

n° 2003-0078-01

octobre 2003

Les Partenariats Public-Privé



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE



ministère
de l'Équipement
des Transports
du Logement
du Tourisme
et de la Mer

CONSEIL GÉNÉRAL DES PONTS ET CHAUSSÉES

Rapport n° 2003-0078-01

Les Partenariats Public-Privé

établi par

Yves COUSQUER

avec le concours de :

Jean-Claude ALBOUY

Jean-Noël CHAPULUT

Laurent WINTER

ingénieurs généraux des ponts et chaussées

Nicole ZEISSER

Bernard SELIGMANN

Alain FAYARD

inspecteurs généraux de l'équipement

Laurent QUELIN

ingénieur des ponts et chaussées

et les contributions de :

Sylvie TROSA

administrateur civil hors classe

représentant le DAEI

Destinataire

M. le Directeur des affaires économiques et internationales

Les Partenariats public-Privé

Rapport n°2003-0078-01 – Résumé

Y. Cousquer avec le concours de **J.-C. Albouy, J.-N. Chapulut, A. Fayard, B. Seligmann, L. Quelin, L. Winter, N. Zeisser** et les contributions de **S. Trosa**.

Le champ de la mission englobe les diverses formes de partenariat public-privé concernant le domaine de responsabilité du ministère de l'équipement et les fonctions de service public en relevant, qu'elles soient assurées par l'État et ses établissements ou par les autres collectivités publiques.

Dans sa lettre de mission du 10 janvier 2003, le directeur de la DAEI avait demandé au CGPC de conduire une réflexion en vue d'actualiser la doctrine du ministère en matière de *partenariat public privé*, en tenant compte des évolutions qui, en France comme dans le monde, renouvelaient la problématique et élargissaient le champ de ces partenariats. Là-dessus s'engagea l'élaboration interministérielle d'une *ordonnance sur les partenariats public-privé*, selon la loi d'habilitation votée par le parlement.

Le groupe de travail s'est alors recentré sur une analyse des partenariats pratiqués en France, nourrie d'expériences vécues, pathologies incluses, par l'audition de responsables et de partenaires, présents ou passés, des domaines routiers et autoroutiers (grands itinéraires ou ouvrages urbains), de l'eau, des transports urbains, d'Eurotunnel et EuroDisney, de la Justice ou de la Défense. Il a éclairé les stratégies des entreprises face aux partenariats avec la puissance publique, aussi bien que les attentes et attitudes de celle-ci.

En resituant cette analyse dans une perspective internationale appuyée sur un travail bibliographique, le rapport formule les *conditions de la réussite des partenariats* – les types de contrat à préconiser, les analyses à conduire, économique et de partage des risques, les choix de schémas de financement selon leurs contraintes et leurs sources. Il insiste sur la clarification nécessaire des rôles de l'Etat, prescripteur, donneur d'ordres, régulateur ou actionnaire, pour organiser de bons partenariats, reposant sur l'équilibre du contrat, entre parties prenantes de forces comparables, et sur un bon mix entre concurrence et coopération au long de la vie du contrat.

Le groupe a aussi contribué à l'élaboration du texte de l'ordonnance, avec une attention particulière à ses enjeux européens. L'ordonnance préparée définit les *contrats de partenariat public-privé* et leur procédure comme une catégorie juridique distincte à la fois des *marchés publics* - de travaux et/ou de services - et des *délégations de service public*.

Un maître d'ouvrage ne doit pas considérer cette procédure nouvelle comme une panacée : c'est à lui de définir son projet, de fixer ses objectifs, et en fonction de son champ de contraintes, de choisir la procédure et le type de contrat, et les partenariats éventuels, les plus adaptés à son projet.

RAPPORT SUR LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE

I. Rappel des objectifs assignés à la mission

Par lettre de mission du 10 janvier 2003, Paul Schwach a demandé au CGPC de conduire une réflexion sur les « partenariats public privé ».

La DAEI souhaitait actualiser la doctrine du ministère en matière de *partenariat public privé*, en tenant compte des évolutions intervenues au cours des dernières années, en France, en Europe et dans le monde, qui conduisent à renouveler la problématique de ces partenariats et à élargir leur champ d'application. La DAEI demandait à la mission de répondre aux cinq questions suivantes :

1. *Questions économiques* : à quelles conditions les projets de partenariat sont-ils viables pour le secteur privé et le secteur public ? Quels taux de retour ? Quel équilibre dans le partage des risques ? et dans celui des gains de productivité ? Les PPP favorisent-ils exclusivement les grandes entreprises ? L'efficience se développe-t-elle au détriment de la qualité ?
2. *Questions déontologiques* : quels mécanismes permettent d'assurer des appels d'offres et des mises en concurrence les plus honnêtes possible sans induire des procédures trop lourdes aux coûts de transaction élevés ?
3. *Question du contrôle* par la puissance publique : que spécifier dans un contrat pour permettre le meilleur suivi des résultats et de leur qualité ? Quels outils de pilotage donnent à la puissance publique des informations pertinentes, des moyens de contrôle, des instruments de sanction en cas de défaillance des entreprises ?
4. *Questions managériales* : quelles compétences, quels effectifs, quelle organisation sont nécessaires pour un pilotage effectif des contrats ? Jusqu'où doit aller la formalisation dans les contrats et à l'inverse quelles souplesses préserver dans l'exercice du partenariat ?
5. *Questions politiques* : les partenariats permettent-ils une approche plus opérationnelle des politiques publiques transversales, telles la ville ou l'habitat, que la traditionnelle coordination administrative ?

Une méthode était suggérée par la lettre de mission, en s'appuyant sur la DAEI, notamment en la personne de Sylvie Trosa, et le réseau de la DREE:

1. *État des lieux* sur l'expérience du PPP acquise par les groupes français, les actions comparées des pouvoirs publics en la matière, en France et chez nos principaux compétiteurs, les enjeux ressentis par les principaux acteurs.
2. *Proposer des orientations* pour le ministère.

II. Conduite de la mission

La mission a été conduite par Yves Cousquer appuyé à compter du 10 février, au terme de l'audit des grandes infrastructures, d'un groupe de travail constitué de Bernard Seligmann, Jean-Claude Albouy, Jean-Noël Chapulut, Alain Fayard, Nicole Zeisser, qu'ont rejoints Laurent Winter et Laurent Quélin.

Peu après la formulation de la mission une démarche interministérielle s'est engagée pour inclure une *ordonnance sur les partenariats public-privé* dans la loi d'habilitation que le gouvernement devait proposer au parlement. De ce fait le groupe de travail a été conduit à reformuler la commande qui lui avait été passée, comme indiqué ci-après.

1. Buts de la mission:

- 1) Optimiser le système pratiqué en France par des recommandations, à partir d'une analyse de son fonctionnement nourrie d'expériences vécues - pathologies incluses.
- 2) Le situer en dynamique dans une perspective internationale, y promouvoir les formes les plus pertinentes, et porter une attention particulière aux enjeux européens, en contribuant à l'élaboration de nouveaux textes (au-delà de la communication interprétative de la Commission).
- 3) En bref, que retenir de toutes nos pratiques de concession pour leur garder vigueur dans notre pays et que recommander pour que nos entreprises soient dans la course des futurs partenariats de par le vaste monde?

Le champ de la mission englobe les formes de partenariat public-privé concernant le domaine de responsabilité du ministère de l'équipement et les fonctions de service public en relevant, qu'elles soient assurées par l'État et ses établissements ou par les autres collectivités publiques.

2. Méthode retenue

Approche par *thèmes transversaux*, étayée d'exemples empruntés à des *cas* représentatifs. Ces thèmes s'ordonnent selon la chronologie « genèse des partenariats, mise en œuvre, dénouement » :

Quand appliquer un partenariat public-privé dans un domaine d'action publique ?

Quels partenaires potentiels ?

Quelle consistance des partenariats envisageables ?

- Champ : conception, construction, exploitation
- Ouvrage isolé *versus* réseau
- Plages de durée pertinentes

Comment choisir les partenaires et conclure les contrats de partenariat ?

- Évaluation des coûts et de la qualité de service associée
- Conditions de fixation des tarifs et/ou redevances
- Partage des risques (et des profits)
- Durée du partenariat, et conditions du terme ou de la résolution du contrat

Quelles relations pendant la mise en œuvre d'un partenariat ?

- Rendez-vous périodiques (selon durée fixée au PPP)
- Quel traitement des aléas, imprévus, différends ?

3. Déroulé de la méthode

En fonction de ces thèmes transversaux, il s'agissait de trier dans la matière foisonnante qui traite du sujet, avec une priorité au thème *Conditions de mise en œuvre des partenariats*.

a) *Revue de la bibliographie, notamment de la littérature « grise », par Laurent Quélin*

b) *Revue de « cas »*

Une première liste fut dressée, qui guida les auditions auxquelles procéda le groupe de travail :

- Autoroutes : fin des concessions d'une partie des SEM, cas A4, A14, contournement de Lyon etc.
- Ferroviaire : Transmanche, contrats régions/SNCF *versus* contrats de plan avec l'Etat, Orly Val ...
- Autre domaine : Disney¹, Grand Stade, Vatry, concessions aéroportuaires ...

c) *Auditions ou interviews*

Outre les membres du groupe de travail du CGPC, et Claude Gressier du CGPC, ont été entendus :

- Le conseiller d'État Chabanol, et Jean Berthier² le 20 mars 2003

¹ Cas rédigé par JN Chapulut, annexe 4

- Jean-Pierre Ghuysen (cas EUROTUNNEL), le 8 avril
- Sur les concessions autoroutières : Henri Cyna (ancien Président et fondateur de COFIROUTE), Michel Fève (ancien directeur des Routes et membre de cabinets ministériels) et François Lépingle (chef du service de contrôle des concessions d'autoroutes), le 8 avril aussi
- Interviews le 22 avril d'Antoine Frérot sur l'expérience de CONNEX, et le 30 avril de Jean-Pierre Tardieu³ (Institut VEOLIA Environnement)
- Auditions le 30 avril de Claude Abraham (Tunnel Prado-Carénage), René Eladari (Programmes passés et présents du ministère de la Justice), Gérard Payen et Thierry Noël (groupe Suez) sur le domaine de l'eau.
- Auditions le 12 mai de François Tcheng (Bouygues) et JM Etienne, sur le cas Perpignan-Figueras, puis Georges Rozen⁴ (Marchés publics et PPP), ainsi que Pierre Van de Vyver délégué général de l'Institut de la Gestion Déléguée.

4. Interférences avec le processus d'élaboration de l'ordonnance sur les contrats de partenariat public-privé

Le groupe de travail a été consulté début avril sur la trame du projet d'ordonnance par Claude Gressier, puis tenu informé de ses versions successives en mai et juin. L'avis donné sur cette trame à mi-avril figure dans ce rapport. Par ailleurs l'absence d'Yves Cousquer du 23 juin à fin août l'a tenu éloigné de la finalisation de l'ordonnance en juillet.

C'est donc en septembre qu'il a pris connaissance du rapport d'étape établi par Marc Borel sur « le développement du partenariat privé-public et le financement privé des infrastructures », à la demande en date du 18 juillet de Patrick Gandil, directeur des routes. Notre groupe de travail reprendrait volontiers à son compte l'état des lieux dressé par M.Borel et son analyse du « pourquoi un nouvel outil de financement des infrastructures ? ». Il partage entièrement ses vues sur la nécessité de créer le cadre et les moyens d'un vrai partenariat – par un partage raisonné des risques, et des adaptations du droit autorisant la mise en œuvre des sûretés nécessaires à la viabilité des projets ainsi conduits, mais aussi moyennant un Etat et des collectivités locales plus compétents et plus transparents dans l'exercice des tels partenariats. Il n'entrait pas dans la mission de notre groupe de porter un avis sur le texte du projet d'ordonnance, ce qui était par contre un des objets de la mission confiée à Marc Borel et son groupe ad hoc de juristes, financiers et ingénieurs.

Aussi bien, le rapport d'étape qui suit présentera-t-il des vues très voisines, ou complémentaires, mais peu de divergences avec le rapport bien charpenté de Marc Borel. Puissent-ils tous deux concourir au renforcement des compétences de l'État, renforcement d'autant plus nécessaire qu'on attend beaucoup du concours accru, technique et financier, du privé à la réalisation de projets publics.

² Texte de l'audition de Jean Berthier, annexe 1

³ Texte de VEOLIA Environnement en annexe 5

⁴ Texte de G. Rozen en annexe 6

A. L'ETAT DES LIEUX

I. La commande publique et son évolution : des marchés publics et de la délégation de service public au nouveau contrat de partenariat public-privé

Le code des marchés publics et les autres textes qui régissent la commande publique sont en principe destinés à offrir au donneur d'ordres une palette de solutions dont les finalités sont claires :

- assurer la transparence de la transaction et du déroulement de l'exécution de la commande,
- obtenir au moindre coût une prestation appropriée et correspondant au besoin réel à satisfaire,
- contribuer à un développement économique harmonieux en s'assurant de l'égalité des chances entre les concurrents, notamment pour ceux de taille modeste, mais adaptée à la prestation à fournir et en évitant les rentes de situation,
- assurer que le coût de la transaction est en rapport avec le résultat recherché.

L'arsenal juridique disponible permet bien évidemment de résoudre, dans la grande majorité des cas, les problèmes qui se posent. Mais on peut regretter que le souci louable de limiter les risques de dérapage ait conduit, récemment, à restreindre un certain nombre de solutions et donc à rendre encore difficile, voire impossible, la résolution de certains problèmes. Nous nous bornerons à deux cas concrets pour illustrer ce propos: la durée des contrats et les contrats multi-domaines.

1. La durée des contrats :

« La durée est adaptée à l'objet du contrat ».

Cette notion, juste dans son principe, est interprétée de façon de plus en plus restrictive en limitant la durée des contrats au temps nécessaire à l'amortissement de l'investissement matériel de démarrage. Dans les activités pérennes à faible composante capitalistique et à forte composante de main d'œuvre on voit se développer des contrats annuels renouvelables (deux fois par tacite reconduction), souvent des contrats de trois ans; les contrats de cinq ans ou plus deviennent l'exception.

Cette vision ignore totalement l'investissement humain. Certes, les personnels sont protégés par l'article L 122-12 du Code du Travail qui leur assure de conserver statut, qualification et salaire au moment du changement de titulaire du contrat, mais le titulaire du contrat évite de se lancer dans des actions lourdes de formation du personnel ou de recherche de productivité dont il assumerait entièrement les coûts et les risques sociaux alors que les gains potentiels ultérieurs ne bénéficieraient qu'au donneur d'ordres ou au prochain titulaire du contrat. Le titulaire peut aussi être tenté, soit volontairement, soit par négligence, de laisser en fin de contrat une situation dégradée dont le donneur d'ordres devra assumer le coût.

Le cas n'est pas d'école, les exemples sont nombreux où l'on a vu se construire, au fil du temps, des situations économiquement et socialement aberrantes, notamment dans les secteurs où les conflits sociaux sont particulièrement visibles ou dommageables.

2. Les contrats multi-domaines :

On distingue en général les *domaines* dans lesquels s'appliquent les contrats :

- *conception*
- *réalisation*
- *exploitation et fonctionnement*
- *entretien et maintenance*

Les textes en vigueur incitent à la passation de contrats successifs dans chacun des domaines. Des C.C.A.G. spécialisés (prestations intellectuelles, travaux, marchés industriels, fournitures) guident cette démarche. Rien n'interdit cependant, dans le principe, de regrouper plusieurs domaines lorsque l'intérêt du donneur d'ordres (recherche d'un optimum économique, réduction des délais) le justifie.

C'est clair dans le regroupement *conception - réalisation* où une entreprise peut faire une offre plus performante, en fonction de son expérience, de la formation de son personnel ou de la disponibilité de matériels, si on la laisse libre des choix de conception.

C'est vrai aussi des domaines *construction - exploitation - entretien* où le choix des matériaux ou des composants a une influence directe sur les coûts et l'organisation de la maintenance : l'optimum du coût de construction ne conduit pas nécessairement à l'optimum du coût global.

Or, ces derniers temps, on a vu pratiquement disparaître les projets *conception-construction*, au nom de la défense de certains professionnels.

On a vu disparaître aussi les marchés *construction - entretien* (les M.E.T.P.) en application du principe de l'interdiction du paiement différé. Cette justification laisse d'ailleurs perplexe, si l'on songe que restent autorisés les marchés de location-vente (leasing), notamment dans le domaine de l'informatique.

La disparition de ces facilités conduit certains donneurs d'ordre à recourir à la solution de *concession*. Mais là encore, l'évolution de la jurisprudence qui impose le transfert du risque d'exploitation sur le titulaire, exige en fait que la redevance payée par l'usager représente une contribution significative à l'équilibre économique de l'opération, sauf à risquer une requalification du contrat. Or il y a peu de domaines, hors celui des autoroutes concédées, où peut être remplie une telle condition.

On s'oriente donc souvent, par défaut, vers des solutions de construction séparée, puis affermage de l'exploitation, qui sont loin de garantir l'obtention de l'optimum économique.

Il nous paraît donc exister un large champ d'adaptation des textes et des pratiques, pour accompagner les efforts des maîtres d'ouvrages.

Cette adaptation trouve aussi son inspiration dans l'exemple des partenariats public-privé développé par la Grande-Bretagne, sous les vocables successifs de PFI et PPP, et adopté par d'autres pays.

II. Les PPP dans d'autres pays : définition, finalités, leçons apprises

« Les PPP ne sont pas un moyen d'emprunter de l'argent auprès du secteur privé. Leur objectif réel est de créer une structure qui permette l'innovation et l'efficacité par la complémentarité des compétences entre le secteur public et le secteur privé »

(Taskforce du Treasury, RU, 1999)

« Ce qui est implicite dans ces expériences c'est que les enjeux que le pays ont à gérer au 21^{ème} siècle sont suffisamment complexes pour nécessiter l'implication d'une pluralité d'acteurs ayant des perspectives différentes mais tentant de mettre leurs efforts en commun » (idem).

1. Les causes de l'émergence des PPP

Les PPP dans les pays anglo-saxons sont nés de plusieurs considérations :

- Les *limites de la privatisation* : un nombre important de privatisations ont été considérées comme des échecs par manque de compréhension par l'entreprise des objectifs de la puissance publique et par défaut de pilotage des résultats.
- La volonté de *faire évoluer l'État* : une autorité qui produit moins par elle-même ; mais dans certains domaines une autorité apte à s'associer des compétences pointues dont elle ne dispose pas dans le cadre de la fonction publique et pour lesquelles il ne ferait pas sens de recruter des fonctionnaires, car les compétences sont trop évolutives (généticiens, informaticiens, certains spécialistes des ressources humaines, etc.). L'État ne serait plus simplement recruteur ou producteur mais acheteur de services⁵.
- La *complémentarité* reconnue entre *puissance publique* et *secteur privé* – y compris non lucratif.

⁵ Comme il a été remarqué plus haut, le système français des marchés publics ne permet que très difficilement cette pratique sur plusieurs années (paiement différé).

Pourquoi alors distinguer les deux notions de délégation de service public, de marché public et de PPP? D'abord parce que dans le droit français il y a aujourd'hui une lacune : la capacité d'acheter des services sur une base pluriannuelle et avec un financement par le contribuable⁶. Ensuite parce que l'évolution des missions de service public et des acteurs y participant appelle un terme plus large que la délégation. Les conditions de la délégation de service public ont également changé. Les enjeux se sont complexifiés, notamment :

- Les attentes des usagers sont plus grandes, en termes d'information, de confort du voyage, etc.
- De nouvelles considérations sont à prendre en compte, notamment l'environnement, qui ajoutent des coûts ou des facteurs de risque.
- Des objectifs de développement économique ou d'aménagement du territoire peuvent appeler des infrastructures qui, non rentables et ne pouvant être payées par le seul usager, nécessitent des subventions d'investissement importantes voire des subventions d'exploitation sur la durée de celle-ci.

En somme, **en recourant au terme PPP, on souligne les évolutions nécessaires de la délégation de service public**, sous l'empire du changement des attentes sociales, des enjeux (une meilleure couverture en infrastructures du pays) et de la situation économique et budgétaire du pays.

2. Ce qui constitue un PPP

L'expérience des PPP attire l'attention sur les conditions de réussite de la délégation qui sont :

- **Une communauté d'objectifs** ou une bonne compréhension mutuelle des objectifs de la puissance publique et de l'entreprise. Il peut y avoir des échanges de savoir-faire, des complémentarités d'intérêt (dialogue compétitif), etc.

L'antithèse est la sous-traitance « défausse » où une activité est sous-traitée au moins disant sans que celui-ci sache quels sont les objectifs poursuivis par la puissance publique dans le domaine considéré. Ceci pourrait paraître une évidence mais il existe encore beaucoup de cas où le sous-traitant est considéré comme un simple exécutant et non un partenaire, et les rapports sont marqués d'une certaine méfiance mutuelle⁷.

- **Un pilotage étroit et constant** permettant la rectification vivante du contrat, non seulement en fonction de l'imprévision ou du fait du prince, mais des leçons à tirer de la mise en œuvre réelle. Ce pilotage ne doit pas être du contrôle tatillon ou un doublon des fonctions de contrôle interne, c'est-à-dire une relation encore basée sur la méfiance, mais des contacts réguliers d'échange d'informations, plus ou moins formalisés selon les occasions.
- **Une mesure et une évaluation de résultats** quantitatifs et qualitatifs du contrat, par différents intervenants, le prestataire, le maître d'ouvrage mais également des évaluations indépendantes et des retours usagers. Ces évaluations existent mais portent plus sur les aspects techniques que les indicateurs de qualité ou les attentes des usagers, ou même ce que l'on a pu apprendre du projet.

⁶ On peut imaginer deux solutions :

- un nouveau type de contrat de partenariat, selon le projet d'ordonnance du 7 juillet : « *de longue durée, avec un caractère global et se caractérisant par des contributions mutuelles et un partage des risques. La rémunération du cocontractant est assurée par tout moyen mais ne peut être liée substantiellement aux résultats de l'exploitation du service public dont la personne publique ou privée a la charge* » (art. 1).

- ou simplifier radicalement en disant que tout accord entre le public et le privé passe par une mise en compétition, que celle-ci est un marché (la DSP ferait alors partie des marchés) qui peut être financé soit par les usagers, soit par les contribuables, soit les deux, et que tout marché débouche sur un contrat qui est plus ou moins étroitement piloté en fonction des problèmes qui se posent et de la nouveauté de l'objet du contrat.

⁷ Exprimée dans les entretiens effectués, tant auprès des entreprises que des fonctionnaires.

3. Y a-t-il des arguments budgétaires contre les PPP ?

Le plus souvent employé est celui de l'emprunt public moins cher que celui de l'emprunt privé, car la puissance publique finirait toujours par payer (position surprenante de la part des mêmes personnes qui excluent le paiement différé).

Toutefois il n'y a pas accord sur le montant du décalage, les Anglais l'estimant à 1,5%. Par ailleurs ce décalage n'est pas un indicateur en soi mais doit être référé au **coût global du projet**. Ainsi la Cour des comptes britannique rapporte le surcoût de l'emprunt au surcoût de la gestion par la puissance publique, notamment aux retards dus à des gels budgétaires ou de mauvaises gestions de projet qu'il estime à 47% du coût initial. Les 1,5% en ce cas pèsent peu. Par ailleurs le livre blanc sur les PPP en 2000 répond à l'objection des taux d'intérêt par les arguments suivants :

- Une plus grande capacité de l'entreprise à intégrer *conception* et *réalisation* et à développer des *innovations*, alors que le secteur public pourrait prendre moins de risques, de par ses obligations publiques précisément ...
- La pression du marché obligerait les entreprises à gérer ces risques.

En d'autres termes pour les Britanniques le différentiel de taux d'intérêt est largement compensé par les bénéfices d'une gestion déléguée.

Une même évolution est notée dans tous les pays. Autant les PPP ont démarré sur une volonté de débudgétisation ou de capacité de tourner des règles trop rigides en matière de marché ou d'emprunts, autant cette problématique a cédé la place, grâce à des assouplissements accordés par les différents ministères des Finances, à une nouvelle approche : celle d'une meilleure efficacité et d'une qualité accrue du service rendu à l'utilisateur.

Plus disparaîtront les rigidités injustifiées de la gestion publique, moins le recours aux PPP apparaîtra comme un subterfuge ou un palliatif.

III. Des partenariats à bénéfices réciproques : l'exemple de la politique autoroutière

Dans les années 1968-69, et au début des années 1970, sous la houlette d'Albin Chalandon, l'objectif était de rattraper en dix ans⁸ le retard autoroutier de la France en doublant de 100 à 300 km/an son rythme de construction. Il s'agissait aussi d'instaurer une concurrence privée face aux SEMCA, sociétés d'économie mixte sous le contrôle de la CDC qui détenaient le monopole des concessions d'autoroutes de liaison, d'augmenter l'autonomie et les responsabilités de ces dernières en réduisant le rôle des services de l'Etat en matière de conception et de réalisation des autoroutes, et d'innover, par un allègement raisonnable des normes de construction et par le recours à une base industrielle élargie par rapport aux errements anciens des SEMCA, pour gagner de 20 à 25% sur les coûts d'investissement et tenir des délais de réalisation raccourcis : 4 ans ont séparé la signature du traité de concession de Paris-Tours et Paris-Le Mans, par Cofiroute, et la mise en service des 250 premiers km. Les 550 km d'A4 Paris-Strasbourg, décidée par Pompidou, ont été réalisés en 5 ans. La réalisation de Poitiers-Bordeaux par l'ASF s'est également effectuée à un rythme record.

L'État désormais agissait plus comme un cocontractant et moins comme un traditionnel donneur d'ordres.

Dans le cours des années 70, trois des quatre sociétés privées de création récente souffrirent jusqu'au bord du dépôt de bilan de la conjonction de trafics très inférieurs aux prévisions et de dérives des coûts de construction imputables aux conséquences des deux chocs pétroliers, à des domaines trop restreints et à une insuffisante maîtrise des coûts imputables pour partie à une géographie coûteuse. Sans que l'État fasse jouer les garanties contractuelles, il préserva au début des années 80 la continuité de leur exploitation en faisant reprendre leur concession par des SEMCA, les adossant ainsi *ex post* à des réseaux plus anciens, plus vastes et donc plus robustes à la conjoncture.

⁸ Loi du 24 décembre 1969

Au final le réseau autoroutier concédé est passé de 1.100 en 1970 à 4.000 km en 1980 et plus de 7.700 en 2002, rattrapant ainsi le retard de notre pays.

La politique autoroutière a connu plus récemment deux mutations importantes, qui illustrent la recherche d'une adaptation à l'évolution du cadre juridique national et européen et d'une meilleure efficacité économique du régime de la concession. Elle est marquée par une recherche pragmatique des avantages réciproques des deux parties au contrat de concession.

1. La réforme de la politique autoroutière (2001)

La réforme de la politique autoroutière de 2001 a soldé, avec retard, l'évolution de la réglementation tant nationale (**loi Sapin** du 29 janvier 1993) que communautaire (**directive travaux** du 14 juin 1993).

Sous les pressions conjuguées de la Commission européenne et de la Cour des comptes, l'État a d'abord rompu en janvier 1998 (cinq ans après promulgation de la loi Sapin) avec la pratique de *l'adossement*⁹ en n'attribuant chaque concession autoroutière qu'après appel public à candidatures. Le déséquilibre « structurel » éventuel de la concession de nouvelles sections est dorénavant compensé par une subvention d'équilibre. Par ailleurs, afin d'éviter toute distorsion de concurrence, la garantie de l'État sur le remboursement des dettes résiduelles du concessionnaire en fin de concession est supprimée.

La nouvelle procédure d'attribution des concessions a été inaugurée en 1999 avec l'attribution du tunnel A 86 Ouest à Cofiroute¹⁰, après annulation de la concession antérieure par le Conseil d'État. Ont suivi l'attribution de la section Rouen-Alençon de A 28 à Bouygues et celle du viaduc de Millau (A 75) à Eiffage.

Du fait de cette réforme, la situation financière des SEM concessionnaires subissait une détérioration automatique qui résultait de :

- la suppression de la garantie de passif, garantie par l'État du remboursement des dettes résiduelles en fin de concession (d'où renchérissement du coût des emprunts, plus risques) ;
- une normalisation comptable (par abandon de la méthode des charges différées) qui, liée à une durée trop courte des concessions des sections récentes entraînait une forte réduction des fonds propres.

Pour compenser cette détérioration et dans la perspective ultérieure d'une introduction en bourse, pour améliorer les ratios financiers des sociétés concessionnaires, l'État a préféré allonger, une fois pour toutes, la *durée des concessions*, plutôt que de multiplier de petites rallonges de durée au fur et à mesure de l'attribution de nouvelles sections, l'accord de dotations en capital n'étant ni nécessaire compte tenu de leur santé économique, ni possible en période de fortes contraintes budgétaires. L'effet mécanique en fut des dotations annuelles diminuées aux amortissements de caducité, d'où une amélioration du compte de résultat et du bilan (renforcement des fonds propres par un nouveau calcul des amortissements). En outre, il permet en principe à la société concessionnaire d'avoir remboursé intégralement ses dettes bien avant l'échéance de la concession, ce qui évacue le problème de la suppression de la garantie de passif par l'État.

Alors que le Gouvernement avait envisagé initialement un allongement plus important, la Commission européenne a limité entre 12 et 15 ans l'allongement par rapport à la durée initiale des concessions des SEMCA sur les réseaux déjà en service ou en travaux. Cette durée est reprise dans l'exposé des motifs de la loi du 5 novembre 2001 qui ratifia l'ordonnance du 28 mars 2001 autorisant le rallongement des concessions par dérogation aux dispositions de la loi Sapin ainsi que l'application rétroactive du

⁹ *L'adossement* consistait à étendre *sans remise en concurrence*, par un avenant à la convention de concession, le domaine concédé à de nouvelles sections à construire et à exploiter, en contrepartie d'un allongement de la durée initiale de la concession. Ce mécanisme avait permis de donner toute son ampleur à la politique autoroutière en deux décennies, chaque négociation d'avenant étant l'occasion pour l'État d'actualiser son contrat avec les divers concessionnaires.

¹⁰ Le tabou du péage en milieu urbain avait été levé avec la concession, confiée à la SAPN en 1984, de l'autoroute A14 entre La Défense et Orgeval.

nouveau calcul de l'amortissement de caducité, si bien que l'amélioration des fonds propres fut immédiate.

2. L'introduction en bourse de ASF et les perspectives de privatisation des SEMCA

L'allongement de la durée des concessions, ainsi assorti de la normalisation comptable (disparition de la méthode des charges différées) et juridique des SEMCA, ouvrait la voie à une possible privatisation, partielle ou totale, de certaines d'entre elles. L'introduction en bourse d'une fraction, minoritaire (46,3%) dans un premier temps, du capital de ASF, société financièrement la plus solide (ratio dettes sur fonds propres) et jugée la plus mûre pour une telle opération, a marqué l'engagement d'un processus plus large de privatisation :

- d'une part, par la cession à terme au secteur privé du contrôle de ASF, encore détenu par l'État ;
- d'autre part, par l'éventualité de l'extension du processus aux autres SEMCA, en fonction des opportunités du marché financier.

Avec un recul de 18 mois, l'opération ASF peut être considérée comme un succès, comme en atteste le parcours boursier du titre dans un contexte pourtant peu favorable : l'extension du réseau en service, la qualité du bilan et la relativement bonne visibilité financière à moyen terme, ont été appréciées dans une période d'incertitude et de volatilité. La pause observée depuis pour l'introduction d'une seconde tranche de capital est liée d'une part à la conjoncture boursière déprimée (d'où un risque pour l'introduction d'une nouvelle tranche de capital), d'autre part au souci de ne pas laisser se constituer un pôle privé unique autour du groupe Vinci (qui contrôle déjà Cofiroute et qui a le plus clairement manifesté son intérêt pour ASF, dont elle détient 28%).

L'opportunité de poursuivre plus loin dans cette démarche et le rythme de celle-ci a fait l'objet d'analyses différentes entre les deux autorités de tutelle du secteur autoroutier : MINEFI (notamment directions du Trésor et du budget) et ministère des Transports (direction des routes).

- Le MINEFI est favorable à la poursuite du processus de privatisation, dont il a été l'initiateur pour ASF : le budget apprécie les recettes (certes non récurrentes mais considérables) procurées par les introductions en bourse de SEMCA, plus faciles que d'autres éléments du patrimoine industriel public ; le Trésor estime que la privatisation accélérera la modernisation du management des sociétés, consolidera leur assise financière et leur permettra de se développer à l'international, notamment en Europe.

Fondamentalement, *il n'est plus nécessaire pour l'État, comme l'a démontré l'exemple de Cofiroute, de contrôler le capital d'une société pour passer utilement des contrats de DSP ou de concession avec elle* : un cahier des charges assez précis permet notamment de garantir la qualité de service rendu par le concessionnaire, qu'il soit public ou privé.

- Le ministère des Transports apparaît plus réservé : sauf création de recettes publiques nouvelles, toujours délicate à mettre en œuvre dans un contexte de recherche de diminution des prélèvements obligatoires, il lui est difficile de renoncer aux recettes récurrentes que constituent les dividendes versés par les SEMCA, et à leur utilisation pour une politique intermodale des transports¹¹.

En outre, la privatisation des grandes SEMCA encore publiques, SANEF et SAPRR, suppose de les rendre « présentables » pour les marchés et donc de les délester de leurs filiales, encore fragiles malgré des recapitalisations récentes, ce qui laisserait entièrement reposer sur l'État l'achèvement de la restructuration de ces dernières : c'est notamment le cas pour la SAPN et pour SFTRF (et plus généralement pour la consolidation financière du « pôle alpin »).

3. Que retenir de 40 ans de partenariat public-privé en matière de politique autoroutière ?

Les relations de l'État ont en règle générale étaient bien plus délicates, avec les partenaires privés (Cofiroute, anciennes sociétés APEL, AREA, ACOBA qu'avec des SEMCA, dépendant étroitement de l'État. Vis-à-vis de sociétés privées le contrat fait, et c'est naturel, la loi des parties - ce qui impose

¹¹ L'instauration, préconisée dans l'audit des grandes infrastructures de transport d'un péage pour les PL sur le réseau national, a pour objectif de procurer des ressources **supplémentaires** aux péages sur le réseau concédé, et non des ressources de substitution.

qu'il soit rédigé en sorte de permettre de prendre en compte correctement et de façon équilibrée l'imprévu, inconnu d'avance par nature mais inévitable dans un cadre à long terme. Il oblige chaque partie, y compris l'Etat (sauf pour la partie réglementaire du contrat de concession), à respecter ses engagements contractuels, quelle que soit la qualité initiale de leur rédaction.

L'irruption en 1970 du partenariat privé a été source d'innovations reconnues grâce à la plus grande liberté désormais donnée au concessionnaire pour la définition des caractéristiques de l'autoroute (chaussées, ouvrages). Elle a provoqué un développement du sens du client (première radio autoroutière : Cofiroute ; premiers panneaux à messages variables : SAPRR). L'émulation a ainsi joué à plein avec les SEMCA, qui ont aspiré à une plus grande autonomie contractuelle dans leur relation à l'Etat.

