terme employé pour désigner le « désinvestissement » de la collectivité, celle-ci fournissant des capitaux à une société privée en vue de continuer l'exécution d'un service et d'en améliorer la qualité.

Le choix d'une variante ou d'une autre provient surtout de la nature du projet et de deux facteurs :

- leur mode de rémunération par les recettes d'exploitation ou par l'administration ;
- le sort des biens construits qui soit deviennent propriété des collectivités concédantes, soit peuvent demeurer la propriété de l'opérateur privé à la fin du contrat.

**Les contrats PFI ont la particularité d'inclure dans la rémunération faite au partenaire privé le financement des actifs** (c'est-à-dire le remboursement de la dette et la rémunération de l'actionnariat).

Les PFI les plus courants sont des *DBFO* (*Design Build Finance Operate*) qui entrent principalement dans la catégorie des *services sold to the public sector*, où le cocontractant est rémunéré pour l'essentiel par l'administration. La formule *DBFO* n'impose pas de sort particulier concernant la propriété du bien à l'issue de la période contractuelle.

Ils sont notamment utilisés pour les projets routiers reposant sur le principe de *shadow tolls* : les péages sont dits virtuels parce qu'invisibles pour l'usager, l'Etat et les collectivités les acquittent en fonction du niveau de trafic pour intéresser l'entreprise exploitante. Les *DBFO* ont en général pour caractéristiques :

- de confier au secteur privé la mission de concevoir, financer, réaliser des ouvrages et gérer les services associés,
- de répartir le financement à hauteur de 10% à charge de la société de projet sur ses fonds, le reste étant apporté par les banques,
- de limiter la durée du contrat à une durée comprise entre 20 et 30 ans (parfois plus, et d'une durée illimitée pour l'Etat),
- de rémunérer à échéances régulières l'opérateur privé (par l'administration),
- de baser le prix du « loyer » sur des critères de performance et de disponibilité des ouvrages, à partir du moment où le service est ouvert au public ("*no service no fee*").

Cette dernière caractéristique est une des différences majeures avec les formes contractuelles partenariales françaises qui autorisent la rémunération du privé dès la construction.

## Des progrès réalisés au fil des contrats

### *Critère de sélection du projet*

Un des tout premiers progrès est celui du changement du critère de sélection du groupement. Les premiers PFI reposaient sur la notion de *cost effectiveness* (efficacité des coûts), ce qui revenait pour la personne publique à choisir le moins-disant (tel que l'exprime le code des marchés publics français). Les priorités des PFI étaient alors centrées sur les aspects financiers et juridiques, le plus souvent au détriment d'une certaine qualité des réalisations sur le plan fonctionnel, architectural, environnemental, etc.

Actuellement, le principe du « *best value for money* » justifie le recours au PFI : c'est-à-dire que la personne publique privilégie désormais le projet qui présente le meilleur rapport qualité/prix parmi les soumissionnaires à l'offre, y compris par rapport à une solution de gestion directe par l'administration (étudiée pour l'évaluation).

La recherche en amont des conditions de qualité des réalisations participe à l'obtention de la *best value for money*. La conception occupe une place prépondérante dans les PFI les plus récents car elle apporte une plus-value reconnue sur la qualité du service et les capacités d'adaptation aux évolutions des biens et services. De même la préoccupation de la durabilité du bien est désormais présente (« valeur à vie » et « bonne conception à vie »).

Une des nouveautés soulignées dans le rapport de la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques [MIQCP, 2006] est que le banquier peut être choisi indépendamment du consortium.

Même si la philosophie du contrat en PPP/PFI est fondée sur le transfert des risques au partenaire privé, les PFI ne remettent pas en cause le principe de la maîtrise d'ouvrage : il appartient au client public de définir ses besoins comme dans les autres procédures. La qualité et l'innovation dépendent des compétences de la maîtrise d'ouvrage à assurer ses responsabilités de commande, d'arbitrage et d'évaluation du service rendu.

### *Processus d'évaluation des risques*

L'évaluation des risques consistait en une étude théorique préalable du rendement du projet à long terme en PFI par rapport à un processus traditionnel. Cette étape s'est assouplie et est désormais basée sur la « preuve », c'est-à-dire sur les projets similaires qui ont fait la preuve de leur bon rapport qualité/prix. Lorsqu'un nouveau PFI est proposé, son classement par rapport aux autres nouveaux projets se fera moins sur l'étude théorique que sur l'expérience acquise par les projets les plus aboutis.

### *Changement de philosophie et adaptation du contenu du contrat*

Le contrat signé résulte d'une négociation ayant pour objectif d'affiner les demandes de la personne publique et d'optimiser les solutions proposées par les candidats.

La philosophie du contrat ne repose plus sur une relation classique client/fournisseur (qui prévalait au moment du lancement des PFI) mais sur un rapport partenarial plus incitatif pour le prestataire grâce à un pouvoir de contrôle accru du partenaire public et de possibilités permanentes

d'ajustement du contrat. Il en résulte que l'objectif n'est plus tant la réalisation du projet à une date donnée mais sa disponibilité et ses performances au fil du contrat.

Enfin, les risques ne sont plus entièrement assumés par l'opérateur privé mais répartis en fonction du type de risque et de la partie la mieux à même de l'assumer. Cette meilleure répartition des risques permet aussi en théorie de baisser le coût du PPP car le partenaire privé fait payer cher un risque qu'il ne maîtrise pas.

Les premiers contrats intégraient le maximum de services dans la prestation du partenaire privé. Aujourd'hui, les contrats intègrent certains services liés au fonctionnement du bien après un test de marché et une analyse fine des transferts. En effet, ces services dits « *soft* » par opposition au travail de maintenance du bien ont montré que leur gestion était difficile dans le cadre de ces contrats et que les réponses concurrentielles étaient insuffisantes, en plus d'un mauvais rapport qualité/prix.

### ***Recommandations et promotion des PFI***

Un premier rapport de recommandations visant à insuffler « l'état d'esprit du businessman à la politique des PFI » a vu le jour sous le gouvernement Blair.

En 1999, un nouveau rapport de recommandations met en avant la notion de marchés élargis : il s'agit d'encourager les collectivités publiques à se procurer des ressources additionnelles en greffant des activités commerciales à leur équipement et/ou services. Les principales recommandations issues de ces rapports portent sur :

- L'instauration d'un pool d'experts publics ;
- La mise en place de formations destinées aux personnels des administrations (marchés publics, gestion de projet, planification stratégique, gestion financière...);
- La clarification des rôles respectifs des acteurs publics impliqués dans les contrats ;
- La définition d'un ordre de priorité des projets.

Ainsi, il existe aujourd'hui une documentation abondante par domaine. Les éléments réglementaires et contractuels sont standardisés autant que possible en fonction des domaines.

### ***Renaissance des compétences publiques***

Si les premières réalisations, notamment de bâtiments publics, n'ont pas offert aux usagers la qualité attendue, l'expérience acquise ces dix dernières années a conduit à une renaissance des compétences publiques en matière de management de projet et de conduite des procédures de passation des contrats. La connaissance et l'expertise sont en particulier présentes dans des structures centralisées mises au service des collectivités locales.

Au fil des gouvernements, les acteurs désignés pour promouvoir les PFI/PPP ont changé. Plusieurs acteurs participent aujourd'hui aux PFI et aident les maîtres d'ouvrage<sup>14</sup> :

---

<sup>14</sup> En France, les structures sont moins nombreuses et aucune n'émane des collectivités (comme c'est le cas pour 4Ps). Il existe le groupe d'études parlementaire sur les PPP qui rapporte les expériences européennes et fait la promotion des PPP auprès des décideurs locaux et nationaux. La MAPPP est une cellule du ministère des finances consultative pouvant soutenir les projets de CP et émettre un avis sur l'évaluation préalable. L'IGD est un autre organisme assurant la publication d'études et la promotion des PPP (MAPPP et IGD sont décrits page 22).

- Le *Treasury* (*HMT pour Her Majesty Treasury*) est le responsable de la politique globale des PFI. Il agit à travers deux cellules :
  - *Office of Government Commerce (OGC)* : bureau responsable des marchés publics de biens et services au sein du *Treasury* ;
  - *PFI Network team* : l'équipe au sein du *Treasury* est chargée de la conception de la politique PFI, d'amélioration de la procédure et de la publication de guides à l'usage des collectivités et des partenaires privés. Cette équipe forme un comité interministériel pour évaluer la faisabilité pratique et financière des projets dont l'opportunité a été validée au niveau ministériel. Elle vient en aide aux projets rencontrant des difficultés financières. Elle suit la mise en œuvre des PFI et essaie de mettre en place la normalisation des contrats et de réformer l'évaluation de la *best value for money*.
  
- *Partnership UK (PUK)* : est un organisme mixte public-privé (financé à large majorité par le secteur privé et mandaté par le public) agissant à la fois comme conseiller technique expert, comme promoteur de PPP et comme partie financière dans les projets du gouvernement.
  
- *4Ps (Public-Private Partnership Programme)* : cette structure, émanation de l'association des collectivités locales, a pour mission de fournir un appui technique indépendant aux collectivités lors de la mise en œuvre de leurs partenariats (formation, études de cas, guide et assistance personnalisée).
  
