



Les Conditions de Développement des PPP à l'international

Pourquoi tant d'échecs ? Pourquoi un Vademecum et un Index d'évaluation deviennent des priorités ?

Juin 2012

Roger FISZELSON *

Marc FRILET *

Délégué Général de CICA

Secrétaire Général de l'IFEJI

L'HISTORIQUE : Les PPP ont toujours constitué un levier de développement économique.

- La longue histoire des PPP dans le monde pour les infrastructures essentielles, leur développement puis leur relatif déclin: de nombreuses leçons à retenir.
- Le renouveau des PPP dans le monde : le tunnel sous la Manche, la grande vague des années 90 (désengagement de l'Etat, contraintes budgétaires) puis nouveau déclin à partir de 1997.
- L'exception française et celle des régions du monde de tradition civile/administrative où les PPP n'ont pas cessé d'être présents.
- La troisième génération de PPP des années 2000 : des résultats contrastés selon le type de PPP : faut-il globalement désespérer des PPP ?

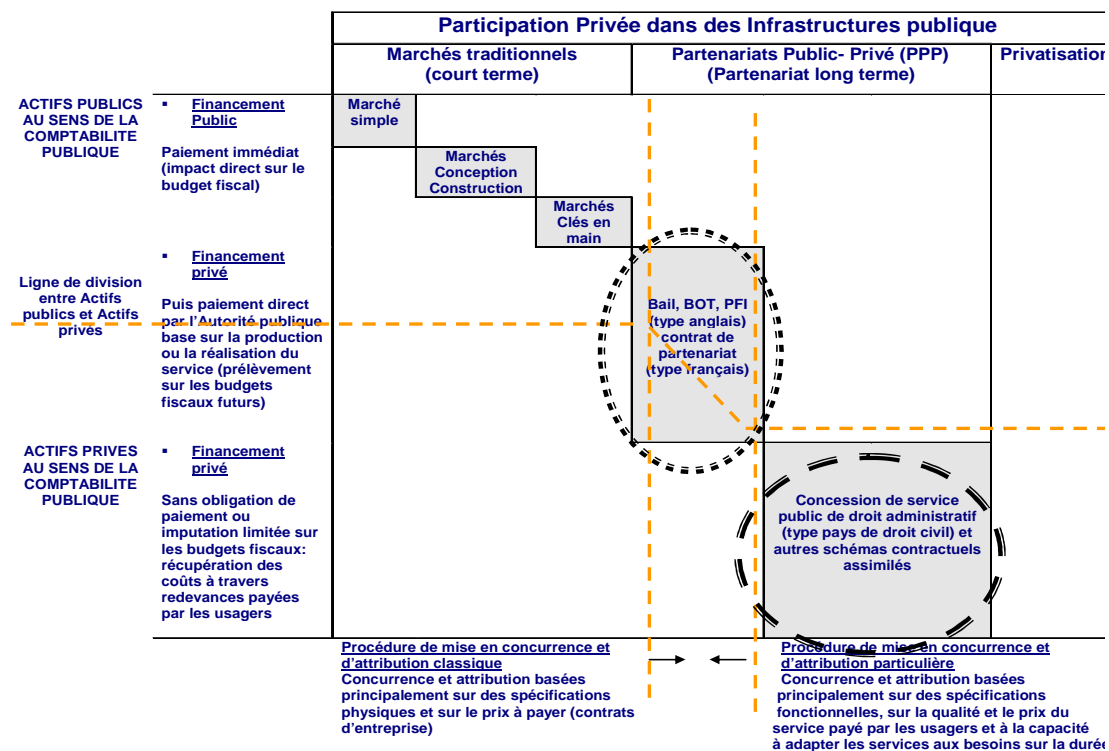
Le CONSTAT : Les PPP, un outil économique-juridique désormais incontournable pour la réalisation des infrastructures publiques.

