

Évaluation des Partenariats Public-Privé (PPP)

DECEMBRE 2012

Jean-François **JUÉRY** • Emmanuel **MONNET** • Justine **COUTARD** •
Adrienne **BROTONS** • Alban **HAUTIER**

IGF

INSPECTION GÉNÉRALE DES FINANCES



**MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE
ET DES FINANCES**

IGF
INSPECTION GÉNÉRALE DES FINANCES

RAPPORT

N° 2012-M-027

ÉVALUATION DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ (PPP)

Établi par

Jean-François JUÉRY
Inspecteur des finances

Emmanuel MONNET
Inspecteur des finances

Justine COUTARD
Inspecteur des finances

Adrienne BROTONS
Inspecteur des finances

Alban HAUTIER
Inspecteur des finances

Sous la supervision de Bruno DURIEUX
Inspecteur général des finances

- DÉCEMBRE 2012 -

SYNTHESE

Les partenariats public-privé (PPP) ne sont pas un mode de commande publique comme les autres. Après avoir été présentés lors de leur conception comme des leviers de modernisation, susceptibles d'améliorer la conduite des grands chantiers publics par l'apport de l'expertise et du savoir-faire du secteur privé, ils ont fait récemment l'objet de nombreuses réserves et de fortes critiques. Celles-ci portent à la fois sur la nature même de ces instruments juridiques, sur l'association du secteur privé à l'exercice de prérogatives qui relèvent de la puissance publique et sur l'existence de plusieurs projets en situation d'échec patent.

Dans ce contexte, la mission a cherché à analyser les PPP de manière neutre et objective en examinant un échantillon de projets portés par l'État, ses établissements publics, les établissements de santé et les collectivités locales.

Les constats et les analyses de la mission ne condamnent pas les PPP ; ceux-ci répondent en effet à des besoins des acheteurs publics. Plus fondamentalement, les problématiques posées par les PPP recourent en grande partie celles posées par la commande publique de droit commun, fondée sur une maîtrise d'ouvrage publique (MOP). Les nombreux exemples de chantiers publics connaissant d'importants retards et une inflation massive de leurs coûts rappellent que **le principal enjeu est moins celui de l'instrument juridique que de l'inefficience de la commande publique et de sa nécessaire professionnalisation.**

Néanmoins, les constats de la mission pointent de graves défaillances dans l'utilisation des PPP et conduisent à proposer un encadrement plus rigoureux et plus sécurisant de leur usage. Ces instruments soulèvent, davantage que la commande publique classique, de nombreuses zones de risque sur les aspects budgétaires, financiers et juridiques. En raison de la rigidité intrinsèque des contrats et de leur durée longue, les PPP ne sont pas un instrument juridique adapté à tous les acheteurs publics et à tous les projets.

* *

L'appellation de PPP rassemble au moins six types d'instruments dérogatoires au droit classique de la commande publique. Au sein de cet ensemble, le contrat de partenariat (CP), qui a été institué par l'ordonnance du 17 juin 2004, est le dispositif le plus connu. **Si la multiplicité des instruments juridiques a pu se justifier, celle-ci ne répond plus à un besoin des acheteurs public et s'avère désormais source de complexité. Une unification du cadre juridique des PPP autour du CP apparaît de ce fait souhaitable.**

L'ampleur exacte du recours aux PPP est incertaine, en particulier au sein des collectivités locales ; leurs nombre et montants investis ne sont pas connus avec précision, et la connaissance des flux futurs de loyers reste lacunaire. Cette incertitude s'explique par des défaillances dans leur suivi et par une absence de comptabilisation systématique au bilan des acheteurs publics. **Compte tenu des enjeux que ces instruments soulèvent, leur suivi doit être amélioré, en particulier en comptabilité publique.**

En dépit de ces limites, les investigations de la mission établissent un développement marqué et continu des PPP. Plus de 239 contrats ont ainsi été signés entre 2005 et 2011, tous pouvoirs publics confondus. Le nombre de contrats annuellement signés est passé de 9 en 2005 à 52 en 2011 et le montant cumulé d'investissement représentait 16 Md€ à la fin de l'année 2011. **Avec au moins 160 PPP signés, soit 67% de l'ensemble des contrats,** et au moins 2,9 Md€ d'investissement (soit 19% du total), **les collectivités locales sont les acheteurs publics recourant le plus à cet instrument.**

Rapport

Ces évolutions témoignent de l'appropriation du dispositif par les acheteurs publics et de sa réponse à des besoins jusqu'ici non couverts. Les PPP apportent en effet certaines réponses aux inconvénients posés par une maîtrise d'ouvrage publique : avec un PPP, la personne publique n'a en effet qu'un seul contrat à conclure et qu'un seul interlocuteur ; la procédure de passation peut être plus rapide, avec une assurance plus forte du respect des délais ; le dialogue compétitif, qui l'accompagne généralement, permet d'enrichir les discussions avec les candidats privés ; enfin, ses coûts sont plus prévisibles qu'en MOP.

* *

Conformément à l'ordonnance du 17 juin 2004 et à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, **les contrats de partenariat ont un caractère dérogatoire au droit de la commande publique. Le recours à celui-ci n'est ainsi possible que dès lors qu'un des critères suivants est respecté : l'urgence du projet, sa complexité ou un bilan économique favorable.** L'ordonnance contraint ainsi les personnes publiques souhaitant engager la réalisation d'un CP à établir une étude préalable pour justifier ce choix ; **cette évaluation préalable**, réalisée par l'acheteur public ou ses conseils, est **soumise à un avis de la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP).**

L'examen des évaluations préalables et des avis montre que la procédure repose sur des bases théoriques robustes, ayant fait l'objet d'une professionnalisation croissante. Toutefois, elle **souffre d'importantes limites pratiques.** D'une part, **les délais de réalisation globaux apparaissent sous-évalués**, alors qu'ils sont un élément déterminant, conditionnant directement la valorisation des gains socio-économiques associés au montage. D'autre part, **l'analyse des coûts de conception et de réalisation n'est pas objectivée par des références empiriques précises**, et fait souvent l'objet d'un coefficient « d'optimisation » non étayé empiriquement. Enfin, **la prise en compte du risque reste très approximative et repose sur des bases peu objectivées**, alors qu'elle est souvent déterminante dans le résultat final.

Dans ces conditions, **il n'apparaît pas possible de certifier les conclusions des calculs des évaluations préalables et de considérer comme justifié le recours au CP initié sur le critère du bilan.** Afin de disposer, à l'avenir, d'une assurance raisonnable en la matière, la mission recommande de renforcer les capacités de contre-expertise de la MAPPP et de la méthodologie de l'évaluation préalable afin de rendre opérant le critère du « bilan ».

Concernant les critères juridiques de complexité et d'urgence, les investigations de la mission ont permis de pointer d'importantes faiblesses. Dans les faits, ils sont en effet interprétés de manière trop souple. Afin de garantir le respect du caractère dérogatoire des PPP, la mission propose que ces critères de recours soient précisés et renforcés.

Plus fondamentalement, le recours aux PPP s'explique principalement par des motifs d'ordre budgétaire, qu'il s'agisse de la déconsolidation de l'investissement, de l'étalement dans le temps de la dépense d'investissement, de la sécurisation des montants d'investissement ou d'entretien de l'ouvrage et, pour l'État, du contournement des normes budgétaires, en particulier du « zéro valeur ». **Des motifs budgétaires ont ainsi été poursuivis dans 75 % des projets de l'État, des établissements publics et des hôpitaux examinés par la mission ;** dans plus de la moitié des projets, le motif budgétaire primait sur tous les autres.

La volonté de recourir aux PPP pour s'affranchir de ces contraintes est problématique. Elle fait courir à l'acheteur public des risques importants, du fait de la nature complexe de cet instrument juridique, et l'incite à **investir au-delà de ce que ses ressources lui permettraient d'envisager.** Elle fait courir le **risque de surpayer un investissement**, en l'absence de toute preuve sur l'efficacité des PPP, et **peut inciter à investir dans des projets manifestement surcalibrés.**

* *

En raison des risques budgétaires, financiers et de gestion publique qu'ils soulèvent, les PPP ne sont pas adaptés à tous les acheteurs publics et à tous les projets. Pour certains, ces risques sont suffisamment importants pour mettre en cause le recours même aux PPP. **Dans l'hypothèse où de nouveaux projets devraient être initiés sous forme de PPP, la sécurisation des acheteurs publics est donc prioritaire.**

En premier lieu, la rigidification excessive des budgets de fonctionnement résultant du recours aux PPP doit être limitée. Concernant l'État, ces enjeux budgétaires sont d'ores et déjà perceptibles : l'examen du calendrier de versement des loyers laisse ainsi apparaître **un besoin annuel récurrent d'environ 1,2 Md€ entre 2014 et 2025**, puis de 800 M€ jusqu'en 2035. Pour les collectivités locales, les conséquences des PPP sur les budgets des collectivités adjudicatrices, pris individuellement, sont également considérables. **La rigidification des budgets locaux de fonctionnement se voit par ailleurs renforcée par l'existence de la « règle d'or »,** qui empêche de recourir à l'emprunt pour équilibrer leur section de fonctionnement.

En second lieu, la succession de crises financières et les nouvelles contraintes prudentielles imposent une refonte du cadre de financement des PPP. Alors qu'ils reposaient sur l'existence d'un financement privé abondant, l'évolution des conditions de financement réduit l'attrait économique des PPP et menace l'équilibre financier des opérations à venir. En effet, **le financement bancaire traditionnel des projets apparaît menacé par un « coût d'opportunité » croissant,** par rapport à un financement sur crédit budgétaire, **par un tarissement des liquidités bancaires, notamment sur des maturités supérieures à 15 ans** et, enfin, **par des exigences de garanties démesurées de la part des établissements bancaires.** Le contexte actuel conduit à privilégier à court terme, pour l'État, la mise en œuvre d'un refinancement public des projets à l'issue de la phase de construction. Selon certaines estimations, il permettrait de réduire de 5 à 10 % du montant des loyers d'investissement et aurait un caractère disciplinant en conduisant les acheteurs publics à faire face plus rapidement aux conséquences financières de leurs décisions d'investissement.

En troisième lieu, la complexité des montages met les acheteurs publics en situation de risque :

- ◆ en cas de mauvaise définition initiale du besoin fonctionnel, un PPP se traduit inévitablement par des surcoûts importants, des risques juridiques et une potentielle inadéquation avec les besoins du service public ;
- ◆ l'existence d'asymétries d'information importantes avec le partenaire privé et le financement bancaire se traduisent par des surcoûts par rapport à une MOP, qui ne peuvent être compensés, en théorie, que dans le cas où l'acheteur public conduit le dialogue compétitif de manière optimale ;
- ◆ enfin, la complexité des contrats fait peser sur la puissance publique le risque de subir des clauses léonines, particulièrement défavorables à ses intérêts, en particulier en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, toujours très coûteuse.

Ces risques sont réels, comme en témoignent plusieurs projets identifiés par la mission. Ils invitent les acheteurs publics à réfléchir à leur organisation et à mieux négocier leur contrat. **À ce titre, les acheteurs publics de l'État devraient se doter de structures centralisées capables de préciser l'expression des besoins, de fonctionner en « mode projet » et de conduire efficacement les dialogues compétitifs.** Pour les collectivités locales, souvent démunies face à des entreprises aidées de nombreux conseils, l'État pourrait, dans le respect de leur libre administration, les sécuriser dans leur utilisation des PPP. Cette sécurisation, qui porte à la fois sur les aspects juridiques et budgétaires, passerait par la mobilisation des services déconcentrés de l'État, au plus près des réalités locales.

Rapport

En dernier lieu, les interrogations persistantes sur leur efficacité par rapport à la loi MOP, en termes de coûts de construction et d'exploitation, et sur la qualité du service fourni par le prestataire doivent être rapidement levées. Seule une évaluation rigoureuse, prévue dès le lancement du projet et réalisée après la livraison de l'ouvrage et à divers stades d'exécution du contrat, permettrait d'établir un diagnostic clair et objectif en la matière. Au-delà de ces nécessaires évaluations, l'efficacité des PPP repose largement sur la pression concurrentielle s'exerçant lors de la procédure d'attribution du contrat, ainsi que sur le positionnement des acheteurs publics en contrôleurs de la performance. Or, **plusieurs éléments suggèrent que ce niveau de concurrence demeure limité**, et qu'après la signature du contrat, l'attention des acheteurs publics se relâche.

* *

Plus généralement, la rénovation du cadre de recours aux PPP doit être l'occasion de moderniser la commande publique.

D'une part, **la mission recommande la formalisation, sur la base de ses constats, d'une stratégie de recours aux PPP pour l'État, ses établissements publics et les établissements de santé**, qui pourrait faire l'objet d'une circulaire du Premier ministre. En particulier, le recours à un PPP doit être limité dans les situations où l'acheteur public est déconcentré et où le service public présente un fort enjeu de mutabilité. De même, lorsque les projets sont de petite taille (investissement inférieur à 20 M€), les coûts fixes élevés des PPP ne peuvent pas *a priori* être compensés par des gains de productivité suffisants, grevant ainsi leur rentabilité.

D'autre part, les apports des contrats globaux pourraient être davantage exploités : les gains résultant du dialogue compétitif devraient être maximisés, tandis que les autres contrats globaux, qui peuvent être pour certains projets des alternatives intéressantes aux PPP, gagneraient à être assouplis.

Plus fondamentalement, le processus de décision en matière de commande publique devrait faire l'objet d'une rationalisation. L'analyse rigoureuse de la rentabilité socio-économique du projet devrait être systématisée avant la décision d'investissement. De même, le processus de décision devrait permettre de recourir au montage juridique le plus approprié pour réaliser l'investissement. **Afin d'éviter qu'une évaluation préalable ne se traduise systématiquement par un recours au PPP, la mission recommande que celle-ci soit exigée pour tous les instruments de la commande publique dès lors que le coût du projet serait supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire** (par exemple, 80 M€ d'investissement). La MAPPP pourrait être chargée de leur examen.

Enfin, il conviendrait de conduire une réflexion plus large sur les biais budgétaire, juridique ou comptable qui peuvent exister en faveur d'un instrument de commande publique ou d'un autre. De manière à ce qu'ils ne fondent pas la décision de recours à un instrument juridique, et que celui-ci soit choisi pour ses qualités intrinsèques et son adéquation au projet, la mission préconise leur neutralisation.

* *

À partir de ses constats, la mission a formulé trente propositions (*cf. synthèse des propositions p. 64 et le tableau n° 9 en pièce jointe*), avec pour objectifs :

- ◆ améliorer la connaissance et le suivi des PPP ;
- ◆ mieux encadrer les conditions de recours aux PPP ;
- ◆ sécuriser les acheteurs publics utilisant le PPP ;
- ◆ tirer profit des PPP pour moderniser l'ensemble de la commande publique.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
1. EN DEPIT D'IMPORTANTES LACUNES DANS LE SUIVI DU RECOURS AUX PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE (PPP), CES MONTAGES SONT UTILISES DE MANIERE CROISSANTE ET REPONDENT A CERTAINS BESOINS DES ACHETEURS PUBLICS	3
1.1. La réalisation de PPP peut s'opérer selon divers dispositifs contractuels, dont la diversité ne se justifie toutefois pas	3
1.2. L'ampleur du recours aux PPP est incertaine en raison de défaillances dans leur suivi.....	5
1.2.1. <i>La connaissance du recours aux PPP apparaît assez lacunaire.....</i>	<i>5</i>
1.2.2. <i>Compte tenu des enjeux qu'ils soulèvent, le suivi des PPP doit être amélioré</i>	<i>8</i>
1.3. En raison de leurs avantages, ces instruments sont utilisés de manière croissante au sein de la commande publique, en particulier dans les collectivités locales	10
1.3.1. <i>La maîtrise d'ouvrage publique soulève des difficultés que les PPP sont censés résoudre.....</i>	<i>10</i>
1.3.2. <i>Les PPP occupent une place croissante au sein de la commande publique, notamment dans les collectivités locales.....</i>	<i>13</i>
2. CONTRAIREMENT AUX INTENTIONS INITIALES, LES MOTIFS DE RECOURS AUX PPP SE REVELENT PAR TROP D'ORDRE BUDGETAIRE ET FINANCIER.....	17
2.1. Le caractère dérogoire au droit de la commande publique est en théorie assuré par le respect de trois critères alternatifs : l'urgence, la complexité et le « bilan »	17
2.2. L'évaluation préalable repose sur des fondements théoriques robustes, mais souffre d'importantes limites pratiques.....	19
2.2.1. <i>L'examen d'un échantillon d'évaluations préalables ne permet pas de valider la justification des PPP initiés sur leur fondement.....</i>	<i>19</i>
2.2.2. <i>La méthodologie et le contrôle de l'évaluation préalable doivent être renforcés.....</i>	<i>21</i>
2.3. Les critères juridiques de la complexité et de l'urgence sont interprétés de manière trop souple.....	22
2.3.1. <i>Les critères juridiques présentent des faiblesses théoriques et pratiques importantes.....</i>	<i>22</i>
2.3.2. <i>Les critères de recours gagneraient à être précisés.....</i>	<i>24</i>
2.4. Dans les faits, le recours aux PPP s'explique principalement par des raisons budgétaires.....	25
2.4.1. <i>Les acheteurs publics continuent de recourir aux PPP pour s'affranchir des contraintes budgétaires.....</i>	<i>25</i>
2.4.2. <i>Les PPP devraient être mieux pris en compte dans les normes budgétaires.....</i>	<i>27</i>

3. LES RISQUES BUDGETAIRES, FINANCIERS ET DE GESTION PUBLIQUE SOULEVES PAR LES PPP NECESSITENT UN ENCADREMENT PLUS RIGOUREUX ET PLUS SECURISANT POUR LES ACHETEURS PUBLICS.....	29
3.1. Les PPP entraîneront à brève échéance une forte dépense et une rigidification excessive des budgets de fonctionnement.....	29
3.1.1. <i>L'État devra rapidement trouver des marges de manœuvre pour financer les loyers de ses PPP.....</i>	<i>29</i>
3.1.2. <i>Pour les collectivités locales, la rigidification est accrue par la « règle d'or »</i>	<i>31</i>
3.2. La succession de crises financières et les nouvelles contraintes prudentielles ont à la fois réduit les volumes de financement de long terme et renchéri leurs coûts ...	32
3.2.1. <i>Les modalités traditionnelles de financement sont aujourd'hui menacées.....</i>	<i>32</i>
3.2.2. <i>Le cadre de financement doit être refondu et élargi.....</i>	<i>36</i>
3.3. La complexité de la procédure et des montages peut mettre les acheteurs publics en situation de risque	40
3.3.1. <i>Des erreurs dans l'expression initiale des besoins, qui résultent souvent d'une mauvaise organisation, se traduisent par des surcoûts particulièrement importants</i>	<i>41</i>
3.3.2. <i>Certains contrats, tant par l'opacité que par la complexité de leurs clauses, sont sources de risques juridiques et financiers</i>	<i>44</i>
3.3.3. <i>Ces risques sont particulièrement élevés pour les collectivités locales</i>	<i>47</i>
3.4. Les incertitudes persistantes sur l'efficacité du recours aux PPP doivent être rapidement levées.....	50
3.4.1. <i>Les évaluations disponibles sur l'efficacité des PPP sont peu nombreuses, et ne permettent pas de conclure sur le rapport qualité-prix du dispositif.....</i>	<i>50</i>
3.4.2. <i>L'efficacité des PPP repose largement sur la pression concurrentielle s'exerçant lors de la procédure d'attribution du contrat.....</i>	<i>51</i>
3.4.3. <i>L'efficacité suppose également qu'après la signature du contrat les acheteurs publics se positionnent dans la durée en contrôleurs de la performance.....</i>	<i>53</i>
4. LA RENOVATION DU CADRE DE RECOURS AUX PPP DOIT ETRE L'OCCASION DE MODERNISER LA COMMANDE PUBLIQUE.....	55
4.1. Une doctrine d'utilisation des PPP recentrant leur usage pourrait être définie autour des axes identifiés par la mission	55
4.2. Les apports des contrats globaux pourraient être davantage exploités	57
4.2.1. <i>Les gains résultant du dialogue compétitif devraient être maximisés</i>	<i>57</i>
4.2.2. <i>L'accès à tous les types de contrats globaux gagnerait à être assoupli.....</i>	<i>58</i>
4.3. Plus fondamentalement, le processus de décision en matière de commande publique devrait faire l'objet d'une rationalisation	60
4.3.1. <i>L'analyse rigoureuse de la rentabilité socio-économique du projet devrait être systématisée avant la décision d'investissement.....</i>	<i>60</i>
4.3.2. <i>Le processus devrait ensuite permettre de recourir au montage juridique le plus approprié pour réaliser l'investissement</i>	<i>61</i>
SYNTHESE DES PRINCIPALES PROPOSITIONS DE LA MISSION.....	64
PIECES JOINTES	66

INTRODUCTION

Par lettre de mission en date du 12 mars 2012 (*cf. annexe IX*), l'Inspection générale des finances (IGF) a été saisie par le ministre de l'économie et des finances d'une mission portant sur les partenariats public-privé (PPP).

Conformément à la demande du ministre, **la mission a eu pour objectif de produire une évaluation des PPP sur les plans juridique, économique et financier**, en soulignant leurs avantages, leurs inconvénients et leurs risques. À partir d'un état des lieux objectivé, **la mission formule trente propositions, permettant d'améliorer le cadre actuel, et propose une doctrine d'utilisation de ces montages, de manière à sécuriser les acheteurs publics**. Plus généralement, la mission a également formulé des recommandations en matière de gouvernance de la commande publique et des grandes infrastructures. **Les PPP soulèvent des interrogations, en effet, sur la manière dont l'État conduit ses projets d'investissement**.

L'appellation de PPP rassemble plusieurs types d'instruments dérogatoires au droit classique de la commande publique. Le concept de PPP ne relevant pas d'une catégorie juridique précise, la mission a retenu pour le périmètre de ses investigations les montages suivants :

- ◆ les contrats de partenariat (CP), prévus par l'ordonnance du 17 juin 2004, qui sont les instruments juridiques les plus connus ;
- ◆ les autorisations d'occupation temporaire couplées à des locations avec option d'achat (AOT-LOA), instituées par la loi du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public ;
- ◆ les baux emphytéotiques administratifs (BEA) créés par la loi du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation ;
- ◆ les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH), qui sont la variante hospitalière du précédent dispositif ;
- ◆ enfin, les dispositifs sectoriels, créés pour répondre aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales par les lois du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) et du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJI).

Les délégations de service public (DSP), les concessions et le crédit-bail, qui relèvent également de la gestion déléguée, n'ont pas été inclus par la mission dans son périmètre d'investigation, car leurs risques pour la puissance publique sont d'une nature différente.

Les PPP ne sont pas un instrument de commande publique comme les autres ; ils font l'objet de nombreux *a priori* – positifs ou négatifs – selon les interlocuteurs. Dans ce contexte, **la mission a cherché à objectiver aussi précisément que possible ses constats** ; elle a ainsi suivi plusieurs principes pour conduire ses investigations :

- ◆ **elle a procédé à un retour d'expérience, à partir d'un échantillon de projets**. Les investigations sur pièce et sur place se sont traduites par un examen¹ des contrats et par la conduite de nombreux entretiens avec les acheteurs publics, les partenaires

¹ Les contrats n'ont pas été « audités » en tant que tels. De tels audits, par ailleurs en cours pour certains contrats nécessitent des investigations approfondies et ne peuvent être réalisés qu'au cas par cas.

Rapport

privés, les assistants à maîtrise d'ouvrage (AMO) et les experts du sujet² (cf. *annexe VIII*) ;

- ◆ **elle a procédé à des analyses transversales, en particulier pour les problématiques budgétaires et juridiques** ; la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère des Finances a notamment fait l'objet d'une saisine ;
- ◆ **enfin, elle a cherché à quantifier ses travaux et à les présenter avec une profondeur historique suffisante.**

Afin que des conclusions générales puissent en être tirées, l'échantillon de projets a été constitué avec un soin méthodologique particulier :

- ◆ **il porte sur l'ensemble des acheteurs publics ; l'État, ses établissements publics, les hôpitaux et les collectivités locales.** Pour ces dernières, les investigations semblaient indispensables compte tenu de l'importance croissante de leur recours au PPP, et de la faiblesse de l'information disponible en la matière ;
- ◆ **les projets ont été sélectionnés à différents stades de leur maturité** (en cours de négociation, signés, en cours de construction, en cours d'exploitation ou abandonnés) ;
- ◆ **pour l'État et ses établissements publics**, les projets ont été choisis **de manière à couvrir les principaux champs de politique publique recourant aux PPP** (défense ; justice ; enseignement supérieur ; équipement/transport ; santé) et à présenter une importante variété de nature (taille ; complexité ; nature juridique ; succès du projet) ;
- ◆ **pour les collectivités locales**, la mission a choisi de se concentrer sur les territoires ayant le plus recouru aux PPP.

Au total, la mission a examiné 54 projets, portés par 35 pouvoirs adjudicateurs différents (cf. *tableaux en pièces jointes à ce rapport*).

* *

Ce rapport s'accompagne par ailleurs de sept annexes techniques, présentant de manière détaillée et thématique les investigations, constats et propositions de la mission :

- ◆ un état des lieux du recours aux PPP (*annexe I*) ;
- ◆ un bilan du recours aux PPP dans les collectivités locales (*annexe II*) ;
- ◆ une analyse de l'évaluation préalable (*annexe III*) ;
- ◆ une synthèse des travaux disponibles en matière d'efficacité des PPP (*annexe IV*) ;
- ◆ un examen des modalités de financement des PPP (*annexe V*) ;
- ◆ une analyse juridique des PPP (*annexe VI*) ;
- ◆ une revue des modalités de gestion des contrats par la puissance publique (*annexe VII*).

* *

² La mission a ainsi effectué des déplacements dans le Loiret, en Guyane, en Guadeloupe, dans les Alpes maritimes et en Gironde, ainsi qu'en Grande-Bretagne, où le recours aux PPP est ancien et important.

1. En dépit d'importantes lacunes dans le suivi du recours aux partenariats public-privé (PPP), ces montages sont utilisés de manière croissante et répondent à certains besoins des acheteurs publics

1.1. La réalisation de PPP peut s'opérer selon divers dispositifs contractuels, dont la diversité ne se justifie toutefois pas

La notion de partenariat public-privé (PPP) n'est pas un concept précis en droit français. Au sens large, cette notion recouvre tous les instruments contractuels, parfois très anciens³, établissant une coopération entre une personne publique et une personne privée pour participer à la mise en œuvre d'un service public. **Entendus de façon restreinte, les PPP relèvent d'une catégorie doctrinale désignant les montages juridiques s'insérant entre les deux grands types de contrats de la commande publique (cf. annexe VI) :**

- ◆ **les marchés publics**, régis pour la réalisation d'ouvrages publics par les dispositions spécifiques de la loi du 12 juillet 1985, dite « loi MOP »⁴. Celle-ci impose à la personne publique d'être le maître d'ouvrage, rend obligatoire la distinction entre les missions de conception et de construction, et interdit tout paiement différé ;
- ◆ **les délégations de service public (DSP)**⁵, dans lesquelles la rémunération du cocontractant, qui exploite un service public, doit être « *substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* »⁶, **et les concessions de travaux**⁷.

Les partenariats public-privé échappent aux principes fondamentaux régissant les marchés publics et les délégations de service public. Ils se caractérisent par :

- ◆ **un contrat global, qui couvre principalement trois types de missions (le financement de l'ouvrage ; sa construction ou sa transformation ; son entretien, exploitation, maintenance ou gestion)**⁸ **et qui est conclu pour une longue durée ;**
- ◆ **un transfert de la maîtrise d'ouvrage au partenaire privé ;**
- ◆ **un transfert de risques vers le partenaire privé.** Variable selon les contrats, le partage de risques conduit à transférer au moins le risque de construction au cocontractant, sans qu'il supporte le risque d'exploitation de l'ouvrage ;
- ◆ **un préfinancement privé**, selon des modalités variables (cf. *infra*), **et un paiement public différé sous forme de loyers** versés après la réception de l'ouvrage. La rémunération du cocontractant repose *in fine* sur le contribuable⁹, et non sur l'usager.

³ Loin d'être une création récente, les partenariats public-privé existent en France depuis plusieurs siècles sous la forme de la concession de travaux ou de DSP ; plus récemment, des contrats globaux tels que les marchés d'entreprise de travaux publics (METP) étaient également assimilables à un partenariat public-privé.

⁴ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

⁵ Le régime juridique des DSP a été précisé par la loi n° 93-122 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 », et la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier, dite « loi MURCEF ».

⁶ Article 38 de la « loi Sapin ».

⁷ Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics et décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux concessions de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique.

⁸ Le cas échéant, deux autres types de missions peuvent être confiées (une mission de conception des ouvrages ou des biens immatériels ; des prestations de services).

Rapport

La réalisation de partenariats public-privé peut s'opérer selon divers dispositifs contractuels (cf. annexe VI et tableau suivant) :

- ◆ **plusieurs montages ont été élaborés à partir de contrats domaniaux** ; ils permettent de réaliser, sur un terrain appartenant à la puissance publique, des ouvrages en maîtrise d'ouvrage privée, avec un financement privé, sans pour autant déléguer l'exploitation d'un service public :
 - **le bail emphytéotique administratif (BEA)**, ouvert aux collectivités locales en 1988¹⁰ ;
 - **le dispositif de l'autorisation d'occupation temporaire (AOT)**, créé en 1994 pour l'État et ses établissements publics,¹¹ et étendu aux collectivités territoriales en 2006¹² ;
 - **le bail emphytéotique hospitalier (BEH)**, qui est une forme de BEA introduit en 2003 pour les établissements publics de santé et les structure de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique¹³ ;
 - **pour répondre aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales**, les lois du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) et du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJI) ont créé **des dispositifs sectoriels spécifiques : les BEA et AOT dits « LOPSI / LOPJI »**.
- ◆ **le montage peut également s'appuyer sur un contrat administratif *ad hoc***. Créé par l'ordonnance du 17 juin 2004¹⁴, **le contrat de partenariat (CP)** associe en un seul instrument des éléments de commande publique et d'occupation du domaine. Le titulaire du contrat dispose ainsi de droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise¹⁵. **Le CP est ouvert à l'État, aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics.**

Proposition n° 1 : Unifier le cadre juridique des partenariats public-privé (PPP) autour du contrat de partenariat

Non seulement la multiplicité des instruments juridiques supports des PPP ne se justifie plus, mais elle s'avère en outre problématique (cf. annexe VI) :

- ◆ **la complexité de l'éventail juridique est facteur d'insécurité juridique. Le risque de requalification en contrat de la commande publique demeure ainsi significatif pour certains montages ;**

⁹ La distinction entre PPP et DSP sur la rémunération du cocontractant par l'utilisateur ou le contribuable peut néanmoins être difficile à établir.

¹⁰ Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation.

¹¹ Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

¹² Articles L. 1311-5 à L. 1311-8 du code général des collectivités territoriales.

¹³ Article L. 6148-2 du code de la santé publique.

¹⁴ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat modifiée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008.

¹⁵ Article 13 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales.

Rapport

- ◆ **elle rend nécessaire la présence de conseils juridiques, qui prospèrent sur un environnement stimulant la créativité de leurs prestations.** Outre qu'elle est un facteur d'inégalité dans l'accès au droit (au détriment, notamment, des petites collectivités locales)¹⁶, **cette complexité juridique accroît les coûts de transaction** (temps de mise en place des montages, frais juridiques...) et **limite les gains liés à l'effet d'apprentissage de la part des personnes publiques.** Elle constitue par ailleurs un frein à la concurrence, en restreignant de fait l'accès des marchés à des opérateurs étrangers qui ne comprennent pas toujours la norme et perçoivent comme imprévisible la jurisprudence administrative¹⁷ ;
- ◆ **le foisonnement des instruments juridiques peut conduire à des stratégies d'optimisation induite de la part des personnes publiques.** En particulier, l'utilisation des montages s'appuyant sur des instruments domaniaux ont récemment été utilisés – en particulier par les collectivités locales - pour contourner les contraintes du CP (évaluation préalable, exigences de publicité et de mise en concurrence). Le choix d'un type de contrat peut également s'expliquer par l'existence d'avantages résultant des règles fiscales (par exemple, éligibilité au fonds de compensation de la taxe sur la valeur ajoutée -FCTVA) (cf. annexes II et VI) ;
- ◆ enfin, **la dispersion des instruments rend difficile leur suivi en synthèse.**

La multiplicité des montages contractuels utilisés pour réaliser un PPP ne correspond pas à un besoin de disposer d'un large éventail de solutions répondant à la diversité des besoins des personnes publiques ; elle induit au contraire des chevauchements entre dispositifs. L'intérêt de ce foisonnement d'instruments est d'autant plus réduit qu'un mouvement d'harmonisation des règles de passation est en cours, même s'il demeure inachevé. **La mission recommande ainsi de rationaliser le cadre juridique des partenariats public-privé en l'unifiant progressivement autour du seul contrat de partenariat.** Cette unification emporterait les conséquences suivantes :

- ◆ **les BEA et les AOT redeviendraient de simples autorisations d'occupation domaniale,** c'est-à-dire des actes régissant les relations entre l'occupant et la collectivité publique, qui sont leur vocation d'origine ;
- ◆ **le contrat de partenariat deviendrait l'instrument unique et de droit commun pour réaliser un partenariat public-privé** du fait de son caractère générique (accessible par l'ensemble des personnes publiques) et transversal (valable pour tous les secteurs), et de son encadrement méthodologique et procédural plus abouti ;
- ◆ **les variantes sectorielles des PPP (dispositifs LOPJI et LOPSI) ne seraient pas reconduites** au-delà du terme prévu par la réglementation (31 décembre 2013).

1.2. L'ampleur du recours aux PPP est incertaine en raison de défaillances dans leur suivi

1.2.1. La connaissance du recours aux PPP apparaît assez lacunaire

Deux sources d'informations peuvent, en théorie, être mobilisées pour recenser les différents projets de PPP et mesurer l'ampleur de leur recours au sein de la commande publique (cf. annexe I) :

- ◆ **certaines bases de données,** qui sont tenues par les administrations ou des observatoires ;

¹⁶ Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, 2008.

¹⁷ *Ibid.*

Rapport

Encadré 1 : Les bases de données disponibles en matière de PPP

Les principales bases de données actuellement disponibles en matière de PPP recouvrent les périmètres suivants :

- la base de données de la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) recense exclusivement les CP et ne comporte qu'une partie des projets portés par les collectivités locales ;
- les fichiers tenus par la direction du budget (DB) recensent exclusivement les PPP de l'État et de ses établissements publics – hors champ hospitalier –, quelle que soit leur forme juridique ;
- la liste tenue par l'agence nationale d'appui à la performance des établissements de santé et médico-sociaux (ANAP) n'effectue qu'un recensement approximatif des PPP signés par les établissements hospitaliers ;
- la base de données de l'institut de la gestion déléguée (IGD) a vocation à recenser l'ensemble des PPP conclus par les différents pouvoirs publics adjudicateurs. La liste des projets n'est toutefois pas exhaustive.

- ◆ **les différentes comptabilités publiques**, qui prévoient désormais un enregistrement des montants d'investissement résultant d'un PPP au bilan des acheteurs publics.

Encadré 2 : Les principes de comptabilisation des PPP

1/ Le traitement des PPP en comptabilité nationale :

L'enjeu du retraitement statistique en comptabilité nationale, au regard des finances publiques, est de déterminer si le contrat est « consolidant », c'est-à-dire si l'équipement doit être comptabilisé dans les actifs publics, ce qui détermine l'imputation d'une dette publique.

Dans un premier temps, Eurostat avait recommandé, en février 2004, de **ne pas les comptabiliser dans le bilan des administrations publiques lorsque** le partenaire privé supporte le **risque de construction**, et qu'il supporte **au moins l'un des deux risques suivants : celui de disponibilité ou celui lié à la demande**. Dans un second temps, à partir de 2010, cette jurisprudence a été durcie. Eurostat considère désormais qu'un contrat « *sera classé en dette publique dès lors que le financement public est prédominant* »¹⁸. Cette évolution a été récemment confortée¹⁹.

La plupart des PPP français étant assortis d'une clause de cession Dailly (cf. infra), dont le montant dépasse la moitié du coût de l'actif livré, ils doivent être consolidés. La dette inscrite au passif de la personne publique représente alors la totalité de la valeur de l'équipement en jeu.

2/ Le traitement des PPP en comptabilité générale :

L'enjeu en comptabilité générale consiste, pour les différents acheteurs publics, à disposer d'une information précise sur leur patrimoine et sur leurs engagements financiers.

▪ Pour l'État :

La norme n°6 du recueil des normes comptables de l'État (RNCE) prévoit que **l'État inscrit les biens à son patrimoine si et seulement s'il en contrôle le droit et les conditions d'utilisation**. Dès lors que le bien est réceptionné, il est inscrit à l'actif en contrepartie d'une dette financière, d'un montant égal au coût total de financement du partenaire privé.

Le critère de contrôle a été précisé par le conseil de normalisation des comptes publics (CNOCP) dans un avis en date du 8 décembre 2011, en privilégiant une **conception extensive** : d'une part, la maîtrise des conditions d'utilisation de l'équipement et, d'autre part, la maîtrise du potentiel de service et/ou des avantages économiques futurs dérivés de cette utilisation.

▪ Pour les collectivités locales, les établissements publics locaux et les établissements de santé :

Une série d'arrêtés en date du 16 décembre 2010 ont complété et mis à jour le dispositif comptable et budgétaire applicable aux collectivités territoriales, établissements publics locaux et établissements publics de santé à compter du 1^{er} janvier 2011. **Les nouvelles règles consistent à inscrire au bilan de l'entité publique l'actif faisant l'objet du PPP, ainsi que la dette correspondante au passif, alors que ces éléments n'apparaissaient auparavant qu'en hors bilan.** Ces règles s'appliquent aux

¹⁸ La part de financement public s'apprécie en cumulant les financements directs et indirects – c'est-à-dire les garanties publiques apportées à des financements privés.

¹⁹ *Manual on Government Deficit and Debt*, Eurostat, mars 2012.

nouveaux PPP ainsi qu'au stock des contrats signés. **Ces règles de comptabilisation des PPP sont conformes aux dispositions de l'avis du CNOCP en date du 8 décembre 2011.**

3/ Dans les faits, le suivi des PPP au sein des différentes comptabilités devrait s'harmoniser :

Alors que le critère de contrôle prévaut dans la comptabilité publique, les règles de comptabilité nationale s'articulent autour de la notion de risque. Pour autant, ces deux critères tendent à se rejoindre dans les faits (cf. annexe I). Les PPP font en effet quasi systématiquement l'objet d'une cession Dailly portant sur la majorité de l'investissement, et ont donc vocation à être consolidants. D'après l'INSEE, la comptabilisation des PPP de l'État en comptabilité générale et en comptabilité nationale devrait donc faire l'objet d'une harmonisation de fait.

Toutefois, la mission a constaté que ni les bases de données disponibles, ni les comptabilités publiques n'offraient de recensement fiable et exhaustif de l'ensemble des PPP (cf. annexe I) :

- ◆ les rapprochements entre les différentes bases de données, les documents budgétaires et les documents comptables montrent que le nombre et les montants financiers enregistrés varient d'un document à l'autre ;
- ◆ les PPP lancés par les collectivités locales ne sont pas systématiquement enregistrés dans les bases de données ou en comptabilité ;
- ◆ l'enregistrement des PPP dans les comptabilités des établissements publics et des établissements de santé reste lacunaire.

Ce défaut d'enregistrement et de suivi des PPP s'explique pour trois raisons principales (cf. annexes I et II) :

- ◆ **en premier lieu, la multiplicité des instruments juridiques a rendu complexe leur suivi en synthèse (cf. supra).** Les erreurs et les incohérences relevées dans les différentes bases de données tiennent également pour une large part à la faible lisibilité et à la très grande complexité des contrats, notamment de leurs annexes financières ;
- ◆ **en second lieu, les bases de données sont insuffisamment fiables :**
 - les bases de données de la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) et de l'institut de la gestion déléguée (IGD) comportent de nombreuses erreurs et lacunes, qui rendent les ordres de grandeur couramment avancés peu fiables ;
 - l'agence nationale d'appui à la performance des établissements de santé et médico-sociaux (ANAP) n'effectue qu'un recensement approximatif des PPP conclus dans le domaine hospitalier ;
 - l'institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) n'a pas été en mesure de fournir à la mission une liste des PPP enregistrés dans les comptes des différentes administrations publiques²⁰.
- ◆ **en dernier lieu, le processus d'enregistrement et de suivi des PPP est peu structuré et globalement défaillant :**

²⁰ C'est par exemple le cas des collectivités locales : alors qu'à l'issue de la visite d'Eurostat à la France en novembre 2010, dans le cadre de la procédure de déficit excessif (*EDP dialogue visit to France*, 29 novembre 2010), l'INSEE avait informé Eurostat que la liste des PPP des collectivités locales était disponible, aucune information de cette nature n'a pu être transmise à la mission.

Rapport

- **les différents systèmes d'information comptable sont alimentés par une même source de données, peu fiabilisée.** En matière de comptabilité nationale, l'INSEE réalise ainsi une analyse *a minima*, en s'appuyant sur les données transmises par la direction générale des finances publiques (DGFIP) ; celles-ci proviennent en fait de **la direction du budget (DB)**, qui recense les contrats de PPP livrés et signés au cours de l'année écoulée, sans toutefois faire mention de l'existence ou non d'une cession Daily acceptée, ni de son montant ;
- **les CP lancés par les collectivités locales, pour lesquels l'avis de la MAPPP sur l'évaluation préalable est facultatif, ne sont pas connus de cette dernière.** Alors que la loi du 28 juillet 2008²¹ impose à tous les acheteurs publics la communication de leurs contrats et de leurs annexes à des fins de recensement et d'analyse économique, de nombreuses collectivités ne transmettent pas ces documents ;
- plus généralement, les PPP des collectivités locales ne font pas l'objet d'une comptabilisation adéquate. La mission a pu constater, lors de ses déplacements, que la plupart des PPP n'étaient pas encore enregistrés en comptabilité. En absence de transmission d'information relative aux PPP des directions régionales et départementales des finances publiques au bureau de la DGFIP chargé des comptes nationaux ou à l'INSEE, **les défauts de comptabilisation en comptabilité publique se répercutent mécaniquement en comptabilité nationale.**

1.2.2. Compte tenu des enjeux qu'ils soulèvent, le suivi des PPP doit être amélioré

Proposition n° 2 : Mettre en place un processus plus structuré d'enregistrement et de suivi des PPP au sein des administrations financières

Afin de disposer à l'avenir d'informations fiables et exhaustives concernant les PPP, la mission recommande de mettre en place un processus plus structuré d'enregistrement et de suivi, s'appuyant principalement sur la MAPPP :

- ◆ la MAPPP se verrait ainsi confier une mission de recensement de l'ensemble des contrats de PPP ;
- ◆ dans la mesure où la seule lecture des contrats de PPP suppose une expertise sur ce sujet, la MAPPP serait également chargée d'extraire les informations financières des contrats de PPP et de leurs annexes, et de les communiquer aux administrations concernées (DB, direction générale du Trésor, DGFIP, INSEE).