- *CABE (Commission for Architecture and the Built Environment)* est financée par les ministères de la Culture et de l'Environnement et le bureau du premier Ministre. Elle juge de la qualité du site et de la réalisation du projet (qualité architecturale). La commission est également à même de conseiller les maîtres d'ouvrage publics et les partenaires privés sur la programmation, la passation des marchés, la sélection d'architectes, etc.
  
- et le *NAO (National Audit Office)* qui a un rôle d'auditeur financier de tous les services gouvernementaux et publics.

## Les clés et raisons du succès

On peut parler de succès de ce type de contrats à en juger par l'exportation du modèle dans de nombreux pays et surtout par son adoption par des collectivités locales jusqu'à peu encore sceptiques.

Un bon contrat est celui dont la qualité de la rédaction protège la personne publique contre toute dérive et baisse de la qualité de service. La phase de négociation est donc cruciale pour le succès du contrat.

Six principaux atouts des PPP / PFI ont été identifiés [MIQCP, 2006] :

- Des **risques répartis équitablement**.
- Le contrat fixe, pour toute sa durée, une **maintenance et exploitation garantie de l'ouvrage**. Cette exigence est garantie par le montant élevé des pénalités prévues au contrat.
- Des **délais et des coûts maîtrisés** : le prestataire privé est très fortement incité à livrer les prestations en temps et en heure et sans dépasser les coûts initiaux, notamment par le fait qu'il n'est pas rémunéré avant la mise en service de l'ouvrage.
- Les pouvoirs publics sont incités à **raisonner sur le long terme** : en Grande-Bretagne, les projets PFI doivent par essence s'inscrire dans une programmation budgétaire au niveau national.
- La **mise en valeur** du bien, avec notamment la possibilité de réaliser des **équipements multi-services** est offerte par ce type de contrat. Plusieurs personnes publiques peuvent présenter chacune un projet d'équipements intégrés dans une même opération. L'idée de construire une école qui abrite aussi une garderie ou un commissariat de police est évoquée, mais pour l'instant n'a pas été mise en œuvre.
- Compte tenu de la durée des contrats, il existe un **risque de défaillance du partenaire privé**. Pour limiter ce risque, le gouvernement britannique s'est porté garant pour la partie publique auprès des banques du NHS-trust (secteur de la santé). Du côté des prestataires privés, la phase de préparation à la concurrence et les mécanismes contractuels doivent garantir la solidité du groupement sélectionné. À ce jour, un seul PFI a été « cassé » pour défaillance.

Dans une moindre mesure, le classement comptable pour le secteur public en fonctionnement et non investissement est un atout mais pas aussi majeur que cela était attendu. Il s'avère que ce classement n'est pas systématiquement réalisé, tout dépend de l'objectif recherché et donc du partage des risques : le rapport qualité/prix est généralement moins bon lorsque les risques de financement incombent au secteur privé.

### *Les enseignements à tirer*

Si les PPP / PFI présentent des avantages indéniables dans certains cas, il ne faut pas oublier que c'est également un contrat très long et complexe qui présente à ce titre de nombreuses difficultés.

Le problème des « petites » opérations est lié au **coût de la procédure** : les opérations de moins de 20 millions de livres sterling (soit 30 millions d'euros) ne font pas l'objet d'un PFI, car le coût de la procédure serait disproportionné.

Seul le Japon reste un pays très particulier du point de vue de l'utilisation de ce type de contrat puisqu'il a déjà conclu un nombre important de PPP pour des montants relativement modestes (autour de 20 millions d'euros et rarement supérieurs à 100 millions). Dans les autres pays, **les PPP sont préconisés pour des montants minimum de 200 millions d'euros en raison du coût que représente la procédure de négociation et la mise en œuvre.**

En effet, la personne publique cocontractante doit prendre en compte les délais de négociation du contrat et ses coûts de production. La négociation est une étape cruciale avant la rédaction finale du

contrat (« *financial close* ») : elle nécessite que l'on y consacre du temps (durée moyenne de 35 mois dans le secteur hospitalier), et des moyens en se faisant assister techniquement sur tous les aspects (construction, finances, droit). Au cours de la négociation une augmentation importante du budget de l'opération est généralement observée.

Contrairement à ce qui avait été initialement pensé, **les opérateurs privés n'ont pas manifesté un très grand intérêt pour les PFI**. La MIQCP [2003] note même que « le milieu des entreprises susceptibles de s'intéresser à ces marchés est très limité depuis l'origine et, si l'on en croit certains de nos interlocuteurs, en voie de diminution ». Cette diminution de la concurrence a bien évidemment des **incidences sur les capacités de négociation des collectivités**.

Au-delà des capacités de négociation des collectivités avec les entreprises, l'expérience britannique invite à s'interroger sur la question de **l'adaptation des collectivités à la mise en place et gestion des contrats PFI** : le programme PFI bénéficie d'un réel soutien politique, mais la question des compétences nécessaires pour gérer ces contrats a été sous-estimée. Les collectivités ont des difficultés à exprimer leurs besoins alors que **la définition du programme initial et la consultation des futurs usagers sont des étapes essentielles** mais qui nécessitent du temps et de l'argent. Un projet mal défini initialement peut déboucher sur « une re-programmation tardive et coûteuse » voire sur le constat de l'inadaptation des équipements lors de leur mise en service.

Le **partage des risques** est lui aussi déterminant. Si la répartition des risques est indéniablement un atout du PFI, sa détermination est très délicate : « *c'est le transfert de risque et la part qu'endosse le secteur public dans le partage, qui détermine si l'opération est inscrite ou non dans le bilan de dépense publique* » [MIQCP, 2003]

La question de la **qualité des prestations** devrait être centrale puisque ce sont des projets d'équipements coûteux, et des investissements sur le long terme. Plusieurs obstacles ont été identifiés. Outre les exigences de rationalité économiques, gestionnaires et juridiques, le fait que le client de l'architecte soit le consortium et que ce dernier comprenne souvent mal les besoins du donneur d'ordre concourent à des prestations de moindre qualité.

Enfin, les PFI ont été suspectés d'être des bombes à retardement fiscal et restent toujours sous surveillance.

## *Une large diffusion des modèles PFI/PPP*

Aujourd'hui, tous les pays font face à des besoins importants et urgents en termes d'infrastructures, avec pour la plupart des problèmes pour trouver les ressources nécessaires. La naissance des PFI au Royaume-Uni a toutefois créé une nouvelle impulsion pour le recours au financement privé dans les équipements dans les pays anglo-saxons fin des années 1990 (Australie, Etats-Unis) et puis dans le reste du monde. En témoigne la prépondérance du schéma anglo-saxon des PFI dans les différents pays : Pays-Bas, Portugal, Allemagne, Italie, Espagne, Japon, Canada, Inde, Afrique du Sud, etc.

Les formules de partenariat proposées sont très variables d'un pays à l'autre. Tous les pays ne sont pas aux mêmes stades d'assimilation de ces nouvelles formules et leurs besoins en équipements différent. Bien qu'ayant des besoins souvent conséquents (et/ou avec des finances publiques sous contraintes), la nature des besoins peut être prioritairement la rénovation du système éducatif comme cela a été le cas initialement au Royaume-Uni, ou des équipements en infrastructures de transport routières et ferroviaires destinés à soutenir leur croissance économique comme le Brésil, les Etats-Unis et l'Australie. Enfin, parmi les éléments de contextes nationaux influençant fortement la forme et le développement des PPP, on peut citer :

- Le contexte politico-historique passé (avec l'existence antérieure de formes de partenariat) et présent avec notamment l'impulsion politique nécessaire pour fixer un cadre juridique et assurer un développement de ce type d'outils de financement.
- Le système juridique diffère entre les pays anglo-saxons (*CommonLaw*) et les pays qui appliquent le droit civil (continental ou « romano-germanique »). Les PFI/PPP sont des contrats de loi commune en droit anglo-saxon du fait qu'il n'existe pas de distinction entre droit privé et droit public. Les pays tels que le Brésil et le Mexique ont comme la France adopté une législation spécifique aux PPP et laissent les partenaires publics et privés élaborer les contrats (dans le respect des lois). Les pays d'influence anglo-saxonne n'ont pas légiféré mais tentent d'imposer des contrats standards spécifiques à chaque secteur.

Les secteurs privilégiés pour le recours aux partenariats publics-privés concernent en premier chef les établissements hospitaliers, puis les infrastructures routières et ferroviaires de transport, puis les écoles, les immeubles publics et les prisons. Sont aussi concernés les projets d'aéroport, de logements sociaux et d'infrastructures touristiques, mais dans une moindre mesure bien qu'ils représentent tous un fort potentiel de développement pour un partenariat.

**Le transport est le principal secteur concerné par les PFI en volume.** Les pays les plus en pointe dans le financement des projets de transport par le secteur privé sont ceux du *CommonWealth* (25% des PPP australiens sont relatifs au transport), la Grèce, l'Italie, l'Espagne et les Etats-Unis. Les modèles les plus employés sont des *DBOM*, *BOOT* et « *divestiture* » (concession).