- Les besoins et l'impact des infrastructures de service public sur le développement économique : le Sustainable Infrastructure Action Plan de la Banque Mondiale (SIAP).
- Il devient impératif de mieux comprendre les PPP et les conditions de leur réussite:
 - Les PPP se situent au carrefour du juridique de l'économie et du politique.
 - Les relations contractuelles à long terme entre le privé et le public sont souvent difficiles à concrétiser car les cultures juridiques et le droit applicable sont différents.
 - Peu de spécialistes dominant toute la matière.
 - Des générations de spécialistes des PPP sont encore à former dans la plupart des pays.

Etat des lieux du cadre institutionnel et juridique dans le monde : « Un patchwork élaboré au gré des circonstances »

- Des textes spéciaux sur certains types de PPP se multiplient depuis une décennie dans les pays développés et en voie de développement.
- Des principes juridiques très élaborés mais non codifiés sont appliqués au quotidien dans certains pays (pays possédant un droit des contrats administratifs).
- Des contrats types sont diffusés. Exemples : France pour la concession et UK pour d'autres types de PPP.
- Certains pays ainsi que des institutions régionales ou multilatérales (Communauté Européenne, Banque Mondiale) ont mis en place des programmes de recherche et développé des « toolkits ».
- Le monde juridique international s'est également mobilisé (Project finance association UK ; PPP taskforce IBA ; groupe de travail IFEJI /Barreau de Paris, etc.).

Illustration schématique des familles de PPP



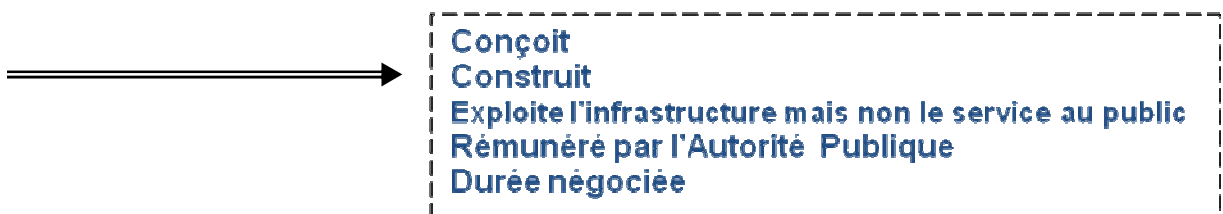
Deux grandes typologies aux frontières des PPP qui ne méritent pas l'appellation PPP

- Les relations public-privé aboutissant à une privatisation de service public excluant partenariat et adaptation.
- Les relations public-privé de type marché public c'est-à-dire des situations où l'autorité publique supporte de fait l'essentiel des coûts et des risques.

Les deux grandes familles de PPP qui reflètent le plus grand champ d'expérience internationale

1. Les récents PPP d'origine britannique - Famille des PPP à paiement public (PFI et contrat de partenariat (CP)) :

- Le partenaire privé :

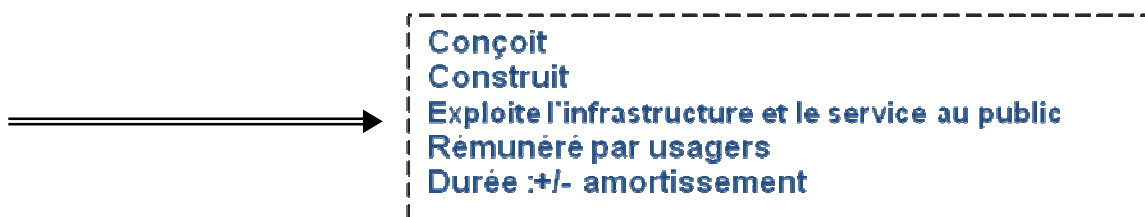


- Montant global des investissements et appréciation
 - ✓ Des principes et des outils juridiques souvent modernes et efficaces dans certains secteurs
 - ✓ Manque de recul pour leur intérêt à long terme
 - ✓ Limité par les contraintes budgétaires publiques sur le long terme
 - ✓ Mal adapté aux services publics évolutifs
- La France avec les contrats de partenariat et de nombreux autres pays ont promulgué au cours de ces dernières années des textes particuliers sur cette catégorie de PPP.

- Toutefois, ces textes ne couvrent pas toute la matière et se focalisent surtout sur les procédures de passation et la régulation extérieure (ceci est moins vrai pour la France).