La vie de la concession devrait être mieux jalonnée, par des *contrats déclinant à moyen terme l'exécution du contrat de concession (contrats d'entreprise à 5 ans pour les SEMCA, contrats de plan pour les sociétés privées)*, avec en particulier un accent sur le contenu évolutif « Qualité de service » des contrats de concession : les crises récentes témoignent de la demande accrue du public pour l'information routière. La périodicité des rendez-vous contractuels importe : elle ne suffira pas à réduire totalement les tensions entre donneur d'ordre et concessionnaire quand se (re-)négocie le phasage des travaux nouveaux.

Le partage des risques devrait respecter le principe d'allocation à celui qui est le plus à même de l'assumer.

L'équilibre des partenariats repose, d'un côté, sur des *entrepreneurs*, compétents et capables d'actes de foi (les banquiers ne sauraient suffire), mais sans naïveté vis-à-vis d'un Etat parfois changeant et, de l'autre, sur des *concedants* forts, dans l'expression des objectifs et des cahiers des charges comme dans la prise en compte et la gestion des aléas inéluctables dans toute œuvre d'une certaine ampleur.

4. Outre la politique autoroutière, un vaste champ s'offre aux partenariats public-privé en matière d'entretien des routes nationales, départementales ou communales

Dans son audition par le groupe, Jean Berthier, dont on lira l'intervention en annexe 1, souligne que « dans le domaine routier, les principaux enjeux concernent sans aucun doute la question de *l'externalisation de l'entretien* et se situent maintenant dans le champ des *collectivités locales*.

Il serait souhaitable qu'elles imaginent la meilleure façon de s'organiser pour aborder dans les meilleures conditions cette *nouvelle dimension de leur politique routière*, et pour cela qu'elles sachent organiser et exploiter collectivement l'expérimentation, approfondir les aspects les plus délicats des nouveaux types de contrats¹², définir des clauses et techniques et juridiques de référence pour les aider dans la rédaction de leurs contrats, etc. »

IV. D'autres partenariats à bénéfices (pas toujours) réciproques : de l'eau aux transports, ou de la Justice à la Défense ... en passant par Disney

1. Le domaine de l'eau

Il s'agit d'un monopole naturel traitant d'un bien alimentaire, à caractère local par les ressources mises en oeuvre, intégrant infrastructures et services. A la différence des autoroutes ou des parkings, il y a peu de services alternatifs. La concurrence porte sur l'attribution des concessions ou des affermages, avec des durées traditionnellement longues. L'incertitude sur les recettes est bien moindre dans nos pays que dans les pays en développement, où se conjuguent démographie et volatilité économique sur fond de précarité institutionnelle.

¹² Ces nouveaux contrats sont les contrats d'entretien *basés sur les performances*, ou à obligation de résultats, et les contrats d'entretien *réhabilitation*, transposition au domaine routier des METP, largement promus par la Banque Mondiale, et jugés plus efficaces que les classiques contrats d'entretien *basés sur les quantités*.

2. Le secteur des transports urbains et inter-urbains

C'est un secteur très capitalistique, où la couverture du petit équilibre est souvent hors d'atteinte et donc une subvention d'exploitation quasi-nécessaire, et où il est rare que les exploitants privés investissent (cas des métros de Toulouse et Rouen) : les risques associés - expropriations, déviation de réseaux, trouvailles archéologiques - apparaissent dissuasifs. L'investissement en matériel roulant est par contre pour l'exploitant un risque « prenable » s'il dispose d'une clause de reprise à 10-15 ans.

De ce fait il existe un marché pour la délégation de l'exploitation des transports par autobus ou trains obéissant à un standard répandu (diesels régionaux). Le professionnalisme du privé s'attache au matériel. Son association à la conception des investissements (infrastructures incluses) est bénéfique.

La durée des contrats d'exploitation est plus courte que dans le domaine de l'eau : 5 à 7 ans pour des autobus urbains (sans la charge de leur investissement) ; 7 à 10 ans pour des cars interurbains, à fournir par l'exploitant ; 10 à 15 ans pour des trains, avec calage du contrat d'exploitation au bout de 2 ans pour les contrats les plus courts, ou clauses de rendez-vous à 4, 5 ou 7 ans pour les plus longs. Elle est fonction de la durée nécessaire à une politique de marketing pour produire ses effets sur la croissance du trafic, plutôt que proportionnée à la durée d'amortissement des équipements – d'où l'utilité des clauses de reprise.

Les engagements réciproques portent soit sur un coût forfaitaire d'exploitation et une garantie de recettes, soit sur une subvention forfaitaire accompagnant des tarifs calés par contrat, le volume de trafic restant la variable. Le maintien de l'équilibre financier du contrat est la justification première de sa révision éventuelle ; la rupture du contrat demeure l'alternative en cas de déséquilibre vital et d'échec de la négociation de révision. Peu ou pas de recours à la clause d'arbitrage.

3. Un ouvrage urbain à péage : le tunnel Prado-Carénage

Premier de l'espèce, cet ouvrage, soutenu dès 1985 par Gaston Defferre, a dix ans d'âge, marqués de risques et de crises surmontées, avec un trafic soutenu et relativement peu sensible aux tarifs. Il pose à son concessionnaire depuis deux ans la question du refinancement de la dette, sans que le concédant se sente assez partie prenante alors que ce refinancement pose la question du transfert de risques entre le concédant et le concessionnaire : ou le transfert de risques est réel, et alors il est coûteux, ou bien il est illusoire, et il devient aventureux pour le concédant. Le dilemme tient à la disproportion entre la durée de vie des investissements et la durée de la concession.

Le dilemme peut se résoudre, selon Claude Abraham, en privilégiant des durées de concession plus courtes, mieux proportionnées à la durée des prêts mobilisés, en instaurant au terme (raccourci) de la concession des clauses de reprise à la valeur nette comptable, en acceptant de limiter les risques transférés moyennant en contrepartie une limitation des profits, en associant plus les prêteurs, acteurs essentiels (banques, rehausseur, agences de notation et leurs avocats), à la conclusion des contrats de concession.

Cette recommandation si elle était suivie permettrait de ne pas arrêter un péage avec la concession. Elle serait aussi transposable aux aéroports, où le concessionnaire investit continûment...

4. Le cas Eurotunnel

Le cas Eurotunnel restera symptomatique du télescopage entre un calendrier politique hypertendu et un montage de grand projet binational : en 1985, entre Margaret Thatcher et François Mitterrand, la volonté politique fut enfin au rendez-vous de l'histoire pour relier les deux côtés de la Manche ; elle devait se concrétiser dans un *traité de concession* signé avant les élections en mars 1986. Mais celui-ci fut négocié trop vite, après un appel d'offres ouvrant (trop) l'éventail des solutions – sans insister assez sur le lien ferré, ni porter assez d'attention au système de transport, ni au rapport des banques qui avait précédé la relance de ce projet historique.

Le traité concéda donc un *projet non optimisé* à un groupement originel formé entre constructeurs et banques, qui contracta N contrats – de crédit, de construction, ferroviaire – souvent avec soi-même. La dérive des coûts, doublés au total, s'est surtout manifestée sur les matériels roulants et la sécurité – avec un projet défini « au fur et à mesure, par pièces intégrables », au nom d'un principe de précaution insulaire et inflationniste qui a fait l'affaire du lobby concurrent des ferries. Les trafics n'ont pas été au

rendez-vous des prévisions : sur les voyageurs, on est en 2003 à la moitié de la prévision faite pour 1993, l'année d'ouverture, par la SNCF, en référence au TGV Paris-Lyon ; il y a eu erreur sur la base pertinente des passagers aériens Paris-Londres et prise en compte indue des flux de correspondance ; si le fret routier a été bien vu, le fret ferroviaire a été plombé par le niveau du péage (forfait fixe).

Au total, faute d'une répartition des risques assez anticipée et transparente, l'actionnariat populaire sur qui, avec les usagers, repose le bouclage de cette concession sans aides publiques est devenu à ses dépens la variable d'ajustement du projet. Chat échaudé craindra l'eau froide...

5. La justice, du programme 1986 des prisons Chalandon au programme 2002¹³

En 1986-87, le programme 13000 places de prisons est un exemple d'externalisation du service public. Il veut remédier à la crise qu'endure le système pénitentiaire depuis 1974, avec 48500 détenus pour 32500 places, dans 182 prisons en majorité anciennes, trop petites, mal entretenues, et un rythme insuffisant de construction neuve (une prison nouvelle tous les deux ans). La gestion publique se révélait lourde et inefficace, en investissement comme en fonctionnement.

Son diagnostic conduit dans un premier temps le ministre Chalandon à se tourner vers des solutions comparables à celles qu'il avait promues en matière autoroutière pour dégager des économies et gagner du temps par des innovations associant conception et réalisation, investissement et exploitation – de manière à gagner 20% sur le prix de journée des détenus. Le modèle de la concession privée de service public envisagé au début, y compris pour la direction et la surveillance, fut rejeté, en particulier du fait des objections du Conseil d'État à la concession de fonctions régaliennes. *La loi du 22 juin 1987 retint un modèle de gestion mixte* : les groupements privés choisis sur concours contracteraient un marché de conception-construction et un marché de services d'une durée de dix ans, facultatif, sous réserve d'une comparaison des coûts public-privé, *en optimisant le coût global par couplage des deux marchés*. Les groupements associaient un architecte, une entreprise de BTP et une société de services.

Le programme 13000 enchaîna ses étapes : le concours lancé en juillet 87 conduisit au choix des quatre groupements lauréats en décembre ; les marchés de conception-construction furent notifiés en avril 88, avant les élections présidentielles ; 25 prisons devaient être livrées entre décembre 89 et juillet 92. L'alternance qui suivit les élections retarda la mise en place du fonctionnement privé.

Le nouveau ministre de la Justice Arpaillange remit en cause les prestations hôtelières et retarda la mise en place jusqu'à un arbitrage du Premier ministre Rocard sur la *gestion mixte* qui permit la notification des 4 marchés de fonctionnement en septembre 1989, en réduisant de 25 à 21 le nombre de prisons en cause, renégociant le prix des prestations après audit des coûts de gestion publique et privée, et instaurant une référence de gestion publique dans chacune des 4 grandes régions. Le coût global de ce programme en gestion mixte de 12850 places (25 prisons) ressort pour le budget à 4,3 Md F 1990 en construction et 6,5 Md F courants sur 10 ans en fonctionnement – les *prestations de maintenance* étant assorties d'une *garantie totale sur les matériels*.

En bref, le programme 13000 de 1987 fut mis en œuvre seulement avec des marchés publics, même s'il s'est inspiré des modèles de concession de service public du 19^e siècle et des prisons privées américaines des années 1980 – reprises en 1993 au Royaume-Uni dans la PFI. Il inspira à son tour la procédure du METP, utilisée comme on sait pour rénover les collèges d'Ile de France en 1990.

La loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002, comme la loi analogue du 29 août pour la sécurité, s'appuie sur de nouvelles procédures pour mettre en œuvre des équipements de police, de gendarmerie et de justice. Le programme Perben - Bédier porte sur un total de 13200 places, réparties sur 20 prisons, des établissements pour mineurs (800 places) ; il comprend 2000 places pour fin de peines et courtes peines. Pour être achevé en 2007, il suppose la maîtrise foncière des sites d'implantation et la maîtrise des coûts de construction, en concentrant la commande. La simple reconduction des dispositions de la loi du 22 juin 1987 s'avère impraticable, s'agissant de la maîtrise foncière, en raison du code régissant le domaine de l'État et de l'impossibilité budgétaire de mobiliser dès 2003 la totalité des AP impliquées par le programme. Aussi s'orientent-on vers un financement privé des investissements et un montage comportant :

¹³ Ce paragraphe doit sa substance à l'audition de René Eladari.

- une autorisation d'occupation temporaire du domaine public (AOT) délivrée par l'État en vue de la construction d'une prison à un groupement,
- ce groupement, bénéficiaire de l'AOT, finance, conçoit et construit un établissement conforme au programme défini par l'État et le lui loue¹⁴
- les conventions d'AOT et de bail sont non détachables et peuvent prévoir un achat anticipé de l'équipement
- Le groupement est choisi sur concours selon une procédure de dévolution respectant la loi Sapin et la directive Services. L'État choisit les deux meilleures propositions, conclut avec chaque lauréat un contrat d'études (de l'esquisse au projet), juge les deux propositions au stade d'approbation du projet – le groupement auteur de la meilleure étude devenant le titulaire de l'AOT et de la convention de bail.

Mais ceci, qui se rapproche du PPP, n'emporte pas le bénéfice d'une conception globale construction-gestion, qui caractérisait la démarche Chalandon. Ce, pour trois obstacles législatifs et réglementaires :

- Nécessité d'unifier les codes des marchés et du domaine de l'État
- Incompatibilité, à lever, entre marchés de conception -construction-gestion et AOT
- Interdiction, à supprimer, des clauses de paiement différé dans les marchés publics

L'objectif politique de réalisation impose, là encore, l'évolution du cadre juridique...

6. Le cas EuroDisney¹⁵

Après 4 ans de négociation, le contrat pour implanter l'Eurodisneyland à Marne la Vallée fut signé le 24 mars 1987. Ce contrat de près de 500 pages avec les annexes n'était qu'un élément d'un dispositif juridique comportant une loi, plusieurs décrets et 6 lettres d'engagement du Premier Ministre et des Ministres compétents sur les différents aspects du projet développant un programme de 50 milliards F sur 1940 hectares et 30 ans.

Si en ce qui concerne le privé, Disney était le seul partenaire, alors d'ailleurs que le montage prévoyait qu'il se substitue deux sociétés pivot, les partenaires publics étaient nombreux : l'État, la Région, le Département, la SNCF, la RATP et EPAMARNE. Cette liste se caractérise par le nombre de présents, et leur coordination a été une des difficultés de la négociation, mais aussi par l'absence des communes, alors que depuis la loi de 1983 elles étaient compétentes pour les décisions d'urbanisme, sauf Projet d'Intérêt Général (PIG) et Opération d'Intérêt National (OIN).

Plus de 15 ans après la signature du contrat, le partenariat s'est déroulé dans le cadre prévu et avec des résultats s'y conformant. Quels sont les facteurs qui ont permis ce que l'on peut considérer comme un succès, même si des difficultés ne sont pas à exclure pour l'avenir ?

a) *Des moyens exceptionnels de préparation du partenariat*

Que Disney ait consacré des moyens importants à la préparation du projet et à la négociation n'est pas une surprise ! D'autres partenaires privés ne l'auraient probablement pas fait. L'importance des moyens affectés au projet par les intervenants publics a été manifestement exceptionnelle. Il est rare, en particulier, qu'un budget important soit dégagé pour rémunérer des avocats d'affaire. De plus, il existait des moyens adaptés dans les structures ville nouvelle ; SGVN et surtout EPAMARNE.

b) *Un mécanisme contractuel précis et respecté par toutes les parties*

Outre le caractère décisif de la clause d'arbitrage, un dispositif a assuré le suivi coordonné des obligations des parties publiques et permis le respect de délais pourtant tendus – qu'il s'agisse de la réalisation de la gare RER assortie d'une garantie par Disney de recettes sur le trafic ou du rôle joué par le département pour financer une partie des voiries primaires, en complément de l'Etat et la Région, ou des modalités d'aménagement des terrains par EPAFRANCE, créé à cet effet.

¹⁴ Ce qui transfère les charges du ministère de la Justice du titre V au titre III.

¹⁵ cf. Note de Jean-Noël Chapulut en annexe 4.

La durée de 30 ans du contrat a impliqué un aménagement par phases, dont chacune donne lieu à programme détaillé négocié avec l'EPA, des obligations échelonnées dans le temps, et conditionnées par l'atteinte d'objectifs fixés, et la possibilité de modifier le projet ou les délais d'aménagement, en cas de changement majeur des conditions du marché, soit par accord mutuel, soit à défaut à dire d'expert indépendant.

c) Une relation équilibrée entre partenaires

Cet équilibre peut être considéré sous plusieurs angles :

La possibilité d'arbitrage met les deux parties sur un pied d'égalité ce qui n'aurait pas été, en cas de compétence de la justice administrative.

On pouvait par ailleurs redouter que la relation devienne inégale après que la société pivot se soit substituée à Disney. L'importance essentielle de son image pour Disney fait qu'elle est restée fortement engagée dans le succès du projet.

L'histoire a jusqu'ici montré que la relation contractuelle de base est à peu près équilibrée. Si dans une première phase, beaucoup ont considéré que Disney était le gagnant de la négociation, les difficultés des premières années de fonctionnement ont montré que les risques encourus par la société pivot, et même par Disney, étaient importants. Un contrat déséquilibré incite la partie qui s'estime défavorisée à ne pas respecter des engagements qu'elle ressent excessifs...

7. Les marchés de la Défense et les grands marchés informatiques

L'audition de Georges Rozen (cf annexe 6) a témoigné des possibilités de souplesse que permettait la procédure des marchés publics, dans des situations où l'Etat veut contracter avec un partenaire pour une longue durée et sur des objets qui ne sont pas toujours complètement pré-définis ; il a aussi relevé les difficultés rencontrées dans ces démarches, qui s'apparentent à des partenariats public-privé. Retenons en, avec lui, trois règles d'action bénéfiques aux deux partenaires et une recommandation pour l'administration:

- ✓ Une bonne définition de l'objet est indispensable *au moment de la signature du contrat* (mais pas nécessairement au lancement de la consultation, où les incertitudes sont normales).
- ✓ Une *revue contradictoire des risques respectifs* des partenaires est opportune. Mais faut-il pour autant la traduire contractuellement ?
- ✓ Il est indispensable d'avoir un *détail de l'équilibre économique du contrat*, pour faire face équitablement et durablement aux aléas. Et pour entretenir un dialogue confiant avec les bailleurs de fonds.
- ✓ Faire appel dans la mesure du possible à une *assistance à maîtrise d'ouvrage* (AMO) *professionnelle*, pour éviter l'asymétrie d'information.

V. Les stratégies des entreprises face aux partenariats avec la Puissance Publique, qu'elles soient grandes ou PME, privées ou publiques

En se prêtant volontiers aux auditions et interviews de notre groupe, les entreprises entendaient continuer à contribuer à la démarche de modernisation initiée par l'Institut de la Gestion Déléguée et prise en compte par l'État dans son projet d'ordonnance ; elles ont aussi voulu rappeler leurs motivations d'entreprise, au sortir de deux décennies assez contrastées en termes d'image et d'efficacité dans l'opinion publique. Au-delà des spécificités sectorielles qui les différencient, nous avons eu le souci d'en retenir d'abord trois traits communs et recommandations partagées, tout en consacrant un développement particulier aux entreprises publiques.

1. Attention à ne pas rajouter à la confusion avec les termes « partenariat public-privé »

Au plan international, la notion de PPP est la plus englobante, souvent équivalente à notre *concession*, parfois qualifiée abusivement de *privatisation*.

Il vaudrait mieux éviter d'appeler, dans notre seul droit, *contrat de partenariat public-privé* un être beaucoup plus réduit prenant place entre les catégories *marchés publics* et *délégations de service public* ... comme entre l'arbre et l'écorce.

2. Travailler en France comme dans maints pays étrangers, avec la même souplesse et la même efficacité, en exposant le moins possible leurs fonds propres

Plus qu'une couche supplémentaire de réglementation, les entreprises souhaitent des pratiques plus homogènes, en France même et entre pays européens, bien que l'harmonisation européenne semble une longue marche. Elles aspirent à un cadre réglementaire stabilisé, une fois libérées des contraintes « sur-régulatrices » que diverses jurisprudences ont créé dans la décennie écoulée.

Si, dix ans après, les lois Sapin et MURCEF ont vu leurs procédures rodées (700 appels d'offres par an) les marchés publics achoppent sur des opérations un peu longues ou complexes, sauf adaptation de la procédure – comme en témoignent les marchés publics d'armement. Il est en particulier difficile, ou interdit, de traiter des marchés « multi-domaines ».

L'ordonnance en cours d'élaboration vient donc combler une lacune de notre droit née des restrictions apportées au fil du temps. Il s'agit de :

- traiter des durées contractuelles dépassant 3 à 5 ans, à l'égal des PFI (durées de 15 à 20 ans);
- conclure des contrats globaux, « multi-domaines », y compris avec les collectivités locales ;
- permettre des rendez-vous périodiques pour adapter les contrats aux évolutions qui ne peuvent toutes être anticipées dans le contrat initial; cette négociation doit se dérouler entre partenaires équilibrés, en taille et en compétences.

Il s'agit aussi de mettre fin à une décennie de diabolisation de la gestion déléguée, de sortir d'un procès de corruption généralisée, d'une polémique endémique sur le prix des services publics et d'une confusion entretenue entre gestion déléguée et privatisation.

Il s'agit enfin de recréer des références en France pour retrouver au plan international un leadership en matière d'architecture institutionnelle et d'innovations liées et pour inspirer la régulation européenne.

3. Les entreprises n'entendent pas se substituer (ou être substituées) à la puissance publique en termes financiers, ni en termes de risques, hors leurs risques propres

Le financement des projets ne peut pas être traité en « mistigri ». Si l'endettement de l'État bute sur les critères de Maastricht, et ses investissements budgétaires sur le plafond de la pression fiscale, les possibilités qu'ont les groupes industriels d'engager leur capacité de financement *corporate* est très limitée : elle ne saurait se fixer pour toute la durée de vie d'un projet, quand bien même ce financement fut la clef du succès (Viaduc de Millau, avec Eiffage¹⁶).

Le *financement de projet* s'impose donc, avec ses corollaires : épargne longue à lever auprès de tiers, à sécuriser dans un cadre juridique propre. On ne saurait rééditer le piège à actionnaires que fut Eurotunnel, qui concentra sur eux les risques de recettes d'un projet à long terme restant d'essence publique.

De ce point de vue, les PFI anglais ont pour les entreprises le mérite de peu les impliquer dans les risques « trafic », ni dans l'apport de fonds propres – même si, en contre-partie, ils sont grevés de coûts élevés d'intermédiation et transaction.

4. Les spécificités de chaque secteur ne doivent pas être gommées

Les situations concurrentielles sont propres à chaque secteur et les enjeux géographiques en découlent pour partie.

Dans le domaine de l'eau, les champions français VEOLIA Environnement et Suez sont des leaders mondiaux reconnus par leurs émules, RWE ou Thames W., mais souvent contestés dans leurs

¹⁶ Eiffage compte bien refinancer sa mise de fonds par diverses émissions, renouvelées environ tous les dix ans, à l'instar de ce que fit COFIROUTE dans ses débuts. Eiffage ne souhaite pas inscrire de tels ouvrages à son bilan : c'est à la collectivité qu'ils reviendront au terme de la concession.

développements par des régies locales en plus grande osmose avec les pouvoirs locaux. Leur dimension leur a donné une vision des besoins en eau de la planète, en particulier dans les PMA, qui en fait des interlocuteurs qualifiés et écoutés de nombre de chefs d'État et des grandes organisations internationales. Ils sont en partie à l'origine de l'initiative de Johannesburg pour un nouveau partenariat public-privé en faveur du développement durable.

Dans le secteur des transports publics une dizaine de compétiteurs mondiaux sont en présence pour l'exploitation: trois anglais dont 80% de l'activité est nationale et a été nourrie par la politique de gestion déléguée du rail - Stage Coach, National Express, First Group ; un nord-américain Laid Law ; trois champions asiatiques - SLRT+Tibs et Delgro SBS tous deux de Singapour, actifs en Asie, Australie et à Londres, et KMB de Hong Kong ; et les trois français Keolis, RATP-Transdev, Connex ; mais pas d'allemand, faute d'ouverture à la concurrence sur le marché national.

Les exploitants français savent mieux que d'autres s'associer à des entreprises de BTP, à leur bénéfice.

Les enjeux géographiques sont d'abord en Europe, où seulement 20% du marché est ouvert à la compétition – en Allemagne (transports par autocars), en Belgique, aux Pays-Bas et dans les pays nordiques ainsi que dans les PECO, bien plus qu'en Italie ou en Espagne, aux marchés plus protégés. Ils sont ensuite aux USA, en tablant sur l'après Armtrak, et plus tard en Asie quand le contexte institutionnel y sera plus stable.

Dans les grandes infrastructures routières ou ferroviaires les compétiteurs mondiaux sont espagnols (Dragados, Ferrovial), italiens (Impregilo), allemands (Ph Holtzmann, Hochtief) et américains (Bechtel / aéroports) à côté des français Bouygues, Vinci ou Eiffage, associés ou non à RFF et aux ingénieries SETEC ou EGIS, voire aux SEMCA. Ils se sont tous toujours nourris de programmes importants d'investissements dans leur pays d'origine.

5. Les entreprises sont très sensibles aux variations de conjoncture entre secteurs et entre zones géographiques

L'Observatoire du Marché international de la Construction (OBSIC)¹⁷, reprenant les chiffres publiés de la Banque Mondiale, rappelle que les investissements privés dans le secteur des infrastructures, après avoir fortement progressé entre 1990 et 1997, passant de 17,8 MM\$ à 128,4 ont décliné ensuite pour atteindre en 2001 un plus bas depuis 1995 de 57,5 MM\$.

Sur la décennie 1990-2001, les deux principaux secteurs, les télécommunications et l'électricité ont respectivement concentré 44% et 28% des 754 MM\$ d'investissements privés totaux. Viennent ensuite les transports avec 18% puis la distribution / transmission de gaz naturel et l'eau/déchets avec 5% chacun.

L'Amérique Latine a concentré 48% des investissements privés totaux, suivie de la région Asie de l'Est / Pacifique (28%). L'Europe/Asie Centrale est au 3^e rang avec 13%, suivie de l'Asie du Sud avec 5%, du Moyen-Orient/Afrique du Nord et l'Afrique Subsaharienne avec 3% chacun.

La crise asiatique de 1997, puis la crise de 1999 en Amérique Latine expliquent largement la chute des investissements privés. Chacun a aussi en tête l'effondrement du secteur des télécommunications après l'éclatement de sa bulle et la démarche dispersée des enchères UMTS en Europe...La chute des valeurs boursières survenue ensuite pour maints acteurs de ces secteurs ne peut que retarder la reprise de ces investissements privés.

6. Les entreprises publiques ne sauraient rester à l'écart de la réflexion sur les partenariats

Conçus et contrôlés par l'Etat ou une collectivité publique, pour accomplir des missions de service public, ces établissements aux statuts divers – EPIC, EPA, SEM ou SA à capitaux publics majoritaires – disposent d'une autonomie juridique, économique et financière et fonctionnent de plus en plus sur le modèle de management des entreprises privées, en étant tenus de respecter les disciplines du marché et de la concurrence pour des parts croissantes de leurs activités, tout en réalisant aussi efficacement que possible leurs objectifs publics.

¹⁷ Les éléments qui suivent sont repris de la livraison d'octobre 2002 de l'OBSIC

Pour les plus importants la tradition a été instaurée il y a vingt ans de négocier avec l'Etat des *contrats de plan*, ou *d'objectifs*, qui formalisent leur *partenariat public-public* et leur degré d'autonomie.

Le rapport commandé par M. Francis Mer, ministre de l'économie, à M. René Barbier de la Serre sur l'Etat et le gouvernement des entreprises publiques, préconise de « généraliser une démarche de type *concession de service public* de la part de l'Etat à l'égard des entreprises auxquelles il délègue une activité de service public, y compris pour les entreprises entièrement détenues par l'Etat ou placées en situation de monopole. Ces contrats de service public devraient être négociés, sur un horizon adapté à l'activité (3 à 5 ans), entre l'entreprise et les diverses administrations concernées, la direction du budget intervenant comme garante de l'efficacité du contrat de concession et apportant une compensation financière sur une base pluriannuelle, si l'équilibre du contrat l'exige. *Le strict respect du contrat doit devenir la règle des parties.* »

Ce propos dénote que c'était loin d'être toujours le cas dans les relations entre l'Etat et ses entreprises... et indique le chemin culturel à parcourir pour que les entreprises publiques puissent, à l'égal des privées, évoluer et s'adapter – pour mieux remplir leurs missions et démultiplier encore plus l'action de l'Etat, au bénéfice de la nation...

VI. Les attentes et les attitudes de la Puissance Publique

Les attentes de la puissance publique gagneraient à être plus explicitées pour être mieux satisfaites d'autant qu'elles sont diverses, ne se recoupent pas totalement et n'appellent pas les mêmes réponses.

1. - Mieux répondre aux attentes de l'utilisateur devrait être la première préoccupation et la finalité même du service public.

On en est encore loin : le plus souvent les attentes des diverses catégories d'utilisateurs sont définies sans qu'ils soient consultés. Leur satisfaction n'est guère mesurée et la rémunération du prestataire de services n'en dépend pas.

Faire payer l'utilisateur contribue à cette prise de conscience, les attentes du client étant a priori mieux reconnues même si ses possibilités de choix sont nulles (ex eau potable) ou faible (ex autoroutes à péage). Mais il faut aller plus loin en analysant les attentes des utilisateurs-clients, en définissant des indicateurs de satisfaction, en les transformant en objectifs de qualité de service et en sanctionnant (y compris positivement) les résultats.

2. - Demander plus à l'utilisateur et moins au contribuable

Ceci devrait s'imposer chaque fois qu'il est plus équitable de faire payer tout ou partie du coût du service à ses bénéficiaires et de ne pas en imposer la charge aux non bénéficiaires.

Les contraintes budgétaires de limitation des prélèvements fiscaux rendent également nécessaire l'application de ce principe dès lors que l'on peut faire supporter à l'utilisateur directement l'essentiel du coût d'exploitation d'un ouvrage et, indirectement, celui de sa réalisation.

Cette orientation est - du moins en théorie - indépendante du mode de réalisation et d'exploitation de l'ouvrage (cf. la régie des eaux) mais elle est plus facile à mettre en œuvre en cas de gestionnaire indépendant avec à cet effet toute une gamme de solutions, de la régie intéressée à la concession en passant par l'affermage.

Elle suppose toutefois l'existence d'une prestation marchande et elle s'organise plus efficacement lorsque la rentabilité financière de l'ouvrage à réaliser permet de faire supporter l'essentiel du coût de réalisation et d'exploitation de l'ouvrage (ex : autoroutes à péage – distribution d'eau) que lorsque le petit équilibre est loin d'être assuré par l'utilisateur (ex : transports collectifs urbains).

3. - Faire plus vite et mieux, avec moins,

en stimulant les capacités d'imagination, en allégeant les procédures, en optimisant dans un contrat unique de longue durée l'investissement, son amortissement et son exploitation et en s'attachant plus aux performances qu'aux normes de réalisation, constitue le principal ressort des nouveaux partenariats public-privé.

Cet objectif peut être poursuivi indépendamment des deux précédents. La puissance publique conserve la charge financière de réalisation et d'exploitation mais elle est alors simplement mieux étalée dans le temps (cf. par exemple les METP ou les ouvrages à péage fictif). Elle doit alors s'assurer dès le départ de la mobilisation des charges futures qui, pour être « hors bilan » et « hors budget » pendant la phase de réalisation, ne sont pas moins des charges futures certaines, alourdies du poids de l'amortissement financier de l'ouvrage.

En conclusion le choix de la formule de PPP dépend des objectifs retenus et des conditions de rentabilité de l'ouvrage. Les uns et les autres doivent donc être explicités avant même que ce choix ne soit effectué.

B. LES CONDITIONS DE LA REUSSITE DES PARTENARIATS

I. Quel type de contrat préconiser pour un projet donné ?

DES PARTENARIATS REpondant A DES PROBLEMATIQUES VARIEES

Les pouvoirs publics (Principal) ont le choix, lorsqu'ils souhaitent avoir recours à une entreprise privée (Agent) pour assumer la réalisation d'un ouvrage ou d'un service, entre différents types de partenariats selon les objectifs qu'ils se sont fixés. Ces partenariats peuvent se classer en 3 grandes catégories : *marchés publics*, *affermage* (ou gestion déléguée), *concession* (ou BOT). Ils se différencient par le type de rémunération du partenaire privé, la durée du contrat, le degré de transfert de risques, la nature des responsabilités assumées, et leur caractère plus ou moins incitatif. Les objectifs du contrat liant le Principal et l'Agent sont d'une part d'assurer la réalisation au meilleur prix d'une prestation de la meilleure qualité possible et d'autre part, par les différents mécanismes de régulation mis en jeu, d'atténuer et gérer l'asymétrie d'information existant entre les deux parties.

1. Marchés publics

Il s'agit du type de contrat entre public et privé le plus courant, puisqu'il intervient dès que les pouvoirs publics souhaitent avoir recours à la sous-traitance. Le donneur d'ordre met en concurrence différentes entreprises privées en vue d'obtenir livraison d'un bien, d'un ouvrage ou d'un service. Le contrat se conclut sur la base d'un prix ferme (ou pas) qui couvre intégralement le coût et la marge de l'entreprise en vue de la délivrance de sa prestation. Ces contrats ont vocation à avoir une durée courte, limitée à un maximum de quelques années : une fois la prestation réalisée, les pouvoirs publics auront intérêt, s'ils souhaitent avoir de nouveau recours au même type de service, à effectuer une nouvelle mise en concurrence afin d'obtenir en permanence le meilleur rapport qualité-prix. Les marchés publics n'ont pas vocation à transférer de risque de recettes au secteur privé.

2. Affermage et gestion déléguée

Les pouvoirs publics ont recours à ce type de partenariat lorsqu'ils souhaitent externaliser une mission de service public. L'entreprise privée titulaire du contrat, à la suite de la mise en concurrence, gère le service public et délivre sa prestation à une collectivité d'usager. Le contrat peut ou pas inclure la nécessité pour l'entreprise privée de réaliser des investissements, mais ceux-ci ne représentent pas le cœur de la prestation. Différents types de rémunération, plus ou moins incitatifs, peuvent être mis en œuvre, comme nous le verrons plus loin. Dans tous les cas, la rémunération de la prestation a vocation à permettre à l'entreprise privée de couvrir ses coûts et de rentabiliser, sur la durée, ses investissements éventuels. La durée d'un tel contrat est plus longue que celle d'un marché public, le plus souvent de l'ordre d'une dizaine d'années.

3. Concession (ou schémas de type BOT = Build Operate Transfer)

Au même titre que l'affermage, l'essence même de la concession repose sur le transfert d'un risque substantiel d'exploitation à l'Agent. On entend par risque d'exploitation, non pas le risque sur les coûts, qui s'apparente plus à un risque d'entreprise, mais le risque sur les recettes. Le degré de transfert de risque dépend alors, comme nous le verrons plus loin, du mécanisme de rémunération mis en place par le Principal.