En Australie comme au Royaume-Uni où ce type de contrats est désormais bien répandu, le marché des PPP représente respectivement 8% et 15% de l'investissement total dans des services publics. En Espagne, le second pays européen à avoir recours aux PPP<sup>15</sup>, cette part se situe à hauteur de 15%. C'est également le niveau de l'investissement privé que s'est fixé le gouvernement allemand (d'Angela Merkel) en mars 2006 alors que ce niveau est aujourd'hui à environ 3% seulement dans ce pays. 120 projets allemands sont en préparation ou en cours d'exécution, pour un montant total de 6 milliards d'euros.

---

<sup>15</sup> La loi de Financement du secteur public a reconnu les PPP, ce qui a encouragé la création, en mai 2006, de 4 fonds par 4 banques espagnoles (Banco Santander, Sabadell, DG et Caisses d'épargne) destinés à financer des projets pour plus de 3 milliards d'euros.

## ***L'innovation avec l'ordonnance de 2004 sur les contrats de partenariat***

### **Définition et caractéristiques des contrats de partenariat**

Les contrats de partenariat sont la nouvelle forme de PPP créée en France par l'ordonnance<sup>16</sup> du 17 juin 2004 pour permettre à une personne publique d'attribuer à une entreprise la conception, la réalisation, le financement, l'exploitation/maintenance d'un équipement collectif.

Ils sont définis dans les articles 1 et 14 de l'ordonnance de juin 2004 comme « *des contrats administratifs par lesquels la 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* ».

L'ordonnance précise les clauses qui doivent impérativement figurer dans le contrat.

Ce mode de gestion et de financement est novateur du point de vue de notre système juridique relatif à la commande publique en de nombreux points (il déroge à la fois au droit des contrats privés et publics). Deux types d'innovation majeures dans les modes d'action publique ont été soulignés dans le rapport du Commissariat général du plan [2005] (pp.74-75) :

- la logique d'évaluation juridique et économique préalable à la passation du contrat ;
- la logique de fourniture d'un « package » de prestations de service qui place la personne publique en position d'acheteur de services qui inclut l'entretien de l'ouvrage.

Ces innovations et les caractéristiques des contrats de partenariat sont donc développés ici.

### ***Evaluation préalable***

L'évaluation du projet et de différentes formes de gestion possibles seraient des préalables souhaitables pour toutes les formes de partenariat mais ils sont obligatoires dans le cadre d'un contrat de partenariat car le recours au CP doit rester l'exception et non la règle. L'évaluation à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation doit :

- démontrer que deux conditions juridiques, l'urgence et la complexité, sont satisfaites. Le projet présente un caractère d'urgence, l'urgence étant définie comme une « *nécessité objective de rattraper un retard particulièrement grave, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, affectant la réalisation d'équipements collectifs* » et il est qualifié de complexe si la « *personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins* » ou si elle ne peut en « *établir le montage financier ou juridique* » ;
- exposer avec précision les motifs économiques, financiers et juridiques justifiant le recours à ce type de contrat, après une analyse comparative en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options (marché public ou DSP).

En instaurant cette démonstration du caractère juridiquement conforme et économiquement avantageux pour le recours au contrat de partenariat, les pouvoirs publics ont souhaité diffuser la procédure et la culture d'évaluation dans la sphère de la gestion publique. Lorsque le donneur d'ordre n'est pas une collectivité locale, ces évaluations doivent être réalisées avec le concours de la

<sup>16</sup> Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004, dite Ordonnance sur les contrats de partenariat

Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, la MAPP, organisme expert rattaché au ministre chargé de l'économie et des finances et créé par décret (n°2004-1119). A cet égard, le rapport du Commissariat général du plan recommande la création (ou le renfort) de dispositifs appropriés à l'évaluation des politiques publiques (y compris a posteriori) au sein de l'Etat (à la Cour des Comptes, au Parlement...).

Par ailleurs, une méthode approfondie d'analyse des avantages socio-économiques a été proposée par l'Institut de la Gestion Déléguée<sup>17</sup> dans l'ouvrage intitulé *Evaluation des contrats globaux de partenariat*.

Cette évaluation obligatoire peut constituer un frein dans le recours au CP car l'établissement de ce dossier est contraignant. De plus, dans le cadre de projet d'infrastructure, la démonstration des caractères d'urgence et de complexité est également un exercice qui peut se révéler étrange : pour un projet routier, on peut aisément démontrer son côté urgent, en revanche la complexité n'est pas de mise. Pour un projet ferroviaire, les difficultés seraient plutôt inverses...

### *Dialogue compétitif et partage des risques*

L'évaluation à laquelle la personne publique procède doit être présentée à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale, qui se prononce alors sur le principe du recours au contrat de partenariat.

La procédure de passation des contrats de partenariat est ensuite plus classique avec une phase d'appel à candidatures dans le respect des règles de publicité<sup>18</sup> suivie de la remise des offres. La personne publique n'a pas à négocier (elle peut avoir recours à l'appel d'offres restreint, à défaut et en cas d'urgence seulement). Cependant un projet particulièrement complexe implique également une phase de dialogue compétitif incluant plusieurs stades de remises de propositions (selon la réglementation française). C'est au cours de cette phase de négociation commerciale qu'a lieu le partage des risques. Ce partage des risques doit être optimal pour assurer l'équilibre économique et financier du contrat : cela ne peut se faire qu'en tenant compte des compétences de chacun (cf. le retour d'expérience des PFI britanniques). Le rapport du commissariat général du plan indique (p.43) que : « *La distribution optimale [des risques] ne consiste pas, pour la personne publique, à tenter de mettre à charge du partenaire le plus grand nombre de risques : les partenaires – à raison – exigeront en conséquence une rémunération significativement augmentée (...)* ».

La phase de dialogue compétitif allonge la durée de préparation du projet (avant les études et la réalisation de travaux), d'environ 6 mois par rapport à l'organisation d'un concours d'architecture dans le cas d'une procédure MOP. Cependant, ce temps doit être considéré comme un investissement puisqu'il devrait permettre des gains significatifs en termes de délai pour une remise précoce par rapport à un MOP.

### *Approche globale*

Ce nouveau mode de gestion et de financement complète les outils de la commande publique en proposant un contrat qui est global à la différence des contrats concessifs où la multiplicité des délégataires est fortement déconseillée.

<sup>17</sup> « L'Institut de la Gestion Déléguée est une fondation d'entreprise créée en avril 1996. Organisme indépendant, à but non lucratif, il a pour objet de promouvoir l'amélioration de la qualité et de la performance des services publics, notamment lorsque leur gestion est déléguée. » d'après le site web de l'IGD

<sup>18</sup> Les décrets n°2004-1145 puis n° 2005-1740 ont défini les modalités de publicité applicables aux contrats de partenariat : l'avis d'appel public à concurrence est obligatoire dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne pour les contrats de partenariat d'un montant HT supérieur à 135 000 € pour l'Etat et à 210 000 € pour les collectivités territoriales.

Pour l'IGD (d'après sa plaquette de communication), la globalité de ces contrats fait qu'« ils tirent leur efficacité des synergies créées entre des prestations différentes la conception et la construction, la construction et la maintenance, la maintenance et l'exploitation, le financement et la gestion... Les partenaires privés sont bien placés pour proposer le meilleur équilibre entre un ensemble de prestations et pour favoriser ces synergies » puisque les différents membres du groupement ont des intérêts convergents et sont placés avec le maître d'ouvrage « dans une perspective de développement durable ». Le simple fait d'intégrer l'entretien dans le coût du projet incite la personne publique à choisir l'offre la plus avantageuse sur un plan économique global, et non plus l'offre la moins-disante en termes de coût de construction. De même, l'entreprise doit intégrer un raisonnement de long terme et réfléchir sur la durée de vie de l'infrastructure qu'il va avoir à gérer (maintenance et entretien).

### ***Maîtrise publique et performance du privé***

Comme pour les formules britanniques PPP/PFI, le contrat de partenariat se caractérise par la répartition sur une longue durée du paiement public lié à des objectifs de performance du cocontractant privé. Il garantit la maîtrise publique<sup>19</sup> en permettant au secteur public d'énoncer ses besoins lors de l'appel d'offre, puis de les préciser en phase de négociation avec les prestataires privés et, au cours du contrat, de garder le contrôle des services externalisés. La performance est mesurée à l'aide d'indicateurs supposés fiables pour le maître d'ouvrage de façon à lui permettre la vérification de la bonne marche du contrat et d'atteinte des objectifs ainsi que la mise en place d'un système de bonus/malus. L'IGD recommande l'instauration d'un dialogue compétitif au fil du contrat visant la meilleure répartition des risques.

A la différence d'autres formules classées PPP dans le droit français (BEA et AOT par ex.), il est utilisable pour la plupart des missions d'intérêt général dont les infrastructures de transport, que ce soit dans le domaine routier (voies et ouvrages d'art, stationnement), les transports publics en site propre, les voies ferrées et fluviales (depuis 2006<sup>20</sup>), les ports et aéroports.

