

Sous la direction de
Stéphane SAUSSIER

Économie des partenariats public-privé

Développements
théoriques et empiriques

Préface de **Antonio ESTACHE**



de boeck

Économie des partenariats public-privé

La collection **Méthodes & Recherches** poursuit un double objectif :

- présenter en langue française des états de l'art complets sur des thèmes de recherches contemporains mais également pratiques, d'intérêt et de niveau international.
- réunir des auteurs et des lecteurs de divers champs disciplinaires (économistes, gestionnaires, psychologues et sociologues...) et les aider à communiquer entre eux.

Rico Baldegger, avec la collaboration de Marilyne Pasquier, *Le management dans un environnement dynamique. Concepts, méthodes et outils pour une approche systémique*

Christophe Assens, *Le management des réseaux. Tisser du lien social pour le bien-être économique*

Rémi Barré, Bastiaan de Laat, Jacques Theys (sous la direction de), *Management de la recherche. Enjeux et perspectives*

Nicole Barthe, Jean-Jacques Rosé (sous la direction de), *RSE. Entre globalisation et développement durable*

Emmanuel Bayle, Jean-Claude Dupuis (sous la direction de), *Management des entreprises de l'économie sociale et solidaire. Identités plurielles et spécificités*

Maxime Bellego, Patrick Légeron, Hubert Ribéreau-Gayon (sous la direction de), *Les risques psychosociaux au travail. Les difficultés des entreprises à mettre en place des actions de prévention*

Soumaya Ben Letaifa, Anne Gratacap, Thierry Isckia (Éd.), *Understanding Business Ecosystems. How Firms Succeed in the New World of Convergence?*

Michelle Bergadaà, Marine Le Gall-Ely, Bertrand Urien (sous la direction de), *Don et pratiques caritatives*

Jean-Pierre Bouchez, *L'économie du savoir. Construction, enjeux et perspectives*

Denis Cristol, Catherine Laizé, Miruna Radu Lefebvre (sous la direction de), *Leadership et management. Être leader, ça s'apprend !*

Nathalie Delobbe, Olivier Herrbach, Delphine Lacaze, Karim Mignonac (sous la direction de), *Comportement organisationnel - Vol. 1. Contrat psychologique, émotions au travail, socialisation organisationnelle*

Xavier Derooy (sous la direction de), *Formes de l'agir stratégique*

Michel Dion (sous la direction de), *La criminalité financière. Prévention, gouvernance et influences culturelles*

Jean-Claude Dupuis, *Économie et comptabilité de l'immatériel*

Assaad El Akremi, Sylvie Guerrero, Jean-Pierre Neveu (sous la direction de), *Comportement organisationnel - Vol. 2. Justice organisationnelle, enjeux de carrière et épuiement professionnel*

Alain Finet (sous la direction de), *Gouvernance d'entreprise. Nouveaux défis financiers et non financiers*

Anne Gratacap, Alice Le Flanchec (sous la direction de), *La confiance en gestion. Un regard pluridisciplinaire*

Denis Guiot, Bertrand Urien (sous la direction de), *Comprendre le consommateur âgé. Nouveaux enjeux et perspectives*

Thomas Lagoarde-Segot, *La finance solidaire. Un humanisme économique*

Patrice Laroche (sous la direction de), *La méta-analyse. Méthodes et applications en sciences sociales*

Alain Maes, *Le management intégrateur. Fondements, méthodes et applications*

Denis Monneuse, *Le surprésentéisme. Travailler malgré la maladie*

Jean-Jacques Rosé (sous la direction de), *Responsabilité sociale de l'entreprise. Pour un nouveau contrat social*

Jacques Rojot, Patrice Roussel, Christian Vandenberghe (sous la direction de), *Comportement organisationnel - Vol. 3. Théories des organisations, motivation au travail, engagement organisationnel*

Patrice Roussel, Frédéric Wacheux (sous la direction de), *Management des ressources humaines. Méthodes de recherche en sciences humaines et sociales*

Sylvie Saint-Onge, Victor Haines (sous la direction de), *Gestion des performances au travail. Bilan des connaissances*

Stéphane Saussier (sous la direction de), *Économie des partenariats public-privé. Développements théoriques et empiriques*

Laurent Taskin et Matthieu de Nanteuil (sous la direction de), *Perspectives critiques en management. Pour une gestion citoyenne*

Sylvie Trosa, *La crise du management public. Comment conduire le changement ?*

Bénédicte Vidaillet, Véronique d'Estaintot, Philippe Abecassis (sous la direction de), *La décision. Une approche pluridisciplinaire des processus de choix*

Saïd Yami, Frédéric Le Roy (sous la direction de), *Stratégies de coopération. Rivaliser et coopérer simultanément*

Sous la direction de
Stéphane SAUSSIER

Économie des partenariats public-privé

**Développements
théoriques et empiriques**



de boeck

Pour toute information sur notre fonds et les nouveautés dans votre domaine de spécialisation, consultez notre site web : <http://www.deboecksuperieur.com/>

© De Boeck Supérieur s.a., 2015
Fond Jean Pâques, 4 – B-1348 Louvain-la-Neuve

1^{re} édition

Tous droits réservés pour tous pays.

Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

Imprimé aux Pays-Bas

Dépôt légal :

Bibliothèque nationale, Paris : juillet 2015

Bibliothèque royale de Belgique, Bruxelles : 2015/0074/026

ISSN 1781-4944

ISBN 978-2-8041-9014-9

Sommaire

PRÉFACE	
<i>Antonio Estache</i>	7
REMERCIEMENTS	
<i>Stéphane Saussier</i>	11
INTRODUCTION	
<i>Stéphane Saussier</i>	13

Partie 1 Définitions, portée et analyse économique des PPP

CHAPITRE 1

LA DIVERSITÉ DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ	
<i>Guillaume Farde et Stéphane Saussier</i>	23

CHAPITRE 2

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ	
<i>Jean Beuve et Stéphane Saussier</i>	47

CHAPITRE 3

LES OUTILS DE RÉGULATION DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ	
<i>Lisa Chever et Aude Le Lannier</i>	69

CHAPITRE 4

L'ÉVOLUTION DES CONDITIONS DE FINANCEMENT DES CONTRATS DE PPP : TOUJOURS UN MODÈLE DE FINANCEMENT PRIVÉ ?	
<i>Frédéric Marty</i>	109

Partie 2

L'analyse empirique des PPP

CHAPITRE 1

EFFICACITÉ RELATIVE DES APPELS D'OFFRES CONCURRENTIELS

Laure Athias et Lisa Chever 143

CHAPITRE 2

RENÉGOCIATION DES CONTRATS DE PPP : RISQUES ET OPPORTUNITÉS

Jean Beuve, Aude Le Lannier et Zoé Le Squeren 165

CHAPITRE 3

PERFORMANCES COMPARÉES DES MODES DE GESTION :

QUELS ENSEIGNEMENTS EMPIRIQUES ?

Miguel Amaral, Eshien Chong et Stéphane Saussier 193

CHAPITRE 4

ENTENTES HORIZONTALES ET VERTICALES DANS LES PPP

John Moore et Carine Staropoli 233

INDEX 271

TABLE DES MATIÈRES 275

Préface

L'histoire du partenariat entre les secteurs public et privé pour la production de services publics commence avec celle du secteur public. Depuis l'Antiquité, de laquelle datent les premières expériences documentées de partenariat public-privé défini au sens large, à chaque moment de l'histoire d'un pays, d'une région ou d'une ville auquel le choix du partenariat et de son échelle a été fait, il a été le résultat de facteurs maintenant bien connus. Ce choix a découlé *de contraintes* (le plus souvent de financement, privé ou public, mais aussi, parfois, de contraintes d'accès public à des technologies ou à du savoir-faire), *de préférences* (par pragmatisme politique ou opérationnel, ou par idéologie), *de rejets de modes de production plus extrêmes* (purement privé ou purement public) générés par des rationnements en quantité, qualité, ou des coûts de service plus élevés, ou *de réponse à des choix de gouvernance* (dans certains cas pour lutter contre la corruption, la collusion ou la capture politique, mais dans d'autres cas, pour faciliter ces perversions des mécanismes de choix publics).

L'histoire de notre compréhension conceptuelle et analytique de l'importance de la source de la décision du partenariat et de la multiplicité des dimensions qu'il peut prendre est bien plus récente. Cette histoire n'a sans doute pas beaucoup plus de trente ans. Elle est née avec une génération de chercheurs exceptionnels dont les noms, et surtout les contributions, sont inévitables dans toute recherche théorique ou appliquée liée à ces partenariats. Cette génération inclut Akerlof, Baron, Hart, Klemperer, Laffont, Maskin, McAfee, McMillan, Meyerson, Milgrom, Riley, Sappington, Stiglitz, Tirole, Vogelsang et Williamson (et je sais que j'en oublie). Leur recherche dans les années 1980 cadre encore aujourd'hui notre compréhension collective des incitations sous-jacentes aux diverses étapes des interactions entre le public et le privé dans le contexte de ces partenariats.

Ces étapes sont bien connues dans une grande mesure grâce à cette recherche initiale, mais aussi grâce aux développements parallèles en théorie des jeux et en théorie des contrats ainsi que grâce à une longue série de contributions qui ont suivi pour affiner, élargir, clarifier et tester les analyses théoriques des années 1980 et du début des années 1990. Cette recherche met en évidence une gamme assez

prévisible d'étapes récurrentes dans ces partenariats entre le moment auquel la décision d'une collaboration est prise par un politicien ou un fonctionnaire public et celui auquel le service, le bien ou l'investissement souhaité par l'administration publique au nom de la collectivité est délivré.

La mise en œuvre de la décision d'une collaboration entre les secteurs public et privé commence par la spécification détaillée de ce qui fera l'objet d'un contrat entre ces deux parties et d'une évaluation de la cohérence entre cette spécification et la demande probable pour l'objet du contrat. Cette première évaluation est censée fournir une première appréciation de la cohérence entre les coûts totaux des diverses spécifications possibles et la structure de financement probable, et en particulier sa distribution entre le contribuable et les bénéficiaires directs du service public. Vient ensuite l'organisation de l'appel d'offres et des règles à suivre par toutes les parties concernées, définissant les droits et les obligations de chacune des parties. Ceci comprend des décisions quant aux mécanismes de mise en œuvre des engagements respectifs, de supervision, de pénalisation en cas de non-respect des règles et des efforts à mettre en œuvre pour s'assurer du succès de la collaboration et plus précisément de sa cohérence avec la décision initiale. Ceci comprend aussi une évaluation plus précise de la cohérence financière et économique entre le coût des obligations et des droits spécifiés dans le contrat final et leur financement, y compris les coûts de financement pour le public et pour le privé. La mise en œuvre des décisions et sa supervision, en général à travers des mécanismes de régulation qui laissent souvent une marge non négligeable à la subjectivité (parce que tout ne peut pas être prévu par le contrat), est l'étape suivante. Celle-ci comprend la prise en compte de la possibilité d'une nécessité, ou au moins d'un désir émis par l'une des parties, de renégociation de certaines des clauses du contrat. Et cette séquence d'étapes prévisibles se passe dans un contexte institutionnel qui peut être défini et mis en place en amont, en parallèle ou en aval de la préparation du partenariat et de sa mise en œuvre.

La littérature théorique et empirique qui a permis de mieux comprendre chacune de ces étapes constitue, dans son ensemble, ce que le Professeur Stéphane Sausier appelle l'Économie des Partenariats Public-Privé. Cette littérature, bien que brillante, souffre cependant d'un problème énorme. Elle est perçue, dans une large mesure, comme d'accès difficile par les acteurs non académiques et/ou non économistes. Et cette perception n'est pas déraisonnable, car cette littérature est réellement vaste, hétérogène, un peu atomisée et souvent très complexe. La conséquence principale est que l'internalisation des résultats de cette recherche se fait au mieux au compte-gouttes à travers des interviews ou des articles moins techniques, parfois réducteurs, publiés dans la presse générale. Mais la réaction la plus commune par les acteurs opérationnels des collaborations entre le public et le privé qui pourraient le plus bénéficier des leçons de la recherche dans le domaine est simplement le rejet.

Le livre que vous tenez en main rend le rejet de la connaissance sur le sujet pour cause de difficulté d'accès inacceptable pour toute personne réellement intéressée par les partenariats public-privé et désireuse de faire en sorte que la technique serve au mieux les intérêts de la collectivité et pas seulement des choix idéologiques ou simplement des besoins de réaction à des contraintes politiques, financières ou

institutionnelles. Ce livre réussit le tour de force de synthétiser une énorme littérature sur le sujet de manière rigoureuse, mais aussi de la « traduire » dans un langage libre du jargon souvent caractéristique de cette littérature. Ce livre est une illustration parfaite de comment faciliter la dissémination de la connaissance académique dans un domaine technique pour en permettre l'utilisation directe (si possible), et la critique informée (plutôt qu'aveugle et dogmatique) quand nécessaire. Ce livre ne peut pas n'avoir aucun impact opérationnel que ce soit parmi les juristes qui préparent le support légal aux contrats ou les fonctionnaires publics qui prennent les décisions clés à chacune des étapes de la mise en œuvre de partenariats public-privé.

D'un point de vue plus académique, ce livre est aussi un petit bijou (pas si petit, car il est assez long) de par sa capacité à couvrir toutes les dimensions essentielles sur le sujet auxquelles les économistes ont pu contribuer. Chaque chapitre offre un survol de la littérature assez complet qui permet aux lecteurs académiques d'être à jour très rapidement dans les dimensions clés du sujet. Il sera sans doute adopté par de nombreux professeurs pour des cours en économie de la régulation et de la concurrence, en économie publique ou en théorie des contrats comme livre de référence.

En somme, rares sont les livres qui parviennent à cibler un public aussi large dans un domaine aussi technique. Les auteurs ont brillamment relevé ce défi. Les utilisateurs de services publics et les contribuables en seront sans doute les principaux bénéficiaires, car il est aussi impossible de lire ce livre sans penser qu'il reste beaucoup à faire pour ajuster l'utilisation d'un instrument potentiellement énormément utile, mais aussi bien plus sensible à la manipulation, l'incompétence et l'ignorance que les politiques et les opérationnels ne sont prêts à le reconnaître, en France, en Europe ou ailleurs.