En outre, en raison de l'opacité entourant les règles de comptabilité nationale, la mission recommande que l'INSEE s'interroge sur ses pratiques :

- ◆ l'INSEE devrait recenser, contrat par contrat, les PPP, en distinguant les PPP enregistrés dans les comptes des administrations publiques et les PPP enregistrés dans les comptes des opérateurs privés. L'établissement de cette liste individuelle permettrait notamment d'anticiper les conséquences d'éventuels changements de doctrine de la part d'Eurostat ;
- ◆ l'INSEE devrait également clarifier les critères d'enregistrement des PPP en comptabilité nationale ;
- ◆ enfin, le périmètre des coûts d'investissement devant être comptabilisés en comptabilité générale et en comptabilité nationale devrait être clarifié et harmonisé.

²¹ Article 27 de la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

Proposition n° 3 : Créer une annexe budgétaire, jointe annuellement au projet de loi de finances, consacrée aux PPP signés par l'État et ses établissements publics – voire ceux de la sphère hospitalière

Par ailleurs, compte tenu de leurs enjeux financiers et des engagements de très longue durée qui en résultent, **les PPP de l'État et de ses établissements publics – voire ceux du secteur hospitalier²², devraient faire l'objet d'un document budgétaire dédié, annexé chaque année au projet de loi de finances (PLF).** Une telle annexe, **qui pourrait prendre la forme d'un « jaune » budgétaire ou d'un document de politique transversale (DPT)**, peut être créée, comme le prévoit l'article 51 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF), par voie législative ou réglementaire.

Cette annexe pourrait ainsi **présenter, de manière harmonisée et cohérente, l'ensemble des PPP signés par l'État, ses établissements publics et la sphère hospitalière. Il présenterait notamment le détail des dépenses induites par les différents projets, pour l'investissement, le financement et l'exploitation du projet sur toute la durée du contrat.** Il pourrait également présenter :

- ◆ les **différentes hypothèses d'indexation et d'actualisation des loyers ;**
- ◆ les **dépenses prévisionnelles auxquelles elles conduisent et leurs effets, en termes de rigidification de la dépense, sur leurs missions budgétaires de rattachement ;**
- ◆ les **explications des différences de recensement entre les comptabilités budgétaire, générale et nationale.**

Proposition n° 4 : Étendre la règle de budgétisation en autorisations d'engagement (AE) à la signature du contrat à l'ensemble des dépenses de fonctionnement et d'exploitation/maintenance

En complément de cette annexe, l'enregistrement des PPP en comptabilité budgétaire pourrait être rendu plus transparent. Actuellement, seuls les coûts d'investissement font l'objet d'une comptabilisation en autorisations d'engagement (AE) sur leur totalité, dès la signature du contrat. Les autres dépenses induites par le projet (loyers de fonctionnement et de financement -hors intérêts intercalaires) ne sont enregistrées en AE qu'annuellement, après livraison du bien, au rythme des décaissements prévus dans le contrat. Ainsi, même si l'État s'engage de manière ferme, à verser des loyers d'un montant pré-défini, ces crédits ne sont donc enregistrés qu'au rythme de leur décaissement.

Ces règles de comptabilisation, propres aux PPP, vont à l'encontre du principe inscrit à l'article 8 de la LOLF selon lequel l'État ne peut signer d'engagement juridique que dans la limite de l'autorisation d'engagement. Un tel traitement pourrait s'expliquer par l'exceptionnelle durée de ces contrats et le montant des dépenses consolidées qui en résulte. La budgétisation d'AE, dès la signature du contrat, pour l'ensemble de ces dépenses pourrait ainsi conduire à l'ouverture de crédits de titre 3 et de titre 5, non fléchés et fongibles par construction, pour des montants très importants. **Une telle proposition suppose donc qu'un apurement régulier des AE ouvertes soit effectué annuellement.**

²² Le suivi des PPP hospitaliers dans un document budgétaire de l'État apparaît justifié : d'une part, ces investissements sont traités, depuis plusieurs années, comme des investissements de l'État d'un point de vue administratif et, d'autre part, ils font généralement l'objet de subventions d'investissement de l'État. Leur suivi pourrait néanmoins également être envisagé dans une annexe au projet de loi de financement de la sécurité sociale (PLFSS).

Rapport

Pour autant, la seule ouverture d'AE portant sur l'ensemble des dépenses du CP, à une fois celui-ci signé, comporte des risques de dérive budgétaire limités, dans la mesure où elle n'est pas assortie des crédits de paiement équivalents. Au contraire, **l'application de la règle de budgétisation générale, à hauteur du montant total de l'engagement juridique, offrirait davantage de sincérité et de lisibilité des engagements budgétaires.**

Une telle modification des pratiques d'enregistrement en comptabilité budgétaire pourrait néanmoins défavoriser les PPP, au bénéfice de la loi MOP. Afin de s'assurer que ces deux modalités de commande publique fassent l'objet d'un traitement identique, il pourrait être envisagé, à moyen terme, d'élargir, à la loi MOP l'ouverture d'AE pour l'entretien et l'exploitation des investissements réalisés selon cette modalité de commande publique.

Proposition n° 5 : Améliorer la connaissance du recours aux PPP par les collectivités locales
--

Comme indiqué *supra*, la connaissance et le suivi des PPP des collectivités locales apparaissent particulièrement faibles aujourd'hui. **Pour améliorer l'information disponible et s'assurer du bon enregistrement des projets au bilan des collectivités locales, la mission recommande :**

- ◆ **d'envoyer une instruction à l'ensemble des comptables publics, leur demandant de procéder, dans les douze mois, à l'enregistrement de tous les PPP**, quelle que soit leur forme juridique. La réalité du recensement pourrait être un critère de performance utilisé pour l'évaluation des postes comptables ;
- ◆ **à l'avenir, de conditionner le versement du FCTVA à la transmission des contrats à la MAPPP.** En effet, le défaut de transmission actuel résulte davantage d'une méconnaissance de cette obligation, que d'une volonté délibérée de préserver leur confidentialité. Le conditionnement du versement du FCTVA permettrait de faire connaître localement cette obligation législative et d'inciter à son respect.

1.3. En raison de leurs avantages, ces instruments sont utilisés de manière croissante au sein de la commande publique, en particulier dans les collectivités locales

1.3.1. La maîtrise d'ouvrage publique soulève des difficultés que les PPP sont censés résoudre

Pour les pouvoirs adjudicateurs, **les PPP permettent théoriquement de s'affranchir de plusieurs des inconvénients attribués à la loi MOP :**

- ◆ la personne publique n'a **qu'un seul contrat à conclure et qu'un seul interlocuteur**, ce qui la décharge de la gestion complexe des interfaces entre les prestataires ;
- ◆ **la procédure de passation peut être plus rapide** en cas d'association de la conception et de la réalisation ; les partenariats public-privé offrent par ailleurs une **assurance plus forte du respect des délais** ;
- ◆ les coûts sont **plus prévisibles** que lors de marchés successifs en loi MOP ;

Rapport

- ◆ l'association du maître d'œuvre et des entreprises au sein du groupement cocontractant permet de trouver **un optimum entre la conception architecturale et les choix techniques retenus**, en particulier pour la phase d'exploitation²³.

Il convient de s'attarder quelques instants sur les problématiques de gestion des grands projets d'investissement et de maîtrise des coûts de construction par les acheteurs publics, qui appellent des constats sévères. S'il n'existe pas d'évaluation générale, permettant de disposer d'une vision d'ensemble sur la gestion des grands chantiers publics, force est en effet de constater que beaucoup d'entre eux connaissent, quel que soit l'instrument juridique utilisé, de nombreuses vicissitudes, tant du point de vue de leur pilotage, que de leurs délais et de leurs coûts²⁴. Des rapports récents portant, par exemple, sur la rénovation du campus de Jussieu²⁵ ou sur la construction de la Philharmonie de Paris²⁶ montrent ainsi que **la professionnalisation de l'achat public reste une problématique d'actualité** (cf. encadré suivant).

Encadré 3 : Deux chantiers en maîtrise d'ouvrage publique critiqués : la rénovation du campus de Jussieu et la Philharmonie de Paris

1/ La rénovation du campus de Jussieu en loi MOP :

Circonsrite en 1996 aux seuls travaux de désamiantage du site de Jussieu, l'opération de rénovation a changé progressivement d'échelle pour aboutir à une restructuration globale du campus de Jussieu, à la construction d'un nouvel immeuble pour l'Institut de physique du globe de Paris (IPGP) et à la création d'un nouveau site universitaire sur la ZAC Rive gauche. Le chantier s'est accompagné de la mise en œuvre particulièrement complexe de plusieurs opérations intermédiaires de déménagement, de location et de construction de locaux tiroirs. **Il a été conduit en loi MOP, sous l'égide de l'Établissement public de construction de Jussieu (EPCJ)**, constitué en 1997 pour l'occasion.

Le diagnostic porté par l'IGF en 2005 sur la rénovation du campus de Jussieu est sévère :

- **la programmation initiale reposait sur des bases lacunaires.** Dès l'origine, le projet n'a cessé de connaître des ajustements successifs dans son calendrier, et de faire l'objet de ré-estimations financières importantes. Par ailleurs, la programmation initiale de la surface cible allouée à Paris-VI s'est révélée significativement erronée (de l'ordre de 19 000 m², sur un total alloué à l'université de 186 650 m²) ;
- **le chantier a accumulé d'importants retards.** Alors que le calendrier initial prévoyait un achèvement des travaux au 1^{er} janvier 2011, la mission estimait que ceux-ci ne seraient pas achevés avant la mi-2013 ;
- enfin, son coût tendanciel s'élevait, pour la seule part État, en 2005, à 1 390 M€ courants, contre un coût programmé de 908 M€, soit un dépassement de l'ordre de 482 M€. Si l'on prend en compte les opérations connexes à la rénovation, les crédits complémentaires à ouvrir s'élevaient à 629 M€, qu'il convient de comparer au budget initial de 352 M€. **Le dépassement total s'élevait ainsi en 2005 à 759 M€, par rapport à une programmation de 1 260 M€.**

La mauvaise conduite du projet s'explique en grande partie par la faible professionnalisation de la maîtrise d'ouvrage, qui ne reposait sur aucune structure de pilotage appropriée pour un projet de cette ampleur ; dans un rapport public de 2011, la Cour des comptes a confirmé ces constats initiaux.

2/ La construction de la Philharmonie de Paris en conception-réalisation

Au début des années 2000, un certain consensus dans les milieux culturels entoure l'idée selon laquelle Paris ne dispose pas d'une salle de concert symphonique de premier plan. Les pouvoirs publics

²³ Le cocontractant privé, qui supporte les coûts de fonctionnement de l'ouvrage, a théoriquement en effet intérêt à minimiser ceux-ci. Pour cela, il cherche à optimiser la construction du bâtiment, de manière à ce que celui-ci soit particulièrement efficient, au risque parfois de surinvestir lors de la construction.

²⁴ Cf. par exemple *Les grands chantiers culturels*, Cour des comptes, octobre 2007.

²⁵ *Rapport d'enquête sur les perspectives de la rénovation du campus de Jussieu*, rapport IGF n° 2004-M-079-01, mai 2005.

²⁶ *La Philharmonie de Paris*, rapport IGF n° 2009-M-102, décembre 2009, et *Rapport d'information fait au nom de la commission des finances du Sénat sur la Philharmonie de Paris*, M. Yann Gaillard, 17 octobre 2012.

Rapport

décident alors, à la fin de l'année 2005, d'édifier un grand auditorium symphonique au sein du Parc de la Villette. **Le portage du projet est alors confié, de manière hétérodoxe, à une association** de loi 1901 (« Philharmonie de Paris »).

À l'issue d'un concours d'architecte, le jury retient en avril 2007 le projet présenté par les Ateliers Jean Nouvel. Après une hésitation sur l'opportunité de recourir à un PPP ou à la loi MOP, **le choix a finalement été fait, en février 2009, de recourir à un contrat global de construction-exploitation**, permettant de conserver une maîtrise d'ouvrage publique.

Le projet a fait l'objet de plusieurs rapports, convergents dans leurs critiques :

- **le projet en tant que tel duplique des infrastructures déjà existantes** sur le site, et a été lancé sans que la question de l'avenir de la salle Pleyel ne soit tranchée ;
- **les délais initiaux ont été largement dépassés.** En février 2012, le retard accumulé était estimé à 24 mois, reportant l'ouverture au dernier trimestre 2014 ;
- au-delà de la question de son opportunité, **le projet apparaît manifestement surdimensionné.** Les porteurs du projet ont fait primer le « geste architectural » et le perfectionnement technique sur une stricte et économe définition des besoins réels ;
- **comme d'autres grands chantiers publics, le projet s'est avéré particulièrement inflationniste : alors que l'estimation initiale du projet s'élevait, en septembre 2006, à 173 M€,** elle s'établissait, en octobre 2012, à 386,5 M€, soit une augmentation de + 89%. Si l'on intègre à ce montant les dépenses liées à la maîtrise d'ouvrage, **le coût global du projet s'élèverait à 417,2 M€ ;**

Tableau 1 : Les dérives des coûts constatés sur les « grands chantiers culturels »

Nom du projet	Coût final par rapport au chiffreage initial
Louvre – Aile Sully	+ 48%
Musée Picasso	+ 39%
École d'architecture de Belleville	+ 51%
Cité de l'architecture et du patrimoine	+ 84%

Source : Cour des comptes, rapport public annuel de 2012.

- **enfin, les prévisions budgétaires pour l'exploitation du bâtiment reposent sur des hypothèses initiales fragiles et optimistes.** L'IGF estimait, en décembre 2009, que le déficit d'exploitation pourrait s'élever à une vingtaine de millions d'euros par an.

Ces importantes faiblesses s'expliquent en partie par de graves défaillances dans le portage du projet.

Source : IGF ; Sénat ; Cour des comptes.

Sous réserve que le programme fonctionnel ait été défini avec précision, et que des avenants ne viennent pas modifier le contrat, **le PPP apporte pour sa part une certaine garantie, en phase de construction, contre d'éventuelles dérives de délais et de coûts** (cf. *infra*). Le PPP, qui s'apparente alors à une assurance (avec le coût qui est associé à ce type de protection), a en effet deux avantages. D'une part, il bride la capacité de l'acheteur public à modifier en cours de réalisation un projet. D'autre part, il renforce le pouvoir des financeurs et, dans une moindre mesure, des constructeurs, sur des « créateurs » qui n'ont pas nécessairement pour préoccupation de premier ordre la bonne gestion des deniers publics (cf. *encadré précédent*). Même dans le cas où l'acheteur public souhaite réaliser un « geste architectural », potentiellement très inflationniste, celui-ci fait l'objet, en PPP, d'un meilleur encadrement qu'en loi MOP – sous réserve toutefois d'une correcte définition des besoins initiaux.

Au total, les PPP répondent à certains besoins au sein de la commande publique. Les marchés publics, les partenariats public-privé et les délégations de service public ne sont pas des instruments totalement substituables, et les PPP introduisent une forme de « continuum » entre les différents instruments juridiques de la commande publique.

Rapport

Tableau 2 : Caractérisation des différentes modalités de la commande publique

	Marché public classique	Marché public global	PPP	DSP / concession de travaux
Objet du contrat	Acquisition de fournitures, de services ou de travaux	Acquisition de fournitures, de services ou de travaux	Mission globale relative à des ouvrages ou des biens nécessaires au service public	Gestion d'un service public / réalisation et exploitation d'un ouvrage
Maîtrise d'ouvrage	Personne publique	Personne publique	Privée	Privée
Financement de l'infrastructure	Personne publique	Personne publique	Cocontractant	Cocontractant
Paiement	À l'achat	À l'achat	Différé	Subvention d'investissement (le cas échéant d'exploitation)
Rémunération du cocontractant	Par la collectivité	Par la collectivité	Par la collectivité	Par l'utilisateur ; subvention éventuelle
Conception de l'ouvrage	Par le maître d'œuvre	Par le prestataire	Par le cocontractant (pour tout ou partie)	Selon la convention de DSP
Risque d'exploitation	Personne publique	Personne publique	Personne publique	Cocontractant

Source : Mission.

1.3.2. Les PPP occupent une place croissante au sein de la commande publique, notamment dans les collectivités locales

Les données disponibles, incomplètes et peu fiables, ont nécessité d'importants retraitements de la mission (cf. annexes I et II). Ces travaux montrent que le recours aux PPP a connu un développement marqué et continu depuis 2005.

Au total, **le nombre de PPP signés entre 2005 et 2011 peut être estimé à un total de 238, tous pouvoirs publics confondus** ; le nombre de contrats annuellement signés est passé de 9 en 2005 à 52 en 2011. Les montants d'investissement ont suivi globalement la même évolution, marquée par **une très forte croissance** ; **à la fin de l'année 2011, le montant cumulé d'investissement représentait un montant d'investissement de près de 16 Md€ pour l'ensemble des acheteurs publics** (cf. tableau suivant).

Ces informations ne recensent que les montants investis par les partenaires privés ; **concernant les coûts complets**, c'est-à-dire la somme, sur toute la durée des contrats, des trois loyers d'investissement, de financement et d'exploitation, les informations disponibles sont lacunaires, et d'une fiabilité incertaine ; **la mission n'a pu les reconstituer que pour l'État. Ils représentaient, à la date de signature des contrats, le montant total de 26,2 Md€, s'échelonnant jusqu'en 2054.**

Avec au moins 160 PPP signés entre 2005 et 2011, soit 68% de l'ensemble des contrats, **les collectivités locales sont les acheteurs publics qui recourent le plus à cet instrument de commande publique**, témoignant de l'appropriation précoce de ce type de contrat par les exécutifs locaux. Ces derniers ont en effet recours aux BEA de longue date. Les établissements hospitaliers représentent le deuxième pouvoir adjudicateur, avec 43 PPP signés, soit 17 % de l'ensemble. Si l'État et les établissements publics nationaux (EPN) ont signé 35 PPP, soit 15 % de l'ensemble, **en montant d'investissement**, les PPP de l'État apparaissent prépondérants, avec 71 % des montants d'investissement de l'ensemble des PPP signés depuis 2005, contre 18 % pour ceux des collectivités locales et 10 % pour ceux des établissements hospitaliers.

Rapport

Tableau 3 : Ventilation des PPP signés entre 2006 et 2011 (montant en M€)

		Date inconnue	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Total
État et ODAC	Nombre de contrats signés	-	NC	6	2	6	7	4	8	33
	Montant d'investissement	-	NC	738	76	589	652	983	3 209	6 247
RFF	Nombre de contrats signés	-	NC	-	-	-	-	1	1	2
	Montant d'investissement	-	NC	-	-	-	-	1 493	3 300	4 793
Hôpitaux *	Nombre de contrats signés	14	7	10	9	2	-	1	-	43
	Montant d'investissement	NC	88	522	438	461	-	100	-	1 609
Collectivités locales **	Nombre de contrats signés	-	2	11	27	20	25	32	43	160
	Montant d'investissement	-	1	90	280	574	324	644	955	2 868
Total	Nombre de contrats signés	15	9	27	38	28	32	38	52	238
	Montant d'investissement	NC	89	1 350	794	1 624	976	3 220	7 464	15 517

Source : Données DB, APIJ, ANAP, MAPPP, CEF-O-PPP et mission.

Note : Les montants sont estimés TTC pour l'État, RFF et les hôpitaux, et HT pour les collectivités locales.

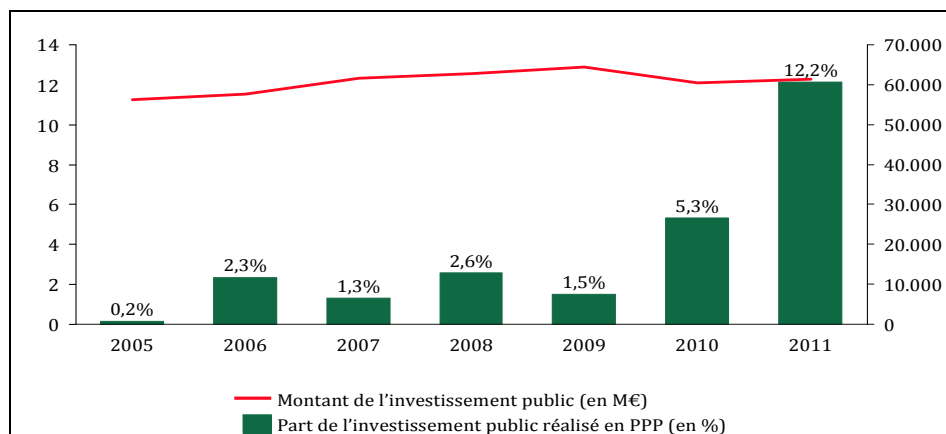
**Le nombre de contrats et les montants d'investissement indiqués pour les hôpitaux ne portent pas sur la totalité des projets, en raison de l'absence de certaines données ; par ailleurs, les montants indiqués correspondent souvent à des fourchettes d'investissement.*

***Les montants d'investissement indiqués pour les collectivités locales ne portent que sur les CP signés, en raison du manque total de fiabilité des données financières relatives aux BEA.*

Rapport

Rapportés à l'investissement public total – estimé à partir de la formation brute de capital fixe (FBCF) des administrations publiques –, les PPP demeurent une modalité de réalisation de l'investissement public minoritaire, **puisque leurs montants d'investissement cumulés ne représentent en moyenne depuis 2005 que 4 % de l'investissement public réalisé**. Toutefois, **leur poids au sein de l'investissement public s'est considérablement accru depuis 2005, passant de 0,2 % à 12,2 % en 2011**.

Graphique 1 : Évolution du montant total de l'investissement public depuis 2005 et de la proportion d'investissement public réalisé en PPP



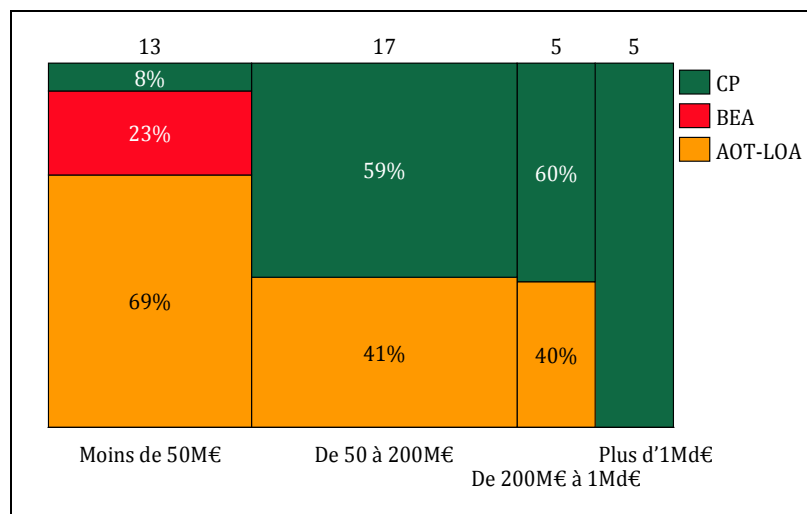
Source : Données DB, APIJ, MAPPP, CEF-O-PPP, ANAP et mission – Données INSEE.

Note : Le montant total de l'investissement public est estimé à partir des données de l'INSEE relatives à la FBCF au sein des administrations publiques. Il n'inclut donc pas les dépenses d'investissement réalisées par certains opérateurs hors du champ des administrations publiques, tels que RFF.

Les PPP signés présentent des montants d'investissement très variés, qui s'échelonnent de 500 000 € à 3,3 Md€, ce qui témoigne de la très grande diversité des projets (cf. graphiques suivants). Au sein de cet éventail très large, les projets de l'État et de ses EPN sont les plus importants : 67 % d'entre eux portent sur des investissements supérieurs à 50 M€, et 12 % sur des projets supérieurs à 1 Md€. **Pour les collectivités locales**, dont les projets sont pour plus de 60 % d'entre eux portés par les communes, les projets sont de plus petite taille. Ainsi, **les projets dont le montant d'investissement est inférieur à 20 M€ représentent une part largement majoritaire des CP signés (56 %) ;** au sein de ce groupe, les projets de moins de 10 M€ d'investissement sont les plus nombreux, puisqu'ils forment 40 % de l'ensemble des contrats signés.

En termes de répartition sectorielle, les PPP de l'État et des EPN relèvent principalement des champs régaliens : près de la moitié du nombre de PPP conclus par l'État et les EPN, ont été signés dans le domaine du ministère de l'intérieur, 18 % dans le domaine de la défense et 10 % de l'ensemble des PPP signés, ont été conclus dans le domaine de la justice, dont 3 pour la construction de lots d'établissements pénitentiaires. **Les PPP des collectivités locales relèvent de catégories très différentes, avec une dominante dans le secteur de la voirie urbaine**, qui représente 37 % des PPP signés ; au sein de la voirie urbaine, **les contrats les plus nombreux portent sur l'éclairage public** (36 % de l'ensemble des PPP signés). Les deux secteurs suivants, par ordre d'importance, sont **l'éducation** (16 %) et les **équipements sportifs** (15 %).

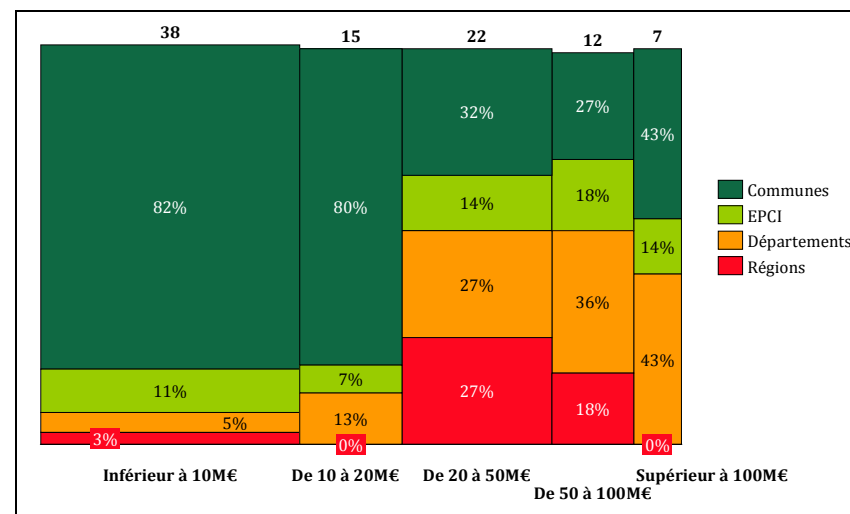
Graphique 2 : Répartition du nombre de PPP signés par l'État et les EPN en fonction des montants d'investissement et du type de contrat (2005-2012, en M€)



Source : Données DB, APIJ et mission.

Lecture : 13 PPP de moins de 50 M€ d'investissement ont été signés, dont 8 % ont été réalisés sous la forme de CP, 23 % sous la forme de BEA et 69 % sous la forme d'AOT-LOA.

Graphique 3 : Répartition du nombre de CP signés par les collectivités locales en fonction du montant des investissements et du type de collectivité (2005-2012, en M€)



Source : Données MAPPP, CEF-O-PPP et mission.

Note : Seuls les CP pour lesquels les montants d'investissement étaient connus ont été retenus dans l'échantillon (par exemple, les BEA, pour lesquels les montants d'investissement sont inconnus ou incertains ne sont pas pris en compte). Les montants d'investissement retenus correspondent aux montants maximums relevés dans les différentes bases.

Lecture : Les CP d'un montant d'investissement inférieur à 10 M€, au nombre de 38, ont été signés à 82 % par des communes, 11 % par des EPCI, 5 % par des départements et 3 % par des régions.

2. Contrairement aux intentions initiales, les motifs de recours aux PPP se révèlent par trop d'ordre budgétaire et financier

2.1. Le caractère dérogatoire au droit de la commande publique est en théorie assuré par le respect de trois critères alternatifs : l'urgence, la complexité et le « bilan »

Dans sa décision du 26 juin 2003²⁷ sur la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit²⁸, le Conseil constitutionnel a estimé qu'**aucune règle ou principe constitutionnel n'interdisait à la personne publique de confier à un tiers un contrat global de conception et de construction, de recourir à un mécanisme de préfinancement privé, ou de ne pas allouer un projet.**

Ces techniques constituent néanmoins, pour le juge constitutionnel, des dérogations au droit commun de la commande publique dont la généralisation *« serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics »*. Le Conseil constitutionnel **encadre ainsi le recours au CP**, en limitant leur utilisation *« à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable ; ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé »*.

En tant qu'instrument dérogatoire de la commande publique, **le contrat de partenariat n'est possible que dans le cas où l'un des trois critères suivants est respecté :**

- ◆ l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 limite le recours à un CP dans deux situations :
 - celle d'un **projet complexe**, c'est-à-dire où *« la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet »*. La complexité du projet doit être démontrée par le pouvoir adjudicateur ;
 - celle de **l'urgence, qui ne doit pas résulter a priori du fait de l'administration**. Il y a urgence quand le besoin en construction ou en rénovation d'équipement ou d'ouvrages résulte d'une cause extérieure.
- ◆ la loi du 28 juillet 2008 **a introduit un nouveau critère dit du « bilan »**. Le CP est alors possible dans le cas où *« un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage »*. **Ce critère rend ainsi possible la conclusion d'un PPP lorsque celui-ci est source d'économies par rapport à un autre mode de commande publique.**

²⁷ Décision n°2003-473 du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel.

²⁸ La loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit prévoyait la faculté de créer, par ordonnance, de nouvelles formes de contrats globaux. L'ordonnance précitée du 17 juin 2004 a été prise sur son fondement.

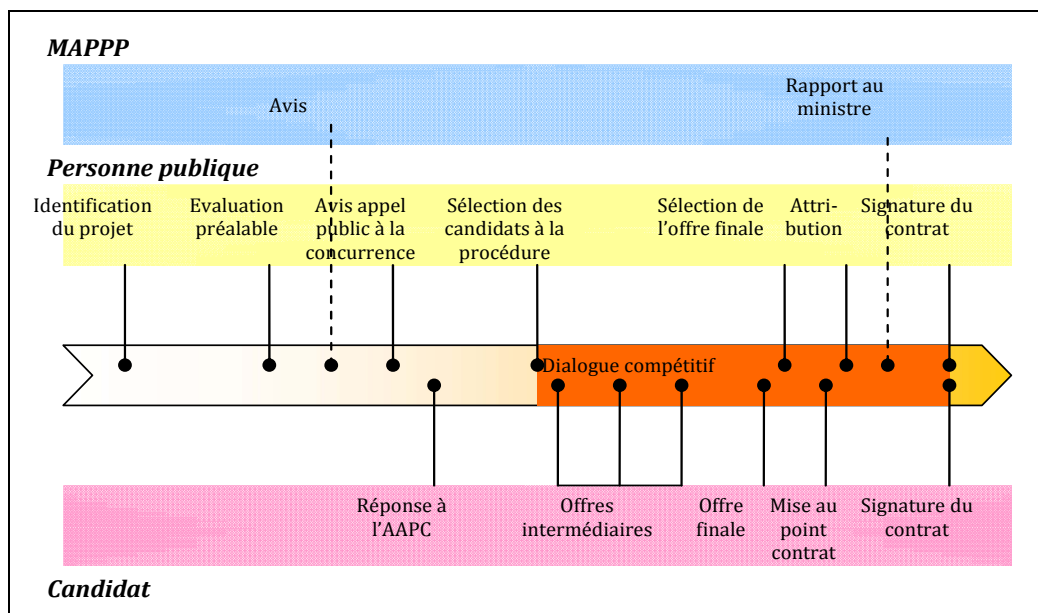
Rapport

L'ordonnance du 17 juin 2004 contraint les personnes publiques souhaitant engager la réalisation d'un contrat de partenariat à établir une étude préalable pour justifier ce choix. Ces évaluations, qui doivent apporter la preuve que l'un des critères de recours est bien vérifié, comportent deux parties principales²⁹ :

- ♦ une analyse juridique des types de contrats envisageables pour réaliser le projet ;
- ♦ une analyse économique de l'efficacité de la réalisation du projet en CP.

Réalisée par la personne publique donneuse d'ordre ou par ses conseils, l'évaluation préalable intervient en amont du déroulement du projet (cf. graphique suivant). Elle n'a donc pas vocation à justifier ou à questionner l'opportunité de la décision d'investissement de la personne publique. La décision de réaliser un ouvrage par la personne publique est considérée comme définitive et n'est pas remise en cause à ce stade de la procédure, ce qui soulève certains problèmes (cf. infra).

Graphique 4 : Déroulement de l'élaboration d'un contrat de partenariat (procédure de dialogue compétitif)



Source : Mission.

La procédure d'évaluation préalable est soumise à un avis de la part de la MAPPP. Instituée par décret du 19 octobre 2004³⁰, la MAPPP est un « organisme expert » chargé d'assister « toute personne intéressée » à la réalisation de l'évaluation préalable (cf. encadré suivant). Elle est rattachée, sous forme de service à compétence nationale (SCN), au directeur général du Trésor depuis juin 2011.

²⁹ Arrêté du 2 mars 2009 relatif à la méthodologie applicable à l'évaluation préalable à la mise en œuvre d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat.

³⁰ Décret n°2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui aux partenariats public-privé.

Encadré 4 : Le rôle de la MAPPP en matière d'évaluation préalable

La MAPPP est saisie pour avis de l'ensemble des projets de contrat de partenariat émanant de l'État, de ses établissements publics et des établissements publics hospitaliers. Les collectivités locales peuvent également, à titre facultatif, soumettre leur projet à son avis préalable.

Elle est également obligatoirement saisie pour avis sur l'évaluation préalable dans les cas suivants :

- les projets d'AOT-LOA du domaine public de l'État ou d'un établissement public d'État et les BEA LOPSI/LOPJI, dont le loyer annuel hors taxe est supérieur à 1 M€³¹ ;
- les BEA des collectivités locales, lorsque la collectivité souhaite bénéficier d'attributions du FCTVA et à condition que la somme cumulée des loyers hors taxe soit inférieure à 10 M€³² ;
- les BEH conclus par les établissements hospitaliers³³.

L'avis de la MAPPP ne contraint pas directement le donneur d'ordre public. L'avis rendu par la MAPPP sur l'évaluation préalable n'est pas liant, ni pour l'État, ni pour les collectivités locales, ni pour les hôpitaux et n'a pas, en droit, d'effet sur le déroulement de la procédure, notamment sur le contenu de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) ou du dialogue compétitif.

L'avis influe cependant en fin de procédure sur l'approbation du contrat par le ministre de l'économie et des finances. Le ministre de l'économie et des finances est en effet chargé d'approuver la signature du contrat de partenariat³⁴. Dans les faits – et sans que cela ne résulte d'une obligation juridique – celui-ci saisit la MAPPP pour avis avant d'accorder son autorisation à la signature du contrat³⁵.

2.2. L'évaluation préalable repose sur des fondements théoriques robustes, mais souffre d'importantes limites pratiques

2.2.1. L'examen d'un échantillon d'évaluations préalables ne permet pas de valider la justification des PPP initiés sur leur fondement

Bien qu'il soit le plus récent des critères, celui du bilan est systématiquement mis en avant dans les évaluations préalables. Selon l'article 2 de l'ordonnance précitée, l'évaluation doit ainsi comporter une « *analyse comparative des différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance* » possibles pour réaliser l'investissement et permettre de retenir la meilleure option possible.

Le bilan contenu dans l'évaluation préalable répond à une méthodologie précise, définie par la MAPPP³⁶, et repose sur des fondements théoriques robustes ; il doit présenter une comparaison de la performance des différents schémas de réalisation possibles du projet (pour l'essentiel, la loi MOP et le contrat de partenariat) selon des critères budgétaires et socio-économiques.

Cette analyse comparative repose sur une évaluation quantitative de la valeur actuelle nette (VAN) des différents scénarios de réalisation ; elle comporte :

³¹ Article 48 de la loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

³² Article L. 1615-13 du code général des collectivités territoriales.

³³ Cette obligation est en vigueur depuis le décret du 29 avril 2010 relatif à l'organisation financière et à l'investissement immobilier des établissements de santé, codifié à l'article R. 6148-1 du code de la santé publique.

³⁴ Décret n°2009-242 du 2 mars 2009 complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics et au compte rendu de leur exécution.

³⁵ L'article 3 du décret n°2004-1119 prévoit uniquement que la MAPPP « *donne également un avis sur les projets de contrats complexes et ceux comportant un financement innovant dont le saisit le ministre chargé de l'économie.* »

³⁶ Cf. notamment *Les contrats de partenariat : guide méthodologique*, 06-08d, version du 25 mars 2011, et *Plan type du rapport d'évaluation préalable*, 07-07c, version du 2 février 2011.

Rapport

- ◆ un chiffrage en coût complet des coûts de réalisation de l'ouvrage et des éventuelles recettes annexes. **Le chiffrage des coûts doit être effectué pour chaque schéma de réalisation possible**, incluant le contrat de partenariat et la réalisation de l'ouvrage en maîtrise d'ouvrage public ;
- ◆ une prise en compte de l'avantage socio-économique (en l'espèce, le gain de temps) du mode de réalisation le plus rapide ;
- ◆ une répartition des risques entre la personne publique et privée, telle que prévue par les clauses contractuelles.

La durée parfois importante des projets de PPP implique une actualisation des flux financiers, en dépenses comme en recettes.

Afin d'évaluer l'apport pratique de cette méthodologie, la mission a procédé à l'examen d'un échantillon de six projets³⁷ (cf. *annexe III*). Il ressort de cet examen les points suivants :

- ◆ **les délais de réalisation globaux apparaissent sous-évalués**, alors que la précision du projet de calendrier est un élément déterminant et conditionne directement la valorisation des gains socio-économiques associés au montage. Alors que les évaluations préalables mettent systématiquement en avant un délai global de réalisation inférieur pour les contrats de partenariat par rapport à la loi MOP, **a posteriori** cependant, **les délais obtenus sont globalement supérieurs aux prévisions, en moyenne de près de quatre mois** ;
- ◆ **l'analyse des coûts de conception et de réalisation n'est pas étayée par des références empiriques précises** :
 - les références utilisées pour la comparaison des coûts de construction ne sont pas systématiquement précisées, et ne peuvent pas être contre-expertisées. **Un coefficient « d'optimisation » est parfois appliqué au coût de construction prévu en CP**, afin de traduire une éventuelle capacité du partenaire privé à réaliser les gains de productivité. Or, rien ne permet de s'assurer de l'existence de ces gains de productivité et de les quantifier ;
 - **l'étude des coûts totaux d'investissement met en évidence, dans l'évaluation préalable, une évaluation globalement plus favorable aux montages en contrat de partenariat** (les coûts y sont inférieurs de 12 % en moyenne). Or, **dans le contrat de partenariat signé, les coûts apparaissent significativement supérieurs aux montants prévus dans l'évaluation préalable** (+49 % en moyenne par rapport aux estimations de l'évaluation préalable)³⁸ ;
- ◆ **les coûts de financement**, qui constituent un élément central dans le chiffrage des différents montages, **sont délicats à évaluer, en particulier dans un environnement financier instable** ;
- ◆ les recettes annexes et de valorisation sont peu contre-expertisées ;
- ◆ **l'indexation et l'actualisation des flux financiers reposent sur une méthodologie encore fragile** ;
- ◆ **la prise en compte qualitative et quantitative du risque est en pratique fragile voire très expérimentale**, alors qu'elle est souvent déterminante dans le résultat final. **En l'absence de possibilités de contrôle sur cette analyse, les risques de falsification des calculs sont réels** :

³⁷ Projets INSEP, Zoo de Vincennes, Centre Clignancourt, chaufferie de l'hôpital de Périgueux, Bâtiment Balard, Tribunal de grande instance de Paris.

³⁸ Cette augmentation ne s'explique pas seulement par l'augmentation moyenne des coûts de la construction (indice BT01, qui est l'indice d'évolution des prix du bâtiment, tous corps d'état) entre la date de l'évaluation préalable et la date de signature du contrat, qui s'élève en moyenne à 8 % sur l'échantillon.

Rapport

- pour être robuste, la prise en considération des risques dans l'évaluation préalable suppose une connaissance précise des risques associés à chaque mode de réalisation de l'investissement. Elle implique notamment une quantification de la probabilité d'occurrence et de la sévérité potentielle des risques. **Dans tous les cas, l'évaluation préalable ne justifie ni les lois de probabilité utilisées, ni le chiffrage des surcoûts associés à la réalisation des risques ;**
- **cette carence est d'autant plus préjudiciable que la prise en compte des risques conduit très fréquemment à rendre plus avantageux le montage en contrat de partenariat par rapport à la loi MOP.**

2.2.2. La méthodologie et le contrôle de l'évaluation préalable doivent être renforcés

Dans ces conditions, la **mission n'est ainsi pas en mesure de fournir une assurance raisonnable sur la conclusion des calculs proposés dans les évaluations préalables, et de considérer comme justifié le recours au contrat de partenariat selon le critère du bilan.** En d'autres termes, il est impossible de conclure à l'exactitude des résultats des évaluations préalables et de valider la justification du recours à un contrat de partenariat.