2. Les PPP traditionnels - Familles des PPP à paiement privé: (concession et autres délégations de service public - DSP):

- Le partenaire privé :



- Montant global des investissements et appréciation: le plus grand champ d'expérience mondial
 - ✓ Une pratique très courante en France et dans les pays de tradition civile/administrative.
 - ✓ Ces PPP se sont développés sans que des textes spéciaux ne soient nécessaires car les PPP ont été encadrés par une jurisprudence de qualité.
 - ✓ Toutefois, depuis une quinzaine d'année des textes se développent surtout au niveau des procédures de passation (le plus célèbre en France : la « Loi Sapin » 1993).

La convergence du cadre institutionnel et juridique des deux familles de PPP permet de dégager peu à peu un ensemble de principes directeurs et de procédures à valeur quasi-universelle.

Le dilemme des PPP

- Pour aboutir à un cadre institutionnel et juridique adapté à un pays, à une région ou à un projet, il est essentiel d'appréhender le dilemme des PPP.
- Ce dilemme est bien illustré par la problématique apparemment complexe des concessions et autres DSP:



- Quels sont les besoins et les attentes des usagers en matière de service public ?
Peuvent-ils être satisfaits d'un service dont les caractéristiques seraient figées dans le temps et dont les prix ne seraient pas perçus comme compétitifs ? Exemples: chemin de fer, port, électricité, eau assainissement etc.
- A quelles conditions une entreprise privée peut elle accepter d'investir sur le très long terme et prendre le risque de ne pas être correctement rémunérée ou d'avoir à réaliser des investissements nouveaux et imprévus ?

Le cadre juridique et institutionnel permettant de résoudre le dilemme des PPP

- Un tronc commun de solutions pragmatiques et dégagées au fil du temps très largement adaptable à de nombreux projets de PPP dans la plupart des pays.

Focus sur quelques fondamentaux pour les PPP complexes:

- Définition de consensus du service public et ses principales caractéristiques : une définition qui nécessite l'adhésion des usagers. Exemple : non discrimination, continuité, adaptabilité du service.
- Des ensembles de clauses contractuelles garantissant un bon équilibre entre les intérêts publics et privés : une affectation réaliste du partage des risques et des opportunités entre les partenaires.
- Une équation financière de consensus lors de la conclusion du contrat et en cours de réalisation du contrat : une référence permanente : l'équilibre entre *pacta sunt servanda* / *rebus sic stantibus*.
- Un droit des contrats public échappant au droit commun des contrats dans l'intérêt d'un partenariat pérenne - principes juridiques dérogatoires au droit commun: au bénéfice de l'Autorité publique et au bénéfice du partenaire privé.
- Une régulation contractuelle interne et détaillée qui est l'essence même du partenariat public/privé: les clauses de rendez-vous, la transparence des comptes, les rapports réguliers.
- Un régulateur externe de qualité:



- La réponse de tradition française qui a joué un rôle important dans le développement et le bon fonctionnement des PPP en France depuis 150 ans :
 - Des décisions émanant d'une instance juridictionnelle : le « Conseil d'Etat ».
 - Une instance habilitée à juger en équité.
 - Une jurisprudence très conceptuelle d'où se dégagent des principes directeurs.
 - Cette instance également consultée par l'Etat notamment pour l'élaboration des textes réglementaires.
- Une réponse de tradition anglo-saxonne où un régulateur indépendant peut modifier substantiellement le contrat.
- Quelles conditions pour une régulation externe de qualité ?
 - Statut du régulateur et les garanties d'indépendance.
 - Compétences: quand et comment intervenir ?
 - Décisions: quelle valeur? Quel contrôle juridictionnel ?

La préparation d'un projet de contrat PPP et le processus de sélection : **Famille PFI et CP**

Principes de base : Mise en concurrence et égalité de traitement des candidats.

Un cadre serré proche des marchés publics car c'est le budget de l'Etat ou de la collectivité en provenance des impôts qui sera ponctionné pendant de nombreuses années.