Antonio ESTACHE
Professeur d'Économie Publique
ECARES, Université libre de Bruxelles

Remerciements

Cet ouvrage est le résultat d'un travail collectif réalisé par les membres de la chaire Economie des Partenariats Public-Privé (Chaire EPPP) localisée à l'IAE de Paris – Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Les membres de la Chaire EPPP ont en commun cette conviction qu'il est essentiel de relier la théorie aux faits pour pouvoir mieux comprendre le monde qui nous entoure. Il est donc à la fois nécessaire d'analyser finement les propositions théoriques portant sur l'efficacité des partenariats public-privé et de collecter les données adéquates pour les mettre à l'épreuve. Une partie des travaux présentés dans les chapitres de cet ouvrage proviennent du travail de ces chercheurs et reflètent les avancées réalisées ces dernières années dans la compréhension des conditions d'efficacité de ces partenariats.

Au-delà des auteurs des chapitres, cet ouvrage doit beaucoup à d'autres personnes impliquées dans cette aventure collective. Je tiens donc à remercier chaleureusement pour leur aide, leurs encouragements, leurs critiques (souvent constructives) et leur simple présence lorsque cela était nécessaire Anne Yvrande-Billon, Michael Klien, Éric Brousseau, Julie de Brux, Claudine Desrieux, Simon Porcher, Anissa Boulémia, Jean-Michel Oudot et Tra Phuong Tran. Un grand merci à eux.

Stéphane SAUSSIÉ
IAE de Paris, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Introduction

*Stéphane Saussier**

Cet ouvrage porte sur différents enjeux liés à la commande publique. Les partenariats public-privé sont souvent réduits aux seuls contrats de partenariat. Cet ouvrage s'intéresse quant à lui à l'ensemble des outils de la commande publique, c'est-à-dire aussi bien aux contrats de partenariats qu'aux marchés publics et aux délégations de service public.

De nombreuses interrogations relatives à ces partenariats subsistent. Sont-ils efficaces ? Qu'apportent-ils par rapport à la gestion directe d'un service ? Dès lors qu'ils nécessitent la mise en place d'accords contractuels de long terme, peut-on considérer que la partie publique est aussi informée que la partie privée ? Ces accords sont-ils équitables ? Recherchent-ils le bien-être général ou servent-ils des intérêts particuliers ?

Cet ouvrage propose des éléments de réponse à ces questions, à travers l'analyse économique qui peut être faite de ces accords. En d'autres termes, au regard de ce que nous apprend la théorie des contrats et de ce que l'on observe empiriquement, comment pouvons-nous définir les conditions nécessaires à l'efficacité des partenariats public-privé ?

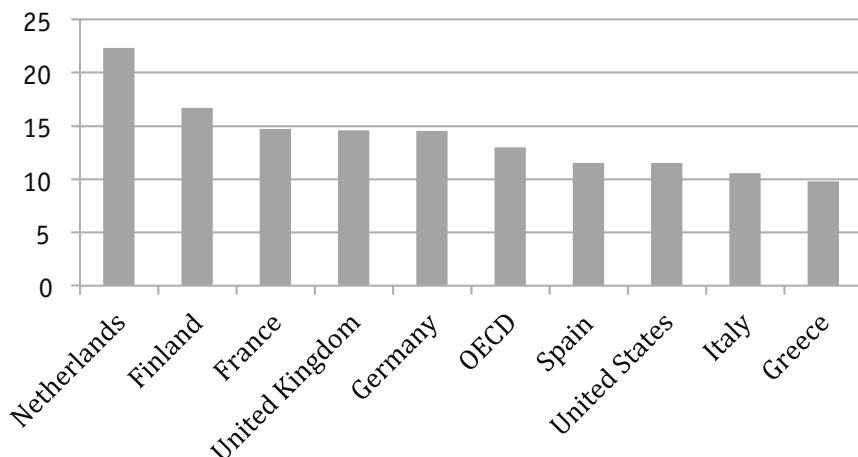
1. Pourquoi s'intéresser aux partenariats public-privé ?

1.1. DES GAINS D'EFFICACITÉ POTENTIELS

L'importance financière des contrats qui sous-tendent la commande publique illustre bien les enjeux qui y sont associés et justifie à elle seule la nécessité d'un ouvrage sur le sujet. Selon les définitions retenues, ces dépenses peuvent représenter

* IAE de Paris, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

jusqu'à 15 % du PIB en France¹. La figure 1 illustre le fait que la part de la commande publique dans le PIB varie d'un pays à l'autre, mais demeure importante de manière générale.



Source : extrait de [OECD, 2013] – Government at a Glance

Figure 1 — Achats publics en % de PIB (2011)

Les enjeux liés à la bonne gestion de la commande publique apparaissent d'autant plus centraux que les partenariats public-privé sont régulièrement attaqués et soupçonnés (parfois avec raison) d'inefficacités chroniques, et ce quel que soit l'outil de la commande publique considéré. Que l'on pense aux marchés publics des lycées d'Ile-de-France (voir décision n° 07-D-15 (2007) de l'Autorité de la Concurrence), aux délégations de service public dans les transports publics urbains de voyageurs (voir décision n° 05-D-38 (2005) de l'Autorité de la Concurrence), ou aux contrats de partenariat avec par exemple l'Écotaxe, les cas d'échecs existent et suggèrent que des améliorations sont possibles. Du fait des montants considérés, des améliorations, même mineures, peuvent entraîner des économies substantielles.

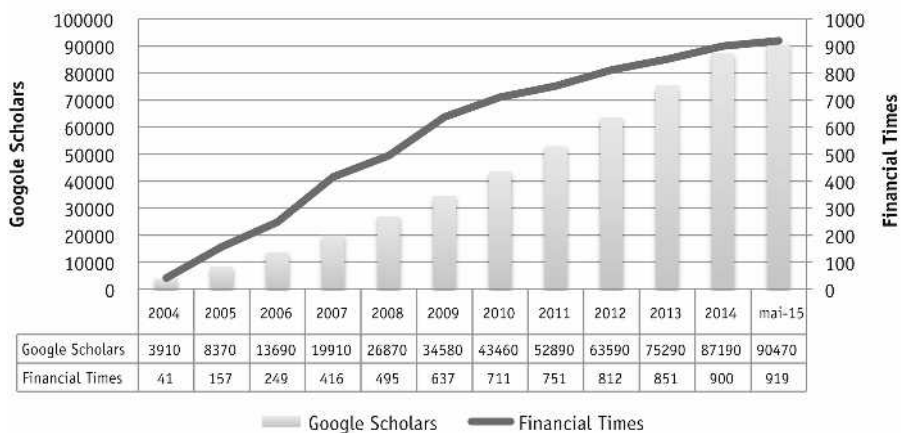
1.2. METTRE LA THÉORIE À L'ÉPREUVE DE LA PRATIQUE

Sur bien des sujets, il est parfois reproché aux économistes de ne pas être en mesure d'émettre des recommandations précises et adaptées aux préoccupations réelles. Cette critique ne peut s'appliquer aux problématiques liées à la commande publique. En effet, depuis maintenant plusieurs décennies, une véritable théorie des contrats se développe, autour des travaux de la théorie des coûts de

¹ Les écarts d'une mesure à une autre, notamment entre les achats publics et la commande publique, peuvent être substantiels. Ils s'expliquent par des différences entre les mesures basées sur la comptabilité nationale et celles basées sur le recensement des contrats signés. Ces différences portent sur les champs et sur les conventions comptables utilisées. Les écarts s'expliquent aussi par la mauvaise qualité de la collecte d'information sur les contrats publics (voir à ce sujet Saussier and Tirole, 2015) et le chapitre 1 de la première partie de cet ouvrage.

transaction (Williamson, 1985), de la théorie des contrats incomplets (Hart, 1995), de la théorie des contrats relationnels (Gibbons, 2005) et de la théorie des incitations (Laffont and Tirole, 1993). Ces approches théoriques ont donné lieu à des travaux empiriques dont le nombre commence à être suffisamment important pour que l'on puisse en faire un bilan (voir la deuxième partie de cet ouvrage), confronter les propositions de la théorie au réel et en tirer des leçons pour améliorer les pratiques de la commande publique.

La figure 2 illustre cet ancrage dans les préoccupations du moment des travaux académiques sur les partenariats public-privé. Entre 2004 et 2014, le nombre de travaux académiques où il est fait mention au « public-private partnership » augmente sur la période (plus de 90 000 travaux cumulés) de manière concomitante aux mentions dans le Financial Times (plus de 900 références au partenariat public privé). La demande citoyenne se fait de plus en plus forte afin d'en savoir plus sur l'utilisation (efficace ou non) des fonds publics. Le sujet intéresse donc à la fois le grand public, mais aussi les chercheurs !



Source : calculs de l'auteur à partir des sites <http://scholar.google.fr/> et <http://search.ft.com/>

Figure 2 — Nombre d'articles où le terme « Public-Private Partnership » apparaît (nombre cumulé)

1.3. L'ÉVOLUTION DE LA COMMANDE PUBLIQUE

De nouvelles règles du jeu vont apparaître dans la commande publique avec la transposition à venir des nouvelles directives européennes votées en 2014 (voir l'encadré 1). Les règles de gouvernance de l'ensemble des outils de la commande publique, y compris les contrats de partenariats (considérés comme des marchés publics au niveau européen), sont amenées à évoluer.

Encadré 1 : Quels changements à venir dans la commande publique avec les nouvelles directives européennes ?

Le nouveau paquet législatif sur les marchés publics, composé des directives 2014/24/UE relatives à la passation des marchés publics (dite « secteurs classiques ») et 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (dite « secteurs spéciaux ») a été publié au *Journal officiel de l'Union européenne* (JOUE) du 28 mars 2014. Par ailleurs, la Directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution des concessions (qui correspondent aux délégations de service public françaises) a été adoptée par le Parlement européen le 15 janvier 2014 et par le Conseil de l'Union européenne le 11 février 2014. La transposition de ces directives dans les pays européens doit intervenir dans un délai de 2 ans à compter de leur entrée en vigueur, soit avant le 18 avril 2016.

Le recours aux négociations pour l'attribution des marchés

La facilité à recourir aux négociations pour l'attribution des marchés est l'un des principaux apports des nouvelles directives marchés publics de 2014. Les cas dans lesquels la procédure négociée – désormais appelée « procédure concurrentielle avec négociation » – et le dialogue compétitif peuvent être mis en œuvre sont considérablement accrus. Ces deux procédures pourront désormais être utilisées quand les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits par des solutions immédiatement disponibles ou que les prestations portent sur de la conception ou des solutions innovantes, ou encore lorsque le marché est complexe. Le recours à l'appel d'offres ne sera au final imposé que pour l'achat de produits, services ou travaux standardisés. Cet assouplissement du recours aux négociations rapproche la directive « secteurs classiques » de celle relative aux secteurs spéciaux.

L'article 37 de la directive concessions fait aussi de la négociation la procédure d'attribution ordinaire des contrats de concession.

La simplification et la dématérialisation des dossiers de candidature

Afin d'alléger les charges administratives qui pèsent sur les entreprises candidates aux marchés publics, les directives généralisent le système de la déclaration sur l'honneur. Cette déclaration supposera l'utilisation d'un formulaire européen uniformisé : le document unique de marché européen (DUME), dont le modèle a été présenté par la Commission en janvier 2015. Seul le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché devrait être contraint de fournir les documents justifiant l'exactitude des informations figurant dans le DUME.

Par ailleurs, les nouvelles directives marchés publics posent aussi le principe, à terme, d'une dématérialisation obligatoire des échanges d'informations dans le cadre des procédures (la dématérialisation devra être obligatoire pour les centrales d'achat à compter du 18 avril 2017 et généralisée à compter du 18 octobre 2018).

Le recours aux renégociations des contrats public-privé

Jusqu'à présent, les directives sur les marchés publics étaient cantonnées aux seules règles de passation. Les nouvelles directives énoncent désormais les situations dans lesquelles les marchés peuvent être modifiés en cours d'exécution. Les modifications d'un montant inférieur à 10 % de la valeur initiale du marché pour les fournitures et services et 15 % pour les travaux, ainsi que celles qui, quelle qu'en soit la valeur, ne sont pas substantielles ou ont été prévues dans le contrat sous forme de clauses de révision de prix ou d'options claires, sont autorisées.

Les directives prévoient également la mise en place d'avenants en cas d'événements imprévus ou lorsque des prestations supplémentaires sont devenues nécessaires et qu'un changement de contractant est impossible ou présenterait un inconvénient majeur, pour autant que la modification ne modifie pas la nature globale du contrat et qu'elle n'entraîne pas une augmentation de plus de 50 % du montant du marché. En cas de modifications successives, la directive précise que ce seuil de 50 % s'applique à chaque modification et non sur la base de leur valeur cumulée.

S'agissant des modifications des contrats de concession pouvant survenir pendant leur exécution (considérant 75 et 76 et article 43 de la Directive), la Directive précise que les concessions peuvent être très largement modifiées dans les mêmes circonstances et dans les mêmes proportions que les marchés publics.

Au regard de ces éléments, il est nécessaire de faire le bilan de ce que propose l'analyse économique des partenariats public-privé. Les propositions théoriques et les études empiriques sur le sujet justifient-elles les évolutions à venir de la commande publique et/ou proposent-elles d'autres voies favorisant l'efficacité des partenariats public-privé ?

2. Les questions traitées dans cet ouvrage

Cet ouvrage a pour objectif de présenter les apports à la fois théoriques (partie 1) et empiriques (partie 2) de l'analyse économique des partenariats public-privé.

2.1. DÉFINITIONS, PORTÉE ET ANALYSE ÉCONOMIQUE DES PPP

Dans la première partie de l'ouvrage, basée sur les apports de la théorie économique, nous présentons tout d'abord les différents outils de la commande publique et leur poids dans l'économie mondiale. Le cas particulier du contrat de partenariat, nouvellement créé en 2004 en France, bien que plus ancien dans d'autres pays, fait l'objet d'une attention particulière, car les débats et critiques de ces dernières années se concentrent sur cet outil en particulier (Chapitre 1). Nous présentons ensuite une analyse économique des avantages potentiels, mais également des possibles défaillances des partenariats public-privé (Chapitre 2). Ces possibles défaillances peuvent rendre nécessaire une régulation fine de ces arrangements contractuels (Chapitre 3). Enfin, la question de l'efficacité des partenariats public-privé ne peut se poser sans un regard sur les conditions de financement de ces outils de la commande publique. L'impact de la crise économique sur le financement des partenariats public-privé est ainsi étudié (Chapitre 4).