### ***Contrat évolutif et compatible avec les règles européennes***

Enfin, il offre un régime juridique qui se veut sécurisant pour les investisseurs privés, sécurisant à plusieurs titres :

- parce que c'est un contrat de long terme qui doit être évolutif. Les clauses de modalités de changement peuvent être négociées. L'avenant au contrat est établi sur la base d'une analyse conjointe du privé et du public (et non unilatéralement par l'administration par des solutions extérieures au contrat...). La dynamique contractuelle doit être réelle pour ne pas nier la dimension économique du contrat ;
- parce qu'il a été pensé en conformité avec le droit européen. Il faut rappeler que l'ordre juridique européen distingue les concessions des autres marchés publics qui incluent les formules de PPP.

Les contrats de partenariat doivent donc respecter à la fois le droit français (ordonnance et décrets) et les règles européennes relatives aux marchés publics définis comme « des contrats conclus à titre onéreux ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou de services ».

<sup>19</sup> par opposition au VEFA (cf. partie 1)

<sup>20</sup> La loi du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports autorise expressément le recours au contrat de partenariat au sens de l'ordonnance du 17 juin 2004 pour la réalisation d'infrastructures ferroviaires et fluviales.

Au sens du droit communautaire, les concessions (de travaux ou de services) sont des contrats qui « différent d'un marché public par le fait que la rémunération de l'opérateur économique consiste soit uniquement dans un droit d'exploitation, soit dans ce droit assorti d'un prix »<sup>21</sup>.

| Catégories de contrats publics en droit européen : (directives 2004-17 et -18 du 31 mars 2003) | Marchés publics   | Concessions                       |
|--|---|-----------------------------------|
| Catégories équivalentes en droit français :  | <b>Marchés publics et Contrats de partenariat</b><br>(et autres PPP telles que BEA, AOT...) | Toutes les DSP dont la concession |

## Atouts et interrogations

Comme cela a été observé au Royaume-Uni, la création de ce type de contrat est motivée par la nécessité d'accélérer les investissements publics. Cette nécessité a conduit à proposer de nouvelles formes de contrats qui permettent d'optimiser les performances respectives des secteurs public et privé pour réaliser dans les meilleurs délais les projets qui présentent un caractère d'urgence ou de complexité pour la collectivité : hôpitaux, écoles, infrastructures...

Les **avantages attendus** de ces nouveaux contrats sont multiples (d'après le site de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat : <http://www.ppp.minefi.gouv.fr/>) :

- *l'accélération, par le préfinancement, de la réalisation des projets ;*
- *une innovation qui bénéficie à la collectivité par le dynamisme et la créativité du privé ;*
- *une approche en coût global ;*
- *une garantie de performance dans le temps ;*
- *une répartition du risque optimale entre secteur public et privé, chacun supportant les risques qu'il maîtrise le mieux.*

mais aussi :

- un programme mieux défini et plus stable grâce à une meilleure intégration des phases de conception, de construction et d'exploitation ;
- l'assurance d'une préservation de la valeur patrimoniale de l'ouvrage par un entretien régulier et une maintenance préprogrammée ;
- une incitation du privé à la performance commerciale dans le cas de recettes annexes ou d'intéressement à la fréquentation ;
- la possibilité de recours aux contrats de crédit-bail<sup>22</sup> puisque le prestataire (et non la collectivité) est titulaire du droit d'occupation du domaine public.

Parce que ces contrats s'intéressent à la rentabilité du projet, à la qualité de service rendu et aux niveaux de performance atteints, l'administration publique peut y trouver la garantie d'un service de

<sup>21</sup> d'après l'avis juridique européen consultable sur <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l22011.htm>

<sup>22</sup> Leur principe est de permettre à une entreprise (qui ne dispose pas des fonds nécessaires) l'acquisition d'un bien meuble, de l'utiliser pendant une période de temps déterminée (dans le contrat) moyennant une contrepartie pécuniaire ou autre et par l'intermédiaire d'un tiers auquel elle le louera. A l'issue de ce contrat, l'utilisateur bénéficie d'une option d'achat sur le bien, c'est-à-dire que celui-ci pourra être acheté par le locataire pour un montant fixé dès l'origine. L'entreprise peut avoir recours au crédit-bail si la location lui revient moins cher que les mensualités d'un prêt, d'autant que les paiements de location sont déductibles des impôts. Le bien loué ne figure pas sur le bilan de l'entreprise locataire dans la mesure où il ne lui appartient pas, bien que la loi prévoit l'obligation de stipuler dans la rubrique "engagements hors bilan" de l'annexe, le montant restant à verser jusqu'à la fin du contrat de crédit bail.

qualité pour un coût maîtrisé. Non seulement la personne publique a des échéances de paiement lissées sur la durée du contrat, mais aussi rémunère l'exploitant selon les performances.

Comme le choix de la technique pour atteindre les objectifs fixés est laissé au prestataire, celui-ci a la possibilité de « *construire une relation de long terme afin de gagner une réputation solide lui permettant de fidéliser ses clients publics* » (IGD, plaquette de communication).

Il s'agit donc de mettre en place une « relation gagnant-gagnant », « meilleur garant de la qualité et de la robustesse du partenariat » selon l'IGD.

Cependant, une question reste en suspens sur le niveau global du coût du projet. Un tel montage permet-il à terme des économies pour la collectivité ?

La mise en œuvre d'un contrat de partenariat implique des surcoûts de financement car le projet demande à être parfaitement défini (approche globale des coûts, partage des risques, etc.) et pensé sur le long terme, à la fois pour les aspects économiques, techniques et juridiques. Les risques assumés par le privé sont « facturés » à la personne publique (garantie sur le délai et les coûts, lissage des paiements...) et les emprunts qu'il contracte auprès des établissements financiers sont à des taux plus élevés que ceux des collectivités. Enfin, l'appui d'experts (notamment juridiques) pendant la passation et négociation du marché est vivement recommandé.

Dans l'esprit de la circulaire de novembre 2005<sup>23</sup>, les avantages cités doivent pouvoir générer des gains compensant ces surcoûts, et même au-delà, mais le retour d'expérience fait défaut. Les premières expériences britanniques ont laissé certains, dont le *Treasury*, plus que mitigés sur cette question, par exemple sur la maîtrise des coûts et des délais par le secteur privé : le prolongement de la *Jubilee Line* du métro londonien a été livré avec 2 ans de retard et un dépassement de budget de 1,4 milliard de livres sterling par rapport au budget d'origine<sup>24</sup>.

De même, le rapport paru à la *House of Commons Library* (Allen, 2001) critique les avantages supposés des PFI : le tableau suivant illustre les dérapages des coûts des projets aussi bien pour des projets réalisés sous maîtrise d'ouvrage public qu'en PFI.

*Comparaison des coûts initiaux et finaux pour des projets réalisés soit sous maîtrise d'ouvrage public soit en PFI :*

£ million

|   | Initial cost | Final cost | Percentage increase |
|---|--------------|------------|---------------------|
| <b>Public procurement</b>                     |              |            |                     |
| Trident submarine shiplift and berth, Faslane | 100          | 314        | 214%                |
| Woodhill Prison                               | 78           | 102        | 31%                 |
| Limehouse link, London                        | 142          | 293        | 106%                |
| <b>PFI projects</b>                           |              |            |                     |
| Norfolk and Norwich NHS Trust                 | 90           | 144        | 60%                 |
| Greenwich Healthcare NHS Trust                | 35           | 84         | 140%                |
| Benefits Agency-Computers                     | 200          | 1,400      | 600%                |

Sources: Treasury Committee, *The Private Finance Initiative*, Supplementary memorandum from TUC, HC 147, 1999/2000, pp66.

Treasury Taskforce, *How to construct a Public Sector Comparator*, Technical Note No 5

Source : Allen, 2001, p.26

<sup>23</sup> circulaire du 29 novembre 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales

<sup>24</sup> HM Treasury, PFI : Meeting the Investment Challenge, juillet 2003, p. 31

Dans le cadre des PFI britanniques, l'enquête du NAO a montré que l'évolution du budget est souvent imputable aux demandes du client public au cours du processus de mise en concurrence [MIQCP, 2006]. Il est clair que le projet évolue lors de sa définition, même lorsqu'il s'agit d'un marché sous maîtrise d'ouvrage public.

Toutefois, des sources moins officielles estiment que le surcoût d'un projet en PFI par rapport à un projet sous maîtrise d'ouvrage public serait de l'ordre de 30% en moyenne, ce qui demeure très conséquent.

Les Britanniques s'interrogent depuis l'origine des PFI sur le rapport qualité/prix de ce type de formule. Les premiers retours sur les réalisations en PFI donnent un aperçu du niveau de profit du secteur privé avec des rendements jugés excessifs pour le secteur des services publics (13 à 15%) [MIQCP, 2006]. Aujourd'hui, les nouveaux contrats prévoient des clauses de partage des gains ou encore une annexe avec un barème tarifaire...

**En raison des durées importantes des contrats de type PPP, les nouvelles formules (PFI ou CP) ne seront correctement évaluées que dans bien des années...**

Le coût total du projet (investissement + fonctionnement + rémunération du privé) reste incertain, d'autant plus que la collectivité est tenue responsable du service. Le gain est davantage à chercher vers la qualité des ouvrages et services publics, et leur « durabilité », les arbitrages investissement-exploitation étant internalisés par le prestataire et la maintenance assurée.