Les pouvoirs publics ont recours à ce type de partenariat lorsqu'ils souhaitent externaliser sur une longue période une mission de service public, avec, outre la gestion du service, la nécessité pour l'entreprise privée de développer un réseau ou une infrastructure. Contrairement à l'affermage, la concession est donc centrée sur la réalisation et la gestion d'investissements lourds dont la rentabilisation ne peut se faire que par leur exploitation sur une longue période. La durée du contrat est en général plus longue que pour un simple affermage de par la nécessité pour l'entreprise d'amortir ses investissements. Le terme de BOT désigne plus précisément les concessions dont l'objet est centré sur le développement et l'exploitation d'un ouvrage spécifique. Dans ce type de projet, les pouvoirs publics peuvent être client direct du concessionnaire, et refacturer (ou pas) le service au client final. Dans le cas où la prestation attachée à l'infrastructure ne peut être payée par les usagers à un prix

suffisant pour permettre la rentabilisation de l'investissement, des subventions doivent être octroyées par les autorités concédantes.

4. Le cas des METP

Les marchés d'entreprise de travaux publics (METP) avec paiement différé, utilisés en France pendant de nombreuses années, donnent un exemple intéressant de schémas de partenariat public-privé. Ils répondaient à une logique économique réelle, visant à lier un marché de construction avec le marché d'exploitation censé lui succéder, et non pas, comme on a pu le prétendre, à une simple logique financière destinée à étaler le paiement du marché sur une longue période. D'ailleurs, ces marchés peuvent être considérés à plus d'un titre comme les précurseurs des systèmes de PFI anglais. L'efficacité de ces derniers repose sur le fait qu'ils incitent l'entreprise d'une part à livrer l'ouvrage dans les meilleurs délais et au meilleur coût, et, d'autre part, à assurer des standards de qualités élevés afin de minimiser ses coûts d'entretien pendant la période l'exploitation de l'ouvrage. L'entreprise fait ainsi face à un véritable arbitrage économique entre ses coûts de construction (qualité des matériaux, etc.) et ses futurs coûts d'exploitation (coûts d'entretien et de maintenance), arbitrage qui est le plus à même d'aboutir à un optimum économique.

Malgré leurs vertus, les METP ont été explicitement interdits par le code des marchés publics en vigueur en France. Les critiques qui s'étaient exprimées en France à l'encontre des METP faisaient valoir l'utilisation abusive dont ils faisaient parfois l'objet, afin de permettre un paiement différé par le donneur d'ordres de l'opération de construction. Les détracteurs du système de METP lui opposaient également le fait que le mécanisme de paiement différé puisse rendre difficile l'accès des PME à ce type de marché, quand leur surface financière était insuffisante pour porter un projet sur une longue période, et qu'il favorisait ainsi par la même occasion les très grandes entreprises. Cependant, il faut noter que de nombreuses PME locales sont liées à ces grandes entreprises, qui les utilisent comme sous-traitants et maintiennent par la même occasion une forte présence locale.

En outre, résumer l'intérêt d'un tel système à sa simple dimension financière est fortement réducteur, ainsi que l'exemple des PFI anglais le prouve. D'ailleurs, les défenseurs du nouveau code des marchés publics reconnaissent qu'il peut être nécessaire de confier à une même entreprise la construction d'un ouvrage et l'exploitation du service public qui lui est associé. Ils ajoutent que distinguer, dans des lots différents, la construction et l'exploitation n'empêche pas de retenir un seul titulaire, si l'entreprise qui a remporté le lot relatif à la construction de l'ouvrage s'avère la mieux placée pour en assurer l'exploitation. Dans ce cas, on peut déplorer l'interdiction pure et simple du METP, au lieu de son maintien assorti de la mise en place de garde-fous, tant pour le donneur d'ordres que pour le prestataire, afin d'en corriger les abus ou défauts mis en exergue. Le système eut pu être assorti, à la manière des PFI, de mécanismes plus incitatifs pour l'entreprise titulaire du contrat, tout en veillant à ce que la motivation du donneur d'ordres ne soit pas seulement d'ordre financier.

II. Analyse économique, partage des risques et montages financiers

1. DES REMUNERATIONS A CARACTERE SOIT INCITATIF, SOIT PARTICIPATIF

La rémunération obéit à un double objectif :

- elle doit être assez sécurisante et juste pour attirer le secteur privé et assurer un nombre de participants à l'appel d'offre suffisant pour une mise en concurrence efficiente.
- elle doit être assez incitative pour que l'Agent ait intérêt à assurer une prestation de la meilleure qualité possible pour le prix, fixé à l'avance, payé par le Principal ou par les usagers.

Ces mécanismes de rémunération peuvent être fixés soit définitivement par le contrat, soit périodiquement par une autorité de régulation. Le contrat, bien que relativement rigide, constitue cependant le système le plus sécurisant pour l'entreprise privée puisqu'il fixe les règles du jeu dès le départ. Il peut néanmoins être utile de prévoir également dans le contrat des clauses de rendez-vous afin de faire le point sur l'évolution du partenariat et d'en augmenter la souplesse. Le tableau suivant résume les caractères des principaux types de rémunération.

Type de rémunération	Descriptif	Commentaires
Fixe	<ul style="list-style-type: none"> Le prestataire perçoit, pendant la période d'exploitation, une rémunération fixée à l'avance, en général assortie de mécanismes de pénalités, déclenchés si la qualité de service est insuffisante. Le paiement de la rémunération ne démarre que lorsque l'ouvrage (ou le bâtiment) est livré au donneur d'ordres. 	<ul style="list-style-type: none"> Rémunération adaptée aux marchés ne présentant pas de risque d'exploitation ou lorsque le Principal ne souhaite pas que l'Agent soit à risque sur ses recettes. Utilisé dans les PFI anglais et, auparavant, dans les METP. Le déclenchement de la rémunération à la livraison de l'ouvrage incite l'Agent à terminer la construction dans les délais. Optimal pour le Principal dès lors que l'Agent est en charge tant de la construction que de l'entretien de l'ouvrage objet du marché.
Cost + Fee	<ul style="list-style-type: none"> Le prestataire est remboursé de ses coûts (pass-through) Il est par ailleurs rémunéré sur la base d'une commission fixée à l'avance. 	<ul style="list-style-type: none"> Mécanisme peu incitatif Souvent utilisé dans les marchés d'assistance technique
Variable, payée par les usagers	<ul style="list-style-type: none"> Les usagers payent le prestataire pour le service qu'il fournit. Le prix payé et son évolution sont fixés à l'avance par le contrat. L'entreprise perçoit donc une rémunération variable en fonction du volume de prestation consommé. Par définition, dans le cas d'un BOT, le prestataire ne perçoit de recettes qu'une fois l'ouvrage mis en service. 	<ul style="list-style-type: none"> Rémunération adaptée aux contrats d'affermage ou de concession (ou BOT), lorsque le Principal souhaite transférer le risque de recettes à l'Agent. L'Agent est incité à fournir un service de la meilleure qualité possible afin de développer le trafic. Lorsque les prévisions de recettes pouvant être perçues des usagers ne sont pas suffisantes pour rentabiliser les investissements de construction, le Principal doit verser une subvention d'équipement afin d'équilibrer financièrement la concession. En variante, et ce afin d'atténuer le risque de recettes de l'Agent, le Principal peut décider de mettre en place un contrat de « take or pay ».
Variable, payée par le concédant (shadow toll)	<ul style="list-style-type: none"> Les pouvoirs publics payent le prestataire pour le service qu'il fournit aux usagers. Le prix payé et son évolution sont fixés à l'avance par le contrat. Au même titre que le cas précédent, l'entreprise perçoit donc une rémunération variable en fonction du volume de prestation consommé par les usagers, mais la rémunération est versée par les pouvoirs publics. Par définition, comme dans le cas d'un BOT, le prestataire ne perçoit de recettes qu'une fois l'ouvrage mis en service. Ces ressources sont alors supportées non par l'utilisateur mais par le concédant 	<ul style="list-style-type: none"> Rémunération adaptée aux contrats d'affermage ou de concession (ou BOT), lorsque le Principal souhaite transférer le risque de recettes à l'Agent mais ne souhaite pas que les usagers payent. Ce choix de rémunération résulte d'un arbitrage par les pouvoirs publics entre financement par les usagers et financement par le <i>contribuable</i> : c'est celui-ci qui à terme supportera le coût de l'opération L'Agent est incité à fournir un service de la meilleure qualité possible afin de développer le trafic. Par définition, aucune subvention d'équipement n'est nécessaire. Donner au péage virtuel le statut d'une subvention d'exploitation est discutable puisque l'Agent prend réellement un risque de trafic. En variante, et ce afin d'atténuer le risque de recettes de l'Agent, le Principal peut décider de mettre en place un contrat de « take or pay ». Le péage virtuel est favorable au développement du trafic mais non optimal économiquement puisque le service offert par l'Agent a un prix. Pour compenser cela, le Principal peut choisir, en variante, de combiner péages réels et péages virtuels.

Price cap	<ul style="list-style-type: none"> • Il est demandé au prestataire de s'engager sur des gains de productivité. Le « price cap » et son évolution, a priori décroissante, qui résultent de cet engagement, sont fixés à l'avance par le contrat. • Si le prestataire réalise des gains de productivité supérieurs aux prévisions, il les conserve pendant quelques années et bénéficie ainsi d'une marge opérationnelle accrue, puis doit les rétrocéder aux usagers. 	<ul style="list-style-type: none"> • La tarification en « price cap » est une variante importante des schémas de rémunération fixe ou variable payée par les usagers. • Ce système est particulièrement efficace lorsque le Principal souhaite inciter l'Agent à améliorer la qualité de service tout en réduisant les coûts d'exploitation et à en faire bénéficier les usagers (concession de distribution d'eau ou d'électricité). • Mécanisme d'autant plus efficace que les coûts d'exploitation représentent une part substantielle des coûts de l'Agent pendant la période de concession.
------------------	--	---

2. D'AUTRES PARAMETRES INFLUENCENT LA PRISE DE RISQUE DE L'ENTREPRISE

Outre le mécanisme de rémunération, le mode d'organisation de l'appel d'offre et un certain nombre de paramètres du contrat régissant le partenariat public-privé établissent l'équilibre des risques entre les différents acteurs, pouvoirs publics, entreprise privée, institutions financières.

a) Organisation de l'appel d'offre

L'appel d'offre se décompose en général en trois phases : *qualification* (sur références), *présélection* (sur les offres remises) et *négociation* pour finaliser le contrat .

L'organisation de l'appel d'offre doit répondre aux objectifs des pouvoirs publics dans la mise en concurrence. Une mise en concurrence longue (et coûteuse) est favorable à l'émergence d'une offre optimale mais peut dissuader les entreprises de participer à l'appel d'offre (cas des PFI). D'un autre côté, la négociation avec un seul candidat pressenti met les pouvoirs publics dans un rapport plutôt défavorable. Il est souvent préférable de négocier avec les deux meilleurs candidats.

Une variante dite «*Best and final*» est parfois utilisée. Les autorités publiques peuvent décider d'acquérir les propositions techniques des différents candidats puis organiser un second appel d'offre sur la base d'un cahier des charges réalisé à partir des meilleures solutions techniques proposées. Cette mise en concurrence efficace a son revers de la médaille : elle conduit à un transfert technologique entre les différentes entreprises, ce qui peut nuire aux avantages concurrentiels que certaines ont pu développer et les dissuader de poursuivre leurs activités de recherche et développement.

b) Matrice de répartition des risques

La matrice de répartition des risques résulte de l'équilibre des différentes clauses du contrat.

Dans les schémas concessifs (affermage, BOT) les risques exceptionnels de Force Majeure (parfois non alloué), Imprévision et Fait du Prince sont assumés par les autorités publiques. Celles-ci couvrent en général également les risques en matière d'expropriation et d'environnement que l'entreprise privée maîtrise peu. L'entreprise privée assume quant à elle les risques en matière de financement, de construction, d'exploitation et de maintenance. En matière de construction, la modification du cahier des charges à l'initiative des autorités, conduit à une indemnisation de l'entreprise pour les travaux complémentaires à réaliser. Le partage du risque de recettes entre l'entreprise, les prêteurs et les autorités publiques dépend, comme nous l'avons vu, du schéma de rémunération mis en place.

c) Normes et Pénalités

Fixer des normes de qualité par le contrat ou une autorité de régulation et établir un programme de pénalités dissuasives et crédibles si ces normes ne sont pas respectées, est indispensable pour inciter l'entreprise à bien faire son travail, en particulier quand la qualité de sa prestation n'a pas d'incidence sur le niveau de ses recettes. Si les autorités sont réticentes à prendre des recours juridiques, il peut être préférable de prévoir dans le contrat des clauses d'ajustement permettant à l'entreprise de se remettre à niveau dans un certain délai, sous peine de subir un cas de déchéance.

d) Régulation financière

Les autorités ont le choix entre différents mécanismes, autres que la rémunération, pour réguler les paramètres financiers d'une concession.

i. Durée de la Concession

La plupart des concessions sont à *durée fixe*. Le concessionnaire doit rentabiliser l'intégralité de son investissement sur cette période, puis céder la concession au concédant.

Mais un système de durée de concession *variable et plafonnée* peut avoir un certain nombre de vertus. La concession s'interrompt lorsqu'un indicateur prédéfini dans le contrat et mesurant la rentabilité du projet atteint un niveau objectif :

- la rentabilité que l'entreprise peut attendre du projet est plafonnée.
- Si l'indicateur n'atteint jamais son objectif, la concession ne s'arrête qu'une fois la durée maximale admise dans le contrat atteinte. Cela diminue le risque financier de l'entreprise.
- Si la durée maximale de la concession est très longue (en particulier si elle est très supérieure à la maturité de la dette bancaire), les banques, qui apportent une grande partie des fonds nécessaires au financement du projet, sont mieux sécurisées. Elles peuvent envisager un refinancement de la dette à terme.

ii. Retour à bonne fortune

Un autre schéma consiste à définir dans le contrat un indicateur financier qui, une fois atteint son niveau objectif, entraîne le partage entre le concédant et le concessionnaire des bénéfices du projet.

Dans ce cas, contrairement à la durée de concession variable, la rentabilité du projet pour l'entreprise n'est pas plafonnée. Mais le concédant est intéressé aux bénéfices du projet à partir d'un certain stade.

Une variante de ce système consiste à prévoir des baisses tarifaires une fois le critère financier atteint. Dans ce cas, c'est l'usager qui bénéficie à terme de la réussite du projet.

e) Terminaison du contrat

Le partenariat s'achève soit à l'expiration de la période de concession, soit avec la résiliation du contrat par le concédant ou la déchéance du concessionnaire. La déchéance et la résiliation sont des clauses majeures du contrat car elles peuvent faire porter un risque très important sur le concessionnaire. Les modalités de rétrocession de la concession du concessionnaire au concédant en cas de terminaison normale ou prématurée de celle-ci doivent être explicitées en détail dans le contrat et l'effectivité de leur clauses vérifiée par simulation .

i. Déchéance ou résiliation

La déchéance et la résiliation sont des cas extrêmes dont les modalités doivent être visées par le contrat, en particulier en matière d'indemnisation du concessionnaire. La déchéance résulte d'un manquement du concessionnaire à ses obligations au titre de la concession tandis que la résiliation relève du droit inaliénable du concédant de faire revenir prématurément la concession dans le domaine public. L'indemnisation du concessionnaire est alors plus généreuse que dans un cas de déchéance :

- **Résiliation** : La formule utilisée pour calculer l'indemnisation a alors pour objet de valoriser le manque à gagner (fonds de commerce) du concessionnaire. Elle peut donc être très favorable : elle tient compte en général des excédents bruts d'exploitation des années précédant la résiliation et leur applique un taux de croissance pour déterminer l'indemnité perçue par le concessionnaire jusqu'à la date d'expiration théorique de la concession résiliée.
- **Déchéance** : En cas de déchéance, le concessionnaire ne saurait a priori, percevoir plus que, dans le meilleur des cas, la valeur nette comptable des actifs à son bilan. La concession peut aussi être adjugée par un processus d'enchères. Le concessionnaire s'expose de surcroît à des pénalités à verser aux autorités publiques en contrepartie du préjudice qu'il leur a occasionné.

ii. Terminaison normale

Diverses modalités de terminaison normale du contrat peuvent être envisagées, selon la nature de la transaction ayant lieu à ce moment là entre le concessionnaire et le concédant

- **Transfert** : dans la plupart des concessions ou des affermages, l'entreprise rétrocède sans indemnité la concession et les actifs qui sont indispensables à son fonctionnement. Parmi les actifs, on distingue donc les *biens de retour* (c'est à dire les actifs qui faisaient partie du cahier des charges de la concession) et qui auront été amortis comptablement et financièrement sur la période de concession, et les *biens de reprise* (c'est à dire les actifs que l'entreprise utilise pour exploiter la concession) sur lesquels le concédant peut exercer son droit de reprise en les rachetant à leur valeur nette comptable. La concession retourne alors dans le domaine public.
- **Rachat** : le contrat peut cependant prévoir, contrairement au cas précédent, que la concession fasse l'objet d'une transaction entre le concessionnaire et le concédant. *Si la durée de la concession est manifestement plus courte que la durée de vie des biens de retour*, il est possible que ceux-ci soient amortis sur leur véritable durée vie plutôt que sur la période de concession. Dans ce cas, le concédant rachète les actifs à leur valeur nette comptable, après s'être assuré qu'elle reflète la vraie valeur résiduelle de l'infrastructure. Ce système peut être sécurisant pour le concessionnaire car il est certain de récupérer une partie de la valeur de l'actif à terme, ce qui est avantageux si la concession ne s'est pas développée comme prévu. A contrario, si la concession a bien marché, il est fort probable que sa valeur future soit supérieure à la valeur de l'actif net comptable. La concession retourne alors également dans le domaine public.
- **Nouvelle Adjudication** : enfin, en variante des deux schémas précédents, les pouvoirs publics peuvent décider, à l'issue de la période de concession, de renouveler celle -ci en organisant une nouvelle mise en concurrence. Cette mise en concurrence pourra prendre la forme d'un processus d'enchère en vue de l'adjudication du contrat de concession tel quel.

f) *Typologie des risques assumés par les différents acteurs*

Les principaux risques liés à un partenariat public -privé se répartissent entre les différents acteurs impliqués dans le projet. Il se dit traditionnellement que *la répartition est optimale si chaque risque est assumé par l'acteur censé le maîtriser le mieux, au coût le plus faible*.

Cette répartition se traduit par l'établissement de contrats entre les acteurs en question, principalement le *contrat de concession* entre la société-projet et les pouvoirs publics, et le *contrat de financement* entre la société-projet, l'entreprise sponsor du projet et les prêteurs. L'entreprise peut décider de répartir la construction et l'exploitation entre différentes filiales ou entre certains des partenaires avec lesquels elle a gagné le marché. Un *contrat d'exploitation* est alors mis en place entre la société-projet et le groupement responsable de l'exploitation, de même qu'un *contrat de construction* lie le groupement constructeur à la société -projet.

On peut résumer les différents risques, et la manière dont ils sont le plus souvent susceptibles d'être répartis, par le tableau synthétique suivant :

Risques \ Acteurs exposés	Entreprise (ou consortium)	Prêteurs	Pouvoirs publics	Usagers
Construction				
Financement				
Coûts d'exploitation				
Trafic				
Force majeure				
Fait du Prince				
Imprévision				
Environnemental				

Expropriations				
Macroéconomique				
Résilience				
Déchéance				

3. DES SCHEMAS DE FINANCEMENT REFLETANT LES RISQUES TRANSFERES

Les problématiques de financement interviennent dès lors que le partenariat requiert le développement d'un ouvrage important (usine de traitement d'eau, centrale électrique, infrastructure de transport, prison, etc.) pour lequel l'entreprise sélectionnée n'est pas directement rémunérée pour sa construction. Les dépenses mises en œuvre lors de la construction représentent alors un investissement pour l'entreprise. Ce sont les revenus tirés de l'exploitation qui permettront à l'entreprise de rentabiliser cet investissement sur la période contractuelle du partenariat. La notion de risque est indissociable des questions de financement. *C'est l'incertitude du lien entre revenus futurs et coûts d'investissement engagés par l'entreprise qui définit la problématique de financement du projet, selon les risques transférés à l'entreprise privée.*

a) *Des contraintes de financement dépendant du type de partenariat*

i. Les marchés publics

Typiquement, un marché public ne met pas en jeu de problématique de financement majeure car l'entreprise est payée au fur et à mesure de la construction de l'ouvrage. De même, un METP, si les échéances de paiement différé ne sont pas conditionnées à une construction et une exploitation présentant certaines normes de qualité, ne transfère pas de risque à l'entreprise. Dans ces deux cas, l'entreprise est juste amenée à financer le décalage entre le moment où ses dépenses sont engagées et le moment où elle perçoit sa rémunération des pouvoirs publics, c'est-à-dire un besoin en fonds de roulement. Dans un marché de conception construction à prix ferme, la problématique de financement s'apparente à celle d'un marché public à ceci près que l'entreprise doit parfaitement maîtriser ses prévisions de coûts afin de ne pas s'exposer à un risque de construction trop élevé.

ii. Les autres types de partenariat

Pour les autres schémas de partenariat l'acuité de la problématique de financement dépend de l'ampleur des investissements à réaliser. Dans le cadre d'un affermage, la plupart des investissements sont autofinancés. Par contre, dès lors que, à l'instar d'un BOT ou d'une concession, des investissements majeurs doivent être réalisés, l'entreprise doit financer sur le long-terme ces dépenses et répercuter dans le prix de son service ce qui lui permet de conserver une rentabilité suffisante. Dans le cas d'un BOT, la problématique est simple : l'entreprise doit financer « up-front » la construction de l'ouvrage et s'assurer que ses perspectives de revenus permettent de lui assurer sa rentabilité cible.

b) *Différentes sources de financement*

i. Concours publics

Les concours publics permettent de couvrir les coûts de construction de l'entreprise qui ne peuvent être intégralement rentabilisés par l'exploitation de l'ouvrage construit. Tout se passe alors comme si la quote-part subventionnée de l'investissement faisait l'objet d'un marché public, tandis que la part financée en propre par l'entreprise s'apparente à une véritable concession non subventionnée. Plus la part de concours publics est importante dans la couverture des coûts de construction, plus le partenariat se rapproche d'un marché public, plus le risque de requalification de la concession en marché public est élevé.

Si le potentiel de recettes susceptibles d'être perçues des usagers est insuffisant mais que les pouvoirs publics ne souhaitent pas recourir à une subvention d'équipement, des schémas de type PFI ou « shadow toll » peuvent être mis en place. Dans ce cas, l'entreprise privée est en mesure de financer en propre l'intégralité de l'ouvrage, car ses revenus futurs seront *de facto* versés en totalité par les pouvoirs publics et non par les usagers. Les versements futurs des pouvoirs publics seront calibrés de manière à permettre le financement du projet.

ii. Endettement et fonds propres

La part de financement propre pouvant être assuré par l'entreprise dépend de la *rentabilité intrinsèque* du projet, c'est-à-dire du lien entre les coûts du projet et le potentiel de revenus tirés des usagers, sauf quand un mécanisme de type PFI ou de « shadow toll » dissocie les revenus du projet du prix facturé aux usagers, ce qui permet, par définition, d'assurer le financement de 100% du projet mais sur fonds publics.

La *capacité d'autofinancement du projet* se mesure à la proportion de l'investissement qui peut être assumée par l'entreprise tout en assurant que le TRI projet qui en résulte reste supérieur ou égal au coût moyen pondéré du capital. En règle générale, une société ad-hoc, la *société-projet*, est créée de manière à porter le projet et à recevoir les fonds destinés à financer l'investissement. Le financement correspondant est assuré, en dehors des subventions, d'une part par la dette apportée par les institutions bancaires (ou les marchés obligataires) et, d'autre part, par les fonds propres, injectés par l'entreprise elle-même. Les banques se rémunèrent au coût de la dette et les actionnaires au coût des fonds propres, *le projet doit globalement rémunérer ses bailleurs de fonds au coût moyen pondéré du capital*.

Les bailleurs de fonds, banques et actionnaires, se rémunèrent sur les cash-flows disponibles (flux de trésorerie) du projet. Ces cash-flows sont consacrés en priorité au remboursement de la dette et au paiement des frais financiers qui rémunèrent les banques, puis au remboursement d'avances éventuelles faites par les actionnaires, puis au paiement de dividendes rémunérant le capital social. Les fonds propres du projet sont donc constitués du capital social et des avances d'actionnaires. Ceux-ci sont les fonds les plus à risque, et donc les mieux rémunérés, car leur remboursement et leur rémunération sont moins prioritaires que ceux de la dette.

Enfin, pour ce qui concerne l'endettement, deux types de financement, aux philosophies différentes, peuvent être mis en place, le financement de projet et le financement « corporate ».

Deux types standards de montages financiers sont en général mis en place.

En financement « corporate » les actionnaires garantissent la dette de la société-projet ce qui signifie qu'ils portent le projet sur leur propre bilan. Tout se passe donc comme si les banques prêtaient à l'entreprise sponsor du projet et non au projet lui-même. Dans un tel cas, les banques font face au risque de l'entreprise, qui est en général plus faible que le risque projet (à moins que le projet n'affecte substantiellement le bilan de l'entreprise). Le coût moyen pondéré du capital résulte alors de la structure de financement propre de l'entreprise.

En financement de projet, les prêteurs n'ont de recours possible qu'aux ressources du projet lui-même et ne peuvent pas se tourner vers les actionnaires en cas de défaut de paiement de la société-projet. Ils font véritablement face, dans le cadre d'un tel montage, à un risque-projet. Le coût du capital dépend alors exclusivement de la structure de financement du projet, qui peut présenter un fort effet de levier (ratio dette-fonds propres de 4:1). Ce type de montage, bien qu'offrant moins de sécurité et de garanties tant aux prêteurs qu'aux pouvoirs publics, a permis, au cours des dernières décennies, de démultiplier les capacités d'investissement des entreprises, en leur permettant de développer des projets importants dont elles n'avaient à porter à leur bilan qu'un cinquième du coût total.

Les marchés sont de plus en plus innovants en matière de financement bancaire ou obligataire. Si un montage financier permet rarement de compenser le défaut de rentabilité structurel d'un projet, il peut en revanche s'adapter à l'économie spécifique d'un projet.

Ainsi, dans le cas du développement d'une nouvelle liaison autoroutière ou ferroviaire, le trafic des premières années est souvent relativement faible. Si les revenus de la société-projet dépendent du trafic, la situation financière de celle-ci est donc en général relativement tendue pendant les premières années. Le profil de remboursement de la dette bancaire peut alors être sculpté de manière à s'adapter à la montée en puissance du projet sur sa durée de vie. En situation limite, la dette peut être remboursée uniquement à la fin de la concession : on parle de remboursement « *bullet* ». Dans un autre registre, certains projets d'infrastructure ont été récemment financés en France grâce à des obligations indexées sur l'inflation (grâce aux OATi). Pendant toute la durée de la concession, la

société-projet rémunère les obligations sur la base des taux d'intérêts réels. Elle ne rembourse la part des intérêts liée à l'inflation qu'à la fin de la concession.

D'une manière générale, on retiendra que les montages financiers optimaux sont ceux qui offrent le plus de souplesse et peuvent s'adapter aux multiples aléas susceptibles de survenir au cours de la vie d'un projet. Il est donc également important que le contrat liant les partenaires, entreprise, pouvoirs publics, financiers, soit flexible de manière à faire face à des réalités économiques et financières nécessairement changeantes et seulement partiellement prévisibles.

iii. Financement et répartition des risques

L'entité prêtant les fonds nécessaires au financement du projet ne prend pas systématiquement tous les risques liés au remboursement et à la rémunération de ces fonds. Ainsi, quand le projet est développé dans un pays émergent, certains risques spécifiques, comme par exemple le risque politique (fait du prince, force majeure, etc.), peuvent être couverts par des acteurs spécialisés tels que les assureurs crédit. Plus généralement, lorsque l'entreprise souhaite financer un projet sur le marché obligataire, elle peut également avoir recours à un *réhausseur de crédit*¹⁸ dont la signature permet d'émettre les obligations avec une notation de meilleure qualité et à un meilleur coût.

La répartition des risques est centrale dans la manière qu'a une institution financière d'évaluer l'opportunité de prêter des fonds à un projet. Celle-ci définit tout d'abord en accord avec l'entreprise un cas financier de base reposant sur des prévisions de coûts de construction et d'exploitation et des prévisions de recettes. Elle cherche à s'assurer que, dans le cas de base (cas a priori le plus probable), le projet satisfait à un certain nombre de critères de solvabilité (ratios de couverture de la dette). Ensuite, elle vérifie que, dans certains cas dégradés (hausse des coûts de construction ou recettes plus faibles que prévues), la société-projet est toujours en mesure de rembourser sa dette. Enfin, dans le pire scénario envisageable, sa perte ne doit pas dépasser un certain seuil maximum. A contrario, les fonds propres jouent un rôle d'amortisseur financier et peuvent être totalement perdus.

Si la bancabilité d'un projet n'est pas assurée en raison d'un équilibre économique et financier jugé trop fragile, les pouvoirs publics peuvent assortir la concession d'un certain nombre de *sécurités* :

- La *garantie de trafic* permet de sécuriser fortement les institutions financières prêtant au projet. Cette garantie peut prendre la forme d'un contrat de type « *take or pay* », couramment mis en place dans les concessions d'eau ou d'électricité. On peut considérer qu'une telle garantie dénature l'esprit de la concession. Un tel mécanisme est cependant parfois indispensable pour assurer le lancement de projets dont le risque de trafic est trop élevé.
- *Garantie de refinancement* : les pouvoirs publics peuvent s'engager à refinancer une partie de la dette du projet si celle-ci n'a pas pu être remboursée à un horizon prédéterminé. Une telle garantie peut être assimilée d'une certaine manière à une garantie de trafic. Cependant, elle offre plus de souplesse car elle laisse au projet le temps de monter en puissance. Soit l'insuffisance de recettes résulte d'un retard dans la montée en puissance du trafic mais les perspectives sont bonnes et le refinancement de la dette se fera sans difficulté par le marché, compte tenu d'une durée de vie du projet supérieure à la maturité initiale de la dette ; soit cette insuffisance est d'une nature plus structurelle et c'est alors seulement que la garantie publique jouera pleinement. Un tel mécanisme présente cependant le fort désavantage de faire porter aux générations futures ce risque de refinancement.

¹⁸ Le réhausseur de crédit est une institution bénéficiant, auprès des agences de notation, d'une notation (*rating*) AAA et jouant un rôle d'assureur de la société-projet vis-à-vis de ses créanciers. Le réhausseur se substitue à la société-projet en cas de défaut de paiement de ses annuités de remboursement de la dette (principal plus intérêts). De ce fait, la dette bénéficie également de la notation AAA. La dette ainsi « réhaussée » peut être placée dans de très bonnes conditions sur le marché obligataire. On observe en général que le coût financier de ce type de montage, égal à la somme du rendement de l'obligation AAA et de la rémunération du réhausseur, est plus favorable que celui d'un endettement bancaire classique.

c) Typologie des schémas de montages financiers

Lorsqu'un partenariat public-privé est mis en place, une société ad-hoc, la société-projet, destinée à porter le projet pendant la période de construction, et (pour les PFI et les BOT) pendant la période d'exploitation, est en général constituée.

Le financement de la période de construction est assuré par les fonds propres injectés par les actionnaires sponsors du projet et par la dette apportée par les prêteurs. La part des coûts de construction non susceptible d'être rentabilisée financièrement par les recettes futures du projet, doit être subventionnée par les pouvoirs publics sauf à exercer d'autres options, comme l'apport à la société-projet d'une garantie de refinancement, ou une extension de la durée du contrat, en cas de rentabilité insuffisante. Le tableau qui suit décrit la typologie des montages financiers pratiqués.

	Actionnaires	Prêteurs	Pouvoirs publics
Financement de projet	<ul style="list-style-type: none"> 1) Apportent le capital social 2) Se rémunèrent sur les dividendes versés par la société-projet 3) Ne sont à risque que sur leur mise initiale, qui est fortement risquée en raison d'un fort effet de levier. 	<ul style="list-style-type: none"> 4) Apportent la dette du projet. 5) Se rémunèrent sur les intérêts payés par la société projet 6) Sont prioritaires par rapport aux capital social et aux avances d'actionnaires 7) Ne « voient » que la société-projet 	<ul style="list-style-type: none"> 8) Apportent les fonds nécessaires à l'équilibre économique et financier du projet. 9) Les fonds apportés doivent permettre d'obtenir un taux de rentabilité interne du projet au moins égal au coût du capital
Financement « corporate »	<ul style="list-style-type: none"> 1) Apportent le capital social 2) Garantissent la dette du projet ou l'apportent 3) Se rémunèrent sur les dividendes versés par la société-projet 4) Sont à risque sur le coût total du projet. 5) Montage en général moins tendu en raison d'un plus faible effet de levier 	<ul style="list-style-type: none"> 6) Apportent la dette soit à la société projet, et bénéficient alors d'une garantie des actionnaires, soit aux actionnaires eux-mêmes qui portent la dette sur leur bilan. 7) Se rémunèrent sur les intérêts payés par la société projet 8) Sont prioritaires par rapport aux capital social et aux avances d'actionnaires 9) « Voient » la société-projet et ses actionnaires 	<ul style="list-style-type: none"> 10) Apportent les fonds nécessaires à l'équilibre économique et financier du projet. 11) Les fonds apportés doivent permettre d'obtenir un taux de rentabilité interne du projet au moins égal au coût du capital
Variantes	<ul style="list-style-type: none"> 1) D'éventuelles avances d'actionnaires peuvent compléter l'apport des actionnaires 2) Celles-ci peuvent être remboursées aux actionnaires avant que la société-projet ne soit capable de verser des dividendes 	<p>En financement de projet comme en financement corporate, divers profils de remboursement peuvent être mis en place.</p> <ul style="list-style-type: none"> 3) Soit un remboursement classique à annuité constante, soit un profil sculpté en fonction des prévisions de recettes du projet, ce qui permet de tenir compte de sa montée en charge. 4) En situation limite, une dette « bullet » peut être mise en place. Elle n'est remboursée qu'en fin de maturité. Montage souvent mis en place quand il est prévu à terme de refinancer la dette 5) Un endettement obligataire avec intervention d'un <i>réhausseur</i> peut remplacer la dette bancaire 6) Une version exotique fait intervenir des obligations indexées sur l'inflation (grâce aux OATi). Pendant toute la durée de la concession, la société-projet rémunère les obligations sur la base des taux d'intérêts réels. Elle ne rembourse la part des intérêts liée à l'inflation qu'à la fin de la concession. 	<ul style="list-style-type: none"> 7) Pour sécuriser le projet ou diminuer les subventions nécessaires, les pouvoirs publics peuvent mettre en place une garantie de refinancement <i>in fine</i>. Si une partie (plafonnée) de la dette mise en place n'est pas remboursée à un horizon donné, ils s'engagent à refinancer cet encours de dette. 8) Soit l'insuffisance de recettes résulte d'un retard dans la montée en puissance du trafic mais les perspectives restent bonnes et permettront le refinancement de la dette par le marché; soit cette insuffisance est plus structurelle et c'est alors que la garantie publique jouera pleinement. Un tel mécanisme présente le désavantage de faire porter aux générations futures ce risque de refinancement. 9) Un mécanisme de <i>durée de concession variable</i> peut être choisi en substitution d'une partie d'une telle garantie.