- Justifier l'avantage du recours aux PPP par rapport aux autres formes possibles d'investissement et de gestion publique:
 - avantages en termes financiers immédiats et futurs ?
 - avantages de l'investissement et de la gestion privée ?
 - avantages pour l'adaptation du service ?
 - quelques nouveaux outils : « public service comparator », « best value for money ».



- Définir suffisamment les besoins et les objectifs et établir les critères de comparaison et de sélection.
- Organiser un appel à manifestation d'intérêt puis une sélection en plusieurs étapes.
- Mettre en place si nécessaire un processus de dialogue compétitif : quels enjeux ? La charte du dialogue compétitif développée sous l'égide de l'Institut de Gestion Déléguée (IGD).
- La justification du choix du candidat sélectionné.
- L'existence de recours efficace en cas de non respect du processus.

La préparation d'un projet de contrat PPP et le processus de sélection :

Famille Concession et autres DSP

Principes de base: Mise en concurrence et égalité de traitement des candidats.

Un cadre moins contraignant et plus « contractuel » car le budget de l'Etat ou de la collectivité ne sera pas ou peu affecté :

- Le partenaire privé supporte des risques plus importants qui doivent être correctement maîtrisés ainsi que leur évolution future.
 - Flexibilité nécessaire au niveau des investissements, des caractéristiques techniques et des moyens à mettre en œuvre.
 - L'Autorité publique doit se focaliser sur la capacité du candidat à rendre régulièrement un service public adapté aux attentes.
- Préparation, définition des besoins axés sur les spécifications fonctionnelles : nature, qualité, adaptation du service et capacité contributive des usagers. Justification de l'avantage du recours au PPP (outils similaires aux PPP à paiement public).
 - Préparation de comptes prévisionnels pour la durée prévue du partenariat. Élaboration d'une équation financière réaliste au regard des enjeux de financement, des risques d'investissements et commerciaux et du taux de bénéfice retenu afin d'attirer des partenaires de qualité à long terme.



- Préparation d'un document intégré résumant les objectifs principaux à atteindre incluant des critères de performance et des ensembles de clauses types qui serviront de base au choix du partenaire et à la négociation finale.
- Appel à manifestation d'intérêt puis choix des candidats admis à déposer une offre.
- Étape finale de « négociation compétitive » avec un ou plusieurs candidats : négociation en « tunnel » strictement encadrée (Exemple de la « Loi Sapin » en France).
- Choix du candidat justifiant du meilleur rapport initial qualité / prix assorti des meilleures capacités de relation partenariale et d'adaptation du service sur le long terme (à la fois en termes techniques et financiers).
- Existence de recours efficace en cas de non respect du processus et de choix contestable.

Le suivi et le contrôle des PPP : un enjeu majeur trop souvent négligé et source de nombreux échecs

- Remarque importante: Contrairement à la plupart des marchés publics, le succès d'un PPP ne peut pas être jugé à l'issue de la procédure d'attribution et à la signature du contrat.
- Le succès d'un PPP ne peut en fait être jugé qu'à l'issue d'une très longue période souvent supérieure à 10 ans durant laquelle un service public devra avoir répondu à un ensemble de caractéristiques et satisfait les usagers dont les exigences à long terme comportent des inconnues.
- Le suivi et le contrôle des PPP nécessitent des procédures adaptées et des ressources humaines en nombre et en qualité suffisante au niveau de chacun des partenaires:
 - L'importance des clignotants et de procédures détaillées de transmission de rapports et tableaux réguliers.
 - La nécessité de réunions périodiques organisées selon des procédures contractuellement et institutionnellement adaptées.
- Exemple de difficultés courantes : Evolution imprévue des coûts de fonctionnement, du nombre d'usagers ou leur diminution, développement de la concurrence avec d'autres services, évolutions technologiques, baisse du pouvoir d'achat, etc.