Cette première partie met en exergue le fait que les partenariats public-privé sont sujets à des défaillances, au même titre qu'il existe des défaillances de marché et des défaillances de la gestion publique, plus largement mises en évidence par l'analyse économique. L'analyse économique des partenariats public-privé permet alors d'identifier les sources de ces défaillances et de proposer des moyens pour en limiter les effets.

2.2. L'ANALYSE EMPIRIQUE DES PPP

La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée aux études empiriques portant sur les partenariats public-privé. Ces études sont de plus en plus nombreuses et portent aussi bien sur les pays développés que sur les pays en développement. Des enseignements peuvent en être tirés quant aux difficultés de mise en concurrence des acteurs lors des appels d'offres (Chapitre 1) et d'exécution des partenariats public-privé (Chapitre 2). Un bilan des études cherchant à comparer la performance des partenariats public-privé avec la solution publique est proposé (Chapitre 3). Enfin, la question des ententes dans les partenariats public-privé est traitée dans un dernier chapitre (Chapitre 4).

La littérature économique ne tranche pas définitivement les débats, notamment sur la question de l'efficacité relative des partenariats public-privé par rapport à la solution publique. Elle insiste néanmoins sur le rôle de la pression concurrentielle (structure du marché, retour potentiel en régie, etc.) qui constitue un élément primordial de l'efficacité des PPP. Elle met aussi en évidence l'impasse généralement faite sur les motivations des autorités publiques à déléguer ou non un service. Si ce choix ne peut bien évidemment pas être considéré comme aléatoire, la théorie économique ne guide que très peu les analyses empiriques sur ce point. Or, la décision de déléguer ou non un service public peut être (souvent) plus politique qu'économique et les motivations à déléguer influent sur l'efficacité des PPP.

Selon l'environnement de marché et l'environnement institutionnel dans lequel se trouve le décideur public, les difficultés rencontrées ne sont pas les mêmes, et les solutions à envisager diffèrent. Ces solutions passent par des efforts accrus lors des appels d'offres pour générer une concurrence réelle et sélectionner des projets utiles. Elles passent aussi par des solutions contractuelles bien pensées engageant les contractants tout en permettant à ces accords d'évoluer dans le temps pour s'adapter à un environnement changeant. Elles passent enfin par une augmentation de la transparence afin de responsabiliser plus encore les décideurs publics et de générer plus de concurrence sur ces marchés.

Les partenariats public-privé ne sont donc pas un « free lunch ». Pour bénéficier des avantages qu'ils génèrent, il est nécessaire d'investir dans le partenariat et de tenir compte des spécificités des accords contractuels provenant du fait que la puissance publique est l'un des contractants. Il serait erroné de penser que la mise en place du partenariat se suffit en elle-même. De même, croire que le recours systématique à la gestion publique constitue une solution simple permettant d'éviter les difficultés inhérentes aux PPP serait une erreur. N'oublions pas que la solution publique est elle-même caractérisée par des « défaillances », qui expliquent en grande partie le développement des PPP à travers le monde. Tout l'enjeu réside donc dans la mise en perspective des avantages et inconvénients de chacune des solutions, et sur les efforts de conception et de suivi des contrats dans le cas des PPP.

RÉFÉRENCES

- Gibbons, R., 2005. Four formal(izable) theories of the firm? *J. Econ. Behav. Organ.* 58, 200-245. doi:10.1016/j.jebo.2004.09.010
- Hart, O., 1995. *Firms, Contracts and Financial Structure*. Oxford University Press, Oxford.
- Laffont, J.-J., Tirole, J., 1993. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. MIT Press, Cambridge, MA, USA.
- OECD, 2013. *Government at a Glance 2013*, Government at a Glance. OECD Publishing.
- Saussier, S., Tirole, J., 2015. Renforcer l'efficacité de la commande publique (No. 22). Conseil d'Analyse Economique.
- Williamson, O.E., 1985. *The Economic Institutions of Capitalism*. The Free Press, New York, NY, USA.

PARTIE 1

Définitions, portée et analyse économique des PPP

SOMMAIRE

Chapitre 1	La diversité des partenariats public-privé	23
Chapitre 2	L'analyse économique des partenariats public-privé	47
Chapitre 3	Les outils de régulation des partenariats public-privé	69
Chapitre 4	L'évolution des conditions de financement des contrats de PPP : toujours un modèle de financement privé ?	109

Chapitre 1

La diversité des partenariats public-privé

*Guillaume Farde**
et
*Stéphane Saussier***

Sommaire

1	Les contrats administratifs ordinaires	25
2	Le contrat de partenariat : un contrat administratif extraordinaire ?	34

* Spallian
guillaume.farde@spallian.com

** IAE de Paris, Université Paris I Panthéon-Sorbonne
Saussier@univ-paris1.fr

Introduction

Les partenariats public-privé (PPP) ne sont pas définis de manière uniforme dans la littérature économique. Nombreuses sont les études se limitant à une définition stricte, renvoyant à la définition des *PFI* anglaises ou des contrats de partenariat français en limitant ainsi les PPP à leur forme la plus récente. Souvent, la définition retenue englobe aussi les concessions, alors même qu'elles sont plus anciennes et plus développées à travers le monde. Enfin, les PPP sont parfois assimilés à l'ensemble des contrats public-privé incluant les marchés publics (*traditional procurement*), réduisant ainsi le caractère partenarial de ces accords à une simple relation contractuelle administrative.

Dans cet ouvrage, nous retiendrons cette dernière définition, qui est aussi la plus large. Non pas qu'elle nous semble la plus pertinente, mais plutôt parce que l'originalité et l'efficacité d'un type de PPP ne peut s'apprécier que de manière comparative. Cette approche est d'autant plus nécessaire que, pour le décideur public, ces différents types de relations public-privé sont autant de choix contractuels possibles. C'est d'ailleurs, comme nous le verrons dans le chapitre 2, la définition retenue par la théorie des contrats, qui considère l'ensemble du spectre des relations contractuelles public-privé possibles pour analyser l'efficacité des PPP au sens large.

Cet ensemble de relations contractuelles peut être scindé en plusieurs « types » de contrats en droit français. La doctrine juridique sépare en effet classiquement les contrats administratifs en trois catégories. Les marchés publics tout d'abord, qui sont des contrats conclus à titre onéreux entre, normalement, une personne morale de droit public et une personne privée (ou publique, même si ce second cas reste moins fréquent). Ils répondent au besoin du pouvoir adjudicateur en matière de fournitures, de services et de travaux. Le plus généralement, les marchés publics prévoient un paiement à la livraison, si bien que la littérature économique a pu considérer qu'ils font porter le risque économique sur la partie publique.

La convention de délégation de service public ensuite, qui est « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service »¹. La personne publique délègue l'exploitation d'un service à une personne privée délégataire, qui est désormais chargée de l'exploiter pour son compte, moyennant rémunération. Ce mode de contractualisation publique implique par ailleurs un transfert du risque d'exploitation du délégant vers son délégataire, dont les implications ont été finement analysées par la littérature économique.

Enfin, dans ce paysage, le contrat de partenariat public-privé fait figure à la fois de dernier-né et d'exception : de dernier-né en ce qu'il ne voit le jour que tardivement (17 juin 2004) ; d'exception parce qu'avant la publication de l'ordonnance n° 2004-559 relative aux contrats de partenariat, le terme de « partenariat » ne pouvait se prévaloir ni d'une existence légale et réglementaire, ni d'une existence jurisprudentielle, ni d'une existence doctrinale. Le juriste, par construction, a toujours

1 Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite « loi MURCEF ».

préféré le terme de « contrat » à celui de partenariat. Le terme de « partenariat », pas plus que la notion de « public-privé », ne relèvent donc du vocabulaire juridique usuel. Ce sont là des notions empruntées à la terminologie des sciences de gestion, hermétique à l'univers du juriste. La notion de partenariat désigne un état d'esprit particulier des cocontractants, qui conçoivent la profitabilité du contrat pour l'autre partie contractante comme une condition impérative de leur propre profit. La notion de « public-privé » est du reste, elle aussi, une invention des sciences de gestion. Il est d'ailleurs possible de procéder à un questionnement utilitariste de cette mention. Pourquoi rappeler, en effet, jusqu'à risquer le pléonasme, le caractère public-privé d'un contrat administratif ? C'est qu'à l'évidence, l'association délibérée des deux termes fait sens. Elle matérialise l'association de la personne publique et de la personne privée, contractuellement unies en vue de la réalisation d'un objectif commun, celui de la satisfaction de l'intérêt général. L'introduction de la mention « public-privé » renvoie ainsi à l'introduction progressive de la logique partenariale comme principe directeur de la contractualisation.

À l'origine, la création du contrat de partenariat avait pour objectif de rattraper le retard pris en France par rapport à d'autres États tels que la Grande-Bretagne, qui, avec la mise en place des *PFI* (*Private Finance Initiative*), dès le début des années 1990, disposait déjà d'un outil comparable. Le contrat de partenariat, malgré le caractère extraordinaire de sa naissance et de ses principes directeurs, n'a pas rebuté les pouvoirs adjudicateurs, loin s'en faut. Plus de 200 contrats de partenariat ont été signés entre 2004 et 2014. D'aucuns ont ainsi pu voir dans le contrat de partenariat public-privé un contrat de droit commun au même titre que les marchés publics ou que les délégations de service public. Pourtant, les débats qu'il suscite attestent bel et bien de son atypisme.

Ce chapitre resitue le contrat de partenariat dans le contexte plus général de la grande famille des contrats administratifs et donne quelques éléments chiffrés afin d'appréhender son importance économique (partie I). Il propose ensuite une analyse du contrat de partenariat *stricto sensu* en s'interrogeant sur le caractère exceptionnel ou non de ce type de contrat dans la commande publique (partie II). En conclusion nous insistons sur la nécessité de disposer d'une grille d'analyse économique de ces différents types de contrats, afin d'évaluer leur performance relative, d'autant plus que les règles à venir sont amenées à évoluer du fait des nouvelles directives marchés publics et de la directive concessions de 2014.

1. Les contrats administratifs ordinaires

1.1. LE MARCHÉ PUBLIC

1.1.1. La notion de marché public

Sur un plan organique, l'article 1^{er} du Code des marchés publics dispose que les marchés publics sont conclus « entre les pouvoirs adjudicateurs [...] et des opérateurs économiques publics ou privés ». L'acheteur public est ainsi généralement incarné par une personne morale de droit public, tandis que le prestataire est, dans la plupart des cas, une personne privée (même s'il peut être, dans certains cas plus

rares, une personne publique). Concernant les pouvoirs adjudicateurs, l'article 2 du Code des marchés publics s'applique à l'État et à ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux. Deux catégories de personnes publiques sont donc exclues du champ d'application du Code des marchés publics : celles n'ayant pas la qualité d'établissement public et les EPIC de l'État. La soustraction des EPIC au champ d'application du Code ne vaut cependant qu'au niveau national. Au niveau local, les EPIC des collectivités territoriales restent soumis au Code et sont, de fait, plus strictement encadrés. Il serait cependant hâtif d'en déduire que la passation des marchés publics par les EPIC de l'État serait totalement libre. Nombre des EPIC de l'État relèvent de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

Sur un plan matériel, l'article 1^{er} précité rappelle que le marché public est conclu pour répondre aux « besoins [des pouvoirs adjudicateurs] en matière de travaux, fournitures ou services ». Première catégorie énoncée par le Code, le marché de travaux porte sur une opération immobilière dont la réalisation est confiée à un entrepreneur sous le contrôle d'un maître d'ouvrage public. À l'inverse du marché de travaux, le marché de fournitures a pour objet la fourniture d'un bien mobilier. Cette catégorie de marchés diffère assez peu du contrat de vente mobilière conclu entre personnes privées. La location de biens meubles entre elle aussi dans cette catégorie générique des marchés de fournitures qui englobe, par extension, le crédit-bail ou encore la location, assortie ou non d'une option d'achat. Enfin, troisième et dernière catégorie énoncée par le Code, les marchés de services ont pour objet l'achat d'une prestation de services. Les textes sont assez peu précis sur la définition des prestations en question, que la directive 2004/18 classe en deux listes distinctes : celle des services dits « prioritaires », pour lesquels l'ensemble des obligations de publicité et de mise en concurrence s'appliquent et celle des services « non prioritaires », pour lesquels la seule obligation procédurale consiste en l'envoi d'un avis d'attribution.

Enfin, l'article 1^{er} du Code des marchés publics les définit comme « des contrats conclus à titre onéreux », par opposition aux contrats conclus à titre gratuit. Cette caractéristique se traduit généralement par le versement d'une somme d'argent par la personne publique en échange, le cas échéant, de la livraison de l'ouvrage, de la fourniture de biens ou de la réalisation de prestations de services. Le prix ou les modalités de sa détermination sont, à ce titre, des mentions obligatoires des marchés, passés selon une procédure formalisée.

1.1.2. La passation d'un marché public

La procédure de passation des marchés publics obéit au principe cardinal de la mise en concurrence. Si les économistes retiennent généralement quatre critères pour fonder le caractère concurrentiel d'un marché (accès à l'information, absence de position dominante ou d'oligopole, absence de barrières à l'entrée et relativité homogénéité des biens ou services), le Code des marchés publics se focalise plus particulièrement sur la liberté d'accès, même s'il ne saurait méconnaître les trois autres. Le pouvoir adjudicateur est ainsi soumis à une obligation d'organisation de la concurrence. Le Code des marchés publics le lui rappelle dans son article 1^{er}, qui dispose que « les marchés publics [...] soumis au présent code respectent les

principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ».

La procédure de passation fait toujours suite à un travail de détermination des besoins par le pouvoir adjudicateur. L'article 5 du Code des marchés publics dispose ainsi que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ». De la détermination de ce besoin découle tout un ensemble de prestations qui sont définies dans les documents de la consultation, par des spécifications techniques à l'adresse des candidats. Le pouvoir adjudicateur choisit ensuite la procédure à mettre en œuvre. L'article 26 du Code des marchés publics lui laisse le choix entre différentes procédures formalisées que sont l'appel d'offres (ouvert ou restreint), la procédure négociée, le dialogue compétitif ou encore le concours.

