

Un modèle international : l'opération de PPP

■ Au-delà de la diversité des droits nationaux, le contrat de partenariat public-privé est présent dans nombre d'États, sous diverses formes et appellations, et opère dans tous les cas un transfert plus ou moins important des risques, qui a pour objectif d'optimiser la dépense publique.

Auteur

Laurent Richer, Professeur à l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Avocat au Barreau de Paris

Référence

Texte...

Mots clés

Partenariat public-privé • Standardisation • Variété • Notion - Typologie • Évaluation préalable • Transfert des risques

POUR ALLER PLUS LOIN

Texte *avec* de l'italique...

Le Partenariat public-privé aurait-il révolutionné le monde ? C'est l'opinion de Darrin Grimsey et Mervyn Lewis, auteurs d'un ouvrage intitulé « Public Private Partnerships. The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance » (Elgar, 2004). L'affirmation du caractère révolutionnaire renvoie à la remise en cause généralisée de la fourniture de service public directement par les structures administratives. Elle doit, à l'évidence, être nuancée, car la concession, contrat de type partenarial, est pratiquée depuis longtemps, sous un nom ou sous un autre, dans nombre d'États ; mais, la nouveauté tient surtout à la pénétration du secteur privé dans des domaines non « commerciaux », comme la santé, l'enseignement, les services pénitentiaires. Ce phénomène est international en ce sens à la fois que le PPP est utilisé dans des États très nombreux et qu'il est encouragé par des organisations internationales intervenant en matière économique.

Mais, sur ce point aussi des nuances sont nécessaires.

Selon les États, la pratique du PPP est très variable et il existe en ce domaine des États chefs de file et des États suiveurs. Dans le rapport intitulé « Les partenariats public-privé. Partager les risques et optimiser les ressources », que l'OCDE a publié en juin 2008, sont recensés les dix pays où ont été lancés les plus gros projets de PPP. Vient en premier rang le Royaume-Uni suivi par la Corée, l'Australie, l'Espagne, les USA, la Hongrie, le Japon, l'Italie, le Portugal et le Canada.

En ce qui concerne les organisations internationales, le PPP est plus ou moins en faveur selon les époques. Ainsi, après y avoir été très favorable dans les années 1990⁽¹⁾, la Banque mondiale a paru moins enthousiaste par la suite, mais il semble que la crise de 2008 ait suscité un regain d'intérêt, puisque la Banque a mis au point en 2009 un programme d'appui aux infrastructures

(1) voir en particulier « Banque mondiale, Rapport sur le développement dans le monde en 1994 : une infrastructure pour le développement », Washington, 1994

sur trois ans dont un des objectifs est d'encourager les partenariats public-privé « qui revêtent une importance particulière face à la crise économique mondiale que nous traversons actuellement »⁽²⁾.

Mais, quelles que soient les variations dans l'espace et dans le temps, il est indéniable que le PPP a été « mis en réseau » : au-delà de la diversité des droits nationaux : la communauté des problématiques a eu pour conséquence une attention exceptionnelle portée aux expériences et aux solutions venues d'ailleurs. Nul n'ignore, par exemple, l'influence qu'a pu avoir sur la législation française relative au contrat de partenariat l'expérience britannique du PFI et on voit aujourd'hui certains juristes américains déplorer le retard pris par les États-Unis concernant le PPP⁽³⁾.

Mondialisation ne signifie pas uniformisation, ni même harmonisation ; le « modèle international » de PPP ne décrit pas une notion juridique, mais une opération, qui est intégrée à des formules contractuelles adaptées aux différents systèmes nationaux. C'est ce que constatent Darrin Grimsey et Mervyn Lewis à propos de l'Europe : « il n'est pas possible d'identifier un modèle européen commun de PPP et les détails varient. Toutefois, il y a un air de famille entre les différents arrangements public/privé » (op. cit., p.51 - trad. L. R.).