- Les solutions aux difficultés courantes souvent prévisibles dans leur principe mais imprévisibles dans leur occurrence et dans leur importance : les conditions de développement de relations de PPP durables sont basées sur les clauses contractuelles et des principes juridiques originaux.
- Leçons de l'expérience :
 - A quoi chaque partenaire doit-il être préparé ? Quelles compétences et quelles équipes doit-il réunir ?
 - La réalité juridico-économique des PPP : Une forme contractuelle parfois plus proche du droit des sociétés que du droit des contrats. Chaque partenaire doit contribuer au succès de l'objectif commun en sachant appliquer avec flexibilité des principes très rigides, les PPP sont tout sauf des contrats complexes ou les spécifications techniques ou la description du service se perdent dans les détails.
 - L'objectif commun sans affecter l'équation financière du projet doit être moins la satisfaction personnelle du partenaire privé ou public que la satisfaction de milliers ou dizaines de milliers d'utilisateurs sur le long terme. Divers techniques juridiques approuvées permettent d'y parvenir.

Les spécificités d'un contrat PPP: un cadre juridique particulier et parfois différent du droit commun des contrats

Exemples pour les Concessions et autres DSP:

- **Des droits additionnels de l'Autorité Publique:**

Nonobstant tout accord contraire, l'Autorité Publique doit bénéficier le plus souvent de droits "exorbitants": Exemples :

- Droit de résilier le contrat, non seulement pour défaut d'exécution du service public, mais aussi par convenance, pratiquement à tout moment avec notification préalable, si une telle résiliation est prononcée dans l'intérêt général.

- Droit de modifier l'accord original pour adapter le service dans le meilleur intérêt du public.

- Droit d'imposer d'autres mesures coercitives en cas de manquement fondamental aux obligations du Concessionnaire (comme par exemple un droit de rétention automatique sur la propriété ou l'utilisation de l'effectif de l'équipement du Concessionnaire).



- **Des droits additionnels du Concessionnaire:**

Nonobstant tout accord contraire, le concessionnaire doit bénéficier le plus souvent de droits “exorbitants” : Exemples :

- Droit à une juste compensation: lorsque l’Autorité Publique exerce divers droits souverains dans l’intérêt du public, sur le fondement du principe d’indemnisation pleine et entière, comprenant non seulement les coûts induits mais aussi les pertes de bénéfices (“damnum emergens” et “lucrum cessans”).

- Droit à une compensation adéquate en cas d’évènement non prévu (“sujétions imprévues”): par exemple en cas d’évènements imprévisibles de nature technique survenant pendant la phase de construction, ou pendant la réhabilitation ou la maintenance des travaux.

- Droit de restaurer l’équilibre du contrat en cas d’imprévision (“hardship”): par exemple, lorsque les circonstances économiques existant à la date de la signature ont substantiellement changé et de manière imprévisible.

- Droit à indemnisation, lorsqu’un acte de l’Autorité Publique a pour conséquence une augmentation des obligations du Concessionnaire et qu’une telle action n’est pas raisonnablement prévisible (à condition que le concessionnaire ne soit pas défaillant).

Proposition d’outil d’évaluation des conditions de succès des PPP: Un INDEX composite opérationnel aux différents stades d’un projet

Pourquoi créer un index sur les PPP ?

- Le taux d’échec des PPP dans le monde est très important
- L’expérience révèle que dans de très nombreuses situations, ces échecs auraient pu être évités si une « bonne méthodologie » avait été mise en place pour la préparation des projets, et si le cadre institutionnel et juridique avait été adapté aux enjeux.

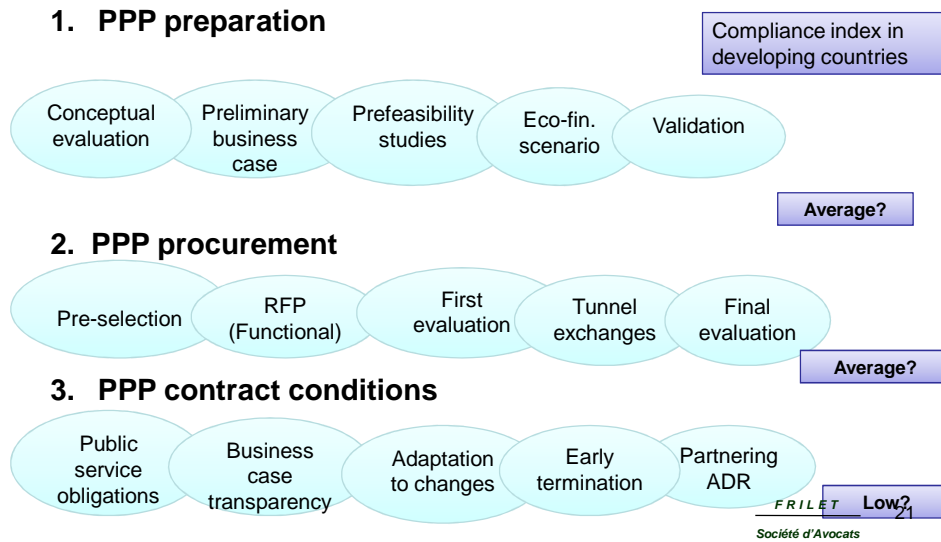
Quelle méthodologie utiliser pour créer un Index pertinent ?