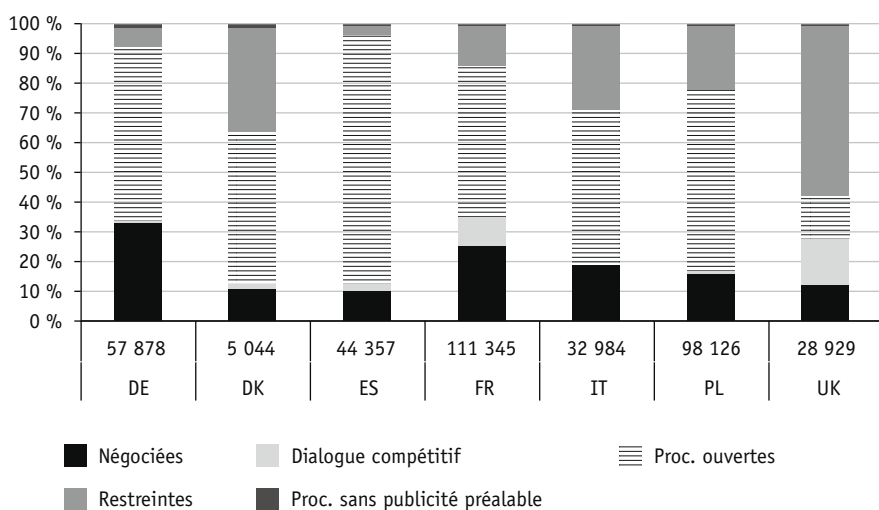
L'appel d'offres est la procédure la plus commune par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire sans négociation, sur la base de critères réputés objectifs et qu'il aura préalablement communiqués aux candidats. L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout opérateur économique privé peut remettre une offre. Inversement, il est dit fermé lorsque seul un nombre restreint d'opérateurs économiques peuvent candidater.

La procédure négociée diffère, quant à elle, de la procédure d'appel d'offres en ce qu'elle implique un contact direct avec les candidats. La doctrine a ainsi pu écrire qu'elle serait de ce fait moins objective et qu'elle pourrait attenter au principe d'égalité de traitement des candidats. C'est la raison pour laquelle l'article 35 du Code des marchés publics énumère limitativement les cas de recours à la procédure négociée.

La procédure de dialogue compétitif ressemble par certains aspects à la procédure négociée en ce que, comme son nom l'indique, elle organise un dialogue entre le pouvoir adjudicateur et les candidats. Le recours au dialogue compétitif est rendu possible par le Code lorsque le marché est qualifié de « complexe » (soit le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir seul les moyens techniques pouvant répondre à son besoin, soit il n'est pas objectivement en mesure d'établir le montage juridique et financier du projet).

Enfin, le concours est une procédure de passation particulière par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet. Cette dernière procédure est notamment usitée dans les domaines de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme.

Il existe peu de données concernant l'utilisation de ces différents types de procédures de passation. L'unique base de données est la base TED (*Tenders Electronic Daily*), qui est la version en ligne du « Supplément au Journal officiel de l'Union européenne », consacré aux marchés publics européens. À partir de ces données, nous pouvons observer que la procédure négociée est plutôt l'exception que la règle (ce point est amené à changer avec les nouvelles directives marchés publics, qui devront être transposées d'ici le 18 avril 2016) et qu'il existe des différences réelles entre pays européens quant à la fréquence d'utilisation des différentes procédures (voir le Figure 1.1).



Source : Saussier et Tirole, 2015 à partir de TED, 2008-2012. Calcul des auteurs à partir de la base de données européenne concernant les marchés publics dont les montants sont supérieurs aux seuils européens. Plusieurs types de procédures restreintes et négociées sont différenciées par TED et sont regroupées dans ce graphique. <http://ted.europa.eu>. En abscisse, le pays concerné et le nombre d'observations sur la période.

Figure 1.1 — L'utilisation des différentes procédures d'appel d'offres dans quelques pays d'Europe (% en valeur)

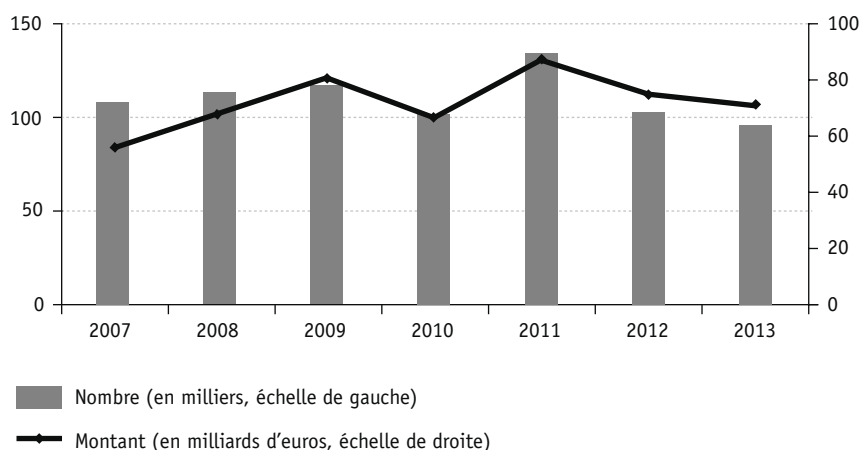
1.1.3. Le poids des marchés publics

En France les marchés publics sont suivis par l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP)², qui a pour mission de rassembler et d'analyser les données relatives aux aspects économiques de la commande publique et, notamment, les données issues du recensement économique des achats publics³.

L'arrêté du 21 juillet 2011 relatif au recensement économique de l'achat public dispose qu'une fiche statistique comportant les données du recensement est établie et transmise à l'OEAP, pour chaque contrat, marché ou accord-cadre d'un montant supérieur à 90 000 € HT. Ainsi, le montant annuel des marchés publics a représenté plus de 71,5 milliards d'euros HT en 2013 en France pour 96 500 contrats (voir Figure 1.2).

² Créé par l'arrêté du 10 novembre 2005, l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP) rassemble les acteurs de la commande publique. La direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie en assure le secrétariat général.

³ Décret n° 2006-1071 du 28 août 2006 relatif au recensement des marchés publics et de certains contrats soumis à des obligations de mise en concurrence.



Source : Observatoire économique de l'achat public

Figure 1.2 — Le montant des marchés publics

Il faut cependant garder à l'esprit que beaucoup de marchés publics de faibles montants ne sont pas recensés par l'OEAP⁴. De plus, les dépenses engagées par les opérateurs de l'État et les entreprises à capitaux publics ne sont pas comptabilisées par l'OEAP, ainsi que celles engagées par les entreprises titulaires de délégation de services publics (par exemple les sociétés autoroutières, les sociétés d'économie mixte SEM, etc.). Le total de la commande publique en France est ainsi régulièrement estimé aux alentours de 200 milliards d'euros par an, sans comptabilité précise⁵.

Au final, les marchés publics représentent l'outil privilégié de la commande publique et leur montant représente une part substantielle du PIB (plus de 3 % selon les chiffres de l'OEAP).

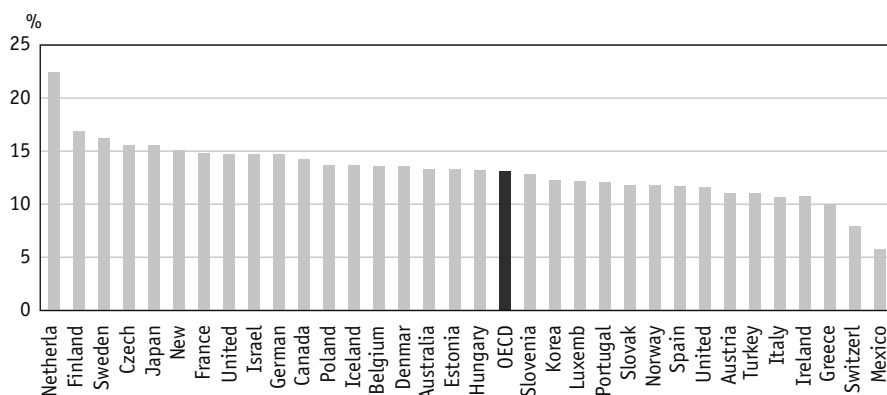
La France, à ce titre, ne semble pas être une exception. Dans la zone OCDE, les achats des administrations publiques (notion plus large que la commande publique sur laquelle communique le plus souvent l'Union européenne (UE)) représentent en moyenne 13 % du PIB⁶, contre 19 % dans l'UE⁷ (voir Figure 1.3).

4 Saussier et Tirole (2015) notent que même l'obligation qui est faite de transmettre à l'OEAP les informations concernant les marchés publics d'un montant de plus de 90 k€ n'assure pas la transmission exhaustive des données, du fait de l'absence de contrôles et de sanctions.

5 Voir par exemple le site de la médiation des marchés publics : <http://www.economie.gouv.fr/mediation-des-marches-publics/guide-osez-commande-publique>.

6 OECD 2013 – Government at a Glance.

7 European Commission, DG Internal Market, 2010.



Source : OECD (2013) – Government at a Glance

Note : Les achats des administrations publiques sont définis comme la somme des consommations intermédiaires (biens et services achetés pour leur propre usage par les administrations, comme les services informatiques ou de comptabilité), de la formation brute de capital fixe (acquisition de biens d'équipement hors ventes d'actifs fixes, comme la construction de routes) et des transferts sociaux en nature passant par des producteurs privés (biens et services produits par des producteurs privés qui sont achetés par les administrations et fournis aux ménages).

Figure 1.3 — Achats des administrations publiques en % du PIB (2011)

1.2. LA DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

1.2.1. La notion de délégation de service public

Dans la tradition juridique du droit de la commande publique, la concession est historiquement la forme la plus ancienne de gestion déléguée d'un service public. Le financement privé d'ouvrages ou de services publics par la personne privée en charge de leur exploitation est un procédé ancien, pratiqué de très longue date. Au ^{xvi}^e siècle, le roi de France Henri III décide de la construction du Pont-Neuf à Paris, définitivement achevée en 1607 sous le règne d'Henri IV. Si la construction est réalisée en maîtrise d'ouvrage publique, le 2 janvier 1602, Henri IV autorise cependant la construction d'une grande pompe à eau, plus connue sous le nom de Pompe de la Samaritaine. Cette pompe a été conçue par l'ingénieur flamand Jean Lintlaër et avait pour finalité d'alimenter en eau les palais royaux du Louvre et des Tuileries. L'ouvrage, construit en maîtrise d'ouvrage privée, est financé par son exploitant, autorisé par le roi à extraire l'eau de la Seine et à refacturer ce service aux Parisiens augmenté de prestations d'acheminement⁸. À cette occurrence du modèle concessif à l'époque moderne s'ajoutent d'autres exemples contemporains tels que les contrats de construction et d'exploitation des canaux de navigation⁹. Chemin faisant, l'intérêt pour le modèle concessif ne se dément pas et, près de trois siècles plus tard, c'est

⁸ Cet épisode est narré par P. Krief dans Krief, 2004.

⁹ La construction du Canal du midi est également réalisée au moyen d'une concession.

vers des concessionnaires privés que se tourne Napoléon III pour la transformation haussmannienne de Paris.

La concession a ainsi joué un rôle indirect dans l'élaboration progressive du régime juridique des contrats administratifs, au travers notamment des jurisprudences dont elle a pu faire l'objet et qui ont été ensuite étendues aux marchés publics. Dans un arrêt de principe *CE, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, 1916*, le Conseil d'État consacre la théorie de l'imprévision ; en l'espèce, le Conseil d'État devait statuer sur le bouleversement de l'équilibre du contrat de concession qui liait la ville de Bordeaux à la Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux. L'examen de cette requête devant le Conseil d'État permet au commissaire du gouvernement de proposer une définition de la concession de service public qui serait ainsi, selon lui, « un contrat qui charge [...] une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public »¹⁰.

La concession de service public repose sur le transfert d'une mission globale comportant un premier volet relatif au financement d'un investissement public et un second volet relatif à l'exploitation du service public associé. Dans le cadre d'une concession, la personne publique confie la gestion du service au concessionnaire qui l'exploite et qui en assume, de fait, le risque économique. Il est le maître d'ouvrage des travaux à réaliser, il a la charge de les financer et sa rémunération est étroitement liée aux résultats d'exploitation du service (elle dépend également de la durée du contrat et de l'amortissement des investissements). Du reste, si la personne publique confie la gestion du service public, elle n'abandonne pas pour autant son pouvoir de contrôle de ladite gestion. L'activité déléguée doit répondre aux principes qui gouvernent les services publics (continuité, égalité d'accès, neutralité) et le délégant a la charge de sanctionner les éventuels manquements.

Les conventions de délégation de service public sont régies par la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « loi Sapin »¹¹. Modifiée à plusieurs reprises¹², sa définition légale est donnée à l'article 3 de la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (dite « loi MURCEF »), aux termes duquel la convention de délégation de service public est « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service »¹³. Cette définition laisse à première vue entrevoir

10 Commissaire du gouvernement Chardenet cité par S. Nicinski dans Nicinski, 2012.

11 Loi n° 93-112 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, chapitre IV.

12 Elle est d'abord modifiée par la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, puis par la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public.

13 Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite « loi MURCEF ».

quatre critères d'identification principaux que sont la présence d'une activité de service public, la présence d'un acte contractuel, le transfert d'exploitation et le mode de rémunération. La convention de délégation de service public porte en effet sur un service public caractérisé par les sujétions et les prérogatives de puissance publique qui lui sont traditionnellement assorties. Par ailleurs, la convention de service public suppose la conclusion d'un contrat entre la personne publique délégante et son délégataire, ce qui exclut les actes unilatéraux qui habiliterent un tiers à gérer un service public. En outre, la convention de délégation de service public doit consister en un transfert réel du service public, en ce sens que non seulement le contrat a pour objet la dévolution d'un service, y compris dans sa composante organisationnelle, mais surtout que le délégataire dispose d'une autonomie avérée dans sa gestion dudit service (sur ce point, la convention de délégation du service public se distingue nettement du marché public). Enfin, le critère le plus important est sans conteste celui du mode de rémunération : la convention de délégation de service public ne peut être caractérisée comme telle que si les revenus du délégataire sont substantiellement liés à l'exploitation du service (et non à des subventions, par exemple).

Parmi les formes de convention de délégation de service public, la doctrine et la jurisprudence distinguent d'ordinaire les contrats de concession précités des contrats d'affermage, des régies intéressées et des gérances. L'affermage se distingue de la concession en ce que le cocontractant n'a la charge ni de l'investissement immobilier ni des travaux (pour le premier établissement), ces derniers étant assumés par la personne publique. La régie intéressée consiste, quant à elle, en un contrat généralement de courte durée par lequel la personne publique confie la gestion et l'entretien d'un service public préexistant à un opérateur économique, moyennant un mode de rémunération fait de primes et de pénalités assises sur les résultats d'exploitation. Enfin, la gérance, plus encore que la régie intéressée, laisse à la charge de la personne publique une part conséquente des risques, dans la mesure où le gérant bénéficie d'une rémunération forfaitaire (la personne publique encaisse, le cas échéant, les bénéfices et assume les pertes).