Proposition n° 6 : Renforcer la méthodologie de l'évaluation préalable sur ses points les plus fragiles

Afin de disposer, à l'avenir, d'une assurance raisonnable sur la pertinence de recours au contrat de partenariat, **la mission recommande de renforcer les capacités de contre-expertise de la MAPPP et de la méthodologie de l'évaluation préalable :**

- ◆ **une base de données sur les coûts de conception et de construction doit être rapidement mise en place** et utilisée pour l'évaluation préalable, les prévisions d'investissements et les simulations financières³⁹ ;
- ◆ **l'utilisation de coefficients forfaitaires de performance dans l'estimation des coûts doit être impérativement proscrite ;**
- ◆ **la méthodologie d'indexation des flux financiers comptabilisés en dépenses ou en recettes doit être encadrée de manière plus étroite ;**
- ◆ **seuls les risques dont la quantification repose sur des justifications précises et auditables doivent être pris en compte.** Si le principe de la quantification des risques est pleinement légitime, **les pratiques actuelles, qui consistent à modéliser de manière systématique et artificielle des risques qui ne sont pas connus avec précision, ne sont pas satisfaisantes.** Compte tenu des enjeux financiers, le principe de précaution devrait donc s'imposer en la matière.

Proposition n° 7 : Renforcer les capacités de contrôle de la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP)

³⁹ Une telle base pourrait être renseignée par l'intégralité des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordre public, et s'appuyer en partie sur les bases élaborées par l'ANAP ou le syndicat professionnel EGF BTP.

Par ailleurs, si la MAPPP a indéniablement amélioré son examen des évaluations préalables, le rôle qu'elle exerce demeure insuffisamment approfondi. Afin de renforcer la fiabilité des évaluations préalables, **il convient d'accroître fortement leur contrôle en faisant de la MAPPP un véritable organisme d'audit.**

Cette orientation implique que la MAPPP mette en œuvre une véritable contre-expertise sur certaines données essentielles de l'évaluation, et qu'elle renforce ses capacités de contrôle :

- ◆ **d'une part, elle nécessite la transmission par les évaluateurs d'informations plus nombreuses et auditables** (*cf. supra*) ;
- ◆ **d'autre part, elle signifie que la MAPPP gagne en crédibilité et en efficacité en professionnalisant sa démarche :**
 - en définissant un plan d'audit détaillé, incluant des épreuves d'audit précises ;
 - en concentrant ses avis sur une appréciation factuelle et objective des données de l'évaluation préalable, plutôt qu'une simple description ou un commentaire de l'évaluation transmise par la personne publique ;
 - en renonçant à afficher dans ses avis la promotion unilatérale et systématique du contrat de partenariat par rapport à d'autres montages juridiques (*cf. infra*).

2.3. Les critères juridiques de la complexité et de l'urgence sont interprétés de manière trop souple

2.3.1. Les critères juridiques présentent des faiblesses théoriques et pratiques importantes

Concernant les critères juridiques de complexité et d'urgence, les entretiens réalisés avec les acheteurs publics nationaux et locaux, ainsi que les analyses des évaluations préalables, révèlent que ces critères présentent d'importantes faiblesses. Dans les faits, ils sont en effet interprétés de manière peu restrictive (*cf. annexes II et VI*).

Le critère de complexité peut ainsi être aisément rempli, cette complexité n'étant pas seulement technique ou fonctionnelle, mais aussi contractuelle et financière (*cf. encadré suivant*).

Encadré 5 : Exemples de recours fondés sur la complexité

La complexité découle parfois du choix même de recours à un PPP pour la réalisation du projet. Par exemple, la complexité du projet du TGI de Paris est justifiée, dans l'évaluation préalable, par « *la multiplicité et l'objet composite des missions confiées au partenaire privé (construction, facilities management, services annexes)* »⁴⁰. Or, cette dimension étant commune à tous les contrats globaux, elle ne peut pas expliquer, à elle seule, que la personne publique préfère passer par un CP.

La complexité peut résulter d'une exigence de confort de l'acheteur public, comme le refus d'assumer la maîtrise d'ouvrage du projet, ou l'entretien et l'exploitation de l'équipement, ou son souhait de lancer plusieurs projets importants sans MOP. Ainsi, dans le cas du CP de la COBAS (Communauté d'agglomération du bassin d'Arcachon-sud) portant sur la construction et l'exploitation de trois piscines, la simultanéité des investissements lancés justifie en grande partie le recours au PPP, considérant que les services de la communauté d'agglomération n'étaient pas en mesure d'assurer la MOP du projet ;

Dans certains cas, le motif du recours repose sur l'apparente complexité d'un facteur extérieur, sans être toutefois clairement objectivée. Ainsi, le centre hospitalier de Périgueux a justifié le recours au contrat de partenariat pour la réalisation d'une chaufferie centrale par, entre autres, la

⁴⁰ Évaluation préalable au lancement d'une procédure de passation d'un partenariat public-privé pour la réalisation d'une opération de palais de justice, APIJ, juillet 2008.

complexité financière résultant de « l'ouverture du marché de l'énergie, qui rend nécessaire de prévoir au mieux et d'optimiser la fonction énergie, les prix de fourniture des énergies étant désormais dérégulés et susceptibles d'évoluer avec le marché des énergies fossiles »⁴¹.

La complexité a été progressivement élargie, en s'étendant aux cas où elle résulte des insuffisances de l'administration. À titre d'exemple, l'Établissement public du Palais de Justice Paris (EPPJP) se fonde, entre autres, sur la complexité administrative liée à l'obtention du permis de construire pour justifier le recours au CP. La MAPPP a néanmoins considéré ce critère comme valide en relevant que « *les aléas de la réglementation [...] empêchent de déterminer avec toute la précision nécessaire le cadre juridique le plus équilibré et le plus sécurisé* »⁴². **De ce fait, tout projet de construction d'une certaine ampleur apparaît ainsi comme pouvant remplir ce critère de complexité administrative.**

Par ailleurs, la possibilité de recourir à un CP pour des raisons de complexité pourrait induire des effets négatifs en termes de gestion publique. Il peut ainsi inciter certains acheteurs publics à accroître le champ du contrat et le niveau de sophistication de leurs projets, de manière à remplir le critère de complexité. En effet, la mission a relevé que **certains projets comme ceux d'éclairage public, a priori basiques, étaient artificiellement rendus plus complexes par ajouts de prestations connexes** (cf. annexe II).

Cependant, un arrêt récent, rendu en second ressort par la cour administrative d'appel (CAA) de Bordeaux le 26 juillet 2012⁴³, est venu infléchir cette conception extensive de la notion de complexité. La CAA de Bordeaux a confirmé que le recours au contrat de partenariat devait être exceptionnel, justifié notamment par la complexité avérée du projet. **Cette jurisprudence devrait à l'avenir inciter la MAPPP à retenir une conception plus restrictive de la complexité.**

Encadré 6 : L'arrêt de la cour administrative de Bordeaux sur la cité du surf de Biarritz

La commune de Biarritz avait décidé d'avoir recours à un CP pour la réalisation d'une cité du surf et de l'océan et pour l'extension de son musée de la mer. À l'époque, seuls deux cas d'ouverture permettaient d'y avoir recours : une situation d'urgence ou de complexité. La commune a justifié son choix en arguant de la complexité, et se prévalait à cet égard notamment d'un avis favorable de la MAPPP.

Un recours en excès de pouvoir, dirigé contre la délibération autorisant la signature du contrat, a été initié par un contribuable local. Dans son arrêt, la CAA de Bordeaux a censuré les arguments de complexité avancés par la commune. Dans un considérant de principe, elle rappelle d'abord que la démonstration de la condition de complexité appartient à la personne publique, qui ne peut se satisfaire de complexités inhérentes à tout projet, pas davantage qu'elle ne peut se reposer sur un avis favorable de la MAPPP. Ainsi, **la Cour ne reconnaît aucun caractère probant au positionnement de la MAPPP sur la légalité du recours au contrat de partenariat.** À ses yeux, un avis favorable ne démontre pas que les conditions du recours au CP seraient remplies, et le juge se réserve là un plein pouvoir d'appréciation de la légalité du recours au CP.

Le juge d'appel poursuit son analyse de l'espèce en relevant que la condition de la complexité ne peut pas être regardée comme remplie. L'essentiel des études de conception du projet avait en effet été réalisé, puisqu'un avant-projet détaillé était joint aux documents de la consultation : ainsi, la commune ne pouvait donc pas alléguer d'une impossibilité objective à réaliser le projet. Par ailleurs, les caractéristiques techniques, fonctionnelles et économiques ne démontraient pas une complexité particulière, tandis que la commune disposait déjà de tous les concours financiers nécessaires.

Pour sa part, le critère de l'urgence présente également d'importantes limites :

⁴¹ Avis de la MAPPP n°2008-08 portant sur la réalisation d'une chaufferie centrale au Centre Hospitalier de Périgueux, 11 juin 2008.

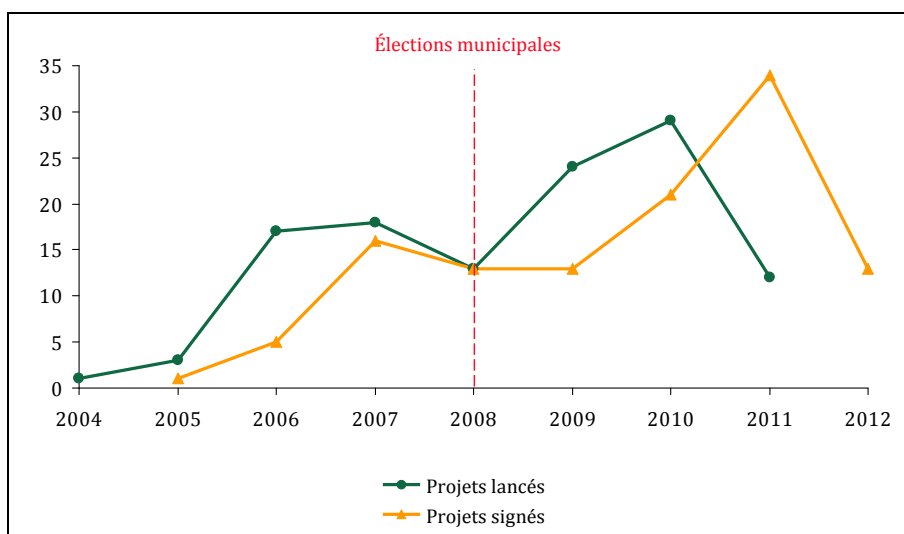
⁴² Avis de la MAPPP n°2010-01 concernant le projet du nouveau palais de Justice de Paris, 5 février 2010.

⁴³ Cour administrative d'appel de Bordeaux, 26 juillet 2012, Cité du Surf et Aquarium du Musée de la Mer.

Rapport

- ◆ dès lors qu'une situation préjudiciable à l'intérêt général ou au service public est constatée, son existence est présumée établie. Dans ces conditions, **il permet à la puissance publique de se prévaloir de ses propres insuffisances pour justifier le recours au CP** (cf. annexe VI) ;
- ◆ il n'est pas nécessaire de démontrer que le recours au CP permet d'obtenir des délais de réalisation inférieurs à la loi MOP, ou est moins coûteux ;
- ◆ enfin, la mission a pu établir, au cours de ses entretiens, que « **l'urgence** » d'un projet **était parfois motivée, dans les faits, par la volonté de réaliser un investissement public avant une échéance électorale**, le PPP étant jugé plus rapide que la loi MOP. À partir des bases de données disponibles, **il est ainsi possible de mettre en évidence un certain lien entre le recours au CP et le cycle électoral municipal**.

Graphique 5 : Évolution du nombre de CP lancés et signés par les collectivités locales



Source : Données MAPPP, CEF-O-PPP et mission.

Note : Les chiffres pour 2012 ne portent que sur les 5 premiers mois de l'année. Au-delà de la croissance tendancielle du nombre de PPP lancés et signés, les deux courbes montrent un fléchissement du recours aux PPP en 2008, année des élections municipales, avec un nombre important de signatures l'année précédente et une reprise marquée l'année suivante. Ce lien entre le recours aux PPP et le cycle électoral mériterait d'être étayé par l'observation de l'influence de nouvelles échéances municipales, en 2014, sur le recours à ce type de contrat.

2.3.2. Les critères de recours gagneraient à être précisés

Proposition n° 8 : Ne maintenir comme critères de recours aux PPP que les deux critères du bilan et de la complexité, en restreignant la définition de ce second critère à la complexité intrinsèque au projet

Afin de garantir le respect du caractère dérogatoire des PPP, la mission propose que les critères de recours soient précisés et renforcés :

- ◆ **le critère du bilan doit être rendu plus effectif** (cf. supra) ;

Rapport

- ◆ **le critère de la complexité doit être restreint** : la complexité découlant du mode de réalisation pressenti ne pourrait plus être une justification du recours aux PPP. Seraient par exemple exclues les justifications par la complexité inhérente à tout montage global, par une localisation particulière mais non nécessaire à la réalisation du projet, ou par un projet architectural particulier mais non plus nécessaire. Toute complexité détachable du cœur même du projet ne pourrait alors justifier le recours au PPP⁴⁴ ;
- ◆ **le critère de l'urgence, qui est trop large, et trop subjectif, doit en revanche être abandonné.**

Toutefois, la mission souligne que **le renforcement de la définition juridique des critères d'accès aux PPP ne garantira pas, à elle seule, un meilleur usage de ce type de contrats par la personne publique.** Encore faut-il que le respect de ces critères soit assuré par l'administration – le contrôle par le juge étant à ce stade plus hypothétique que réel.

2.4. Dans les faits, le recours aux PPP s'explique principalement par des raisons budgétaires

2.4.1. Les acheteurs publics continuent de recourir aux PPP pour s'affranchir des contraintes budgétaires

Au-delà des motifs de recours prévus par la loi et la jurisprudence, la plupart des interlocuteurs rencontrés par la mission ont souligné que les « avantages » budgétaires et comptables avaient été déterminants dans leur décision de recourir aux PPP :

- ◆ **la déconsolidation de l'investissement** ; jusqu'à une époque récente, les montants investis dans une opération réalisée en PPP n'étaient pas enregistrés au bilan des pouvoirs adjudicateurs, ce qui permettait ainsi de déconsolider une partie de l'endettement réalisé au titre des opérations d'investissement (*cf. supra*) ;
- ◆ **l'étalement dans le temps de la dépense d'investissement**, pour éviter de mobiliser sur une seule opération le budget d'investissement d'une année. Un maire l'exprime publiquement dans un numéro de « La vie des PPP » consacré à l'éclairage public en soulignant que « *l'une des principales raisons pour lesquelles nous avons choisi le contrat de partenariat reste la maîtrise du budget, notamment par la possibilité de lisser les mensualités* »⁴⁵ ;
- ◆ **la sécurisation des montants liés à l'investissement.** Dans le cadre du PPP de Paris-IV Clignancourt, le projet était initialement prévu en loi MOP, avec financement via un contrat de plan État-région (CPER). La suppression des crédits initialement fléchés a incité l'université et le ministère de l'enseignement supérieur à conduire l'opération en PPP, de manière à sécuriser ces crédits ;
- ◆ **la sécurisation des montants liés à l'entretien et à la maintenance de l'ouvrage.** Dans certains ministères, des acheteurs publics ont indiqué à la mission que leur recours massif à des PPP résultait d'une stratégie délibérée visant à éviter un risque de régulation budgétaire sur leurs dépenses d'entretien ;

⁴⁴ Une telle définition de la complexité nécessiterait probablement une modification du texte de l'ordonnance, afin de ne conserver dans la définition de la complexité que celle découlant d'une impossibilité pour la personne publique à « *définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins* », et en supprimant la mention d'une complexité due à la difficulté « *d'établir le montage financier ou juridique du projet* ».

⁴⁵ Article paru dans « La vie des PPP » spécial éclairage public, publication du Club des PPP.

Rapport

- ◆ **pour l'État, le contournement des normes budgétaires, en particulier du « zéro valeur »** (*cf. encadré suivant*). Lors de ses entretiens avec les principaux ministères et la direction du budget, la mission a constaté que cet objectif de contournement est particulièrement poursuivi pour les « grands » projets d'investissement de l'État : les PPP permettent en effet à la fois de **différer la date de paiement** jusqu'à la livraison de l'équipement, mais également de **lisser la dépense sur toute la durée du contrat**, c'est-à-dire sur plusieurs décennies, au travers du versement des loyers annuels.

Encadré 7 : Les PPP comme instrument de contournement des normes de dépenses de l'État

La France a connu, depuis 2004, **deux normes de dépenses, applicables à l'État sur les seuls crédits de paiement** :

- la norme « zéro volume », créée en 2004, fixe un objectif de croissance annuelle en euros courants du budget général de l'État égal à l'inflation hors remboursements et dégrèvements d'impôts ;
- la norme « zéro valeur », créée en 2011, impose une contrainte supérieure, à savoir la stabilisation en euros courants des dépenses. Elle s'applique au même périmètre que celui de la norme « zéro volume », dont sont exclues les charges d'intérêt et la contribution de l'État au compte d'affectation spéciale « Pensions ». **Cette norme suppose donc que soient réalisées annuellement, en volume, des économies au moins égales à l'inflation.**

Dans un rapport de mai 2012⁴⁶, l'IGF a identifié, **parmi les risques de contournement des normes budgétaires, la multiplication des PPP à un double titre** :

- les loyers ne commencent à être versés qu'au moment de la livraison de l'équipement, ce qui signifie que **la dépense est différée pendant toute la durée de construction** ; aucune norme budgétaire ne pèse donc sur le PPP entre la signature du contrat et la livraison de l'équipement ;
- **les dépenses d'investissement et de financement sont lissées sur toute la durée du contrat**, c'est-à-dire sur plusieurs décennies. La norme budgétaire s'applique ensuite dans des proportions très réduites sur le projet d'investissement.

Aussi, les règles d'enregistrement des PPP en comptabilité budgétaire permettent de contourner la norme de dépense annuelle.

- ◆ **pour certaines collectivités locales, notamment outre-mer, l'impossibilité d'obtenir un prêt du fait de leur situation financière**, en particulier de leur niveau d'endettement (*cf. infra*).

Les entretiens conduits par la mission avec les acheteurs publics ont permis d'établir que le principal motif de recours aux PPP était, dans les faits, d'ordre budgétaire ou financier. Ainsi, des motifs budgétaires ont été avancés pour justifier les projets de l'État dans 75 % des cas, et dans 100 % des cas pour les collectivités locales ; dans plus de la moitié des projets, le motif budgétaire primait sur tous les autres (*cf. tableaux suivants*).

Tableau 4 : Motifs avancés pour le recours aux PPP dans l'échantillon examiné par la mission

	Motifs budgétaires ou financiers	Complexité intrinsèque du projet	Urgence	Bilan	Incapacité à assurer la maîtrise d'ouvrage	Cas où le motif budgétaire était prépondérant
PPP de l'État	75 %	50 %	8 %	33 %	0 %	50 %
PPP des collectivités locales	100 %	61 %	4 %	13 %	22 %	65 %

Source : Mission.

Note : Ventilation effectuée à partir des éléments recueillis lors des entretiens de la mission avec les acheteurs publics.

⁴⁶ Maîtriser les dépenses de l'État pour revenir à l'équilibre des finances publiques : enjeux et leviers d'action, Rapport IGF n°2012-M-008-03, mai 2012.

Rapport

Parmi les motifs budgétaires ou financiers, les acheteurs publics ont pour l'essentiel cherché à étaler dans le temps leurs dépenses d'investissement (58 % des projets de l'État, et 78 % des collectivités locales), puis cherché à sécuriser les dépenses d'entretien afférentes aux bâtiments (près de 65 % des cas). Certains acheteurs locaux ont également indiqué avoir cherché à « déconsolider » l'endettement résultant de leur projet d'investissement ; ce risque est aujourd'hui en théorie réduit.

Tableau 5 : Nature des motifs budgétaires ou financiers avancés pour justifier le recours aux PPP dans l'échantillon examiné par la mission

	Étalement de la dépense d'investissement	Sécurisation des dépenses d'investissement	Sécurisation des dépenses d'entretien	Absence d'accès direct à une source de financement
PPP de l'État	58 %	33 %	67 %	0 %
PPP des collectivités locales	78 %	0 %	65 %	13 %

Source : Mission.

Note : Ventilation effectuée à partir des éléments recueillis lors des entretiens de la mission avec les acheteurs publics.

Or, la volonté de recourir aux PPP pour s'affranchir des contraintes budgétaires, financières et, autrefois, comptables n'est pas une raison justifiée ou justifiable :

- ♦ elle fait courir des risques importants à l'acheteur public, du fait de la nature complexe de cet instrument juridique ;
- ♦ elle l'incite à investir au-delà de ce que ses ressources lui permettraient d'envisager, et de devoir faire face à plus ou moins brève échéance à un « mur budgétaire » ;
- ♦ elle fait courir le risque de surpayer un investissement, en l'absence de toute preuve sur l'efficacité des PPP (*cf. infra*) ;
- ♦ enfin, la facilité de paiement résultant du PPP peut inciter l'acheteur public à investir dans des projets manifestement surcalibrés par rapport à ses besoins.

2.4.2. Les PPP devraient être mieux pris en compte dans les normes budgétaires

Si l'enregistrement des PPP en comptabilités nationale et générale est une évolution positive, il apparaît néanmoins insuffisamment vecteur de discipline, en particulier pour l'État :

- ♦ le PPP conserve plusieurs avantages par rapport à la loi MOP, notamment vis-à-vis des normes budgétaires. Celles-ci incitent de fait les administrations à recourir aux PPP à court terme, en menaçant le respect de la norme à moyen terme et sans aucune certitude sur l'efficacité de ce choix (*cf. infra*) ;
- ♦ davantage que le niveau de dette publique exprimée en points de produit intérieur brut (PIB), le principal indicateur suivi par les marchés financiers est, dans les faits, le volume d'émission obligataire annuel de l'État. Si le PPP se traduit, après réception de l'ouvrage, par une augmentation du niveau de dette publique, il ne se traduit pas, à l'inverse de la loi MOP, par un surcroît d'émission obligataire à court terme car son financement est de nature bancaire.

Ces « avantages » de court terme des PPP par rapport à la loi MOP sont très préoccupants dans une perspective de moyen terme. Afin de permettre aux administrations de faire des choix rationnels et cohérents dans le temps, il convient donc de neutraliser les biais favorables aux PPP dans le cadre budgétaire actuel.

Proposition n° 9 : Modifier la norme budgétaire de manière à neutraliser ses effets sur la décision de recourir à un PPP

Plusieurs scénarios sont envisageables pour éviter que les PPP ne soient appréhendés comme des instruments de contournement de la norme budgétaire :

Une première option, *a minima*, ne supposerait aucune modification normative. Elle consisterait à formaliser une « charte de bonne gestion », **consistant en la prise en compte des montants d'investissement des PPP dans la norme.**

Une seconde option serait de favoriser le versement de crédits de paiement dès la signature du contrat, pour que la norme – qui ne porte que sur les crédits de paiement – s'applique aux engagements budgétaires pris dans le cadre de ces contrats. La solution envisagée consisterait à **créer un compte spécial pour les dépenses d'investissement liées aux PPP**, sur lequel seraient versés les crédits de paiement nécessaires au financement des dépenses d'investissement budgétées :

- ◆ la création d'un compte de cette nature permettrait les reports de crédits d'une année sur l'autre sans la limitation du budget général, pour la période courant de la signature du contrat au versement effectif des crédits. Les crédits de paiement étant versés dès la signature du contrat, la norme budgétaire s'appliquerait. Le versement des crédits de paiement devrait néanmoins être échelonné sur quelques années, au cours de la période de construction, afin d'éviter de créer un biais en défaveur des PPP par rapport à la loi MOP ;
- ◆ cette solution suppose toutefois une modification de la LOLF, permettant la création d'un compte *ad hoc*, dédié aux crédits de paiement des PPP ;
- ◆ par ailleurs, elle a l'inconvénient de constituer, pendant plusieurs années, des réserves financières importantes et potentiellement mobilisables pour d'autres objets. Ce risque serait néanmoins réduit en cas de refinancement public des projets après la construction (*cf. infra*) ;

Enfin, une dernière option serait de construire une norme pluriannuelle spécifique pour les dépenses d'investissement, qui permettrait de clarifier les engagements budgétaires pris en matière de commande publique :

- ◆ soit sous la forme d'une norme pluriannuelle indépendante, ce qui suppose d'extraire les dépenses d'investissement en crédits de paiement de la norme « zéro valeur » ; la définition d'une telle norme pose toutefois un problème de périmètre. Il serait, en effet, préférable de maintenir les investissements de faible montant sous la norme « zéro valeur » afin de préserver une certaine souplesse de gestion au sein des programmes budgétaires. Aussi, seules les dépenses d'investissement relatives aux « grands équipements » devraient être soumises à une telle norme pluriannuelle ;
- ◆ soit sous la forme **d'une « infra-norme » pluriannuelle**, propre aux dépenses d'investissement, de la norme générale « zéro valeur », dont les orientations seraient définies en loi de programmation des finances publiques (LPPF) ;
 - une telle solution permettrait de préserver le cadre général de la norme « zéro valeur » et d'effectuer les arbitrages en son sein, entre les dépenses d'investissement et les autres dépenses ;
 - un plafond en matière d'investissement et de commande publique serait défini de manière triennale dans le cadre de la LPPF.

3. Les risques budgétaires, financiers et de gestion publique soulevés par les PPP nécessitent un encadrement plus rigoureux et plus sécurisant pour les acheteurs publics

3.1. Les PPP entraîneront à brève échéance une forte dépense et une rigidification excessive des budgets de fonctionnement

3.1.1. L'État devra rapidement trouver des marges de manœuvre pour financer les loyers de ses PPP

Si les PPP constituent, d'un point de vue macroéconomique, une modalité d'investissement public encore minoritaire, **leurs enjeux budgétaires sont désormais considérables, que ce soit pour l'État ou pour les autres acheteurs publics. Les PPP font peser en effet un double risque de rigidification et d'éviction sur les budgets des acheteurs publics :**

- ♦ **le recours aux PPP contraint sur plusieurs décennies les budgets des administrations publiques en augmentant la part de leurs dépenses dites « rigides »⁴⁷, c'est-à-dire inévitables, et en limitant leurs capacités de redéploiement.** Le recours aux PPP crée donc un effet d'inertie qui intervient, par ailleurs, sur des budgets publics déjà marqués par la prédominance de dépenses peu flexibles. Ainsi, pour l'État, les dépenses de personnel représentaient, en 2012, 41 % de son budget, soit près de 130 Md€ ;
- ♦ **ce recours induit un effet d'éviction sur les autres dépenses de fonctionnement :** pour dégager des ressources suffisantes pour payer les loyers de leurs PPP, les acheteurs publics peuvent parfois être contraints de redéployer des moyens, voire de réduire les dépenses de fonctionnement ou d'investissement consacrées à d'autres projets⁴⁸.

Concernant l'État, ces enjeux budgétaires sont d'ores et déjà perceptibles :

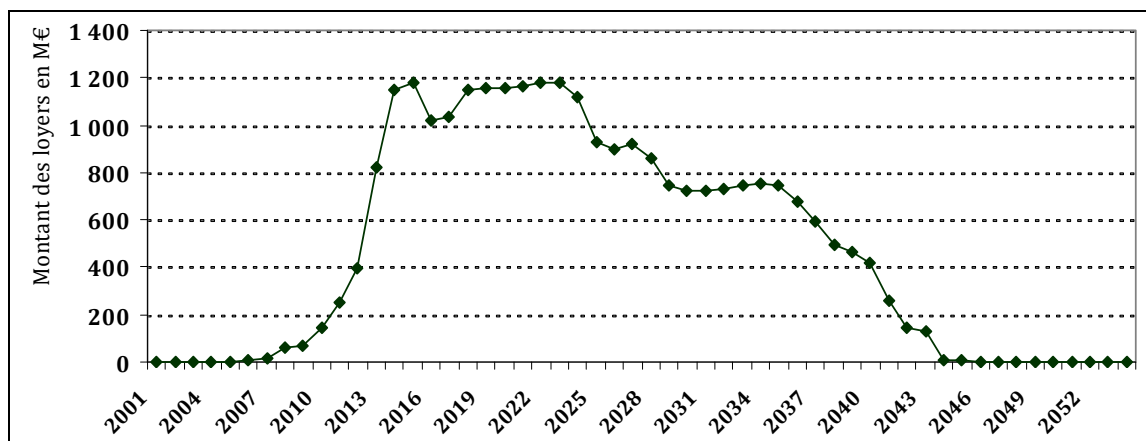
- ♦ l'examen du calendrier de versement des loyers laisse ainsi apparaître **un besoin annuel d'environ 1,2 Md€ entre 2014 et 2025** (cf. graphique suivant). Ces dépenses certaines, puisqu'inscrites dans les contrats, sont liées aux seuls PPP signés entre 2004 et 2012⁴⁹ et ne tiennent donc pas compte des dépenses afférentes aux PPP en cours de négociation ;

⁴⁷ « Une dépense est dite rigide si elle est très fortement contrainte par les choix passés. Cet effet d'inertie ne laisse alors qu'une faible marge de manœuvre dans le cadre du pilotage. La contribution de l'État au financement des retraites des fonctionnaires et la charge de la dette sont classiquement considérées comme les dépenses rigides », Rapport sur la dépense publique et son évolution, annexé au projet de loi de finances initiale pour 2012.

⁴⁸ À titre d'exemple, une telle configuration serait par exemple possible au ministère de la Justice, où des prisons sont à la fois exploitées en régie et en PPP : en cas de recherche d'économies, seules les prisons exploitées en régie pourraient être mises à contribution ; pour les prisons exploitées en PPP, le contrat limite toute possibilité de redéploiement.

⁴⁹ Les chiffres intègrent les PPP signés jusqu'au 1^{er} septembre 2012.

Graphique 6 : Évolution du montant prévu dans les contrats des loyers des PPP signés de l'État et des établissements publics nationaux (hors RFF)



Source : Données DB, APIJ et mission.

Note : Pour les PPP signés par RFF, seuls les loyers dus par l'État sont pris en considération.

- ◆ compte tenu des normes budgétaires actuelles, **ces chiffres signifient que l'État devra réaliser au moins 1,2 Md€ d'économies annuelles supplémentaires à partir de 2014 pour respecter le « zéro valeur »** ;
- ◆ certains PPP représentent des montants conséquents pour les programmes budgétaires qui les supportent, sur des durées de plusieurs décennies. Il en est ainsi des PPP relatifs à la construction d'établissements pénitentiaires, au sein du programme 107 « administration pénitentiaire », mais également du CP relatif au projet Balard pour le programme 212 « soutien de la politique de défense ». Ainsi, ce dernier représente un **loyer annuel moyen de plus de 200 M€ entre 2014 et 2037, soit 11 % des CP ouverts en loi de finances initiale pour 2012 hors dépenses de personnel** (titre 2) pour le programme « soutien de la politique de défense ».

Afin de pallier l'absence de prise en compte de la soutenabilité budgétaire des opérations, le décret du 27 septembre 2012⁵⁰, modifiant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics, prévoit de **compléter, pour les projets de l'État⁵¹, l'évaluation préalable par une étude portant sur l'ensemble des conséquences de l'opération sur les finances publiques et la disponibilité des crédits**. Toutefois, **pour l'heure, les critères d'évaluation de la direction du budget et la nature du contrôle effectué dans le cadre de cette étude ne sont pas précisés**, si ce n'est qu'« une analyse incomplète pourra justifier un refus d'approbation de la part du ministre chargé du budget ».

Proposition n° 10 : Gager les loyers d'exploitation et de maintenance des PPP par des réductions de dépenses équivalentes sur la mission budgétaire de rattachement

Afin de respecter la norme budgétaire et de limiter la rigidité induite par les PPP, **il pourrait être demandé aux ministères adjudicateurs de gager les dépenses induites par les loyers d'entretien, de maintenance et d'exploitation des PPP par des réductions de dépenses équivalentes** sur la mission budgétaire de rattachement. Afin de donner toute son effectivité à la logique d'externalisation portée par les PPP, il importe de veiller à ce que le

⁵⁰ Décret n° 2012-1093 du 27 septembre 2012 complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics.

⁵¹ Ces dispositions sont également applicables aux BEH.

Rapport

transfert de missions ne crée pas de doublons et que les dépenses dont la personne publique s'est dessaisie soient effectivement supprimées.

Les mesures de gage prévues par les administrations adjudicatrices devraient constituer un des critères d'appréciation dans le contrôle de la DB sur l'analyse budgétaire des PPP, conditionnant directement l'avis porté sur les projets.

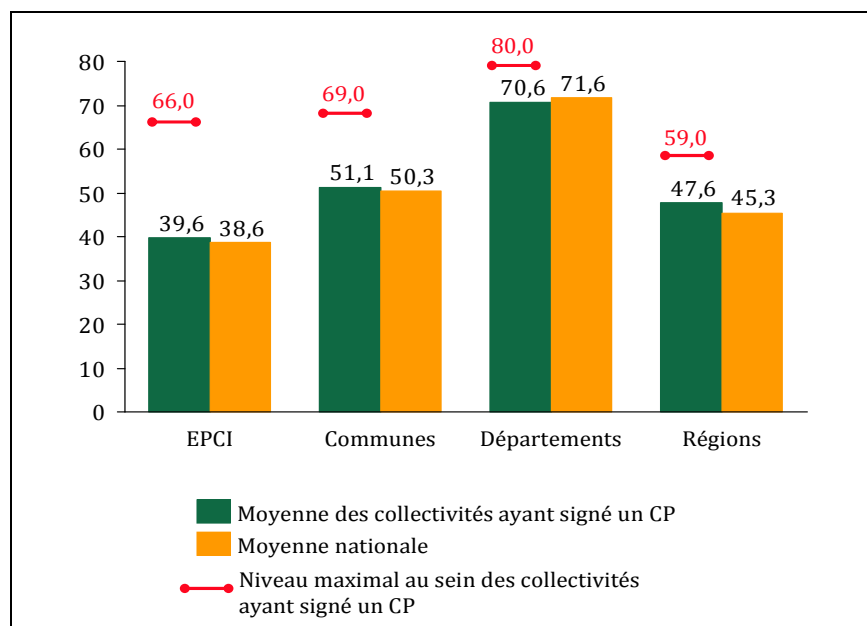
3.1.2. Pour les collectivités locales, la rigidification est accrue par la « règle d'or »

Concernant les collectivités locales, les conséquences des PPP sur les budgets des collectivités adjudicatrices, pris individuellement, sont également considérables. **L'examen du ratio de rigidité des charges structurelles** calculé par la DGFIP⁵² révèle ainsi que :

- ◆ les ratios moyens de rigidité des EPCI, communes et régions ayant signé un CP sont sensiblement plus élevés que les ratios nationaux ;
- ◆ ces ratios peuvent varier dans des proportions importantes, pour atteindre 69 % dans le cas de la ville d'Aubervilliers et 80 % dans celui du Conseil général de Seine-Saint-Denis.

Pour des collectivités dont les dépenses atteignent un tel degré de rigidité, le recours à un CP représente un risque budgétaire considérable, faisant peser de nouvelles dépenses pour plusieurs décennies sur un budget déjà très contraint.

Graphique 7 : Comparaison du ratio moyen de rigidité des charges structurelles (en %) des collectivités ayant signé un CP et du ratio moyen national en 2011, par niveau de collectivité



Source : Données DGFIP – Retraitements mission.

⁵² Le ratio de rigidité des charges structurelles calculé dans le cadre du réseau d'alerte pour les communes et les groupements à fiscalité propre se calcule comme la somme des charges de personnel, des contingents et participations et des charges d'intérêt, divisée par les produits de fonctionnement réels. Ce ratio fournit une appréciation sur le degré de rigidité des budgets locaux *ex ante* ; il mesure donc à quel point les budgets des collectivités recourant aux PPP sont d'ores et déjà contraints par leurs dépenses de personnel et les charges d'intérêt de leurs dettes. En revanche, il ne permet pas de mesurer l'influence des PPP en termes de rigidification des budgets locaux, puisque les redevances versées dans le cadre de ces contrats ne sont pas assimilées comptablement à des charges structurelles.

Par ailleurs, la rigidification des budgets locaux de fonctionnement se voit renforcée par l'existence de la règle d'or⁵³, qui empêche les collectivités territoriales de recourir à l'emprunt pour équilibrer leur section de fonctionnement. **Les dépenses de fonctionnement se trouvent donc doublement contraintes**, sous le poids des engagements passés et sous la pression de la règle d'or, qui restreint les marges de manœuvre de la collectivité dans le financement de ses dépenses de fonctionnement.

Une analyse préalable de soutenabilité budgétaire paraît ainsi indispensable. La mission recommande ainsi qu'un examen de la soutenabilité budgétaire des projets réalisés par les collectivités locales soit effectué par les services de la DGFIP, afin de mieux anticiper le risque de rigidification des dépenses de fonctionnement que de tels contrats risquent d'engendrer (cf. annexe II et infra).

3.2. La succession de crises financières et les nouvelles contraintes prudentielles ont à la fois réduit les volumes de financement de long terme et renchéri leurs coûts

3.2.1. Les modalités traditionnelles de financement sont aujourd'hui menacées

Les partenariats public-privé sont caractérisés par un financement privé pour la construction d'un ouvrage. **La réalisation des PPP prend le plus souvent la forme d'un montage en financement de projet classique**⁵⁴ (cf. encadré suivant et annexe V) :

- ♦ la personne publique contracte avec une société de réalisation dédiée au projet (*special purpose vehicle* – SPV), qui est titulaire du contrat de partenariat et dont les actionnaires sont les principales entreprises privées participant au projet ;
- ♦ **le financement repose sur les fonds propres de la SPV**, qui représentent environ 10% du montant total du projet, **et sur des financements bancaires**, dont la nature évolue entre la construction et l'exploitation de l'ouvrage.

Par ailleurs, **une fraction de la dette bancaire de long terme (au maximum 80% de l'investissement et du financement du projet) fait l'objet d'une cession de créance par la SPV, dite « cession Dailly », aux établissements bancaires.**

Encadré 8 : Le financement des PPP

La réalisation des PPP prend le plus souvent la forme d'un montage en financement de projet classique, associant des fonds propres et des financements bancaires.

1/ Dans un montage en financement de projet, la personne publique contracte avec une société de réalisation dédiée au projet (*special purpose vehicle* – SPV – ou société de projet), titulaire du contrat de partenariat. Cette société assure la réalisation de l'intégralité du projet en contractant avec plusieurs prestataires (bureaux d'étude, entreprises de travaux publics et de maintenance, établissements de crédit, compagnies d'assurance, etc.), et assume ainsi un rôle d'ensemblier.

Les actionnaires de la société de projet sont généralement les entreprises en charge de la construction

⁵³ Les collectivités territoriales sont soumises au principe de l'équilibre réel des budgets, régi par l'article L.1612 - 4 du CGCT. Les sections de fonctionnement et d'investissement doivent donc être votées à l'équilibre. La règle d'or découle de ce principe d'équilibre budgétaire et impose aux collectivités de ne recourir à l'emprunt que pour financer des dépenses d'investissement. Le financement des dépenses de fonctionnement et le remboursement de la dette doivent donc s'opérer à partir des ressources propres de la collectivité.

⁵⁴ D'autres montages peuvent cependant être envisagés pour des projets de plus faible montant : le financement apporté directement par la société assurant la réalisation du projet, ainsi que les montages en crédit-bail. Ces deux montages ne sont adaptés qu'à des projets de taille modérée et présentant un degré de complexité limité.

Rapport

de l'infrastructure, les principaux prestataires de service, les établissements de crédit ainsi que des investisseurs spécialisés⁵⁵. **La participation au capital de la société de projet contribue au partage des risques entre les différents intervenants privés.**

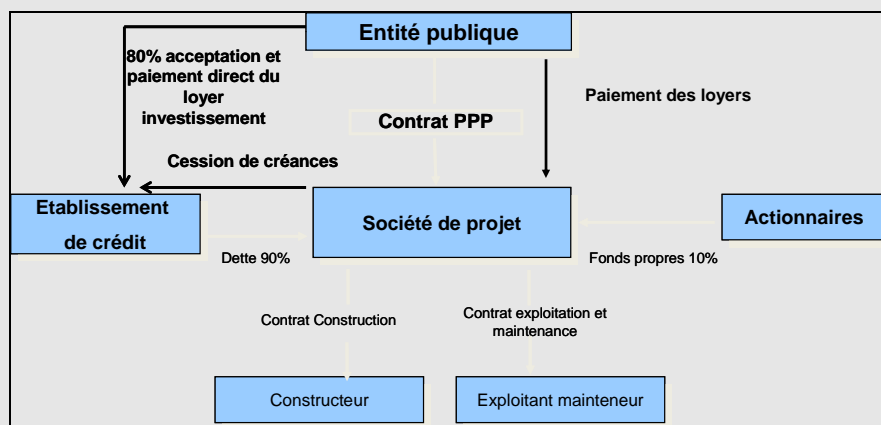
Les fonds propres investis par les actionnaires ne contribuent que de manière résiduelle au financement de l'ouvrage (généralement 10% du montage). Un volume limité de fonds propres permet de limiter le coût global du financement, dans la mesure où le taux de rendement interne⁵⁶ exigé par les apporteurs de fonds propres est plus élevé que les taux d'intérêt bancaires.

2/ La majeure partie du financement du projet est apportée sous forme de dette bancaire, contractée par la société de projet (près de 90 % du montant à financer des projets) :

- **en phase de construction**, la société de projet recourt à des prêts de court terme destinés à assurer la fourniture de trésorerie adaptée au projet de construction ;
- **en phase d'exploitation**, la société de projet refinance la dette à court terme contractée en phase de construction. Les emprunts de long terme sont d'une maturité identique ou proche de la durée du contrat de partenariat. La fixation du coût des crédits (« cristallisation des taux ») peut intervenir dès la signature du contrat ou ultérieurement et au plus tard, à la livraison de l'ouvrage.

3/ Une fraction prépondérante de cette dette bancaire bénéficie de la garantie apportée par une cession de créance détenue par la société de projet sur la personne publique (dite « cession Dailly »)⁵⁷ :

- dans ce dispositif, la société de projet cède aux établissements de crédit la créance constituée par l'engagement de paiement des loyers par la personne publique ;
- la cession de créance porte sur le montant des loyers d'investissement et de financement. Elle est prévue dès la signature du contrat de partenariat, qui en fixe les conditions. Ce mécanisme, qui permet de diminuer le coût de financement pour la personne publique ; il fait généralement l'objet d'une titrisation.



En réduisant le risque supporté par l'établissement prêteur, la cession de créance permet de diminuer le coût de l'emprunt. Avant septembre 2008, les marges de financement associées à un prêt adossé à une cession de créance étaient limitées à 10 à 20 points de base au-dessus du prix de la ressource interbancaire (taux Euribor).