## Synthèse des différents outils de commande publique

« L'importance dans l'économie des différentes formes de commande publique (120 milliards d'euros par an, soit environ 10% du PIB) justifie qu'elles s'appuient sur un corps de règles claires, compréhensibles, et reconnues. » MINEFI

En France, différents outils de gestion et de financement sont possibles pour la construction et l'exploitation des infrastructures. Si ces outils n'impliquent pas forcément l'apport de capitaux privés, cela tient surtout au fait que les collectivités ont des possibilités d'emprunt à des taux plus intéressants que ceux consentis par les banques à des entreprises dans le cadre de montage partenarial.

En termes de modes de gestion des services publics, trois possibilités s'offrent aux collectivités :

- la gestion directe avec la passation de marchés directs ou l'instauration de régie ;
- la gestion déléguée (différentes formes possibles de délégation de service public) ;
- la gestion partenariale (contrats de partenariat et autres formes).

Tableau de synthèse des outils de commande publique

| Mode de gestion               | public   | partenarial                      |                   |                          |                                 |
|-------------------------------|----------|----------------------------------|-------------------|--------------------------|---------------------------------|
|                               | directe  | par délégation de service public |                   |                          | partenariale                    |
| OUTILS                        | REGIE    | GERANCE                          | AFFERMAGE         | CONCESSION               | PARTENARIAT                     |
| Conception                    | Publique | Publique                         | Publique          | Privée                   | Privée                          |
| Construction                  | Publique | Publique                         | Publique          | Privée                   | Privée                          |
| Financement                   | Public   | Public                           | Public            | Privé                    | Privé                           |
| Exploitation                  | Publique | Privée                           | Privée            | Privée                   | Privée                          |
| Maintenance                   | Publique | Privée                           | Privée            | Privée                   | Privée                          |
| Propriété                     | Publique | Publique                         | Publique          | Privée, remise au public | Privée, remise au public        |
| Tarification de l'utilisateur | Possible | Oui, par le public               | Oui, par le privé | Oui                      | Possible mais pas significative |

Avec l'ordonnance de 2004, c'est une nouvelle catégorie de contrats publics qui s'affirme. Les contrats de partenariat (CP) viennent combler une place dans la catégorie des contrats publics en se positionnant comme des contrats de long terme sans usager payant.

| Contrat public de                     | court terme     | long terme        |
|---------------------------------------|-----------------|-------------------|
| l'utilisateur est payant              | marchés publics | DSP (concessions) |
| pas d'utilisateur payant identifiable | marchés publics | CP                |

« Tout l'enjeu aujourd'hui est de déterminer précisément quelles sont ces situations ». Le recours au contrat de partenariat doit être justifié car le montage n'est forcément le plus adapté au projet. Bien que le contrat de partenariat permette d'étaler la pression fiscale dans le temps, ce qui est

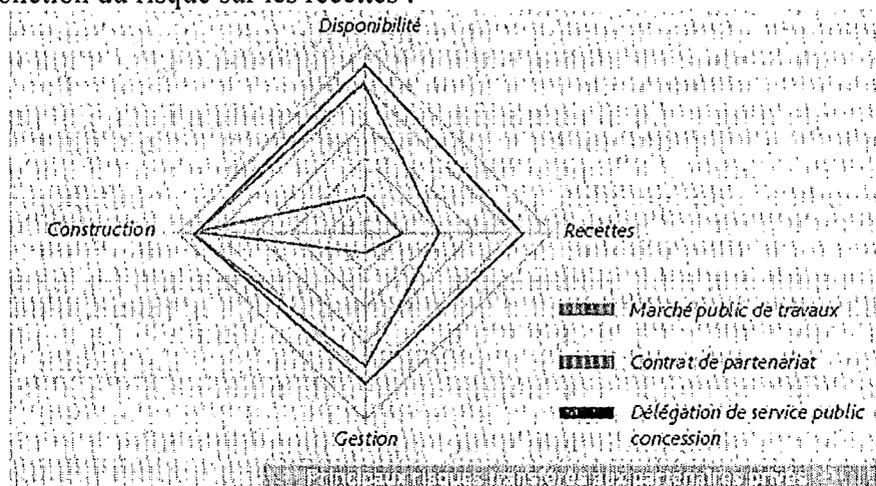
appréciable en cas de raréfaction des finances publiques, ce ne doit pas être le critère de choix au plan économique. Il s'agit de démontrer son efficacité en termes de coût global par rapport aux autres solutions contractuelles et en régie car les garanties et le financement apportés par le privé ont un coût.

Le choix entre les différents outils et modes de gestion doit donc reposer sur des critères objectifs de bonne utilisation des fonds publics.

Le contrat de partenariat est une formule permettant un partage des risques entre le secteur privé et public puisque :

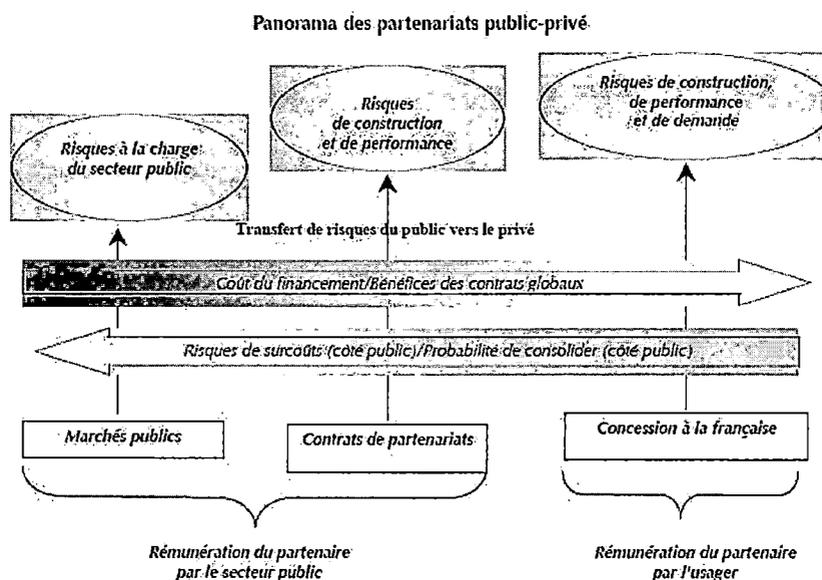
- dans la concession, les risques sont majoritairement supportés par le délégataire,
- dans les modes de gestion directe, les risques incombent au seul secteur public.

Comme l'illustre le graphique élaboré par l'IGD, la répartition des risques diffère entre ces trois formules en fonction du risque sur les recettes :



Mais il faut préciser que le risque de construction n'est pas supporté par le prestataire dans les formes de DSP autres que la concession. Par exemple, l'affermage offre un autre partage des risques où le risque des recettes reste à la charge du délégataire mais pas celui de la construction.

Le schéma suivant récapitule les transferts et les niveaux de risques pris selon la formule choisie :



Source : DEXIA

Source : Dexia citée dans le rapport Commissariat général du plan (p.17)

## Choisir entre concession et PPP

### Avantages et inconvénients des deux formules

Si la **concession** est une forme particulière de délégation de service public qui a pour caractéristique de transférer les risques d'exploitation à l'opérateur privé, elle transfère également les risques de construction et de performance. Elle prend soit la forme d'une concession globale incluant travaux publics et service public, soit elle fait l'objet d'une convention tripartite de fonctionnement entre le concédant et les concessionnaires de travaux et de service publics (on parle alors de « co-concession »).

Du fait que le partenaire privé est responsabilisé (exploitation à ses risques et périls), c'est le **meilleur contrat possible quand le recours à l'utilisateur permet une couverture suffisante des coûts** car il offre un contrat global avec garantie des coûts, des délais et de qualité de prestation. Il faut donc s'assurer que les recettes puissent permettre l'équilibre d'exploitation (c'est-à-dire couvrir l'investissement, les frais de financement et d'exploitation) et analyser les risques pouvant pénaliser le niveau de recettes :

- quel niveau de trafic attendu à la mise en service du projet ?
- quelle croissance (de trafic) attendue ?
- quels sont les facteurs de variabilité de trafic ? comment y pallier en cas de chute des recettes ?
- l'équilibre d'exploitation peut-il être atteint ?

Les inconvénients de la concession ont été identifiés dans sa mise en œuvre :

1. la subvention d'investissement que reçoit l'exploitant réduit le niveau de risques réellement supportés. Cette subvention a souvent tendance à croître.
2. le contrat concessif fige l'exploitation commerciale sur une durée qui peut ne pas être optimale.