La convention de délégation de service public s'inscrit donc indéniablement dans une relation partenariale. La personne publique délégante transfère l'exploitation d'un service à une personne privée délégataire qui est désormais chargée de l'exploiter pour son compte, moyennant rémunération. Ce mode de contractualisation publique implique par ailleurs un transfert du risque d'exploitation du délégant vers son délégataire, ce qui n'est pas sans influencer sur leur stratégie réciproque et ce aussi bien lors des phases de passation que d'exploitation.

1.2.2. La procédure de conclusion des conventions de délégation de service public

Les règles applicables à la conclusion des conventions de délégation de service public se subdivisent en deux sous-ensembles, le premier comportant des règles générales, le second des règles plus spécifiques aux collectivités territoriales.

Concernant les règles générales, la première est celle de l'obligation de publicité. La personne publique délégante doit publier un avis visant à permettre le dépôt

des candidatures et respecter un délai minimum d'un mois entre la publication de cet avis et la date de remise effective desdites candidatures. Les opérateurs économiques candidats présentant les garanties suffisantes sont ensuite sélectionnés et se voient adresser un document regroupant les caractéristiques des prestations attendues. Forts de ce document, les opérateurs économiques sélectionnés peuvent déposer leurs offres, qui seront ensuite librement négociées ; conformément aux dispositions légales et réglementaires. La décision finale a longtemps été faiblement contrôlée (ce qui distingue la procédure de celle qui régit la passation des marchés publics), même si cette caractéristique s'atténue avec le temps.

Concernant les règles particulières, force est de constater que le durcissement des règles de passation des conventions de délégation de service public a surtout concerné les collectivités territoriales. Dans leur cas, la procédure a été considérablement alourdie, ce qui tend à la rapprocher de celle des marchés publics. La procédure de conclusion des conventions de délégation de service public par les collectivités territoriales fait intervenir une assemblée délibérante d'une part, une commission d'autre part. L'assemblée délibérante est normalement saisie en amont du projet (avant les mesures de publicité) pour statuer sur son opportunité. Elle s'efface ensuite au profit de l'exécutif local et de la commission avant d'être de nouveau saisie lors de la décision finale : elle doit approuver le choix du délégataire et le contrat négocié. La commission est, quant à elle, élue par l'assemblée délibérante et, dans les communes de plus de 3500 habitants, comporte des membres élus de l'assemblée délibérante, le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence. Si la commission a un pouvoir de décision pour arrêter la liste des candidats, elle ne doit cependant pas sortir de son rôle, de nature plutôt consultative. La négociation *stricto sensu* est quant à elle menée par l'autorité signataire.

1.2.3. Le poids des délégations de service public

Les DSP sont présentes dans les secteurs de la restauration collective, de la collecte des déchets, des infrastructures routières et sportives, etc. Il n'y a pas cependant d'observatoire des DSP en France permettant de recenser les appels d'offres et les contrats signés chaque année et, ainsi, d'évaluer leur poids dans l'économie française. Les quelques chiffres qui existent concernent le chiffre d'affaires générés par ces contrats. Ils indiquent que les DSP représentent en valeur, pour les seuls opérateurs, un marché de plus de 100 milliards d'euros par an (dont environ la moitié pour les transports), soit environ 5 % de la valeur du PIB français (Le Lannier et Saussier, 2012).

Au niveau européen, la même absence de chiffres caractérise les concessions de services et de travaux (c'est-à-dire équivalentes aux DSP françaises). Le long débat qui a donné lieu au vote de la nouvelle directive européenne sur les concessions au début de l'année 2014 a mis en évidence cette absence de données, la Commission ayant été incapable de chiffrer le poids des concessions dans l'économie des pays européens pour justifier la nécessité d'une nouvelle directive concessions.

2. Le contrat de partenariat : un contrat administratif extraordinaire ?

2.1. LA MISE EN PLACE ET LE FONCTIONNEMENT DES CONTRATS DE PARTENARIAT

2.1.1. Les principes directeurs du contrat de partenariat

Dans un contexte budgétaire plus contraint, la défense du périmètre des activités réalisées en régie est devenue plus délicate et l'heure est aujourd'hui à la mise en place d'une organisation comptable des personnes morales de droit public qui emprunte au modèle privé. L'approche partenariale est alors réputée la plus à même de maximiser la qualité du service public rendu à la population, tout en minimisant le coût pour la collectivité. En ce sens, le 17 juin 2004, la publication de l'ordonnance n° 2004-559 a pu être perçue comme une victoire de l'école de la nouvelle gestion publique. Mais, au-delà de l'influence d'une école de pensée en matière de gestion publique, le décideur public français, parce qu'il devait faire face à des besoins d'investissement croissants et des budgets d'investissement de plus en plus contraints, a surtout cherché à développer le recours au secteur privé, même dans des cas où les montages de type concessif ne sont pas possibles.

De prime abord, les détracteurs du contrat de partenariat au moment du travail légistique étaient fondés à considérer que le droit de la commande publique français fournissait tous les outils nécessaires au financement privé des ouvrages publics, notamment sous la forme de concessions. Leur approche critique s'est cependant heurtée à trois écueils du droit de la commande publique que sont l'interdiction du paiement différé en matière de marché public, l'inconcessibilité de certains services – dans les domaines régaliens notamment – et la loi MOP du 12 juillet 1985.

Sur le premier point d'achoppement, il est vrai que le Code des marchés publics pose le principe de l'interdiction du paiement différé¹⁴. L'opérateur privé auquel le marché est adjudgé livre le bien ou le service prévu par le contrat et est rémunéré pour cela, à la livraison. En marché public, la personne publique supporte alors l'intégralité du risque d'exploitation et doit disposer des ressources avant la conclusion du contrat, soit en puisant dans son budget d'investissement, soit en s'endettant pour une certaine durée. Pendant longtemps, les marchés d'entreprise de travaux publics (marchés dits METP) ont contourné l'interdiction du paiement différé et présentaient, de fait, les caractéristiques du partenariat public-privé¹⁵. Cependant, face à des abus perpétrés par certaines collectivités publiques qui abusaient

¹⁴ Article 96 du Code des marchés publics.

¹⁵ Défini par la jurisprudence comme « un contrat par lequel une personne publique confie à une entreprise privée la construction et l'exploitation d'un ouvrage sur le long terme moyennant le paiement différé d'une redevance », le METP était un contrat de longue durée, par lequel le cocontractant de la personne publique se voyait confier à la fois la construction de l'ouvrage public et son entretien. À la différence des concessions, l'exploitant était rémunéré par la personne publique tout au long du contrat, et non pas par les usagers. Ce type de contrat présentait l'avantage du financement privé d'infrastructures publiques sur une longue durée, assorti d'un étalement de la charge budgétaire dans le temps.

de procédés METP dont elles faisaient un usage détourné, ce type de contrat est progressivement tombé en désuétude.

Sur le second point d'achoppement, force est de rappeler que certains services ne se prêtent pas à la concession ou sont considérés comme inconcessibles au regard de la jurisprudence. Certains services ne permettent pas un mode de rémunération assis sur l'exploitation du service et notamment sur l'usager (prisons, écoles, universités, hôpitaux en sont des exemples). Parallèlement, même lorsque ce mode de rémunération serait possible, la nature du service concédé empêche toute forme de discrimination pécuniaire entre ses usagers. C'est notamment le cas en matière de police, ou encore dans le domaine de la défense.

Enfin, la loi MOP du 12 juillet 1985 pose deux principes en vertu desquels la personne publique a l'obligation d'exercer la fonction d'intérêt général que constitue la maîtrise d'ouvrage d'une part, et de séparer les fonctions de l'entrepreneur et du maître d'œuvre, d'autre part. La globalisation du contrat est jugée risquée en tant qu'elle dilue les responsabilités.

Face à ces obstacles, le législateur a d'abord instauré des formes embryonnaires de contrats de partenariat dites « partenariats sectoriels ». La loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure a permis de conclure deux types de contrats innovants. Les premiers permettent, pour les besoins de la police et de la gendarmerie nationale, de déroger à la loi MOP du 12 juillet 1985 en passant avec un prestataire privé des contrats globaux portant sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles ; un premier type de contrat qui rencontra un succès certain pour la rénovation et la construction de plusieurs casernes de gendarmerie. Les seconds permettent de conclure avec le titulaire d'une autorisation temporaire du domaine public (AOT) un contrat de location avec option d'achat (LOA) des bâtiments construits par l'opérateur privé. Le mécanisme du crédit-bail, jusqu'alors réservé aux seuls contrats privés, s'introduit ainsi dans l'univers des contrats publics. En parallèle, l'ordonnance du 4 septembre 2003 a étendu aux établissements publics de santé la possibilité de conclure un marché global et un bail emphytéotique avec option d'achat. Les baux emphytéotiques hospitaliers participent ainsi, eux aussi, des formes embryonnaires de partenariats public-privé.

Né en juin 2004, le contrat de partenariat est un outil relativement récent d'achat de la disponibilité d'une prestation. Il constitue une forme de partenariat public-privé, entendu au sens large comme un montage juridique et financier de type institutionnel ou contractuel associant le secteur public et le secteur privé en vue de la réalisation de services ou d'infrastructures ou d'ouvrages d'utilité publique. Cette catégorie de contrat, instituée par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, est venue compléter les outils traditionnels de la commande publique, à savoir les marchés publics, qui répondent à une logique d'achat, sans transfert de risque au secteur privé, et les délégations de service public, qui s'inscrivent dans une logique de service, avec transfert d'un risque de demande (ou « de fréquentation ») au secteur privé. L'ordonnance prolonge ainsi les formules contractuelles détaillées plus haut, telles que les montages domaniaux complexes (baux emphytéotiques administratifs ou autorisations d'occupation temporaire accompagnés d'une convention de gestion non détachable) et les partenariats dits « sectoriels » (dans les domaines de la sécurité intérieure, de la justice et de la santé).

Aux termes de l'article 1^{er} de l'ordonnance, « *le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'État ou un établissement public de l'État confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* ».

En d'autres termes, le contrat de partenariat permet à une personne publique de confier à une entreprise une mission globale, dans le cadre d'un contrat de longue durée et contre un paiement effectué par la personne publique et étalé dans le temps. Il a ainsi pour but d'optimiser les performances respectives des secteurs public et privé pour réaliser, dans les meilleurs délais et conditions, des projets qui présentent, en général, un caractère d'urgence ou de complexité pour la personne publique.

Le contrat de partenariat ne constitue pas, en principe, une délégation des missions de service public dont la responsabilité incombe aux personnes publiques. En réalité, par ce type de contrats, les personnes publiques « achètent » la disponibilité d'une prestation nécessaire à l'exercice de leurs missions. Il peut s'agir, par exemple, de la disponibilité d'un ouvrage (un hôpital ou une prison, un immeuble de bureau, un réseau de télécommunications, une voie ferrée, etc.) ou d'une ressource (de l'eau potable, des repas, de la chaleur, etc.).

La mise en œuvre d'un projet sous la forme d'un contrat de partenariat repose sur une économie générale spécifique.

En premier lieu, dans le cadre d'un contrat de partenariat, le partenaire privé est chargé d'une mission globale, son engagement consistant à déterminer et à mettre en œuvre l'ensemble des moyens et solutions lui permettant d'atteindre les résultats et les objectifs de performance que lui impose la personne publique. Généralement, le partenaire privé, maître d'ouvrage, est responsable vis-à-vis de la personne publique de la conception, de la réalisation, de l'exploitation, de la maintenance (renouvellements inclus), ainsi que du financement (dettes, fonds propres et quasi fonds propres).

Le partenaire privé est rémunéré par un loyer sur toute la durée du contrat, complété, le cas échéant, par des recettes annexes. Le titulaire d'un contrat de partenariat est rémunéré par un prix forfaitaire versé sur toute la durée du contrat, ce qui permet de lisser dans le temps les investissements. En cela, le contrat de partenariat constitue une dérogation à l'interdiction du paiement différé posée par le Code des marchés publics.

Ce loyer payé par la personne publique peut être complété par des recettes annexes, qui constituent l'une des spécificités du recours au contrat de partenariat. Ces recettes annexes sont définies par l'article 11 d) de l'ordonnance comme les « *recettes que le cocontractant est autorisé à se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice* ».

Elles présentent dès lors deux avantages. D'une part, elles répondent à un objectif économique de valorisation et d'autre part, elles assurent un équilibre financier du contrat favorable aux deux parties, dans la mesure où elles sont prises en compte, de manière plus ou moins incitative, dans la rémunération du titulaire du contrat, et viennent ainsi réduire la contribution de la personne publique.

En outre, l'ordonnance impose que le contrat de partenariat fixe les « *objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation* » (article 11 c) de l'ordonnance). Les pénalités appliquées par la personne publique au titulaire du contrat permettent de sanctionner la méconnaissance de ses obligations, conformément à l'article 11 f) et g) de l'ordonnance.

La structure des pénalités varie selon les tâches confiées au partenaire privé. En phase de réalisation, les pénalités sont des pénalités de retard, applicables lorsque le bien n'est pas réalisé dans les délais prévus par le contrat. En phase d'exploitation, les pénalités sanctionnent le respect des objectifs de performance imposés au titulaire du contrat de partenariat. Ces objectifs de performance, qui matérialisent la « disponibilité » d'un ouvrage ou d'un service, varient naturellement en fonction de la nature du projet (taux de disponibilité d'un réseau de télécommunications, respect du cadencement et du délai de réalisation des tâches de maintenances préventive et curative dans le cadre de la mise à disposition d'un bâtiment, etc.). Le montant des pénalités susceptibles d'être appliquées par la personne publique doit être adapté à la gravité des manquements constatés, être suffisamment dissuasif et être plafonné, sans quoi la société de projet titulaire du contrat se verrait exposée à un risque de surcoûts illimités, ce que sa faible capitalisation ne lui permettrait pas d'assumer très longtemps.