Afin de faciliter la réalisation des ouvrages en PPP en période de tarissement des financements bancaires, le législateur a autorisé en 2009 l'octroi de financements publics⁵⁸.

⁵⁵ Dans les montages dits « innovants », ou dans certains projets sensibles de l'État (comme dans celui de la construction du site du ministère de la Défense sis à Balard), la Caisse des dépôts est actionnaire des SPV (*cf. infra*).

⁵⁶ Le taux de rendement interne est le taux d'actualisation qui annule la valeur actuelle nette des flux financiers générés par le projet sur sa durée de vie.

⁵⁷ Articles L. 313-23 et L. 323-29-1 du code monétaire et financier.

⁵⁸ Modifiant la définition du contrat de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004, la loi du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés a prévu que le partenaire privé pouvait se voir confier « *tout ou partie* » du financement de l'ouvrage.

Ce montage repose cependant sur l'existence d'un financement privé abondant et de long terme. Or, l'examen d'un échantillon de contrats⁵⁹ montre que **la crise financière a profondément bouleversé les conditions d'accès au crédit et remis en cause l'accès quasi illimité des personnes publiques à la liquidité bancaire**, tel qu'il avait pu être observé avant 2008 (*cf. annexe V*). **Les déterminants de cette évolution sont multiples :**

- ◆ **la crise financière a, de manière générale, conduit à une diminution de l'activité et de la rentabilité des banques, poussant celles-ci à augmenter leurs marges ;**
- ◆ **le renforcement de la réglementation prudentielle**, prévue par le comité de Bâle⁶⁰, a contraint la capacité de financement des établissements de crédit. Pour faire face aux nouvelles exigences prudentielles, les banques doivent allonger la maturité de leurs passifs et réduire leur dépendance aux financements de court terme afin de limiter la transformation⁶¹.

Dans ce contexte, le financement bancaire traditionnel des projets de PPP apparaît menacé par :

- ◆ **un « coût d'opportunité » croissant ;** par rapport à un financement sur crédit budgétaire, le coût d'un PPP est devenu très important, en raison de la diminution du rendement des obligations d'État. Depuis 2008, **l'écart de coût entre le financement public direct et le financement bancaire a rendu le financement public globalement plus attractif que le financement privé ;**
- ◆ **un tarissement des liquidités bancaires, notamment sur des maturités supérieures à 15 ans.** Actuellement, la liquidité est apportée principalement par des établissements bancaires étrangers, notamment japonais, allemands et, jusqu'à une période récente, espagnols⁶², qui bénéficient d'un accès privilégié à la liquidité⁶³ mais dont la présence pérenne sur le marché français ne peut être assurée ;
- ◆ **des exigences de garanties démesurées de la part des établissements bancaires, qui font peser des risques importants sur les acheteurs publics.**

⁵⁹ Afin de documenter l'évolution des conditions de financement des contrats de partenariat, la mission a procédé à l'étude d'un large échantillon de 63 PPP établis par l'État (23 contrats), des établissements hospitaliers (4 contrats) et des collectivités locales (36 contrats), et signés de février 2006 à juillet 2012.

⁶⁰ Les accords de décembre 2010, dits de « Bâle III », sont en cours de transposition en droit communautaire dans le cadre de la directive « CRD IV ».

⁶¹ Autorité de contrôle prudentiel, *Présentation du secrétaire général adjoint au Club banque*, 19 juin 2010.

⁶² Par exemple, pour les banques japonaises : Mizuho, Bank of Tokyo-Mitsubishi, Sumitomo Mitsui Banking Corporation ; pour les banques allemandes : Bayern LB, KfW, DZ Bank ; pour les banques espagnoles : BBVA et Santander. Les difficultés actuelles des établissements espagnols devraient néanmoins réduire leur rôle sur le marché du financement des infrastructures.

⁶³ À titre d'exemple, le pool bancaire finançant la ligne à grande vitesse Bretagne Pays de Loire dans le cadre d'un CP signé en 2011 entre RFF et Eiffage, est constitué de BBVA, Santander, Société générale, Bayern LB, Mizuho, SMBC, Bank of Tokyo-Mitsubishi, Sumitomo Mitsui Banking Corporation, ING, KfW, DZ Bank, Unicredit, Crédit mutuel, pour un montant total à financer de 1,02 Md€.

Encadré 9 : Les effets des crises financières sur le financement des PPP

Les effets de la crise sont à la fois perceptibles sur la structuration des montages, sur la qualité des prêts, sur les volumes de financement et sur leur coût (cf. annexe V) :

- **la part du financement bancaire a reculé au profit des fonds propres et quasi fonds propres et des subventions publiques.** La part de l'endettement bancaire est passée de 94 % du montant à financer en moyenne en 2006, à 76 % en 2012 ; désormais, les prêteurs (c'est-à-dire les banques) exigent un niveau de fonds propres supérieur à 10 %. Pour les projets de moins de 100 M€, la part de subventions s'élevait en moyenne à 17 % du montant à financer en 2011 et à 30 % en 2012, alors qu'aucune subvention n'était répertoriée (et possible) avant 2008 ;
- **la rémunération des fonds propres a augmenté.** Le taux de rendement interne (TRI) cible (*ex ante*) des actionnaires est passé, dans l'échantillon, de 10 % en moyenne en 2006 à 12 % en 2011 ;
- **les montages en syndication ont cédé la place à des financements en pool simples, moins favorables à l'emprunteur ;**
- **les établissements financiers ont réduit leur exposition aux risques des projets**, en exigeant de nombreuses garanties juridiques et financières, pour toutes les **différentes tranches de prêt ;**
- **le volume et la maturité des prêts accordés sont aujourd'hui en diminution**, après une forte augmentation jusqu'en 2011⁶⁴ : pour les projets dont le montant à financer était supérieur à 50 M€, la maturité de la dette Dailly est passée de 30 ans en moyenne en 2006 à 21 ans en 2011 ; la maturité de la dette projet est passée de 29,7 ans à 9,9 ans sur la même période. Selon une étude récente réalisée par KPMG pour l'APIJ⁶⁵, **le volume des prêts disponibles apparaît insuffisant sur les maturités longues, supérieures à 15 ans ;**
- **le coût de la dette a fortement augmenté**, incluant le coût de la dette bénéficiant d'une garantie publique :
 - pour les prêts de préfinancement de l'ouvrage, le coût global hors taux de base est passé de 116 points de base (pb) en moyenne en 2006 à 360 pb en 2012 pour le prêt construction, et de 95 pb en moyenne en 2006 à 583 pb en 2012 pour le prêt relais construction ;
 - pour les prêts de refinancement à long terme, le coût global hors taux de base est passé de 50 pb en moyenne en 2006 à 144 pb en 2011 et 307 pb en 2012 pour une dette Dailly, et de 56 pb en moyenne en 2006 à 232 pb en 2011 et 279 pb en 2012 pour une dette projet.

L'augmentation du coût de la dette a été, dans les derniers mois, plus que compensée par la forte diminution des taux de base du marché interbancaire résultant d'une politique monétaire fortement expansionniste⁶⁶.

En revanche, s'agissant de l'État, le « coût d'opportunité » financier des PPP, c'est-à-dire le surcoût résultant d'un endettement *via* une société de projet plutôt qu'un financement sur crédits budgétaires traditionnels s'est accru dans la période récente. Si l'écart de coût de financement des personnes publiques et des sociétés de projet est longtemps demeuré faible, en raison de la cession Dailly, la crise des dettes souveraines et la « fuite vers la qualité » des investisseurs obligataires ont conduit à une diminution du rendement des obligations d'État, et donc à une baisse du coût de financement direct par l'État. Ainsi, pour une OAT à 30 ans, l'intérêt versé aux emprunteurs était en moyenne de 3,58 % de janvier à août 2012, contre 4,50 % en 2007.

⁶⁴ L'année 2011 a été marquée par un volume inédit de financements finalisés dans le secteur des infrastructures en PPP, estimé 14 Md€ en France (+ 150 % par rapport à 2010), stimulé par une demande publique dynamique et de projets de taille importante, notamment les deux lignes à grande vitesse Tours-Bordeaux (7,8 Md€) et Le Mans-Rennes (3,3 Md€), le siège du ministère de la défense à Balard (3,5 Md€) et l'autoroute A 63 (1,1 Md€) (source : Étude de Déalogic, citée dans « Partenariats public-privé, Année record pour la dette infrastructures », *L'Agefi Hebdo*, 26 janvier – 1^{er} février 2012).

⁶⁵ KPMG, *Optimisation des conditions de financement des PPP*, juillet 2012.

⁶⁶ Marqués par une forte volatilité depuis 2005, les taux de base interbancaires sont tendanciellement décroissants depuis 2008. Les interventions de la banque centrale européenne, notamment par ses opérations de refinancement à long terme (*long term refinancing operation – LTRO*) ont en effet conduit à une forte diminution du coût de la liquidité sur la période.

3.2.2. Le cadre de financement doit être refondu et élargi

Dans l'hypothèse où de nouveaux projets devraient être initiés par l'État sous forme de PPP, **l'ensemble de ces éléments plaide pour une refonte de leur cadre de financement**. Au-delà d'un assouplissement des conditions d'élaboration des offres de financement, qui permettrait une mutualisation des offres de financement entre les différents candidats au stade final de la négociation des contrats (*cf. annexe V*), **trois pistes principales peuvent être envisagées :**

- ◆ **l'évolution du financement bancaire actuel**, afin d'atténuer la contrainte d'accès aux financements longs ; l'introduction de financements bancaires successifs de courte durée (« *mini-perms* ») pourrait être envisagée ;
- ◆ **le développement d'un refinancement *via* les marchés de capitaux**, adossé aux partenaires privés en charge du projet ;
- ◆ **la mise en œuvre d'un refinancement public des PPP**.

Ces différents scénarios font l'objet d'analyses techniques approfondies dans l'annexe V. Sans reprendre *in extenso* ces développements, la mission souligne cinq éléments importants à ses yeux.

En premier lieu, **le maintien d'un financement bancaire lors de la phase de construction apparaît indispensable**. La présence des banques est en effet un facteur clef de bon déroulement de la construction, car **elle discipline les autres partenaires privés les contraint à respecter les coûts et les délais de réalisation du projet et permet de révéler et de chiffrer les risques**.

Proposition n° 11 : Envisager de manière pragmatique et systématique tous les modes de financement alternatifs au financement bancaire traditionnel afin de réduire le coût des projets

En deuxième lieu, **la mission considère qu'il convient de faire preuve de souplesse au moment du choix des modalités de financement du projet**. En effet, aucun modèle de financement n'apparaît intrinsèquement supérieur aux autres ; chacun a ses avantages et ses inconvénients (*cf. tableau suivant*). Dans un contexte financier instable, les avantages d'un mode de financement peuvent en outre n'être que temporaires.

Rapport

Tableau 6 : Avantages et inconvénients des alternatives au financement bancaire traditionnel

	Refinancement bancaire de court terme	Recours aux marchés financiers	Refinancement public	
			Crédits budgétaires	Refinancement <i>ad hoc</i>
Description	Fractionnement de la dette bancaire par l'introduction de montages « <i>mini-perms</i> », c'est-à-dire de dettes à court-moyen terme devant être refinancées en cours de projet	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Réalisation par la SPV d'une émission obligataire pour refinancer la tranche Dailly ▪ Plusieurs options possibles (date de l'émission obligataire, nature du véhicule utilisé) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Introduction d'une obligation de rachat de dette par l'État pendant l'exécution du contrat ▪ Refinancement par émission d'OAT 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Introduction d'une obligation de rachat de dette par l'État pendant l'exécution du contrat ▪ Refinancement par émission de titres publics spécifiques
Réponse aux problèmes de liquidité bancaire	Oui	<p style="text-align: center;">Incertain</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ La cession Dailly fait d'ores et déjà l'objet d'une titrisation ▪ L'appétence des investisseurs demeure incertaine ▪ Seuls les projets importants peuvent être concernés, sauf à mutualiser les risques entre projets (dans ce cas, les normes prudentielles limiteraient la participation des assureurs) 	Oui, de manière très importante	
Coût actuel par rapport au crédit bancaire	Inconnu Le coût dépend des futures conditions de marché	Plus faible Réduction estimée (mais incertaine) de 4 à 6 % des loyers	Beaucoup plus faible Réduction estimée de 5 à 10 % des loyers	
Évolution du risque pour la puissance publique	Défavorable Existence d'un risque de taux, en dépit d'éventuelles clauses de partage des risques	Potentiellement défavorable <ul style="list-style-type: none"> ▪ Risque de demande de garanties supplémentaires ▪ Risque de refinancement en cas d'appel infructueux aux investisseurs 	Réduit	Risque de débudgétisation
Conditions de mise en œuvre	Facilité de mise en œuvre L'introduction de <i>mini perms</i> peut être envisagée dans les contrats	Difficulté de mise en œuvre <ul style="list-style-type: none"> ▪ Mise en place d'un fonds commun de titrisation ▪ Lourdeur de la structuration des émissions 	Facilité de mise en œuvre	Difficulté de mise en œuvre Création d'un véhicule d'émission <i>ad hoc</i>

Source : Mission.

Rapport

Par conséquent, la mission recommande d'envisager systématiquement toutes les modalités de financement ; le cas échéant, certaines d'entre elles pourraient être expérimentées sur des projets de taille modeste, afin de disposer d'un retour d'expérience suffisant.

En troisième lieu, il doit être rappelé que les montants d'investissement des PPP, bien que portés par un partenaire privé, correspondent en réalité à un endettement public, et devront faire l'objet de remboursement par la puissance publique. Cette remarque emporte deux conséquences importantes :

- ♦ toute innovation en matière de financement des projets ne doit pas occulter l'existence de cette dette publique. Le PPP ne doit pas être conçu comme une politique de facilité, permettant à la puissance publique d'investir au delà de ce que sa situation financière et ses recettes budgétaires lui autorisent d'envisager ;
- ♦ tout coût d'opportunité disproportionné entre un financement privé et un financement budgétaire traditionnel n'est ni satisfaisant, ni soutenable. Dans une telle configuration, le recours à un financement privé ne pourrait en effet se traduire, à brève échéance, que par un accroissement des tensions budgétaires.

Proposition n° 12 : Privilégier, dans les conditions de marché actuelles et une fois le risque construction purgé, un refinancement public des projets dès lors qu'il en réduit le coût

En quatrième lieu, le double contexte de surcoût du financement privé et de baisse des rendements obligataires de l'État conduisent à privilégier, à court terme, la mise en œuvre d'un refinancement public des projets de l'État en PPP, sur la partie « investissement ». Un tel refinancement aurait deux vertus principales :

- ♦ d'une part, il permettrait de réduire significativement le coût de financement des projets ; selon certaines estimations externes collectées par la mission, l'économie aurait été, aux conditions de marché prévalant au premier semestre 2012, de 5 à 10 % du montant des loyers d'investissement ;
- ♦ d'autre part, elle aurait un caractère disciplinant pour les acheteurs publics, en les conduisant à faire face plus rapidement aux conséquences financières de leurs décisions d'investissement.

Le refinancement public envisagé par la mission interviendrait à l'issue de la phase de construction, par exemple sous forme de surloyers versés sur une ou deux années. Il se traduirait donc à court terme par l'émission d'un volume d'obligations supplémentaires pour l'État. Dans le cas où ces émissions porteraient sur des volumes financiers importants, elles pourraient perturber la stratégie d'émission de l'Agence France Trésor (AFT). Néanmoins, la mission considère que ce risque est actuellement limité, compte tenu des montants financiers en jeu (au maximum, un à deux milliards d'euros par an dans les prochaines années).

D'autres modalités de financement sont envisageables ; en particulier, une émission de titres spécifiques dédiés aux infrastructures (« France Investissement ») qui répondrait aux appétences de certains investisseurs. Cependant, une telle modalité de refinancement présente un risque élevé de débudétisation⁶⁷.

⁶⁷ Le recours à un véhicule spécifique d'émission obligataire public refinançant les projets pourrait être envisagé, hors budget de l'État, sur le modèle de Réseau ferré de France (RFF) ou de la Caisse d'amortissement de la dette sociale (CADES). Ce véhicule pourrait assurer l'émission d'obligations d'infrastructure spécifiques. Néanmoins, ce montage présente le risque de débudétiser massivement les projets d'investissement de l'État, hors de tout

En cinquième et dernier lieu, certaines modalités de financement public doivent être abandonnées :

- ◆ **les montages dits « innovants »⁶⁸**, qui sont en réalité plus proches d'une réalisation en maîtrise d'ouvrage publique que d'un véritable PPP, **sont juridiquement très fragiles** et n'apportent aucune valeur ajoutée évidente par rapport à la loi MOP ; il serait opportun qu'ils donnent rapidement lieu à une évaluation approfondie ;
- ◆ **les fonds d'épargne**, collectés *via* les livrets réglementés et centralisés auprès de la Caisse des dépôts (CDC), **ne devraient pas être utilisés pour financer ou refinancer des projets** (*cf. encadré suivant*).

Encadré 10 : Les difficultés soulevées par l'utilisation des fonds d'épargne

L'utilisation des fonds d'épargne pour financer des projets de PPP soulève d'importantes difficultés :

- **la vocation première des fonds d'épargne est de financer le logement social** ; les importantes ambitions de l'État en la matière nécessiteront, dans quelques années, d'importants moyens financiers ; il serait dans ce cadre peu prudent de mobiliser les fonds d'épargne, pendant des durées longues (30 ans), sur d'autres projets ;
- **les fonds d'épargne sont une ressource coûteuse** ; outre la rémunération des détenteurs de livrets, leur utilisation se traduit par des commissions versées aux établissements de crédit qui les distribuent et des coûts de gestion ;
- **leur utilisation soulève des risques spécifiques, et aujourd'hui mal appréhendés** : d'une part, en cas d'utilisation en phase de construction, elle nécessite une garantie de l'État, votée en loi de finances ; l'utilisation des fonds d'épargne se traduit donc par une répartition des risques défavorable à la puissance publique ; d'autre part, la cession Dailly n'est pas réalisée dans des conditions juridiques satisfaisantes aujourd'hui ;
- **enfin, elle contribue à renforcer les difficultés de liquidités des banques et donc, *in fine*, accroît les difficultés de financement des PPP**. En première analyse, leur utilisation apparaît comme une facilité de financement, utilement mobilisable pour un projet individuel ; néanmoins, à un niveau agrégé, l'utilisation des fonds d'épargne ne fait que renforcer les pénuries de liquidités actuelles en ponctionnant le bilan des établissements de crédit⁶⁹.

Ces éléments conduisent la mission à ne pas recommander l'utilisation des fonds d'épargne pour le financement des projets de PPP.

Proposition n° 13 : Introduire dans les contrats des dispositions permettant le partage d'un éventuel surprofit avec la personne publique

contrôle parlementaire. Une telle configuration ne serait pas satisfaisante au regard du droit budgétaire, et serait par ailleurs très risquée pour les finances publiques. Un tel dispositif impliquerait donc une refonte lourde du pilotage des grands projets d'investissement de l'État afin d'éviter toute matérialisation de ce risque.

⁶⁸ Ces montages ont été élaborés dans le cadre du plan campus ; leur structure réplique l'organisation d'un PPP, mais dans un cadre public. Ils se caractérisent ainsi par l'existence d'une société de projet, détenue par la personne publique, par une maîtrise d'ouvrage publique et par un financement majoritairement public, associant subvention publique, concours de la Caisse des dépôts et utilisation des fonds d'épargne.

⁶⁹ Tout déplacement d'une partie de l'épargne aujourd'hui investie en comptes à terme, en PEA, en assurance-vie ou en livrets bancaires vers les livrets réglementés (livret A et LDD) a deux effets pénalisants pour l'économie. D'une part, elle détruit de la liquidité, et accroît ainsi les difficultés du système financier. En effet, avec un taux de centralisation moyen de 65 %, la majeure partie des montants collectés est allouée aux fonds d'épargne. Or, ceux-ci ne mobilisent, afin de limiter leurs risques, qu'environ 80 % de ces fonds, contre environ 120 % pour les banques. Toute augmentation des fonds d'épargne au détriment des bilans bancaires se traduit donc par une destruction de liquidité. D'autre part, il entraîne une substitution d'une épargne longue à une épargne très courte et très liquide, ce qui est pénalisant pour le financement de l'économie.

Enfin, la mission a pu constater qu'il n'était pas possible, aujourd'hui, de contrôler le niveau de profit généré par les investisseurs en capital et ainsi de lutter contre d'éventuels surprofits.

Or, au Royaume-Uni, le *National Audit Office* (NAO) a mis en évidence des niveaux de rendements injustifiés pour de nombreux *Private Finance Initiative* (PFI), notamment à la revente des parts de SPV sur le marché secondaire⁷⁰. D'après ces estimations, ces taux de profit à la sortie (*exit returns*)⁷¹ seraient généralement compris entre 15 % et 30 % et atteindraient jusqu'à 60 %⁷². Ce surprofit n'est aucunement rétrocédé aux personnes publiques.

Afin d'assurer le bon calibrage du coût du capital prévu dans le plan de financement, ainsi que leur adéquation au niveau de risque effectivement pris par les investisseurs, il conviendrait dans les contrats :

- ◆ **d'introduire une obligation de déclaration à la personne publique et à la MAPPP des conditions financières de revente des parts de SPV**, ainsi que les conditions de refinancement des prêts ;
- ◆ **de mettre en place**, comme le suggère le NAO, **un mécanisme de partage d'une plus-value de refinancement en cas de surprofits manifestes**. Au-delà d'un certain seuil, le profit pourrait ainsi être partagé entre l'acheteur public et le partenaire privé.

3.3. La complexité de la procédure et des montages peut mettre les acheteurs publics en situation de risque

Le PPP n'est pas un mode de commande publique comme les autres ; par rapport à un achat en loi MOP, il présente en effet, pour l'acheteur public, trois risques importants (cf. annexes II, VI et VII) :

- ◆ d'une part, **en cas de mauvaise définition initiale du besoin fonctionnel**⁷³, **il se traduit inévitablement par des surcoûts importants, des risques juridiques** et une potentielle inadéquation avec les besoins du service public ;
- ◆ d'autre part, son caractère de contrat global, qui implique des asymétries d'information importantes avec les candidats privés, et son financement bancaire entraînent un **risque de surcoût, qui ne peut être compensé que dans le cas où l'acheteur public conduit le dialogue compétitif de manière optimale** ;
- ◆ enfin, la complexité des contrats fait peser sur la puissance publique le risque de subir des clauses léonines, particulièrement défavorables à ses intérêts.

Ces risques invitent les acheteurs publics à réfléchir à leur organisation et à mieux négocier leur contrat. Pour les collectivités locales, qui sont dans les faits souvent démunies face à des entreprises puissantes aidées de nombreux conseils, la mission considère que l'État devrait les sécuriser dans leur utilisation des PPP, dans le respect de leur libre administration.

⁷⁰ Cf. National Audit Office, *Lessons from PFI and other projects*, avril 2011 ; *Equity investment in privately financed projects*, février 2012.

⁷¹ Le taux de profit (ou retour sur investissement), qui rapporte la valeur finale de l'investissement (c'est-à-dire son prix de cession des participations) à sa valeur initiale, diffère du taux de rendement interne (TRI), qui est calculé à partir de flux financiers actualisés.

⁷² Ce niveau très élevé des rendements proviendrait, d'une part, d'une surestimation des risques et d'une surtarification du capital dans le contrat initial et, d'autre part, d'opportunités de refinancement disponibles sur le marché.

⁷³ Le programme fonctionnel est la base sur laquelle s'engage la négociation entre la personne publique et les prestataires privés lors du dialogue compétitif.

3.3.1. Des erreurs dans l'expression initiale des besoins, qui résultent souvent d'une mauvaise organisation, se traduisent par des surcoûts particulièrement importants

Par rapport à des marchés publics traditionnels, les contrats de type PPP ont l'inconvénient de figer les besoins auxquels doit répondre le prestataire sur la durée du bail. Toute modification du contrat, et *a fortiori* du programme fonctionnel, sera ainsi facturée par le prestataire à la personne publique signataire, et engendrera un surcoût pour la personne publique. Pour certains projets conduits en PPP, les insuffisances du programme fonctionnel ont des conséquences financières et judiciaires très fortes, tout en nuisant à la qualité du service public. C'est notamment le cas du centre hospitalier sud-francilien (CHSF)⁷⁴ (cf. encadré suivant).

Encadré 11 : Évaluation du bail emphytéotique hospitalier (BEH) du centre hospitalier sud-francilien (CHSF)

Le CHSF fait l'objet d'un BEH signé en juillet 2006 entre la direction de l'établissement et le groupe Eiffage. Il prévoit la conception, la construction, la maintenance et l'exploitation de l'établissement hospitalier pour une durée de 30 ans, en contrepartie d'un loyer versé annuellement. Les locaux, qui ont nécessité un investissement de 344 M€, ont été mis à disposition le 17 janvier 2011, conformément au calendrier prévu contractuellement.

Le BEH de cet établissement soulève de nombreuses difficultés :

- près de la moitié des blocs étaient non ouverts à l'été 2012 ; près de 200 lits, sur un total d'environ 800, étaient non armés ;
- le plan de financement du BEH a été sous-estimé, ce qui place aujourd'hui l'établissement dans une situation financière tendue. Alors que les loyers anticipés en 2003 par l'établissement s'élevaient à 31 M€ par an, le loyer effectif pouvait, dès cette époque, être estimé à plus de 40 M€ :
- la TVA portant sur la partie immobilière du loyer n'avait pas été prise en compte dans les estimations initiales ;
- les effets de l'indexation annuelle (1 % par an pour la partie immobilière, et 3 % prévisionnellement pour la partie maintenance-exploitation) n'étaient pas pris en compte.
- le loyer anticipé pour 2012 s'élève ainsi à 43 M€. L'impasse financière actuelle, supérieure à 10 M€, ne pourra que s'accroître mécaniquement en l'absence de mesures correctrices ;
- à la fin du mois de mars 2011, Eiffage a produit une réclamation auprès du CHSF, au titre de l'ensemble des préjudices que le groupe estime avoir subis ; la réclamation chiffre ce préjudice à 184,8 M€ (en valeur 2011), soit 54 % de l'investissement initial.

L'analyse des conditions organisationnelles dans lesquelles a été décidé, préparé, négocié et suivi le BEH du CHSF révèle un certain nombre d'insuffisances :

- l'absence d'« équipe projet » dédiée, stable dans le temps, suffisamment structurée sur le plan technique et juridique pour constituer un interlocuteur de poids face au partenaire privé ;
- la très grande instabilité dans le temps de l'équipe de direction, couplée à l'absence d'une équipe *ad hoc* disposant immédiatement d'appuis extérieurs ;
- enfin, le dualisme de l'hôpital public entre, d'une part, le personnel administratif et, d'autre part, le personnel médical, qui complique l'élaboration du programme fonctionnel.

La dérive financière du BEH du CHSF résulte en grande partie des demandes de modification du contrat initial, et qui ont donc été facturées par Eiffage en sus du loyer initialement prévu. Ces modifications du contrat résultent en partie des insuffisances du programme fonctionnel, qui a été rédigé de manière insuffisamment précise. Cette imprécision occasionne aujourd'hui des incertitudes sur les obligations effectives d'Eiffage. Elle lui permet ainsi sur de nombreux points de minorer ou d'éluider les obligations que le CHSF considère être les siennes.

Source : Mission ; IGF-IGAS.

⁷⁴ Évaluation du bail emphytéotique hospitalier du centre hospitalier sud-francilien, rapport IGF-IGAS n° 2011-M-028-01, mai 2011.

Rapport

Il est donc particulièrement important de veiller à la bonne rédaction des programmes fonctionnels, et **que l'acheteur public soit suffisamment expert et aguerri à la négociation avec des groupements privés.**

La professionnalisation des pratiques est donc prioritaire. Elle passe par la constitution d'équipes-projets stables et multidisciplinaires, dont le chef a une réelle capacité décisionnelle et un rôle de coordination des acteurs lors de la définition des besoins. **L'équipe-projet doit également savoir s'entourer de conseils compétents, en matière financière, juridique et technique, qu'elle doit piloter** sans être « dépossédée » de ses choix.

Dans ce cadre, l'organisation retenue par l'acheteur public pour conduire une procédure de passation de partenariats public-privé joue un rôle primordial. Cette organisation varie aujourd'hui selon le type de montage retenu, la personne publique concernée (État, collectivité locale, hôpital, etc.) et même, au sein de l'État, selon le ministère (*cf. encadré suivant*).

Encadré 12 : L'organisation des acheteurs publics pour contracter un PPP

L'organisation des acheteurs publics pour contracter un PPP est aujourd'hui très variable :

- **pour l'État, deux modèles dominant :**
 - dans la plupart des cas, une cellule est constituée, au sein de l'administration centrale, de manière à conduire la procédure en « mode projet », en partenariat avec les directions techniques de l'administration (directions des finances, des affaires juridiques, etc.), et les utilisateurs finaux de l'investissement ;
 - parfois, les projets peuvent être conduits par un établissement public dédié, comme l'APIJ ;
- **pour les établissements publics de l'État** (RFF, les universités etc.), le projet est conduit par une équipe dédiée, parfois avec l'appui technique de l'administration centrale ;
- **pour les collectivités locales**, les modalités d'organisation dépendent de leur taille. Si l'organisation en « gestion de projet » domine, dans les plus petites collectivités, l'équipe en charge de la négociation peut être réduite à un agent, voire être *de facto* externalisée à l'assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO) ;
- **enfin, pour la sphère hospitalière**, les projets sont instruits par les établissements de santé.

Les ministères ayant retenu une organisation centralisée apparaissent comme moins soumis aux risques inhérents à tout investissement important, notamment immobilier. La conduite des opérations immobilières est, en effet, un domaine éminemment technique, où la capitalisation des connaissances est indispensable pour éviter des risques potentiellement lourds de conséquences. **Les PPP renforcent cette nécessité : même s'il est exceptionnel, l'exemple du CHSF montre qu'une mauvaise organisation peut avoir des conséquences dramatiques.**

À l'inverse, le choix du ministère de la justice de centraliser dans une structure spécialisée dans les grands investissements et la passation des PPP est particulièrement judicieux. **Il doit néanmoins être souligné que la nature juridique de la structure importe peu : si le fonctionnement actuel de l'APIJ sous forme d'établissement public est satisfaisant, elle aurait également pu être constituée sous forme de SCN⁷⁵, rattaché directement au secrétariat général du ministère.**

⁷⁵ Les SCN ont été créés par le décret du 9 mai 1997. Non dotés de la personnalité juridique, ils sont rattachés à un directeur d'administration centrale ou à un ministre. Bien que relevant de l'administration centrale, ils sont proches, dans leur fonctionnement, des « agences » exécutives britanniques et peuvent bénéficier d'une souplesse de gestion.

Proposition n° 14 : Centraliser les unités chargées de la gestion des projets de PPP et des grands projets d'investissement de l'État, et proscrire le recours aux PPP pour les organismes divers d'administration centrale

La mission considère ainsi que les acheteurs publics devraient se doter de structures centralisées capables de préciser l'expression des besoins, de fonctionner en « mode projet » et de conduire efficacement les dialogues compétitifs. Une telle recommandation emporte des conséquences assez importantes pour certains acheteurs publics (cf. annexe VII) :

- ◆ **dans le domaine de la santé, le recours au PPP pour les grands projets d'investissement semble devoir être limité**, car les établissements de santé ne sont pas le bon niveau de conduite d'un PPP. Par ailleurs, la rigidité de ce cadre contractuel n'est pas adaptée aux mutations rapides de ce secteur (cf. *infra*). **Pour les quelques projets** qui ne nécessitent pas de souplesse particulière, et **qui pourraient être réalisés sous forme de PPP**, un portage par les agences régionales de santé (ARS) ne semble pas être une solution pertinente⁷⁶. **Il apparaît préférable de faire remonter au niveau du ministère même l'élaboration et la négociation du contrat**, en lien naturellement avec l'établissement, par exemple au niveau du secrétariat général des ministères sociaux⁷⁷ ;
- ◆ **pour le ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche, l'utilisation du PPP présente également des risques importants**. Pour les PPP qui seraient néanmoins réalisés, le service des grands projets immobiliers (SGPI) du ministère pourrait utilement mener le dialogue compétitif et négocier le contrat de partenariat, en lien avec les établissements concernés ;
- ◆ **pour les organismes divers d'administration centrale (ODAC), l'interdiction de recourir directement aux PPP serait pleinement justifiée :**
 - les ODAC ne peuvent pas, par définition, accumuler de l'expérience en matière de PPP. Par ailleurs, les projets des ODAC connaissent des vicissitudes ou des échecs (cf. le Zoo de Vincennes ou la billetterie du château de Versailles) ;
 - les PPP peuvent constituer, dès lors qu'ils sont signés par un ODAC, un « point de fuite budgétaire » pour l'État ;
 - les PPP sont plus onéreux lorsqu'ils sont contractés par un ODAC que par l'État directement ;
 - les ODAC n'ont plus, depuis 2011, l'autorisation de s'endetter, ce qui crée un biais au sein des différents instruments de la commande publique, en faveur du recours aux PPP. **Il conviendrait donc d'inclure les PPP dans l'interdiction de recours à l'emprunt des ODAC et de favoriser le portage direct des projets par l'État.**

⁷⁶ En effet, les ARS connaissent très peu ces montages ; les projets en CP ou en BEH restent encore peu nombreux, ce qui signifie que certaines ARS, même importantes, ne peuvent pas accumuler d'expérience dans ce domaine. À titre d'exemple, l'ARS Aquitaine n'a eu à connaître que d'une seule évaluation préalable jusqu'à aujourd'hui : il s'agit de celle déposée pour un projet de CP pour la construction d'une chaufferie à l'hôpital de Périgueux.

⁷⁷ Ce type de pilotage centralisé d'un projet de construction d'un hôpital existe déjà, puisque le projet d'hôpital de Pointe-à-Pitre est conduit par une équipe située au sein de la direction générale de l'offre de soins (DGOS).

Encadré 13 : L'interdiction du recours à l'emprunt pour les ODAC

La seconde loi de programmation des finances publiques, en date du 28 décembre 2010, pour les années 2011 à 2014, a proscrit le recours à un emprunt dont le terme est supérieur à 12 mois pour les ODAC. Or, l'instruction relative à l'interdiction de recours à l'emprunt⁷⁸ exclut explicitement les PPP de son champ d'application, en précisant que, contrairement à la MOP, le PPP permet de faire porter la dette par le partenaire privé, sans recourir à un emprunt bancaire.

Pourtant, les quatre objectifs présentés dans l'instruction pourraient parfaitement s'appliquer au recours au PPP, qui se traduit dans les faits – y compris comptablement – par une dette financière à hauteur du coût d'investissement. Il s'agit en effet de :

- *« stopper la dispersion de l'endettement public entre de multiples organismes pour améliorer le pilotage de la soutenabilité budgétaire ;*
- *éviter que ces entités, qui se financent la plupart du temps à des coûts supérieurs à ceux observés pour l'État, n'augmentent ainsi la charge des intérêts supportée par les administrations publiques dans leur ensemble ;*
- *réduire le risque que l'État soit appelé à financer des entités qui ont eu recours à l'emprunt et n'ont pas une capacité de remboursement propre suffisante ;*
- *mettre fin à un moyen de contournement de la norme de dépense de l'État (recours à l'endettement plutôt qu'à des crédits budgétaires) ».*

Sur ces différents points, la limitation du recours au PPP par les ODAC serait justifiée.

3.3.2. Certains contrats, tant par l'opacité que par la complexité de leurs clauses, sont sources de risques juridiques et financiers

Une des spécificités des contrats de partenariat est qu'un certain nombre de clauses obligatoires est imposé à la personne publique par l'ordonnance de 2004⁷⁹. Cet encadrement du contrat signé par la personne publique est une garantie, qui n'existe pas pour les autres contrats.

La MAPPP est venue préciser ces clauses obligatoires par la rédaction d'un **clausier-type**, proposant une rédaction pour certaines clauses classiques et attirant l'attention de la personne publique sur certaines bonnes ou mauvaises pratiques en matière de rédaction des contrats. **L'objectif de ce clausier est de réduire l'asymétrie d'information existant entre la personne publique, dont c'est souvent la première expérience de mise en œuvre d'un contrat de partenariat, et le partenaire privé, qui bénéficie d'un certain savoir-faire en la matière.**

En dépit des efforts de la MAPPP, les PPP continuent de représenter un risque juridique important pour les acheteurs publics :

- ◆ **l'effort de standardisation du clausier-type est limité** au regard de la diversité des projets et des montages. Par ailleurs, ce clausier se limite au seul contrat, et ne propose pas de rédaction pour les annexes ;

⁷⁸ Instruction n° 12-003-M9 du 16 janvier 2012.

⁷⁹ L'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 énonce treize clauses obligatoires, qui peuvent être réunies en cinq grandes catégories de garanties pour le service public.

Rapport

- ◆ **pour un certain nombre de clauses portant sur le partage du risque, il n'existe pas de doctrine claire.** Le partage du risque semble ainsi évoluer au gré du rapport de force entre administration et secteur privé, alors que, comme le souligne l'Organisation de coopération et de développements économiques (OCDE)⁸⁰, **il convient de transférer les risques vers ceux qui les gèrent le mieux**⁸¹ ;
- ◆ **enfin, les PPP comportent parfois des « clauses scélérates », qui peuvent entraîner des surcoûts pour la collectivité adjudicatrice.**

Proposition n° 15 : Revoir et enrichir le clausier-type de la MAPPP au regard des expériences accumulées par les principaux acheteurs publics

Au regard des expériences accumulées par l'APIJ, l'ANAP et des unités des ministères spécialisés dans les PPP, **il apparaît indispensable d'enrichir et d'améliorer le clausier-type de la MAPPP.**

La mission attire l'attention sur les trois éléments suivants :

- ◆ **en premier lieu, la doctrine présente dans le clausier-type peut parfois être moins favorable à la personne publique que ce qui aurait pu être obtenu en négociant avec le prestataire.** Il serait donc souhaitable d'amender certaines clauses types (*cf. annexe VI*), qui peuvent parfois affaiblir la position de la personne publique lors d'un dialogue compétitif ;
- ◆ **en second lieu, il conviendrait de prévoir dans tout contrat de PPP des clauses de mutabilité permettant d'adapter le contrat aux évolutions du service public**⁸² ;
- ◆ **en dernier lieu, certaines « clauses scélérates » peuvent durablement pénaliser la collectivité adjudicatrice :**
 - des clauses d'indexation par palier, qui offrent au partenaire privé la possibilité de réévaluer le montant des redevances qui lui sont dues ;
 - **certaines clauses qui font peser sur le contrat un risque de résiliation en cas de contentieux.**

Il convient de s'attarder sur ce dernier point, en raison de l'augmentation du contentieux en matière d'investissement public (*cf. annexe II*).

Les recours contentieux peuvent, dans certains cas, conduire à un blocage des financements bancaires. Certains contrats précisent, en effet, que la disponibilité des crédits est soumise à la satisfaction de conditions préalables, parmi lesquelles figure « *la purge du délai de tout recours* » ou la fourniture d'une « *attestation de non-recours* »⁸³.

⁸⁰ OCDE, *Recommandation sur les principes applicables à la gouvernance publique des PPP*, GOV/PGC(2011)19/FINAL, 23 avril 2012.

⁸¹ Pour une administration disposant d'un fort pouvoir de négociation, la tentation est ainsi forte de faire peser l'essentiel des risques sur le cocontractant, alors même que celui-ci n'est pas toujours le plus à même d'y répondre, et qu'il fera en tout cas payer à l'administration le prix du provisionnement de ce risque.

⁸² Afin de rendre plus souple le cadre contractuel des PPP et de remédier aux éventuelles oublis ou imprécisions des programmes fonctionnels, certains acheteurs publics ont en effet introduit dans leurs contrats des clauses visant à les protéger : par exemple, des clauses « d'escalade », permettant de mesurer régulièrement la qualité et le coût des prestations au regard des évolutions technologiques et du prix du marché ; de même, en annexe au contrat, un bordereau des prix fixant à l'avance le prix qui sera facturé par le titulaire du contrat pour une modification non-substantielle du contrat initial.

⁸³ Ce risque de blocage du crédit bancaire est propre aux PPP qui intègrent le financement dans les missions de l'opérateur, puisque les projets conçus en MOP reposent sur un endettement bancaire direct de la collectivité, qui n'est pas affecté à un projet en particulier, ni soumis à des conditions préalables relatives à ce projet.

Rapport

En cas de contentieux et de blocage de l'accès au crédit bancaire, les acheteurs publics sont poussés à rechercher des solutions de financement alternatives, permettant de lancer le CP. **Pour l'essentiel, il s'agit de substituer un financement public aux crédits bancaires**, au prix néanmoins d'une remise en cause de l'économie du contrat et d'une très forte incertitude juridique.

Dans les cas les plus extrêmes, le blocage des financements bancaires peut se traduire par une résiliation anticipée pour motif d'intérêt général du contrat. Une telle résiliation constitue souvent une solution de dernier recours, voire une solution subie par la collectivité. **Ses conséquences financières peuvent être extrêmement importantes**, notamment pour des collectivités de petite taille. **Dans le cas de la résiliation anticipée du CP de Saint-Laurent Médoc**, la commune a signé un avenant, prévoyant pour le partenaire privé une **indemnité transactionnelle de 960 000 €, soit près d'un tiers de son budget de fonctionnement annuel** (cf. encadré suivant).

Certaines collectivités ont pris en compte ce risque dans la négociation de leur contrat, à l'exemple de la ville de Nice dans le CP qu'elle a signé pour la réalisation du grand stade. En cas de recours contentieux, le contrat prévoit notamment la **possibilité de mettre en place un préfinancement public partiel, ayant vocation à se substituer aux crédits bancaires, jusqu'au rejet des recours**. Ce préfinancement devra faire l'objet d'un remboursement, après rejet des recours, par le partenaire privé qui devra donc trouver un crédit bancaire assurant le relais du financement (cf. encadré suivant).