Il apparaît, en effet, que le PPP peut s'inscrire dans une grande variété de formes juridiques, ce qui revient à dire qu'il n'existe pas de définition juridique du PPP, mais que, quelles que soient la dénomination et les clauses du contrat, des problèmes communs existent toujours. Des solutions communes apparaissent aussi, ce qui permet de parler d'une standardisation internationale.

I. Le PPP, notion préjuridique

Toutes les analyses présentent le PPP comme une solution intermédiaire en matière d'intervention publique : le PPP s'insère entre les deux extrêmes que sont la fourniture de services par l'administration elle-même et la privatisation. Cela n'empêche pas le développement un peu partout dans le monde d'une thématique anti-PPP fondée sur une assimilation entre PPP et privatisation⁽⁴⁾, mais ces critiques correspondent à une approche purement politique du PPP⁽⁵⁾.

En dehors de ces controverses, les définitions, assez diverses, qui sont données du PPP ont un caractère plus descriptif que conceptuel et sont d'inspiration économique beaucoup plus que juridique.

(2) Banque Mondiale, Rapport annuel, 2009, p. 7

(3) D. W. Gaffey « Outsourcing Infrastructure : Expanding the Use of PPP in the USA », PCLJ 2010, p. 351.

(4) Au Royaume-Uni le syndicat UNISON explique sur son site consacré à la lutte contre le PPP que celui-ci peut être « a recipe for disaster ». Au Canada, la Conference Board of Canada a ressenti la nécessité de publier en janvier 2010 un rapport intitulé « Dissiper les mythes : une évaluation canadienne du PPP pour les infrastructures » (Dispelling the Myths: A Pan-Canadian Assessment of Public-Private Partnerships for Infrastructure Investments) qui répond aux critiques adressées aux « 3 P » par ses adversaires, dont la critique de privatisation.

(5) cf. L. Richer « Partenariat public - privé et privatisation », Pouvoirs Locaux, juin 2007, n° 74, p. 89.

A) Définitions

En Grande-Bretagne, la *Private Finance Initiative* lancée en 1992 a pu être définie de la manière suivante :

« L'ITP (initiative à financement privé) est une forme de partenariat public-privé qui marie un programme de commande publique, dans lequel le secteur public fait l'acquisition d'actifs auprès du secteur privé, avec une externalisation, consistant en ce que des services sont fournis par le secteur privé. L'ITP diffère de la privatisation car le secteur public conserve un rôle essentiel, soit en tant qu'il est le principal acquéreur des services, soit parce que c'est lui qui, pour l'essentiel, rend le projet réalisable. Il diffère du marché de prestation service en cela que la personne privée apporte aussi bien les actifs que les services. Il diffère des autres PPP en ce que le secteur privé apporte aussi le financement »⁽⁶⁾.

En Grande-Bretagne la forme la plus courante de PPP est le contrat de DBFO⁽⁷⁾, qui, à côté de la concession, est la principale catégorie juridique de contrat du type PPP.

Les spécialistes de la Banque Mondiale ont plutôt tendance à considérer que les contrats de PPP sont des variantes de la concession, alors que les spécialistes du FMI voient plutôt dans la concession une forme de PPP.

Mais, ces problèmes de dénomination perdent de leur importance dès lors qu'il est possible d'identifier une forme économique suffisamment caractérisée.

D'après la présentation de la Banque Mondiale⁽⁸⁾, la clef de la distinction entre les types de contrats de type concessif est le transfert des risques.

B) Typologie

Selon que le transfert est plus ou moins important, les types suivants peuvent être distingués :

- Conventions de gestion avec clauses incitatives (Management contracts with incentive payments)

- Baux (Leases)

- Concessions *stricto sensu* (Construction-Transfert-Exploitation), contrats de BOT (Construction, Exploitation, Transfert), contrats de ROT (Réhabilitation-Exploitation- Transfert).