III. La clarification des rôles de l'État et le partage des risques.

LE ROLE DE L'ÉTAT DANS LES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Il paraît nécessaire de clarifier les rôles que l'État, dans ses différentes composantes : État central, collectivités territoriales, éventuellement ses démembrements (agences, établissements publics...), a à jouer dans les préparations et l'exécution d'une délégation de service public.

a) L'État prescripteur

S'agissant en général d'activités qui s'exercent en faveur du public, leur exercice est fortement encadré par des lois et règlements régissant des caractéristiques physiques (par exemple : normes minimales d'un tracé routier, caractéristiques d'un logement HLM, normes d'un immeuble recevant du public), les caractéristiques de l'exploitation (sûreté, sécurité, hygiène publique...), des caractéristiques environnementales (bruit, effluents liquides ou gazeux).

L'État dispose de ses instruments habituels : permis de construire, certificat de conformité, agrément des établissements classés.

En outre, dans le champ des activités déléguées, l'exercice de l'activité implique souvent une autorisation formelle d'exploiter, et nécessite de la part de l'Etat une vérification périodique des installations et de leur usage par des services compétents.

b) L'État donneur d'ordres

C'est le rôle qui consiste à attribuer la délégation de service public, après avoir rédigé un cahier des charges qui définit :

- le champ des activités déléguées,
- les objectifs à atteindre tant qualitatifs que quantitatifs,
- le partage des risques.

Ce rôle consiste aussi à suivre l'exécution du contrat au quotidien, à vérifier l'application du cahier des charges et à s'assurer de la satisfaction des usagers.

Il convient de bien réaffirmer la distinction entre l'Etat donneur d'ordres et l'Etat prescripteur, les normes édictées par l'Etat prescripteur s'appliquant à l'Etat donneur d'ordres, que ce dernier choisisse de déléguer l'activité ou de l'exercer en régie.

c) L'État régulateur

La délégation de service public s'exerce dans la durée, souvent une très longue durée lorsque les investissements à réaliser sont importants.

L'environnement socio-économique évolue, la demande des usagers aussi, et il est donc normal que l'État donneur d'ordres et le délégataire se rencontrent périodiquement et négocient les évolutions nécessaires du contrat et reformulent les objectifs.

Un des points importants à régler est celui de l'évolution des tarifs et redevances. La durée même des contrats ne permet pas l'usage de formules purement « mécanistes » du type formule de révision de prix d'un marché de travaux. Quelles que soient les méthodes d'évolutions retenues (consultation des usagers, appréciation du niveau des résultats financiers...), il importe de définir des moyens pour résoudre les litiges entre le donneur d'ordres et le délégataire, autres que le recours aux tribunaux ou l'utilisation de prérogatives régaliennes.

Il est clair que les financiers qui ont investi dans l'opération, s'ils n'espèrent pas une évolution mécanique des ressources, souhaitent néanmoins éviter être seulement soumis à l'« arbitraire » de l'État dont ils savent bien que les décisions prennent en compte d'autres paramètres que ceux liés à la délégation de service public en cause.

Beaucoup d'autres sujets sont en jeu dans ce domaine et, sans vouloir être exhaustif, on peut citer celui de la quantification de la qualité de service. On peut regretter qu'actuellement les deux cahiers des charges-type de concession approuvés par décret (ports maritimes et aéroports) ne comportent pas de

clauses de qualité de service. Les contrats SNCF-Régions, dans ce domaine, sont tout à fait novateurs et il est souhaitable que ce type de disposition se généralise, avec un système de bonus-malus financier à mettre au point au cas par cas.

Il est clair que la mesure de la qualité de service, et les sanctions financières qui en résultent, doivent pouvoir en cas de litige entre donneur d'ordres et délégataire être réglées autrement que par le contentieux.

d) L'État actionnaire

On ne peut omettre ce quatrième et dernier rôle de l'État, qui est celui d'actionnaire du délégataire de service public – Établissements publics, SEM... Les solutions sont variées, elles font partie de la tradition française et dans une large mesure du succès de la délégation de service public.

Il ne faut pas se dissimuler non plus les risques de confusion qu'elles comportent. Il est déjà souvent difficile de faire la distinction entre les trois rôles précédents qui devraient souvent être plus clairement identifiés. Il est inutile de rajouter le risque qu'un donneur d'ordres tente de pallier les lacunes ou les carences d'un cahier des charges incomplet par un « pilotage » du délégataire au sein d'un conseil d'administration.

Le rôle d'un actionnaire est, rappelons-le, de veiller à ses intérêts patrimoniaux et à la bonne gestion d'une entreprise. C'est déjà beaucoup mais ce n'est rien de plus.

La création de l'Agence des Participations de l'État va dans ce sens.

IV. Comment trouver le bon partenaire? L'équilibre des parties prenantes dans un contrat.

1. Le juste équilibre entre concurrence et partenariat.

Le choix du partenaire et la définition des modalités de son intervention doivent s'opérer dans un cadre concurrentiel suffisamment précis, large et transparent.

Cela suppose :

- a) une prestation suffisamment définie et une situation de référence donnée,
- b) un dispositif contractuel aussi élaboré que possible dès le lancement de la consultation,
- c) une stimulation de la concurrence permettant des candidatures suffisamment nombreuses et réellement concurrentes,
- d) une prise en compte réaliste du rôle majeur joué dans les PPP par les entreprises de BTP,
- e) des critères de sélection bien affichés au départ et une procédure de choix rigoureuse.

L'application de ces principes implique des ajustements pragmatiques.

a) La définition de l'objet du PPP

L'association du partenaire *après l'approbation de l'APS* devrait être la règle de base.

L'exception à cette règle, permettant un plus large recours à l'imagination des candidats, suppose un pilotage délicat à travers les processus de concertation et de débat publics qui sont désormais la règle.

b) La définition du cadre contractuel

Les clauses essentielles du cahier des charges sont à définir au départ, la compétition jouant alors sur un nombre limité de paramètres-clés facilitant la comparaison des propositions entre elles et facilitant la négociation de la mise au point de l'accord final avec le concessionnaire pressenti.

Mais un cadre trop précis peut être un obstacle à l'optimisation technique, économique et financière du projet pouvant résulter des marges d'initiative données aux candidats et de la négociation avec le partenaire pressenti.

d) La stimulation de la concurrence

Un intérêt particulier doit y être porté, pour attirer assez de participants motivés en vue d'une sélection efficace. Cette attractivité suppose dès le départ:

- un dossier suffisamment étudié et balisé pour faciliter aux nouveaux venus l'étude des projets et la mise au point de leur offre dans des délais et à un coût raisonnables,
- des délais suffisants pour la remise des offres,
- une procédure de sélection indiscutable,
- des perspectives de rémunération suffisamment attrayantes, sécurisantes et stimulantes.

Cela implique une rentabilité intrinsèque du projet qui soit suffisante.

e) Le rôle des entreprises du BTP

Un des aspects les plus délicats du montage des partenariats concerne le rôle des entreprises de BTP. Celles-ci en sont, de fait, les principaux sinon les seuls moteurs. En même temps diverses expériences ont montré les dérapages qui peuvent résulter d'une emprise trop forte et mal contrôlée des entreprises de travaux publics parfois plus attirées par des possibilités de gain à court terme que par la réussite future de la concession. Sans doute peut-on rêver que des clauses limitent leur influence dans la société concessionnaire mais leur effectivité est douteuse.

Dans ces conditions l'attention devrait plutôt se porter sur deux critères de choix :

- le prix de revient de l'ouvrage qui devrait faire l'objet d'un engagement précis,
- une part minimale des travaux de construction puis d'entretien et de grosses réparations ouvertes aux entreprises tierces.

f) La sélection

Les critères de choix doivent être affichés au départ ainsi que les procédures de sélection mais :

- la multiplicité et l'hétérogénéité des critères rendent les choix inévitablement complexes,
- les raisons du choix final ne peuvent être publiées sans engendrer des risques supplémentaires de contestation.

2. L'équilibre des parties prenantes dans un contrat.

Le succès et la bonne fin des contrats de partenariat reposent sur une double confiance, dans le choix du partenaire et dans la durabilité du cadre contractuel, ainsi que sur l'équilibre entre les deux parties prenantes.

a) La confiance dans le partenaire tout le long de la durée du contrat est un enjeu essentiel du choix final du partenaire.

La confiance dans la capacité des partenaires de tenir leurs engagements et de s'adapter aux inévitables imprévus de l'environnement d'un contrat à long terme est essentielle. Elle se forge d'abord dans la sélection des candidats autorisés à concourir, puis dans la négociation du contrat, mais aussi dans les phases ultérieures au long de la vie du contrat. Elle ne saurait résulter d'une relation préalable *intuitu personae*, que réprouve la réglementation de la concurrence, mais se nourrit des références accumulées dans d'autres contrats.

b) Le bon partenariat repose sur un cadre contractuel à la robustesse éprouvée face aux aléas.

Le cadre contractuel arrêté au départ doit être :

- clair
- équilibré
- réaliste dans ses obligations
- muni de dispositifs de rappels (y compris clauses de rendez-vous)
- assorti de clauses d'arbitrage

La qualité et la robustesse du cadre conventionnel défini à l'origine revêtent une grande importance. Tout ne peut être prévu pour des décennies dans le détail, mais on doit identifier et évaluer les principaux éléments d'estimation des risques, et prévoir les procédures de règlement des conflits avec réalisme.

c) *Un certain équilibre des forces en présence constitue un élément essentiel de la réussite*

Le bon fonctionnement du partenariat implique une capacité de dialogue « à armes égales » au long de la vie du contrat. Les dissymétries excessives doivent être corrigées. La compétence, l'information et les pouvoirs des deux partenaires ne doivent pas être trop déséquilibrés.

Le concédant doit donc *lui aussi* être suffisamment compétent, bien informé, constant et fiable.

La compétence s'entend non seulement au plan technique mais aussi, et surtout, au plan juridique et financier. Elle suppose une capitalisation des savoirs, une formation des collaborateurs, des échanges d'expérience, et, en tant que de besoin, l'existence de cellules de conseil au bénéfice, notamment, de partenaires publics (administrations ou collectivités territoriales) peu expérimentés en la matière.

Les dispositions contractuelles précisant les informations qui doivent lui être communiquées doivent être conçues de façon à limiter les conséquences les plus fâcheuses d'une inévitable dissymétrie de l'information entre le prescripteur et le réalisateur.

Le partenaire public doit aussi être organisé de façon à pouvoir dialoguer de manière continue et d'une même voix avec son partenaire malgré la multiplicité des services concernés et de leurs rôles et soucis.

En bref, le partenaire public doit répondre à une triple exigence d'anticipation, d'ouverture d'esprit et de professionnalisme rigoureux.

L'expérience anglaise : les facteurs clés de succès sans lesquels un PPP ne peut réussir

Établir une vision commune des objectifs poursuivis par le projet.

Les PPP qui ont échoué sont des PPP où la puissance publique et les intervenants privés n'avaient pas la même compréhension des objectifs poursuivis. Sans cette clarté un PPP ne saurait être engagé.

Exemple : lorsque la Sécurité sociale britannique a sous-traité son informatique, elle a d'abord demandé à l'entreprise de venir travailler dans ses locaux pendant trois mois pour qu'elle comprenne bien les problématiques, process et contraintes de l'administration.

Les PPP fonctionnent lorsqu'il y a synergie d'objectifs et apport d'innovations par l'entreprise

Comté de Middlesbrough : un accord stratégique de 10 ans. Objectif: créer des emplois et rendre le service public local plus efficient. Cela implique une sous-traitance de 260 millions de livres et le transfert de mille personnels municipaux vers la compagnie privée. En sus de cette sous-traitance, la compagnie s'engage à mettre en place des « produits supplémentaires » :

- une ligne téléphonique unique pour les citoyens*
 - une couveuse d'entreprises*
 - un investissement massif pour informatiser les processus des services publics*
- Le projet est managé par un conseil comprenant à la fois la ville et les managers de la société privée.*

Développer une compréhension commune des modes opératoires et des contraintes tant de la puissance publique que de l'opérateur privé.

Cas du PPP entre National Savings et Siemens au Royaume-Uni : de multiples groupes de travail ont été organisés afin que chacun comprenne la logique de l'autre.

Autre exemple de succès: la réalisation du pont sur la Severn, un des plus grands ouvrages d'art de ces dernières années, qui a associé une entreprise anglaise et une entreprise française. La première a apporté ses compétences en matière de spécification des standards et de gestion des contrats, la seconde a apporté les capacités d'innovation techniques reconnues à la tradition française.

A contrario considérons l'exemple du programme créant des chèques formation pour développer la formation continue.¹⁹ La gestion de ce programme a été entièrement sous-traitée, ie l'enregistrement des demandeurs, l'accord qui leur est donné, le

suivi du nombre de demandes, le paiement des chèques. Le problème est que l'entreprise sous-traitante n'a pas été associée à la mise au point des objectifs du programme, qui n'était pas de faire un cadeau formation à toute personne mais seulement à celles qui s'engageaient dans un processus de requalification pour trouver un emploi. De ce fait la société sous-traitante n'a pas mis en place des critères d'éligibilité ni de suivi des bénéficiaires et le programme est vite devenu si inflationniste que le gouvernement a dû l'arrêter. Si le ministère et la société avaient plus travaillé ensemble elles auraient mieux évalué les zones de risque. Le NAO distingue plusieurs critiques :

- le facteur temps, la pression politique n'a pas permis une évaluation sensée des risques,*
- le ministère a cru développer un partenariat mais n'a impliqué le sous-traitant dans aucune réunion stratégique,*
- le ministère n'a pas suivi l'information donnée par l'entreprise,*
- aucun mécanisme de contrôle n'avait été mis en place (éligibilité sur bonne foi des postulants).*

Mettre en place des benchmarks (des référents) c'est-à-dire des comparaisons avec des activités comparables pour déterminer prix d'achat ou modes de financement adéquats.

La problématique des benchmarks est controversée car il est toujours facile d'argumenter le fait que chaque projet est spécifique, et que ses effets induits en termes économiques et sociaux sont difficiles à déterminer. Même si la difficulté est réelle, les évaluations ex ante servent précisément à analyser ces effets induits. De plus le benchmark peut se faire par catégorisations de projets similaires ou antérieurs, quitte à rechercher des exemples dans d'autres pays. A cet égard un régulateur externe, comparant niveaux de service et prix serait de la plus grande utilité pour l'État et pour les collectivités locales.

Se mettre d'accord sur une politique de transparence des informations, notamment l'accès aux comptes.

En effet il est important pour la puissance publique de pouvoir connaître les retours financiers dont les opérateurs ont bénéficié. A ceci un bémol : il faut envisager les échanges d'information financières avec précaution et sans rudesse, sinon ils inciteront les entreprises à « tricher » en formant des filiales ad hoc et « ajustant » les comptes²⁰. Les causes de la méfiance peuvent en être diverses, entre des fonctionnaires pour qui le profit est peu moral alors

¹⁹ Evaluation du NAO, octobre 2002

²⁰ Observations des CRC sur nombre de rapports annuels prévus par la loi Sapin.

qu'une entreprise ne peut s'en passer, des normalisation des indicateurs de qualité, guide des contrôleurs qui ont trop peu l'habitude de décoder les comptes d'entreprise, et le souci de l'entreprise de ne pas dévoiler ce qui fait son avantage compétitif. Des règles de confiance réciproque assortie de totale confidentialité doivent alors exister.

Se mettre d'accord sur des arrangements de gouvernance c'est-à-dire les modalités de résolution des conflits ou des problèmes lorsqu'ils apparaissent.

Ce qui implique de prévoir dans le contrat des modalités d'ajustement ou de rectification de ses dispositions en cas d'élément nouveau sans passage nécessaire par le tribunal (et au-delà du fait du Prince et de la théorie de l'imprévision)

Le contrat doit également être clair sur les mesures de performance et les sanctions financières éventuelles qui leur sont liées.

Le contrat doit aussi être très précis sur les niveaux de qualité requis, les moyens de les vérifier et les pénalités en cas de non atteinte de ces niveaux; En particulier les paiements peuvent être réduits si la qualité n'est pas atteinte sauf si cette non atteinte a une cause exogène et suppose que l'on revoit le contrat.

Utiliser les PPP pour inciter les collectivités publiques à travailler ensemble

Exemple : le programme Sure START

Il s'agit d'un programme pour les jeunes enfants en difficulté. Deux partenaires essentiels : les ministères de l'éducation et de la santé. Objectif : diminuer de 20% le nombre d'enfants relevant de la protection de l'enfance en trois ans. Modalités de fonctionnement : un comité interministériel de pilotage qui se réunit régulièrement. Un appel à candidatures pour des projets partenariaux s'inscrivant dans ce programme est mis en place et les projets sont retenus après appel d'offres.

En ce cas l'appel d'offres préalable au PPP sert d'aiguillon à la coordination administrative.

Développer dans la fonction publique les compétences nécessaires en matière de pilotage des contrats (qualification précise et non juridique) et d'ingénierie financière

Une agence spécialisée devrait être mise en place pour aider les ministères.

Ainsi au Royaume-Uni des cas d'échec des PPP ont amené le gouvernement à se rendre compte qu'un appui logistique et en conseil pour aider les ministères était décisif. Cet appui s'est traduit par

- de la standardisation : circulation de contrats type, procédures d'appels d'offre (1999)

- la mise en place d'un organisme privé mais à but non lucratif, « partnerships UK » et « the office of government commerce », chargé de faire circuler les savoir-faire, aider les ministères et également réaliser les montages financiers pour eux.

Conclusion de l'expérience anglo-saxonne

Les pays anglo-saxons considèrent le PPP de plus en plus comme une démarche équilibrée. Un PPP repose sur un équilibre entre une spécification précise des résultats attendus et des mécanismes de souplesse qui permettent d'ajuster les dispositions du contrat au cours de sa mise en œuvre. Il n'y a pas de nombre d'or en la matière, chaque contrat reste singulier.

A partir de leur expérience un certain nombre de recommandations sur les PPP ont été proposées cette année au parlement :

La précision :

- Les mesures de performance liées aux PPP devraient toujours être rendues publiques
- Les contrats devraient explicitement prévoir les pouvoirs de coercition de la puissance publique et comment ils s'exercent

La flexibilité

- Les contrats devraient être suffisamment flexibles pour permettre l'amélioration continue
- Les résultats prévus par les contrats devraient être d'outcomes (d'impacts) afin de laisser suffisamment de souplesse aux contractants et les finaliser sur les résultats.

L'association des usagers

- Lorsque les PPP impliquent des services très sensibles à la population, les usagers devraient être impliqués ou suffisamment informés sous les formes les plus adéquates
- La satisfaction des usagers pourrait conditionner une part des financements
- Les projets de PPP d'une certaine importance pourraient faire l'objet d'un débat public préalable
- Le lieu où les usagers peuvent faire des réclamations, et qui les traite, doit être prévu dans le contrat

L'équité

- Des mesures de partage des gains de productivité entre la collectivité et le sous-traitant devraient systématiquement être prévues

✓ **Synthèse des facteurs clés de succès d'un partenariat public-privé**

a) Pour décider d'un PPP

Évaluer la capacité à mobiliser plus d'investissements par cette formule que par un financement public	Évaluer <i>ex ante</i> les risques, non seulement financiers mais sociologiques (besoins, habitudes)	Examiner s'il y a ou non convergence d'objectifs ou compréhension commune des objectifs	Déterminer une synergie d'apports (compétences du secteur public ? compétences du secteur privé ?)	Pour les grands projets, possibilité de recourir à un débat public
--	--	---	--	--

b) Pour définir le contrat de PPP

Établir des benchmarks, afin d'évaluer les prix ou les tarifs	Se mettre d'accord sur les règles de transparence	Modalités d'ajustement	Définir où les usagers peuvent réclamer et qui les dédommage
---	---	------------------------	--

Spécifier les niveaux de qualité et les mesures de performance	Établir les modalités de résolution de problèmes	Définir précisément les modes de coercition de la puissance publique
--	--	--

c) Pendant la vie du contrat

Vigie continue	Flexibilité des arrangements	Vérifier les résultats et non le détail des processus	Avoir des retours réguliers des usagers
----------------	------------------------------	---	---

d) En fin de contrat

Évaluation globale	Remise en concurrence	Partage des gains de productivité lors du refinancement	Modalités de retour des investissements au concédant
--------------------	-----------------------	---	--

C. RECOMMANDATIONS

I. Pour le projet d'ordonnance

Je me bornerai à reprendre ici, d'une part, les commentaires que j'ai formulés au début de la rédaction de l'ordonnance, portant sur la trame de l'ordonnance et issus de l'échange sur lequel le groupe PPP avait conclu sa réunion du 15 avril matin ; et d'autre part, un mot plus bref, faisant suite aux observations de Marc Borel et son groupe, sur le texte de juillet soumis à la concertation externe par le gouvernement, et à la note consécutive de Claude Gressier.

1. Commentaires du 15 avril sur le projet d'ordonnance

I - Remarque préliminaire sur le champ organique:

bien éclairer dans l'exposé des motifs les similitudes et différences entre les délégations de service public et les contrats de PPP, au regard en particulier de l'évolutivité du contrat et du champ des recettes.

III - Procédure de passation

a) évaluation ex ante du projet:

outre une évaluation de l'intérêt pour le service public à rendre, et l'impact financier, prévoir dès ce stade une première analyse des risques associés à un éventuel PPP.

b) Publicité et mise en concurrence:

Le délai d'au moins 60 jours au bout duquel les opérateurs manifestent leur intérêt devrait être proportionné à la complexité de l'opération, notamment si celle-ci trouve sa source dans l'initiative d'un groupement et si la puissance publique souhaite confronter cette initiative à celle d'autres groupements (leur montage sera d'autant plus long que l'opération paraîtra complexe ou innovante).

De façon générale le temps alloué aux phases de création ne doit pas être chiche, surtout si on le met en regard des délais administratifs qui suivent.

Le dialogue mené séparément avec chacun des opérateurs ne doit pas prêter le flanc à la critique de favoritisme; chaque concurrent doit disposer de la même information sur les déterminants du futur contrat.

Il est aussi de bonne administration de séparer les rôles au sein de l'autorité publique en cause entre celui qui décidera du partenariat et celui ou ceux qui instruisent le dossier et conduisent le dialogue. La formule de la Commission préconisée par D. Simonnet répond au même souci.

IV - Clauses essentielles du contrat

Durée du contrat: La durée sera plus longue si le concédant entend faire jouer une *clause de retour* plutôt qu'une *clause de reprise*. Celle-ci sous-entend une évaluation patrimoniale et bilantielle qui peut certes prêter à contestation. Mais le jeu de la clause de reprise permet de relancer la concurrence et d'interrompre proprement un contrat de PPP lors d'un rendez-vous programmé dans le cours de celui-ci.

Évolutivité du contrat et moyens de la contrôler:

Deux modalités nous paraissent envisageables qui ne sont pas exclusives l'une de l'autre:

* le rendez-vous à dates fixes (tous les 3 ou 5 ans, selon la durée globale du contrat - comme le recommande le rapport de La Serre sur la gouvernance des entreprises publiques quand il traite des contrats de service public)

* le rendez-vous déclenché par des faits générateurs (extérieurs?) identifiés dans le contrat original

Dans tous les cas une transparence doit être instaurée qui rende les deux partenaires du contrat comptables de leurs compromis éventuels devant les usagers du service public en question.

- Recours à l'arbitrage:

L'instance arbitrale doit être clairement désignée dans le contrat, ainsi que son champ (totalité des termes du contrat?), ses conditions d'intervention et la portée de ses décisions (s'imposant aux parties?). La juridiction de référence n'est pas nécessairement française: si des financements internationaux substantiels sont mobilisés une chambre internationale devrait pouvoir être acceptée par les parties.

Il nous semble que le recours au seul droit administratif, plutôt qu'au droit des affaires, peut dissuader des groupements internationaux dans des opérations un peu complexes où l'Etat serait le concédant: vu de loin, le juge administratif n'est pas toujours dissocié de l'Etat.

La question mérite débat.

2. Avis complémentaire du 18 septembre

« Je partage les points de vue exprimés dans la note Gressier, à deux ou trois nuances près:

- **Article 1:** oui à la version DR.

- **Article 2:** je pense, comme la DR, que "l'évaluation du projet en termes économiques, financiers et d'intérêt pour le service" doit être complétée par un "état des principaux risques à répartir entre les différentes parties à un **éventuel** contrat de partenariat". Mais j'arrêterais là l'amendement.

Quant à la publicité du rapport d'évaluation, elle ne devrait être restreinte qu'en ce qui concerne les coûts pour la collectivité - pour les raisons énoncées par Cl.Gressier.

Mais je pense que l'Agence des partenariats devrait recevoir, pour information, tous ces rapports même

si elle n'a pas d'avis à donner sur tous. Dans une période de rodage cela faciliterait son rôle méthodologique, en particulier le repérage des bonnes pratiques.

- **Article 6:** j'insiste aussi pour ne pas écarter un projet relevant de l'initiative spontanée d'un opérateur, et rejeter donc la rédaction proposée par la DR.

Resterait à préciser alors à qui incombe d'établir le rapport d'évaluation prévu à l'article 2: sans doute la collectivité à qui s'adresse cette initiative.

- **Article 9:** je suis en phase avec la rédaction DR, pour éviter une paralysie par le contrôle financier - sauf avis motivé, en particulier par une divergence notable entre le contrat présenté et l'évaluation première.

II. Pour la mise en œuvre des partenariats public -privé en général

L'ordonnance préparée définit les *contrats de partenariat public-privé* et leur procédure comme une catégorie juridique distincte à la fois des *marchés publics* - de travaux et/ou de services - et des *délégations de service public*.

Un maître d'ouvrage ne doit pas considérer cette procédure nouvelle comme une panacée : c'est à lui de définir son projet, de fixer ses objectifs, et en fonction de son champ de contraintes, de choisir la procédure et le type de contrat, et les partenariats éventuels, les plus adaptés à son projet.

Le présent rapport d'étape s'est efforcé d'aider à la formalisation de ce savoir-faire, au travers des études de cas illustrant l'état des lieux, puis par le travail bibliographique et l'essai de synthèse réalisés pour passer en revue les conditions de la réussite des partenariats public-privé ... ou public-public.

Je suis le premier conscient du caractère imparfait de ce rapport, visant des objectifs qui sont loin d'être tous atteints. Je souhaite que les réactions que suscitera sa lecture, d'abord chez son commanditaire mais aussi au sein du CGPC et du groupe de travail que j'ai eu le plaisir de réunir pendant quelques mois, dans un contexte qui a beaucoup évolué depuis la commande première, soient de nature à dégager de ce rapport d'étape, et des nombreux travaux qui ont été conduits sur le même sujet, un document de référence pour l'action, en France et sur la scène internationale.

Yves Cousquer
Paris La Défense,
23 septembre 2003

ANNEXES AU RAPPORT PPP

1. *Audition de Jean Berthier 20 mars 03*
2. *Les partenariats public-privé à travers les rapports publics de la Cour des Comptes (sur la politique autoroutière) – L. Winter*
3. *Gilles de Robien pose ses conditions à la privatisation des autoroutes*
4. *Le cas Disney, vu sous l'angle des partenariats public-privé – JN Chapulut*
5. *Note de synthèse VEOLIA Environnement du 27 mars 2003*
SUR LE DEVELOPPEMENT DE LA PRISE EN CHARGE PAR LE SECTEUR PRIVE D'OPERATIONS DE REALISATION ET DE FINANCEMENT D'EQUIPEMENTS PUBLICS ET DE SERVICES ASSOCIES
6. *Enseignements sur les aspects juridiques et organisationnels des partenariats public-privé au travers de quelques expériences de marchés publics - G. Rozen*
7. *Schémas de partenariat public-privé – L. Quélin*

ANNEXE 1 - JEAN BERTHIER

PARTENARIATS PUBLIC PRIVE DANS LE DOMAINE ROUTIER

Audition du 20 mars 2003¹

1. *Préambule*

- Mon propos sera limité au domaine routier. Il est plutôt ciblé sur les problèmes français mais intègre l'expérience internationale.
- Un commentaire préalable. Je ne trouve pas très approprié le terme « partenariat public privé ». Il laisse supposer des relations ambiguës entre les représentants des pouvoirs publics et les opérateurs privés.
Ces relations ne peuvent être que *contractuelles*, mais le champ de ces contrats peut par contre être considérablement élargi, dans l'intérêt général.
- Il faut constater au niveau mondial une explosion des types de contrats associant de multiples façons un certain nombre de fonctions de base : management global des projets, études préalables, études d'exécution, réalisation des travaux neufs ou des réhabilitations, management de l'entretien, exécution de l'entretien, régulation du trafic, information de l'utilisateur, services et secours aux usagers, perception du péage.
Il serait souhaitable qu'en France également toutes ces tâches et toutes les combinaisons de ces tâches puissent être externalisées si on estime que cette externalisation va dans le sens de l'intérêt général.
 - Comme cela avait été suggéré à l'occasion d'un colloque organisé en novembre 2000 par le CNISF et l'AIPC, plutôt que de vouloir définir et donner un intitulé à chacune des combinaisons possibles de tâches élémentaires (les anglais sont passés maîtres en la matière, avec les DBFOM, les BOT, les DBM etc) il vaudrait mieux, pour chaque tâche élémentaire, établir des référentiels techniques, juridiques et contractuels, des « clausiers » selon l'expression de maître Marie-Thérèse Sur.
- Malgré cette dernière remarque préliminaire, j'organiserai mon propos autour de quelques grandes catégories de montages qui me semblent d'actualité.

2. *Les autoroutes concédées*

C'est bien entendu le type de montage dont nous avons en France la plus grande expérience.

Il appelle de ma part les commentaires suivants.

- Ayant eu l'occasion de suivre ou de lire de nombreux contrats de concessions, je trouve que c'est probablement en France que l'on trouve le meilleur équilibre entre les études et procédures préliminaires conduites par l'administration et les tâches et fonctions confiées contractuellement au concessionnaire, *la déclaration d'utilité publique² complétée par le relevé des engagements de l'État* traçant la frontière entre la phase sous maîtrise directe de l'administration et celle qui est placée sous son contrôle.
Une intervention prématurée de l'opérateur privé se heurte à la défiance du public qui peut en contester la légitimité (cf certaines concessions californiennes).

¹ Les notes de bas de page qui suivent reflètent des commentaires du groupe de travail PPP lors de l'audition de Jean Berthier.

² DUP assortie d'une estimation des coûts

Un trop grand luxe de détail des études préliminaires conduit à se priver de la capacité d'innovation du concessionnaire, qui est pourtant le principal avantage de la formule (cf concessions en Amérique latine)

- Si elles constituent un cadre satisfaisant pour les opérations planifiées, les procédures françaises ne sont pas adaptées au traitement des offres spontanées venant d'entreprises qui imaginent une solution technique innovante pour la solution d'un problème notoire (Laser en était un exemple³)

Des procédures ont été mises au point en Corée, puis plus récemment en Italie, en Espagne et probablement dans d'autres pays.

Il me semble nécessaire que cette question soit examinée⁴.

- Le problème de la «régulation financière» est tout à fait essentiel et délicat pour deux raisons principales. D'abord parce que les concessions sont des contrats de très longue durée. D'autre part parce que les autoroutes constituent - en tout cas pour les autoroutes de rase campagne - des monopoles de fait pour lesquels on ne peut pas, contrairement aux autres services publics en réseau, compter sur la concurrence pour assurer cette régulation.

Il est également délicat dans la mesure où les concessions peuvent rarement s'équilibrer, du moins dans leurs débuts, sans un soutien financier des pouvoirs publics.

Quelques remarques dans le désordre sur ces aspects financiers.

. On invoque à juste titre les *avantages collectifs non solvables* pour justifier un appui financier des pouvoirs publics (pour le projet Muse, dans les hauts de Seine, pour lequel BCEOM était associé à une firme italienne, nous avons pu calculer que les seuls avantages indirects – essentiellement liés à la décongestion en surface – permettaient d'amortir 70% de l'investissement) mais il faut bien constater que ce n'est pas de cette façon qu'est calculée la subvention, qui est en fait une subvention d'équilibre.

. Il me paraît souhaitable, pour réduire ce soutien financier direct, de rechercher et de privilégier tous les autres moyens possibles pour améliorer le compte d'exploitation au cours de la période critique de début de concession (différés d'amortissement, mesures fiscales etc.). Le rapport de Michel Bellier proposait, me semble-t-il, des mesures de ce type.

. Il est légitime, en contrepartie de ces avantages, de prévoir des mesures de régulation des bénéfices dans la dernière période de la concession, avec par exemple la rétrocession d'une partie de ces bénéfices au concédant. Ce serait un moyen de tempérer les excès auxquels pourraient conduire une *situation de monopole*⁵.

On peut certes estimer que la fixation par le cahier des charges d'un montant de péage initial assorti d'une clause de variation règle ce problème. Sur très longue période, on peut cependant en douter.

La question du niveau de *l'engagement* de l'administration en matière de *trafic* a fait, et fait toujours, l'objet de débats.

Je trouve personnellement que le concédant devrait définir dans le cahier des charges un niveau de trafic de référence pendant les dix ou douze premières années et moduler le cas échéant le niveau de la subvention en fonction du trafic constaté.

Cette mesure modérée et raisonnable contribuerait à réduire le risque en début de concession et à faciliter la négociation du concessionnaire avec ses financiers.

³ mais aussi le Grand Stade, ou TEO

⁴ y compris au plan européen, comme l'a souligné le Conseiller d'Etat Daniel Chabanol.

⁵ situation de monopole avérée par des expériences grandeur nature, montrant la très faible élasticité du trafic des camions au niveau des péages – malgré des réductions de 50% de ceux-ci.

- Les contrats britanniques incluent des clauses très précises en matière de « *handback requirements* », conditions dans lesquelles les ouvrages concédés sont restitués à l'autorité concédante. Les clauses qui figurent dans ces contrats sont précises au point de vue juridique mais faibles du point de vue de leurs fondements techniques.

Avec l'introduction de la notion de *durée de vie contractuelle* pour les grands ouvrages (pont Vasco de Gamma, viaduc de Millau, pont de Rion Anthirion etc.) cette préoccupation se généralise.

Importante pour les fins « naturelles » de concession, elle l'est également pour les interruptions de concession.

Il me paraîtrait souhaitable que les réflexions techniques déjà engagées sur ce thème (au LCPC notamment) soient amplifiées. Outre le problème des fins de concession, elles pourraient fournir les bases d'une véritable gestion patrimoniale du domaine routier.

3. Les autoroutes non concédées

Avec le transfert au département de la plus grande partie du réseau routier national, la responsabilité de l'État sera limitée au réseau autoroutier avec ou sans péage.

Il sera, j'imagine, encore plus qu'avant reconnu l'absurdité de confier à des structures départementales la maintenance et l'exploitation des autoroutes non concédées. Il est essentiel de réfléchir aux structures les mieux à même de prendre la relève du dispositif actuel.