Encadré 14 : Exemples de gestion par la personne publique du risque contentieux

1/ La résiliation anticipée pour motif d'intérêt général du CP de Saint-Laurent Médoc

La commune de Saint Laurent Médoc (33) a signé le 12 juillet 2011 un contrat de partenariat portant sur l'extension et la restructuration de son école communale et d'installations sportives avec la société SOLEFIM. Le contrat prévoyait un montant d'investissement de 9,3 M€ - décomposé en une tranche ferme de 6,8 M€ et une tranche conditionnelle de 2,4 M€ - et un montant global des loyers de 20,4 M€ sur 25 ans.

Cette commune de 3 976 habitants au dernier recensement dispose d'un budget de fonctionnement de 3,2 M€ en 2011. Elle a, par ailleurs, appartenu au réseau d'alerte de la DGFIP depuis 2005 et dispose d'un ratio de surendettement de 0,9. Ce contrat de partenariat aurait donc représenté plus d'un quart de son budget de fonctionnement annuel pendant 25 ans.

Or, un avenant a été signé le 18 juin 2012, portant **résiliation du contrat de partenariat, au motif que le recours introduit par le syndicat national du second-œuvre (SNSO) a empêché la société SOLEFIM de trouver le financement** pour la réalisation des travaux. Cet avenant prévoit une **indemnité transactionnelle** pour les diverses études effectuées, le dépôt du permis de construire et la réalisation d'un parking à hauteur de **960 000€**.

Cette indemnité, qui représente pour la commune près d'un tiers de son budget de fonctionnement annuel et plus de 10 % du montant total d'investissement prévu dans le contrat, doit être mise en regard des travaux réalisés, qui se résument au seul aménagement d'un parking.

2/ La clause relative au préfinancement public partiel dans le CP de la ville de Nice sur le grand stade

Le CP signé par la ville de Nice (06) pour le Nice Stadium prévoit, dans son article 11.3, le recours à une **solution de « préfinancement public partiel », en cas de recours contre le contrat ou un acte détachable du contrat :**

- la ville assure alors le préfinancement de la réalisation du Nice Stadium, en lieu et place des prêteurs ;
- le préfinancement peut, sur demande de la ville, faire l'objet d'un remboursement par le partenaire à la date de rejet définitif du recours ou à la date de mise à disposition (MAD) de l'équipement (si cette date est postérieure). Les modalités d'ajustement de la rémunération en résultant seront déterminées d'un commun accord entre les parties ;
- la ville se réserve le droit de demander au partenaire, qui ne pourra pas s'y opposer :
 - d'augmenter le montant des fonds propres jusqu'à 20 % du besoin de financement net ;

Rapport

- de maintenir tout ou partie du financement initial jusqu'à la date de MAD initiale augmentée de 17 mois maximum ; la ville pouvant demander à tout moment au partenaire d'annuler les crédits ;
- d'étudier, en cas d'annulation de tout ou partie des engagements bancaires initiaux, la mise en place dans les meilleurs délais d'un nouveau financement pour permettre le remboursement par le partenaire du préfinancement et, dans le cadre d'une procédure de consultation, permettant d'optimiser les conditions de ce financement.

Par ailleurs, la ville se réserve également la possibilité, en cas d'annulation du contrat, de poursuivre elle-même la réalisation du stade, sans indemnité au profit du cocontractant. Le partenaire privé devrait, dans cette hypothèse, céder gracieusement l'ensemble des études et droits dont il dispose relatifs à la réalisation du stade (article 11.4 du contrat).

Source : Services du contrôle de légalité de la préfecture de la Gironde ; Contrat de partenariat pour le Nice Stadium (article 11.3 Préfinancement public partiel).

Les clauses de « recours », rédigées sur le modèle du CP du grand stade de la ville de Nice, pourraient ainsi figurer dans le clausier-type, de manière à alerter les collectivités adjudicatrices sur les risques encourus en cas de recours contentieux et de résiliation anticipée du contrat. Par ailleurs, il conviendrait d'attirer l'attention des collectivités sur les clauses de résiliation qui figurent dans le contrat de financement entre la SPV et la banque.

3.3.3. Ces risques sont particulièrement élevés pour les collectivités locales

Pour les collectivités locales, qui ne disposent pas toujours de ressources internes suffisantes pour négocier avec des entreprises disposant de nombreux conseils, le recours aux PPP est source de risques juridiques et financiers particulièrement élevés.

Les clauses des contrats se caractérisent souvent par leur complexité et leur opacité. À titre d'exemple :

- ♦ **en cas de contentieux**, certaines clauses font peser un risque de résiliation particulièrement coûteux (*cf. supra*, avec l'exemple de la commune de Saint-Laurent-Médoc) ;
- ♦ **en matière de financement**, les contrats comportent rarement des éléments chiffrés – ou tout du moins des ordres de grandeur indicatifs – sur les redevances dues par la commune et renvoient à des annexes d'une grande complexité technique. **Ce défaut de transparence de certaines clauses financières a été soulevé récemment par la commune de Chatillon-sur-Chalaronne** (*cf. encadré suivant*).

Encadré 15 : Deux exemples de clauses financières opaques

Le contrat signé par une commune de l'échantillon de 8 200 habitants, comporte des clauses financières peu informatives sur les montants financiers dus par la collectivité. Le chapitre IV relatif aux clauses financières ne mentionne aucune information chiffrée et renvoie systématiquement à un mémoire financier, figurant en annexe du contrat.

La commune de Chatillon-sur-Chalaronne (82) souhaite résilier par anticipation le CP qu'elle a signé en 2007 pour son éclairage public avec la société Citelum (*cf. annexe II*). La présentation qualifiée d'« astucieuse »⁸⁴ de la clause de financement des travaux du poste G4 **porte à croire que le taux indiqué est fixé à 4,61 %, alors qu'il n'est que purement indicatif** et déterminé à l'engagement de chaque tranche. Comme le souligne le cabinet d'avocats auquel la commune a eu récemment recours, « le consentement donné par la commune à la souscription du contrat est donc susceptible d'avoir été vicié, soit par erreur, soit par dol ».

⁸⁴ Délibération du Conseil municipal de Chatillon-sur-Chalaronne du 16 avril 2012.

Rapport

Force est de constater que le rôle de conseil et de contrôle assuré par les services de l'État ne constitue pas un appui juridique suffisant ou permettant de minimiser le risque contentieux des collectivités (cf. annexe II) :

- ◆ **la MAPPP n'est saisie que d'une minorité de projets**, que ce soit pendant la phase de négociation des contrats ou pour l'émission d'un avis sur le rapport d'évaluation préalable, qui reste facultatif pour les collectivités locales ;
- ◆ **le contrôle de légalité est effectué de manière très approximative**, sur un type de contrat qui relève pourtant des actes prioritaires de la stratégie nationale en matière de contrôle de légalité⁸⁵ ;
- ◆ **le contrôle budgétaire des services de la préfecture s'apparente surtout à un contrôle de régularité** et de bonne mise en œuvre des règles d'enregistrement budgétaire et comptable, et ne porte pas sur la soutenabilité budgétaire du recours aux PPP ;
- ◆ **les services des directions départementales et régionales des finances publiques ne sont jamais sollicités par les collectivités, en dépit de leur activité de conseil**. Ils ne sont qu'exceptionnellement interrogés par les services de la préfecture. Par ailleurs, les **missions d'expertise économique et financière (MEEF)**, qui ont vocation à réaliser des prestations d'expertise sur les projets d'investissement public, **ne sont encore saisies que rarement de missions relatives aux PPP**.

Proposition n° 16 : Sécuriser les collectivités locales en les appuyant en cas de recours à un PPP

Afin de sécuriser les collectivités locales dans leur utilisation des PPP, et tout en respectant le principe constitutionnel de leur libre administration, la mission recommande :

- ◆ **une expertise systématique des projets des collectivités locales par la MAPPP** ; cette proposition, que la plupart des services et des élus des collectivités rencontrées ont jugée pertinente et utile, permettrait de **sécuriser davantage le recours à ce type de contrat. La MAPPP rendrait alors un avis non liant** sur les projets, de manière à documenter au mieux la décision locale d'investissement, en laissant toute latitude aux exécutifs locaux pour agir de manière autonome, dans le respect du principe de libre administration des collectivités territoriales. Afin que cet avis constitue **un soutien et non un frein dans un processus d'ores et déjà long et complexe, le délai d'instruction de la MAPPP** serait strictement limité ;
- ◆ **une saisine systématique de la MEEF, de manière à ce qu'elle rende un avis non liant sur la soutenabilité budgétaire des investissements envisagés**. Les conséquences budgétaires d'un PPP n'étant pas identiques à celles d'autres modalités de commande publique, elles mériteraient en effet d'être documentées en amont, avant que la collectivité ne s'engage sur plusieurs décennies ;
- ◆ **une clarification de la fonction du contrôle de légalité**. Une grille de contrôle standardisée, recensant les différents points sur lesquels le contrôle doit porter, pourrait être diffusée aux préfectures.

⁸⁵ Circulaire du ministère de l'Intérieur du 25 janvier 2012 relative à la définition des actes prioritaires en matière de contrôle de légalité ; circulaire du ministère de l'Intérieur du 9 mai 2012 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales.

Proposition n° 17 : Aider les collectivités ultramarines à structurer leur organisation et expertise en matière de commande publique

La situation particulière des collectivités d'outre-mer explique leur appétence pour l'utilisation des PPP (cf. annexe II):

- ◆ **les besoins en équipements publics sont importants⁸⁶**, notamment dans les territoires faisant face à une croissance démographique très dynamique ;
- ◆ **les contraintes environnementales** compliquent les investissements et peuvent justifier le recours à des contrats globaux ;
- ◆ **les services des collectivités éprouvent parfois des difficultés à assurer la maîtrise d'ouvrage de leurs projets et à en assurer la gestion ;**
- ◆ les difficultés budgétaires et financières expliquent que plusieurs collectivités souhaitent **déconsolider une partie de leur dette, lisser leurs dépenses d'investissement sur plusieurs années, comme les autres collectivités de métropole**, mais également qu'elles s'efforcent de **rechercher des solutions alternatives au financement bancaire direct, qui leur est souvent fermé.**

Cependant, les particularités du contexte ultramarin accentuent considérablement les risques juridiques et financiers des PPP :

- ◆ **l'utilisation du PPP comme une réponse aux besoins de financement des collectivités est porteuse de risques**, la charge financière étant certes différée et lissée, mais également accrue et rigidifiée ;
- ◆ **la situation de quasi-monopole des opérateurs privés locaux réalisant des contrats globaux ne permet pas de réunir les conditions d'une mise en concurrence satisfaisante**, pèse sur les prix et sur la répartition des risques. Dans ce contexte, le coût prévisionnel global des PPP se révèle souvent plus important que celui de la MOP ;
- ◆ **le manque de ressources et d'expertise internes ne permet pas d'assurer une négociation et un suivi efficaces de contrats aussi complexes et risqués ;**
- ◆ **les demandes de garanties publiques formulées par les banques** font porter le risque financier par la personne publique au risque de dénaturer l'équilibre du contrat ;
- ◆ **les coûts de transaction, notamment des AMO, sont surenchéris par les frais de déplacement** de sociétés se situant pour la plupart en métropole.

Le recours aux PPP nécessite que **les collectivités ultramarines bénéficient d'une expertise de qualité sur ce type de contrat**, qui ne soit pas détachée du contexte particulier de leurs territoires. La mission recommande ainsi :

- ◆ la création d'un pôle « outre-mer » au sein de la MAPPP rénovée (cf. *infra*), qui soit entièrement dédié à l'appui à la commande publique des collectivités ultramarines ;
- ◆ un versement **des subventions de l'État et de l'Union européenne aux projets de PPP ultramarins conditionné à la sécurisation de ceux-ci.** L'obtention d'un avis favorable du pôle outre-mer de la MAPPP sur les projets de PPP pourrait ainsi être exigée.

⁸⁶ Rapport du 3 octobre 2012 fait au nom de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, par M^{me}. Ericka Bareigts, sur le projet de loi relatif à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives à l'outre-mer.

3.4. Les incertitudes persistantes sur l'efficacité du recours aux PPP doivent être rapidement levées

Au-delà des difficultés juridiques, la principale menace qui pèse sur les PPP est l'absence complète de certitude sur leur efficacité réelle, en termes de :

- ◆ **maîtrise des coûts de construction et d'exploitation**, par rapport à la loi MOP ;
- ◆ **supériorité des gains théoriques du PPP** (gains de productivité diminuant les délais et les coûts d'investissement et d'exploitation ; efficacité liée à la coordination de la conception, de la réalisation et de la maintenance de l'ouvrage ; minimisation des risques d'interface) **par rapport à ses coûts** (rigidité du programme fonctionnel sur une durée longue ; moindre intensité concurrentielle ; surcoût associé au financement bancaire) ;
- ◆ **qualité du service fourni par le prestataire, et adéquation avec la qualité prévue dans le contrat.**

Ces incertitudes sont d'autant plus dommageables qu'elles sont connues depuis longtemps⁸⁷ et que les premiers contrats de PPP sont entrés en exploitation.

3.4.1. Les évaluations disponibles sur l'efficacité des PPP sont peu nombreuses, et ne permettent pas de conclure sur le rapport qualité-prix du dispositif

L'absence d'évaluations *ex post* systématiques des projets de PPP a conduit la mission à procéder à une revue des travaux et données existants. Ceux-ci ne fournissent que des données partielles et provisoires sur la performance des PPP, notamment de leur efficacité par rapport à d'autres montages possibles :

- ◆ **des travaux concordants mettent en évidence une capacité de maîtrise des délais de réalisation** : ainsi, selon une étude conduite par le cabinet PriceWaterHouseCoopers en 2011, 71 % des projets réalisés en PPP respecteraient les délais contractuels de réalisation ;
- ◆ **la même étude dresse un bilan plus nuancé du respect des coûts d'investissement**. Seuls 53 % des projets étudiés ont respecté le budget d'investissement initialement prévu dans le contrat ; ces surcoûts sont liés à des demandes de modification de la personne publique dans 55 % des cas ;
- ◆ **la prévisibilité des coûts et des délais de construction constitue un motif de satisfaction pour les personnes publiques**, selon une étude réalisée par la chaire d'économie des PPP (EPPP) de l'université Paris-I Panthéon-Sorbonne en 2012 ;
- ◆ **en phase d'exploitation, la satisfaction des acheteurs publics est en revanche plus mitigée** : seules 50 % des personnes publiques interrogées jugent les contrats globalement performants ou très performants.

La mission a rassemblé les données et travaux produits par certains ministères fortement impliqués dans la réalisation de PPP. Au ministère de la justice notamment, l'évaluation de la performance des PPP est facilitée par l'existence de données collectées par l'APIJ et par l'existence de différents types de montages réalisés dans le secteur pénitentiaire. Ces évaluations ne permettent pas de conclure catégoriquement sur le rapport qualité-prix des ouvrages construits en PPP (*cf. annexe IV*) :

⁸⁷ Cf. par exemple Cour des comptes, *Les partenariats public-privé pénitentiaires*, octobre 2011.

Rapport

- ◆ **le délai global de réalisation en PPP est inférieur d'en moyenne quatorze mois au délai constaté dans le cadre de marchés de conception-réalisation.** Les délais de conception et de travaux, inférieurs d'en moyenne 21 mois, viennent compenser des délais d'élaboration du contrat supérieurs d'environ 7 mois ;
- ◆ **en revanche, ces données font apparaître des coûts de production beaucoup plus élevés en PPP qu'en conception-réalisation, d'en moyenne +25 %.** Cet écart de coût pourrait provenir, d'une part, du surinvestissement réalisé par la personne privée pour améliorer les conditions de maintenance de l'ouvrage et, d'autre part, de la tarification du transfert des risques de construction par le partenaire ;
- ◆ **en période d'exploitation, les données recueillies par l'APIJ mettent en évidence des coûts unitaires moindres des prestations externalisées dans le cadre d'un PPP par rapport aux services en gestion déléguée ou assurés en régie.** C'est notamment le cas des prestations de services bâtimentaires, dont le coût annuel moyen au mètre-carré est inférieur de 10 % en PPP par rapport au contrat en gestion déléguée. De même, le coût moyen des services à la personne est inférieur de 8 % par rapport aux contrats de gestion déléguée.

Proposition n° 18 : Réaliser systématiquement des évaluations <i>ex post</i> des PPP

Seule une évaluation rigoureuse des contrats de partenariat, prévue dès le lancement du projet et réalisée après la livraison de l'ouvrage et à divers stades d'exécution du contrat, permettrait d'établir un diagnostic clair et objectif sur l'efficacité des PPP. Actuellement, aucun dispositif n'a été envisagé à cet effet, à l'exception néanmoins **des infrastructures de transport⁸⁸**. **La mission recommande donc qu'un protocole d'évaluation soit élaboré pour l'ensemble des contrats en cours et à venir.** Il devrait prévoir une évaluation séquentielle au long de la réalisation du projet, comprenant :

- ◆ **l'évaluation du projet dès la fin de la phase de construction,** portant sur la qualité des ouvrages construits, sur leur conformité au programme fonctionnel, sur les coûts et délais définitifs de construction et sur le plan de financement ; cette évaluation permettrait de renforcer l'expertise des acheteurs publics et la fiabilité des futures évaluations préalables ;
- ◆ **l'évaluation du projet en cours et en fin de contrat,** portant sur les coûts en exploitation, sur la qualité de l'exécution des prestations de service, ainsi que l'évaluation de l'état de l'ouvrage et de sa valeur patrimoniale.

3.4.2. L'efficacité des PPP repose largement sur la pression concurrentielle s'exerçant lors de la procédure d'attribution du contrat

Une des conditions de l'efficacité des PPP, au-delà de l'organisation de l'acheteur public, est l'existence d'une intensité concurrentielle suffisante. Or, celle-ci est fréquemment citée comme un sujet de préoccupation.

⁸⁸ Les infrastructures de transport sont soumises à une obligation d'évaluation *a posteriori*, dans un délai cependant non concordant avec la durée du CP. La loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs (LOTI) a en effet prévu la réalisation d'un « bilan des résultats économiques et sociaux » pour les grands projets d'infrastructure « établi au plus tard cinq ans après leur mise en service ». En raison du caractère récent du dispositif, aucun CP n'a été évalué à la date de la mission.

D'une part, plusieurs éléments suggèrent que le niveau de concurrence sur le marché des PPP, sans être manifestement insuffisant, demeure limité. Le marché français est en effet caractérisé par un nombre restreint d'acteurs de grande taille actifs sur le segment des PPP, où s'illustrent principalement les trois majors du BTP (Vinci, Eiffage et Bouygues). De même, **le nombre de participants aux procédures de passation des PPP demeure limité** : dans le cadre d'une procédure de dialogue compétitif, le nombre de candidats s'élève à cinq en moyenne et le nombre de participants au dialogue à trois. Dans certains cas, un seul candidat a participé au dialogue, ce qui ne peut que nuire à l'efficacité de la procédure.

D'autre part, plusieurs facteurs intrinsèques aux PPP sont susceptibles de limiter la concurrence. La complexité des projets, et leur taille importante (en moyenne, 72 M€ d'investissement), ne les rend ainsi accessibles qu'aux moyennes et grandes entreprises faute d'allotissement. En outre, les délais des procédures de passation sont particulièrement longs – en moyenne de 473 jours – générant des coûts élevés pour les candidats.

Si l'intensité concurrentielle des marchés de PPP n'a été remise à ce jour en question par aucune procédure administrative, elle justifierait néanmoins que les acheteurs publics s'interrogent sur leurs pratiques :

- ◆ **l'extrême complexité des projets**, et notamment le recours à des concours d'architecture impliquant le dépôt de plusieurs projets pour chaque candidat, **ne peut qu'être source de surcoûts et favoriser les candidats de taille importante** ;
- ◆ **le démarchage d'entreprises n'appartenant pas au cercle étroit des majors du BTP devrait être systématisé.** Le recours à des entreprises étrangères, ou à des assembleurs construisant une offre autour de services, et plus seulement autour de la construction, permettrait ainsi d'accroître le nombre de candidats ;
- ◆ **le recours à des petites et moyennes entreprises (PME) reste trop faible** :
 - **l'effet d'éviction dont seraient victimes les PME** a suscité à la fois des craintes de la part des entreprises, représentées au sein du syndicat national du second œuvre (SNSO) – grand pourvoyeur de recours contentieux contre les CP⁸⁹ –, mais également de la part de certains élus locaux, en particulier de l'association des régions de France (ARF)⁹⁰ ;
 - **dans les faits, l'obligation de sous-traitance imposée aux titulaires des CP par l'ordonnance de 2004 est appliquée de manière hétérogène.** Le taux de sous-traitance mis en évidence sur un échantillon de 89 contrats s'élève à 28 % en moyenne (*cf. annexe IV*) ;

Afin de renforcer l'effectivité de la sous-traitance en faveur des PME, **il pourrait être envisagé d'introduire dans les contrats une pénalisation systématique des titulaires en cas de non-respect de ces obligations.**

⁸⁹ Le SNSO considère notamment que le recours aux CP tend à priver les PME d'accès direct à la commande publique, puisque ces marchés globaux sont difficilement accessibles faute d'allotissement.

⁹⁰ À l'occasion du renouvellement de la charte des services publics locaux, le 3 octobre 2012, le président de l'ARF a critiqué le recours aux CP qui ne permet pas, à ses yeux, aux PME ou aux entreprises de taille intermédiaire de candidater.

3.4.3. L'efficacité suppose également qu'après la signature du contrat les acheteurs publics se positionnent dans la durée en contrôleurs de la performance

L'achèvement de la phase de dialogue compétitif, et l'attribution du contrat à l'un des candidats, ne signifie pas que l'acheteur public doive réduire son implication dans le projet. Au contraire, son attention doit être renforcée vis-à-vis du partenaire privé, et son rôle doit évoluer de manière à garantir une application efficace d'un contrat.

Or, la mission a pu constater que le contrôle de l'exécution des contrats et l'évaluation de l'efficacité de leur mise en œuvre étaient actuellement très insuffisants et perçus comme non-prioritaires par certains des acheteurs publics de l'État ou des collectivités locales (cf. annexes II et VII). Ceux-ci considèrent parfois que le risque d'image encouru par le cocontractant, en cas d'échec du projet, constitue une corde de rappel efficace et suffisante pour le discipliner. Or, l'expérience montre que ce risque réputationnel ne constitue en rien une protection. À titre d'exemple, l'échec du contrat de partenariat relatif à la billetterie du château de Versailles, qui s'est traduit par la résiliation aux torts du groupement privé le 23 mai 2008 et par un contentieux, actuellement en cours d'instruction, n'a pas empêché cette société de conclure avec l'État d'autres marchés publics (cf. annexe VII).

Proposition n° 19 : Faire de l'acheteur public un contrôleur de la performance après la signature du contrat

Pour éviter que le service fourni par le prestataire ne corresponde pas à la qualité prévue dans le contrat, et que l'acheteur public surpaise une prestation dont il ne bénéficierait pas, le contrôle de l'exécution du contrat est indispensable :

- ◆ **l'acheteur public doit continuer de disposer d'une capacité d'expertise et de suivi des projets.** Il doit être organisé de manière à s'assurer que toutes les obligations contractuelles sont remplies, à négocier dans des conditions optimales d'éventuels avenants et à faire face à l'éventualité d'un contentieux ;
- ◆ **en amont de la livraison de l'ouvrage, la personne publique doit pouvoir contrôler l'avancement des travaux,** et demander, le cas échéant, au partenaire privé de corriger des anomalies. La mission recommande donc que des clauses permettant à la personne publique d'accéder au chantier soient prévues dans le contrat ;
- ◆ **les obligations de qualité et de performance attendues du partenaire privé doivent être fixées dans le contrat, avec des indicateurs précis et objectivables.** La détermination de ces aspects est fondamentale notamment s'agissant des obligations d'entretien-maintenance, la période d'exploitation représentant dans la plupart des cas près de 70 % de la durée totale du contrat ;
- ◆ **pour s'assurer du respect de ces obligations, l'acheteur public doit mettre en place un système de suivi des performances.** Ce contrôle, s'il se veut précis, peut être fortement consommateur en temps et en effectifs ;
- ◆ **enfin, les pénalités doivent être utilisées comme un levier d'action effectif sur le partenaire.** Le niveau des pénalités, qu'elles soient liées à un retard dans la mise à disposition des ouvrages ou à la phase d'exploitation, doit donc faire l'objet d'une attention particulière (cf. encadré suivant).

Encadré 16 : Des pratiques en matière de pénalité hétérogènes et à l'efficacité incertaine

Les contrats prévoient que les prestataires privés respectent de manière impérative, sous peine de pénalités, des critères de performance. Ces pénalités apparaissent très hétérogènes selon les contrats, et pas toujours utilisées efficacement.

1/ L'hétérogénéité des pénalités en cas de retard de la livraison des bâtiments

La pénalité journalière en cas de retard de la livraison des ouvrages est fréquemment fixée à 1/365^{ème} de la somme des redevances correspondant à l'investissement et à son financement. Les montants de pénalité par jour de retard apparaissent cependant :

- **particulièrement faibles dans certains contrats.** Ainsi, le contrat du projet Balard (30 mai 2011) prévoit, pour un investissement d'environ 780 M€, une pénalité de 86 703 € jusqu'au 30^{ème} jour, puis de 130 055 € par jour de retard. La pénalité représente ainsi 3/10 000^{èmes} de la fraction des coûts d'investissement ;
- **hétérogènes suivant les contrats :**
 - le contrat de partenariat du Zoo de Vincennes (24 février 2010) prévoit, pour un investissement d'environ 135 M€ HT, une pénalité de 27 000 € HT par jour de retard ;
 - le contrat de partenariat de l'université de Versailles Saint-Quentin (2 octobre 2009) prévoit, pour un investissement d'environ 50 M€ HT, une pénalité de 33 000 € HT par jour de retard.

Pour un montant d'investissement initial de près de trois fois supérieur, le premier contrat prévoit ainsi une pénalité journalière en cas de retard dans livraison des bâtiments inférieure de près de 20 % à celle prévue dans le second contrat.

2/ Le retour d'expérience sur les pénalités en phase d'exploitation demeure fragmentaire

L'efficacité des acheteurs publics dans leur utilisation des pénalités est sujette à caution. Quoi qu'il en soit, l'efficacité des pénalités dépend, outre de leur niveau, de la rapidité avec laquelle elles sont utilisées. La crédibilité de la personne publique, notamment en cas de négociation d'avenant ou de contentieux, tient pour partie à sa capacité à sanctionner les manquements du cocontractant en activant les pénalités. Il peut ainsi être difficile pour l'administration de justifier certains griefs si, tout au long de son exécution, les pénalités encourues par le partenaire n'ont pas été systématiquement calculées, notifiées et appliquées.

Pour l'administration pénitentiaire, le montant des pénalités infligées sur les AOT-LOA s'élevaient en 2010 à 0,33 % du montant des loyers⁹¹. Malgré la faiblesse apparente de ces pénalités, la Cour des comptes estimait qu'elles suffisaient à mettre le cocontractant sous tension.

Pour leur part, les collectivités se montrent souvent réticentes à appliquer des pénalités à l'opérateur, par souci de ménager de bonnes relations avec lui. Sur l'échantillon de collectivités rencontrées par la mission, seul un exemple d'application de pénalités a pu être observé. La ville d'Arcachon, dans le cadre du CP qu'elle a signé pour l'éclairage public, a en effet décidé d'appliquer le montant maximum de pénalités dès la première année du contrat, soit 150 000€, pour une série de manquements et de non-atteinte des objectifs de performance.

Proposition n° 20 : Charger les corps d'inspection de réaliser des audits ponctuels permettant de vérifier l'efficacité des contrats et de disposer de retours d'expérience

Par ailleurs, il serait utile que les corps d'inspection des différents acheteurs publics procèdent, de manière ponctuelle, à des audits s'assurant de l'efficacité des PPP conclus. De tels audits, qui auraient l'avantage de renforcer l'expertise des pouvoirs adjudicateurs, pourraient porter sur la qualité et le niveau de coût des prestations de service, sur le dispositif de contrôle mis en place par la personne publique et sur la manière dont celle-ci fait « vivre » le contrat (politique de pénalités ; aménagement du contrat, notamment mise en concurrence des prestataires de service, etc.)

⁹¹ Cour des comptes, *Les partenariats public-privé pénitentiaires*, octobre 2011.

4. La rénovation du cadre de recours aux PPP doit être l'occasion de moderniser la commande publique

4.1. Une doctrine d'utilisation des PPP recentrant leur usage pourrait être définie autour des axes identifiés par la mission

L'ensemble des constats précédents amènent à considérer que certains services publics, types de projets ou acheteurs publics sont peu adaptés à la conclusion de PPP. Afin de sécuriser l'utilisation de ces instruments de commande publique, la mission recommande la formalisation d'une stratégie de recours aux PPP, qui pourrait faire l'objet d'une circulaire du Premier ministre ; six axes pourraient constituer son ossature.

Proposition n° 21 : Formaliser une doctrine d'utilisation des PPP

En premier lieu, la complexité des PPP fait peser sur des acheteurs publics inexpérimentés ou mal organisés des risques très importants (*cf. supra*). Par conséquent, il est primordial, pour les projets de l'État, que la négociation et le suivi des projets soient effectués par des équipes spécialisées, rattachées à l'administration centrale. Au-delà des PPP, une telle organisation serait par ailleurs souhaitable pour l'ensemble des grands investissements de l'État.

En second lieu, la rigidité inhérente aux contrats de partenariats public-privé rend cet outil peu approprié à certains services publics trop évolutifs. C'est notamment le cas des domaines hospitalier et médico-social, où la rigidité des contrats risque de figer le bâtiment et son exploitation, de générer des surcoûts importants ou de limiter les possibilités d'économies. Dans les domaines où l'exigence de mutabilité du service public est forte, les investissements doivent être réalisés prioritairement avec d'autres instruments de commande publique.

En troisième lieu, dans les cas où le transfert de la maîtrise d'ouvrage au cocontractant n'est pas effectif dans les faits, ou risqué, le recours aux PPP doit être abandonné. En effet, la connaissance du métier de la personne publique apparaît parfois superficielle pour des activités associant un caractère exceptionnel et une grande spécificité technique, et le transfert de la maîtrise d'ouvrage s'avère alors artificiel. Or, ce transfert au cocontractant constitue l'un des éléments fondamentaux d'un PPP, qui doit permettre des gains de productivité. À ce titre, l'exemple de la billetterie du Château de Versailles montre qu'un transfert dans le cadre de projets de système d'information (SI) est particulièrement complexe et risqué (*cf. encadré suivant*).

Encadré 17 : La délicate délégation de la maîtrise d'ouvrage dans le projet de la billetterie du château de Versailles

Le CP signé par l'établissement public du château de Versailles (EPV) le 8 février 2007 illustre la difficulté de déléguer la maîtrise d'ouvrage pour un projet informatique de grande ampleur touchant les métiers clefs de la personne publique. Le CP visait à confier, dans le cadre du projet stratégique du « Grand Versailles », la conception et l'exploitation d'un système d'informations (SI) assurant la gestion des publics, la billetterie, les réservations et diverses prestations associées. Le recours au PPP était notamment motivé par la complexité du projet.

Environ 130 personnes, sur les 900 que compte l'EPV, étaient concernées par la réorganisation des métiers liée au projet de SI. La compréhension des besoins de l'EPV par le groupement privé ne pouvait se limiter au programme fonctionnel. Des spécifications détaillées devaient être fournies par

Rapport

l'EPV au groupement privé, ce qui a conduit à une organisation en « mode projet » de la part de l'EPV. Dans les faits, le cocontractant n'assumait que partiellement la maîtrise d'ouvrage et s'en remettait trop fréquemment à l'EPV pour l'avancement du projet. Ces difficultés à prendre la mesure des besoins et à saisir les spécificités de l'activité de l'EPV expliquent en partie l'échec du projet et la résiliation unilatérale du contrat le 23 mai 2008.

En quatrième lieu, **le recours aux PPP pour de grands projets présentant une forte complexité ou un caractère atypique doit également être envisagé avec prudence.** Si la mission ne remet pas en cause l'utilisation du PPP pour des projets complexes, elle recommande néanmoins aux acheteurs publics de limiter la multiplication des spécificités techniques à leur projet, ou l'imposition de contraintes trop fortes aux candidats (par exemple, dans le cadre d'un concours d'architecte). De telles ambitions sont à la fois risquées, néfastes à l'exercice d'une concurrence effective et, *in fine*, particulièrement coûteuses pour les finances publiques.

En cinquième lieu, **le recours au modèle concessif, qui est un autre mode de gestion déléguée, doit être privilégié dès lors que l'utilisateur est susceptible de financer le bien qu'il utilise.** En effet, la délégation de service public présente un double avantage : d'une part, elle ne fait pas reposer son financement sur le contribuable ; d'autre part, elle a la vertu de transférer le risque d'exploitation au secteur privé, ce qui a un caractère disciplinant indéniable⁹².

En dernier lieu, il conviendra, à l'avenir, d'éviter de réaliser des PPP trop petits, dont la rentabilité pour la personne publique est incertaine.

Proposition n° 22 : Rendre obligatoire le respect des critères de complexité et de bilan pour les PPP dont le montant d'investissement est inférieur à 20 M€

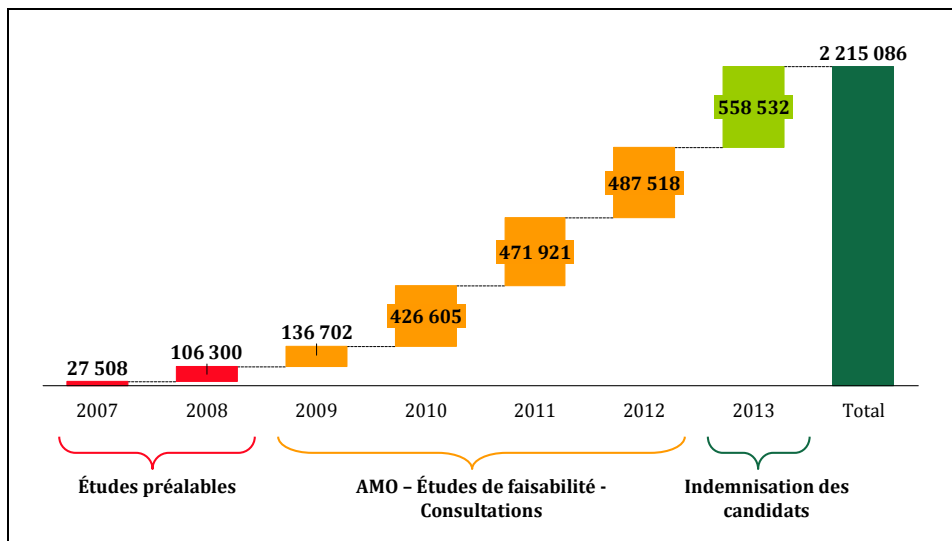
En effet, il apparaît que les montages de type PPP ne sont appropriés que pour les projets de taille importante. Les PPP se traduisent en effet par des coûts fixes élevés, qui ne peuvent être amortis que dans le cas d'investissements suffisamment importants⁹³ :

- ♦ **d'une part, les frais associés à la mise en place d'une société de projet sont significatifs** (*cf. annexe V*). D'après la société Natixis Lease, ces frais s'élèveraient, pour un projet de 40 M€, à 1 M€ pour le montage de la SPV et la structuration initiale du financement, et de 100 à 300 k€ en exploitation pour la gestion du contrat, liés notamment aux obligations comptables et d'audit de la société ;
- ♦ **d'autre part, pour réaliser leur projet de PPP, les acheteurs publics recourent de manière massive et coûteuse à des assistants à maîtrise d'ouvrage (AMO) financiers, juridiques et techniques**, pour les assister aux différents stades de la procédure. Si la complexité des PPP justifie un recours systématique à des AMO, il en résulte un coût très important. Le CP porté par la ville d'Orléans pour la construction de la salle omnisports ARENA offre un exemple des coûts de transaction entendus au sens large. Ils représentent ainsi un total de plus de 2,2 M€, sur un coût global évalué à plus de 100 M€, au sein duquel les AMO représentent plus de 850 000 €. Ces dépenses se sont échelonnées sur une période de 6 ans, alors même que le contrat n'est pas encore signé et que d'autres dépenses seront engagées (*cf. graphique suivant*).

⁹² Ainsi, lorsque les projets ne sont pas rentables, le secteur privé ne les réalise pas (en théorie).

⁹³ Selon la plupart des personnes interrogées par la mission, ce seuil peut être estimé autour de 20 M€ d'investissement.

Graphique 8 : Décomposition des coûts de transaction du projet ARENA de la ville d'Orléans



Source : Ville d'Orléans – Retraitements mission.

Au total, les PPP sont adaptés à des projets de taille relativement importante (jusqu'à un certain point), complexes, peu susceptibles de connaître des évolutions dans le temps et bénéficiant de manière indéniable de l'apport d'expertise du secteur privé.

4.2. Les apports des contrats globaux pourraient être davantage exploités

4.2.1. Les gains résultant du dialogue compétitif devraient être maximisés

Les entretiens menés par la mission ont tous systématiquement conclu à la supériorité du dialogue compétitif sur les procédures traditionnelles de commande publique (cf. annexes II et VII). Cette modalité de passation des contrats apparaît même comme l'un des principaux avantages du recours aux PPP, pour nombre d'acheteurs publics nationaux ou locaux. Les principaux arguments avancés en faveur de cette procédure sont les suivants :

- ◆ **le décloisonnement du dialogue avec les partenaires privés** autour d'un interlocuteur unique, par contraste avec les appels d'offre en loi MOP qui reposent sur une décomposition des commandes par lots ;
- ◆ **l'émergence de solutions innovantes et créatives**, à l'initiative des candidats, permettant à la personne publique de bénéficier de l'expertise technique du secteur privé, et **l'amélioration des propositions des candidats tout au long du dialogue** ;
- ◆ **l'obligation, pour la personne publique, de raisonner en fonction de ses besoins et non en fonction des moyens ou des solutions qu'elle present** ;
- ◆ **l'intégration de la dimension « maîtrise d'œuvre » et du volet architectural dans le dialogue d'ensemble**, évitant la dérive des coûts souvent observée en MOP entre la phase de conception architecturale et la phase de construction ;
- ◆ **la souplesse de la procédure**, dépourvue de limites en termes de durée et de nombre de phases.

Proposition n° 23 : Négocier les PPP, sauf cas exceptionnels, sous le régime du dialogue compétitif ; limiter le recours aux procédures d'appel d'offre et de procédure négociée à des projets relativement simples

Compte tenu de ces nombreux avantages, la mission propose de généraliser le recours au dialogue compétitif pour les contrats globaux (cf. annexe VI).

Les gains résultant du dialogue compétitif ne sont toutefois pas automatiques. Afin d'aboutir à une rédaction du contrat précise et préservant les intérêts de la personne publique, la bonne conduite du dialogue compétitif par le pouvoir adjudicateur est essentielle. Le rapport de force doit être aussi favorable que possible à la personne publique, et les asymétries d'information en faveur des candidats doivent être faibles :

- ◆ la personne publique doit être en mesure de contre-expertiser les offres qui sont faites, en particulier les coûts ;
- ◆ inversement, la personne publique ne doit pas afficher trop clairement ses objectifs de prix, de manière à ne pas instaurer un seuil « plancher » pour les offres des candidats ;
- ◆ le niveau de concurrence doit être suffisamment élevé et effectif, de manière à faire baisser les prix et à augmenter la qualité des offres.

Proposition n° 24 : Maximiser les gains du dialogue compétitif en ne rendant pas publics les objectifs de coûts et de loyers des projets

Or, certains acheteurs publics communiquent aux candidats un montant prévisionnel de loyer qu'ils sont prêts à payer. Cette pratique fait courir le risque que les offres soient d'un montant trop élevé par rapport à la qualité des prestations fournies, ou qu'elles comportent des prestations superfétatoires. Les candidats ayant connaissance de la capacité financière de la personne publique n'ont en effet pas intérêt à réduire le coût de leur offre, mais plutôt à jouer sur l'éventail des services proposés. De fait, tous les projets pour lesquels un montant cible d'investissement et de loyer a été communiqué, ou était reconstituable par les candidats, s'est traduit par des offres proches de ces montants ; ce constat peut suggérer que la concurrence entre candidats a été faible sur les prix.

Les pouvoirs adjudicateurs devraient à l'avenir éviter de communiquer le montant prévisionnel de loyer qu'ils seraient en capacité de payer pour le financement d'un contrat de PPP, et ce afin de laisser jouer pleinement la concurrence, notamment sur le prix des offres finales proposées. De même, le coût prévisionnel apparaissant dans l'évaluation préalable ne devrait pas être rendu public.

4.2.2. L'accès à tous les types de contrats globaux gagnerait à être assoupli

Afin de permettre aux acheteurs publics de disposer de toute la palette des instruments juridiques entre la loi MOP et la DSP, la mission suggère d'assouplir le recours aux contrats globaux du code des marchés publics (conception-réalisation, conception-réalisation-exploitation-maintenance, réalisation-exploitation-maintenance). À ce titre, deux orientations apparaissent importantes.

Proposition n° 25 : Faciliter l'accès au contrat de partenariat par une réduction du périmètre obligatoire de son objet

Afin d'introduire plus de souplesse et de faciliter l'acceptabilité de la proposition consistant à limiter les montages de type PPP aux seuls CP (*cf. supra*), **il pourrait être opportun de réduire le périmètre obligatoire du CP pour le rendre plus modulable et mieux adapté à chaque type de projet**. Actuellement, l'objet du CP comporte nécessairement une mission de financement, une mission de construction ou de transformation et une mission d'entretien, de maintenance, d'exploitation ou de gestion de l'ouvrage. Seules la conception et les prestations de service sont optionnelles.

L'objet obligatoire du contrat de partenariat est ainsi plus étendu qu'un BEA ou un BEH, et peut s'avérer trop large pour des projets de taille moyenne. De plus l'intérêt économique d'inclure dans des contrats de long terme des prestations sans impact sur l'intégrité physique des ouvrages (nettoyage, sécurité, petite maintenance) est discuté⁹⁴.

Proposition n° 26 : Élargir les conditions de recours aux marchés globaux soumis au code des marchés publics

En outre, la mission recommande d'élargir les conditions de recours aux marchés globaux soumis au code des marchés publics, qui peuvent constituer une alternative intéressante au CP, en particulier lorsque le coût du financement privé est élevé.