*« ... la couverture des risques de fréquentation impose :*

- *d'accroître significativement la part de fonds propres à mobiliser ce qui renchérit fortement le coût de financement global tout en limitant la quotité de ressources d'emprunt mobilisables ;*
- *de recourir à des formes de garantie de recettes (au moins partielles) accordées par la puissance publique qui sont à l'encontre de l'esprit et des textes régissant le mécanisme concessif, voire entraînent des risques de requalification de contrat.*

*Il en résulte que pour les activités théoriquement déléguables qui présentent une forte volatilité des recettes attendues ou pour lesquelles le prix demandé sert plus à réguler la fréquentation de l'ouvrage qu'à maximiser les recettes, le choix du recours à un mécanisme concessif, s'il est logique sur le plan juridique, n'est souvent pas optimal sur un plan financier. » [MINEFI, 2005, p32]*

Le **contrat de partenariat** se distingue du montage concessif dans la mesure où la rémunération du cocontractant se fait par la personne publique pendant toute la durée du contrat et est liée à la performance. Pour des projets de transport relatifs à des modes individuels, ce n'est plus l'utilisateur qui est le payeur mais le contribuable. Lorsqu'il s'agit de modes collectifs, les circuits financiers sont renversés, l'autorité organisatrice reçoit les péages (et les subventions pour la construction et l'exploitation) et verse un loyer au prestataire. Pour les projets de transports urbains, il est souvent difficile de séparer l'exploitation d'une ligne du reste du réseau. Cela amène donc pour la deuxième ligne du tramway de Mulhouse, un contrat de partenariat ne portant que sur la conception, la construction, le financement et la maintenance, sans inclure l'exploitation (70 millions d'euros d'investissement et 40 millions pour la maintenance sur une durée de 30 ans). Le matériel roulant de cette ligne a été acquis par crédit-bail par le syndicat des transports de l'agglomération.

La nouvelle forme de partenariat vise à supprimer ou amoindrir les inconvénients des formules plus anciennes, avec notamment la levée des obstacles de nature juridique et l'obtention d'une information fiable du partenaire privé (sans négliger la recherche de productivité). Pour le client public, il ne s'agit plus d'acheter un ouvrage, mais un service, donc de « faire faire » au lieu de faire, et de fixer des obligations de résultat et non de moyen.

Les principaux avantages de la formule identifiés de façon théorique sont les suivants :

1. la convergence d'intérêt entre les deux parties est plus facile à réaliser dans le cadre d'un CP ;
2. le montage financier doit *in fine* être moins coûteux pour la collectivité ;
3. la gestion est plus souple puisque le contrat est évolutif (tandis qu'une concession peut être cassé si le seuil de bouleversement est atteint) et sa durée adaptée à l'objet économique.

Le contrat de partenariat n'est pas une formule à retenir lorsque le montant des projets est inférieur à 8-10 millions d'euros d'après la MAPPP. Il est en revanche est à privilégier lorsque les recettes sont trop aléatoires ou ne permettent pas a priori d'atteindre l'équilibre d'exploitation. Cela est souvent le cas avec les projets de TCSP où la tarification imposée par l'autorité organisatrice ne permet pas à l'exploitant de dégager des profits malgré la forte fréquentation. Ce facteur de risque sur les recettes doit être analysé et figuré dans le rapport de l'évaluation préalable. En effet, dans le CP, le partage des risques, s'il est fait « correctement », permet un endettement plus important que dans le cas d'un montage concessif où l'exploitant supporte le risque de trafic, avec des ratios de dette sur fonds propres supérieurs à 90% (au lieu de 75-80%).

Les « bonnes » raisons de recourir aux PPP sont les suivantes [Azéma, 2007, p.11] :

- les bénéfices liés au transfert des risques sur le secteur privé, notamment pour les risques de surcoûts (qui sinon reposeraient sur le public) et ceux de construction (qui pousse le privé à l'innovation et la performance pour tenir les délais) ;
- ceux liés à une approche globale du service attendu ;
- ceux liés à la logique de partenariat ;
- et ceux liés à la mise en concurrence.

Sans être une bonne raison de recours au CP, on peut noter comme un avantage relatif le fait que le financement initial apporté par le secteur privé ne soit pas comptabilisé dans la dette des États-membres<sup>25</sup> (à condition que l'opérateur privé supporte le risque de construction et au moins le risque de disponibilité ou celui lié à la demande). L'avantage réside dans le respect d'un critère du traité de Maastricht qui impose aux États de conserver leur dette en dessous de 60 % du PIB.

En conclusion, l'avantage majeur des contrats concessifs sur les contrats de partenariat est certainement l'ancienneté de la formule qui offre un climat plus serein aux co-contractants. Cette ancienneté est aussi son principal défaut, puisque ce type de contrat présente des limites bien connues pour le concessionnaire comme pour le concédant (cf. p.12).

Le contrat de partenariat est en revanche une nouvelle formule qui comprend de nombreux avantages, mais dont la plupart restent des avantages attendus ou supposés. L'expérience britannique nous montre que les atouts des contrats PFI tournent parfois en faiblesses à l'application, que ce soit l'exigence de raisonnement sur la longue durée qui pose des problèmes

---

<sup>25</sup> décision de l'institut Eurostat, février 2004. Les règles comptables appliquées par le Royaume-Uni sont plus dures que celles préconisées par Eurostat (et suivies par la France), ce qui les conduit à inscrire un grand nombre de leurs projets en PFI en actif dans leur bilan [MIQCP, 2006].

d'anticipation, ou encore le partage des risques entre les secteurs public et privé qui se révèle difficilement équitable en pratique.

Les partenaires qui passent ce type de contrat devraient pouvoir négocier à armes égales, c'est-à-dire à compétences équivalentes, alors que le secteur public souffre parfois d'un manque d'expertise. Une période de rodage semble donc inévitable avant que la formule soit probablement améliorée au fur et à mesure de l'expérience acquise, à l'instar des Britanniques.

## Exemple d'application aux infrastructures de transport avec RFF

L'endettement du système ferroviaire français est estimé à environ 40 milliards d'euros dont 27 milliards à la charge de Réseau ferré de France. Or RFF est aujourd'hui porteur de plusieurs dizaines de grands projets de développement d'un coût total dépassant les 50 milliards d'euros... Face à l'ampleur des projets ferroviaires et à la rareté des deniers publics quel que soit le niveau (Union européenne, Etat, RFF, collectivités locales), le recours à l'apport de financement par le secteur privé paraît de plus en plus incontournable.

C'est pourquoi la loi du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports, qui transpose notamment une directive européenne du 29 avril 2004, vise à permettre à l'Etat et à RFF le recours au contrat de partenariat (CP) ou à la délégation de service public (DSP) pour des projets d'infrastructures d'intérêt national ou international.

Le contrat ou la convention peut porter sur la construction, l'entretien et l'exploitation de tout ou partie de l'infrastructure, à l'exclusion de la gestion du trafic et des circulations ainsi que du fonctionnement et de l'entretien des installations de sécurité, qui restent assurés par la SNCF.

Les objectifs du recours au PPP dans le secteur ferroviaire sont, outre de mobiliser de nouvelles ressources pour le secteur ferroviaire, d'optimiser le coût global, le délai de réalisation et surtout **l'allocation des risques sur les projets d'infrastructures ferroviaires**, grâce à une meilleure synergie des missions de conception, de construction, d'exploitation et d'entretien.

Tableau : Les principaux risques d'un projet de LGV

|  |  |
|--|--|
| <b>Conception /Construction</b>        | Coûts et durée de construction<br>Lien conception/coûts et performance d'exploitation, coûts d'entretien et de régénération  |
| <b>Coûts de gestion et d'entretien</b> | Coûts d'exploitation<br>Coûts de maintenance<br>Coûts de régénération  |
| <b>Disponibilité</b>                   | Gestion des circulations, sécurité, interface avec le reste du réseau<br>Disponibilité et performance de l'infrastructure  |
| <b>Revenus</b>                         | Circulations de trains → Redevances<br>Nombre de voyageurs → Bénéfices socio-économiques, rentabilité financière et capacité contributive des entreprises ferroviaires |
| <b>Financement</b>                     | Coûts de financement<br>Engagements financiers à long terme de la puissance publique   |

Source : Direction des transports ferroviaires et collectifs du ministère de l'équipement (DTFC)

Il n'y a pas encore, dans l'Union européenne, d'expérience aboutie de financement d'infrastructure ferroviaire à grande vitesse par le biais de contrat de partenariat. Le décret d'application<sup>26</sup> relatif aux installations de sécurité de la loi du 5 janvier 2006 est un levier essentiel pour permettre à RFF de lancer des partenariats publics-privés, puisqu'il précise quelles sont les installations de sécurité (poste d'aiguillage par exemple) dont l'entretien et la maintenance resteront une prérogative de la SNCF. Ce décret éclaire également les relations du triptyque RFF/SNCF/titulaire du contrat.