Les entités chargées de ces tâches devraient à mon avis présenter les caractéristiques suivantes, nécessaires à leur efficacité économique:

- Responsabilité d'un ensemble cohérent et de longueur significative de voies (à voir cas par cas)
- Fonctionnement de type industriel (comptabilité de type industriel, capacité d'emprunter, capacité de recruter des spécialistes sur le marché du travail, etc.)
- Désannualisation des budgets et garantie de ressources sur longue période.

Deux formules sont à mon avis possibles :

- *Création d'un établissement public national à caractère industriel et commercial*, avec des unités déconcentrées chargées des ensembles évoqués précédemment, les ressources financières de l'établissement étant apportées par l'État suivant le principe du péage fictif (dont il faut rappeler qu'il a été imaginé par les Belges dans les années 70, avec le système des intercommunales, avant d'être réinventé plus récemment au Royaume-Uni)
- *Concession à des opérateurs privés rémunérés de même par la formule du péage fictif*.

Suivant les cas, ces concessions pourraient être des concessions complètes (construction-exploitation) ou des concessions d'entretien et d'exploitation⁶, une fois l'investissement réalisé.

4. L'externalisation de l'entretien

Après une longue période de mûrissement au cours de laquelle les tentatives nombreuses et variées qui ont été engagées dans de nombreux pays avaient un caractère exploratoire, on est passé un peu partout à un stade opérationnel.

Je laisserai de côté l'externalisation du *management* de l'entretien, formule qui me paraît correspondre assez bien aux besoins des petites communes (que cette prestation soit fournie par des opérateurs privés ou par les DDE dans le cadre de l'Atesat). En matière *d'exécution* de l'entretien, plusieurs formules sont utilisées, dont les principales sont les suivantes.

⁶ Soumises à renouvellement sur des périodes plus courtes, en conformité avec la loi Sapin.

4.1 – Contrats d’entretien basés sur les quantités

C’est la formule utilisée depuis plusieurs années dans le département de l’Essonne, réinventée ensuite par le Royaume-Uni, puis par d’autres pays.

Le marché comporte un *bordereau de prix* couvrant tous les travaux envisageables. Des *patrouilleurs*, intervenant pour le maître d’ouvrage, parcourent périodiquement le réseau. Les commandes sont passées sur la base de leurs rapports et rémunérées sur celle des prix du bordereau .

Je vois plusieurs inconvénients à cette formule :

1. Pour couvrir tous les types de travaux possibles, les bordereaux doivent être très importants.
2. *La formule est très peu responsabilisante pour l’entreprise*, dont on ne mobilise absolument pas la capacité d’innovation ni même de bonne organisation.
3. N’étant pas responsabilisante, elle devrait théoriquement s’accompagner d’un contrôle d’exécution très étroit, mais sauf à mettre en permanence un agent de contrôle derrière chaque équipe de l’entreprise, il n’est pas facile de contrôler après coup la bonne exécution du rebouchage d’un nid de poule !

4.2 – Contrats d’entretien basés sur les performances

Dans ce cas, l’entreprise a la totale responsabilité des méthodes et des moyens.

Sa seule obligation est une obligation de résultat : la chaussée et ses annexes doivent être maintenus en permanence à un niveau de qualité défini par le contrat.

Certains des critères de qualité peuvent être mesurables (uni, glissance etc.) et on peut alors parler de performances. D’autres sont qualitatifs, comme par exemple la propreté. Pour d’autres enfin, le maître d’ouvrage peut avoir à définir une fréquence d’exécution (fauchage des accotements par exemple).

Plutôt que le titre du paragraphe qui traduit le terme anglais , mieux vaudrait parler de « *contrats d’entretien à obligation de résultats* ».

De nombreux contrats de ce type sont actuellement actifs et les services techniques pourraient aisément établir, en les transposant à la situation française, les blocs d’indicateurs de résultats les mieux adaptés.

D’autres points devraient être examinés à cette occasion :

- Opportunité d’intégrer dans ce type de contrat les *opérations lourdes d’entretien* (renouvellement des tapis d’enrobés, regarnissage des joints des chaussées en béton etc.).
- *Durée optimale* du contrat (très liée à la réponse donnée à la question précédente ⁷)
- Modalités de l’autocontrôle et du contrôle.
- *Comment faire participer le public* à l’appréciation sur la qualité de l’entretien. Etc...

Une question spécifique est à examiner pour ce type de contrat, celle des responsabilités respectives du maître d’ouvrage et de l’opérateur privé vis à vis des accidents de la circulation. Cette question est en effet traitée de façon confuse et contradictoire dans les contrats étrangers⁸.

4.3 – Contrats de réhabilitation entretien

Ce type de contrat s’est largement développé en Amérique latine (sous l’appellation de contrats Crema), sous l’impulsion de la Banque Mondiale.

Ils commencent à se répandre dans d’autres continents (Afrique, Asie du Sud-Est).

C’est en gros la transposition au domaine routier des METP.

⁷ 5 à 10 ans au moins.

⁸ Comme le souligne le Conseiller d’État Chabanol, une telle clause n’est pas opposable en vertu du principe de droit selon lequel « chacun est responsable de sa propre faute ».

C'est une excellente forme de contrat, qui responsabilise l'entreprise en sanctionnant tous les défauts d'exécution par un enchérissement des coûts d'entretien.

Ce type de contrat me paraît bien adapté aux voies des collectivités locales, avec là encore la nécessité d'examiner avec soin les termes techniques et juridiques de ces contrats.

En conclusion

- Pour citer Jean Mesqui dans un article récent:
« avec l'apparition de ces nouveaux types de contrats, **les maîtres d'ouvrage, qu'il s'agisse de l'État ou des collectivités locales, devront se doter de services forts de *puissance déléguée de service public*** ».
- Dans le domaine routier, les **principaux enjeux** concernent sans aucun doute la **question de l'externalisation de l'entretien** et se situent maintenant dans le champ des **collectivités locales**.

Il serait souhaitable qu'elles imaginent la meilleure façon de s'organiser pour aborder dans les meilleures conditions cette *nouvelle dimension de leur politique routière*, et pour cela qu'elles sachent organiser et exploiter collectivement l'expérimentation, approfondir les aspects les plus délicats de ces nouveaux types de contrats, définir des clauses et techniques et juridiques de référence pour les aider dans la rédaction de leurs contrats, etc.

ANNEXE 2 - LAURENT WINTER

LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE A TRAVERS LES RAPPORTS PUBLICS DE LA COUR DES COMPTES

La Cour des comptes n'a pas exprimé de doctrine explicite à l'égard des partenariats public - privé. Cette absence de prise de position globale peut s'expliquer par le fait que le concept de PPP, d'origine anglo-saxonne, n'a pas à ce jour reçu de définition ou de caractérisation précise en droit français : la Cour préfère donc se référer aux régimes juridiques existants, que sont la concession, la délégation de service public, l'affermage, etc.

Au fil des rapports publics, on peut néanmoins esquisser quelques éléments ou prises de position à l'égard de situations concrètes, qui pourraient servir de cadre aux futurs partenariats. Les points qui suivent sont extraits pour l'essentiel de deux rapports récents de la Cour :

- le rapport public particulier sur la politique autoroutière (1999) ;
- le rapport sur la réforme de la politique autoroutière, inclus dans le rapport public 2002, publié en janvier 2003.

Les principes de la réforme de la politique autoroutière de 2001 étaient largement inspirés du RPP de la Cour sur la politique autoroutière de 1999, qui prenait en compte l'évolution de la réglementation tant nationale (« loi Sapin » du 29 janvier 1993) que communautaire (« directive travaux » du 14 juin 1993). L'axe principal de cette réforme a consisté à substituer à l'adossement (extension sans remise en concurrence, par un simple avenant à la convention de concession, du domaine concédé à de nouvelles sections à construire et à exploiter, en contrepartie d'un allongement de la durée initiale de la concession) un recours systématique à la consultation pour la concession de toute nouvelle section autoroutière. Le déséquilibre initial « structurel » de la nouvelle concession était compensé par une subvention d'équilibre. Par ailleurs, afin d'éviter toute distorsion de concurrence, la garantie de l'État sur le remboursement des dettes résiduelles du concessionnaire en fin de concession était supprimée.

Les avantages initiaux du « système français de concession », qui avait permis de réaliser un réseau de près de 8 000 km d'autoroutes concédées (aux SEMCA et à la société privée Cofiroute) et de rattraper un important sous équipement initial (en 1970) en minimisant la contribution budgétaire, en améliorant l'accessibilité de régions précédemment enclavées, étaient en effet apparus au fil du temps moins importants que ses inconvénients :

- fuite en avant dans une extension des réseaux concédés dont le mode de financement relativement indolore masquait en réalité une baisse de la rentabilité globale de chacun de ces réseaux qui résultait de l'adjonction de sections à faible trafic et de l'alourdissement des charges financières ;
- fragilité des structures financières des sociétés concessionnaires sous capitalisées et fortement endettées à long terme⁹ (ce qui avait longtemps été jugé supportable, mais ne l'était plus dans la perspective d'une normalisation juridique et comptable de ces sociétés, qui devait ouvrir la voie à leur éventuelle privatisation) ;
- déconnexion entre le péage acquitté par l'utilisateur et le niveau de service assuré ;
- constitution de monopoles géographiques de fait (comparables en fait aux monopoles géographiques des anciennes sociétés de chemin de fer, avant la constitution de la SNCF) ;
- opacité résultant de pratiques comptables dérogatoires (notamment les charges différées) qui permettaient de dissimuler l'insuffisance de fonds propres, de l'absence de mise en concurrence et des mécanismes de péréquation mis en œuvre entre les SEMCA (par l'intervention d'Autoroutes de France) et au sein même de chaque société (entre sections anciennes amorties et sections récentes à faible trafic, censées contribuer à l'aménagement du territoire).

⁹ Ainsi la dette financière cumulée de l'ensemble des SEMCA à fin 2000 s'élevait à 21 Md€

Ce n'est que sous les pressions conjuguées de la Commission européenne et de la Cour que l'État a tardivement rompu au 1^{er} janvier 1998 (soit cinq ans après promulgation de la loi Sapin) avec la pratique de l'adossement en attribuant les concessions après appel public à candidatures. La nouvelle procédure d'attribution des concessions a été inaugurée en 1999 avec l'attribution du tunnel A 86 Ouest à Cofiroute, après annulation de la concession antérieure par le Conseil d'État. Ont suivi l'attribution de la section Rouen-Alençon de A 28 à Bouygues et celle du viaduc de Millau (A 75) à Eiffage.

Du fait de la réforme, la situation financière des sociétés concessionnaires subissait une détérioration automatique qui résultait :

- de la suppression de la garantie de l'État sur le remboursement des dettes résiduelles en fin de concession, ou garantie de passif (d'où un renchérissement du coût des emprunts devenus plus risqués pour les prêteurs) ;
- de la normalisation comptable (par abandon de la méthode des charges différées) qui entraînait une forte réduction des fonds propres.

Pour compenser cette détérioration et, au-delà, pour améliorer les ratios financiers des sociétés concessionnaires dans la perspective d'une introduction en bourse, l'État a préféré, plutôt que de leur accorder des dotations en capital (ce qui était difficile en période de fortes contraintes budgétaires), allonger très sensiblement la durée des concessions. Cet allongement avait pour effet mécanique la diminution des dotations annuelles aux amortissements de caducité, d'où une amélioration du compte de résultat et du bilan (renforcement des fonds propres par un nouveau calcul des amortissements).

Alors que le Gouvernement avait envisagé initialement un allongement plus important, la Commission a limité à entre 12 et 15 ans l'allongement des durées des concessions des SEMCA sur les réseaux déjà en service. Cette durée est reprise dans la loi du 5 novembre 2001 qui ratifiait l'ordonnance du 28 mars 2001. En outre, cette loi autorise l'application rétroactive du nouveau calcul de l'amortissement de caducité et l'amélioration des fonds propres est donc immédiate. L'effet conjugué sur les capitaux propres des SEMCA de l'abandon des charges différées (réduction de 5 742 M€) et de l'allongement de la durée des concessions (augmentation de 7 854 M€) est un accroissement net de 2 112 M€ Compte tenu des résultats de l'année 2000, ces capitaux propres, de 506 M€ à fin 1999, sont portés à 2 161 M€ à fin 2000. La réduction des amortissements de caducité qui résulte de l'allongement des concessions permet un accroissement du résultat annuel de 407 M€ en 2000.

La Cour a constaté en 2001 que la réforme de la politique de concessions autoroutières était effectivement engagée. Quant aux modalités, un certain nombre de points de désaccords subsistent entre la Cour et le ministre des Transports. On voit apparaître des points de vue divergents, la Cour privilégiant une formalisation poussée de la consultation afin de garantir l'égalité de traitement des candidats, quand le ministre des transports souhaite pour sa part une plus grande latitude tant dans le choix du concessionnaire que dans l'appréciation des situations au cours de la vie du contrat et la possibilité de passer des avenants en dehors de situations explicitement prévues au contrat initial.

Les procédures d'attribution des concessions.

Les critiques de la Cour portent sur trois points :

- le contenu du cahier des charges, jugé insuffisamment précis sur des déterminants essentiels de l'économie du contrat, comme la durée de concession, l'évolution tarifaire, les pénalités en cas de défaillance, etc. (d'où une trop grande marge laissée à la négociation de mise au point du contrat de concession après attribution, qui contreviendrait à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires) ;
- le trop grand nombre, l'insuffisance de la hiérarchisation et de la pondération des critères de choix, ce qui laisse une trop grande latitude à l'autorité concédante quant au choix du concessionnaire, d'où un risque de favoritisme ;
- l'insuffisante indépendance et représentativité de la commission consultative, dont la composition actuelle, limitée à des membres des ministères de l'économie et des transports, est jugée trop étroite.

Pour le ministère des transports, il convient de ne pas tout figer dans le cahier des charges de la consultation. En effet, ce cahier des charges doit laisser aux candidats une certaine marge pour proposer des solutions techniques et économiques originales, en utilisant leurs atouts spécifiques ; par ailleurs, la durée des concessions est telle que des situations imprévues se produiront forcément, celles-ci conduiront à un examen contradictoire de la situation nouvelle entre concédant et concessionnaire selon la théorie de l'imprévision.

De même, une pondération trop précise des critères pourrait conduire à attribuer automatiquement la concession à un candidat dont l'offre présenterait une faiblesse sur un point essentiel, ou un manque de crédibilité de certaines hypothèses économiques.

Enfin, le ministère des transports estime infondée la critique de la Cour portant sur l'indépendance de la commission consultative, dans la mesure où cette dernière peut se faire assister d'experts appartenant ou non à l'administration.

La durée des concessions nouvelles.

La Cour est peu favorable à une trop grande durée de la concession (par exemple, entre 62 ans et 78 ans pour les trois concessions les plus récentes), estimant que l'allongement de cette durée rend très probable la survenance d'événements imprévus qui en bouleverseront l'économie. La renégociation de la convention se fait avec un concessionnaire disposant sur l'autorité concédante d'un avantage dans la connaissance concrète de l'état de la concession. Une modification très substantielle de l'économie du contrat initial en fonction de modifications de l'environnement économique ou juridique pourrait, à la limite, justifier une nouvelle consultation. En outre, des concessions trop longues tendent à pérenniser le système actuel en rendant difficile la mise en œuvre de réformes structurelles pourtant nécessaires.

Le ministère des transports estime que l'incertitude est inhérente aux contrats de concession, quelle que soit leur durée : l'imprévision fait partie du « paysage normal » de la concession. En outre, une durée longue est un facteur de réduction du risque du concessionnaire, en allongeant la deuxième phase du contrat, celle dans laquelle l'exploitation devient bénéficiaire et en réduisant voire en annulant la dette résiduelle en fin de concession (qui n'est plus garantie par l'État, autorité concédante). Enfin, une durée longue permet de réduire le besoin de subvention, destiné à pallier le déséquilibre financier initial de la concession et plus généralement à couvrir l'ensemble des risques « prévisibles » pris par le concessionnaire. Les intérêts du concédant comme ceux du concessionnaire apparaissent donc sauvegardés¹⁰.

Plus généralement, la Cour semble considérer que la procédure d'arbitrage d'un litige qui surviendrait entre les deux parties doit normalement être définie ou au moins fortement suggérée par la convention de concession ; le ministère des transports estime pour sa part que l'arbitrage en cas de litige fait partie de la vie normale de la concession et que les parties trouveront spontanément, le moment venu, les procédures d'arbitrage appropriées à la situation.

Bien que cela sorte du cadre strict de la problématique des PPP, le rapport de la Cour contient d'autres recommandations, notamment en matière tarifaire. Il tire les conséquences des recommandations des livres blancs de la Commission européenne, tendant à instituer une tarification au coût marginal social qui se substituerait à la tarification au coût (complet) de la fourniture du service rendu à l'utilisateur. En définissant le « taux de couverture » comme le rapport entre le prix total payé par l'utilisateur (prix du péage plus TIPP et autres taxes) et le coût marginal social, la Cour relève que :

- le taux de couverture en France pour les véhicules légers est supérieur à 1 ;

¹⁰ Mais qu'en est-il de l'intérêt de l'utilisateur, qui continuera à acquitter un péage plus longtemps et semble donc « oublié » ?

- ce même taux est inférieur à 1 pour les poids lourds ;
- le taux de couverture pour les VL est supérieur, en France, à celui de la plupart des autres pays européens, tant du fait des tarifs des péages autoroutiers que de la fiscalité sur les carburants.

A partir de ces constatations, la Cour recommande aux pouvoirs publics de se préparer à mettre en œuvre les orientations de la Commission européenne. Cela consisterait à engager une restructuration des tarifs autoroutiers et / ou de la fiscalité des carburants visant à rapprocher les prix payés par les différentes catégories d'usagers du coût marginal social qu'ils engendrent : cette restructuration aurait pour effet d'alléger les coûts pour les VL et de les alourdir corrélativement pour les PL.

D'autre part, l'approche économique proposée par la Commission diffère notablement de l'approche juridique qui a été jusqu'à ce jour celle du Gouvernement français : la distinction entre voies routières selon leur statut (concession ou gestion directe par l'État ou une collectivité territoriale) n'est plus pertinente et une politique tarifaire globale pourrait être mise en œuvre sur l'ensemble du réseau à caractéristiques autoroutières, voire avec une définition plus large. L'audit IGF – CGPC sur les grandes infrastructures de transport s'inscrit d'ailleurs dans ces orientations lorsqu'il recommande l'instauration d'un péage pour les PL sur le réseau routier national non concédé. La Cour note par ailleurs une contradiction entre la tarification au coût marginal social et la tarification en fonction du service rendu à l'utilisateur : ainsi, en cas de congestion, le coût marginal social augmente alors que la qualité de service assurée se dégrade.

Enfin, à propos de l'ouverture du capital d'ASF (qui pourrait être suivie d'une privatisation totale et de l'ouverture du capital d'autres SEMCA : celle de la SANEF est à l'étude), la Cour relève un problème de financement global du secteur autoroutier dans l'avenir. En effet, les mécanismes de péréquation entre sociétés à travers l'établissement public ADF seront compromis si le schéma financier mis en œuvre pour la première tranche de privatisation d'ASF (dans lequel ADF n'a pas conservé le produit de la cession des titres ASF qu'il détenait) devenait la règle. La sortie envisagée du périmètre public des grandes SEMCA à la situation financière saine, ou assainie, posera la question du financement des « petites » sociétés en situation précaire, voire préoccupante (la SAPN et les sociétés exploitant les tunnels alpins : ATMB, SFTRF).

ANNEXE 3 – DECLARATION DU MINISTRE

Extrait du Moniteur - Dépêche France (11/09/2003)

Gilles de Robien pose ses conditions à la privatisation des autoroutes

Gilles de Robien, ministre de l'Équipement et des Transports, a indiqué que la privatisation des autoroutes ne pourrait se faire que sous certaines conditions, dont celle d'un prix de cession "très attractif", car l'État "n'a pas forcément intérêt à se priver" des recettes de ces sociétés, dans un entretien à l'hebdomadaire *Le Revenu* à paraître vendredi.

"Le prix de cession devra être vraiment très attractif de façon à valoriser à sa juste valeur la montée en puissance de ces recettes, estimées à une quinzaine de milliards sur les vingt prochaines années", a-t-il déclaré. "On n'a pas forcément intérêt à se priver dans le budget de cette rentabilité", a-t-il ajouté.

Le ministre demande également la garantie d'une "vraie concurrence sur les travaux" entre les groupes de BTP, éventuels candidats à cette privatisation, et les cahiers des charges devront "mieux affirmer l'autorité du concédant qu'est l'État".

M. de Robien récuse cependant l'idée d'un désaccord avec le ministre de l'Économie, souvent accusé de vouloir céder au plus vite ces sociétés pour renflouer les caisses de l'État. "On a cherché à opposer Bercy et mon ministère sur le sujet. En réalité chacun fait valoir des arguments qui permettront le meilleur arbitrage", a-t-il précisé.

La vente des sociétés d'autoroutes, dont les ASF (Autoroutes du Sud de la France, dont l'État détient encore 51%), est en cours d'arbitrage depuis plusieurs mois au sein du gouvernement.

Le ministre a indiqué par ailleurs qu'un rapport lui serait remis dans les prochains jours sur les terrains à construire que son ministère et les entreprises dont il a la tutelle (RATP, SNCF, RFF...) seraient susceptibles de vendre pour permettre la construction de logements.

"On verra ce qui peut être mis sur le marché dans le cadre de procédures de cession accélérées. Ces milliers d'hectares en jachère permettront de dynamiser ce marché du foncier", a-t-il expliqué.

ANNEXE 4 - JEAN-NOËL CHAPULUT

EURODISNEYLAND : UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE

Après 4 ans de négociation, le contrat pour l'implantation de l'Eurodisneyland à Marne la Vallée a été signé le 24 mars 1987. Ce contrat de près de 500 pages avec les annexes n'était qu'un élément d'un dispositif juridique comportant une loi, plusieurs décrets et 6 lettres d'engagement du Premier Ministre et des Ministres compétents sur les différents aspects du projet.

Plus de quinze ans après, ce dispositif apparaît comme un exemple particulièrement sophistiqué de partenariat public-privé ; on peut de plus considérer, à mi-parcours, que le dispositif a fonctionné sans incident majeur.

I. La mise en place du dispositif

1. L'objet du partenariat : le développement de 1940 hectares sur 30 ans

L'objectif de Disney était de développer un projet profitable et conforme à son image, part essentiel de son patrimoine. Celui de l'État, et de la Région et du Département, était « d'encourager les investissements et l'implantations d'entreprises dans l'Est parisien afin, notamment, de favoriser la création d'emplois et de contribuer à un meilleur équilibre de la Région Parisienne ».

Au delà de la réalisation du parc de loisirs, la négociation entre Disney et les parties publiques a porté sur le développement d'une zone influencée par les investissements de Disney. En fin de compte, les parties se sont entendues sur une surface, 1940 hectares, une durée, 30 ans, et un programme : deux parcs d'attraction, un centre de congrès de 40 000 m², 700 000 m² de bureaux, 18 000 chambres d'hôtel, un centre commercial régional de 90 000 m², un parc d'activités de 750 000 m², 8000 logements, le tout évalué à l'époque à 50 milliards de francs. Dans la définition de ce programme, l'intervention de l'État a été réelle mais limitée par le souci d'éviter de prendre une part de responsabilité en cas d'échec commercial.

Enfin, Disney a demandé et obtenu une clause de protection dans un périmètre de 10 km autour du Projet afin que des tiers ne bénéficient pas de l'impact des investissements sans y avoir participé.

2. Les participants au partenariat

Si en ce qui concerne le privé, Disney était le seul partenaire, alors d'ailleurs que le montage prévoyait sa substitution par deux sociétés pivot, les partenaires publics étaient nombreux : l'État, la Région, le Département, la SNCF, la RATP et EPAMARNE. Cette liste se caractérise par le nombre de présents, et leur coordination a été une des difficultés de la négociation, mais aussi par l'absence des communes, alors que depuis la loi de 1983 elles étaient compétentes pour les décisions d'urbanisme sauf dispositions adéquates, Projet d'Intérêt Général (PIG) et Opération d'Intérêt National (OIN).

3. Le dispositif juridique

Il est très complet puisqu'il a comporté :

- Deux lois dont surtout celle du 19 août 1986 autorisant l'Etat et les collectivités territoriales à accepter un arbitrage international et une en 1987 sur le taux de TVA applicable aux parcs de loisir.
- Des décrets créant le PIG, une agglomération nouvelle, un nouvel établissement public, avec un cahier des charges de cession des terrains spécifique, et une délégation interministérielle au suivi du projet.
- Le contrat et ses annexes.
- Des lettres unilatérales du Premier Ministre et des Ministres concernés, Équipement, Commerce, Travail, Finances,.. portant sur des mesures ressortissant de prérogatives de

puissance publique. Ces mesures sont un élément déterminant de la décision de Disney, ce qui signifie qu'elles sont dans le champ de l'arbitrage.

II. Un mécanisme précis

4. Le caractère capital de la clause d'arbitrage

On peut considérer que la clause d'arbitrage a une influence décisive sur le montage de l'opération puis sur son déroulement. Le contrat prévoit les conditions dans lesquelles s'applique l'arbitrage. Dès le principe de l'arbitrage admis, une étude sur les risques, considérables, encourus par les partenaires publics a été entreprise. Un certain nombre de modifications ont été abordé au contrat mais surtout un dispositif pour assurer le suivi coordonné des obligations des parties publiques a été décidé. Le respect des délais, pourtant tendus, en est certainement une conséquence.

Dans le cours de l'opération, le risque d'arbitrage n'est advenu qu'en une occasion, pour le respect d'une lettre unilatérale. Mais cette clause est déterminante pour les relations entre partenaires qui se considèrent et se comportent en parties d'un contrat. Ainsi, Disney, responsable de la réussite financière, a fait son affaire des graves difficultés survenues peu après l'ouverture sans solliciter l'aide des pouvoirs publics.

5. Des engagements réciproques précis et complets

Pour illustrer cette caractéristique, on prendra quelques exemples :

- **Le RER**

Les parties publiques se sont engagées à réaliser à leurs frais et dans des délais impératifs cet équipement, le montant des pénalités étant lié à l'éventuelle perte de recettes du parc. De plus, Disney était associé à la conception de la gare : elle avait un représentant dans le jury de choix de l'architecte et pouvait demander des améliorations du projet par rapport à une gare usuelle du réseau.

En contrepartie, la partie privée finançait le surcoût provoqué par ses demandes, le mode de calcul de ce surplus et l'échéancier de paiement étant déterminés précisément dans le contrat. D'autre part, le partenaire privé s'engageait à contribuer pendant 5 ans à un déficit de recettes du RER provoqué par une insuffisance de trafic supérieure de 25 % aux prévisions établis en commun. Ces deux clauses ont été appliquées.

- **Le financement des voiries primaires par le Département**

La position des parties publiques avait été déterminée par référence aux modes de financement en ville nouvelle. Mais le Département a souhaité jouer un rôle plus important ; les recettes fiscales espérées le permettaient sur la base du développement prévu du projet. Aussi, il a pris en charge le financement d'une partie des voiries primaires, habituellement financées par l'État et par la Région. Mais une clause prévoit que si les recettes fiscales du Département s'avèrent inférieures aux dépenses du Département, l'État et la société pivot, substitut de Disney, lui verseront une compensation dont le montant, plafonné, est déterminé dans le contrat.

- **Les modalités d'aménagement des terrains**

Elles sont longuement décrites et font essentiellement intervenir EPAFRANCE, établissement public d'aménagement créé à cet effet. C'est lui qui acquière les terrains et les revend à la société pivot dans des conditions fixées précisément dans le contrat. Pour prendre l'exemple du prix, il est déterminé par îlot et comprend le prix du terrain nu, « fixé par l'autorité compétente », les coûts directs et indirects des infrastructures secondaires, le montant des frais de l'EPA, fixé à 25 % des dépenses précédentes, et les frais financiers.

6. La prise en compte du temps

Un contrat d'une durée de 30 ans implique une forte prise en compte du temps. Elle se traduit par un processus d'aménagement progressif, des engagements intermédiaires et des mécanismes d'adaptation.

- **Un aménagement par phases**

L'aménagement est exécuté par phase, engagée à l'initiative de la société pivot. Chaque phase fait l'objet d'un programme détaillé qui fixe l'ensemble des conditions d'aménagement, y compris les procédures administratives et la réalisation des équipements primaires. Pour la mise au point du programme détaillé, l'EPA est l'interlocuteur unique de la société pivot, charge à l'EPA d'obtenir l'accord des parties publiques concernées.

- **Les obligations dans le temps**

En terme de programmes détaillés approuvés, la société pivot doit atteindre 600 hectares fin 1997 et 1250 fin 2007. Si ces objectifs ne sont pas atteints, la société pivot perd ses droits sur un tiers de la différence à la première échéance, les deux tiers à la deuxième.

- **Modification du projet**

Une modification du projet ou des délais d'aménagement est possible en cas principalement d'un changement majeur des conditions du marché. En cas d'absence d'accord mutuel, un expert indépendant se prononcera sur la réalité et la gravité des difficultés et déterminera si cette évolution « affecte de manière très substantielle la faisabilité économique » de l'aménagement prévu. Si le rapport d'expert confirme la réalité ou la gravité de la difficulté invoquée par l'une des Parties, l'autre Partie ne pourra s'opposer sans raison valable à la modification demandée.

III. Les facteurs de la réussite du partenariat

Plus de 15 ans après la signature du contrat, le partenariat s'est déroulé dans le cadre prévu et avec des résultats rentrant dans ce même cadre. Quels sont les facteurs qui ont permis ce que l'on peut considérer comme un succès, même si des difficultés ne sont pas à exclure pour l'avenir ?

7. Des moyens exceptionnels de préparation du partenariat

Que Disney ait consacré des moyens importants à la préparation du projet et à la négociation n'est pas une surprise. D'autres partenaires privés ne l'auraient probablement pas fait.

L'importance des moyens affectés au projet par les intervenants publics a été manifestement exceptionnelle. Il est rare, en particulier, qu'un budget important soit dégagé pour rémunérer des avocats d'affaire. De plus, il existait des moyens adaptés dans les structures ville nouvelle ; SGVN et surtout EPAMARNE.

8. Une relation équilibrée entre partenaires

Cet équilibre peut être considéré de deux points de vue :

- La possibilité d'arbitrage met les deux parties sur un plan d'égalité ce qui n'aurait pas été le cas en cas de compétence de la justice administrative. On pouvait par ailleurs redouter que la relation devienne inégale après que la société pivot se soit substituée à Disney. L'importance essentielle de son image pour Disney fait qu'elle est restée fortement engagée dans le succès du projet.
- L'histoire a jusqu'ici montré que la relation contractuelle de base est à peu près équilibrée. Si dans une première phase, beaucoup ont considéré que Disney était le gagnant de la négociation, les difficultés des premières années de fonctionnement ont montré que les risques encourus par la société pivot, et même par Disney, étaient importants. Un contrat déséquilibré incite la partie qui s'estime défavorisée à ne pas respecter des engagements qu'elle estime excessifs.

9. Un dispositif important de suivi pour la puissance publique

En même temps que le contrat était signé, une délégation interministérielle au suivi du projet était instituée par décret et mise en place. Elle a sans doute largement contribué à ce que les engagements des parties françaises aient été tenus dans des délais qui étaient très serrés.

Mais le suivi est aussi assuré par l'EPA qui est à la fois prestataire de Disney et le représentant des parties publiques qui composent son Conseil d'administration. Il assure la maîtrise d'ouvrage déléguée d'un grand nombre d'équipements, prépare les procédures, etc..

Il est difficile de tirer des enseignements généraux d'une opération aussi particulière que l'EuroDisneyland, extrême par les caractéristiques du partenaire privée, par la dimension du projet et des risques, enfin par l'importance des procédures mises en œuvre. Les trois conditions exposées ci-dessus :

- se donner les moyens d'une bonne négociation,
- assurer un véritable équilibre entre les parties et
- prévoir un suivi adapté au contenu et à la durée du partenariat

semblent valables pour tout partenariat public-privé.

ANNEXE 5 – VEOLIA ENVIRONNEMENT

NOTE DE SYNTHÈSE¹¹

SUR LE DEVELOPPEMENT DE LA PRISE EN CHARGE PAR LE SECTEUR PRIVE D'OPERATIONS DE REALISATION ET DE FINANCEMENT D'EQUIPEMENTS PUBLICS ET DE SERVICES Y ASSOCIES

Les administrations devraient pouvoir faire appel aux entreprises pour leur confier des missions globales complètes intégrant la gestion du service mais aussi la réalisation ou la remise à niveau d'équipements publics ainsi que leur financement.

Ce type de relation ne pourra cependant se développer significativement que si des ressources financières peuvent être mobilisées par les entreprises opératrices des travaux ou du service sans impacter leur bilan de l'endettement correspondant.

Ceci implique la participation aux côtés des entreprises opératrices d'établissements financiers qui ne pourront apporter des ressources à un coût optimisé acceptable que si la relation contractuelle et les conditions de remboursement des financements sont sécurisés.

1. Des solutions sont déjà mises en oeuvre.

Ces solutions ne sont toutefois mises en œuvre actuellement que ponctuellement car les outils juridiques manquent, ce qui oblige à des innovations contractuelles peu sécurisées. Il n'est cependant besoin que de modifications techniques mineures pour que des opérations puissent être montées à la satisfaction de tous. Les marchés financiers et singulièrement les marchés étrangers exigent en effet une sécurité juridique totale ainsi que des solutions simples et reconnues¹².

Le schéma contractuel est simple. L'entité publique donneur d'ordre que nous appellerons ci-après l'Etat - conclut un contrat par lequel elle donne une mission globale intégrant « *la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion ou le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions* ».

Ce schéma se distingue d'un montage classique combinant un marché de travaux, un contrat de financement et un marché d'exploitation ou de service par le fait que l'Etat ne signe qu'un seul contrat global que nous appellerons ci-après Contrat de Coopération Public Privé, CCPP.

Il appartient à l'entreprise signataire qui sera le plus souvent une entreprise opératrice de travaux ou de services¹³, qui n'a pas pour métier de faire des opérations financières, d'intéresser des investisseurs et de mobiliser des ressources financières. La solution consistant pour l'entreprise à contracter des emprunts sur son nom (financement corporate) est irréaliste du fait de la capacité d'endettement limitée d'une entreprise de travaux ou de services et renchérirait d'ailleurs excessivement la charge financière¹⁴.

¹¹ En date du 27 mars 2003

¹² Aucune émission n'est désormais envisageable sans la production d'une « legal opinion » par un cabinet de renommée internationale, le plus souvent anglo-saxon, qui doit se prononcer, sous sa responsabilité, sur la « solidité du montage ».

¹³ Mais qui pourrait, pour les opérations plus importantes, être un consortium regroupant les différents intervenants.

¹⁴ Les banques sont exigeantes sur le niveau de rémunération des capitaux investis et l'application du ratio Cooke (demain Mac Donough) a un effet mécanique sur ce niveau de rémunération.