L'accès aux marchés globaux s'avère très restreint en l'état actuel du droit. À titre d'exemple, le recours à un marché global associant les missions de conception-direction et d'exécution des travaux n'est possible que « *lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* » (article 18 de la loi MOP).

Dans la perspective d'une unification des instruments juridiques de type PPP et dans un contexte de renchérissement du financement privé, l'utilité des contrats globaux pourrait être croissante pour les acheteurs publics.

Un mouvement d'assouplissement a déjà été entrepris. Le décret du 27 août 2011⁹⁵ a introduit dans le code des marchés publics la possibilité de conclure des contrats globaux sur performance afin de limiter la « *fuite* » vers le CP, notamment pour les petits projets. Ces contrats permettent de lier la rémunération du cocontractant au respect de ses engagements en termes de performance. Cependant, si le contrat confie également une mission de conception, les conditions de recours au marché de conception-réalisation définies par la loi MOP doivent alors être remplies.

L'accès à ces marchés globaux pourrait être étendu aux opérations pour lesquelles une évaluation préalable démontrerait que le critère du bilan coûts-avantages de l'opération ou le critère de la complexité, tels que définis pour l'accès au CP, seraient remplis.

⁹⁴ Dans sa révision des *Private finance initiatives* au Royaume-Uni, le Trésor britannique tend à préconiser de sortir le *soft facility management* des futurs contrats de partenariats public-privé.

⁹⁵ Décret n° 2011-1000 du 27 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats de la commande publique, notamment son article 20.

4.3. Plus fondamentalement, le processus de décision en matière de commande publique devrait faire l'objet d'une rationalisation

La mission a pu constater, au cours de ses investigations, que **le processus de décision en matière d'investissement public, en particulier pour les grands projets d'infrastructures, ne permettait pas aux décideurs de prendre leurs décisions sur des fondements objectifs et rationnels (cf. annexe VII). Ces constats ne sont pas nouveaux ; ils ont ainsi été établis à plusieurs reprises, en particulier par la mission d'évaluation des politiques publiques (MEPP)⁹⁶ et par l'IGF⁹⁷.**

Deux étapes correspondant aux deux choix clefs du projet d'investissement doivent être distinguées :

- ◆ **la décision quant à l'opportunité de réaliser l'investissement.** La décision doit se fonder sur une analyse rigoureuse des bénéfices socio-économiques attendus du projet et répondre à la question « *Faut-il réaliser l'investissement ?* » ;
- ◆ **la décision quant au mode de réalisation de l'investissement.** Une fois l'opportunité de l'investissement établie, l'analyse doit conduire au choix de la procédure contractuelle la plus adéquate pour réaliser l'investissement (maîtrise d'ouvrage publique -MOP-, partenariat public-privé -PPP-, délégations de service public -DSP- etc.), et doit répondre à la question « *Comment réaliser l'investissement ?* ».

Afin d'améliorer la politique et la conduite des investissements publics, la mission **estime indispensable d'objectiver à la fois les éléments servant de base à la décision d'investir et le choix du mode de réalisation de l'investissement.**

4.3.1. L'analyse rigoureuse de la rentabilité socio-économique du projet devrait être systématisée avant la décision d'investissement

Au stade de la décision d'investissement, le processus de décision actuel peut apparaître complexe, en particulier en matière d'infrastructures de transport ou d'installations classées pour la protection de l'environnement. Cependant, **comme le soulignent les rapports précités, le processus de décision est insuffisant pour s'assurer de la pertinence des investissements :**

- ◆ **l'analyse de la rentabilité socio-économique des projets,** c'est-à-dire l'analyse de l'utilité sociale d'un projet prenant en compte sa valeur actuelle nette et le coût d'opportunité des fonds publics, **n'entre que de manière très marginale dans la décision d'investissement ;**
- ◆ alors que le choix des grands projets d'investissements publics est désormais sous contrainte budgétaire, **les choix de financement de projets d'infrastructures de transport sont aujourd'hui réalisés au cas par cas,** sans que soient comparés tous les projets possibles ou identifiés les plus prioritaires d'entre eux ;
- ◆ la procédure de décision ne fait pas apparaître de façon suffisamment claire les points d'engagement d'un investissement (« *go/no go* »). **La prise de décision de l'État sur l'opportunité d'un projet n'est jamais formellement ni définitivement actée.**

⁹⁶ *Évaluation des grands projets publics : diagnostic et propositions*, rapport remis par Eric Besson au Premier ministre, novembre 2008.

⁹⁷ *L'État et ses agences : le cas des agences de financement*, rapport IGF n° 2011-M-044-04, février 2012 ; cf. en particulier l'annexe sur l'Agence de financement des infrastructures de transport de France (AFITF).

Proposition n° 27 : S'assurer que la décision de réaliser un investissement public important, en particulier en matière de grandes infrastructures, s'opère sur des bases rationnelles en confiant au commissariat général à l'investissement (CGI) une mission d'expertise de sa rentabilité socio-économique

Dans un contexte où les ressources budgétaires sont rares, et où les investissements doivent être le plus efficaces pour avoir des effets positifs sur la croissance, **il est indispensable de se doter de procédures permettant de prendre en compte l'évaluation socio-économique des projets, en particulier en matière de grandes infrastructures⁹⁸. La rationalisation du processus de décision pourrait s'envisager de la manière suivante :**

- ◆ **un organisme pourrait se voir confier, pour les projets d'investissements les plus significatifs, un rôle de contre-expertise des évaluations socio-économiques proposées par les porteurs de projets.** Cet organisme devant être placé à un niveau suffisamment éloigné des principaux maîtres d'ouvrage pour garantir sa neutralité et sa capacité d'expertise, et devant être interministériel, **il semblerait pertinent qu'il soit logé au sein du commissariat général à l'investissement (CGI)⁹⁹ ;**
- ◆ cet organisme pourrait proposer, à la suite de l'évaluation des études socio-économiques, une **hiérarchisation de la priorité des investissements**, en particulier en matière d'infrastructures de transport ;
- ◆ il pourrait ainsi éclairer la décision d'investissement sur une base technique ; **son analyse ne comporterait pas de dimension normative** dans la mesure où il ne se prononcerait pas sur d'autres critères d'appréciation du projet (opportunité politique, aménagement du territoire, etc.) ;
- ◆ son avis pourrait être rendu public et pourrait intervenir à plusieurs étapes du projet afin de nourrir la concertation menée parallèlement dans les instances de débat public.

4.3.2. Le processus devrait ensuite permettre de recourir au montage juridique le plus approprié pour réaliser l'investissement

Une fois la décision d'investissement actée, plusieurs facteurs concourent à ce que l'instrument juridique de réalisation de l'investissement ne soit pas choisi sur des fondements rationnels :

- ◆ en premier lieu, le caractère unilatéral de l'obligation d'évaluation préalable, pour les seuls PPP, implique que la personne publique n'investit dans celle-ci qu'après avoir acquis la certitude qu'elle souhaite réaliser l'investissement avec ce type de montage. **Dans les faits, l'évaluation préalable constitue donc davantage une étude technique préalable à la réalisation d'un projet en PPP qu'un véritable outil d'aide à la définition du meilleur montage juridique possible ;**
- ◆ **en second lieu, l'évaluation préalable est généralement réalisée par des conseils chargés de l'assistance technique et juridique ;** les marges de ces AMO étant particulièrement importantes en cas d'aboutissement du projet, et de sa réalisation sous la forme la plus élaborée qu'il soit, ceux-ci ont intérêt à ce que les hypothèses retenues dans l'évaluation soient les plus favorables aux PPP ;

⁹⁸ Tous les projets d'investissements publics ne sont certes pas susceptibles de faire l'objet d'une évaluation socio-économique ; c'est par exemple le cas de bâtiments administratifs traditionnels, comme de bureaux. Toutefois, certains projets s'y prêtent, en particulier en matière d'infrastructures de transport ; de même, on pourrait imaginer que les prisons, ou les hôpitaux, puissent également faire l'objet d'une évaluation socio-économique.

⁹⁹ L'extinction progressive des missions actuelles du CGI en matière d'investissements d'avenir permettrait d'envisager cette nouvelle fonction à effectif constant.

Rapport

- ◆ **enfin, le triple rôle confié à la MAPPP est problématique** (cf. encadré suivant). Celle-ci exerce à la fois un rôle de promotion du CP, des fonctions de conseil aux acheteurs publics en matière d'élaboration de CP et une mission d'évaluation des projets. Cette configuration met *de facto* la MAPPP en situation de potentiel conflit d'intérêts.

Encadré 18 : Les difficultés de positionnement de la MAPPP

Dès lors qu'un projet de CP ne respecte pas les critères prévus par l'ordonnance (cf. *supra*), la MAPPP doit arbitrer entre sa fonction de promotion (soutien aux porteurs de projet visant à développer le recours aux CP), sa fonction de conseil (formulation de conseils de modification du projet de manière à lui permettre de respecter les critères de recours) et sa fonction d'évaluation, avec pour risque une moindre rigueur dans l'analyse des projets, ou une introduction de biais favorables au projet.

Dans les faits, ce positionnement n'est pas satisfaisant (cf. annexes III et VII) :

- **seulement six avis négatifs ont été rendus par la MAPP depuis 2005** (sur un total d'environ 180 avis). Pour la MAPPP, cet indicateur n'est pas pertinent, car il ne prend pas en compte les projets inadaptés au CP qu'elle réussirait à faire abandonner ; la mission relève néanmoins que **la MAPPP n'a pas été en mesure de fournir une liste des projets qui auraient été, suite à son intervention, abandonnés en CP ;**
- **la neutralité des avis n'est pas toujours assurée :**
 - **les avis sont fréquemment caractérisés par un biais favorable aux CP**, et généralement avec une acception maximaliste des contrats globaux ;
 - **les avis valident systématiquement l'analyse proposée par l'évaluateur** ; ils valident par exemple les hypothèses de gains de productivité introduites forfaitairement par les évaluateurs ;
 - **ils comportent parfois des arguments en faveur du CP non cités par l'évaluation et ajoutés par l'auteur de l'avis**, dont certains ne sont étayés par aucune référence empirique précise ;
 - enfin, lors des entretiens conduits par la mission, notamment dans les collectivités locales, de nombreux acheteurs publics ont indiqué que la MAPPP leur recommandait les montages en CP, alors même qu'ils avaient des doutes sur l'opportunité d'utiliser cet instrument.

Proposition n° 28 : Rendre obligatoire l'évaluation préalable pour toutes les opérations d'investissement public de plus de 80 M€ et pour tous les acheteurs publics, quel que soit l'instrument de commande publique envisagé

Afin d'éviter qu'une évaluation préalable ne se traduise systématiquement par un recours au PPP, la mission recommande que les exigences méthodologiques et procédurales du contrat de partenariat **soient étendues à tous les instruments de la commande publique** (DSP, marché public, contrats de la commande publique complexe...), **dès lors que le coût du projet serait supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire** (par exemple, 80 M€ d'investissement¹⁰⁰). Cette obligation porterait sur l'ensemble des acheteurs publics (État, établissements publics, hôpitaux, collectivités locales).

L'extension de cette obligation d'évaluation préalable aurait un effet vertueux sur l'ensemble de la commande publique :

- ◆ elle permettrait de replacer l'évaluation préalable comme un outil d'aide à la décision quant aux différents schémas de réalisation possibles de l'investissement ;
- ◆ **en rendant obligatoire la conception des projets en coûts complets** (c'est-à-dire en prenant en compte l'ensemble des dépenses induites par un projet, tout au long de son exploitation), **elle permettrait aux acheteurs publics de se professionnaliser et de prendre leurs décisions sur des bases rationnelles.**

¹⁰⁰ Ce seuil est suffisamment élevé pour éviter une évaluation systématique pour les projets de petite taille des collectivités locales ; entre 50 M€ et 80 M€, un régime d'évaluation préalable simplifiée pourrait être envisagé.

Proposition n° 29 : Élargir les missions d'assistance et de contrôle des évaluations préalables de la MAPPP à tous les instruments de la commande publique

Par ailleurs, pour s'assurer que l'acheteur public recoure au montage juridique le plus approprié pour réaliser son investissement, le rôle de la MAPPP devrait être élargi.

- ◆ **la compétence de la MAPPP gagnerait à être élargie à l'ensemble des montages de type PPP.** Dans le domaine hospitalier ou médico-social, où les BEH et les CP sont soumis à l'avis de l'ANAP, tandis que les CP ne sont soumis qu'à la MAPPP, il semblerait pertinent de confier à la seule MAPPP l'examen de l'ensemble des montages de type PPP ; elle serait donc le seul « organisme expert » au sens de l'ordonnance de 2004 ;
- ◆ **plus fondamentalement, en cas de généralisation de l'évaluation préalable à tous les instruments de commande publique (cf. supra), la MAPPP pourrait être chargée d'assurer leur examen, quelle que soit la nature de l'acheteur public.** Elle pourrait ainsi mettre à profit sa méthodologie et ses capacités de contrôle et mutualiser les bonnes pratiques entre les différents modes de commande publique ;
- ◆ **afin de garantir la neutralité de son analyse, il conviendrait cependant de retirer à la MAPPP le rôle de promotion des CP qu'elle a assumé depuis sa création.**

Afin de conserver au PPP son caractère dérogatoire, et de garantir le principe de libre administration des collectivités locales prévu par l'article 72 de la Constitution, l'avis de la MAPPP n'aurait pas les mêmes conséquences selon les acheteurs publics et les projets :

- ◆ **pour les projets de PPP de l'État, de ses établissements publics et des hôpitaux, l'avis devrait être, comme actuellement, favorable ;**
- ◆ **en revanche, pour leurs projets réalisés sous d'autres formes juridiques, ou pour les projets des collectivités locales, l'avis de la MAPPP ne serait pas « liant ».** Le pouvoir adjudicateur resterait donc libre de son choix final.

L'extension des compétences de la MAPPP nécessite de transformer cette structure, et de renforcer ses moyens (cf. annexe VII). Un objectif cible de 30 à 35 ETP pourrait être retenu pour ces nouvelles missions ; cet effectif cible pourrait être atteint, à coût constant pour les finances publiques, par prélèvement d'ETP sur les plafonds d'emplois des ministères porteurs de projets d'investissement.

Proposition n° 30 : Veiller à neutraliser les biais « administratifs » existants en faveur ou en défaveur de certains instruments de commande publique

Enfin, il conviendrait de conduire une réflexion plus large sur les biais « administratifs » qui peuvent exister en faveur d'un instrument de commande publique ou d'un autre. Comme indiqué *supra*, ceux-ci peuvent être nombreux : les normes budgétaires ou l'interdiction de recours à l'emprunt des ODAC avantagent ainsi les PPP ; inversement, le caractère unilatéral de l'évaluation préalable avantage la loi MOP, etc. Plus généralement, toute modification d'un dispositif existant peut introduire un biais au sein de la commande publique.

De manière à ce que ces biais « administratifs » ne fondent pas la décision de recours à un instrument juridique, et que celui-ci soit choisi pour ses qualités intrinsèques et son adéquation au projet, la mission préconise que la DAJ, la MAPPP et la DB les identifient et les neutralisent.

* *

SYNTHESE DES PRINCIPALES PROPOSITIONS DE LA MISSION

1^{er} axe : Améliorer la connaissance et le suivi des PPP :

Proposition n° 1 : Unifier le cadre juridique des partenariats public-privé (PPP) autour du contrat de partenariat

Proposition n° 2 : Mettre en place un processus plus structuré d'enregistrement et de suivi des PPP au sein des administrations financières

Proposition n° 3 : Créer une annexe budgétaire, jointe annuellement au projet de loi de finances, consacrée aux PPP signés par l'État, ses établissements publics – voire ceux de la sphère hospitalière

Proposition n° 4 : Étendre la règle de budgétisation en autorisations d'engagement (AE) à la signature du contrat à l'ensemble des dépenses de fonctionnement et d'exploitation/maintenance

Proposition n° 5 : Améliorer la connaissance du recours aux PPP par les collectivités locales

2^{ème} axe : Mieux encadrer les conditions de recours aux PPP :

Proposition n° 6 : Renforcer la méthodologie de l'évaluation préalable sur ses points les plus fragiles

Proposition n° 7 : Renforcer les capacités de contrôle de la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP)

Proposition n° 8 : Ne maintenir comme critères de recours aux PPP que les deux critères du bilan et de la complexité, en restreignant la définition de ce second critère à la complexité intrinsèque au projet

Proposition n° 9 : Modifier la norme budgétaire de manière à neutraliser ses effets sur la décision de recourir à un PPP

Proposition n° 10 : Gager les loyers d'exploitation et de maintenance des PPP par des réductions de dépenses équivalentes sur la mission budgétaire de rattachement

3^{ème} axe : Sécuriser les acheteurs publics utilisant le PPP :

Proposition n° 11 : Envisager de manière pragmatique et systématique tous les modes de financement alternatifs au financement bancaire traditionnel afin de réduire le coût des projets

Proposition n° 12 : Privilégier, dans les conditions de marché actuelles et une fois le risque construction purgé, un refinancement public des projets dès lors qu'il en réduit le coût

Proposition n° 13 : Introduire dans les contrats des dispositions permettant le partage d'un éventuel surprofit avec la personne publique

Rapport

Proposition n° 14 : Centraliser les unités chargées de la gestion des projets de PPP et des grands projets d'investissement de l'État, et proscrire le recours aux PPP pour les organismes divers d'administration centrale

Proposition n° 15 : Revoir et enrichir le clausier-type de la MAPPP au regard des expériences accumulées par les principaux acheteurs publics

Proposition n° 16 : Sécuriser les collectivités locales en les appuyant en cas de recours à un PPP

Proposition n° 17 : Aider les collectivités ultramarines à structurer leur organisation et expertise en matière de commande publique

Proposition n° 18 : Réaliser systématiquement des évaluations ex post des PPP

Proposition n° 19 : Faire de l'acheteur public un contrôleur de la performance après la signature du contrat

Proposition n° 20 : Charger les corps d'inspection de réaliser des audits ponctuels permettant de vérifier l'efficacité des contrats et de disposer de retours d'expérience

4^{ème} axe : Tirer profit des PPP pour moderniser l'ensemble de la commande publique :

Proposition n° 21 : Formaliser une doctrine d'utilisation des PPP

Proposition n° 22 : Rendre obligatoire le respect des critères de complexité et de bilan pour les PPP dont le montant d'investissement est inférieur à 20 M€

Proposition n° 23 : Négocier les PPP, sauf cas exceptionnels, sous le régime du dialogue compétitif ; limiter le recours aux procédures d'appel d'offre et de procédure négociée à des projets relativement simples

Proposition n° 24 : Maximiser les gains du dialogue compétitif en ne rendant pas publics les objectifs de coûts et de loyers des projets

Proposition n° 25 : Faciliter l'accès au contrat de partenariat par une réduction du périmètre obligatoire de son objet

Proposition n° 26 : Élargir les conditions de recours aux marchés globaux soumis au code des marchés publics

Proposition n° 27 : S'assurer que la décision de réaliser un investissement public important, en particulier en matière de grandes infrastructures, s'opère sur des bases rationnelles en confiant au commissariat général à l'investissement (CGI) une mission d'expertise de sa rentabilité socio-économique

Proposition n° 28 : Rendre obligatoire l'évaluation préalable pour toutes les opérations d'investissement public de plus de 80 M€ et pour tous les acheteurs publics, quel que soit l'instrument de commande publique envisagé

Proposition n° 29 : Élargir les missions d'assistance et de contrôle des évaluations préalables de la MAPPP à tous les instruments de la commande publique

Proposition n° 30 : Veiller à neutraliser les biais « administratifs » existants en faveur ou en défaveur de certains instruments de commande publique

Rapport

PIECES JOINTES

Rapport

Tableau 7 : Échantillon retenu par la mission - État et établissements publics

Pouvoir adjudicateur	Nom du projet	Type de contrat	Montant d'investissement (en M€)	Montant des loyers (en M€)	Date de signature du contrat	Durée du contrat	Date de livraison
État - Défense	Bâtiment Balard	CP	1 027	5 541	30/05/2011	30	2014
État - Défense	Centre national du sport Fontainebleau	CP	103	421	22/12/2011	30	2014
État - Ministère de l'enseignement supérieur	Centre universitaire de Paris IV Clignancourt	CP	58	161	23/07/2009	32	2013
Pôle de recherche et d'enseignement supérieur de Bordeaux	Montage innovant - plan campus	AOT	116	NC	Non signé	30	2015
État - Justice	Lot 1 établissements pénitentiaires	AOT	290	1 220	02/2006	30	2009
État - Justice	Tribunal de Grande Instance de Paris	CP	632	2 867	02/02/2012	27	2016
État - Douanes et développement durable	Perception taxe poids lourds (TPL)	CP	1 918	2 588	20/10/2011	13	2013
Réseau ferré de France	LGV Bretagne Pays de la Loire (BPL)	CP	3 300	3 048*	28/07/2011	25	2017
Centre hospitalier du sud francilien	Hôpital d'Évry	BEH	344	1 200	11/07/2006	30	2011
Centre hospitalier de Périgueux	Chaufferie de Périgueux	CP	6	41	29/12/2009	20	2011
Muséum national d'histoire naturelle	Zoo de Vincennes	CP	168	359	01/03/2010	29	2013
Établissement public du château de Versailles	Billetterie du château de Versailles	CP	NC	20	24/01/2007	10	Résilié

Source : Données DB, APIJ, MAPPP et CEF-O-PPP.

Note : Les montants financiers sont indiqués toutes taxes comprises pour tous les projets, à l'exception des projets du CHSF et du CH de Périgueux, qui sont mentionnés hors taxes, les données provenant des bases de la MAPPP et du CEF-O-PPP.

**Le montant des loyers indiqué pour le projet de ligne à grande vitesse Bretagne Pays de la Loire (LGV BPL) correspond au montant des seuls loyers financés par l'État et n'intègre pas la part des loyers financée par RFF et les collectivités locales.*

Rapport

Tableau 8 : Échantillon retenu par la mission - collectivités locales

Pouvoir adjudicateur	Dpt	Projet	Type de contrat	Statut du projet	Date de signature du contrat	Date de livraison	Durée (années)	Montant des investissements (M€ - HT)
Commune d'Antibes	06	Palais des Congrès	BEA	Signé	02/07/2009	Non livré	50	NC
Syndicat mixte pour la valorisation des déchets ménagers d'Antibes (UNIVALOM)	06	Collecte des déchets	CP	Signé	30/08/2006	24/07/2008	22	60,00
Commune de Vallauris Golfe Juan	06	Éclairage public	CP	Signé	01/07/2009	15/05/2011	15	6,60
Commune de Nice	06	Stade	CP	Signé	21/01/2011	Non livré	30	204,00
Commune de Nice	06	Collecte des déchets	CP	Abandonné				
Commune de Nice	06	Aménagement gare Sud	CP	Abandonné				
Conseil général des Alpes maritimes	06	Reconstruction de 3 collèges	CP	Abandonné				
Conseil général des Alpes maritimes	06	Centrale photovoltaïque au sol	BEA	Abandonné				
Communauté de la Riviera française	06	Parkings	CP	Abandonné				
Conseil général de Gironde	33	12 pôles sociaux	CP	Signé	20/01/2012	Non livré	27	57,00
Commune de Bordeaux	33	Cité municipale	CP	Signé	22/12/2011	Non livré	27	50,00
Commune de Bordeaux	33	Stade	CP	Signé	28/10/2011	Non livré	30	188,00
Commune d'Arcachon	33	Éclairage public	CP	Signé	19/04/2011	Non livré	20	3,33
Communauté d'agglomération du bassin d'Arcachon sud (COBAS)	33	3 piscines	CP	Signé	29/09/2011	Non livré	32	29,80
Commune de La Teste de Buch	33	Hôtel de ville	CP	Signé	23/11/2011	Non livré	27	10,20
Commune d'Arcachon	33	Port de plaisance	CP	Abandonné				
Conseil général du Loiret	45	Collège de Villemandeur	CP	Signé	15/05/2006	23/12/2007	10	14,00
Conseil général du Loiret	45	Collège de Sainte Geneviève	CP	Signé	29/03/2010	22/06/2011	20	17,50
Conseil général du Loiret	45	Collèges de Meung et Saint Ay	CP	Signé	29/03/2012	Non livré	20	41,00
Commune de Chécy	45	Éclairage public	CP	Signé	05/12/2011	Non livré	15	0,86
Conseil général du Loiret	45	Lot de 5 collèges	CP	En cours				
Conseil général du Loiret	45	Cuisine mutualisée	CP	En cours				
Commune d'Orléans	45	Salle de sport ARENA	CP	En cours				
Commune d'Orléans	45	Opération Dauphine Chardon (groupe scolaire et gymnase)	CP	En cours				
Conseil général du Loiret	45	Déviations de la RD 921 Jargeau - Saint Denis de l'Hôtel	CP	En cours				

Rapport

Pouvoir adjudicateur	Dpt	Projet	Type de contrat	Statut du projet	Date de signature du contrat	Date de livraison	Durée (années)	Montant des investissements (M€ - HT)
Conseil général du Loiret	45	Déviation de Sully sur Loire	CP	En cours				
Conseil régional de Guadeloupe	971	Université des métiers de l'artisanat	BEA	Signé	03/07/2009	Non livré	25	21,00
Commune de Pointe-à-Pitre	971	Éclairage public	CP	Signé	13/01/2011	Non livré	15	21,60
Conseil régional de Guadeloupe	971	Cité scolaire (Baimbridge)	CP	En cours				
Conseil régional de Guadeloupe	971	Maison régionale des organisations professionnelles agricoles et de la pêche	BEA	Abandonné				
Conseil régional de Guadeloupe	971	Centre technique régional de football	BEA	Abandonné				
Conseil régional de Guadeloupe	971	Lycée polyvalent	BEA	Abandonné				
Service départemental d'incendie et de secours (SDIS)	971	Caserne Les Abymes	CP	Abandonné				
Commune de Basse-Terre	971	Gestion des déchets	CP	Abandonné				
Commune de Basse-Terre	971	Éclairage public / voirie	CP	Abandonné				
Commune de Baie-Mahault	971	Éclairage public	CP	Abandonné				
Commune de Les Abymes	971	Groupe scolaire	CP	Abandonné				
Conseil régional de Guyane	973	Cité administrative régionale	BEA	Signé	31/07/2003	05/2005	18	NC
Conseil régional de Guyane	973	3 lycées	BEA	Signé	22/05/2007	25/11/2009	30	84,00
Conseil régional de Guyane	973	Bâtiment du Conseil régional	BEA	En cours				
Commune de Matoury	973	Casino	BEA	En cours				
Communauté d'agglomération du centre littoral Guyane (CACL)	973	Unité de traitement eau potable	CP	Abandonné				
Commune de Cayenne	973	Logements sociaux	BEA	Abandonné				

Source : Données MAPPP, CEF-O-PPP et mission.

Rapport

Tableau 9 : Synthèse des évolutions des différents instruments de la commande publique

	PPP	Commande publique (hors PPP)
Caractéristiques juridiques	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Unification des dispositifs autour du CP ▪ Restriction des critères de recours (suppression du critère d'urgence) ▪ Réduction du périmètre obligatoire de recours aux PPP 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Assouplissement du recours aux contrats globaux
Modalités de recours au contrat	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Renforcement de la méthodologie de l'évaluation préalable ▪ Renforcement de l'encadrement budgétaire et comptable 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Généralisation de l'évaluation socio-économique lorsque celle-ci est possible et pris en compte dans le processus de décision ▪ Obligation d'évaluation préalable au-delà de 80 M€ d'investissement ▪ Neutralisation des biais « administratifs » existants en faveur ou en défaveur de certains instruments de commande publique
Conditions de passation des marchés	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Généralisation du dialogue compétitif 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Développement du dialogue compétitif pour les contrats globaux
Financement	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Refinancement public à l'issue de la construction sous réserve que les conditions de marché assurent un moindre coût du financement public 	-
Champs d'utilisation	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Non utilisation pour les services publics évolutifs, les contrats de petite taille et les acheteurs publics déconcentrés 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Utilisation des contrats globaux pour les contrats de petite taille et en alternative aux PPP lorsque ceux-ci sont trop chers ▪ Utilisation des concessions dès lors que l'usager peut contribuer au service public

Source : Mission.

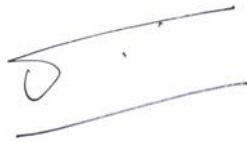
Rapport

À Paris, le 12 décembre 2012

Les inspecteurs des Finances,



Jean-François JUÉRY



Emmanuel MONNET



Justine COUTARD

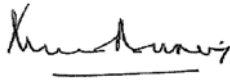


Adrienne BROTONS



Alban HAUTIER

Sous la supervision de l'inspecteur général des Finances,



Bruno DURIEUX

ANNEXES

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE I	ETAT DES LIEUX DU RECOURS AUX PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE
ANNEXE II	LE RECOURS DES COLLECTIVITES LOCALES AUX PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE
ANNEXE III	ANALYSE DE L'EVALUATION ECONOMIQUE PREALABLE
ANNEXE IV	PREMIERS ELEMENTS D'EVALUATION DE LA PERFORMANCE ECONOMIQUE DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE
ANNEXE V	LE FINANCEMENT DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE
ANNEXE VI	ANALYSE JURIDIQUE DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE
ANNEXE VII	LA GESTION PAR LA PUISSANCE PUBLIQUE DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE
ANNEXE VIII	LISTE DES PERSONNES RENCONTRÉES
ANNEXE IX	LETTRE DE MISSION

ANNEXE I

État des lieux du recours aux partenariats public-privé

SOMMAIRE

1. LES BASES DE DONNEES DISPONIBLES RELATIVES AUX PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE (PPP) PRESENTENT DE NOMBREUSES DEFAILLANCES, QUI RENDENT LEUR ANALYSE MALAISEE.....	5
1.1. Les bases de données existantes reposent sur des périmètres différents, qui ne recouvrent jamais la totalité des PPP	5
1.1.1. <i>La mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) recense les seuls contrats de partenariat (CP) ayant fait l'objet d'une transmission de leur évaluation préalable ou de leur contrat.....</i>	6
1.1.2. <i>La direction du budget (DB) effectue une synthèse des PPP signés par l'État et ses établissements publics.....</i>	10
1.1.3. <i>L'agence nationale d'appui à la performance des établissements de santé et médico-sociaux (ANAP) n'effectue qu'un recensement approximatif des PPP conclus dans le domaine hospitalier</i>	11
1.1.4. <i>La base de données du centre d'expertise français pour l'observation des partenariats public-privé (CEF-O-PPP) présente le périmètre le plus étendu, à partir d'un recensement des projets au cas par cas.....</i>	12
1.2. Les bases de données de la MAPPP et du CEF-O-PPP comportent de nombreuses erreurs et lacunes, qui rendent les ordres de grandeur couramment avancés peu fiables	14
1.2.1. <i>Le nombre de contrats lancés, signés ou abandonnés ne peut pas être établi avec certitude.....</i>	15
1.2.2. <i>Les projets ne peuvent être cartographiés par pouvoir adjudicateur que de manière approximative</i>	16
1.2.3. <i>Les enjeux financiers associés aux PPP sont difficilement évaluables</i>	16
1.2.4. <i>Ces erreurs reflètent le manque de lisibilité des contrats et le défaut de visibilité des acteurs publics sur leurs engagements juridiques et financiers....</i>	17
2. LES DIFFERENTS REFERENTIELS COMPTABLES COMPOSENT UN ENSEMBLE HETEROCLITE, AU SEIN DUQUEL LA SINCERITE ET LA LISIBILITE DES ENGAGEMENTS PUBLICS EN MATIERE DE PPP DOIVENT ETRE AMELIOREES	19
2.1. Malgré des évolutions récentes, les règles des comptabilités budgétaire, générale et nationale ne garantissent pas toujours un traitement équivalent des PPP et des autres instruments de la commande publique.....	20
2.1.1. <i>La comptabilité budgétaire réserve un traitement dérogatoire aux PPP, sans que les engagements qui leur sont associés soient présentés de manière harmonisée</i>	20
2.1.2. <i>La comptabilité publique a fait l'objet d'une harmonisation de ses règles d'enregistrement des PPP, dont les effets n'ont pas encore pu être observés.....</i>	26
2.1.3. <i>Malgré le durcissement des règles fixées par Eurostat en matière de comptabilité nationale, la comptabilisation effectuée par l'INSEE ne garantit pas l'enregistrement de l'intégralité des PPP.....</i>	31
2.2. La variété des référentiels et les défaillances observées dans la comptabilisation rendent les engagements publics en matière de PPP peu lisibles	37
2.2.1. <i>Les différents référentiels comptables composent un ensemble disparate dont les logiques distinctes s'estompent lors de l'enregistrement effectif des PPP.....</i>	37

Annexe I

2.2.2.	<i>L'enregistrement des PPP pâtit du manque de fiabilité des informations financières disponibles.....</i>	39
3.	LES PPP, QUI OCCUPENT UNE PLACE CROISSANTE AU SEIN DE LA COMMANDE PUBLIQUE, FONT L'OBJET D'USAGES VARIES SELON LE TYPE DE POUVOIR ADJUDICATEUR.....	43
3.1.	Les données disponibles ont été retraitées afin d'établir une liste fiabilisée des PPP signés	43
3.2.	Les PPP sont utilisés de plus en plus fréquemment, même si leur poids au sein de l'investissement public doit être relativisé	44
3.2.1.	<i>Bien que dérogatoire au droit de la commande publique, le recours aux PPP a crû, tant en nombre de contrats qu'en poids financier.....</i>	44
3.2.2.	<i>Si les collectivités locales signent le plus grand nombre de PPP, l'État demeure le premier pouvoir adjudicateur en termes d'enjeux financiers</i>	47
3.3.	Les PPP font l'objet d'usages très variés, selon le type de pouvoir adjudicateur	48
3.3.1.	<i>L'État et les EPN ont développé leur recours aux PPP, et tout particulièrement au CP, pour des projets de grande ampleur</i>	48
3.3.2.	<i>Dans la sphère hospitalière, les PPP font l'objet d'un usage indifférencié par rapport aux autres modalités de commande publique</i>	53
4.	LE RECOURS AUX PPP, TANT PAR LE MONTANT DES DEPENSES QUE PAR LES EFFETS D'EVICITION ET DE RIGIDIFICATION QU'IL INDUIT, CONSTITUE UN ENJEU DE SOUTENABILITE BUDGETAIRE.....	55
4.1.	Les PPP représentent un enjeu budgétaire important pour certains ministères.....	55
4.1.1.	<i>Les PPP représentent une minorité des investissements publics, mais une part prépondérante des dépenses futures de certains programmes budgétaires.....</i>	55
4.1.2.	<i>Les PPP font peser un double risque de rigidification et d'éviction sur les budgets des ministères adjudicateurs.....</i>	58
4.2.	L'analyse de la soutenabilité budgétaire constituait jusqu'à présent une étape marginale de la décision de recours au PPP	61
4.2.1.	<i>Les PPP ne sont abordés formellement sous le prisme budgétaire qu'au terme du processus de décision, au moment de la signature du contrat.....</i>	61
4.2.2.	<i>L'évaluation préalable du projet ne reposait pas sur une analyse de sa soutenabilité budgétaire jusqu'à la publication du décret du 27 septembre 2012</i>	61
4.3.	Le recours croissant aux PPP devrait s'accompagner de leur meilleure prise en compte dans le cadre des normes budgétaires.....	63
4.3.1.	<i>Les PPP représentent un risque double à l'égard des normes budgétaires, en facilitant leur contournement et en les rendant plus inaccessibles.....</i>	63
4.3.2.	<i>Le recours aux PPP devrait faire l'objet d'une règle spécifique, afin d'en limiter les risques budgétaires</i>	65

Annexe I

Avec un montant d'investissement cumulé depuis 2005 estimé par la mission à près de 16 Md€, les partenariats public-privé (PPP) représentent désormais des enjeux budgétaires, financiers et économiques considérables. Ces instruments dérogatoires au droit de la commande publique occupent une place croissante, **atteignant plus de 12 % de l'investissement public en 2011.**

En dépit de cette importance, **la connaissance du recours aux PPP reste très imparfaite**, les bases de données existantes étant partielles et mal renseignées. Leurs conséquences en termes budgétaires et comptables sont également mal maîtrisées, laissant se dessiner d'importantes zones de risques.

Cette première annexe s'emploie donc à présenter une cartographie du recours aux PPP au sens large, en recensant les informations disponibles sur ce sujet et en soulignant leurs limites, en présentant un état des lieux du recours à cette modalité de commande publique et en analysant les enjeux budgétaires et comptables qui leur sont associés.

Ainsi, dans un premier temps, l'annexe rend compte de l'état des données existantes sur le recours aux PPP et des difficultés méthodologiques auxquelles la mission s'est heurtée pour l'analyse de ces informations.

Dans un deuxième temps, elle examine les modalités d'enregistrement comptable de tels contrats, qui présentent des enjeux en termes de lisibilité et de sincérité des engagements publics pris sous cette forme.

Dans un troisième temps, elle présente une cartographie du recours aux PPP depuis 2004, en mettant en évidence les usages différenciés auxquels ces types de contrat ont donné lieu selon les pouvoirs adjudicateurs.

Enfin, dans une dernière partie, l'annexe met en évidence les incidences budgétaires du recours aux PPP, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif, en analysant les risques de rigidification, d'éviction et de contournement des normes budgétaires auxquels peut conduire ce type de contrat.

1. Les bases de données disponibles relatives aux partenariats public-privé (PPP) présentent de nombreuses défaillances, qui rendent leur analyse malaisée

1.1. Les bases de données existantes reposent sur des périmètres différents, qui ne recouvrent jamais la totalité des PPP

Les partenariats public-privé (PPP), dans l'acceptation retenue par la mission, recouvrent à la fois :

- ◆ les contrats de partenariat (CP) ;
- ◆ les baux emphytéotiques administratifs (BEA) ;
- ◆ les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) ;
- ◆ les autorisations d'occupation temporaire du domaine public couplées à des locations avec options d'achat (AOT-LOA) ;
- ◆ les dispositifs sectoriels créés dans le cadre de la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure¹ (BEA-LOPSI) et dans le cadre de la loi d'orientation et de programmation pour la justice² (BEA-LOPJ).

Ces différentes formes juridiques sont détaillées et analysées dans le module relatif aux enjeux juridiques des PPP (*cf. annexe VI*).

Il n'existe pas actuellement de recensement exhaustif au sein d'une même base de données de l'ensemble des PPP lancés et signés par les pouvoirs publics adjudicateurs, qu'il s'agisse de l'État, des établissements de santé, des collectivités locales, des établissements publics nationaux ou locaux.

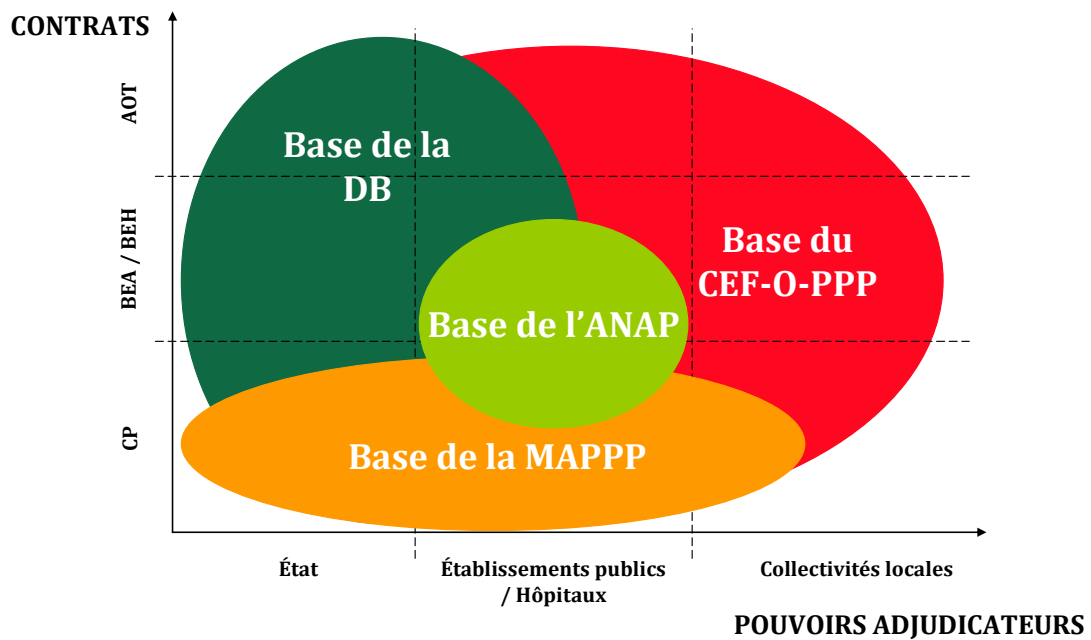
Les principales bases de données actuellement disponibles, présentées schématiquement dans le graphique 1, recouvrent les périmètres suivants :

- ◆ la base de données de la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) recense exclusivement les CP et ne comporte qu'une partie des projets portés par les collectivités locales ;
- ◆ la base de données de la direction du budget (DB) recense exclusivement les PPP de l'État et de ses établissements publics – hors champ hospitalier –, quelle que soit leur forme juridique ;
- ◆ la liste des PPP tenue par l'agence nationale d'appui à la performance des établissements de santé et médico-sociaux (ANAP) n'effectue qu'un recensement approximatif des PPP signés par les établissements hospitaliers ;
- ◆ la base de données de l'institut de la gestion déléguée (IGD) a vocation à recenser l'ensemble des PPP conclus par les différents pouvoirs publics adjudicateurs. La liste des projets n'est toutefois pas exhaustive.

¹ Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.

² Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

Graphique 1 : Présentation schématique des périmètres des principales bases de données disponibles relatives aux PPP



Source : Mission.

1.1.1. La mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) recense les seuls contrats de partenariat (CP) ayant fait l'objet d'une transmission de leur évaluation préalable ou de leur contrat

Un directeur de projets de la MAPPP effectue un suivi de l'ensemble des projets de CP et s'emploie à recueillir tous les documents qui leur sont associés (évaluation préalable, contrats et annexes). Ce suivi n'a pas fait l'objet d'une expression des besoins formalisée de la part de la direction de la mission d'appui.

Les CP de l'État constituent le noyau dur de cette base de données, puisqu'ils lui sont obligatoirement soumis pour avis, dès le stade de l'évaluation préalable. En revanche, les autres formes de PPP - qu'il s'agisse des BEA, des BEH ou des AOT-LOA - ne sont pas intégrées dans la base de données.