<sup>26</sup> n° 2006-1279 du 19 octobre 2006

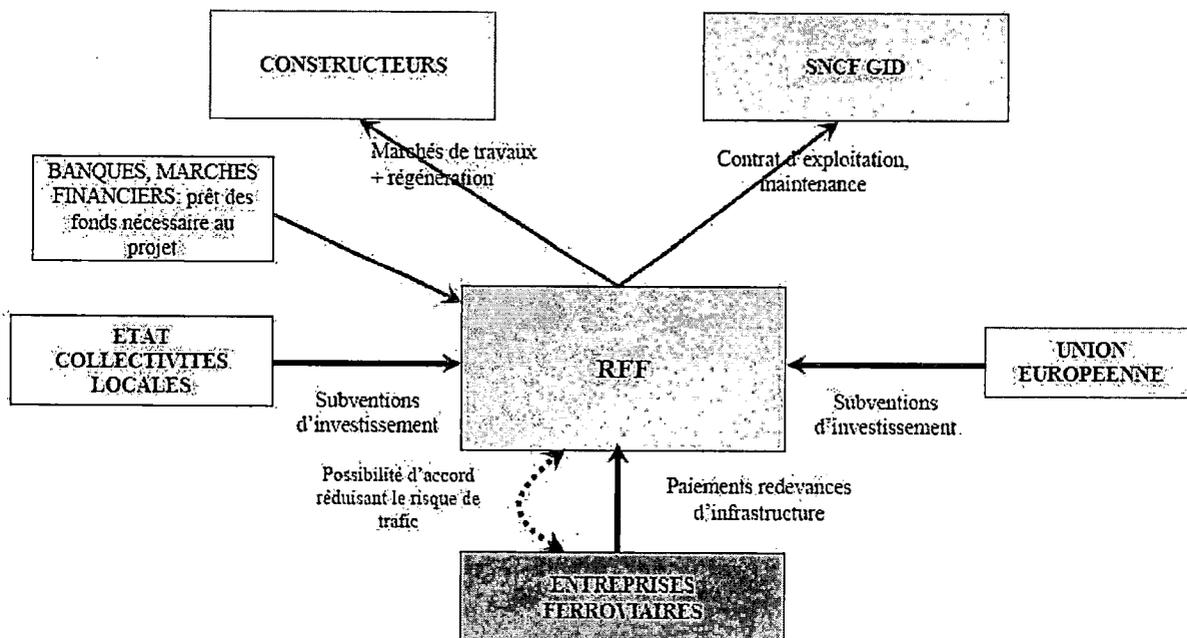
L'enjeu est de garantir la qualité de service tout en ne décourageant pas les éventuels candidats au PPP en raison des risques d'ordres divers associés à ce types de projet.  
 La différence notable entre les formules de concession et de contrat de partenariat pour un projet de ligne à grande vitesse tient à la perception des subventions d'investissement et des redevances, soit par RFF (dans le cas d'un CP), soit directement par le concessionnaire.

*La répartition possible des risques dans un projet de LGV*

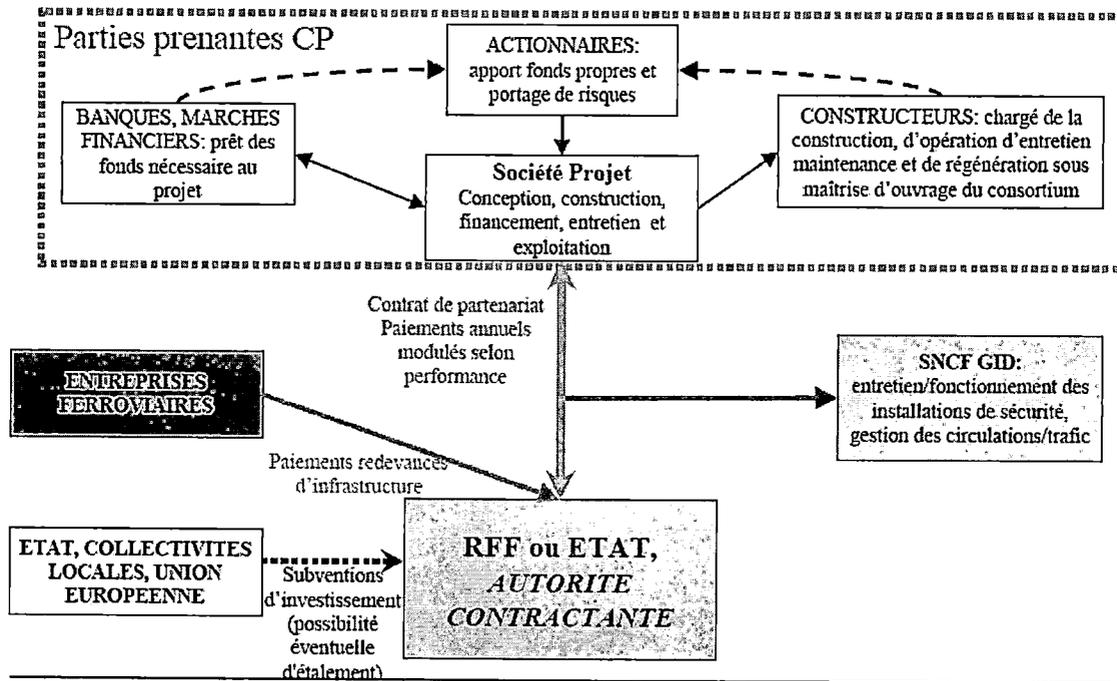
| Risque                          | Montage en MOP                   | Montage en CP                    | Montage en concession              |
|---------------------------------|----------------------------------|----------------------------------|------------------------------------|
| Financement                     | RFF<br>État/CL                   | Privé                            | Privé                              |
| Conception /Construction        | RFF<br>État/CL                   | Privé                            | Privé                              |
| Coûts de gestion et d'entretien | RFF<br>(via GID)                 | Privé                            | Privé                              |
| Disponibilité (performance)     | RFF<br>(via GID)                 | Privé<br>RFF (via GID)           | Privé<br>RFF (via GID)             |
| Revenus (redevances infra)      | RFF<br>(opérateurs de transport) | RFF<br>(opérateurs de transport) | Privé<br>(opérateurs de transport) |

Selon la formule choisie, l'organisation des acteurs et la répartition des rôles varie. Les 3 formules sont illustrées ci-après (source : Direction des Transports Ferroviaires et Collectifs du ministère de l'équipement).

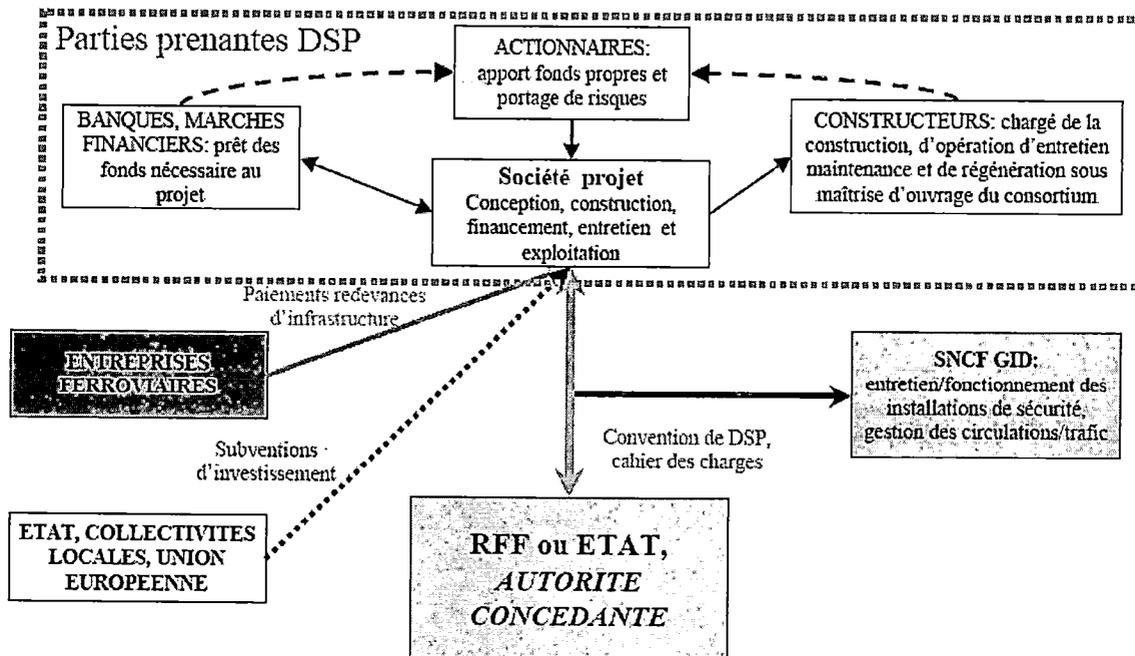
*Schéma d'un montage classique (MOP)*



*Schéma d'un contrat de partenariat*



*Schéma d'une concession d'infrastructure*



Des montages en partenariats publics-privés sont déjà en cours de préparation pour quelques grands projets :

- La ligne à grande vitesse Sud Europe Atlantique (**LGV SEA**) entre Tours et Bordeaux sera réalisée sous la forme d'une **concession**. Même si un contrat de partenariat avait été envisagé, son évaluation a montré que la formule n'était pas la plus adaptée (notamment en raison d'un surcoût estimé à 10%). L'appel à candidatures a été passé en vue d'une contractualisation en 2008. La première phase du projet, la ligne nouvelle allant d'Angoulême à Bordeaux, devrait être mise en service en 2013 (montant estimé à près de 3 milliards d'euros), la seconde concernant la partie allant de Tours à Angoulême, en 2016 (montant estimé à 1,8 milliard d'euros) ;
- Le renouvellement et modernisation du système de communication radio sol-train en réseau **GSM-R** (Global System for Mobile communication – Rail) permettant à terme l'interopérabilité des réseaux européens représente un budget prévisionnel d'environ 650 millions d'euros (construction et fonctionnement) financés en majorité par l'AFITF<sup>27</sup>. Un **contrat de partenariat** est lancé, le groupement n'est pas encore choisi à ce jour, il débutera sa mission en 2008 (pour une durée de 15 ans). Le réseau devrait être entièrement modernisé d'ici 2015 ;
- Le projet de contournement **Nîmes-Montpellier** en LGV d'un montant total estimé à 1,2 milliard d'euros sera réalisé sous la forme d'un **contrat de partenariat** portant sur les études de détail de la conception, la réalisation, la maintenance (hors maintenance des équipements de sécurité, confiée à la SNCF) et le financement, attribué après mise en concurrence. Ce CP attend toutefois l'avis de la MAPPP, le début de la mission est annoncé pour 2008 et la mise en service est prévue en 2013.