Par ailleurs, l'un des principes essentiels d'un montage réalisé sous la forme d'un contrat de partenariat est d'allouer les risques à la partie la mieux à même de les assumer. Le partenaire privé peut ainsi supporter, en tout ou en partie, le risque de conception-construction, le risque d'exploitation de l'ouvrage ou de l'équipement, le risque de disponibilité, le risque de mise aux normes, le risque financier, et les risques exceptionnels tels que les risques de résiliation, de déchéance, de force majeure, etc. Le partenaire privé intègre la réalisation du risque dans son prix : les surcoûts liés à tel ou tel risque sont provisionnés et intégrés au prix payé par la personne publique. Le transfert de risques a ainsi un coût pour la personne publique, qu'il convient d'optimiser en recherchant le partage de risques le plus adéquat.

De surcroît, une société de projet (ou « *SPV* » pour « *Special Purpose Vehicle* ») est mise en place pour la mise en œuvre du projet. La *SPV* a pour fonction de prendre les engagements et supporter l'ensemble des obligations et risques vis-à-vis de la personne publique. Elle assure également la mise en place des moyens juridiques et financiers lui permettant d'exécuter ses obligations envers la personne publique : signer les contrats de financement pour lever les fonds et signer les sous-contrats de construction (portant également, le cas échéant, sur la conception) et d'exploitation-maintenance pour réaliser le projet, transférer les risques et ainsi « isoler » le véhicule de financement. La création d'une société de projet n'est

pas systématiquement nécessaire pour la mise en œuvre d'un contrat de partenariat – elle ne résulte pas d'une exigence légale ou réglementaire.

Il reste que la création d'une *SPV* matérialise le caractère global d'un contrat de partenariat – l'ensemble des missions étant confié par la personne publique à une entité juridique unique – et permet, du point de vue de la personne publique, de traiter de manière simple et efficace, pendant toute la durée du contrat, la problématique des interfaces entre les différents acteurs impliqués dans l'exécution du contrat de partenariat.

Enfin, les obligations et risques de la société de projet sont transférés vers ses sous-contractants (principe de transparence, ou « *back to back* »).

Concrètement, le montage juridico-financier repose sur plusieurs contrats principaux. Le contrat de partenariat (souvent appelé « contrat de tête ») a notamment pour objet de fixer la mission et les objectifs de performance que doit respecter le partenaire, organiser le contrôle du partenaire privé par la personne publique (financier, technique, juridique), détailler les modalités de rémunération du partenaire, organiser la répartition des risques, détailler les hypothèses de fin anticipée du contrat et organiser le contrôle de la stabilité de l'actionnariat de la *SPV*. En application du principe de transparence, les principaux contrats d'exécution (conception-construction et exploitation-maintenance) transfèrent à leur titulaire les droits et obligations de la société de projet à l'égard de la personne publique en tant qu'ils concernent leur mission respective (« *back to back* »).

Ces sous-contrats sont les éléments clés du montage. Ils permettent d'assurer la robustesse de la société de projet, et donc du montage tout entier (les risques du projet étant *in fine* supportés par des entreprises spécialisées en matière de construction ou d'entretien-maintenance, disposant d'un bilan très solide). Ils sont complétés par un accord d'interface (conclu entre constructeur, exploitant et *SPV*) permettant d'isoler la société de projet des difficultés de coordination entre le constructeur et l'exploitant, lesquels s'engagent à permettre à la *SPV* d'honorer ses obligations au titre du contrat de tête. Au moment du bouclage juridique et financier de l'opération, la *SPV* conclut enfin des contrats de financement, sur la base de *term sheets* (principaux termes et conditions) établis au cours du processus de mise en concurrence, et revus par la personne publique dans le cadre de l'analyse des offres.

2.1.2. La conclusion d'un contrat de partenariat

En raison de son caractère dérogatoire, le recours au contrat de partenariat doit répondre à des conditions restrictives, issues de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et précisées par l'article 2 de l'ordonnance.

L'éligibilité du recours au contrat de partenariat est ainsi conditionnée à la démonstration, dans une évaluation préalable, soit de l'urgence, soit de la complexité du projet, soit, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, de l'existence d'un « bilan coûts/avantages » plus favorable que celui des autres contrats de la commande publique.

Une situation d'urgence pouvant justifier le recours au contrat de partenariat est caractérisée « lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général ».

affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible ». La notion d'urgence reçoit une interprétation relativement large. En revanche, il est indiqué que l'urgence ne peut reposer uniquement sur « *de simples difficultés ou inconvénients* ».

La condition de complexité du projet, telle que définie à l'article 2 de l'ordonnance, existe si « *la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* ». Cette définition résulte du droit communautaire. En application de ces dispositions, la démonstration de la complexité est à la fois objective dans son principe et relative dans son résultat.

Objective dans son principe, car la personne publique doit établir qu'au vu de la complexité intrinsèque du projet, elle ne dispose pas des compétences nécessaires pour mener à bien l'opération, qu'elle n'est pas apte à évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques, financières ou juridiques. En d'autres termes, son incapacité face aux spécificités techniques, financières ou juridiques de l'ouvrage ou du service objet du contrat lui commande d'associer le secteur privé à la recherche des solutions qui vont lui permettre de réaliser son projet. Relative dans son résultat, car la complexité s'apprécie à l'aune des capacités techniques, financières et juridiques de la collectivité publique appelée à mener le projet.

Cette notion s'apprécie ainsi *in concreto*, en tenant compte des capacités de la personne publique concernée, qui varient en fonction de la nature et de la taille de cette dernière et du projet lui-même. Il en résulte que le contrat de partenariat ne peut jamais être exclu ou recommandé dans l'absolu. Il est admis que si la personne publique ne peut, par des moyens raisonnables (obligation dite de « diligence »), définir les moyens techniques nécessaires ou établir le montage juridico-financier, le recours au contrat de partenariat est possible.

Plus précisément, l'interprétation de la Mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) est la suivante. La complexité technique au sens de ces dispositions réside dans « *l'impossibilité de déterminer quelle est la meilleure solution aux plans technique et économique, et pas seulement l'impossibilité objective de déterminer les spécifications techniques* ». La complexité financière « *peut être notamment retenue lorsque la personne publique n'est pas en mesure de déterminer le meilleur montage financier possible, situation que l'on rencontre fréquemment du fait de l'inexpérience des collectivités publiques dans ce domaine* ». La complexité juridique « *peut résulter bien souvent de la difficulté de la personne publique à appréhender ex ante avec suffisamment de précision et de fiabilité la répartition des risques que les opérateurs privés sont prêts à accepter* ». Ces trois conditions ne sont pas cumulatives : il suffit que l'une d'elles soit considérée comme satisfaite pour que le recours au contrat de partenariat soit justifié.

La condition du « bilan coûts-avantages » est vérifiée lorsque « *compte tenu, soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique* ». À ce titre, la MAPPP a précisé que « *les éléments de comparaison sont,*

entre autres, les caractéristiques du projet, les exigences du service public, ainsi que les insuffisances et difficultés rencontrées dans la réalisation de projets comparables. Toutefois, c'est surtout le bilan en termes socio-économico-financiers qui doit faire l'objet d'une comparaison rationnelle ».

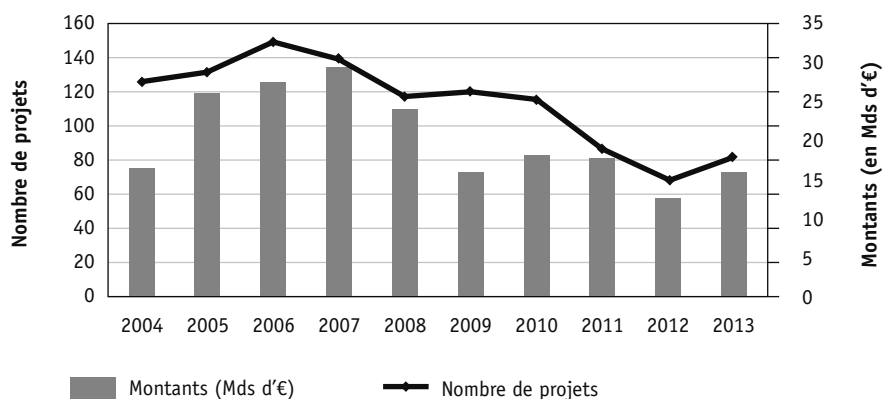
La conclusion d'un contrat de partenariat doit être précédée d'une procédure formalisée de publicité et de mise en concurrence, dans les conditions prévues par l'ordonnance. Trois procédures de passation sont possibles : le dialogue compétitif (recommandé en cas de complexité du projet, car cette procédure permet de définir avec les candidats les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre aux besoins de la personne publique), l'appel d'offres et la procédure négociée, en dessous de certains seuils.

Enfin, en application de l'article 2 de l'ordonnance, la passation d'un contrat de partenariat doit être obligatoirement précédée d'une évaluation préalable, qui vise à qualifier le motif d'intérêt général justifiant le recours au contrat de partenariat (urgence, complexité ou bilan « coûts-avantages » plus favorable) et à justifier le bien-fondé du recours à un contrat de partenariat par rapport aux autres modalités contractuelles dont dispose la personne publique (marché public notamment).

2.2. LES CONTRATS DE PARTENARIATS À LA CROISÉE DES CHEMINS

2.2.1. Une montée en charge interrompue depuis 2012

Les contrats de partenariat ont permis de financer une part significative des besoins en infrastructures nouvelles en Europe (voir Figure 1.4).

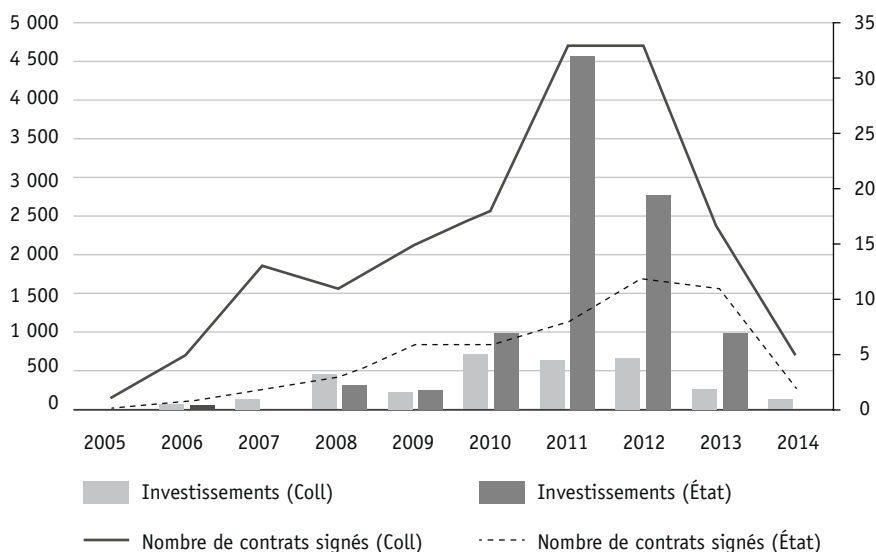


Source : Estache et Saussier, 2014, à partir des données de l'European Expertise Center (EPEC)

Figure 1.4 — Le marché européen des PPP (2004-2013)

Depuis leur lancement en 2004, les contrats de partenariat prennent une place croissante dans le paysage français de la commande publique. Si les débuts de ce nouveau type de montage contractuel ont été difficiles, essentiellement du fait de

la nouveauté qu'il représente et de l'insécurité juridique inhérente à ses débuts, le nombre, et surtout le montant, des contrats de partenariat signés en France est aujourd'hui significatif. Depuis 2005, le nombre de contrats de partenariat signés chaque année augmente, atteignant plus de 200 contrats fin 2014, pour un montant cumulé supérieur à 14 milliards d'euros (voir Figure 1.5). En 2011, la France est ainsi au premier rang des États européens pour le montant de contrats signés dans l'année, bien devant la Grande-Bretagne.



Source : Mission d'appui aux partenariats public-privé, novembre 2014

Figure 1.5 — Nombre (éch. de droite) et montant (éch. de gauche en millions d'euros) des contrats de partenariat signés en France entre 2005 et 2014

Les collectivités territoriales sont à l'origine de la plus grande part du nombre des contrats de partenariat signés. Elles se sont emparées de cet outil pour financer des infrastructures, essentiellement dans les domaines dits « bâtimentaires » (construction d'ouvrages publics tels que collèges, lycées, gares, hôtels de ville, etc.), de l'équipement urbain (éclairage public, voirie, etc.) et de l'équipement sportif ou culturel (théâtres, musées, stades, piscines, etc.). Le montant moyen des contrats signés diffère sensiblement d'un secteur à l'autre. Ainsi, dans leur étude datant de 2012, Saussier et Truong Tran notent que si les équipements urbains représentent plus de 40 % des contrats signés (pour la très grande majorité, les contrats concernent l'éclairage urbain), ils ne pèsent au final que pour 11 % du montant des contrats signés. Inversement, si les équipements sportifs et culturels représentent 15 % du total du nombre des contrats signés, ils pèsent pour plus de 40 % du montant des contrats signés sur la période 2005-2012. Les auteurs l'expliquent simplement par le fait que le montant moyen des contrats signés par type d'équipement diffère. S'il est en moyenne de 25 millions d'euros HT tous équipements confondus, cette moyenne est à 6,5 millions d'euros HT pour

les équipements urbains, alors qu'elle s'élève à plus de 68 millions d'euros HT pour les équipements sportifs et culturels.

Si les collectivités territoriales sont à l'origine de la très grande majorité des contrats de partenariat signés, les commandes réalisées par l'État représentent, quant à elles, plus des deux tiers du montant des contrats de partenariat signés depuis leur création. Les besoins de l'État se sont surtout exprimés dans les domaines du bâtiment, de l'énergie et du traitement des déchets. Mais, comme pour les collectivités territoriales, le montant moyen des contrats signés diffère logiquement d'un type d'équipement à l'autre. Ainsi, si les équipements dans le domaine du transport ne représentent que 9 % du total du nombre de contrats signés (voir Figure 1.5), ils pèsent pour plus de 50 % du total du montant des contrats signés sur la période 2005-2012, avec des contrats d'une valeur moyenne de plus de 1,6 milliard d'euros HT, alors que le montant moyen des contrats signés par l'État tous équipements confondus s'élève à 275 millions d'euros HT (Saussier et Truong Tran, 2012).