Annexe I

Les CP lancés par les collectivités locales, pour lesquels l'avis de la MAPPP sur l'évaluation préalable est facultatif, **ne sont en revanche pas systématiquement enregistrés. Pourtant, la loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat impose à tous les acheteurs publics la communication de leurs contrats et de leurs annexes** à des fins de recensement et d'analyse économique³. L'article D.1414-6 introduit par le décret du 2 mars 2009⁴ précise que « **les contrats de partenariat et leurs annexes sont communiqués dans un délai maximum d'un mois à compter de leur signature à la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat [ex-MAPPP]. Cette communication peut être opérée par un échange de supports écrits, de supports électroniques ou de supports physiques électroniques** ».

L'enregistrement des CP dans la base de données et leur suivi sont réalisés de la manière suivante :

- ◆ les projets de l'État et des collectivités locales sollicitant l'avis formel de la MAPPP sont enregistrés dès le stade de l'évaluation préalable ; **la mission d'appui estime qu'environ un tiers des projets de CP des collectivités locales lui sont soumis pour avis** ;
- ◆ pour les autres CP des collectivités locales, la MAPPP effectue un suivi par le biais du bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP), à partir d'un système d'alerte automatique détectant dans les annonces publiées les termes « contrat de partenariat » ;
- ◆ elle enregistre les projets dès lors qu'ils font l'objet d'un appel d'offres pour le recours à une assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO) ou d'un avis d'appel public à la concurrence (AAPC) sur le BOAMP ;
- ◆ la qualité des informations relatives aux projets et à leur état d'avancement est plus incertaine. **Les avis d'attribution étant effectués de manière plus aléatoire par les collectivités adjudicatrices, malgré l'obligation qui leur incombe en la matière⁵, leur suivi sur le BOAMP est en effet moins fiable, d'après la MAPPP.** Les projets sont ainsi difficilement différenciables selon leur état d'avancement (en cours d'attribution, livrés ou abandonnés).

Par ailleurs, la MAPPP et la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère des Finances ont mis en place conjointement depuis le 1^{er} juin 2012, dans le cadre de l'observatoire économique de l'achat public (OEAP), une fiche de recensement pour les contrats de partenariat, présentée dans l'encadré suivant.

Encadré 1 : La prise en compte des CP dans le cadre du recensement des achats publics de l'OEAP

La DAJ et la MAPPP ont mis en ligne depuis le 1^{er} juin 2012 un fascicule spécifique aux CP, dans le cadre du recensement des achats publics effectué au sein de l'OEAP.

Comme le précise le guide du recensement des achats publics, **ce recensement est une obligation imposée par l'Union européenne et par le droit national** :

- la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant

³ « Une fois signés, les contrats de partenariat et leurs annexes sont communiqués à l'autorité administrative dans des conditions fixées par décret. Les informations et documents communiqués ne sont utilisés qu'à des fins de recensement et d'analyse économique. Les mentions figurant dans ces contrats qui sont couvertes par le secret, notamment en matière industrielle et commerciale, ne peuvent être divulguées » (article 27 de la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat).

⁴ Décret n°2009-244 du 2 mars 2009 pris en application du code général des collectivités territoriales et de l'article 48 de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

⁵ « Dans un délai de trente jours à compter de la notification à l'attributaire, la personne publique envoie pour publication un avis d'attribution au Journal officiel de l'Union européenne » (article 1414-10 du Code général des collectivités territoriales).

Annexe I

coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (article 75) et la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (article 67), imposent aux États membres de communiquer à la Commission européenne des statistiques sur les marchés publics, au plus tard le 31 octobre de chaque année ;

- outre l'obligation de communication des CP prévue par l'ordonnance modifiée du 17 juin 2004 et par le décret du 2 mars 2009, l'arrêté du 21 juillet 2011, relatif au recensement économique de l'achat public, publié le 4 août 2011, instaure une obligation de recensement pour les contrats, marchés ou accords cadre d'un montant supérieur à 90 000 € HT et fixe un modèle de fiche de recensement.

Dans ce cadre, l'OEAP, créé par l'arrêté du ministre de l'économie des Finances et de l'industrie du 10 novembre 2005, collecte les données relatives aux contrats d'achat public dont celles relatives aux CP.

Tout contrat notifié à compter du 1er janvier 2012 fait l'objet d'une fiche de recensement.

Cette fiche est transmise, sous couvert de la MAPPP, à l'OEAP. Cette transmission peut se faire soit par échange de supports écrits, de supports physiques électroniques, ou d'échanges électroniques.

La mise en place de **cette nouvelle modalité de recensement des CP ne s'applique toutefois pas aux contrats signés avant le 1^{er} janvier 2012** et ne permettra donc pas d'améliorer l'enregistrement et le suivi du « stock » de contrats signés depuis 2004.

La liste des PPP tenue par la MAPPP, qui est incomplète, comporte donc à la fois les projets lancés, abandonnés, en cours, signés et livrés, sans que la distinction entre ces différentes catégories soit établie avec fiabilité (cf. *infra*).

Proposition n° 1 : Faire de la transmission effective des CP et de leurs annexes par les collectivités locales à la MAPPP une condition du versement du fonds de compensation de la taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA)

Il ressort des nombreux entretiens conduits par la mission avec les acheteurs publics locaux que le défaut de transmission des contrats résulte davantage d'une méconnaissance de l'obligation de transmission de ceux-ci, que d'une volonté délibérée de préserver leur confidentialité. Le fait de conditionner le versement du FCTVA à la transmission des contrats et de leurs annexes inciterait les collectivités à respecter cette obligation législative.

Aussi, une telle règle permettrait d'améliorer la qualité des informations contenues dans le fichier de la MAPPP (cf. *encadré 2*).

Encadré 2 : Liste des principales rubriques du fichier de la MAPPP

L'ensemble des informations extraites de l'analyse des CP est rassemblé dans un fichier Excel, comportant des rubriques relatives :

- **à la désignation du pouvoir adjudicateur et du projet**, avec :
 - le nom du pouvoir adjudicateur, et la zone géographique à laquelle il appartient ;
 - l'objet du projet et son « secteur », défini au sein d'une typologie propre à la MAPPP ;
- **à la phase amont du projet**, avec :
 - la mention des études et des assistances à maîtrise d'ouvrage (AMO) auxquelles le pouvoir adjudicateur a pu avoir recours en amont du projet ;
 - les dates d'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) ;
- **au type de procédure retenu** ;
- **au suivi du projet par la MAPPP**, avec :
 - la mention de la saisine de la MAPPP ;
 - le suivi du dossier par les directeurs de projet ;
 - les avis et documents associés ;
- **aux dates d'attribution et de livraison** ;
- **aux conditions de financement du contrat**, avec :
 - les caractéristiques du financement ;
 - la mention de garanties éventuelles ;
 - la proportion de créance cédée ;
- **à certaines caractéristiques du contrat**, avec notamment :
 - la proportion de recours à des petites et moyennes entreprises (PME) ;
 - la part des recettes annexes ;
 - la durée du contrat ;
- **aux montants des coûts de construction et de la somme des loyers**.

Source : MAPPP.

Par ailleurs, la mission propose, dans l'annexe relative à la gestion par la puissance publique des PPP (*cf. annexe VII*), d'étendre la compétence de la MAPPP à l'ensemble des contrats de PPP et aux autres modalités de commande publique à partir d'un seuil – entre 80 et 100 M€ –, en la dotant des moyens lui permettant d'exercer cette mission élargie. Cette proposition permettrait également d'élargir le périmètre de sa base de données à l'ensemble des contrats et d'accroître l'exhaustivité des informations contenues.

Proposition n° 2 : Conférer à la MAPPP, dans son format élargi, une mission de recensement de l'ensemble des contrats de PPP et, plus largement, des contrats relatifs à la commande publique

La MAPPP se verrait ainsi confier la mission de rassembler et d'analyser les données économiques et techniques relatives à l'achat public qui, répondant à une obligation communautaire figurant dans les deux directives marchés publics, a été précisée dans l'arrêté du 21 juillet 2011, relatif au recensement économique de l'achat public⁶.

⁶ Cet arrêté instaure une obligation de recensement pour les contrats, marchés ou accords cadre d'un montant supérieur à 90 000 € HT

Annexe I

Cette mission est actuellement assurée par l'OEAP, conformément à l'article 131 du code des marchés publics⁷, et plus précisément par le bureau 1C « économie, statistiques et techniques de l'achat public » de la DAJ, qui prend en charge le secrétariat général de l'observatoire.

La responsabilité du recensement a donc été de fait confiée à la DAJ, au motif qu'elle est chargée de la réglementation de la commande publique et du conseil aux acheteurs, alors que cette mission relève davantage d'une expertise statistique, économique et financière que d'une expertise juridique.

La transférer à la MAPPP, dans sa configuration élargie, serait donc plus cohérent avec les missions respectives de ces différents services et ne remettrait pas en cause l'attribution du secrétariat général de l'OEAP à la DAJ pour l'exercice de toutes les autres missions qui lui sont associées (définition des règles relatives à la dématérialisation, responsabilité de douze groupes d'études de marché, organisation des réunions de l'OEAP notamment).

1.1.2. La direction du budget (DB) effectue une synthèse des PPP signés par l'État et ses établissements publics

La direction du budget (DB) collecte également les informations relatives aux PPP dont elle assure le suivi et en effectue la synthèse, au sein du bureau en charge de la politique budgétaire (1BPB). Les informations de synthèse qui en résultent sont donc le reflet des contrats qui ont fait l'objet d'une instruction de la DB, que ce soit dans le cadre de l'accord préalable du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé du budget sur les CP de l'État et des EPN, instauré par l'article 3 du décret du 2 mars 2009 (*cf. partie 4.2.1.*), ou dans le cadre plus informel de l'analyse des projets d'investissement par les bureaux sectoriels.

La DB recense donc, au sein de différents fichiers, les PPP de l'État et de ses établissements publics, hors périmètre des administrations de sécurité sociale (ASSO), dès lors que les contrats sont signés. Les PPP signés dans le champ hospitalier ne sont pas suivis dans ces fichiers.

En revanche, les PPP portés par Réseau ferré de France (RFF), qui ne relèvent pas du périmètre des administrations publiques (APU), figurent dans les fichiers de la DB, au même titre que ceux de l'État ou des organismes divers d'administration centrale (ODAC).

Les informations sont collectées au sein des différents bureaux sectoriels, à partir des contrats qui leur sont transmis dans leur domaine de compétence.

Encadré 3 : Liste des principales rubriques des fichiers de la DB

Les fichiers de synthèse établis par la DB, pour les besoins de la comptabilité budgétaire et pour transmission aux services de la DGFIP, comprennent les informations suivantes (*cf. infra*) :

- le pouvoir adjudicateur ;
- l'objet du contrat ;
- le type de contrat ;
- le partenaire privé retenu ;
- la date de signature ;
- le montant de l'investissement toutes taxes comprises (TTC), avec sa décomposition en tranches le cas échéant ;
- le montant du dédit ;

⁷ Article 131 du code des marchés publics : « l'observatoire effectue chaque année un recensement économique des marchés et des accords-cadres (...). Les services qui passent les marchés et accords-cadres ou qui règlent les sommes dues au titre de ces marchés et accords-cadres transmettent, selon des modalités fixées par décret, les données nécessaires à ce recensement. »

Annexe I

- le montant de la cession Dailly ;
- la durée du contrat ;
- le montant moyen des loyers annuels ;
- le montant des subventions de l'État ;
- l'année de livraison.

Source : DB.

Les fichiers de synthèse établis par la DB ne sont pas établis en fonction de critères de recensement précis. Il en résulte un manque d'exhaustivité et certaines incohérences relevées par la mission, notamment pour les contrats sectoriels les plus anciens, signés par le ministère de l'intérieur (cf. encadré 4). Ces défaillances s'expliquent notamment par l'absence d'instruction formelle de la DB pour les BEA et AOT-LOA sectoriels, contrairement aux CP, prévue dans le décret de 2009 précité.

Encadré 4 : Erreurs et imprécisions relevées dans les fichiers de la DB pour les PPP du ministère de l'intérieur

Certaines défaillances ont été relevées par la mission dans le suivi des PPP du ministère de l'intérieur par la DB :

- **certains contrats ne sont pas mentionnés dans le fichier de synthèse du bureau 1BPB** : ainsi, l'AOT-LOA relative à l'école nationale supérieure de la police de Saint-Cyr au Mont d'or et le BEA relatif au commissariat de Moulins Nice ouest n'étaient pas recensés dans le fichier ;
- **la forme juridique indiquée dans le fichier de synthèse du bureau 1BPB pour certains contrats sectoriels n'est pas exacte** : les contrats relatifs à la construction de commissariats à Sélestat, Saint-Louis et Mulhouse sont mentionnés en tant que « BEA dérogatoires » alors qu'il s'agit d'AOT-LOA ;
- **les montants d'investissement des PPP ne sont pas correctement renseignés dans les fichiers du bureau sectoriel 5BIAG** (intérieur et action gouvernementale), les erreurs relevées résultant d'une confusion entre le montant d'investissement et le montant total des redevances dues par la personne publique.

À la faveur de l'introduction d'une analyse de soutenabilité budgétaire des PPP (cf. partie 4.2.2.), étendue notamment aux BEH, le recensement effectué par la DB pourrait être systématisé et amélioré.

1.1.3. L'agence nationale d'appui à la performance des établissements de santé et médico-sociaux (ANAP) n'effectue qu'un recensement approximatif des PPP conclus dans le domaine hospitalier

Instituée par la loi du 21 juillet 2009⁸, l'ANAP compte parmi ses missions :

- ◆ l'appui et l'accompagnement des établissements dans le cadre de leur gestion immobilière et de leurs projets de recompositions hospitalières ou médico-sociales ;
- ◆ l'évaluation, l'audit et l'expertise des projets hospitaliers ou médico-sociaux dans le domaine immobilier⁹.

⁸ Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

⁹ Article L.6113-10 du code de la santé publique.

Annexe I

La direction générale de l'offre de soins (DGOS) n'effectuant pas de suivi des contrats de PPP signés par les établissements de santé au travers des enregistrements comptables – encore défaillants (cf. *infra*) –, le recensement effectué par l'ANAP en la matière s'appuie pour l'essentiel sur des échanges avec les établissements eux-mêmes et sur la lecture de la presse. **Les enregistrements comptables des PPP hospitaliers sont encore extrêmement aléatoires (cf. *infra*) et ne permettent pas d'établir une liste fiable des contrats signés.**

Il en résulte un **suivi très approximatif**, à la fois :

- ◆ des **montants financiers associés aux contrats**, avec une liste des projets qui ne mentionne que des ordres de grandeur des coûts d'investissement – inférieurs à 5 M€, compris entre 10 et 15 M€ par exemple – sans préciser le montant global des redevances ;
- ◆ de la **date de signature des contrats**, de nombreux projets étant mentionnés comme « signés », sans que la date de signature ne soit précisée.

Au-delà de ce recensement estimatif des PPP hospitaliers, l'ANAP avait interrogé de façon plus précise en décembre 2010 les établissements sur les contrats qu'ils avaient signés ; les résultats de cette enquête n'ont pas été actualisés depuis lors.

1.1.4. La base de données du centre d'expertise français pour l'observation des partenariats public-privé (CEF-O-PPP) présente le périmètre le plus étendu, à partir d'un recensement des projets au cas par cas

Créé en 1996 à l'initiative des autorités publiques et des opérateurs de service public, **l'Institut de la gestion déléguée (IGD) est une fondation d'entreprises à caractère non lucratif** dédiée à « *l'amélioration des pratiques de gestion des services publics et des infrastructures, notamment dans le cadre des PPP* ». Il est financé par les cotisations de ses membres fondateurs, principalement les opérateurs privés, les subventions publiques ne représentant que 2 à 3 % de son budget.

L'IGD assure la gestion opérationnelle du centre d'expertise français pour l'observation des partenariats public-privé (CEF-O-PPP), qu'il a créé conjointement avec la MAPPP en 2006. Le CEF-O-PPP assure notamment, au travers de son activité d'observatoire, la veille et l'analyse des contrats de partenariat et assimilables (CPA) lancés par les différentes collectivités publiques, qu'il s'agisse des CP, des BEA, des BEH ou des AOT-LOA.

La base de données du CEF-O-PPP, tenue et mise à jour par un agent au sein de l'IGD, est alimentée par l'ensemble des AAPC publiés depuis le 1^{er} janvier 2004 dans le BOAMP et dans le journal officiel de l'Union européenne (JOUE). Le CEF-O-PPP effectue un travail de recensement au cas par cas des annonces publiées dans le BOAMP et le JOUE pour s'assurer de leur bonne catégorisation juridique. Par ailleurs, ces données sont complétées et croisées avec d'autres sources d'informations, recueillies auprès des opérateurs partenaires de l'IGD, des sites institutionnels des organismes experts publics, des bulletins locaux d'information, de la presse ou encore de sociétés de conseil spécialisées.

Le CEF-O-PPP a désormais le projet de compléter la base de données en recensant les contrats – notamment les BEA – conclus par les collectivités locales avant 2004, par une prise de contact directe avec les services de chaque collectivité.

Par ailleurs, le CEF-O-PPP effectue un travail de recensement des contrats d'assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO) lancés par les entités publiques, à partir des mêmes sources d'information.

Annexe I

La base de données dont l'ambition de recensement est la plus large est donc paradoxalement tenue et mise à jour par une fondation d'entreprise, dont les financements publics ne représentent qu'une part très minoritaire. Il convient à cet égard de souligner que, contrairement à la MAPPP, l'IGD ne dispose que des informations qui sont publiques ou qui lui sont volontairement transmises par les collectivités adjudicatrices.

Encadré 5 : Liste des principales rubriques du fichier du CEF-O-PPP

Le fichier de synthèse qui résulte du travail de recensement du CEF-O-PPP comporte des informations relatives :

- **à la désignation du pouvoir adjudicateur et du projet**, avec :
 - les références du BOAMP ;
 - le nom du pouvoir adjudicateur, la région à laquelle il appartient et sa population ;
 - l'objet du projet et son « secteur », défini au sein d'une typologie propre au CEF-O-PPP ;
- **à la phase amont du projet**, avec :
 - la mention de l'évaluation préalable, de l'éventuel avis de la MAPPP et du critère retenu ;
 - les dates de publication et de clôture de l'AAPC ;
 - les différentes informations contenues dans l'AAPC ;
- au **contenu du contrat** (conception, financement, construction, exploitation, etc.) ;
- **aux caractéristiques de la procédure retenue**, avec :
 - le type de procédure choisie ;
 - le nombre de candidats ;
- **aux caractéristiques du contrat signé**, avec :
 - les dates d'attribution et de livraison ;
 - le nom du titulaire du contrat ;
 - le montant global du contrat hors taxe et le montant de l'investissement hors taxe ;
 - certaines caractéristiques du contrat telles que les critères d'attribution et la proportion de sous-traitance ;
 - la durée du contrat.

* *

Les données disponibles sur les PPP recouvrent donc des périmètres variables, sans que l'exhaustivité du recensement ne soit garantie par l'une des bases. En outre, les données dont dispose l'administration ne permettent pas de donner une image complète du recours au PPP. **Certains contrats ne figurent que dans la base du CEF-O-PPP, tenue par une fondation d'entreprise.** C'est notamment le cas des BEA signés par les collectivités locales. Il importe par ailleurs de relever que **ces différentes bases enregistrent des informations relatives aux PPP au mieux depuis 2004**, date de création des CP. L'absence de données avant cette date ne permet pas de porter une appréciation sur le recours aux PPP sur longue période.

1.2. Les bases de données de la MAPPP et du CEF-O-PPP comportent de nombreuses erreurs et lacunes, qui rendent les ordres de grandeur couramment avancés peu fiables

Outre les différences de périmètre et de méthode d'enregistrement des projets, **les bases de données de la MAPPP et du CEF-O-PPP présentent de nombreuses défaillances qui tiennent tant à des erreurs dans le renseignement des rubriques, à des confusions dans l'analyse des évaluations préalables et des contrats, qu'à un défaut de mise à jour des bases.** Les principales défaillances relevées par la mission sont détaillées dans les encadrés suivants.

Encadré 6 : Erreurs et imprécisions relevées dans le fichier de la MAPPP

L'exploitation du fichier de la MAPPP et sa confrontation avec les données du CEF-O-PPP et de la DB ont permis de mettre au jour de nombreuses défaillances et incohérences dans le suivi des CP :

- **les projets abandonnés, n'ayant fait l'objet que d'un AAPC sans suite, figurent dans la base au même titre que les autres projets.** Par exemple, sur les quatre projets mentionnés pour la commune de Nice – Bayace Mercantour, stade, collecte des déchets et aménagement du quartier de la gare sud – seul un contrat a effectivement été signé (celui portant sur la construction du grand stade), les autres projets ayant été abandonnés ou réalisés sous d'autres formes juridiques ;
- **certains projets sont mentionnés à plusieurs reprises dans la base**, tels que le projet GESPEL, lancé par la communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise, figurant à deux reprises, sous des intitulés différents alors qu'il n'a finalement fait l'objet d'aucun contrat ;
- **de nombreuses erreurs ont été relevées concernant l'identification du pouvoir adjudicateur.** De fréquentes confusions ont été observées entre la commune et l'établissement public de coopération intercommunale (EPCI) auquel elle appartient, entre différentes collectivités du même département, mais également entre l'État et la collectivité dans laquelle l'équipement est implanté : ainsi, le projet de construction d'une cuisine centrale, imputé dans la base à la ville d'Orléans, est en réalité porté par le Conseil général du Loiret. Autre exemple, le projet de construction du centre de conservation du musée des civilisations de l'Europe et de la Méditerranée (MUCEM) est mentionné dans la base comme un projet émanant de la ville de Marseille, alors qu'il est porté par l'État ;
- **la base de données ne comporte pas la date de signature du contrat**, mais mentionne la date de l'avis d'attribution de l'AAPC, qui n'en constitue qu'une approximation. Ainsi, dans le cas du contrat relatif à la construction du collège de Villemandeur par le Conseil général du Loiret, les deux dates sont distantes de 15 jours ;
- **de nombreuses erreurs ont été relevées concernant la date de livraison de l'équipement**, qui témoignent de l'absence de mise à jour des dates prévisionnelles de livraison figurant dans les évaluations préalables. À titre d'exemple, le projet d'extension et de restructuration de l'école communale et des installations sportives de Saint Laurent Médoc est indiqué comme livré depuis le 12 juillet 2011, alors qu'aucun équipement n'a été construit et que le contrat est en cours de résiliation ;
- **les informations relatives aux montants financiers du contrat – qu'il s'agisse du coût d'investissement ou de la somme des loyers – sont très lacunaires.** Les montants financiers associés au contrat de construction de la cité municipale de la ville de Bordeaux, à celui des 12 pôles sociaux du Conseil général de Gironde ou encore à l'éclairage public de Pointe-à-Pitre ne sont pas mentionnés dans la base de données de la MAPPP, alors qu'ils représentent des montants financiers importants et figurent dans celle du CEF-O-PPP ;
- **la localisation géographique des projets se révèle parfois erronée**, comme en témoigne le classement de Marseille dans le département des Alpes maritimes.

Malgré la participation de la MAPPP au CEF-O-PPP, la base de données de ce dernier repose sur une méthode d'extraction et d'analyse de l'information distincte. Ainsi **les bases de données de la MAPPP et du CEF-O-PPP ne contiennent-elles pas toujours des données concordantes sur les projets qui relèvent de leur périmètre commun.**

Annexe I

La base tenue par le CEF-O-PPP comporte aussi, comme celle de la MAPPP, plusieurs défaillances, dont certaines pourraient être corrigées par un rapprochement plus systématique entre ces deux sources d'information complémentaires (cf. encadré 7).

Encadré 7 : Erreurs et imprécisions relevées dans le fichier du CEF-O-PPP

L'exploitation du fichier du CEF-O-PPP a également révélé certaines défaillances dans le suivi des divers projets de PPP :

- **de nombreux projets abandonnés, n'ayant fait l'objet que d'un AAPC sans suite, continuent à figurer dans la base**, même s'il est parfois indiqué que le projet a été « abandonné », « déclaré infructueux » ou « relancé ». La mention de l'abandon du projet n'est pas systématique et ne figure pas toujours dans la même rubrique de la base ;
- **certains projets sont mentionnés à plusieurs reprises dans la base**, lorsque la procédure a été interrompue ou relancée : c'est notamment le cas du projet de complexe sportif de Bussy-Saint-Georges, mentionné à trois reprises dans la base ;
- **la base de données ne précise pas la date de livraison des équipements ;**
- **la base de données ne comporte pas la date de signature du contrat**, mais mentionne la date de l'avis d'attribution de l'AAPC, comme celle de la MAPPP ;
- **les montants financiers inscrits dans la base mêlent les coûts à la charge du partenaire privé et les coûts à la charge de la personne publique**, ce qui est source de **confusions considérables dans le cas des BEA**. Alors que certains BEA sont sources de revenus pour la collectivité, ils sont enregistrés avec des coûts globaux de plusieurs millions d'euros. À titre d'exemple, le casino de la Seyne-sur-Mer est mentionné avec un coût global de 215 M€, alors qu'il ne donne lieu à aucune dépense pour la commune et sera, au contraire, source de revenus importants ;
- **les montants financiers**, qu'il s'agisse des montants globaux (somme des loyers) ou des montants d'investissement, **correspondent fréquemment à des montants toutes taxes comprises (TTC) alors qu'ils sont indiqués dans la base comme des montants hors taxe (HT)**. Cette confusion a été relevée à de nombreuses reprises, notamment pour les CP portant sur l'éclairage public signés par les communes de Hérouville-Saint-Clair, Louvroil, Saumur et Thiers ;
- **les montants d'investissement**, lorsqu'ils ne sont pas connus du CEF-O-PPP, **sont fréquemment estimés à partir des montants globaux inscrits dans les avis d'attribution, après application d'un ratio estimé en fonction de la nature du projet ;**
- **les informations relatives aux montants financiers du contrat – qu'il s'agisse du coût d'investissement ou de la somme des loyers – sont également très lacunaires**. Les montants financiers associés au contrat de construction du grand stade de la ville de Bordeaux, ou à celui des trois piscines de la communauté d'agglomération du bassin d'Arcachon sud (COBAS) ne sont pas mentionnés dans la base de données du CEF-O-PPP, alors qu'ils représentent des montants financiers importants et figurent dans celle de la MAPPP ;
- **la localisation géographique des projets se révèle parfois erronée**, comme en témoigne le classement de la commune de Lisieux dans le département de la Haute-Vienne, dans le Limousin.

1.2.1. Le nombre de contrats lancés, signés ou abandonnés ne peut pas être établi avec certitude

Les chiffres couramment avancés sur le nombre de PPP en France reposent sur les données de la MAPPP et du CEF-O-PPP :

- ◆ le site de la MAPPP recense 522 CP publiés dans le BOAMP depuis 2004, dont :
 - 80 % sont portés par des collectivités locales ;
 - 122 CP portés par des collectivités locales ont été attribués ;
 - 33 CP portés par l'État ont été attribués ;
 - 52 CP ont été abandonnés ;

Annexe I

- ◆ le rapprochement des différentes listes de la MAPPP, mises en ligne sur son site internet, laisse donc apparaître **un résidu de 315 contrats**, qui n'appartiennent ni à la catégorie des contrats signés, ni à celle des contrats abandonnés, sur les 522 publiés dans le BOAMP ;
- ◆ la brochure du CEF-O-PPP¹⁰ évoque un total de 694 CP et assimilables lancés entre 2004 et 2011 par les différents pouvoirs adjudicateurs.

L'exploitation des fichiers de la MAPPP et de l'IGD a montré que **le recensement des projets de PPP ne permettait pas un décompte fiable des projets**, pour quatre raisons principales :

- ◆ **le recensement des projets de PPP n'est pas exhaustif**: seuls les contrats de partenariat de l'État sont enregistrés systématiquement dans le fichier de la MAPPP, ceux des collectivités territoriales étant inscrits de manière plus aléatoire (*cf. supra*) ; la liste des PPP établie par le CEF-O-PPP repose sur un recensement au cas par cas qui ne permet pas d'assurer un enregistrement systématique de tous les projets ;
- ◆ **les projets sont inscrits dans les bases de données dès lors qu'ils font l'objet d'un AAPC, alors que certains projets font l'objet de plusieurs AAPC** lorsqu'ils sont relancés ;
- ◆ **certains projets sont comptabilisés à plusieurs reprises sous des intitulés différents** ;
- ◆ **les projets ne sont pas systématiquement supprimés des bases lorsqu'ils sont abandonnés et sont comptabilisés au même titre que les autres** (*cf. encadrés 6 et 7*).

Si le noyau des CP signés peut être identifié en isolant les contrats ayant fait l'objet d'un avis d'attribution (*cf. infra*), **il est impossible de distinguer, pour la majeure partie des projets figurant dans le fichier de la MAPPP, les projets en cours et les projets abandonnés**.

1.2.2. Les projets ne peuvent être cartographiés par pouvoir adjudicateur que de manière approximative

L'exploitation de la base de données de la MAPPP a également mis en lumière de **nombreuses erreurs dans l'identité du pouvoir adjudicateur**, cette information étant parfois confondue avec le lieu d'implantation de l'équipement (*cf. encadré 6*).

Ces confusions conduisent à remettre en cause à la fois :

- ◆ la cartographie du recours au PPP par type et par niveau de collectivité adjudicatrice, les communes étant fréquemment substituées aux EPCI ou aux conseils généraux, voire à l'État ;
- ◆ la cartographie du recours au PPP par pouvoir adjudicateur, pris individuellement, ces défaillances étant décuplées par le maintien des projets abandonnés dans les bases de données.

1.2.3. Les enjeux financiers associés aux PPP sont difficilement évaluable

La MAPPP estime que les CP représentent un enjeu financier de 12 Md€ d'investissement, pour un investissement public global évalué à 90 Md€.

¹⁰ « Le marché des contrats globaux, des contrats de partenariat et assimilables (CPA) », Rapport semestriel des estimations statistiques, 11^{ème} édition, CEF-O-PPP, 31 décembre 2011.

Annexe I

Or, les montants financiers engagés dans les CP – et plus généralement les PPP – sont difficilement évaluables pour cinq raisons principales :

- ◆ **les informations financières font défaut pour de nombreux contrats mentionnés dans les bases de la MAPPP et du CEF-O-PPP**, y compris les contrats signés. Certains des montants omis représentent des enjeux financiers considérables, qui peuvent bouleverser les ordres de grandeur couramment avancés : par exemple, les montants associés au contournement ferroviaire de Nîmes-Montpellier – de plus de 2 Md€ – ou le montant global du contrat relatif au « lot 3 » des établissements pénitentiaires – de plus d'1 Md€ – ne figurent pas dans le fichier de la MAPPP ; parallèlement, le montant d'investissement associé à la construction du nouveau site du Ministère de la Défense à Balard – qui représente plus d'1 Md€ – n'est pas renseigné dans le fichier du CEF-O-PPP ;
- ◆ **les montants d'investissement et les montants globaux figurant dans la base du CEF-O-PPP mêlent les coûts à la charge de la personne publique et les coûts à la charge du partenaire privé**, ce qui est source de **confusions considérables dans le cas des BEA**. Ainsi, alors que certains BEA sont sources de revenus pour la collectivité – à l'exemple du casino de la Seyne-sur-Mer – des coûts d'investissement de plusieurs millions d'euros – 215 M€ dans le cas du casino – sont enregistrés dans la colonne « montant total du contrat »¹¹, au même titre que la somme des redevances dues par la collectivité dans le cas d'un CP. Le BEA, alors qu'il constitue une opération rentable pour la collectivité, apparaît ainsi comme une opération très coûteuse ;
- ◆ **les montants financiers**, qu'il s'agisse de la somme des montants globaux (somme des loyers) ou des montants d'investissement, **correspondent fréquemment à des montants toutes taxes comprises (TTC) dans la base du CEF-O-PPP, alors qu'ils sont indiqués dans la base comme des montants hors taxe (HT) ;**
- ◆ **le montant d'investissement ne recouvre pas toujours le même périmètre** et intègre selon les cas les coûts d'investissement relatifs aux dépenses de gros entretien et de renouvellement (GER) ou non ;
- ◆ **les montants inscrits dans la base du CEF-O-PPP reposent parfois sur des estimations peu fiables**. Les montants d'investissement, lorsqu'ils ne sont pas connus, peuvent être estimés à partir des montants globaux inscrits dans les avis d'attribution, après application d'un ratio estimé en fonction de la nature du projet.

La conjonction de ces deux défaillances conduit à de nombreuses lacunes dans les bases de données, mais également à des **incohérences importantes entre les deux bases**, malgré les liens existant entre la MAPPP et le CEF-O-PPP. En témoignent le montant des loyers relatifs au projet de grand stade de Nice, inscrit à hauteur de 218 M€ dans la base du CEF-O-PPP, contre 456 M€ dans la base de la MAPPP, ou encore le montant des loyers pour la construction de l'hôtel de ville de la Teste de Buch, inscrit à hauteur de 11 M€ dans la base du CEF-O-PPP, contre 28 M€ dans celle de la MAPPP.

1.2.4. Ces erreurs reflètent le manque de lisibilité des contrats et le défaut de visibilité des acteurs publics sur leurs engagements juridiques et financiers

Les nombreuses erreurs relevées dans les bases de données sont le **reflet des difficultés de lecture et d'analyse des contrats eux-mêmes**. Organisés dans l'ensemble selon des plans similaires, les contrats ne présentent pas pour autant les informations relatives aux coûts de la même manière et renvoient fréquemment à des annexes financières, complexes et difficiles à déchiffrer.

¹¹ Il est précisé, dans la nomenclature de la base du CEF-O-PPP que cette rubrique correspond au « montant *total définitif du contrat, en euros HT* », reflétant « *le coût global du contrat, soit la somme des loyers* ».

Annexe I

Les confusions observées dans les bases de la MAPPP et du CEF-O-PPP peuvent être interprétées plus largement comme résultant de **l'opacité et de la mauvaise lisibilité des contrats**. **Cette problématique concerne aussi et surtout les pouvoirs adjudicateurs**, qu'il s'agisse des élus décisionnaires ou des services internes, qui éprouvent de grandes difficultés à dégager les informations pertinentes de ce maquis contractuel.

À titre d'illustration, **ce défaut de transparence de certaines clauses financières a été soulevé récemment par la commune de Chatillon sur Chalaronne**, qui souhaite résilier par anticipation le CP qu'elle a signé en 2007 pour l'éclairage public avec la société Citelum (*cf. annexe II*). La présentation qualifiée d'« *astucieuse* »¹² de la clause de financement des travaux du poste G4 porte à croire que le taux indiqué est fixé à 4,61 %, alors qu'il n'est que purement indicatif et déterminé à l'engagement de chaque tranche. Comme le souligne le cabinet d'avocats auquel la commune a eu récemment recours, « *le consentement donné par la commune à la souscription du contrat est donc susceptible d'avoir été vicié, soit par erreur, soit par dol* ».

Ainsi, **la présentation obscure des parties relatives au financement, le renvoi systématique à des annexes excessivement techniques, l'insertion de clauses complexes représentent un risque juridique et financier non négligeable pour des signataires publics, souvent incapables d'anticiper avec précision les coûts engendrés par le contrat**. Au cours de ses déplacements, la mission a ainsi rarement obtenu des réponses fermes et univoques de la part des services adjudicateurs sur le montant d'investissement et le montant global des loyers prévus dans leurs contrats.

¹² Délibération du Conseil municipal de Chatillon sur Chalaronne du 16 avril 2012.

2. Les différents référentiels comptables composent un ensemble hétéroclite, au sein duquel la sincérité et la lisibilité des engagements publics en matière de PPP doivent être améliorées

Les différentes comptabilités publiques offrent également des informations relatives aux PPP.

Avant de présenter les apports et les limites de ces informations, **il doit être rappelé que les enjeux comptables des opérations d'investissement public peuvent s'apprécier à différents niveaux pour la personne publique :**

- ◆ **en comptabilité budgétaire de l'État**, dans une logique de dépenses ;
- ◆ **en comptabilité générale**, dans une logique patrimoniale de constatation des droits et obligations de la personne publique ;
- ◆ **en comptabilité nationale**, dans une logique de consolidation du déficit et de l'endettement publics.

Chacun de ces référentiels dispose de critères, de dates et de périmètres de comptabilisation spécifiques, répondant à des logiques distinctes.

Comme les bases de données présentées dans la partie précédente, la fiabilité de ces informations est limitée :

- ◆ **ces référentiels résultent, pour l'essentiel, du retraitement des bases de données.** Ainsi, pour s'assurer de la comptabilisation des PPP au sein de la comptabilité générale de l'État, mais également au sein de la comptabilité nationale, les différents bureaux de la direction générale des finances publiques (DGFIP) et de la direction générale du Trésor (DG Trésor) recourent pour l'essentiel à la liste de la DB, distinguant les contrats signés et les contrats livrés ;
- ◆ **les PPP enregistrés dans les comptes des collectivités locales ne font pas l'objet d'un suivi *ad hoc* individualisé.** Ils peuvent désormais être suivis au travers des comptes spécifiques qui ont été créés l'année dernière dans différentes nomenclatures (*cf. partie 2.1 et annexe II*). Toutefois, ces enregistrements comptables – qui ne sont pas encore effectifs dans l'ensemble des collectivités territoriales (*cf. annexe II*) – ne permettent pas d'obtenir des informations financières isolées par contrat.

2.1. Malgré des évolutions récentes, les règles des comptabilités budgétaire, générale et nationale ne garantissent pas toujours un traitement équivalent des PPP et des autres instruments de la commande publique

2.1.1. La comptabilité budgétaire réserve un traitement dérogatoire aux PPP, sans que les engagements qui leur sont associés soient présentés de manière harmonisée

2.1.1.1. Les règles de budgétisation favorisent dès la signature du contrat une visibilité pluriannuelle des seules dépenses d'investissement

La circulaire du 14 septembre 2005¹³ sur les règles de budgétisation précise les règles d'enregistrement des PPP en comptabilité budgétaire, qui varient à la fois en fonction des coûts qui leur sont associés et du rythme d'engagement des crédits (cf. tableau 1).

Tableau 1 : Les règles d'engagement des PPP en comptabilité budgétaire

Coûts associés aux PPP	À la signature du contrat		Après la livraison de l'équipement (chaque année de versement des loyers)	
	Autorisations d'engagement	Crédits de paiement	Autorisations d'engagement	Crédits de paiement
Coûts d'investissement (titre 5)	Coût complet (en € courants)*	Néant	Néant	Quote-part de l'annuité liée à l'investissement
Coûts de fonctionnement (titre 3)	Néant	Néant	Quote-part de l'annuité liée au fonctionnement	Quote-part de l'annuité liée au fonctionnement et au financement
Coûts de financement (titre 3)	Néant	Néant	Quote-part de l'annuité liée au financement	Quote-part de l'annuité liée au financement
Coûts liés au dédit (titre 5)	Montant contractuel du dédit	Néant	Néant	Quote-part de l'annuité liée au dédit

Source : Circulaire 1-BRE-04-4048 du 14 septembre 2005 relative aux règles budgétaires afférentes aux contrats de partenariat et mission.

**Si le contrat prévoit des tranches conditionnelles dans la réalisation des investissements, assorties d'une indemnité de dédit, l'engagement à la signature du contrat pourra être limité au montant de la tranche ferme majoré du dédit prévu.*

¹³ Circulaire 1BRE-04-4048 du 14 septembre 2005 sur les règles de budgétisation.

Annexe I

Les règles de comptabilisation des loyers des CP et des AOT-LOA¹⁴ diffèrent ainsi en fonction de leurs composantes :

- ◆ pour ce qui relève de l'**investissement**,
 - les autorisations d'engagement (AE) sont engagées à la signature du contrat sur le titre 5, et couvrent la totalité de l'investissement, calculée comme la somme simple des loyers bruts d'investissement¹⁵, augmentée du dédit¹⁶ et diminuée des subventions publiques. Le sous-loyer d'investissement inclut également les intérêts intercalaires, i.e. les frais d'emprunt directement liés aux coûts d'acquisition ou de production de l'immobilisation ;
 - les crédits de paiement, ouverts chaque année après la livraison du bien, couvrent sur la durée du contrat les échéanciers de paiement prévus dans le contrat ;
- ◆ pour ce qui relève des coûts de **fonctionnement** et de **financement**,
 - les autorisations d'engagement sont ouvertes, à la livraison du bien, au début de chaque année civile sur le titre 3, jusqu'au terme du contrat, pour un montant égal au total des paiements programmés dans l'année ;
 - les crédits de paiement sont consommés chaque année, selon les échéanciers de paiement prévus dans le contrat. La budgétisation s'effectue donc en « autorisation d'engagement=crédit de paiement ».

Pour le financement des coûts de fonctionnement, le recours aux PPP se traduit donc par des dépenses de titre 3, qui servent à financer *via* un partenaire privé des dépenses auparavant considérées comme relevant du titre 2 (personnel) ou du titre 5 (gros entretien). **Le recours à ce type de contrat conduit donc à un transfert des dépenses de l'État entre titres, qui n'est pas sans incidence sur le respect des normes budgétaires** (*cf. infra*).

Aussi, **seuls les coûts d'investissement font l'objet d'une comptabilisation en AE sur leur totalité, dès la signature du contrat**. Les autres dépenses induites par le projet – loyers de fonctionnement et de financement (hors intérêts intercalaires) – ne sont enregistrées en AE qu'annuellement, après livraison du bien, au rythme des décaissements prévus dans l'échéancier de versement inscrit dans le contrat.

Même si l'État s'engage de manière ferme, dans le contrat, à verser des loyers d'un montant pré-défini pour financer les dépenses liées à l'exploitation et au financement, ces crédits ne sont donc enregistrés qu'au rythme de leur décaissement.

¹⁴ Les règles de budgétisation des CP et des AOT-LOA sont définies par la circulaire du 14 septembre 2005 et décrites dans le « macro-processus 3 : exécution de la dépense » publié par la direction DB en 2009. Les textes n'évoquent pas directement le cas des BEA qui peuvent être conclus par l'État, mais ces contrats ont vocation à être enregistrés de la même manière en comptabilité budgétaire que les autres formes de PPP.