RFF a choisi de s'entourer de conseillers financiers distincts pour chacun de ces trois montages et d'un cabinet d'avocats pour l'assistance juridique de l'ensemble.

D'autres montages PPP sont à l'étude, probablement en contrats de partenariat pour les projets suivants :

- Les équipements ferroviaires de la LGV Rhin-Rhône ;
- La liaison ferroviaire Lyon-Turin qui nécessite 9 ans de travaux et 6,7 milliards d'euros, ainsi que des accords avec l'Italie.

Pour le projet **CDG Express** établissant une liaison ferroviaire directe dédiée au transport de voyageurs, entre l'aéroport de Roissy - Charles-de-Gaulle et la gare de l'Est à Paris, un décret d'application de la loi du 5 janvier 2006 a été spécialement publié au Journal officiel le 28 mars 2007. Ce « décret CDG Express » définit les modalités d'établissement de la ligne et clarifie les relations entre les différentes parties prenantes au projet.

Pour ce projet de 640 millions d'euros (incluant 120 millions pour le matériel roulant) qui prendra la forme d'une **concession**, c'est l'Etat qui sera l'autorité concédante. La Direction des Transports Ferroviaires et Collectifs (DTFC) assure le pilotage du projet, en collaboration étroite avec la Direction Régionale de l'Équipement Ile-de-France (DREIF) et avec l'assistance de RFF, ainsi que de la SNCF et Aéroports de Paris jusqu'à la signature du contrat (cf. schéma page suivante).

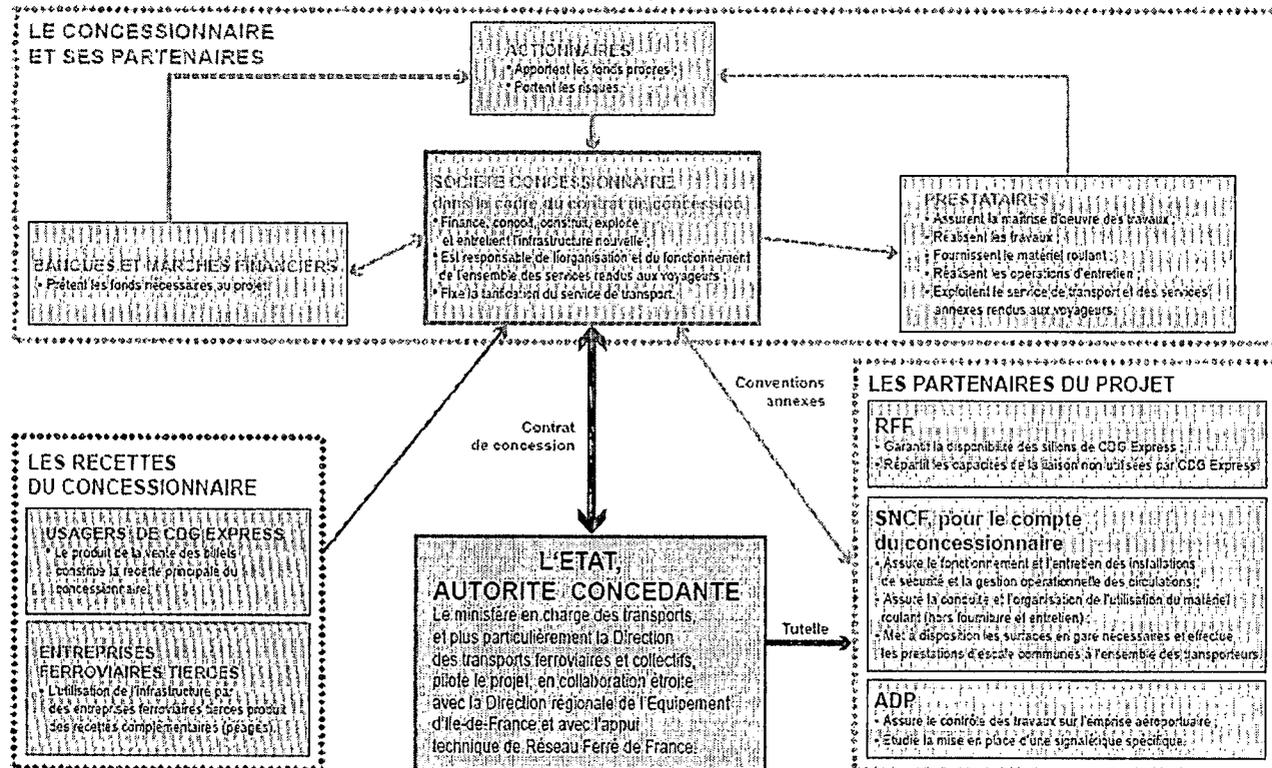
<sup>27</sup> L'Agence de Financement des Infrastructures de Transports de France a été créée en janvier 2005 pour financer une trentaine de grands projets d'infrastructures grâce aux dividendes dus à l'Etat pour ses parts dans les sociétés d'autoroutes. Puis, suite aux décisions de privatisation de ces sociétés, l'AFITF vit de nouvelles ressources constituées de subventions et de taxes : redevances domaniales et taxes d'aménagement du territoire perçues des sociétés d'autoroutes, amendes des radars.

Cinq candidats ont été retenus en janvier dernier pour présenter une première offre qui sera examinée à l'automne 2007. Ensuite se dérouleront les phases de dialogue et de négociation, le concessionnaire devant être désigné en 2008.

Le concessionnaire sera chargé de :

- financer, concevoir, construire et exploiter l'infrastructure en 2012,
- de fournir et entretenir le matériel roulant,
- et sera responsable de l'organisation et du fonctionnement de l'ensemble du service rendu aux voyageurs sur la liaison.

Schéma de la concession CDG Express (au 30/08/06)



source : mission CDG Express (DTFC)

## Bibliographie

### Principaux sites web consultés :

France [http://www.rff.fr/pages/connaitre/prod\\_charges.asp?lg=fr](http://www.rff.fr/pages/connaitre/prod_charges.asp?lg=fr)  
<http://www.europe-international.equipement.gouv.fr/plan.php3>  
[http://www.minefi.gouv.fr/directions\\_services/daj/ppp/index.php](http://www.minefi.gouv.fr/directions_services/daj/ppp/index.php)



<http://www.club-ppp.org/index.php?id=003>  
<http://www.fondation-igd.org/html/ligd/inst/voca/>

Royaume-Uni <http://www.partnershipsuk.org.uk/>  
[http://www.parliament.uk/parliamentary\\_publications\\_and\\_archives/research\\_papers.cfm](http://www.parliament.uk/parliamentary_publications_and_archives/research_papers.cfm)

Europe <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l22011.htm>  
[http://www.ey.com/global/Content.nsf/France/Index\\_etudes\\_spl](http://www.ey.com/global/Content.nsf/France/Index_etudes_spl)  
(Ernst & Young)  
<http://www.bfinance.fr/corp/article.do?docid=N15272>

Allen Grahame, 2001, *The Private Finance Initiative (PFI)*, Research Paper 01/117, Economic Policy and Statistics Section, House of Commons Library, 18 December, 49p.

Azéma David, 2007, *Quel futur pour les PPP ferroviaires en France ?*, Revue Générale des Chemins de Fer, mars, dossier pp.7-20.

Commissariat général du plan (Baumstark L., Hugé A., Marcadier C., Maubert C.), 2005, *Partenariats public-privé et actions locales*, la Documentation française, cahier n°9, juillet.

Cossalter Philippe, du Marais Bertrand, 2001, *La Private Finance Initiative*, IGD, Mars, 88p.

Funfschilling Michel, 2006, *Le financement de lignes ferroviaires par partenariat public/privé : quelles leçons tirer de l'expérience française du XIXème siècle ?* Transports, n°437, mai-juin, pp.166-173.

GART, actes du colloque : *Les PPP, un outil pour le développement des transports publics locaux ?* organisé le 18 octobre 2006 à Paris.

Guglielmi Gilles J., 2006, *Le modèle français de la concession : conquête ou concurrence ?*, communication au colloque : le droit français est-il encore exportable ?, [guglielmi.fr/IMG/pdf/TableRondeConcess.pdf](http://guglielmi.fr/IMG/pdf/TableRondeConcess.pdf)

Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP), 2003, *Le développement de la procédure de PPP/PFI en Grande-Bretagne*, rapport d'enquête, novembre, 123 p.

MIQCP, 2006, *Evolution de la politique PFI concernant les bâtiments publics en Grande-Bretagne*, complément d'enquête, septembre, 148 p.

MINEFI, 2005, *Les contrats de partenariat : Principes et méthodes*, guide téléchargeable.