Tirer des leçons de :

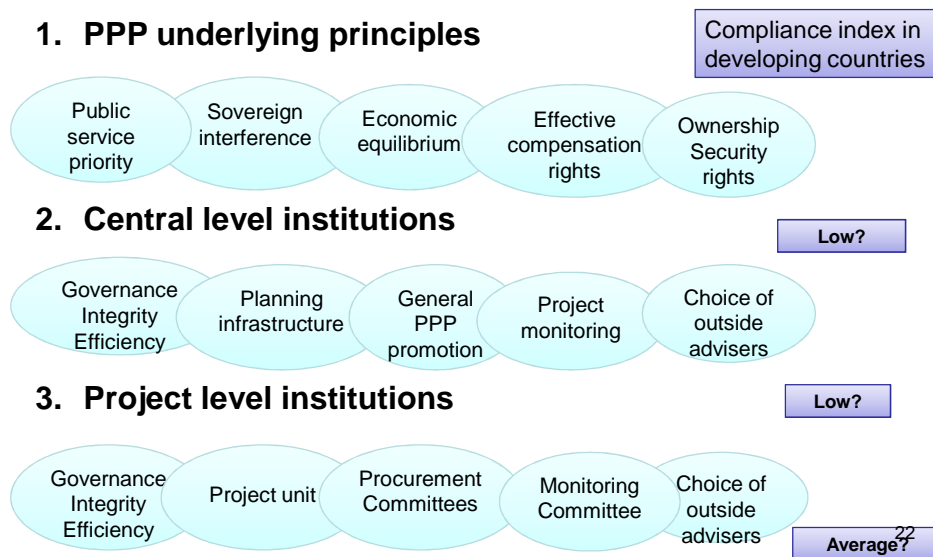
- projets qui ont déjà au moins 10 ans d’existence.
- projets qui sont représentatifs d’un secteur, d’une activité etc.
- situations qui peuvent être universellement transposables.

Adopter une méthode scientifique d'analyse et d'utilisation des données statistiques.