Plus proche de l'analyse juridique est le tableau qui est dressé par l'OCDE dans son rapport. « Les partenariats public-privé. Partager les risques et optimiser les ressources », qui présentent l'intérêt de ne pas faire l'amalgame entre partenariat et concession en considérant que « quand il y a une concession, ce n'est pas l'État qui rémunère l'opérateur privé pour les services fournis, mais plutôt l'opérateur privé qui rémunère l'État pour avoir le droit d'exploiter l'actif » (p.24 du rapport).

L'OCDE dresse une typologie qui montre bien entre quelles bornes se situe le PPP (voir la figure ci-contre) :

Cette typologie pourrait servir de base à un effort collectif d'affinement des définitions juridiques.

Sans un tel affinement il paraît peu probable que puissent être mises au point les règles communes qui font défaut aussi bien au niveau européen qu'au niveau mondial. En Europe, on en est encore à discuter au sujet du champ d'application et

(6) Grahame Allen *The Private Finance Initiative (PFI)*, Research paper 01/117, Economic Policy and Statistics Section House of Commons Library, 2001 - trad. L. R.

(7) sur le « DBFO model » Darrin Grimsey et Mervyn Lewis, op. cit., p. 60 et s.

(8) World Bank Technical Paper, n° 399, M. Kerf, *Concessions for Infrastructure A guide to their design and award*, 1998, p. 16-17

du contenu d'une éventuelle « initiative » sur les PPP (pour le moment abandonnée). Au niveau mondial le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé reste de portée limitée à la fois parce qu'il n'a aucune valeur normative et parce qu'il se préoccupe avant tout des procédures de passation.

Nonobstant, à travers la diversité des systèmes émerge une sorte de standardisation, qui constitue une forme d'internationalisation.

II. La standardisation internationale

Deux leçons principales ressortent d'un survol des différents systèmes de PPP : d'une part la période précontractuelle a une grande importance, d'autre part, la clef de l'optimisation de la dépense publique (ODP) est la bonne répartition des risques.

A) L'importance de la période précontractuelle

Chacun s'accorde à considérer que la période post-contractuelle a une grande importance en matière de PPP, parce que les contrats de PPP ont normalement une longue durée et un caractère incomplet, mais les contrats de PPP partagent cette caractéristique avec d'autres et ce qui ressort plutôt des comparaisons internationales est l'importance considérable de la période précontractuelle.

Les contrats de PPP se préparent très en amont, comme le montre l'omniprésence dans les États qui pratiquent le PPP d'« unités PPP », structures indépendantes dont le rôle est de favoriser le développement des partenariats.

A) Les « unités PPP »

Le modèle est ici fourni par le Royaume-Uni où a été créée en 1999 une organisation non gouvernementale spécialisée dans les projets PPP dénommée Partnerships UK (<http://www.partnershipsuk.org.uk/>), qui assiste le Trésor britannique et le secteur privé dans la négociation et l'exécution des projets. À côté de cet organisme interviennent des agences gouvernementales

chargées de contrôler l'exécution, le National Audit Office et l'Audit Commission.

Partout dans le monde des structures indépendantes ont été créées avec plus ou moins de succès⁽⁹⁾ ; leur mission peut être uniquement d'apporter un soutien logistique, comme c'est le cas en France pour la MAPPP. Mais, les unités ont aussi parfois en charge de lancer les projets et/ou d'encourager le recours au partenariat, ce qui risque de compromettre leur objectivité⁽¹⁰⁾.

Un des rôles fondamentaux des unités PPP est d'aider à évaluer le caractère d'intérêt général du PPP, préalablement au lancement du projet

B) L'évaluation préalable

« Un PPP est essentiellement un mode de prestation de services qui vise à optimiser la dépense publique (ODP) occasionnée par cette prestation, comparativement à la méthode traditionnelle de fourniture par l'État » (Rapport OCDE, précité, p.36). Le recours au PPP est donc précédé d'une évaluation préalable. Dès les débuts du PFI en Grande-Bretagne a été exigée une évaluation au regard des méthodes traditionnelles, c'est le Public Sector Comparator (PSC). Le PSC tient une place centrale en Australie, au Canada, aux Pays-Bas, en Afrique du Sud, au Japon⁽¹¹⁾. Il a pour objet de comparer le coût du projet en PPP et son coût en mode d'exécution conventionnel. L'évaluation passe par la collecte de données qui font l'objet d'un traitement assez complexe selon une méthodologie prédéfinie⁽¹²⁾.