Il faut donc des outils juridiques et un cadre contractuel permettant à l'entreprise opératrice contractante de réaliser ses missions mais aussi de faire intervenir des investisseurs et des établissements financiers pour porter les actifs (les équipements publics) et la dette correspondant aux financements. Il serait notamment souhaitable que les mécanismes financiers désormais à la disposition du monde des entreprises (cessions de créances, titrisation, location financière...) puissent bénéficier au financement des équipements publics, ce qui est trop souvent impossible du fait de réglementations anciennes pourtant non indispensables.

Les Pouvoirs Publics devraient veiller à ce que, dans le cadre de leurs réflexions avec la place bancaire sur les conditions de mise en place de circuits adaptés, les sociétés opératrices soient associées aux travaux.

Mais, dans l'attente, il faut pouvoir utiliser les organismes existants. Un tel rôle peut notamment être celui dévolu par la loi à une catégorie d'établissements financiers, les SOFERGIE¹⁵, mais ce rôle pourrait devenir celui de tout établissement relevant de la loi bancaire.

Les mécanismes proposés à mettre en place s'inspireront des pratiques actuelles qui doivent cependant et impérativement, être sécurisées et bénéficier de dispositions législatives plus adaptées que celles en pratique jusqu'à ce jour.

2. Ces solutions doivent être sécurisées.

C'est à partir de l'expérience des montages qui ont été mis en place avec l'intervention de ce type d'organisme, de la connaissance des blocages et difficultés rencontrées qu'ont été mises au point les propositions ci-après.

Le montage envisagé repose sur le schéma suivant.

- La propriété juridique des équipements réalisés dans le cadre du contrat revient obligatoirement à l'Etat en fin de contrat mais pas avant :
- Pour la durée du contrat, l'entreprise contractante qui détient initialement la propriété, ou des droits réels sur les équipements réalisés sur emprise du domaine public¹⁶, est autorisée à la transférer à un établissement financier de type SOFERGIE qui prend en charge le coût de réalisation par le paiement d'un prix, et souscrit lui-même les financements.
- Cet établissement met les équipements à disposition de l'entreprise opératrice pour l'exécution de sa mission moyennant un loyer dont le cumul doit couvrir les coûts de la réalisation, les financements et les frais financiers. Cet établissement peut intervenir dans le cadre d'un contrat de crédit-bail mais interviendra le plus souvent dans le cadre d'un contrat de location financière¹⁷.
- La rémunération due à l'entreprise opératrice contractante, par l'Etat correspond, à la fois, à la prestation de travaux et de financement (et donc aux loyers dus) et à la prestation d'exploitation. Mais elle doit être séparée en deux termes, le terme investissement/financement payable de façon étalée au fur et à mesure du contrat et le terme exploitation qui devront absolument être dissociés.

C'est un aspect essentiel, voici pourquoi :

- En effet, il y a créance née sur l'Etat et il faut se servir d'elle pour sécuriser financièrement le montage financier dans l'intérêt de tous, et en premier lieu de l'Etat. Pour ce faire, la part de la

¹⁵ Qui sont autorisés par la loi à intervenir pour le financement (par crédit-bail notamment) de tous équipements destinés à l'économie d'énergie et aux énergies renouvelables, à la protection de l'environnement et au traitement des déchets ainsi qu'au développement durable.

¹⁶ Dans le cadre d'une autorisation d'occupation temporaire (AOT) si l'on est sur domaine public de l'Etat ou dans le cadre d'un bail emphytéotique administratif (BEA) si l'on est sur domaine public des collectivités locales.

¹⁷ Le crédit-bail implique normalement qu'il n'y ait rachat des biens en fin de contrat que sur option ; en tous cas ce rachat à valeur résiduelle symbolique doit entraîner un retour direct de la propriété sur l'Etat.

créance sur l'Etat détenue par l'entreprise opératrice contractante correspondant au terme investissement (la totalité des sommes dues à ce titre même s'il y a étalement de l'exigibilité), doit pouvoir être cédée dès l'origine (au moins dès réception des travaux ¹⁸) par celle-ci à l'établissement financier et cette cession doit pouvoir être qualifiée de parfaite au plan juridique afin de pouvoir être rendue opposable à tous, y compris à une masse de faillite. Or, il n'y a cession parfaite que si la créance est née, sans pouvoir être remise en cause et sans qu'aucune exception au paiement tenant aux conditions d'exploitation ne puisse être opposée par l'Etat.

- C'est à ces conditions, essentielles, qu'il pourra être considéré :
 - ✓ que l'entreprise utilisatrice est libérée de sa dette de règlement des loyers du fait de cette cession de créances,
 - ✓ qu'elle n'a donc à faire figurer à son bilan ni l'actif (propriété de l'établissement financier), ni la dette ainsi effacée,
 - ✓ et qu'elle n'a pas non plus à consolider l'entité de l'établissement financier qui a acquis l'actif (aucun retour du bien chez elle, aucun recours sur elle)¹⁹.
- L'établissement financier cessionnaire de cette créance doit pouvoir, sur simple demande, se faire régler directement par l'Etat le terme investissement au fur et à mesure qu'il devient exigible : ainsi il doit pouvoir être considéré que le risque pris par l'établissement financier est sur l'Etat ce qui devrait permettre d'optimiser le coût du financement (classement de la dette comme une dette sur personne publique au regard du ratio Cooke). Il pourra d'ailleurs lui-même céder la créance sur l'Etat acquise de l'entreprise et permettre ainsi une opération de titrisation.

3. Ceci nécessite quelques modifications de dispositions législatives.

Chacun s'accorde aujourd'hui à reconnaître qu'il est besoin de textes adaptés si on veut pouvoir démultiplier et répéter ce qui est pour l'instant trop incertain en termes de sécurisation financière des créances ou en termes de traitements comptable et fiscal des opérations pour chacun des acteurs. Ont déjà été décidées certaines mesures sectorielles objet des lois des 29 août et 9 septembre 2002 (lois d'orientation et de programmation respectivement pour la sécurité intérieure et pour la justice) et surtout le gouvernement a déposé sur le bureau de l'Assemblée Nationale le projet de loi d'habilitation qui lui permettrait de prendre par ordonnances des mesures relatives aux contrats (article 4) ou au domaine public (article 27). Ce projet de loi témoigne d'une bonne compréhension des besoins.

Nous souhaitons cependant expliciter les attentes sur certains points de droit traités par ce projet de loi et signaler d'autres questions pour lesquelles des modifications seraient nécessaires en limitant ici nos demandes aux textes de portée législative.

Certaines des modifications législatives proposées sont sensibles, d'autres moins ; elles sont pourtant toutes nécessaires car souhaitées par tous : les textes actuels constituent des blocages au montage type partenariat.

1. Nous évoquerons en premier lieu la première des mesures attendues, sans laquelle rien ne pourra être fait, à savoir l'affirmation de la légalité d'un contrat, le CCPP, confiant tout ou partie des missions ci-avant définies et prévoyant le règlement du prix correspondant au terme investissement qu'au fur et à mesure de l'exécution de la prestation de service²⁰, et

¹⁸ L'Etat ne doit pas pouvoir contester être débiteur ce qui rendra le plus souvent nécessaire une réception des travaux sans réserve.

¹⁹ Il est vivement souhaitable que se multiplient les établissements financiers susceptibles d'intervenir sur plusieurs projets. Ceci permettrait d'accélérer les délais de montage et surtout conforterait la solution de non consolidation de ces établissements financiers par l'entreprise opératrice. Or, nous l'avons vu, seuls les SICOMI et les SOFERGIE peuvent faire du crédit-bail à titre habituel : les règles communautaires pourraient obliger à assouplir cette réglementation pour élargir le nombre des intervenants financiers possibles.

²⁰ Sa définition légale pourrait être la suivante :

« Un contrat de coopération public-privé est un contrat qui, sans pouvoir être légalement qualifié de contrat de délégation de service public, confie à une entreprise, pour répondre à un besoin

ce alors même que ce prix est définitivement dû à l'achèvement de la réalisation des travaux²¹. Des dispositions légales doivent préciser la procédure d'attribution qui doit permettre la négociation²² et le régime de ce contrat qui doit pouvoir être avenant en fonction de l'évolution des besoins à satisfaire.

➔ *Il est indispensable de créer le cadre et le régime juridique de ce type de relation contractuelle. C'est l'objet de l'article 4 du projet de loi d'habilitation. Cet article devrait être complété afin de permettre aussi de préciser le régime juridique de l'exécution du contrat de façon à autoriser son adaptabilité (droit d'avenant) ou sa sécurité juridique (voir ci-après).*

2. D'une façon générale, la sécurité juridique doit être renforcée :

- Cela passe par la mise en place d'une procédure permettant de garantir que l'annulation du contrat ne peut plus être obtenue par le contrôle de légalité suite à un recours des tiers²³ (rescrit ou plus simplement procédure permettant de faire courir le délai de recours contentieux).
- L'indemnisation en cas d'annulation du contrat ou de résiliation de celui-ci pour motif d'intérêt général est certes le plus souvent admise par la jurisprudence, mais elle devrait être garantie par la loi (une clause contractuelle d'indemnisation est privée d'effet quand le contrat est anéanti).
- Chacune des parties, y compris la partie privée, doit pouvoir se protéger par une clause de résiliation de plein droit en cas de faute de l'autre partie, les délais de recours en justice étant incompatibles avec les exigences de sécurité financière en cas de suspension des règlements contractuellement prévus.
- Enfin, la crédibilité à l'étranger des relations contractuelles avec les administrations françaises seraient grandement renforcées par la suppression de l'interdiction faite aux personnes publiques de compromettre (article 2060 du Code civil et article L. 311-6 du Code de justice administrative).

➔ *Il serait éminemment souhaitable de banaliser les conditions d'intervention contractuelles des personnes publiques souvent très mal comprises à l'étranger : limitation des prérogatives de puissance publique à ce qui est indispensable et singulièrement du droit à résiliation unilatérale et solennisation du droit à réparation.*

3. Les contraintes de la domanialité publique ne doivent pas interdire la mise en œuvre des mécanismes de financement utilisés dans le monde des affaires, dès lors que l'intérêt du service public est préservé. Pour cela, la propriété sur les équipements réalisés et financés doit impérativement pouvoir être reconnue à celui qui les réalise ou celui qui les finance et pouvoir être transférée par l'entreprise contractante et opératrice à un tiers (l'établissement

d'intérêt général, d'une part une mission complexe de gestion impliquant la prise en charge globale d'une ou plusieurs fonctions qui contribuent à la satisfaction de ce besoin, et d'autre part, le cas échéant, la conception, la réalisation ou le financement d'ouvrages ou équipements nécessaires à cette satisfaction.

Si la mission comporte des tâches de conception, réalisation ou financement d'ouvrages ou équipements, la partie de rémunération instituée à ce titre est définitivement due au fur et à mesure de l'achèvement des dites tâches, mais le contrat peut prévoir qu'elle est payable au fur et à mesure de l'exécution des prestations rendues au moyen des dits ouvrages ou équipements ».

²¹ Nous avons vu ci-avant que c'était indispensable pour que la créance soit née et pour que la cession soit opposable erga omnes.

²² Elle pourrait être proche de celle de la loi Sapin.

²³ En conséquence de l'annulation de l'acte détachable qui constitue la décision de signer ce contrat.

financier) n'assumant aucune responsabilité en matière d'exploitation²⁴. L'Etat doit devenir automatiquement et obligatoirement propriétaire en fin de contrat (sans option possible) sans que ce retour s'effectue obligatoirement par l'entreprise opératrice. Un tel mécanisme doit aussi s'appliquer si l'équipement est réalisé sur domaine public. Le crédit-bail ou la location financière doit être autorisée sans restriction par le financement d'équipements sur les domaines publics d'Etat ou de collectivités locales.

→ *Il est indispensable de compléter les dispositions des articles L. 34-1 à L.35 du Code du domaine public de l'Etat, ainsi que les articles 1411-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales sur le bail emphytéotique administratif de façon à y apporter les modifications nécessaires pour conforter les droits réels de l'entreprise opératrice contractante ainsi que ses cessionnaires, tant au plan financier qu'au plan juridique. Ces montages ne pourront se développer en l'absence de validation législative de la libre cession de ces droits à un tiers non responsable de l'exploitation*²⁵.

→ *Il faut aussi adapter ces textes afin de sécuriser la pratique de l'indispensable "convention tripartite" signée quand la propriété des équipements est transférée, entre l'Etat, l'entreprise opératrice et l'établissement financier qui précise les conditions dans lesquelles les droits et obligations de chacun, et au premier chef, les intérêts du service public, sont distinctement préservés en cas de défaillance de l'une ou l'autre des parties ou d'expiration anticipée de l'un ou l'autre contrat pour quelque raison que ce soit.*

4. Il faut supprimer les restrictions au financement par crédit-bail sur le domaine public. Il faut aussi autoriser la location financière.

→ *Il est indispensable de modifier en ce sens les dispositions des articles L. 34-3 et suivants du Code du domaine de l'Etat et de l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales.*

5. L'opposabilité de la cession des créances détenues sur l'Etat est essentielle. Et, la Cour de Cassation ne reconnaît pas toujours l'opposabilité de cette cession en cas d'ouverture d'une procédure collective.

→ *Il est proposé une modification de l'article L. 621-124 du Code de commerce pour conforter l'opposabilité de telles cessions.*

6. Les sous-traitants des contractants de l'Etat bénéficient d'une garantie de paiement qui prend la forme d'un droit à paiement direct. Ce droit n'est pas compatible avec les mécanismes de financement se fondant sur la créance née sur l'Etat. Il convient donc de permettre un nouveau mécanisme des garanties de paiement des sous-traitants.

→ *Il est proposé une modification des dispositions de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.*

7. La neutralité de ce type de montage au regard de la fiscalité directe, locale ou des droits à récupération de la TVA (y compris, pour les collectivités locales via le FCTVA) serait très

²⁴ Ce risque d'exploitation ne relève pas du métier d'un financier et n'est pas acceptable par lui. La prise d'un tel risque est même interdite à des établissements de type SICOMI ou SOFERGIE.

²⁵ et ce contrairement aux dispositions sur le BEA qui oblige à ce que le titulaire du BEA soit aussi le titulaire de la « convention d'exploitation non détachable ».

opportune. En tous cas, les entreprises auront impérativement besoin de certitudes et attendront de l'administration fiscale des prises de position sur le régime applicable ²⁶.

→ *Il serait souhaitable de compléter les articles L.1615-2 et L. 1615-7 du Code général des collectivités territoriales sur le FCTVA par des dispositions dérogatoires qui permettraient aux collectivités locales de conserver des droits dès lors que les dépenses auraient été éligibles si elles avaient été propriétaires et si ces dépenses avaient constitué des dépenses directes d'investissement.*

8. Dans l'intérêt de chacun, il est souhaitable de favoriser la continuité du service en début de contrat et la possible réversibilité en fin de contrat par des transferts de personnels de la personne publique à la personne privée, et réciproquement. Des dispositions du statut général de la fonction publique seraient les bienvenues pour prévoir une position des fonctionnaires mis à disposition de l'entreprise pendant la durée du contrat tout en conservant leurs droits et leur possibilité de réintégration dans leur administration d'origine.

→ *Il serait utile de modifier le statut général des fonctionnaires d'Etat, notamment les articles 32 et suivants, et des fonctionnaires territoriaux, notamment les articles 55 et suivants, pour prévoir la position du fonctionnaire public mis à disposition du titulaire du Contrat de Coopération Public Privé .*

Une annexe détaille le montage envisagé, pour la sécurisation duquel les modifications législatives demandées sont nécessaires ou souhaitables.

* *
*

²⁶ Et notamment sur le caractère conservé d'immobilisation amortissable des équipements détenus, nonobstant la créance née de la part de rémunération correspondant au terme investissement, et sur la possibilité de constater un amortissement de type financier sur la durée du contrat ; également sur les dates d'exigibilité de la TVA.

ANNEXE A LA NOTE DE SYNTHESE VEOLIA ENVIRONNEMENT

SUR LE DEVELOPPEMENT DE LA PRISE EN CHARGE PAR LE SECTEUR PRIVE D'OPERATIONS DE REALISATION ET DE FINANCEMENT D'EQUIPEMENTS PUBLICS ET DE SERVICES Y ASSOCIES

Fort de l'expérience acquise par notre groupe, nous pensons possible de définir les conditions d'une relation contractuelle prenant en considération les contraintes des entreprises répondant à la préoccupation de l'État et permettant l'accès de marchés financiers.

La taille des investissements et l'origine de la ressource (engagement budgétaire et/ou recette de l'utilisateur) peuvent conduire l'opérateur à avoir accès soit au marché bancaire, soit au marché financier.

Le montage financier fait appel à un organisme bancaire (notamment une Sofergie) qui porte l'actif et la dette. Si la taille de l'opération justifie un appel direct au marché, le mécanisme de la titrisation de créances peut être utilisé pour minimiser les coûts.

Les créances concernées sont :

- en cours de contrat : les créances résultant de la poursuite normale du contrat entre l'opérateur privé et la puissance publique qui comporte deux termes, celui correspondant à l'amortissement du financement de l'ouvrage et celui correspondant à l'exploitation,
- en cas d'interruption du contrat, des créances d'indemnisation au titre de l'investissement réalisé.

I. Le montage contractuel envisagé.

Si les montages juridiques à envisager ne doivent pas se référer à un cadre contractuel existant, nous pensons que le cadre juridique à retenir doit être proche des montages connus, éprouvés, mais gommés des contraintes qu'ils génèrent et répondre au souci partagé entre le secteur public et le secteur privé d'une clarification des risques à assumer entre l'État et l'entreprise.

Pour illustrer les possibilités d'utilisation contractuelle des fonctions d'investissement, financement, gestion et exploitation, nous proposons d'étudier une solution proche de celle déjà pratiquée en certaines situations.

Les missions feraient l'objet d'un contrat du type CCPP dont le régime serait proche de la DSP mais en différerait notamment par le fait que la rémunération serait versée par la personne publique. Ce contrat pourrait, pour ce qui concerne l'actif, s'appuyer sur un BEA pour les collectivités territoriales, une AOT pour l'État, de la même façon qu'actuellement, on articule ces contrats d'occupation du domaine public avec une convention d'exploitation et une convention tripartite entre l'organisme financier, l'exploitant et le concédant.

Le contractant assume les risques constructeur. Il s'engage sur le montant forfaitaire et le délai de réalisation, mais l'État garderait les risques de type force majeure, changement de loi... sachant qu'il peut transférer certains d'entre eux au profit de tiers : le constructeur, l'établissement financier, etc....

Une convention tripartite entre l'État, l'opérateur et l'établissement financier complète le dispositif financier et précise les relations de droits nées ou potentielles entre ces personnes. Cette convention organise les rapports entre les parties au cas où, pour quelle que raison que ce soit, la société opératrice sort du dispositif ; il en est ainsi s'il est décidé d'interrompre le contrat pour défaut de l'exploitant dans ses obligations contractuelles, ou pour motif d'intérêt général. L'État, par cette convention, aura la faculté d'acquérir l'équipement par anticipation auprès de l'établissement financier, qui l'accepte par avance, pour un prix équivalent à l'indemnité de résiliation prévue au contrat de location.

Cette indemnité correspondra à l'encours financier résiduel majoré des frais de dénouement anticipé de l'opération (rupture des couvertures de taux). Ce montant est par construction très proche de la valeur de l'investissement impacté de l'amortissement financier. Cette indemnité doit être garantie même si l'exploitant est défaillant dans ses obligations contractuelles : après mise en demeure de remédier à sa défaillance dans un délai raisonnable (de l'ordre de 3 à 6 mois voire 1 an dans certains cas limites) l'État doit choisir entre la continuation du contrat de location aux mêmes conditions financières, par lui-même en qualité de locataire ou par un nouveau locataire qu'il désigne après mise en concurrence. Cette consultation doit prévoir, pour le nouveau bénéficiaire du CCPP, la reprise des obligations du contrat de location.

Au terme naturel du contrat, l'actif revient obligatoirement à l'État. En cas de résiliation anticipée du contrat, l'État est tenu d'indemniser l'établissement financier.

II. Le financement.

L'entreprise assure le financement des actifs en invitant un établissement financier (notamment mais pas exclusivement la Sofergie, bénéficiant de la loi du 15 juillet 1980) à devenir propriétaire pendant la durée du contrat et à en assurer le financement.

De ce fait l'organisme financier doit pouvoir bénéficier de droits réels sur le domaine public.

L'organisme financier répercute ses charges d'investissement et de financement via un loyer qui est un des deux éléments constitutifs du prix sur la durée du contrat et le transfert de propriété s'impose à l'État au terme du contrat (ou par anticipation) pour quelque raison que ce soit.

L'interruption du CCPP doit impliquer la reprise par le partenaire public des ouvrages financés en vue de leur gestion en régie - ou le transfert des obligations financières de l'opérateur soit au partenaire public, soit à un autre opérateur : dans des conditions sûres et acceptables par les investisseurs. Dans un tel cas, l'indemnisation accordée par le partenaire public, qui doit être prévue dans le titre d'autorisation, doit être déterminable à tout moment selon des modalités financières expressément convenues dans le CCPP de telle sorte qu'il n'en résulte aucune perte pour les investisseurs (si l'intervention des services fiscaux est requise pour évaluer et valider le montant de cette indemnisation, cette évaluation doit intervenir dès l'origine du contrat et ne doit pas pouvoir être remise en cause).

L'interruption du CCPP doit impliquer la reprise par le partenaire public des ouvrages financés en vue de leur gestion en régie - ou le transfert des obligations financières de l'opérateur soit au partenaire public soit à un autre opérateur, dans des conditions juridiques sûres.

Il peut être envisagé que l'établissement financier se porte acquéreur de l'équipement avant le début de la construction. Dans ce cas, le transfert de propriété s'effectuerait directement du constructeur à l'établissement financier au fur et à mesure de l'avancement de la construction sur situation de travaux. Une délégation de maîtrise d'ouvrage entre l'établissement financier et l'entreprise laisserait à cette dernière la responsabilité de réaliser l'équipement à un prix et dans des délais définis dans le CCPP.

Le déroulement naturel d'un contrat administratif peut être affecté de beaucoup d'aléas juridiques liés aux prérogatives reconnues à la puissance publique, aux possibilités de recours ouverts à des tiers pour illégalité, excès de pouvoir, déni de compétence, etc. sans que le partenaire privé dispose d'une protection efficace. Il pourrait être inséré dans les textes régissant les CCPP un principe d'indemnisation par le partenaire public de l'ensemble des préjudices liés à l'interruption imprévisible de CCPP (y compris frais juridiques, rupture des adossements des taux d'intérêts fixes, etc.) : l'intervention de la loi est nécessaire car il ne sert à rien de poser des principes d'indemnisation en cas de résiliation dans un contrat qui, par hypothèse, disparaît.

D'autre part, la possibilité de recourir à l'arbitrage (ce qui nécessiterait de modifier l'article 2060 du Code civil) pour régler tous les litiges survenant entre les parties ou leurs ayants cause apporterait une

sécurité accrue et favoriserait l'accès à des investisseurs non français (qui sont en général déroutés par le droit administratif).

Les éléments constitutifs du prix.

Pour clarifier les deux éléments constitutifs à la redevance, il serait prévu de dissocier un élément R1 qui couvre l'amortissement du financement de l'ouvrage et les frais financiers (l'engagement de l'entreprise porte sur un montant forfaité d'investissements ou le respect d'un délai) et un élément R2 qui couvre l'exploitation de l'ouvrage. Cette dissociation permettrait à l'entreprise de céder à l'organisme financier la créance R1. Le loyer (équivalent au R1) est réglé par cession sans recours des créances professionnelles nées, mais à exigibilité étalée sur la durée du contrat. Cette cession de créances sur la durée du contrat constituerait le paiement du loyer à l'organisme prêteur²⁷.

Cette cession doit évidemment être sécurisée et oblige à ce que l'Etat renonce à invoquer des exceptions au règlement, notamment en ce qui concerne les conditions de l'exploitation ; il ne peut s'agir que de créances nées pour être opposables aux tiers (y compris à l'encontre du liquidateur ; c'est le cas s'il est prévu que les conditions d'exploitation n'affectent en rien la réalité de cette créance).

Sur ce point, on cherche à atteindre plusieurs résultats qui nécessitent de contourner les obstacles s'y rapportant. Pour ce faire, il faudrait une procédure facile à mettre en place de notification de la cession aux comptables assignataires et d'acceptation par eux de cette cession. L'acceptation de la cession présente l'avantage de rendre la créance exigible de la part du débiteur l'acceptant sans que ce dernier puisse opposer au cessionnaire les exceptions relatives aux rapports avec le cédant, y compris l'exception d'inexécution. Elle est juridiquement possible de la part d'un débiteur public, mais inhabituelle, voire contraire à la doctrine administrative qu'il conviendrait d'infléchir (ce qui suppose sans doute une remise en cause de l'instruction de comptabilité publique du 13 mai 1986). De plus, la cession de créances nécessite une inopposabilité par le débiteur au bailleur de fonds des exceptions que ce débiteur pourrait être en droit de faire valoir vis à vis de l'opérateur.

L'État a l'obligation d'assurer le règlement du R1. Dans l'hypothèse où le contrat prévoirait le droit pour l'État de surseoir unilatéralement à un règlement au motif que le service n'est pas rendu, des dispositions particulières doivent être prises de façon à ce que ne soit pas remis en cause le caractère définitif de la créance née sur l'État.

Ce sursis de règlement ne peut constituer qu'un différé de règlement, l'État restant définitivement redevable du paiement des parts investissement sans exception possible. En cas de mauvaise exécution du service ou d'une cessation non justifiée des règlement par l'État, la seule sanction acceptable est celle de la résiliation du contrat. En effet, dans un premier temps, l'exploitant sera certainement conduit à devoir se substituer à l'État pour assurer en ses lieu et place le paiement des échéances différées. Cette situation ne pouvant perdurer, l'État bien sûr, mais également l'entreprise, devront pouvoir demander la résiliation automatique du contrat à l'issue d'un court délai qui ne doit pas excéder 6 mois (exceptionnellement 1 an).

L'enveloppe financière des créances cédées est déterminable au moment de la cession. Les créances cédées aux échéances successives sont la contrepartie de la charge de financement supportée par l'exploitant du service au titre de l'investissement réalisé.

Les conditions du financement, y compris les conditions de levée par anticipation, sont connues de l'exploitant du service et reflètent les profils des calendriers d'exigibilité du paiement du R1.

²⁷ Si on a recours à la cession Dailly – cession de créances sans recours – elle ne peut intervenir qu'en faveur d'un Établissement de crédit et doit être la contrepartie d'un concours financier ; elle ne peut donc pas être faite directement au bailleur en cas de location simple ; l'intervention d'un Établissement de Crédit est donc nécessaire ; il intervient en qualité de garant du paiement des loyers.

Pour améliorer les conditions du financement, l'organisme financier, plutôt que d'emprunter sur le marché, pourrait être conduit à refinancer l'opération par le biais d'une titrisation de créances²⁸. Cette opération nécessite une amélioration des procédures de nature à sécuriser les Cessionnaires²⁹:

²⁸ Titrisation : transformer un flux de créances commerciales en source de financement moyen et long terme bénéficiant d'un rating supérieur.

²⁹ Notification : une créance contre une entité de droit public ne peut être réglée que par le comptable assignataire et la notification de la cession d'une telle créance ne peut être valablement faite qu'auprès du comptable assignataire. Cette règle doit, compte tenu de la difficulté à déterminer le boni comptable assignataire, pouvoir être assouplie si l'entité publique n'a pas déclaré son comptable assignataire.

- Inaliénabilité des actifs publics : les opérations de titrisation nécessitent souvent la prise de sûretés sur les flux et les actifs de cédant au bénéfice des investisseurs. C'est un moyen de diminuer le risque et donc le coût de financement de ces opérations. Dans certains cas, il s'agit d'une condition de faisabilité de l'opération.

Il serait souhaitable de permettre dans certains cas et sous certaines conditions que les entités de droit public puissent céder et/ou nantir certains de leurs actifs.

Il est souhaitable que l'ouvrage à financer soit réalisé dans le cadre d'une convention de mise à disposition du domaine public conférant, au moins pour un temps limité, des droits réels au partenaire privé et ses bailleurs de fonds ou à des ayants droits.

A cette fin, il faut prévoir la suppression des restrictions relatives au recours au crédit-bail en ce qui concerne les ouvrages utilisés pour une mission de Service public ou un but d'intérêt général, telles qu'elles figurent à l'article L. 34-7 du Code du domaine de L'Etat et prévoir la possibilité de recourir à la location financière sans option d'achat (et non au seul crédit-bail).

Il faut que ce droit réel puisse être cédé à des fins financières (cession fiduciaire) dans des conditions compatibles avec l'utilisation projetée (mission de service public ou d'intérêt général) et avec les prérogatives réservées de la Puissance publique (privilège de l'autorité publique de pouvoir résilier à tout moment un contrat administratif et caractère précaire de toute autorisation d'occupation du domaine public).

Mutualisation : les opérations de titrisation nécessitent aussi souvent une mutualisation des risques et des bénéfices entre plusieurs cédants ou projets. C'est aussi un moyen de diminuer le risque global et donc le coût de financement. Dans certains cas, cela peut également être une condition de faisabilité de l'opération.

La cession des créances par le cédant ou par le fonds s'effectue par la seule remise d'un bordereau dont les énonciations sont fixées par décret. Nonobstant l'ouverture éventuelle de toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre du cédant postérieurement à la cession, elle prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise sans qu'il soit besoin d'autre formalité et ce, quelle que soit la loi applicable aux créances et celle du pays de résidence des débiteurs et quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances.

Changement de recouvreur : la possibilité de mettre fin au contrat de gestion et de recouvrement de créances et de se substituer au recouvreur d'origine lorsqu'il est le cédant, est particulièrement important dans les opérations de titrisation.

Dans l'hypothèse où les créances naissent de contrats passés entre une entité de droit privé et une entité de droit public (par exemple l'activité de distribution d'eau), le changement de l'entité de droit privé en tant que recouvreur peut nécessiter l'accord préalable de chacune des entités de droit public concernée. Lorsque cela est le cas, un tel accord est impossible en pratique et le changement de recouvreur est impossible.

Il serait souhaitable de prévoir que, dans ces hypothèses, l'accord des entités de droit public n'est pas nécessaire.

Confidentialité : si les contrats et/ou les opérations qui sont envisagées peuvent comporter dans leur principe le moindre aspect confidentiel, il est fondamental de préciser que ces clauses sont réputées non écrites dans la mesure où la divulgation de toute information est nécessaire à la cession, à la gestion et au recouvrement des créances titrisées.

L'escompte de créances sans recours (cessions et titrisation) est calculé sur la base du taux d'intérêt et des jours réels ; le terme « sans recours » est explicite : la défaillance du débiteur cédé est sans recours de la banque sur l'entreprise ; l'entreprise reste responsable des litiges commerciaux (créances non éligibles).

Quel que soit le montage retenu, la recherche d'une appréciation du risque de prêteur sur la tête de l'État client final est le but qui permet de minorer l'impact du ratio de solvabilité des banques.

Les banques sont confrontées au respect d'un rendement de leurs fonds propres ; cette situation a pour conséquence d'élever le niveau des spreads demandés par les banques. Une recherche d'une minoration du ratio Cooke imputable aux opérations (demain du ratio Mac Donough) compensera cet effet négatif sur les marges³⁰.

Le respect de cet objectif implique :

- la démonstration d'un lien direct de droit et d'obligation de règlement de la redevance R1 entre le prêteur et l'Etat (qui couvre a minima l'amortissement du capital et les frais financiers), lien « en sommeil » en cours du contrat mais « réanimé » au moindre incident,
- une indépendance affichée explicitement entre les deux redevances R1, fixe liée au paiement des charges fixes, et la redevance R2, liée au paiement des charges variables d'exploitation (risques variables) : notamment l'interdiction d'invoquer des manquements d'exploitation pour refuser de régler. Le paiement du loyer ne doit pas être dépendant de la bonne ou mauvaise exécution de l'exploitation.

³⁰ Chaque établissement bancaire doit respecter un ratio de solvabilité établi par la formule :

$$\frac{\text{Fonds propres}}{\text{Risques pondérés}} \text{ supérieur à } 8\%$$

La pondération des encours de risques crédit est essentiellement liée à la nature du débiteur.

Exemples :

	<u>Pondération</u>
- Créances sur (ou garanties par) les administrations centrales des pays de l'OCDE	0%
- Créances sur (ou garanties par) les collectivités locales des pays de l'OCDE	20%
- Opérations de crédit-bail immobilier	50%
- Créances sur la clientèle	100%

Dans la mesure où les établissements de crédit doivent comme toutes les entreprises cotées ou notées atteindre un niveau de rentabilité minimum de leurs fonds propres, la pondération d'un crédit détermine directement la marge minimum nécessaire. Celle-ci doit en effet permettre de rémunérer, au niveau attendu par les marchés, le montant des fonds propres réglementaires exigés en contrepartie du crédit correspondant.

Selon que la banque bénéficie d'une créance sur l'Etat, une collectivité locale ou une entreprise, la marge de crédit sera significativement différente (hors coût de gestion, elle devrait être 5 fois plus élevée avec une entreprise qu'avec une collectivité locale).

Aujourd'hui, les pondérations sont forfaitaires car uniquement fondées sur une logique institutionnelle ne permettant pas de mesurer le risque « réel » lié à la qualité de l'emprunteur et à la nature de la transaction. Les nouvelles règles du Comité de Bâle (dit Bâle II) en cours d'élaboration vont dans le sens de la mise en place d'un nouveau système de pondération reflétant davantage le degré « réel » du risque car combinant le risque lié à la contrepartie (apprécié non plus uniquement en fonction de son statut, mais également de la notation), le risque lié au type de transaction, la prise en compte des techniques de réduction du risque. L'exigence Fonds propres/Risques pondérés > 8% est maintenue.

Actuellement, cette pondération diffère fortement selon que l'on est en présence d'un risque Etat, collectivité locale ou entreprise et dans le cas particulier des opérations de partenariat public privé, c'est l'examen du dispositif contractuel entre la personne publique, l'entreprise et la banque qui doit apporter la réponse.

Dans le futur, la pondération devrait être plus fine, mais s'agissant de financements spécialisés, il conviendrait dès maintenant de connaître les critères qui seront fournis à cette fin par les autorités. A défaut, l'écart entre le coût du portage financier de l'opération et celui d'un emprunt direct de la collectivité risque d'être sans commune mesure avec le risque réel transféré de la collectivité vers l'entreprise.

Ces points sont essentiels.

L'État doit reconnaître que le paiement du loyer ne doit pas être dépendant de la bonne ou mauvaise exécution de l'exploitation³¹.

III. L'analyse fiscale du montage.

Cette optimisation présente deux aspects complémentaires :

- **La neutralité fiscale** : il s'agit d'obtenir un régime fiscal permettant d'éviter tout frottement fiscal et tout surcoût de structure : taxe de publicité foncière, régime TVA à l'opérateur.