Les contrats de partenariat sont un outil récent de la commande publique. Du fait du caractère politique de ces contrats (voir le chapitre 2), ils ont été souvent mis sous le feu des projecteurs, pas toujours à leur avantage. Malgré la difficulté à les faire monter en charge (c'est-à-dire qu'ils ne représentent, même à leur plus fort niveau, qu'une petite partie de l'investissement public estimé à environ 70 milliards d'euros par an selon les années), leur avenir est incertain. En 2013 et 2014, très peu de ces contrats ont été signés. Cela pose la question de leur efficacité.

2.2.2. Quel bilan décennal ?

Il existe peu de retours d'expérience permettant de juger de l'efficacité des contrats de partenariat. Sur le plan quantitatif, seules deux études se risquent, à notre connaissance, à un premier bilan. La première est celle menée par le cabinet PricewaterhouseCoopers (PricewaterhouseCoopers, 2011), qui porte sur les contrats de partenariat et assimilables¹⁶. À partir d'un échantillon de 60 projets, l'étude arrive à la conclusion que 71 % des contrats étudiés respectent les délais initiaux concernant la mise en place des infrastructures. Elle indique aussi que, dans plus de 91 % des cas, le surcoût pour la personne publique est inférieur à 3 %. Si ces résultats sont globalement positifs (notamment au regard des retards et surcoûts moyens enregistrés dans les marchés publics), il est cependant à noter que l'étude ne s'intéresse qu'à la période allant de la signature à la mise en place de l'infrastructure. Elle ne s'intéresse pas à la phase d'exploitation du contrat, une fois l'infrastructure livrée, phase primordiale et susceptible de générer des problèmes contractuels importants (Williamson, 1985).

Une autre étude tente de pallier ce problème en se focalisant sur les seuls contrats de partenariats arrivés en phase d'exploitation (Saussier et Truong Tran, 2012). Les auteurs ont ainsi collecté de l'information concernant 30 contrats en phase d'exploitation sur les 46 contrats en phase d'exploitation au 1^{er} janvier 2012, date à

16 L'étude porte sur l'ensemble des contrats de partenariat signés depuis l'ordonnance de 2004 ainsi que sur les PPP dits sectoriels que sont les AOT/LOA (autorisations d'occupation temporaire/locations avec option d'achat) et les BEAH (beaux emphytéotiques administratifs hospitaliers), institués dès 2002 pour répondre aux besoins urgents dans les domaines de la justice, l'intérieur et la santé.

laquelle la collecte des données a eu lieu. En se basant sur la perception, de la part des personnes publiques, de la performance de ces contrats, et en distinguant six dimensions de la performance, ils concluent que la très grande majorité d'entre eux sont perçus par la puissance publique comme performants et confirment que, dans 93 % des cas, les délais de remise des infrastructures ont été jugés satisfaisants par la personne publique.

Si l'expérience française des contrats de partenariat semble positive au regard du nombre, du montant des contrats signés et des retours d'expérience enregistrés jusqu'ici, il n'en reste pas moins que des difficultés de mise en œuvre persistent. Ces difficultés, couplées à la vision globalement négative du grand public pour ces contrats, peuvent remettre en cause leur développement et expliquer en partie le changement de tendance observé en 2013 et 2014. Parallèlement aux retours d'expérience positifs préalablement mentionnés, il existe des critiques basées sur des études de cas, mettant en évidence de réelles difficultés dans la mise en place de certains contrats de partenariat (voir par exemple Campagnac et Deffontaines, 2012)). Que l'on pense aux difficultés enregistrées par le contrat de partenariat concernant l'hôpital sud-francilien, ou à la chronique judiciaire liée au contrat concernant le projet de regroupement des administrations centrales du ministère de la Défense sur le site de Balard, force est de constater que l'expérience des contrats de partenariat ne fait pas l'unanimité. Les articles de presse critiquant violemment les contrats de partenariat sont de plus en plus fréquents¹⁷, à présent que l'outil se généralise et qu'il entre dans une phase de maturité. C'est là un phénomène naturel : le grand public s'approprie l'outil et lui adresse de premiers reproches. Ces articles montrent la nécessité de porter l'effort sur la communication et sur l'information à destination du grand public, afin que les reproches soient davantage ciblés et ne sombrent pas dans l'écueil qui consiste à raisonner par l'exemple. Bien souvent, les articles de presse (qui ont un impact important et qui pourraient, *in fine*, remettre en cause le développement des contrats de partenariat) se contentent d'ajouter les loyers qui seront payés pendant la durée de vie du contrat – lesquels peuvent porter sur des périodes très longues – sans tenir compte du taux d'actualisation qui s'applique naturellement à ces loyers¹⁸. De plus, fréquemment, le coût d'une infrastructure financée en contrat de partenariat est directement comparé au coût de la même infrastructure en marché public, alors que (i) le coût du contrat de partenariat inclut la maintenance de l'infrastructure sur la durée de vie du contrat, ce qui n'est pas le cas du marché public et que (ii) l'infrastructure diffère car l'un des avantages du contrat de partenariat est précisément de proposer une infrastructure « sur mesure » répondant aux besoins de la personne publique dans les situations complexes, là où la solution en marché public concerne généralement des infrastructures plus standardisées, permettant de profiter d'économies d'échelle liées au fait que le constructeur réplique une infrastructure qu'il a déjà l'habitude de mettre en place par ailleurs.

17 Voir par exemple l'article de *Libération* daté du 17 août 2012 titré « Grand stade : partenariat public perdant » précisant que les contrats de partenariat coûtent très cher à la puissance publique et illustrant ce propos en annonçant le coût du grand stade de Bordeaux, à 551 millions d'euros au lieu des 175 prévus initialement par le contrat de partenariat.

18 C'est semble-t-il le cas de l'article de *Libération* cité dans la note de bas de page précédente.

Conclusion

Les pouvoirs adjudicateurs disposent d'une « panoplie » d'outils qui se distinguent selon que le contrat soit global (Hart, 2003), avec ou sans paiement différé, avec un paiement par les usagers (délégation de service public) ou par l'impôt (marchés publics et contrats de partenariats). Cette panoplie d'outils peut être résumée selon plusieurs critères (voir Tableau 1.1) qui apparaîtront centraux dans les différentes grilles d'analyse théoriques des économistes (voir chapitre 2).

Tableau 1.1 — Les outils de la commande publique et leurs caractéristiques

Outils/Critères	Marchés publics	Délégations de service public	Contrat de partenariat (PPP)
Paiement différé	Non	Oui (généralement par l'utilisateur)	Oui (par la puissance publique)
Transfert du risque de production (du service ou de l'infrastructure)	Oui	Oui	Oui
Transfert du risque lié à la demande	Non	Oui	Non (ou peu)
Transfert du risque lié au coût d'exploitation	Oui (dans les marchés de services)	Oui	Oui partiellement
Contrat global	Non (sauf CREM ¹⁹)	Oui	Oui
Maîtrise d'ouvrage	Publique	Privée	Privée
Durée du contrat	Court moyen terme	Moyen long terme	Long terme

Par « transfert du risque », nous entendons un transfert vers l'entreprise contractante, c'est-à-dire sa responsabilisation en la matière (coût ou demande).

Source : Saussier & Tirole, 2015

Ces outils ne constituent pas des formes discrètes, mais bien un continuum de solutions contractuelles pour les autorités publiques, amené à évoluer, notamment sous l'influence des nouvelles directives marchés publics et concessions, lesquelles vont faire évoluer substantiellement les règles du jeu. En effet, ces directives, qui doivent être transposées d'ici avril 2016, vont modifier en profondeur la passation et

19 Les CREM sont des marchés publics globaux qui sont des contrats récents par lesquels une personne publique peut confier à un titulaire unique une mission globale. Celle-ci peut porter sur la conception et la construction d'ouvrages (marchés de conception-réalisation) ou bien sur la conception et/ou la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance (CREM/REM). Ils restent soumis, à la différence des contrats de partenariat, aux règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique. Ajoutés en 2011 à la boîte à outils du Code des marchés publics, les CREM et les REM (art. 73) sont encore peu utilisés et leur utilisation est restreinte réglementairement.

l'exécution des contrats public-privé. D'une part, les directives marchés publics font la part belle à la procédure négociée, qui deviendra la règle et non plus l'exception ; d'autre part, la magnitude des renégociations permises lors de la phase d'exécution des contrats est amenée à croître de manière substantielle (voir l'introduction de cet ouvrage). Ces évolutions ne seront pas neutres et illustrent le besoin, dans un environnement changeant, de mobiliser des « grilles de lecture » théoriques pour mieux anticiper et comprendre leurs futures influences.

RÉFÉRENCES

- Auby, J.-B., (2003), « Les partenariats public-privé et la constitution », *Revue de droit administratif*, Repère 10.
- Auby, J.-B., Kirat, T., Marty, F., Vidal, L., (2005), *Économie et droit du contrat administratif : l'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, La Documentation française, Paris, 313 p.
- Braconnier, S., (1999), « Un contrat en péril. Le marché d'entreprise de travaux publics », *Revue française de droit administratif*, p. 1172.
- Campagnac, E. et Deffontaines, G., (2012), « Une analyse socio-économique critique des PPP », *Revue d'économie industrielle*, 140, p. 49-79.
- Hart, O., (2003), « Incomplete contracts and public ownership: remarks, and an application to public private partnerships », *Economic Journal*, 113(485), p. c69-c76.
- Krief, P., (2004), *Paris rive droite*, Paris, Massin, « Petites histoires et grands secrets », 1^{re} édition, 213 p.
- Le Lannier, A. et Saussier, S., (2012), « Organisation des partenariats public-privé et gestion des ressources humaines », *Encyclopédie des ressources humaines*, Vuibert.
- OECD, (2013), *Government at a glance 2013*, OECD Publishing, en ligne http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2013-en.
- Nicinski, S., (2012), *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 3^e édition, 778 p.
- PricewaterhouseCoopers, (2011), « Étude sur la performance des contrats de partenariat ».
- Richer, L., (2010), *Droit des contrats administratifs*, Paris, Librairie Lgdj, 713 p.
- Saussier, S. et Tirole, J. (2015), « Renforcer l'efficacité de la commande publique », note du Conseil d'analyse économique, avril.
- Saussier, S. et Truong Tran, T., (2012), « L'efficacité des contrats de partenariat en France : une première évaluation quantitative », *Revue d'Économie Industrielle*, 140, p. 81-110.
- Saussier, S., (2012), « An economic analysis of the closure of markets and other dysfunctions in the awarding of concession contracts ». Rapport pour le Parlement Européen.
- Saussier, S., Staropoli, C. et Yvrande-Billon, A., (2009), « Public-private agreements, institutions, and competition. When economic theory meets facts », *Review of Industrial Organization*, 35(1), p. 1-18.
- Waline, J., (2010), *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 23^e édition, 759 p.
- Williamson, O.E., (1985), *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, The Free Press.

Index

A

actifs spécifiques : 50, 59, 62, 167, 170, 179
aéroport : 90, 152, 172-173, 182
Allemagne : 202
allotissement : 58, 76-78, 258, 260
appel d'offres : 27-28, 40, 61, 73, 75-76, 81, 143, 218, 222, 240-241, 247-249, 252, 257-260, 262
asymétries d'information : 62, 83-84, 89, 92, 95-96, 144, 185-186, 219
autoroutes : 60, 84, 127, 148, 151, 154, 166, 170, 181, 241, 255-256, 259, 261
avantage informationnel : 120, 137

B

benchmarking : 95-96, 98-99, 185, 238, 252

C

capture : 57, 76, 82, 257, 262
clémence (programme de) : 242-243, 246
commande publique : 28-29, 57, 187, 234, 248, 259
compétences : 39, 49, 58, 60, 111, 116, 170, 184, 188, 224, 255, 262, 264
concessions : 31-35, 60, 94, 133, 152-154, 170-174, 177-178, 181-182, 185, 188, 205, 213
contestation : 175-177
contrat de partenariat : 25, 34, 57, 133, 234
contrat global : 44, 55-58, 113, 123, 137

contrats incomplets : 63-65, 73, 85, 93, 151, 167, 169, 172, 178
Corée du Sud : 82, 99, 238
corruption : 31, 66, 76, 81, 83, 155, 234-235, 247, 249, 257
cost-plus : 63, 90-92, 218-219
coûts de contractualisation : 58-59, 65-66, 196
coûts de transaction : 50, 61, 63, 66, 111, 115, 150, 160
CREM : 44, 48, 56-57
cycle politique : 173, 175

D

déchets : 207-209, 211, 216-217, 224
Défense : 43, 90, 167, 238, 241
design contractuel : 49, 60-61, 89, 92, 167, 173, 179, 181, 183-184
dette : 36, 110-111, 114-116, 118-121, 123, 134, 136, 203
directives : 26-27, 33, 44-45, 77, 82, 145, 155, 168
domaine de la défense : 35
DSP : 33, 48, 73, 204
durée de concession endogène : 61

E

eau : 52, 55, 82, 88, 94, 96, 99, 148, 152, 156, 171-172, 174, 179, 186, 194, 197, 199-200, 204-206, 218-220
économies d'échelle : 43, 49-51, 70, 77, 196, 208, 210, 221-222

enchères : 72, 75-76, 78-79, 149, 153-155, 226, 248, 253-254, 256

enchères à la moindre valeur actualisée des recettes : 185

enchères agressives : 171, 188

enchères au meilleur prix : 152

enchères au mieux-disant : 155

enchères au moins-disant : 258

enchères électroniques : 76, 262

enchères multicritères : 155-157, 261

ententes : 75, 78, 157, 234

Espagne : 55, 82, 132, 202, 209, 212

États-Unis : 82, 84, 96, 149, 155, 166-167, 178, 202-203, 207-209, 211-212, 215, 219-221, 223, 237, 243, 246-248, 260

F

facteurs politiques : 263

favoritisme : 76, 144, 152, 161, 234-235, 247, 257, 263-264

ferroviaires : 77, 86, 97-99, 110, 132, 154, 172, 213-214

financement : 30, 36-38, 109, 180

France : 166, 177, 179, 184, 188, 197, 200, 203, 209, 212, 220, 223-224, 234, 243, 251, 263