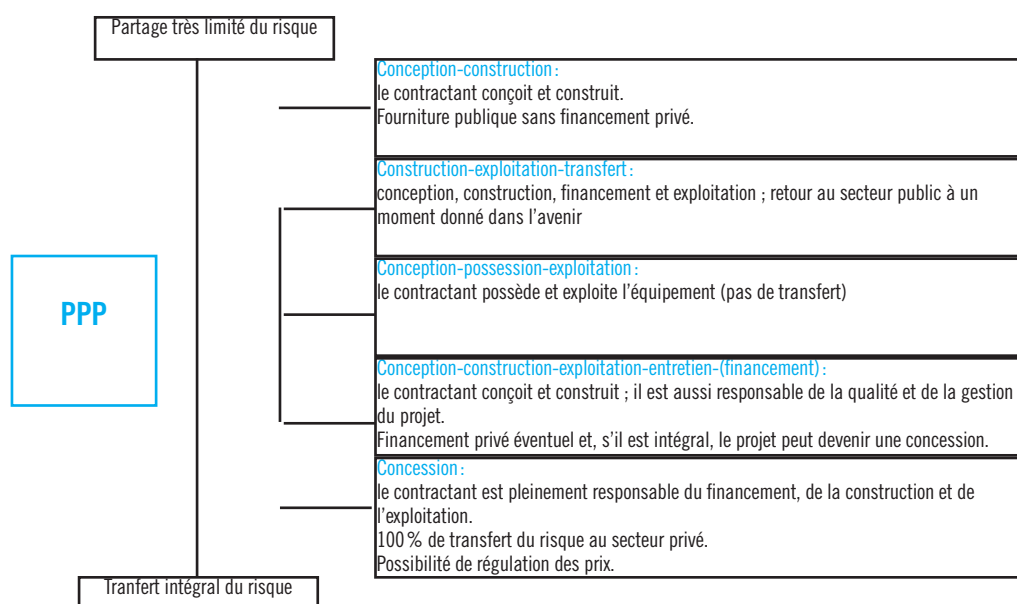
Le PSC a fait l'objet de critiques, y compris dans son pays d'origine : il est complexe, coûteux, souvent biaisé et fondé sur des données incomplètes, il n'existe pas d'accord sur le taux d'actualisation à retenir pour permettre la comparaison.

(9) cf. A. Sanghi, A. Sundakov, D. Hankinson « Conception et utilisation des unités PPP dans le secteur des infrastructures », Gridlines, n° 27, septembre 2007 (<http://www.ppiqf.org/>).

(10) Rapport OCDE, précité, p.108 et s.

(11) cf. Rapport OCDE, précité, p.72 et s. ; J. Leigand et C. Shugart « Is the public sector comparator right for developing countries ? » Gridlines, n° 4, avril 2006.

(12) cf. l'exemple le plus récent : Council of Australia Governments National Public Private Partnership Policy and Guidelines, décembre 2008 (vol. 4 : PSC Guidance).



Pour ces motifs, d'autres méthodes sont parfois utilisées. En Allemagne on a recours à l'analyse coûts-avantages, qui est encore plus lourde que le PSC et est tout aussi exposée à la subjectivité.

Il est aussi possible de prévoir une évaluation de type PSC, mais simplifiée, comme celle qui est prévue en France, ou, encore de s'en remettre à la concurrence en procédant, le cas échéant, à une vérification de l'ODP a posteriori, une fois le contrat signé. Qu'il y ait ou non mise en œuvre d'une évaluation préalable, la procédure de passation est toujours fondamentale non seulement parce que doit être respecté le principe de transparence, mais parce que « si le transfert du risque détermine l'efficacité, la concurrence et la contestabilité garantissent qu'il ait effectivement lieu » (Rapport OCDE, p.59) ; une véritable concurrence est donc, en fin de compte, une condition d'efficacité.