La taxe foncière. Les propriétés publiques sont normalement exonérées de façon permanente de taxe foncière. Cependant, les immeubles incorporés gratuitement au domaine de l'État en vertu d'une convention (par exemple une concession) sont imposables jusqu'à l'expiration de celle-ci. Les immeubles construits en vertu des marchés passés par l'État subiraient sans doute le même régime que les immeubles exploités en concession, le propriétaire (groupement ou crédit-bailleur) serait redevable de la taxe foncière.

La taxe de publicité foncière. De même, sauf exonération spécifique, la taxe de publicité foncière due sur l'enregistrement des baux de plus de 12 ans au taux de 0,60% ainsi que les salaires de publicité (0,10%) et d'inscription (0,05%) du Conservateur des Hypothèques seraient exigibles dans les conditions habituelles.

Attribution au Fonds de Compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée. Nous avons noté que l'article L. 1615-7 du Code général des Collectivités territoriales introduit par la loi n° 2002-1094 (Lopsi) prévoit que les opérations concernées ouvrent droit à une attribution au Fonds de Compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée, à condition que les biens immobiliers soient mis à disposition de l'État à titre gratuit. Ce terme est ambigu puisqu'il peut s'entendre comme le retour automatique dans le domaine public à l'issue de l'autorisation d'occupation temporaire ou comme le fait que l'État ne paie aucun loyer ou redevance pendant la période d'occupation en contrepartie des prestations du titulaire de l'autorisation.

Comme l'objectif de la loi est précisément de permettre le financement de prestations immobilières conduites par le secteur privé, cette deuxième interprétation paraîtrait délicate. Quoiqu'il en soit, des dérogations seraient nécessaires pour éviter que les opérations traitées sur la base d'une autorisation temporaire du domaine de l'État soient assujetties à la TVA.

- **Les avantages fiscaux**. Il convient de suggérer au législateur, pour favoriser le financement des ouvrages en cause, de mettre en place des régimes favorables (amortissement dérogatoire, exonérations, etc...).

³¹ Ainsi que nous l'avons évoqué ci-avant, l'entreprise pourra être conduite à supporter les risques de trésorerie dus à un retard de règlements du R1 par l'Etat à titre de dédommagement d'un sursis de règlement provoqué par un défaut dans l'exploitation. (Ce dédommagement se traduira par le paiement à l'échéance du montant du loyer dû, par substitution de la créance professionnelle cédée et non livrée).

Il est entendu que le risque de dédommagement doit être limité dans le temps (et donc en montant); si la situation perdure, devra être prononcée la «déchéance» automatique du contrat pour défaut du respect des obligations, soit à l'initiative de l'Etat, soit à l'initiative de l'Entreprise

IV. Analyse comptable.

La documentation juridique proposée conduit à diminuer de façon très significative les risques finaux de l'opération en les reportant :

- sur l'État, par son engagement à reconnaître qu'il lui appartient de garantir :
 - a) les conséquences imprévisibles des mises à disposition de terrains (découvertes archéologiques, pollution, etc..),
 - b) la force majeure,

et que la défaillance de l'opérateur conduira l'État, sous sa responsabilité, soit à se substituer à l'opérateur dans ses obligations, soit à changer d'opérateur ;

- sur l'établissement financier puisque ce dernier prendra le risque de l'État avec la cession sans recours des créances (paiements différés).

Cette analyse est confortée par le montage financier ; en effet, l'analyse des critères en cours d'élaboration par le Comité de Bâle (Bâle II) déterminera le système de pondération entre les fonds propres de la banque rapportés au montant des engagements. Le montage prévu permet d'envisager l'application par les banques d'un ratio Cooke a minima.

Conclusion.

Cet ensemble contractuel permet d'aboutir au résultat recherché de conception/construction, financement, maintenance/exploitation avec règlements étalés sur la durée du contrat par l'État, si possible sous la forme d'un contrat combinant les avantages des contrats existants et mieux sécurisés (le CCPP) et a minima en levant les obstacles législatifs et réglementaires.

ANNEXE 6 - ENSEIGNEMENTS DEGAGES PAR G. ROZEN

SUR LES ASPECTS JURIDIQUES ET ORGANISATIONNELS DES MONTAGES PPP AU TRAVERS DE QUELQUES EXPERIENCES DE MARCHES PUBLICS

Rappel sur ce qu'est un marché public

« Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence, et par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. »

- **Code civil : « la chose et le prix »**
- **Approche française et approche européenne**
- **Les différences de base entre un marché et un « non marché ».**
- **Exemples de possibilités de souplesse : appels d'offre sur performance AOP, marchés de la défense, marchés de conception-construction, marchés à garantie de résultats, réalisation des grands systèmes d'informatique de gestion.**

1. Les appels d'offres sur performance en bâtiments publics

Rappel de la formule :

« Il est procédé à un appel d'offres sur performances pour des motifs d'ordre technique ou financier, lorsque la personne responsable du marché définit un programme fonctionnel détaillé, sous la forme d'exigences de résultats vérifiables à atteindre ou de besoins à satisfaire. Les moyens de parvenir à ces résultats ou de répondre à ces besoins sont proposés par chaque candidat dans son offre. Cet appel d'offres est toujours restreint. »

Les principaux défauts constatés :

(A partir des dossiers examinés en CSM BGC)

- On ne sait pas toujours qui est réellement le partenaire,
- On ne sait pas non plus quel est le contenu de l'engagement réciproque, lorsque l'information est asymétrique, et c'est par définition le cas.
- En particulier, le périmètre financier est souvent flou, et en tout cas sa consistance ne permet pas de négocier les inévitables avenants futurs,
- Il ne suffit pas de recourir à une commission de choix du titulaire, pour éviter toute manipulation.

En moyenne sur 10 dossiers vus, un seul est à peu près correct en termes de transparence du choix du titulaire et de précision du contrat.

2. *La réfection des routes départementales en Seine Maritime*

Champ : 6000 km de RD

Procédure : marchés à garantie de résultats pour 300 MF par an (environ)

Objet des marchés : le Conseil général confie à une entreprise un tronçon de route à une date donnée, en lui précisant son état technique ; elle doit le rendre 3 ans après dans un état amélioré, bien spécifié, dépendant de l'objectif du plan pluriannuel d'aménagement. Les techniques et la mise en œuvre sont laissées en principe à l'appréciation complète des entreprises.

Ce système a conduit à des coûts directs au km inférieurs d'environ 15 % aux systèmes traditionnels (comparaisons effectuées avec les départements voisins) et aussi à des gains importants sur les coûts de personnel.

Contraintes organisationnelles :

Plus de surveillants de travaux, mais des équipes pointues en traitement de l'information (pour avoir une base de données à jour en temps réel sur l'état du réseau), et en technique routière pour discuter avec les entreprises. En fait cela conduit à mettre en opérationnel des équipes techniques à compétences proches de celles qu'on trouve dans les CETE et les labos, et à supprimer les équipes opérationnelles de profils proches de celles des DDE.

Concentration du relationnel sur quelques subdivisionnaires en liaisons étroites avec le conseiller général de chaque canton.

Procédure de programmation très précise sur la base de l'état du réseau, actualisé après l'hiver, puis validée au printemps en assemblée sous forme d'un plan triennal glissant.

Dispositif spécifique hors planification pour tenir compte de contingences locales.

3. *Les marchés de la Défense*

Les raisons de l'obligation de partenariat :

- Le marché avec l'État français est parfois d'un montant inférieur aux marchés ultérieurs que le titulaire pourra conclure à l'export, avec l'aide de ce même État ;
- Un armement performant est toujours le résultat d'un développement à risques, suite aux exigences techniques ; la concurrence est donc souvent inexistante et nécessite des négociations ;
- La durée qui peut être très longue (30 ans et plus) interdit de préjuger des évolutions du contexte économique et opérationnel voire du besoin à satisfaire.

Les dispositions prises par la DGA :

- Accommodements de fait avec le code des marchés publics (par exemple sur l'existence de provisions contractuelles, normalement proscrites par le CMP). Mais garde l'avantage de se référer à un cadre existant, aménagé par un « clausier » DGA,
- Même s'il est impossible d'avoir toujours un objet défini, la puissance publique a toujours intérêt à avoir un objet le plus précis possible, ce que la référence au CMP et au CCAG-MI favorise,
- Les incertitudes du contrat sont en partie contenues par la capacité, plus ou moins effective mais contractuelle, d'opérer des contrôles de coûts (disposition du CCAG-MI),
- La tradition de la DGA de ne pas admettre de « rallonge » sur ses contrats (sauf évolution significative du besoin) - les risques étant supposés non négociables *ex post*, et équitablement étudiés et prévus à l'origine (fût-ce en contradiction avec le CMP, en donnant par exemple un caractère définitif aux acomptes).

Les difficultés rencontrées :

- Il peut y avoir trop d'aléas pour l'industriel (Dassault et le Rafale), les contrats passés ne représentant pas les risques réels (d'origine budgétaire ou autres),
- et les accommodements avec le CMP peuvent paraître trop risqués juridiquement ;
- l'administration peut avoir un comportement léonin et faire pression sur l'industriel par des moyens non contractuels (dans un contexte concurrentiel),
- Manque d'efficacité des contrôles de coûts,
- Défauts d'organisation de la maîtrise d'ouvrage (ambiguïtés DGA /Étatmajor),
- Le partenariat avec l'État français peut s'avérer un cadre trop étroit, là où il faudrait un partenariat européen institutionnel (les accords internationaux signés sont insuffisamment opérationnels),
- Très grandes difficultés des *partenariats public/public* de droit privé (DCN, GIAT, CEA, etc.), par manque de clarté du rôle de la puissance publique (confusion entre les contrats et les subventions, exercice déficient de la tutelle). Ces points sont d'ailleurs un sujet en soi.

4. Réalisation des grands systèmes d'informatique de gestion

Objets des contrats : conception et mise en place de systèmes informatiques de gestion.

Procédures employées : en général appels d'offres sur performances.

Principales difficultés rencontrées

Sur la base de 4 grands projets dans des secteurs divers.

- L'objet est insuffisamment défini : les cahiers des charges sont mal faits, non professionnels.
- L'administration croit se protéger en fixant au titulaire des obligations de résultats, alors qu'elle ne se sent pas tenue de respecter les obligations de moyens qui la concernent en propre et qu'elle devrait mettre en œuvre pour assurer le succès de l'opération.
- Délais fixés sur des considérations politiques, sans rapport avec les réalités organisationnelles spécifiques à l'organisme.
- Manque de sérieux dans la conduite du projet : en cas de difficultés d'organisation, propension de la puissance publique à se défausser de ses responsabilités sur le titulaire. Évolution en cours de projet des objectifs de la puissance publique. Immixtion de l'administration dans le rôle technique du titulaire.
- De la part des titulaires : insuffisance de mobilisation des ressources rares nécessaires, manque de pilotage des projets, inflation des procédures qualité dans les réponses aux appels d'offres, et disparition de ces procédures en cours de réalisation. Chantage à l'abandon de chantier en cas de difficultés, pour provoquer des avenants avantageux. Exploitation abusive de la dissymétrie d'information.

5. Quelques indications à suivre en conclusion

Un plus pour les deux partenaires :

Une bonne définition de l'objet est indispensable *au moment de la signature* (ne pas confondre avec les incertitudes normales au lancement de la consultation).

Faire une revue contradictoire des risques respectifs des partenaires. Mais faut-il la traduire contractuellement ?

Il est indispensable d'avoir un détail de l'équilibre économique du contrat, pour faire face équitablement et durablement aux aléas. Et pour entretenir un dialogue confiant avec les bailleurs de fonds.

Un plus pour l'administration

Faire appel quand c'est possible à une assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO) professionnelle, pour éviter l'asymétrie d'information.

L'interférence de la politique

Si possible l'isoler, la cantonner, pour qu'elle ne perturbe pas la transparence et le professionnalisme du contrat.

ANNEXE 7 – Laurent Quelin

Schémas de Partenariats Public-Privé

1. DES PARTENARIATS REpondant A DES PROBLEMATIQUES VARIEES..	3
a. Marchés publics	3
b. Affermage et gestion déléguée.....	3
c. Concession (ou schémas de type BOT = Build Operate Transfer)	3
d. Le cas des METP	4
2. DES REMUNERATIONS A CARACTERE SOIT INCITATIF, SOIT PARTICIPATIF	5
a. Fixe	5
b. Cost+fee.....	6
c. Variable en fonction du trafic	6
d. Price cap.....	8
e. Des combinaisons sont possibles.....	8
f. Typologie des schémas de rémunération	9
3. D'AUTRES PARAMETRES INFLUENCENT LA PRISE DE RISQUE DE L'ENTREPRISE.....	11
a. Organisation de l'appel d'offre	11
b. Matrice de répartition des risques	12
c. Normes et Pénalités.....	12
d. Régulation financière	12
i. Durée de la Concession.....	12
ii. Retour à bonne fortune.....	13
e. Terminaison du contrat.....	13
i. Déchéance ou résiliation.....	13
ii. Terminaison normale	14
f. Typologie des risques assumés par les différents acteurs.....	14
4. DES SCHEMAS DE FINANCEMENT REFLETANT LES RISQUES TRANSFERES.....	15
a. Des contraintes de financement dépendant du type de partenariat	15
i. Les marchés publics.....	15

ii.	Les autres types de partenariat	16
b.	Différentes sources de financement	16
i.	Concours publics	16
ii.	Endettement et fonds propres.....	16
iii.	Financement et répartition des risques	18
c.	Typologie des schémas de montages financiers.....	19

1. Des partenariats répondant à des problématiques variées

Les pouvoirs publics (Principal) ont le choix, lorsqu'ils souhaitent avoir recours à une entreprise privée (Agent) pour assumer la réalisation d'un ouvrage ou d'un service, entre différents types de partenariats selon les objectifs qu'ils se sont fixés. Ces partenariats peuvent se classer en 4 grandes catégories, marchés publics, affermage (ou gestion déléguée), concession (ou BOT) et privatisation. Ils se différencient par le type de rémunération du partenaire privé, la durée du contrat, le degré de transfert de risques, la nature des responsabilités assumées, et leur caractère plus ou moins incitatif. Les objectifs du contrat liant le Principal et l'Agent sont d'une part d'assurer la réalisation au meilleur prix d'une prestation de la meilleure qualité possible et d'autre part, par les différents mécanismes de régulation mis en jeu, d'atténuer et gérer l'asymétrie d'information existant entre les deux parties.

a. Marchés publics

Il s'agit du type de contrat entre public et privé le plus courant, puisqu'il intervient dès que les pouvoirs publics souhaitent avoir recours à la sous-traitance. Le donneur d'ordre met en concurrence différentes entreprises privées en vue d'obtenir livraison d'un bien, d'un ouvrage ou d'un service. Le contrat se conclut sur la base d'un prix ferme (ou pas) qui couvre intégralement le coût et la marge de l'entreprise en vue de la délivrance de sa prestation. Ces contrats ont vocation à avoir une durée courte, limitée à un maximum de quelques années : une fois la prestation réalisée, les pouvoirs publics auront intérêt, s'ils souhaitent avoir de nouveau recours au même type de service, à effectuer une nouvelle mise en concurrence afin d'obtenir en permanence le meilleur rapport qualité-prix. Les marchés publics n'ont pas vocation à transférer de risque de recettes au secteur privé.

b. Affermage et gestion déléguée

Les pouvoirs publics ont recours à ce type de partenariat lorsqu'ils souhaitent externaliser une mission de service public. L'entreprise privée titulaire du contrat, à la suite de la mise en concurrence, gère le service public et délivre sa prestation à une collectivité d'usager. Le contrat peut ou pas inclure la nécessité pour l'entreprise privée de réaliser des investissements, mais ceux-ci ne représentent pas le cœur de la prestation. Différents types de rémunération, plus ou moins incitatifs, peuvent être mis en œuvre, comme nous le verrons plus loin. Dans tous les cas, la rémunération de la prestation a vocation à permettre à l'entreprise privée de couvrir ses coûts et de rentabiliser, sur la durée, ses investissements éventuels. La durée d'un tel contrat est plus longue que celle d'un marché public, le plus souvent de l'ordre d'une dizaine d'années.

c. Concession (ou schémas de type BOT = Build Operate Transfer)

Au même titre que l'affermage, l'essence même de la concession repose sur le transfert d'un risque substantiel d'exploitation à l'Agent. On entend par risque d'exploitation, non pas le

risque sur les coûts, qui s'apparente plus à un risque d'entreprise, mais le risque sur les recettes. Le degré de transfert de risque dépend alors, comme nous le verrons plus loin, du mécanisme de rémunération mis en place par le Principal.

Les pouvoirs publics ont recours à ce type de partenariat lorsqu'ils souhaitent externaliser sur une longue période une mission de service public, avec, outre la gestion du service, la nécessité pour l'entreprise privée de développer un réseau ou une infrastructure. Contrairement à l'affermage, la concession est donc centrée sur la réalisation et la gestion d'investissements lourds dont la rentabilisation ne peut se faire que par leur exploitation sur une longue période. La durée du contrat est en général plus longue que pour un simple affermage de par la nécessité pour l'entreprise d'amortir ses investissements. Le terme de BOT désigne plus précisément les concessions dont l'objet est centré sur le développement et l'exploitation d'un ouvrage spécifique. Dans ce type de projet, les pouvoirs publics peuvent être client direct du concessionnaire, et refacturer (ou pas) le service au client final. Dans le cas où la prestation attachée à l'infrastructure ne peut être payée par les usagers à un prix suffisant pour permettre la rentabilisation de l'investissement, des subventions doivent être octroyées par les autorités concédantes.

d. Le cas des METP

Les marchés d'entreprise de travaux publics (METP) avec paiement différé, utilisés en France pendant de nombreuses années, donnent un exemple intéressant de schémas de partenariat public-privé. Ils répondaient à une logique économique réelle, visant à lier un marché de construction avec le marché d'exploitation censé lui succéder, et non pas, comme on a pu le prétendre, à une simple logique financière destinée à étaler le paiement du marché sur une longue période. D'ailleurs, ces marchés peuvent être considérés à plus d'un titre comme les précurseurs des systèmes de PFI anglais. L'efficacité de ces derniers repose sur le fait qu'ils incitent l'entreprise d'une part à livrer l'ouvrage dans les meilleurs délais et au meilleur coût, et, d'autre part, à assurer des standards de qualités élevés afin de minimiser ses coûts d'entretien pendant la période d'exploitation de l'ouvrage. L'entreprise fait ainsi face à un véritable arbitrage économique entre ses coûts de construction (qualité des matériaux, etc.) et ses futurs coûts d'exploitation (coûts d'entretien et de maintenance), arbitrage qui est le plus à même d'aboutir à un optimum économique.

Malgré leurs vertus, les METP ont été explicitement interdits par le nouveau code des marchés publics actuellement en vigueur en France. Les critiques qui s'étaient exprimées en France à l'encontre des METP faisaient valoir l'utilisation abusive dont ils faisaient parfois l'objet, afin de permettre un paiement différé par le donneur d'ordres de l'opération de construction. Les détracteurs du système de METP lui opposaient également le fait que le mécanisme de paiement différé pouvait rendre difficile l'accès des PME à ce type de marché, quand leur surface financière était insuffisante pour porter un projet sur une longue période, et qu'il favorisait ainsi par la même occasion les très grandes entreprises. Cependant, il faut noter que de nombreuses PME locales sont liées à ces grandes entreprises, qui les utilisent comme sous-traitants et maintiennent par la même occasion une forte présence locale.

En outre, résumer l'intérêt d'un tel système à sa simple dimension financière est fortement réducteur, ainsi que l'exemple des PFI anglais le prouve. D'ailleurs, les défenseurs du nouveau code des marchés publics reconnaissent qu'il peut être nécessaire de confier à une même entreprise la construction d'un ouvrage et l'exploitation du service public qui lui est

associé. Ils ajoutent que distinguer, dans des lots différents, la construction et l'exploitation n'empêche pas de retenir un seul titulaire, si l'entreprise qui a remporté le lot relatif des à la construction de l'ouvrage s'avère la mieux placée pour en assurer l'exploitation. Dans ce cas, pourquoi ne pas avoir privilégié, plutôt que la simple interdiction du METP, le maintien d'un tel système tout en essayant d'en corriger les excès, par la mise en place de garde-fous, tant pour le donneur d'ordre que pour le prestataire. Les défauts mis en exergue à propos des METP auraient ainsi pu être corrigés, en assortissant ceux-ci, à la manière des PFI, de mécanismes plus incitatifs pour l'entreprise titulaire du contrat, tout en veillant à ce que la motivation du donneur d'ordres ne soit pas seulement d'ordre financier.

2. Des rémunérations à caractère soit incitatif, soit participatif

La rémunération obéit à un double objectif :

- elle doit être suffisamment sécurisante et juste pour attirer le secteur privé et assurer un nombre de participants à l'appel d'offre suffisant pour que la mise en concurrence soit efficiente.
- elle doit avoir un caractère incitatif de manière à ce que l'Agent ait intérêt à assurer une prestation de la meilleure qualité possible pour le prix, fixé à l'avance, payé par le Principal ou par les usagers.

Ces mécanismes de rémunération peuvent être fixés soit définitivement par le contrat, soit périodiquement par une autorité de régulation. Le contrat, bien que relativement rigide, constitue cependant le système le plus sécurisant pour l'entreprise privée puisqu'il fixe les règles du jeu dès le départ. Il peut néanmoins être utile de prévoir également dans le contrat des clauses de rendez-vous afin de faire le point sur l'évolution du partenariat et d'en augmenter la souplesse.

a. Fixe

On parle de rémunération fixe lorsque l'Agent perçoit, pour le service qu'il délivre, une rémunération, fixée par le contrat, indépendante de ses coûts réels. Parmi les aléas pouvant survenir, on note la variation des coûts d'investissements de l'entreprise (risque particulière fort dans un cas de BOT), la variation de ses coûts d'exploitation (qui peut provenir soit d'un manque d'efficacité, soit d'une variation du volume de prestation consommé par le Principal ou par les Usagers), un retard dans la livraison de l'infrastructure qui suspend le démarrage de la rémunération. Bien entendu, certains risques non couverts par l'entreprise peuvent faire l'objet d'une indemnisation complémentaire comme nous le verrons plus loin.

Dans ce schéma de rémunération, l'entreprise n'a pas de risque de revenus (hors risque lié à la livraison de l'ouvrage) mais un fort risque de coûts ce qui l'incite à avoir la gestion la plus efficace possible et à réaliser des gains de productivité. C'est le principal atout de ce schéma. D'une manière générale, il s'agit d'un mode de rémunération bien adapté aux projets dans lesquels l'entreprise supporte essentiellement des coûts fixes (liés au financement en particulier) et peu de coûts variables. Cependant, l'entreprise n'étant pas rémunérée au volume, elle peut être incitée à réaliser une prestation de moindre qualité pour diminuer ses

coûts d'investissements ou d'exploitation. C'est le rôle du contrat que de prévoir les mécanismes permettant d'atténuer les risques d'un tel comportement, en particulier par la mise en œuvre de contrôles stricts et de pénalités dissuasives.

Les PFI anglais de bâtiments publics peuvent être assimilés à des marchés publics avec rémunération différée de l'entreprise sur une telle base fixe en contrepartie de l'exploitation du bâtiment en question. L'objet du PFI ne concerne cependant pas nécessairement l'externalisation d'un service public quand, par exemple, l'objet du contrat porte exclusivement sur la construction d'un bâtiment public (hôpital, prison, restaurant d'administration) et son entretien, tandis que la mission de service public à proprement parler continue d'être assumée par les employés publics utilisant le bâtiment. Le paiement de l'annuité n'intervenant qu'à la livraison de l'infrastructure, l'entreprise est fortement incitée à respecter les délais. De fortes pénalités sont également prévues en cas de non respect des normes de qualités de construction et d'exploitation.

b. Cost+fee

Ce schéma de rémunération est essentiellement utilisé dans les partenariats de type affermage. Les autorités délégantes payent les coûts d'exploitation et versent à l'entreprise une rémunération complémentaire basée sur ses frais de gestion ou un taux de rendement permis. C'est un schéma qui ne transfère aucun risque à l'entreprise privée et qui est donc très peu incitatif. Il est cependant régulièrement utilisé dans les missions de courte durée (3-5 ans) d'assistance technique à la gestion.

c. Variable en fonction du trafic

Il s'agit du système de rémunération le plus fréquemment utilisé tant dans les affermagés (gestion déléguée de la distribution de l'eau en France, par exemple) que dans les concessions (ou les privatisations). Dans un tel schéma, la rémunération de l'entreprise dépend du volume de prestation consommée par les usagers : trafic de véhicules pour une concession d'autoroute, de tunnel ou de pont à péages ; volume d'eau consommée par les usagers pour la délégation du traitement, de la distribution et de l'assainissement de l'eau d'une collectivité ; repas livrés pour une concession de restauration collective.

Ce type de rémunération transfère un risque important à l'entreprise concessionnaire : elle est à la fois incitée à générer un fort trafic et à exploiter de manière efficace, afin d'augmenter sa marge. Cependant, ce risque peut dans certains cas être trop difficile à assumer par l'entreprise, quand celle-ci n'a aucune maîtrise de la fréquentation ou quand les prévisions de trafic sont fortement aléatoires. Dans ce cas, l'attractivité de la concession peut être faible, ce qui nuit à l'efficacité de la mise en concurrence : les entreprises participant à l'appel d'offre peuvent être incitées à sous-évaluer les perspectives de trafic et à sur-évaluer leurs coûts de construction. D'un autre côté, c'est aussi le système qui offre l'espérance de rentabilité la plus élevée, si la concession est un succès.

De multiples déclinaisons de cette rémunération sont possibles comme nous le verrons plus loin. On peut néanmoins à ce stade distinguer deux grandes catégories selon que le prix du service est payé par les usagers ou par les autorités concédantes :

- Paiement par les usagers :

L'entreprise concessionnaire est alors en prise directe avec le client auquel elle facture son service. Dans le cadre de l'appel d'offre, elle soumet une offre tarifaire qui optimise ses recettes en tenant compte, d'une part, de l'élasticité au prix de la demande et, d'autre part, d'une éventuelle segmentation du marché. Si les recettes qu'elle prévoit par cette optimisation sont insuffisantes pour rentabiliser son investissement, elle doit demander une subvention d'investissements pour assurer l'équilibre financier de la concession. La concurrence entre les soumissionnaires aura alors tendance à se faire sur le montant de subvention. Dans le cas où ses prévisions de recettes sont suffisantes, elle peut proposer un tarif plus faible que celui qui optimise ses recettes, à un niveau qui lui permet d'atteindre son objectif de rentabilité. La concurrence entre les soumissionnaires se fait alors sur leur stratégie de tarification. Dans tous les cas, ce schéma de rémunération est le plus risqué puisque l'Agent doit apprécier le niveau de demande qu'il peut espérer en fonction du prix qu'il propose.

Ce système est particulièrement répandu dans les concessions de distribution d'eau ou d'électricité (pays émergents comme pays développés), dans les concessions de tunnel ou de pont (car les usagers sont le plus souvent prêts à payer pour le service fourni), dans les concessions autoroutières (en particulier dans les pays émergents comme la Chine) mais aussi dans les concessions de parking par exemple.

- Péages virtuels (« Shadow tolls ») :

A la différence du schéma précédent, les péages virtuels sont transparents vis-à-vis des usagers, qui peuvent utiliser gratuitement le service proposé par le concessionnaire. Les recettes de l'entreprise sont cependant tout autant variables puisque versées directement par les autorités publiques en fonction du trafic observé. Il s'agit donc d'une forme de subvention à risque, étalée dans le temps. Cependant, par rapport au cas d'une subvention classique, le concessionnaire est plus fortement incité à favoriser le trafic et à exploiter l'infrastructure efficacement. De plus, les péages ne constituant pas un obstacle au développement du trafic, le risque de trafic en est diminué (sur les autoroutes, l'absence de barrière à péages est un atout supplémentaires). Les entreprises candidates se font alors concurrence sur la stratégie de tarification qui leur permet, compte tenu de leurs hypothèses de trafic, d'attendre leur cible de rentabilité. Un tel schéma présente un intérêt tout particulier lorsque les pouvoirs publics souhaitent subventionner un service public tout en en étalant la charge sur la période de concession. Cependant, une fois qu'un service est accessible gratuitement, il est très difficile politiquement de décider ultérieurement de le facturer, quand bien même il aurait une valeur réelle pour les usagers.

On rencontre fréquemment ces schémas dans les autoroutes anglaises, mais aussi au Portugal où un programme complet d'autoroute d'aménagement du territoire, avec péages virtuels, a été lancé dans les dernières années (ce système serait cependant en train d'être remis en cause). Dans le secteur de l'eau au Québec, le prix du m³ d'eau potable ne reflète pas son coût de traitement et d'assainissement. Il a été observé que cela induisait une consommation d'eau bien supérieure à celle des autres pays développés et donc une inefficacité. Le système est en train d'être réformé afin que l'eau soit facturée aux usagers à son véritable coût de production. Enfin, l'arbitrage entre ces deux schémas peut relever, comme nous l'avons vu, de motifs économiques, selon la propension ou la capacité qu'ont

les usagers à payer pour le service, mais aussi de motifs politiques, selon que les autorités publiques souhaitent que le développement de leur réseau soit financé par l'utilisateur ou par le contribuable.

Les tableaux récapitulatifs suivants présentent les avantages et inconvénients des deux schémas, dans le cas d'une concession autoroutière nécessitant une subvention :

Péages réels avec subvention d'investissements	
Avantages	Inconvénients
<ul style="list-style-type: none"> - Les délais de mise en service sont garantis car c'est l'intérêt du Concessionnaire. - L'Etat ne finance qu'une partie de l'infrastructure. 	<ul style="list-style-type: none"> - Une autoroute à péage coûte en moyenne plus cher en construction, et surtout en exploitation. - Les péages (et les barrières de péage) nuisent au développement du trafic.

Péages 100% virtuels	
Avantages	Inconvénients
<ul style="list-style-type: none"> - Les délais de mise en service sont garantis car c'est l'intérêt du Concessionnaire. - Le coût pour l'Etat est étalé sur la durée de Concession. Les « Shadow tolls » peuvent être débudgétisés. - Optimal pour le développement du trafic (et diminue le risque de trafic). 	<ul style="list-style-type: none"> - L'Etat finance 100% de l'infrastructure (le risque de trafic est toutefois conservé par le Concessionnaire). C'est le contribuable, et non l'utilisateur, qui paye. - Cela reporte le problème du financement aux générations futures.

d. Price cap

Il s'agit d'une variante du schéma de concession à péage réel. L'entreprise est autorisée à tarifier son service à hauteur du « Price cap ». Ce dernier évolue au cours du temps en tenant compte, sur le long terme, d'une amélioration de l'efficacité de l'exploitation. Les gains de productivité qui en résultent sont rétrocédés aux usagers partiellement ou totalement (par exemple, le gain de productivité pourra être conservé sous forme de marge supplémentaire pour l'entreprise pendant quelques années, puis rétrocédé à l'utilisateur par une baisse du tarif). Ce mécanisme est particulièrement incitatif pour l'entreprise et juste pour l'utilisateur qui peut ainsi bénéficier de l'amélioration de la gestion par le privé. Un tel système a été mis en place lors de la privatisation de la gestion des eaux de Berlin en 1999.

e. Des combinaisons sont possibles

Bien entendu, diverses combinaisons sont possibles entre ces différents mécanismes de tarification afin d'en améliorer l'efficacité et d'atteindre plus finement les objectifs que se sont fixées les autorités concédantes :

- Par exemple, un tarif en deux parties (two-part tariff) peut être mis en place. La première partie, dite « partie fixe », est destinée à couvrir les coûts fixes de l'entreprise : elle résulte de la division de ses coûts fixes par le trafic réel observé (le

concessionnaire répartit donc ces coûts entre les usagers utilisant effectivement son service). La deuxième partie, dite «partie variable », est destinée à couvrir le coût marginal de production de l'entreprise.