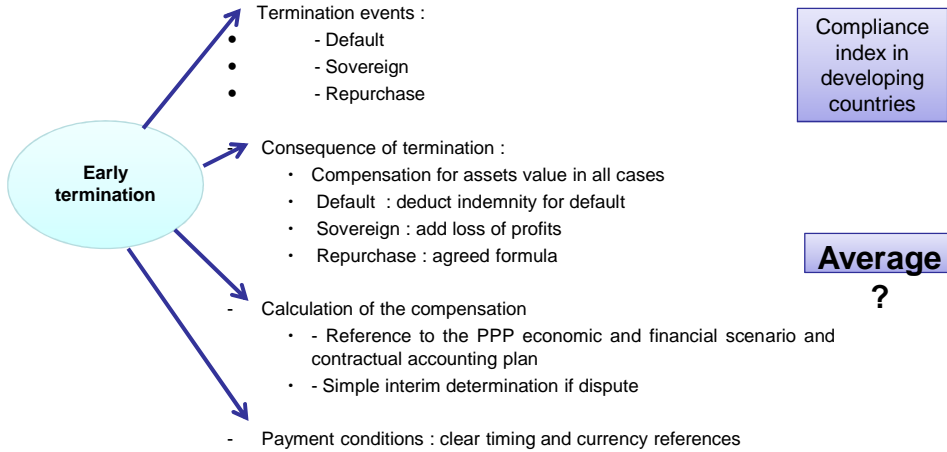
Proposition d'Index d'évaluation



Proposition d'Index d'évaluation

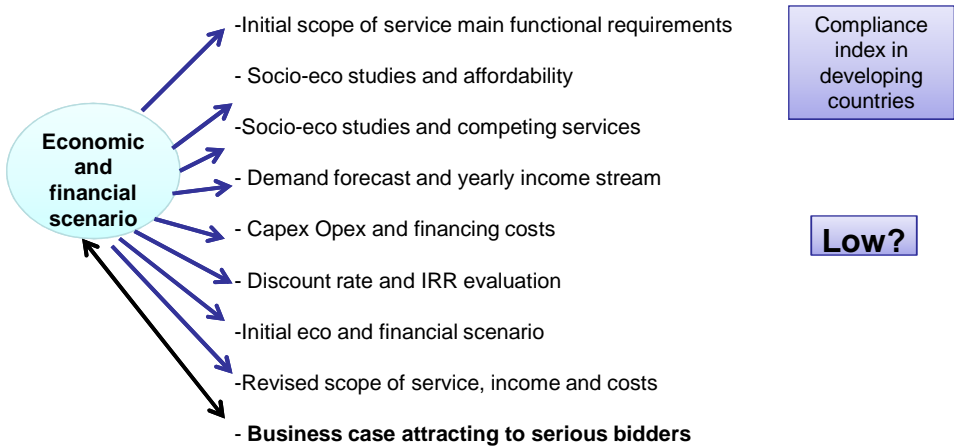


Exemple d'un chaînon



23

Exemple d'un chaînon



FRILET 24
Société d'Avocats



Conclusion

- **Sans cadre institutionnel et des principes juridiques suffisamment connus et acceptés à l'avance, les risques d'échec des PPP sont très importants** (80 % des PPP développés au cours de ces 10 dernières années dans des pays ne possédant pas une réelle tradition juridique des PPP sont de projets en détresse au bout de quelques années.)

- **Quel contenu pour un cadre institutionnel et juridique pour les PPP ?**

- Préalable : une évaluation du cadre institutionnel et juridique déjà existant et de sa pratique dans un pays ou une région donnée afin que le cadre préconisé soit harmonisé au mieux avec le droit existant.

1) Un texte fondamental cohérent : Ce texte devrait avoir le plus souvent force de loi et recouvrir tous les secteurs. Son contenu doit être synthétique et de compréhension facile réglant de façon opérationnelle les questions fondamentales que l'on trouve dans la majorité des PPP (famille par famille) et qui impactent sur la préparation et sur le succès des PPP. Exemples :

- Une définition des deux grandes familles de PPP
- Les principes justifiant le choix à une formule PPP
- Les conditions de préparation d'un projet PPP
- Les conditions de mise en concurrence et de choix des candidats.
- Les conditions contractuelles principales devant figurer dans un contrat PPP
- Les conditions de l'équilibre économique qui président à la conclusion et à la gestion d'un contrat PPP
- Pour les PPP à paiement privé: les conditions de calcul des tarifs et leur évolution
- Les garanties et sûretés particulières aux PPP
- Le régime de la propriété des biens
- La résiliation anticipée d'un contrat PPP et les conditions d'indemnisation
- Les conditions de prévention et de règlement des différends
- L'autorité de régulation externe des PPP



2) Des séries de textes et documents d'application standardisés : Exemples : textes de procédure facilitant la préparation des projets, le processus d'évaluation, de sélection et de contrôle, documents standards pour la présentation des offres, conditions générales contractuelles ; textes et documents sectoriels etc.

3) Un ensemble de principes directeurs : Ces derniers peuvent servir de guides contractuels en édictant par exemple des standards de base pour les conditions de réalisation du service public. Des Chartes peuvent également jouer un rôle utile (exemples: charte du dialogue compétitif, charte des services publics locaux publiées en France par l'IGD).