C) La procédure de passation

Quel que soit le type de procédure utilisé, se pose la question de l'évaluation des offres.

Le document de la Banque Mondiale distingue trois types de solutions :

- hiérarchie des critères fixée au départ
 - phasage (ex. : pour la distribution d'eau à Buenos Aires une première phase technique a précédé une seconde phase financière)
 - critère unique (droit d'entrée, montant des investissements).
- Le premier système a l'inconvénient d'être difficile à faire fonctionner quand il s'agit de projets complexes.

Le second est adapté aux projets complexes, mais présente l'inconvénient de la lourdeur et du risque de « cherry picking ».

Le troisième risque de conduire à une hausse des coûts et/ou au surinvestissement.

Le choix est donc difficile ; mais dans tous les cas il importe que la procédure permette d'éviter la corruption et d'aboutir à une correcte répartition des risques.

B) La répartition des risques, clef de l'optimisation de la dépense publique

Le transfert exprès des risques est la caractéristique la plus connue du PPP et c'est un « facteur fondamental de la réussite d'un PPP »⁽¹³⁾, parce que c'est le transfert du risque qui pousse le partenaire privé à l'efficacité.

a) Transfert du risque et efficacité

Cinq risques sont usuellement distingués : construction, financier (taux d'intérêt, taux de change,...), performance, demande

(fréquentation), valeur résiduelle. La répartition des risques est opérée par les clauses du contrat.

Comme le souligne le rapport de l'OCDE, « affecter le risque à la partie la plus capable de le gérer n'implique pas de transférer le risque maximum au partenaire privé » (p.50). Le contrat opère une répartition des risques en attribuant en principe chaque risque à celle des deux parties qui est la plus apte : « les risques sont alloués entre les parties en selon leur meilleure aptitude à gérer ou à supporter le risque »⁽¹⁴⁾.

Cette orientation laisse ouverte deux voies ; selon les cas il est possible de rechercher qui est le mieux à même d'empêcher le risque de se produire ou qui est le plus capable de supporter les conséquences de sa réalisation.

L'existence d'un réel transfert de risque est un gage de Best Value for Money parce que le cocontractant a un intérêt personnel à bien exécuter sa prestation ; elle est aussi une condition de « déconsolidation » de la dette liée aux actifs.

b) Transfert du risque et déconsolidation

En ce domaine la doctrine dégagée par les institutions internationales est fortement inspirée par les concepts du droit fiscal et comptable américain, notamment par la distinction entre propriété économique et propriété juridique (financial lease/ operating lease).

Ainsi, la décision d'Eurostat du 10 février 2004 qui couvre les contrats à long terme confiant à un partenaire privé la réalisation d'un actif et la fourniture de services à l'administration⁽¹⁵⁾ n'est pas sans rappeler la circulaire de l'OMB relative à la préparation du budget fédéral des États-Unis⁽¹⁶⁾.

Conclusion

Échanges d'expériences, influences croisées n'empêchent pas la diversité des solutions apportées aux problèmes communs ; il existe une algorithmique internationale de l'opération de PPP, mais il n'existe pas de modèle international de PPP. La difficulté pour les praticiens du PPP est de parvenir à tirer profit de la mise en réseau du PPP, sans tomber pour autant dans l'imitation décalée par rapport aux droits nationaux. ■

(14) « risks are allocated between parties on the basis of which party is best placed to manage and bear the risk » (HM Treasury Infrastructure procurement: delivering long-term value, March 2008).

(15) Eurostat recommends that assets involved in public-private partnerships should be classified as nongovernment assets, and therefore recorded off balance sheet for government, if both of the following conditions are met: (1) the private partner bears the construction risk, and (2) the private partner bears one of either availability or demand risk.

(16) Office of Management and Budget, circulaire A-11, PART 8 - B. Budgetary treatment of lease-purchases and leases of capital assets.

(13) Rapport OCDE précité, p.47.