I

incitations : 51-52, 54-56, 58, 62, 77-78, 83, 89, 98-99, 149, 198, 216

intensité concurrentielle : 148, 160, 217, 222, 240, 256

intérêts politiques : 55, 210

interférences politiques : 57

investissements spécifiques : 59

Italie : 83, 149, 152, 156, 158, 219, 248

J

Japon : 83, 97-99, 149, 155, 240, 242, 254-256, 259, 262

jeux répétés : 65

M

maîtrise d'ouvrage : 35, 44, 56, 75, 80

marchés publics : 24, 247-248, 250-252, 254, 257, 259, 262-263

N

négociation : 33, 78-79, 81, 126, 129, 137, 160, 264

O

opportunisme : 59, 65, 83-84, 89, 100, 136, 154, 169, 171-172, 174, 176-178, 187

opportunisme des tiers au contrat : 175, 187

P

Parking : 94

partage du risque : 48, 53, 63, 113

performances comparées des modes de gestion : 193

PFI : 24, 79, 88-89, 113, 122-123, 125, 127, 130, 132, 150

PF2 : 130

PME : 247-249, 253, 256

pouvoir discrétionnaire : 79, 144, 258-259, 262

price cap : 63, 90-92, 174, 218

prime de risque : 111, 116, 121, 151, 153

Q

qualité de service : 34, 37, 58, 63-64, 66, 77-78, 83, 87-88, 133, 156, 169, 180-182, 185, 188, 196-197, 203, 215, 257

R

refinancement : 121, 127-130, 134, 180-181

régie : 32, 50, 52, 55, 186, 194, 197, 199-201, 203-204, 209, 214, 218, 220-222, 224

régulateur : 77, 82, 90-91, 95-99, 185-186, 262

régulation : 61, 66, 69, 185, 202, 213, 219

renégociations : 58-59, 64-66, 77-79, 84, 92-94, 110, 151, 165, 223, 255

renouvellements : 74, 178-179, 187-188, 218, 258

rente informationnelle : 85

répartition des risques : 38-39

réputation : 65, 73, 76-77, 99-100, 161, 169, 176, 178-179, 184, 244

rigidité contractuelle : 65, 177-178, 218

risque (partage du) : 31-32, 34-35, 37, 44, 115

risques de refinancement : 128-129

Royaume-Uni : 73, 83-84, 88, 96, 115, 166

T

théorie de l'agence : 83

théorie des contrats incomplets : 63

théorie des coûts de transaction : 59, 61-62, 93-94

théorie des enchères : 145, 252

théorie des jeux : 254-255

transparence : 58, 82, 154, 187, 258-260

Table des matières

SOMMAIRE.....	5
PRÉFACE	
<i>Antonio Estache</i>	7
REMERCIEMENTS	
<i>Stéphane Saussier</i>	11
INTRODUCTION	
<i>Stéphane Saussier</i>	13

Partie 1 Définitions, portée et analyse économique des PPP

CHAPITRE 1

LA DIVERSITÉ DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ

<i>Guillaume Farde et Stéphane Saussier</i>	23
Introduction	24
1. Les contrats administratifs ordinaires.....	25
1.1. Le marché public	25
1.1.1. <i>La notion de marché public</i>	25
1.1.2. <i>La passation d'un marché public</i>	26
1.1.3. <i>Le poids des marchés publics</i>	28
1.2. La délégation de service public	30
1.2.1. <i>La notion de délégation de service public</i>	30
1.2.2. <i>La procédure de conclusion des conventions de délégation de service public</i>	32
1.2.3. <i>Le poids des délégations de service public</i>	33

2. Le contrat de partenariat : un contrat administratif extraordinaire ?	34
2.1. La mise en place et le fonctionnement des contrats de partenariat...	34
2.1.1. <i>Les principes directeurs du contrat de partenariat</i>	34
2.1.2. <i>La conclusion d'un contrat de partenariat</i>	38
2.2. Les contrats de partenariats à la croisée des chemins	40
2.2.1. <i>Une montée en charge interrompue depuis 2012</i>	40
2.2.2. <i>Quel bilan décennal ?</i>	42
Conclusion	44
Références	45

CHAPITRE 2

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ

Jean Beuve et Stéphane Saussier	47
Introduction	48
1. Les avantages potentiels des partenariats public-privé	49
1.1. Les avantages de l'externalisation de la fourniture de services publics	49
1.1.1. <i>La recherche de compétences</i>	49
1.1.2. <i>Les économies d'échelle</i>	49
1.1.3. <i>Les économies d'expérience</i>	50
1.1.4. <i>Les économies d'envergure</i>	51
1.1.5. <i>La recherche d'incitations</i>	51
Externalisation et concurrence	51
Incitation et management	52
Partage du risque	53
1.2. Les avantages de l'externalisation à un partenaire privé de la fourniture de services	53
1.2.1. <i>La difficulté à contrôler et piloter les organisations publiques</i> ...	53
1.2.2. <i>L'externalisation comme moyen de réduire les interférences politiques</i>	54
1.3. PPP : contrat global contre contrat simple	55
1.3.1. <i>La puissance des incitations dans les contrats globaux</i>	55
1.3.2. <i>Les interférences politiques dans les contrats globaux</i>	57
2. Les coûts de contractualisation liés aux PPP	58
2.1. Actifs spécifiques, incertitude et renégociations	59
2.1.1. <i>La spécificité des investissements</i>	59
2.1.2. <i>Incertitude et complexité</i>	60
2.1.3. <i>De l'importance du design contractuel</i>	61
2.2. Asymétries d'information et incitations	62
2.2.1. <i>Asymétries d'information, sélection adverse et risque moral</i>	62
2.2.2. <i>Types de contrats, partage du risque et mécanismes incitatifs</i> ...	63

2.3. Invérifiabilité contractuelle et effet adverse sur la qualité.....	63
2.3.1. <i>Invérifiabilité et incomplétude contractuelle</i>	63
2.3.2. <i>De l'importance de la bonne répartition des droits de propriété</i>	64
2.3.3. <i>Baisse des coûts et effets adverses sur la qualité</i>	64
2.3.4. <i>Perspectives de profits futurs et enjeux de réputation</i>	65
2.4. Contestabilité et rigidité contractuelle	65
2.5. De l'importance de l'environnement institutionnel.....	66
Conclusion.....	66
Références.....	67

CHAPITRE 3

LES OUTILS DE RÉGULATION DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ

<i>Lisa Chever et Aude Le Lannier</i>	69
Introduction	70
1. Comment attribuer un PPP ?	71
1.1. Sélectionner le moins-disant : avantages et limites	72
1.2. Optimiser les mécanismes d'enchères ouvertes ?	75
1.3. Ne pas utiliser une enchère ouverte ?	78
1.4. Expertise et adjudication	80
2. Outils de contrôle et incitations à la performance durant l'exécution du PPP	83
2.1. Clauses de performances et capacités de contrôle	84
2.2. Design tarifaire des contrats et incitations.....	89
2.3. <i>Benchmarking</i> et concurrence par comparaison	95
Conclusion.....	100
Références.....	101

CHAPITRE 4

L'ÉVOLUTION DES CONDITIONS DE FINANCEMENT DES CONTRATS DE PPP : TOUJOURS UN MODÈLE DE FINANCEMENT PRIVÉ ?

<i>Frédéric Marty</i>	109
1. Un nouveau modèle de financement privé introduit dans un contexte favorable.....	112
1.1. L'introduction dans la sphère publique de montages de financement sur projet.....	114
1.2. Des montages facilités par un contexte financier favorable.....	120
2. Depuis la crise de 2008 : de nouvelles conditions financières.....	123
2.1. Des conditions d'accès aux financements bien moins favorables	123
2.2. De nouveaux équilibres contractuels reposant sur une réallocation des risques	128

Conclusion.....	136
Références.....	137

Partie 2

L'analyse empirique des PPP

CHAPITRE 1

EFFICACITÉ RELATIVE DES APPELS D'OFFRES CONCURRENTIELS

<i>Laure Athias et Lisa Chever</i>	143
Introduction	144
1. Analyse descriptive des différents modes de sélection des opérateurs privés	145
1.1. Variété des procédures utilisées.....	145
1.2. Degrés de concurrence et types de procédure.....	147
2. Difficultés liées à la mise en œuvre des appels d'offres concurrentiels ouverts.....	150
2.1. Incertitude et coût de la participation aux appels d'offres.....	150
2.2. Incertitude et antisélection	151
2.3. Enchères multicritères et transparence.....	154
3. Appels d'offres concurrentiels ouverts et modes d'attribution alternatifs : le choix de la procédure	158
3.1. Appel d'offres ouvert ou restreint ?.....	158
3.2. Appels d'offres ouverts ou négociation ?.....	160
Conclusion	162
Références.....	162

CHAPITRE 2

RENÉGOCIATION DES CONTRATS DE PPP : RISQUES ET OPPORTUNITÉS

<i>Jean Beuve, Aude Le Lannier et Zoé Le Squeren</i>	165
Introduction	166
1. Renégociations et comportements opportunistes	169
1.1. Les différents types d'opportunisme.....	169
1.1.1. Opportunisme de l'opérateur privé.....	169
1.1.2. Opportunisme de la partie publique	172
1.1.3. Opportunisme des tiers au contrat	175
1.2. Les solutions pour limiter l'opportunisme	176
1.2.1. Contrats rigides	176
1.2.2. Effets de réputation.....	178

2. Les renégociations comme outils d'adaptation des contrats de long terme	179
2.1. Les renégociations nécessaires à la bonne exécution du contrat	180
2.1.1. <i>Renégociations et maladaptations contractuelles</i>	180
2.1.2. <i>Renégociations et chocs exogènes</i>	182
2.1.3. <i>Renégociations et évolution des besoins</i>	182
2.2. Solutions contractuelles et institutionnelles	183
2.2.1. <i>Contrats flexibles</i>	183
2.2.2. <i>Régulation institutionnelle et concurrentielle</i>	185
Conclusion	188
Références	189

CHAPITRE 3

PERFORMANCES COMPARÉES DES MODES DE GESTION :

QUELS ENSEIGNEMENTS EMPIRIQUES ?

Miguel Amaral, Eshien Chong et Stéphane Saussier

193

Introduction

194

1. L'influence du mode de gestion sur la performance

195

 1.1. La performance des services publics : quelles mesures et quelles méthodes ?

196

 1.2. L'efficacité relative des modes de gestion

198

 1.2.1. *La gestion de l'eau potable*

199

 1.2.2. *Le traitement des déchets*

207

 1.2.3. *Le transport*

213

 1.2.4. *Les prisons*

214

2. Les autres facteurs qui influent sur l'efficacité des modes de gestion

216

 2.1. Le rôle de la pression concurrentielle

216

 2.2. Le rôle des types de contrats de délégation

218

 2.3. Le choix du mode de gestion

220

 2.3.1. *Facteurs économiques*

221

 2.3.2. *Les déterminants non monétaires du choix des modes de gestion*

223

 Pression des citoyens

223

 Pression des groupes industriels

224

 Caractéristiques politiques et institutionnelles

224

Conclusion

225

Références

226

CHAPITRE 4

ENTENTES HORIZONTALES ET VERTICALES DANS LES PPP

<i>John Moore et Carine Staropoli</i>	233
Introduction	234
1. Ententes verticales et horizontales : généralités, détECTION et sanction.....	235
1.1. Les ententes horizontales dans les PPP	236
1.1.1. <i>Genèse et Organisation</i>	236
1.1.2. <i>Une entente, ça coûte combien ?</i>	237
1.1.3. <i>Autopsie d'une entente</i>	239
1.1.4. <i>La sanction des ententes</i>	244
1.2. Les ententes verticales dans les PPP	247
1.2.1. <i>Du « favoritisme légal »</i>	247
1.2.2. <i>...au délit de favoritisme</i>	248
1.2.3. <i>La corruption</i>	249
1.2.4. <i>...et sa complémentarité avec la collusion</i>	250
2. La prévention des ententes horizontales et verticales	252
2.1. Accroître l'intensité concurrentielle	256
2.2. Choisir le niveau de transparence adapté : « trop de transparence tue la transparence ».....	259
2.3. L'importance du cadre institutionnel et réglementaire.....	262
Conclusion.....	264
Références.....	265
INDEX.....	271

Économie des partenariats public-privé

Cet ouvrage se veut à la fois académique, avec une présentation des arbitrages économiques intervenant dans les choix de mise en œuvre des partenariats public-privé et appliqué, visant un lectorat de praticiens cherchant à avoir un bilan accessible de l'analyse économique de ces accords, mais aussi des études empiriques existantes.

La première partie de l'ouvrage est basée sur **les apports de la théorie économique**. Les différents outils de la commande publique et leur poids dans l'économie mondiale sont présentés. Le cas particulier du contrat de partenariat – nouvellement créé en 2004 en France – fait l'objet d'une attention particulière. Nous présentons ensuite une analyse économique des avantages potentiels, mais également des possibles défaillances des partenariats public-privé. Ces possibles défaillances peuvent rendre nécessaire une régulation fine de ces arrangements contractuels. Enfin, la question de l'efficacité des partenariats public-privé ne peut se poser sans un regard sur les conditions de financement de ces outils de la commande publique. L'impact de la crise économique sur le financement des partenariats public-privé est ainsi étudié.

La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée aux **études empiriques**. Ces études sont de plus en plus nombreuses et portent aussi bien sur les pays développés que sur les pays en développement. Des enseignements sont tirés quant aux difficultés de mise en concurrence des acteurs lors des appels d'offres et d'exécution des partenariats public-privé. Un bilan des études cherchant à comparer la performance des partenariats public-privé avec la solution publique est proposé. Enfin, la question des ententes dans les partenariats public-privé est traitée dans un dernier chapitre.



Stéphane SAUSSIER

est professeur d'économie à l'IAE de Paris – Université de Paris I Panthéon-Sorbonne où il dirige, depuis 2009, une chaire de recherche sur l'économie des partenariats public-privé. Il a publié plus de 50 articles, dont beaucoup dans des revues internationales. Il a été plusieurs années conseiller scientifique au

Conseil d'Analyse Économique, organisme placé auprès du Premier Ministre. Il est aussi régulièrement sollicité comme expert indépendant auprès d'institutions internationales, telles que l'OCDE ou le Parlement européen.

Ont également contribué à la rédaction de cet ouvrage :

Miguel Amaral, Laure Athias, Jean Beuve, Lisa Chever, Eshien Chong, Guillaume Farde, Aude Le Lannier, John Moore, Zoé Le Squeren, Frédéric Marty et Carine Staropoli.



<http://noto.deboeck.com> : la version numérique de votre ouvrage

- 24h/24, 7 jours/7
- Offline ou online, enregistrement synchronisé
- Sur PC et tablette
- Personnalisation et partage
- Ressources complémentaires disponibles pour les enseignants

www.deboecksuperieur.com

ECOPAR

ISBN 978-2-8041-9014-9

ISSN 1781-4944



9 782804 190149