- Dans certains cas, l'entreprise privée chargée de la construction et de l'exploitation de l'infrastructure n'est pas responsable de la facturation aux usagers et de la collecte des revenus correspondants. Les autorités concédantes font alors écran entre le concessionnaire et les usagers. Un contrat de «take or pay» est alors mis en place entre l'agent et le principal, par lequel le principal s'engage à acheter à l'agent un volume minimum de prestation, à un prix donné. On se trouve alors en face d'une combinaison de rémunération fixe et variable. Ce mécanisme est régulièrement utilisé (en Angleterre et dans les pays émergents) dans les BOT d'électricité, d'eau, de traitement de déchets, et d'infrastructures routières à péage.
- Une variante des péages virtuels consiste à prévoir un tarif différent pour différentes bandes de trafic. La tarification peut par exemple être dégressive quand le trafic observé augmente. Un tel système permet au concessionnaire de mieux contrôler son risque de revenus et au concédant de maîtriser la rentabilité maximale de l'entreprise privée. Les autorités portugaises ont utilisé ce mécanisme dans leurs récents projets autoroutiers.
- Enfin, une combinaison de péages réels, fixés à un niveau permettant d'optimiser soit les trafics, soit les recettes, et de péages virtuels, destinés à rentabiliser la quote-part des investissements de l'entreprise privée qui ne sont pas couverts par les péages réels. Il s'agit d'une variante du schéma avec péage réel et subvention d'investissements. Cependant, le risque de trafic transféré au concessionnaire est plus important. Du point de vue des pouvoirs publics, si le trafic se développe fortement, la somme actualisée des recettes de péages virtuels versées au concessionnaire peut s'avérer être beaucoup plus importante que la subvention d'investissement initiale qu'ils auraient dû verser, ce qui est acceptable puisque la concession est un succès. Par contre, si les péages ne se développent pas, la somme globale versée par les autorités concédantes diminue.

f. Typologie des schémas de rémunération

Type de rémunération	Descriptif	Commentaires
Fixe	<ul style="list-style-type: none"> • Le prestataire perçoit, pendant la période d'exploitation, une rémunération fixée à l'avance, en général assortie de mécanismes de pénalités, déclenchés si la qualité de service est insuffisante. • Le paiement de la rémunération ne démarre que lorsque l'ouvrage (ou le bâtiment) est livré au donneur d'ordres. 	<ul style="list-style-type: none"> • Rémunération adaptée aux marchés ne présentant pas de risque d'exploitation ou lorsque le Principal ne souhaite pas que l'Agent soit à risque sur ses recettes. • Utilisé dans les PFI anglais et, auparavant, dans les METP. • Le déclenchement de la rémunération à la livraison de l'ouvrage incite l'Agent à terminer la construction dans les délais. • Optimal pour le Principal dès lors

		que l'Agent est en charge tant de la construction que de l'entretien de l'ouvrage objet du marché.
Cost + Fee	<ul style="list-style-type: none"> • Le prestataire est remboursé de ses coûts (pass-through) • Il est par ailleurs rémunéré sur la base d'une commission fixée à l'avance. 	<ul style="list-style-type: none"> • Mécanisme peu incitatif • Souvent utilisé dans les marchés d'assistance technique
Variable payée par usagers	<ul style="list-style-type: none"> • Les usagers payent le prestataire pour le service qu'il fournit. Le prix payé et son évolution sont fixés à l'avance par le contrat. L'entreprise perçoit donc une rémunération variable en fonction du volume de prestation consommé. • Par définition, dans le cas d'un BOT, le prestataire ne perçoit de recettes qu'une fois l'ouvrage mis en service. 	<ul style="list-style-type: none"> • Rémunération adaptée aux contrats d'affermage ou de concession (ou BOT), lorsque le Principal souhaite transférer le risque de recettes à l'Agent. • L'Agent est incité à fournir un service de la meilleure qualité possible afin de développer le trafic. • Lorsque les prévisions de recettes pouvant être perçues des usagers ne sont pas suffisantes pour rentabiliser les investissements de construction, le Principal doit verser une subvention d'équipement afin d'équilibrer financièrement la concession. • En variante, et ce afin d'atténuer le risque de recettes de l'Agent, le Principal peut décider de mettre en place un contrat de « take or pay ».
Variable payée par concédant (shadow toll)	<ul style="list-style-type: none"> • Les pouvoirs publics payent le prestataire pour le service qu'il fournit aux usagers. Le prix payé et son évolution sont fixés à l'avance par le contrat. Au même titre que le cas précédent, l'entreprise perçoit donc une rémunération variable en fonction du volume de prestation consommé par les usagers, mais la rémunération est versée par les pouvoirs publics. • Par définition, dans le cas d'un BOT, le prestataire ne perçoit de recettes qu'une fois l'ouvrage mis en service. 	<ul style="list-style-type: none"> • Rémunération adaptée aux contrats d'affermage ou de concession (ou BOT), lorsque le Principal souhaite transférer le risque de recettes à l'Agent mais ne souhaite pas que les usagers payent. • Ce choix de rémunération résulte d'un arbitrage par les pouvoirs publics entre financement par les usagers et financement par le contribuable. • L'Agent est incité à fournir un service de la meilleure qualité possible afin de développer le trafic. • Par définition, aucune subvention d'équipement n'est nécessaire. Donner au péage virtuel le statut d'une subvention d'exploitation est discutable puisque l'Agent prend réellement un risque de trafic. • En variante, et ce afin d'atténuer le risque de recettes de l'Agent, le Principal peut décider de mettre en place un contrat de « take or pay ». • Le péage virtuel est favorable au

		développement du trafic mais non optimal économiquement puisque le service offert par l'Agent a un prix. Pour compenser cela, le Principal peut choisir, en variante, de combiner péages réels et péages virtuels.
Price cap	<ul style="list-style-type: none"> • Il est demandé au prestataire de s'engager sur des gains de productivité. Le « price cap » et son évolution, a priori décroissante, qui résultent de cet engagement, sont fixés à l'avance par le contrat. • Si le prestataire réalise des gains de productivité supérieurs aux prévisions, il les conserve pendant quelques années et bénéficie ainsi d'une marge opérationnelle accrue, puis doit les rétrocéder aux usagers. 	<ul style="list-style-type: none"> • La tarification en «price cap » est une variante importante des schémas de rémunération fixe ou variable payée par les usagers. • Ce système est particulièrement efficace lorsque le Principal souhaite inciter l'Agent à améliorer la qualité de service tout en réduisant les coûts d'exploitation et à en faire bénéficier les usagers (concession de distribution d'eau ou d'électricité). • Mécanisme d'autant plus efficace que les coûts d'exploitation représentent une part substantielle des coûts de l'Agent pendant la période de concession.

3. D'autres paramètres influencent la prise de risque de l'entreprise

Outre le mécanisme de rémunération, le mode d'organisation de l'appel d'offre et un certain nombre de paramètres du contrat régissant le partenariat public-privé établissent l'équilibre des risques entre les différents acteurs, pouvoirs publics, entreprise privée, institutions financières.

a. Organisation de l'appel d'offre

L'appel d'offre se décompose en général en trois grandes phases :

- la phase de qualification est destinée à déterminer les entreprises qui ont des références suffisantes pour répondre à l'appel d'offre.
- La phase de présélection intervient une fois que les candidats ont remis leurs offres détaillées. Après avoir analysé les dossiers, les pouvoirs publics sélectionnent un ou plusieurs soumissionnaires pressentis en vue de l'adjudication de l'appel d'offre.
- La phase de négociation est destinée à finaliser le contrat, voire à faire jouer la concurrence entre plusieurs candidats pressentis.

L'organisation de l'appel d'offre doit répondre aux objectifs des pouvoirs publics dans la mise en concurrence. Une mise en concurrence longue (et coûteuse) est favorable à l'émergence d'une offre optimale mais peut dissuader les entreprises de participer à l'appel d'offre (cas des PFI). D'un autre côté, la négociation avec un seul candidat pressenti met les pouvoirs publics dans un rapport plutôt défavorable. Il est souvent préférable de négocier avec les deux meilleurs candidats.

Une variante dite « Best and final » est parfois utilisée par les autorités publiques. Celles-ci peuvent décider d'acquiescer les propositions techniques des différents candidats et d'organiser un second appel d'offre sur la base d'un cahier des charges réalisé à partir des meilleures solutions techniques proposées. Cette mise en concurrence particulièrement efficace a son revers de la médaille : elle conduit à un transfert technologique entre les différentes entreprises, ce qui nuit aux avantages concurrentiels que certaines ont pu développer et dissuade celles-ci de poursuivre leurs activités de recherche et développement.

b. Matrice de répartition des risques

La matrice de répartition des risques résulte de l'équilibre des différentes clauses du contrat. Dans le cas des schémas concessifs (affermage, BOT, privatisation) les risques exceptionnels de Force Majeure (parfois non alloué), Imprévision et Fait du Prince sont systématiquement assumés par les autorités publiques. Celles-ci couvrent en général également les risques en matière d'expropriation et d'environnement que l'entreprise privée maîtrise peu. L'entreprise privée assume quant à elle les risques en matière de financement, de construction, d'exploitation et de maintenance. En matière de construction, la modification du cahier des charges à l'initiative des autorités, conduit à une indemnisation de l'entreprise pour les travaux complémentaires à réaliser. Le partage du risque de recettes entre l'entreprise, les prêteurs et les autorités publiques dépend, comme nous l'avons vu, du schéma de rémunération mis en place.

c. Normes et Pénalités

La fixation de normes de qualité par le contrat ou une autorité de régulation et l'établissement d'un programme pénalités si ces normes ne sont pas respectées, sont indispensables pour inciter l'entreprise à bien faire son travail, en particulier quand la qualité de sa prestation n'a pas d'incidence sur le niveau de ses recettes. Ces pénalités doivent être dissuasives et crédibles. Si les autorités sont réticentes à prendre des recours juridiques, il peut être préférable de prévoir dans le contrat des clauses d'ajustement permettant à l'entreprise de se remettre à niveau dans un certain délai, sous peine de subir un cas de déchéance.

d. Régulation financière

Les autorités ont le choix entre différents mécanismes, autres que la rémunération, pour réguler les paramètres financiers d'une concession.

i. Durée de la Concession

La plupart des concessions sont à durée fixe. Le concessionnaire doit rentabiliser l'intégralité de son investissement sur cette période, puis céder la concession au concédant. L'introduction d'un système de durée de concession variable et plafonnée peut cependant avoir un certain nombre de vertus :

- La concession interrompt lorsque un indicateur prédéfini dans le contrat et mesurant la rentabilité du projet atteint un niveau objectif. De cette manière, la rentabilité que l'entreprise peut attendre du projet est plafonnée.
- Si l'indicateur n'atteint jamais son objectif, la concession ne s'arrête qu'une fois la durée maximale admise dans le contrat atteinte. Cela diminue le risque financier de l'entreprise.
- Si la durée maximale de la concession est très longue (en particulier si elle est largement supérieure à la maturité de la dette bancaire), les institutions bancaires, qui apportent une grande partie des fonds nécessaires au financement du projet, sont mieux sécurisées. Elle peuvent envisager un refinancement de la dette à terme.

ii. Retour à bonne fortune

Un autre schéma de régulation financière consiste à définir dans le contrat un indicateur financier qui, une fois atteint son niveau objectif, entraîne le partage entre le concédant et le concessionnaire des bénéfices du projet. Dans ce cas, contrairement à la durée de concession variable, la rentabilité du projet pour l'entreprise n'est pas plafonnée. Mais le concédant est intéressé aux bénéfices du projet à partir d'un certain stade. Une variante de ce système consiste à prévoir des baisses tarifaires une fois le critère financier atteint. Dans ce cas, c'est l'usager qui bénéficie à terme de la réussite du projet.

e. *Terminaison du contrat*

Le partenariat s'achève soit à l'expiration de la période de concession, soit avec la résiliation du contrat par le concédant ou la déchéance du concessionnaire. La déchéance et la résiliation sont des clauses majeures du contrat car elles peuvent faire porter un risque très important sur le concessionnaire. Les modalités de rétrocession de la concession du concessionnaire au concédant en cas de terminaison normale ou prématurée de celle-ci doivent être explicitées en détail dans le contrat.

i. Déchéance ou résiliation

La déchéance et la résiliation sont des cas extrêmes dont les modalités doivent être visées par le contrat, en particulier en matière d'indemnisation du concessionnaire. La déchéance résulte d'un manquement du concessionnaire à ses obligations au titre de la concession tandis que la résiliation relève du droit inaliénable du concédant de faire revenir prématurément la concession dans le domaine public. L'indemnisation du concessionnaire en cas de résiliation est donc bien plus généreuse que dans un cas de déchéance :

- Résiliation : La formule utilisée pour calculer l'indemnisation en cas de résiliation a pour objet de valoriser le manque à gagner (fonds de commerce) du concessionnaire. Elle peut donc être très favorable : elle tient compte en général des excédents bruts d'exploitation des années précédant la résiliation et leur applique un taux de croissance pour déterminer l'indemnité perçue par le concessionnaire jusqu'à la date d'expiration théorique de la concession résiliée.

- Déchéance : En cas de déchéance, le concessionnaire perçoit a priori, dans le meilleur des cas, la valeur nette comptable des actifs à son bilan. La concession peut aussi être adjudiquée par un processus d'enchères. Le concessionnaire doit de surcroît faire face à des pénalités à verser aux autorités publiques en contrepartie du préjudice qu'il leur a occasionné.

ii. Terminaison normale

Diverses modalités de terminaison normale du contrat peuvent être envisagées. En particulier, les alternatives possibles portent sur la nature de la transaction ayant lieu à ce moment là entre le concessionnaire et le concédant

- Transfert : dans la plupart des concessions ou des affermagés, l'entreprise rétrocède sans indemnité la concession et les actifs qui sont indispensables à son fonctionnement. Parmi les actifs, on distingue donc les biens de retour (c'est à dire les actifs qui faisaient partie du cahier des charges de la concession) et qui auront été amortis comptablement et financièrement sur la période de concession, et les biens de reprise (c'est à dire les actifs que l'entreprise utilise pour exploiter la concession) sur lesquels le concédant peut exercer son droit de reprise en les rachetant à leur valeur nette comptable. La concession retourne alors dans le domaine public.
- Rachat : le contrat peut cependant prévoir, contrairement au cas précédent, que la concession fasse l'objet d'une transaction entre le concessionnaire et le concédant. Si la durée de la concession est manifestement plus courte que la durée de vie des biens de retour, il est possible que ceux-ci soient amortis comptablement sur leur véritable durée vie plutôt que sur la période de concession. Dans ce cas, le concédant rachète les actifs à leur valeur nette comptable, après s'être assuré qu'elle reflète la vraie valeur résiduelle de l'infrastructure. Ce système peut être sécurisant pour le concessionnaire car il est certain de récupérer une partie de la valeur de l'actif à terme, ce qui est avantageux si la concession ne s'est pas développée comme prévu. A contrario, si la concession a bien marché, il est fort probable que sa valeur future soit supérieure à la valeur de l'actif net comptable. La concession retourne alors également dans le domaine public.
- Nouvelle Adjudication : Enfin, en variante des deux schémas précédents, les pouvoirs publics peuvent décider, à l'issue de la période de concession, de renouveler celle-ci en organisant une nouvelle mise en concurrence. Cette mise en concurrence pourra prendre la forme d'un processus d'enchère en vue de l'adjudication du contrat de concession tel quel.

f. Typologie des risques assumés par les différents acteurs

Les principaux risques liés à un partenariat public-privé se répartissent entre les différents acteurs impliqués dans le projet. Il se dit traditionnellement que la répartition est optimale si chaque risque est assumé par l'acteur censé le maîtriser le mieux, au coût le plus faible. Cette

répartition se traduit par l'établissement de contrats entre les acteurs en question, principalement le contrat de concession entre la société-projet et les pouvoirs publics, et le contrat de financement entre la société-projet, l'entreprise sponsor du projet et les prêteurs. L'entreprise peut décider de répartir la construction et l'exploitation entre différentes filiales ou entre certains des partenaires avec lesquels elle a gagné le marché. Un contrat d'exploitation est alors mis en place entre la société-projet et le groupement responsable de l'exploitation, de même qu'un contrat de construction lie le groupement constructeur à la société-projet. On peut résumer les différents risques, et la manière dont ils sont le plus souvent susceptibles d'être répartis, par le tableau synthétique suivant :

Risques / Acteurs exposés	Entreprise (ou consortium)	Prêteurs	Pouvoirs publics	Usagers
Construction				
Financement				
Coûts d'exploitation				
Trafic				
Force majeure				
Fait du Prince				
Imprévision				
Environnemental				
Expropriations				
Macroéconomique				
Résiliation				
Déchéance				

4. Des schémas de financement reflétant les risques transférés

Les problématiques de financement interviennent dès lors que le partenariat requiert le développement d'un ouvrage important (usine de traitement d'eau, centrale électrique, infrastructure de transport, prison, etc.) pour lequel l'entreprise sélectionnée n'est pas directement rémunérée pour sa construction. Les dépenses mises en œuvre lors de la construction représentent alors un investissement pour l'entreprise. Ce sont les revenus tirés de l'exploitation qui permettront à l'entreprise de rentabiliser cet investissement sur la période contractuelle du partenariat. La notion de risque est indissociable des questions de financement. C'est l'incertitude du lien entre revenus futurs et coûts d'investissement engagés par l'entreprise qui définit la problématique de financement du projet, selon les risques transférés à l'entreprise privée.

a. Des contraintes de financement dépendant du type de partenariat

i. Les marchés publics

Typiquement, un marché public ne met pas en jeu de problématique de financement majeure car l'entreprise est payée au fur et à mesure de la construction de l'ouvrage. De même, un METP, si les échéances de paiement différé ne pas conditionnées à une construction et une

exploitation présentant certaines normes de qualité, ne transfère pas de risque à l'entreprise. Dans ces deux cas, l'entreprise est juste amenée à financer le décalage entre le moment où ses dépenses sont engagées et le moment où elle perçoit sa rémunération des pouvoirs publics, c'est-à-dire un besoin en fonds de roulement. Dans un marché de conception construction à prix ferme, la problématique de financement s'apparente à celle d'un marché public à ceci près que l'entreprise doit parfaitement maîtriser ses prévisions de coûts afin de ne pas s'exposer à un risque de construction trop élevé.

ii. Les autres types de partenariat

Pour les autres schémas de partenariat l'acuité de la problématique de financement dépend de l'ampleur des investissements à réaliser. Dans le cadre d'un affermage, la plupart des investissements sont autofinancés. Par contre, dès lors que, à l'instar d'un BOT ou d'une concession, des investissements majeurs doivent être réalisés, l'entreprise doit financer sur le long-terme ces dépenses et répercuter dans le prix de son service ce qui lui permet de conserver une rentabilité suffisante. Dans le cas d'un BOT, la problématique est simple : l'entreprise doit financer « *up-front* » la construction de l'ouvrage et s'assurer que ses perspectives de revenus permettent de lui assurer sa rentabilité cible.

b. Différentes sources de financement

i. Concours publics

Les concours publics permettent de couvrir les coûts de construction de l'entreprise qui ne peuvent être rentabilisés par l'exploitation de l'ouvrage construit, c'est-à-dire quand le potentiel de paiement par les usagers pour le service offert n'est pas suffisant pour équilibrer financièrement l'intégralité du coût de l'ouvrage. Tout se passe alors comme si la quote-part subventionnée de l'investissement faisait l'objet d'un marché public, tandis que la part financée en propre par l'entreprise s'apparentait à une véritable concession non subventionnée. Plus la part de concours publics est importante dans la couverture des coûts de construction, plus le partenariat se rapproche d'un marché public, plus le risque de requalification de la concession en marché public est élevé.

Si le potentiel de recettes susceptibles d'être perçues des usagers est insuffisant mais que les pouvoirs publics ne souhaitent pas avoir recours au versement d'une subvention d'équipement, des schémas de type PFI ou « *shadow toll* » peuvent être mis en place. Dans ce cas, l'entreprise privée est en mesure de financer en propre l'intégralité de l'ouvrage, car ses revenus futurs sont *de facto* versés en totalité par les pouvoirs publics et non par les usagers. Les versements futurs des pouvoirs publics sont calibrés de manière à permettre le financement du projet.

ii. Endettement et fonds propres

La part de financement propre pouvant être assuré par l'entreprise dépend en général, comme nous venons de le voir, de la rentabilité intrinsèque du projet, c'est-à-dire du lien entre les coûts du projet et le potentiel de revenus tirés des usagers, sauf quand un mécanisme de type PFI ou de « *shadow toll* » déconnecte les revenus du projet du prix facturé aux usagers, ce qui permet, par définition, d'assurer le financement de 100% du projet.

La capacité d'autofinancement du projet se mesure en établissant quelle proportion de l'investissement peut être assumée par l'entreprise tout en assurant que le TRI projet qui en résulte reste supérieur ou égal au coût moyen pondéré du capital. En règle générale, une société ad-hoc, la société-projet, est créée de manière à porter le projet et à recevoir les fonds destinés à financer l'investissement. Le financement correspondant est assuré, en dehors des subventions, d'une part par la dette apportée par les institutions bancaires (ou les marchés obligataires) et, d'autre part, par les fonds propres, injectés par l'entreprise elle-même. Les banques se rémunèrent au coût de la dette et les actionnaires au coût des fonds propres, le projet doit globalement rémunérer ses bailleurs de fonds au coût moyen pondéré du capital.

Les bailleurs de fonds, banques et actionnaires, se rémunèrent sur les cash-flows disponibles (flux de trésorerie) du projet. Ces cash-flows sont consacrés en priorité au remboursement de la dette et au paiement des frais financiers qui rémunèrent les banques, puis au remboursement d'avances éventuelles faites par les actionnaires, puis au paiement de dividendes rémunérant le capital social. Les fonds propres du projet sont donc constitués du capital social et des avances d'actionnaires. Ceux-ci sont les fonds les plus à risque, et donc les mieux rémunérés, car leur remboursement et leur rémunération sont moins prioritaires que ceux de la dette. Enfin, pour ce qui concerne l'endettement, deux types de financement, aux philosophies différentes, peuvent être mis en place, le financement de projet et le financement « *corporate* ».

- Financement « *corporate* » (ou financement « *recourse* »):

Dans un financement « *corporate* », l'entreprise (ou le consortium) sponsor du projet garantit elle-même la dette mise en place au niveau de la société-projet. Ainsi, si cette dernière fait défaut dans le remboursement de la dette, l'entreprise se substitue à la société-projet pour assurer ses obligations financières. Tout se passe comme si l'entreprise finançait le projet sur son propre bilan. C'est la propre structure de financement de l'entreprise qui détermine alors le coût moyen pondéré du capital. Les banques prêtant au projet ne prennent alors pas véritablement de risque-projet, sauf quand le projet représente lui-même une part substantielle des investissements de l'entreprise. Par contre, l'entreprise est à risque non seulement sur les fonds propres qu'elle a injectés mais aussi sur la dette qu'elle a garantie.

- Financement de projet (ou financement « *non recourse* »):

Dans le financement de projet, les banques ne voient que la société-projet. Il y a une séparation totale entre l'entreprise et le projet qu'elle développe. Les banques « se payent » uniquement sur les cash-flows du projet et n'ont aucun recours possible au niveau de l'entreprise (sauf quand des clauses spécifiques sont prévues, on parle alors de « *limited recourse* »). C'est alors le risque spécifique du projet qui détermine le coût de la dette tandis que l'entreprise est a priori uniquement à risque sur les fonds propres qu'elle a injectés. Par conséquent, le coût moyen pondéré du capital dépend exclusivement de la structure de financement du projet lui-même. Les montages en financement de projet permettent de démultiplier les capacités d'investissement des entreprises, car ils permettent à celles-ci de développer des projets sans que la dette nécessaire à leur financement ne viennent alourdir leur bilan. De plus, l'effet de levier généré par un ratio dette-fonds propres élevé au niveau de la société-projet permet de générer une rentabilité des fonds propres plus importante, même si il s'accompagne également d'un risque sur les fonds propres plus élevé.

Les marchés sont de plus en plus innovants en matière de financement bancaire ou obligataire. Un montage financier permettra rarement de compenser le défaut de rentabilité structurel d'un projet, mais il pourra en revanche s'adapter à l'économie spécifique d'un projet. D'une manière générale, ce sont les solutions de financement les plus souples qui sont les plus efficaces. Ainsi, dans le cas du développement d'une nouvelle liaison autoroutière ou ferroviaire, le trafic des premières années est souvent relativement faible. Si les revenus de la société-projet dépendent du trafic, la situation financière de celle-ci est donc en général relativement tendue pendant les premières années. Le profil de remboursement de la dette bancaire peut alors être sculpté de manière à s'adapter à la montée en puissance du projet sur sa durée de vie. En situation limite, la dette peut être remboursée uniquement à la fin de la concession : on parle de remboursement « *bullet* ». Dans un autre registre, certains projets d'infrastructure ont été récemment financés en France grâce à des obligations indexées sur l'inflation (grâce aux OATi). Pendant toute la durée de la concession, la société-projet rémunère les obligations sur la base des taux d'intérêts réels. Elle ne rembourse la part des intérêts liée à l'inflation qu'à la fin de la concession.

iii. Financement et répartition des risques

L'entité prêtant les fonds nécessaires au financement du projet ne prend pas systématiquement tous les risques liés au remboursement et à la rémunération de ces fonds. Ainsi, quand le projet est développé dans un pays émergent, certains risques spécifiques, comme par exemple le risque politique (fait du prince, force majeure, etc.), peuvent être couverts par des acteurs spécialisés tels que les assureurs crédit. Plus généralement, lorsque l'entreprise souhaite financer un projet sur le marché obligataire, elle peut également avoir recours à un réhausseur de crédit¹ dont la signature permet d'émettre les obligations avec une notation de meilleure qualité et à un meilleur coût.

La répartition des risques est centrale dans la manière qu'a une institution financière d'évaluer l'opportunité de prêter des fonds à un projet. Celle-ci définit tout d'abord en accord avec l'entreprise un cas financier de base reposant sur des prévisions de coûts de construction et d'exploitation et des prévisions de recettes. Elle cherche alors à s'assurer que, dans le cas de base (cas a priori le plus probable), le projet satisfait à un certain nombre de critères de solvabilité (ratios de couverture de la dette). Ensuite, elle vérifie que, dans certains cas dégradés (hausse des coûts de construction ou recette plus faibles que prévues), la société-projet est toujours en mesure de rembourser sa dette. Enfin, dans le pire scénario envisageable, sa perte ne doit pas dépasser un certain seuil maximum. A contrario, les fonds propres jouent un rôle d'amortisseur financier et peuvent être totalement perdus.

¹ Le réhausseur de crédit est une institution bénéficiant, auprès des agences de notation, d'une notation (*rating*) AAA et jouant un rôle d'assureur de la société-projet vis-à-vis de ses créanciers. Ainsi, le réhausseur se substitue à la société-projet en cas de défaut de paiement de ses annuités de remboursement de la dette (principal plus intérêts). De ce fait, la dette bénéficie également de la notation AAA. La dette ainsi « réhaussée » peut être placée dans de très bonnes conditions sur le marché obligataire. La rémunération du réhausseur est en général constituée d'une prime payée au démarrage (*up-front*) par la société de projet, équivalente *en moyenne*, en valeur actualisée, à 50 points de base de surcoûts sur l'endettement obligataire. Sa rémunération effective dépend de la notation d'origine de la dette (et donc aussi de la qualité du projet), celle-ci pouvant aller jusqu'à BBB (au-delà, on parle de « *speculative bond* »). On observe en général que le coût financier de ce type de montage, égal à la somme du rendement de l'obligation AAA et de la rémunération du réhausseur, est plus favorable que celui d'un endettement bancaire classique.

Lorsque la bancabilité d'un projet n'est pas assurée en raison d'un équilibre économique et financier jugé trop fragile, les pouvoirs publics peuvent décider d'assortir la concession d'un certain nombre de sécurités :

- La garantie de trafic permet de sécuriser fortement les institutions financières prêtant au projet. Cette garantie peut prendre la forme d'un contrat de type « *take or pay* », couramment mis en place dans les concessions d'eau ou d'électricité. On peut considérer qu'une telle garantie dénature l'esprit de la concession. Un tel mécanisme est cependant parfois indispensable pour assurer le lancement de projets pour lesquels le risque de trafic est trop élevé.
- Garantie de refinancement : les pouvoirs publics peuvent s'engager à refinancer une partie de la dette du projet si celle-ci n'a pas pu être remboursée à un horizon prédéterminé. Une telle garantie peut être assimilée d'une certaine manière à une garantie de trafic. Cependant, elle offre plus de souplesse car elle laisse au projet le temps de monter en puissance. Soit l'insuffisance de recettes résulte d'un retard dans la montée en puissance du trafic mais les perspectives sont bonnes et le refinancement de la dette se fera sans difficulté par le marché, compte tenu d'une durée de vie du projet supérieure à la maturité initiale de la dette ; soit cette insuffisance est d'une nature plus structurelle et c'est alors seulement que la garantie publique jouera pleinement. Un tel mécanisme présente cependant le fort désavantage de faire porter aux générations futures ce risque de refinancement.

c. Typologie des schémas de montages financiers

Lorsqu'un partenariat public-privé est mis en place, qu'il s'agisse d'un projet de type PFI, d'un affermage (ou gestion déléguée) ou d'une concession (ou BOT), une société ad-hoc, (la société-projet), destinée à porter le projet pendant la période de construction (pour les PFI et les BOT) et pendant la période d'exploitation, est en général constituée.

Le financement de la période de construction est assuré d'une part par les fonds propres, capital social et avances remboursables, injectés par les actionnaires sponsors du projet et, d'autre part, par la dette apportée par les prêteurs. La part des coûts de construction n'étant pas susceptible d'être rentabilisée financièrement par les recettes futures du projet, doit en général être subventionnée par les pouvoirs publics. D'autres options leur sont cependant ouvertes, comme celle d'apporter à la société-projet une garantie de refinancement, ou de permettre une extension de la durée du contrat, en cas de rentabilité insuffisante. En première approche, la quote-part d'investissements susceptible d'être assumée par le secteur privé est celle qui garantit au projet un taux de rentabilité interne sur les cash-flow disponibles au moins égal au coût moyen pondéré du capital. Ce dernier résulte d'une moyenne, pondérée selon la part que chacune des sources représente dans le financement du projet, entre le coût de la dette, taux rémunérant le risque pris par les prêteurs, et le coût des fonds propres, taux rémunérant le risque plus important pris par les actionnaires.

Deux types standards de montages financiers sont en général mis en place. En financement « corporate », les actionnaires garantissent la dette de la société-projet ce qui signifie qu'ils portent le projet sur leur propre bilan. Tout se passe donc comme si les banques prêtaient à l'entreprise sponsor du projet et non au projet lui-même. Dans un tel cas, les banques font face au risque de l'entreprise, qui est en général plus faible que le risque projet (à moins que

le projet n'affecte substantiellement le bilan de l'entreprise). Le coût moyen pondéré du capital résulte alors de la structure de financement propre de l'entreprise. En financement de projet, les prêteurs n'ont de recours possible qu'aux ressources du projet lui-même et ne peuvent pas se tourner vers les actionnaires en cas de défaut de paiement de la société-projet. Ils font véritablement face, dans le cadre d'un tel montage, à un risque-projet. Le coût du capital dépend alors exclusivement de la structure de financement du projet, qui peut présenter un fort effet de levier (ratio dette-fonds propres de 4:1). Ce type de montage, bien qu'offrant moins de sécurité et de garanties tant aux prêteurs qu'aux pouvoirs publics, a permis, au cours des dernières décennies, de démultiplier les capacités d'investissement des entreprises, en leur permettant de développer des projets importants dont elles n'avaient à porter à leur bilan qu'un cinquième du coût total.

D'une manière générale, on retiendra que les montages financiers optimaux sont ceux qui offrent le plus de souplesse et peuvent s'adapter aux multiples aléas susceptibles de survenir au cours de la vie d'un projet. Il est donc également important que le contrat liant les partenaires, entreprise, pouvoirs publics, financiers, soit flexible de manière à faire face à des réalités économiques et financières nécessairement changeantes et seulement partiellement prévisibles.

	Actionnaires	Prêteurs	Pouvoirs publics
Financement de projet	<ul style="list-style-type: none"> • Apportent le capital social • Se rémunèrent sur les dividendes versés par la société-projet • Ne sont à risque que sur leur mise initiale, qui est fortement risquée en raison d'un fort effet de levier. 	<ul style="list-style-type: none"> • Apportent la dette du projet. • Se rémunèrent sur les intérêts payés par la société projet • Sont prioritaires par rapport aux capital social et aux avances d'actionnaires • Ne « voient » que la société-projet 	<ul style="list-style-type: none"> • Apportent les fonds nécessaires à l'équilibre économique et financier du projet. • Les fonds apportés doivent permettre d'obtenir un taux de rentabilité interne du projet au moins égal au coût du capital
Financement « corporate »	<ul style="list-style-type: none"> • Apportent le capital social • Garantissent ou apportent la dette du projet. • Se rémunèrent sur les dividendes versés par la société-projet • Sont à risque sur le coût total du projet. • Montage en général moins tendu en raison d'un plus faible effet de levier 	<ul style="list-style-type: none"> • Apportent la dette soit à la société projet, et bénéficient alors d'une garantie des actionnaires, soit aux actionnaires eux-mêmes qui portent alors la dette sur leur bilan. • Se rémunèrent sur les intérêts payés par la société projet • Sont prioritaires par rapport aux capital social et aux avances d'actionnaires • « Voient » la société-projet et ses actionnaires 	<ul style="list-style-type: none"> • Apportent les fonds nécessaires à l'équilibre économique et financier du projet. • Les fonds apportés doivent permettre d'obtenir un taux de rentabilité interne du projet au moins égal au coût du capital
Variantes	<ul style="list-style-type: none"> • D'éventuelles avances d'actionnaires peuvent 	<ul style="list-style-type: none"> • Tant en financement de projet qu'en 	<ul style="list-style-type: none"> • Pour sécuriser le projet ou diminuer les

	<p>compléter l'apport des actionnaires</p> <ul style="list-style-type: none"> • Celles-ci peuvent être remboursées aux actionnaires avant que la société-projet ne soit capable de verser des dividendes 	<p>financement corporate, différents profils de remboursement peuvent être mis en place.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Soit un remboursement classique à annuité constante, soit un profil sculpté en fonction des prévisions de recettes du projet, ce qui permet de tenir compte de sa montée en charge. • En situation limite, une dette « bullet » peut être mise en place. Elle n'est remboursée qu'en fin de maturité. Montage souvent mis en place quand un refinancement de la dette est prévu à terme. • La dette bancaire, peut-être remplacée par un endettement obligataire avec intervention d'un réhausseur². • Une version exotique fait intervenir des obligations indexées sur l'inflation (grâce aux OATi). Pendant toute la durée de la concession, la société-projet rémunère les obligations sur la base des taux d'intérêts réels. Elle ne rembourse la part des intérêts liée à l'inflation qu'à la fin de la concession. 	<p>subventions nécessaires, les pouvoirs publics peuvent mettre en place une garantie de refinancement <i>in fine</i>. Si une partie (plafonnée) de la dette mise en place au niveau du projet n'est pas remboursée à un horizon donné, les pouvoirs publics s'engagent à refinancer l'encours de dette en question.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Soit l'insuffisance de recettes résulte d'un retard dans la montée en puissance du trafic mais les perspectives sont bonnes et le refinancement de la dette se fera sans difficulté par le marché; soit cette insuffisance est d'une nature plus structurelle et c'est alors seulement que la garantie publique jouera pleinement. Un tel mécanisme présente cependant le fort désavantage de faire porter aux générations futures ce risque de refinancement. • Un mécanisme de durée de concession variable peut également être choisi en substitution d'une partie d'une telle garantie.
--	---	--	---

² Le réhausseur de crédit est une institution bénéficiant, auprès des agences de notation, d'une notation (*rating*) AAA et jouant un rôle d'assureur de la société-projet vis-à-vis de ses créanciers. Ainsi, le réhausseur se substitue à la société-projet en cas de défaut de paiement de ses annuités de remboursement de la dette (principal plus intérêts). De ce fait, la dette bénéficie également de la notation AAA. La dette ainsi « réhaussée » peut être placée dans de très bonnes conditions sur le marché obligataire. La rémunération du réhausseur est en général constituée d'une prime payée au démarrage (*up-front*) par la société de projet, équivalente *en moyenne*, en valeur actualisée, à 50 points de base de surcoûts sur l'endettement obligataire. Sa rémunération effective dépend de la notation d'origine de la dette (et donc aussi de la qualité du projet), celle-ci pouvant aller jusqu'à BBB (au-delà, on parle de « *speculative bond* »). On observe en général que le coût financier de ce type de montage, égal à la somme du rendement de l'obligation AAA et de la rémunération du réhausseur, est plus favorable que celui d'un endettement bancaire classique.

Bibliographie

Marcel Boyer, Michel Patry, Pierre J. Tremblay (Cirano) : *La gestion déléguée de l'eau : Les enjeux, Les options, Gouvernance et rôle des différents.*

Ministère de la Défense australien : *Implications of Private Financing within Defence projects.*

Ministère de l'Economie et des Finances français : *les METP.*

Antonio Estache, John Strong : *The Rise, the Fall, and...the Emerging Recovery of Project Finance in Transport.*

Claude Crampes, Antonio Estache: *Regulatory trade-offs in the design of concession contracts.*

Gerard Van der Laan, Pieter Ruys, Dolf Talman : *Optimal provision of infrastructure using Public-Private Partnership contracts.*

National Audit Office (UK) : *Modernising Construction.*

Poste d'expansion économique de Londres : *Le Partenariat Public-Privé au Royaume-Uni.*

Michael G. Pollit : *The Declining Role of State in Infrastructure Investments in the UK.*

Asian Development Bank : *Best practices in Project Finance (Airports, Water, Power, Roads, Ports)*

Secrétariat général
Bureau
Rapports
et Documentation
TOUR PASCAL B
92055 LA DEFENSE CÉDEX
Tél. : 01 40 81 68 12/ 45