¹⁵ La somme simple des loyers bruts d'investissement, c'est-à-dire non actualisée et non indexée, est équivalente au coût d'investissement supporté par le partenaire privé. Le détail du périmètre de ce coût est développé *infra*.

¹⁶ Comme le précise le fascicule descriptif de l'exécution de la dépense « macro-processus n°3 » de la direction du budget, les AE correspondant aux coûts d'investissement sont calculées à la passation du contrat comme la somme du montant ferme, du montant du dédit et du montant des indemnités de non affermissement sur tranches conditionnelles. Si le dédit diminue au cours du temps, la reprise des AE correspondantes aura lieu en fin de contrat et non annuellement.

Ces règles de comptabilisation, propres aux PPP, vont à l'encontre du principe selon lequel l'État ne peut signer d'engagement juridique que dans la limite de l'autorisation d'engagement. Ce principe général est d'ailleurs confirmé, à propos des opérations menées en partenariat, dans l'article 8 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) : « *l'autorisation d'engagement afférente aux opérations menées en partenariat pour lesquelles l'État confie à un tiers une mission globale relative au financement d'investissements ainsi qu'à leur réalisation, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion couvre, dès l'année où le contrat est conclu, la totalité de l'engagement juridique* ». Or, la circulaire de budgétisation actuelle prévoit des règles relatives aux PPP qui contreviennent à ce principe.

Les règles de budgétisation des PPP constituent ainsi une **exception dans le champ de la commande publique** et, plus largement, dans celui de la dépense publique. Un tel traitement pourrait s'expliquer par l'exceptionnelle durée de ces contrats et le montant des dépenses consolidées qui en résulte. La budgétisation d'AE, dès la signature du contrat, pour l'ensemble des dépenses d'investissement, de financement et d'exploitation afférentes aux PPP conduirait en effet à l'ouverture de crédits de titre 3 et de titre 5, non fléchés et fongibles par construction, pour des montants très importants.

Pour autant, la seule ouverture d'AE portant sur l'ensemble des dépenses du CP, une fois celui-ci signé, comporte des risques de dérive budgétaire limités, dans la mesure où elle n'est pas assortie des crédits de paiement équivalents. Au contraire, **l'application de la règle de budgétisation générale, à hauteur du montant total de l'engagement juridique, mettrait fin au régime dérogatoire prévu par la circulaire du 14 septembre 2005, dans un souci de sincérité et de lisibilité des engagements budgétaires.**

Par ailleurs, la budgétisation des dépenses en AE n'est assortie d'aucun encadrement normatif : les normes budgétaires de l'État ne portent que sur les crédits de paiement (*cf. infra*).

<p>Proposition n° 3 : Enregistrer l'ensemble des dépenses prévues dans les PPP en AE (loyers d'investissement, de financement et de fonctionnement) à la signature du contrat, en application de la règle de budgétisation générale</p>
--

Il peut être invoqué que les autres modalités de commande publique – la maîtrise d'ouvrage publique (MOP) notamment – engendrent, elles aussi, des dépenses d'entretien, de maintenance et d'exploitation sur les équipements qu'elles permettent de concevoir, que la puissance publique prendra nécessairement en charge. Cependant, la particularité des contrats globaux réside précisément dans la pré-détermination de ces dépenses dès la signature du contrat et dans l'engagement de la personne publique à verser des redevances annuelles couvrant ces différents coûts. La MOP laisse, au contraire, toute latitude à la personne publique pour définir les conditions dans lesquelles les activités d'entretien, de maintenance et d'exploitation seront prises en charge et financées, pendant la durée de vie de l'équipement. **Loin de créer une distorsion entre les différents modes de commande publique, cette règle permettrait de mettre fin à un alignement artificiel de leurs modalités de budgétisation sur les seules dépenses d'investissement, qui occulte les particularités du recours aux PPP, et de rendre compte de l'incidence financière globale propre à ce type de contrat.**

Toutefois, afin d'éviter toute distorsion possible en faveur de la MOP, il serait nécessaire de mener une **réflexion complémentaire sur l'ouverture d'autorisations d'engagement pour les dépenses d'entretien, de maintenance et d'exploitation des équipements construits en MOP**. En effet, le recours à la MOP devrait s'assortir d'une anticipation des crédits nécessaires au fonctionnement et à une ouverture d'AE subséquente. Ces dépenses n'étant pas le fait d'un engagement juridique, elles mériteraient d'être évaluées dans le cadre de la commande publique.

Par ailleurs, l'ouverture d'AE pour des montants importants suppose que **les AE soient suivies de manière beaucoup plus précise et régulière**, par les ministères, leurs contrôleurs budgétaires et comptables (CBCM) et la DB. Elles devront être régulièrement apurées en fin de période, pour éviter qu'elles ne soient réutilisées à d'autres fins, pour financer d'autres dépenses de fonctionnement.

2.1.1.2. L'information budgétaire délivrée aux parlementaires devrait être harmonisée et rassemblée dans un document de présentation unique

Aucun document budgétaire ne présente l'ensemble des PPP, de manière transversale, conclus par l'État et les administrations publiques en général. Les données budgétaires relatives aux PPP ne figurent que dans les projets et rapports annuels de performance (PAP et RAP) de chaque mission, dans la rubrique « Grands projets transversaux et crédits contractualisés » de la partie « Justification au premier euro » de chaque programme.

Les règles de présentation des AE et CP associés à ces PPP ne sont pas harmonisées. En effet, les crédits d'AE sont présentés hors dédit pour les PPP pénitentiaires du programme 107, alors que le dédit est inclus pour les autres PPP signés par l'État, comme le prévoient les règles d'engagement des coûts d'investissement (*cf. supra*). Par ailleurs, la distinction entre les différents types de loyers – investissement, fonctionnement et financement – ne figure pas dans les tableaux d'engagement du programme 107.

La Cour des comptes avait déjà souligné dans son rapport de 2011 sur les partenariats public-privé pénitentiaires « *qu'il conviendrait de mieux préciser dans les documents budgétaires la nature exacte des loyers financiers et les différentes opérations qu'ils permettent de financer, notamment pour la bonne information du Parlement* »¹⁷.

Compte tenu des enjeux financiers et des engagements de très longue durée qui les caractérisent, les PPP de l'État, de ses établissements publics et du secteur hospitalier devraient faire l'objet d'un **document budgétaire dédié, annexé au projet de loi de finances (PLF), qui pourrait prendre la forme d'un « jaune » budgétaire ou d'un document de politique transversale -DPT-** (*cf. encadré 8*).

Encadré 8 : Présentation des « annexes générales » du projet de loi de finances

Parmi les documents annexés aux projets de loi de finances (PLF), la LOLF prévoit des « annexes générales » dans son article 51¹⁸, « *prévues par les lois et règlements* ». Il existe deux types d'annexes générales portant sur des sujets transversaux, qui dépassent les strictes limites d'un programme ou d'une mission budgétaires :

- les « **jaunes** » budgétaires présentent, au sein d'un document unique, **l'effort financier de l'État dans un domaine d'intervention donné**. Outre le traditionnel recensement des crédits consacrés au domaine considéré, inscrits sur différents budgets, les jaunes doivent présenter une analyse des actions menées : bilan de l'année en cours, voire des années antérieures, et perspectives dans le cadre du prochain PLF. Ces annexes générales peuvent porter sur des points

¹⁷ *Les partenariats public-privé pénitentiaires*, rapport de la Cour des comptes, octobre 2011.

¹⁸ Article 51 de la LOLF modifiée : « *Sont joints au projet de loi de finances de l'année (...) 7° Des annexes générales prévues par les lois et règlements destinées à l'information et au contrôle du Parlement* ».

Annexe I

plus spécifiques sur lesquels le Parlement souhaite obtenir une information (rapport relatif aux personnels affectés dans les cabinets ministériels par exemple). Parmi les jaunes annexés au PLF pour 2013, figurent notamment l'effort financier de l'État en faveur des associations, les opérateurs de l'État, le rapport sur l'état de la fonction publique et les rémunérations ou encore le rapport relatif au suivi et à la mise en œuvre des investissements d'avenir ;

- les « oranges » budgétaires ou **documents de politique transversale (DPT)** ont vocation à présenter **les politiques publiques interministérielles financées à un niveau significatif par l'État**, identifiées par le Premier ministre, **dont la finalité concerne plusieurs programmes, relevant de différents ministères et n'appartenant par à la même mission**. Ces documents développent, pour chaque politique concernée, la stratégie mise en œuvre, les crédits, les objectifs et indicateurs y concourant. Ce type d'annexe est prévu par la loi du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005, complété à de nombreuses reprises¹⁹. Sont actuellement institués dix-huit DPT, annexés au PLF pour 2013, parmi lesquels figurent notamment l'action extérieure de l'État, l'aménagement du territoire, l'inclusion sociale, la politique immobilière de l'État ou encore la sécurité routière.

Il n'existe actuellement aucun document de ce type consacré à l'investissement public ou à la commande publique, à l'exception :

- ◆ du rapport relatif au suivi et à la mise en œuvre des investissements d'avenir, qui fait l'objet d'un « jaune » budgétaire ;
- ◆ du DPT consacré à la politique immobilière de l'État, dans lequel la signature de PPP est évoquée de façon incidente, mais ne fait pas l'objet d'une analyse dédiée.

Proposition n° 4 : Créer une annexe budgétaire, jointe annuellement au projet de loi de finances, consacrée aux PPP signés par l'État et ses établissements publics

Afin de disposer d'une meilleure vision de synthèse sur les PPP de l'État, de ses établissements publics et de la sphère hospitalière, la mission recommande la création d'une annexe budgétaire, jointe chaque année au projet de loi de finances (PLF). Comme le prévoit l'article 51 de la LOLF, une telle annexe peut être créée par voie législative ou réglementaire.

La présentation et l'organisation des DPT apparaissent plus normées que celles des « jaunes » budgétaires, dont la construction peut varier en fonction de l'objet. Les DPT s'articulent autour :

- ◆ d'une présentation de la politique transversale, la liste des programmes qui y contribuent, et la présentation de la manière dont ceux-ci participent, aux travers de différents dispositifs, à cette politique transversale, et la mettent en œuvre ;
- ◆ une présentation qui expose la stratégie globale d'amélioration des performances de la politique transversale, suivie de la présentation par axe stratégique des objectifs et indicateurs de performance retenus et des valeurs associées ; s'agissant des politiques transversales territorialisées (outre-mer, ville), les indicateurs du DPT sont adaptés de sorte à présenter les données relatives au seul territoire considéré ;

¹⁹ Ce type d'annexe au projet de loi de finances est prévu par l'article 128 de la loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005, complété par l'article 169 de la loi n° 2006-1771 du 30 décembre 2006 de finances rectificative pour 2006, par l'article 104 de la loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008, par l'article 183 de la loi n° 2008-1425 du 27 décembre de finances pour 2009, par l'article 137 de la loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010, par l'article 7 de la loi n° 2010-832 du 22 juillet 2010 de règlement des comptes et rapport de gestion pour 2009, par l'article 159 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 et par l'article 160 de la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012.

Annexe I

- ◆ une présentation des principales dépenses fiscales concourant à la politique transversale ;
- ◆ une table de correspondance des objectifs permettant en tant que de besoin de se référer aux différents projets annuels de performance (PAP) pour obtenir des compléments d'information ;
- ◆ une présentation détaillée de l'effort financier consacré par l'État à la politique transversale pour l'année à venir, l'année en cours et l'année précédente.

Un tel document pourrait ainsi **présenter, de manière harmonisée et cohérente, l'ensemble des PPP signés par l'État et ses établissements publics. Il présenterait notamment le détail des dépenses induites par les différents projets, pour l'investissement, le financement et l'exploitation du projet sur toute la durée du contrat**, selon le modèle présenté dans le tableau suivant.

Tableau 2 : Modèle de présentation des dépenses associées aux PPP dans les documents budgétaires

Montants bruts, toutes taxes comprises (en M€)	Année n (signature du contrat)		Année n+1		Année n+x (fin du contrat)	
	AE	CP	AE	CP	AE	CP
Coût total du projet						
<i>dont part investissement</i>						
<i>dont part financement</i>						
<i>dont part fonctionnement/exploitation</i>						

Source : Mission IGF.

Il pourrait également présenter :

- ◆ les **différentes hypothèses d'indexation et d'actualisation des loyers** ;
- ◆ les **dépenses prévisionnelles auxquelles elles conduisent et leurs effets, en termes de rigidification de la dépense**, sur leurs missions budgétaires de rattachement ;
- ◆ les **explications des différences de recensement entre les comptabilités budgétaires, générales et nationales**.

La lisibilité des engagements budgétaires de l'État suppose toutefois que le périmètre des coûts d'investissement, de financement et d'exploitation soit précisé (*cf. partie 2.2.2.*).

Par ailleurs, il pourrait également être envisagé, à terme, d'inclure dans ce document transversal les PPP de la sphère hospitalière et de présenter les crédits provenant de l'Assurance maladie qui leur sont associés. Bien que ces crédits relèvent du périmètre de la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS), leur présentation au sein d'un document unique serait cohérente avec l'extension de l'évaluation préalable de la DB aux projets de BEH portés par les établissements hospitaliers et les structures de coopération sanitaire, prévue par le décret du 27 septembre 2012²⁰ (*cf. partie 4.2.2.*).

Pour l'heure, il convient de noter que l'article 48 bis du PLFSS pour 2013 prévoit qu'un rapport relatif aux PPP hospitaliers soit présenté au Parlement avant le 30 septembre 2013²¹

²⁰ Décret n° 2012-1093 du 27 septembre 2012 complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics.

²¹ Article 48 bis du PLFSS pour 2013 : « Un rapport détaillant les opérations projetées ou réalisées de construction d'établissements publics de santé en partenariat public-privé dans le cadre des plans Hôpital 2007 et Hôpital 2012 et présentant les surcoûts financiers occasionnés par l'absence de maîtrise d'ouvrage publique est présenté au Parlement avant le 30 septembre 2013 ».

2.1.2. La comptabilité publique a fait l'objet d'une harmonisation de ses règles d'enregistrement des PPP, dont les effets n'ont pas encore pu être observés

2.1.2.1. Les règles de comptabilité publique en matière de PPP ont été récemment précisées et harmonisées par le conseil de normalisation des comptes publics (CNOCP) autour de la notion de contrôle

Pour les entités publiques, **les normes comptables prévoient une inscription de la valeur des biens à leur patrimoine si, et seulement si, elles en contrôlent le droit et les conditions d'utilisation.** Cette règle est précisée :

- ◆ pour l'État, dans la norme n°6 du recueil des normes comptables de l'État ;
- ◆ pour les collectivités locales, les établissements de santé et les établissements publics dans leurs différents référentiels comptables et budgétaires.

Par ailleurs, le critère du contrôle sur un actif, condition de sa comptabilisation au bilan, est également retenu par les normes comptables internationales et, pour les entités privées, par le plan comptable général.

Si le critère de contrôle est commun, il convient toutefois de remarquer que les référentiels publics se sont autonomisés des règles de la comptabilité privée (*cf. encadré 9*).

Encadré 9 : La comptabilisation des CP par le partenaire privé

L'*International Financial Rules Interpretation Committee* ou comité d'interprétation des normes comptables internationales (IFRIC) a traditionnellement retenu la notion de contrôle pour préciser qui, de l'autorité publique ou du partenaire privé, doit reconnaître l'actif corporel à son bilan.

Ainsi, l'IFRIC propose trois modèles comptables pour l'opérateur privé :

- le **modèle de l'actif financier**, qui suppose que le cocontractant privé soit rémunéré directement par le concédant. Une telle configuration correspond pour l'essentiel au CP. Dans ce cas, le partenaire privé détient une créance financière sur la personne publique ;
- le **modèle de l'actif incorporel**, lorsque le partenaire privé se rémunère auprès de l'utilisateur, ce qui correspond à la concession. Le partenaire privé inscrit alors un actif incorporel correspondant à son droit d'opérer des prélèvements financiers sur les usagers ;
- le **modèle mixte** dans lequel le concessionnaire est payé pour les services de construction, en partie en actif financier et en partie en immobilisation incorporelle. La comptabilisation s'effectue donc distinctement pour ces deux composantes.

L'interprétation IFRIC 12 « *Service concessions arrangements* » a été adoptée par l'*International Accounting Standards Board* (IASB) en novembre 2006 et a été rendue d'application obligatoire en Europe à compter des exercices ouverts au 1^{er} janvier 2010. Cette interprétation ne s'applique qu'aux comptes des partenaires privés et ne préjuge pas du traitement comptable applicable pour la personne publique.

L'*International Public Sector Accounting Standards Board* (IPSAS Board), chargé des normes comptables internationales du secteur public, avait retenu, dans un premier temps, une approche miroir de l'IFRIC 12 pour les concédants dans son *exposure draft* 43 (ED 43) de 2010, à laquelle le conseil de normalisation des comptes publics (CNOCP) s'était opposé. Les méthodes de comptabilisation proposées par l'IFRIC auraient pu difficilement faire l'objet d'une approche symétrique en comptabilité publique, notamment dans le modèle de l'actif incorporel.

L'IPSAS a ensuite abandonné cette conception miroir et adopté la norme IPSAS 32 « *service concessions arrangements : grantor* », qui relève d'une logique propre.

Le critère de contrôle prévaut donc dans la comptabilité publique, alors que les règles de comptabilité nationale s'articulent autour de la notion de risque (*cf. infra*). Pour autant, ces deux critères tendent à se rejoindre de fait, et le recueil des normes comptables de l'État (RNCE) précise, dans la norme n°6 relative aux immobilisations corporelles, que « *le fait que l'État supporte les risques et charges afférents à la détention du bien constitue une présomption de l'existence du contrôle* ».

Les travaux du conseil de normalisation des comptes publics (CNOCP), menés à la demande conjointe de la DGFIP et de la DB, se sont conclus par la publication de l'avis du 8 décembre 2011 relatif au traitement dans les comptes des entités publiques des contrats concourant à la réalisation d'un service public. Conduits parallèlement à ceux menés sur le même sujet par l'IPSAS Board, chargé de la définition de normes comptables internationales pour le secteur public, – qui ont donné lieu à la publication de l'IPSAS 32 – ces travaux ont privilégié une **conception extensive de la notion de contrôle**.

Le CNOCP a retenu une approche fondée sur les caractéristiques des contrats et non sur leur statut juridique, s'appliquant ainsi aux « *contrats conclus entre une entité publique et un opérateur privé dans lesquels l'entité publique contrôle le service public à la fourniture duquel l'opérateur concourt, grâce à l'équipement défini dans le contrat* ».

Les critères de contrôle, pour les équipements définis dans ces contrats, sont :

- ◆ la maîtrise des conditions d'utilisation de l'équipement ;
- ◆ la maîtrise du potentiel de service et/ou des avantages économiques futurs dérivés de cette utilisation.

Afin de déterminer si l'entité publique vérifie ces deux critères de contrôle, le CNOCP a défini des indicateurs de l'existence du contrôle (*cf. encadré 10*).

Encadré 10 : Les indicateurs de l'existence du contrôle définis par le CNOCP

Les indicateurs de contrôle suivants ont été définis par le CNOCP dans son avis du 8 décembre 2011 :

- l'impossibilité pour l'opérateur tiers de vendre ou de donner en garantie l'équipement ;
- l'occupation du domaine public ;
- la détermination des caractéristiques essentielles de l'équipement par l'entité publique ;
- la détermination des modalités de la gestion du service public principalement par l'entité publique ;
- l'encadrement du revenu tiré par l'opérateur tiers de l'équipement ;
- le transfert à l'entité publique, par l'opérateur privé, des droits et obligations conférés par le contrat sur l'équipement, lorsque le contrat arrive à son terme.

Ces indicateurs de contrôle ne doivent pas nécessairement être tous réunis pour que le contrôle de l'entité publique soit caractérisé. Dans la note de présentation de l'avis, le CNOCP indique notamment qu'« *en général, si l'équipement construit s'intègre au domaine public, son contrôle est transféré à l'entité publique au fur et à mesure de sa construction* ».

Par ailleurs, la fiabilité de l'évaluation du coût de l'équipement, si elle est prévue dans les référentiels comptables internationaux et dans le plan comptable général, n'est pas explicitement retenue comme un critère dans l'avis, qui mentionne que cette condition est « *aisément satisfaite* » dans le champ considéré. Elle conditionne néanmoins la date de sa comptabilisation puisque « *lorsque le coût de l'équipement ne peut être déterminé de façon fiable, sa comptabilisation est reportée au moment où l'entité publique évalue ce coût de manière fiable* ».

Source : Avis n°2011-11 du 8 décembre 2011 relatif au traitement dans les comptes des entités publiques des contrats concourant à la réalisation d'un service public.

Cette interprétation de la notion de contrôle devrait donc conduire à une **comptabilisation de l'ensemble des CP et assimilés au bilan des entités publiques** (*cf. infra*).

La comptabilisation initiale pourrait être effectuée, en toute rigueur, au fur et à mesure de l'avancement des travaux, sans attendre la livraison de l'équipement, dès lors que le coût peut être établi de manière fiable. Certains contrats prévoient notamment que l'opérateur informe le pouvoir adjudicateur du coût précis de l'équipement, tranche par tranche, ce qui doit permettre une comptabilisation immédiate de l'équipement pendant sa construction.

En contrepartie du coût initial de l'équipement, le CNOCP prévoit ainsi que soient comptabilisées les sommes à verser par l'entité publique au titre de l'investissement. Ces sommes, correspondant au montant du capital exprimé dans le contrat ou, à défaut, à la valeur actualisée des redevances au titre de l'investissement, ont la nature de **dette financière à la date de mise à disposition de l'équipement**²².

Les autres loyers à verser par l'entité publique, qu'ils soient liés au fonctionnement ou au financement, ont la nature de dettes pour l'entité publique et sont **enregistrés dès que cette dernière est tenue de les verser selon les termes du contrat**, selon un échéancier annuel.

2.1.2.2. L'application de ces règles dans la comptabilité générale de l'État devrait conduire à l'enregistrement de l'intégralité des PPP livrés

Les contrats de PPP en vigueur et dont le bien n'a pas été réceptionné à la date de clôture de l'exercice sont inscrits dans l'annexe du compte général de l'État, en engagements hors bilan, conformément à la norme 13 du RNCE « Engagements à mentionner dans l'annexe »²³.

Dès lors que le bien est réceptionné, il est inscrit à l'actif en contrepartie d'une dette financière. L'évaluation ultérieure du bien est réalisée selon les principes énoncés par la norme n° 6 du RNCE « Immobilisations corporelles ».

L'avis du 8 décembre 2011 du CNOCP sera d'application obligatoire aux comptes clos à compter du 31 décembre 2013, avec possibilité d'application anticipée. Un nouvel avis du CNOCP a été pris à ce propos le 3 juillet 2012, afin d'intégrer les modifications de l'avis du 8 décembre 2011 dans le recueil des normes comptables de l'État²⁴.

Pour un contrat dans lequel il ressort que le bien est contrôlé par l'État, l'enregistrement dans la comptabilité générale s'effectue ainsi selon la chronologie et les modalités suivantes :

- ◆ **lors de la période de préfinancement**, si des dépenses immobilisables interviennent – sous la forme notamment de frais financiers intercalaires, spécifiquement attribués à l'acquisition de l'actif immobilisable – l'actif est enregistré dans un compte d'immobilisation en cours (IEC, compte 23) ;
- ◆ **entre la signature du contrat et la livraison du bien**, les engagements de l'État sont mentionnés dans l'annexe des états financiers de l'État, au titre des engagements hors bilan ;
- ◆ **à la réception du bien :**
 - les dépenses immobilisables comptabilisées en IEC sont transférées vers un compte d'immobilisation en service (IES, compte 21) ;

²² En cas de recettes annexes compensant une partie du coût de l'équipement, la différence entre le coût de l'équipement et la dette financière est comptabilisée directement en situation nette dès qu'elle survient.

²³ La note 6.5 « Engagements hors bilan – Autres engagements de l'État » précise que les engagements hors bilan qu'il convient de mentionner en annexe correspondent aux passifs éventuels qui ont entre autres pour origine des engagements pris dans le cadre d'accords.

²⁴ L'arrêté du 21 août 2012 portant modification des règles relatives à la comptabilité générale de l'État prévoit une application immédiate des modifications dites mineures et une application aux comptes clos au 31 décembre 2013 des autres dispositions.

Annexe I

- **l'actif est enregistré au coût total de financement du partenaire privé** sur un compte 21 (*cf. infra*) ;
- en contrepartie, une dette financière d'un même montant est enregistrée ;
- ◆ **lors du paiement des loyers :**
 - d'une diminution de la dette pour la composante investissement des loyers (correspondant au remboursement du capital) ;
 - d'une charge d'amortissement lorsque l'actif est amortissable²⁵ ;
 - d'une charge financière pour la composante financement des loyers et d'une charge de fonctionnement pour leur composante fonctionnement.

2.1.2.3. Les comptabilités propres aux établissements publics, aux établissements de santé et aux collectivités locales laissent apparaître d'importantes marges de progrès pour l'enregistrement des PPP

L'arrêté du 16 décembre 2010 a complété et mis à jour le dispositif comptable et budgétaire applicable aux collectivités territoriales, établissements publics locaux et établissements publics de santé à compter du 1^{er} janvier 2011 aux nouveaux PPP et au stock des contrats signés. **Les nouvelles règles consistent à inscrire au bilan de la collectivité locale l'actif faisant l'objet du PPP, ainsi que la dette correspondante au passif, alors que ces éléments n'apparaissaient auparavant qu'en hors bilan.**

La MAPPP précise néanmoins que ces informations étaient d'ores et déjà retraitées et reclassées en équivalent dette par les analystes financiers, agences de notation, banques et chambres régionales des comptes, dans leur appréciation de la solidité financière des collectivités concernées.

Les règles de comptabilisation des PPP dans la comptabilité générale des collectivités territoriales sont traitées dans une annexe spécifique (*cf. annexe II*).

Encadré 11 : Les règles de comptabilisation des PPP dans la comptabilité générale des collectivités locales

Les PPP enregistrés dans les comptes des collectivités locales ne font pas l'objet d'un suivi *ad hoc* individualisé. Ils peuvent désormais être suivis au travers des comptes spécifiques qui ont été créés l'année dernière dans différentes nomenclatures (*cf. annexe II*) :

- le compte 235 qui enregistre la part investissement du PPP ;
- le compte 1675 qui enregistre les dettes afférentes aux marchés d'entreprises de travaux publics (METP) et PPP ;
- plus spécifiquement en M21²⁶, le compte 6123 qui enregistre la part de fonctionnement des contrats de PPP.

Toutefois, ces enregistrements comptables – qui ne sont pas encore effectifs dans l'ensemble des collectivités territoriales (*cf. annexe II*) – ne permettent pas d'obtenir des informations financières isolées par contrat.

²⁵ L'existence de clauses contractuelles prévoyant que l'opérateur tiers entretienne régulièrement les équipements ou qu'il le remette à l'entité publique à la fin du contrat avec un niveau de service équivalent à celui du début, peut justifier l'absence d'amortissement, comme le précise l'avis du CNOCP précédemment cité.

²⁶ La M21 est l'instruction comptable applicable aux établissements de santé. Les nomenclatures comptables des collectivités locales n'ont pas prévu la création de comptes spécifiques pour l'enregistrement de la part de fonctionnement des contrats de PPP.

En ce qui concerne les PPP conclus dans le champ hospitalier, deux circulaires ont précisé les principes et les modalités d'enregistrement. La circulaire interministérielle du 11 mai 2011²⁷ décrit les schémas comptables applicables à compter de l'exercice 2011 **aux CP** passés en application des dispositions de l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée. Les établissements publics de santé doivent inscrire dans des comptes d'immobilisations corporelles de leur bilan les biens dont ils ne sont pas propriétaires juridiquement, mais qu'ils contrôlent et qu'ils gèrent, et ce à la mise en service et pour la valeur totale correspondant au cumul simple de la composante investissement de la rémunération globale du bien. Le cas échéant, une dette est constatée en contrepartie correspondant à la part investissement restant due si la rémunération du cocontractant n'a pas été intégralement versée à la mise en service²⁸. Afin d'adapter les schémas comptables, des comptes de bilan ont été créés pour comptabiliser la part investissement des CP.

Les établissements disposaient d'un an pour adapter leurs écritures comptables à ces nouvelles règles.

Dans la continuité des dispositions prises en 2011 pour les CP et à l'issue des travaux menés par le CNOCP, **la circulaire interministérielle du 6 juillet 2012²⁹ décrit les schémas comptables applicables à compter de l'exercice 2012 aux baux emphytéotiques hospitaliers (BEH).** Jusqu'en 2011, les loyers versés par l'établissement bailleur étaient imputés intégralement au compte de résultat (compte d'imputation 61322 « locations immobilières »). À compter du 1^{er} janvier 2012, les schémas comptables applicables aux BEH sont alignés sur ceux des CP, avec la création de comptes de bilan dédiés.

Pour autant, les extractions effectuées par la DGOS sur la plateforme ANCRE et sur la base DGFIP 2011 montrent que :

- ◆ **les annexes « hors bilan » du compte financier 2011 ne sont pas remplies avec exhaustivité pour les BEH ;**
- ◆ **les comptes financiers 2011 sont remplis, concernant les CP, selon des pratiques variables, les données comptables n'étant pas exploitables à ce stade.**

En ce qui concerne les établissements publics, les règles de comptabilisation des PPP sont conformes aux dispositions de l'avis du CNOCP en date du 8 décembre 2011 :

- ◆ **ainsi, lors de la comptabilisation initiale d'un PPP conclu directement par l'établissement public,** l'équipement est comptabilisé en tant qu'immobilisation corporelle à son bilan lorsqu'il est contrôlé par ce dernier, à hauteur du coût total de construction figurant au contrat. La contrepartie au passif consiste en l'inscription d'une dette financière de même montant ;

²⁷ Circulaire n° DGOS/PF1/DGFIP/CL1B/2011/170 du 11 mai 2011 relative aux évolutions d'ordre budgétaire et comptable à compter de l'exercice 2011 pour les établissements de santé antérieurement financés par dotation globale.

²⁸ Le schéma général de comptabilisation des CP est le suivant :

- tant que le bien n'est pas mis en service, les éventuels versements effectués par l'établissement sont comptabilisés au compte 2351 ;
- à la mise en service, le bien est intégré au compte 21 approprié, pour sa valeur totale correspondant au cumul de la composante « investissement » de la rémunération globale ;
- la contrepartie est enregistrée au compte 2351 pour la part investissement qui aurait déjà été payée, et au compte 16751 pour la part investissement restant à payer.

²⁹ Circulaire n° DGOS/PF1/DGFIP/CL1 B/2012/269 du 6 juillet 2012 relative aux évolutions d'ordre budgétaire et comptable à compter de l'exercice 2012 pour les établissements de santé antérieurement financés par dotation globale.

Annexe I

- ◆ **lorsque le PPP est conclu par l'État, l'établissement agissant comme simple mandataire** au nom et pour le compte de l'État pendant la phase de construction avant mise à disposition de l'équipement, le bien appartient à l'État mais est contrôlé par l'établissement. Aussi, l'actif doit être enregistré au bilan de l'établissement, mais sa contrepartie est enregistrée en compte de capitaux propres dans la mesure où la valeur du bien inscrit au bilan de l'établissement doit enrichir le bilan de l'État au titre de la participation financière qu'il détient dans l'établissement. La dette contractée au titre du PPP est enregistrée au passif de l'État.

Pour l'heure, deux CP signés par des établissements publics ont fait l'objet d'une livraison récente, au moins partielle, des équipements :

- ◆ le CP relatif à la reconstruction du centre universitaire de Paris IV Clignancourt, signé par l'État ;
- ◆ le CP relatif à la construction de l'unité de formation et de recherche (UFR) de médecine de l'université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, signé par l'université.

Seul le CP signé par l'État pour l'université Paris IV Clignancourt a fait l'objet des enregistrements comptables indiqués, lors de la réception de la première phase des travaux. Le bâtiment reçu en phase 1 a été inscrit à l'actif en 2011 pour 27,4 M€ en contrepartie du compte de dotation en capital.

Pour le CP de l'université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, seules ont été comptabilisées dans les comptes de l'université, à ce jour, les subventions reçues pour 22 M€, à un compte de dotation en capital, la contrepartie de ces paiements à l'opérateur ayant été constatée en immobilisations en cours. La réception de l'immeuble a été faite le 29 juin 2012, mais l'enregistrement de l'immobilisation à l'actif n'a pas encore été effectué.

Proposition n° 5 : Demander aux comptables publics de recenser et d'enregistrer les contrats de PPP, dans les 18 prochains mois, conformément aux nouvelles instructions comptables

L'enregistrement des PPP des collectivités locales, des établissements de santé et des établissements publics ne respecte pas encore les nouvelles instructions comptables.

Les entretiens effectués par la mission, tant dans les collectivités locales que dans les établissements publics, tendent à montrer que les instructions sont parfois méconnues des ordonnateurs.

Aussi, **le directeur général des finances publiques pourrait adresser une note aux directeurs régionaux et départementaux des finances publiques**, afin de rappeler les règles d'enregistrement comptable propres aux contrats de PPP et demander aux comptables publics :

- ◆ d'informer les ordonnateurs des collectivités locales, des établissements de santé et des établissements publics de l'évolution de ces règles ;
- ◆ de recenser et d'enregistrer les contrats de PPP, conformément à ces nouvelles règles.

2.1.3. Malgré le durcissement des règles fixées par Eurostat en matière de comptabilité nationale, la comptabilisation effectuée par l'INSEE ne garantit pas l'enregistrement de l'intégralité des PPP

L'enjeu du retraitement statistique en comptabilité nationale ou européenne, au regard des finances publiques, est de déterminer si le contrat est « consolidant », c'est-à-dire si l'équipement doit être comptabilisé dans les actifs publics, ce qui détermine l'imputation immédiate d'une dette publique correspondante.

2.1.3.1. Les règles fixées par Eurostat ont conduit à un élargissement du champ des PPP devant être enregistrés en comptabilité nationale

L'office statistique des communautés européennes, Eurostat, avait défini en février 2004 des règles de comptabilisation des PPP entendus au sens large, pour lesquels les paiements sont effectués majoritairement par le partenaire public et non par l'utilisateur final, comme dans le cadre des concessions. Eurostat recommande ainsi de classer les actifs engagés dans un PPP comme actifs privés et de **ne pas les comptabiliser dans le bilan des administrations publiques lorsque les deux conditions suivantes sont réunies** :

- ◆ le partenaire privé supporte le **risque de construction** ;
- ◆ le partenaire privé supporte **au moins l'un des deux risques suivants : celui de disponibilité ou celui lié à la demande.**

Si le risque de construction est supporté par l'État, ou si le partenaire privé ne supporte que le risque de construction et aucun autre risque, les actifs sont classés comme actifs publics.

Encadré 12 : L'interprétation de la notion de risque dans la décision d'Eurostat de 2004

Dans sa décision de 2004, Eurostat a donné des éléments d'interprétation des différents risques :

- en ce qui concerne le **risque de construction** (retard de livraison, respect des spécifications, dérapage des coûts, etc.), l'obligation de l'État d'effectuer des paiements réguliers à un partenaire sans tenir compte de l'état des actifs en construction est la preuve que l'État supporte la majorité des risques et agit *de facto* comme le propriétaire final des actifs dès leur conception ;
- en ce qui concerne le **risque de disponibilité** (performances des prestations de services, pénalités associées, etc.), l'analyse des pénalités constitue un indice clé. L'État ne supporte pas un tel risque s'il est en mesure de réduire significativement ses paiements périodiques, lorsque les critères de performance ne sont pas atteints, comme tout « client normal ». L'application des pénalités en cas de défaillance du partenaire privé doit être automatique et doit avoir un effet significatif sur ses revenus. À l'inverse, l'existence d'un plafond de pénalités applicables témoigne de ce que le risque n'a pas été significativement transféré au partenaire privé ;
- en ce qui concerne le **risque de demande** (demande plus faible que prévu), l'État est présumé assumer ce risque lorsqu'il doit assurer un niveau donné de rémunération au partenaire privé, indépendamment du niveau effectif de la demande, rendant inopérant l'impact des fluctuations de la demande sur la rentabilité du partenaire privé.

Dans le cas où cette analyse des risques ne permet pas de donner de conclusions claires, Eurostat avait également prévu dans sa décision de 2004 des **critères supplémentaires**, notamment la prédominance des financements publics dans le coût de construction, l'existence de garanties publiques ou des provisions relatives à l'attribution finale des actifs à leur valeur courante de marché.

Dans une note au ministre de l'économie datée du 21 mai 2010 relative à l'enregistrement en comptabilité nationale de PPP suite à la notification du déficit et de la dette publics pour 2009, l'INSEE présente l'évolution de la jurisprudence d'Eurostat en la matière. La note précise ainsi que, lors d'une « visite de dialogue » menée à l'INSEE en juin 2008, Eurostat a fait savoir que les modalités de comptabilisation des opérations de PPP par les comptes nationaux français n'étaient pas pleinement convaincantes. **Dans une note envoyée à l'INSEE en mars 2010, Eurostat a conclu au caractère consolidant des PPP français types** – les PPP relatifs aux établissements pénitentiaires – dans le déficit et dans la dette publics.

Annexe I

D'après la note de l'INSEE, « Eurostat considère désormais que, quand bien même un contrat ferait porter les risques de construction et de disponibilité sur le partenaire privé, il sera classé en dette publique dès lors que le financement public est prédominant dans le montage du PPP ». La part de financement public s'apprécie en cumulant les financements directs et indirects – c'est-à-dire les loyers ainsi que les garanties publiques apportées à des financements privés – dès lors que ces financements émanent d'administrations publiques résidentes³⁰.

Ce durcissement de la position d'Eurostat met en évidence que **la notion de risque s'entend au sens de la responsabilité de la charge financière, beaucoup plus que de l'aléa**. Or, la plupart des PPP sont désormais assortis d'une clause de cession Dailly, dont le montant dépasse la moitié du coût de l'actif livré. Dans ce cadre, la plupart des CP signés par les collectivités publiques doivent être consolidés en comptabilité nationale, en enregistrant la totalité de la valeur de l'actif dans les comptes des administrations publiques.

Cette évolution a été récemment confortée dans le manuel relatif au déficit et à la dette publics, publié par Eurostat le 19 mars 2012³¹. Dans le chapitre consacré aux PPP, **l'office statistique confirme les règles établies en 2004 en matière d'analyse des risques, tout en renforçant le poids des critères complémentaires de garanties et de financements publics dans le coût de construction**³². Il précise notamment que, si les garanties publiques couvrent une part majoritaire du coût de construction, l'actif est enregistré en totalité dans les comptes publics³³. De facteur complémentaire dans la décision de 2004, la proportion de garanties et financements publics devient désormais un critère à part entière de l'analyse des risques dans le manuel de 2012³⁴.

Contrairement à ce qu'affirme le guide méthodologique de la MAPPP³⁵, le critère de contrôle – retenu par l'IASB au travers de l'IFRIC 12 – ne devrait pas se substituer au critère de risque dans la doctrine d'Eurostat. Les entretiens menés par la mission avec la direction D d'Eurostat « *Government finance statistics* » ont mis en évidence **une volonté de stabilisation des règles relatives à la comptabilisation des PPP autour de la notion de risque**. Le critère de contrôle est en effet perçu comme une notion trop subjective face à l'exigence de comparabilité des données entre les pays de l'Union européenne. Il convient toutefois de souligner que l'évolution de la doctrine d'Eurostat sur l'enregistrement des PPP tend à montrer que la notion de risque est tout aussi difficile à objectiver.

³⁰ Les financements des administrations publiques non résidentes – émanant pour l'essentiel d'organismes internationaux publics tels que la banque européenne d'investissement (BEI) – sont exclus du calcul des financements publics.

³¹ *Manual on Government Deficit and Debt*, Eurostat, mars 2012.

³² Eurostat utilise l'expression « *capital cost* » qui correspond au coût de construction ou de rénovation de l'actif, incluant le coût du financement durant la phase de construction du PPP.

³³ « *If at inception or during construction, government guarantees cover a majority of the capital cost of the PPP project, the asset is recorded in the government's balance sheet* », *Manual on Government Deficit and Debt*, VI.5.3.6, p. 276.

³⁴ « *Because guarantees have an impact on the distribution of risks between the parties, guarantees should be used in the analysis of risks in PPPs* », *Manual on Government Deficit and Debt*, VI.5.3.6, p. 276.

³⁵ D'après le guide méthodologique mis en ligne sur le site de la MAPPP, la réunion du « *financial accounts working group* » d'Eurostat en juin 2009 aurait confirmé une évolution, d'ici 2014, dans le sens d'une présomption de consolidation des PPP, liée au fait que le critère de contrôle – critère retenu par l'IASB pour l'enregistrement en comptabilité générale, au travers de l'IFRIC 12 – se substituerait au critère du risque, retenu jusqu'alors.

2.1.3.2. L'enregistrement des PPP par l'INSEE repose désormais sur l'existence d'une cession Dailly

Face à l'évolution de la jurisprudence d'Eurostat, l'INSEE a décidé désormais de procéder à la consolidation des PPP **dès lors qu'une cession Dailly est acceptée par la personne publique sur une part majoritaire** de la valeur de l'équipement.

Lorsqu'elle porte sur la majorité de la valeur de l'équipement qui a fait l'objet du PPP, l'acceptation par le pouvoir public adjudicateur d'une cession de créance Dailly a pour résultat de rendre le contrat « consolidant » :

- ◆ **une dette, d'un montant égal à la valeur de l'équipement**, est inscrite à son passif : il s'agit d'une dette sous forme de crédit, inscrite à sa valeur nominale³⁶ ;
- ◆ **en contrepartie, l'équipement entre, sous forme de formation brute de capital fixe (FBCF) à l'actif du patrimoine du partenaire public**, ce qui affecte immédiatement son besoin de financement.

La dette inscrite au passif de la personne publique représente alors la totalité de la valeur de l'équipement en jeu, même si la cession Dailly n'en couvre qu'une partie. Les versements du partenaire public, qui correspondent aux loyers d'investissement et de financement, sont intégralement traités comme le remboursement de sa dette.

Si la cession Dailly acceptée porte sur une partie minoritaire de la valeur de l'équipement – et s'il n'existe par d'autres mécanismes, tels que des garanties, qui rendraient majoritaires la part du financement public – le contrat n'est pas consolidant. Dans cette configuration, l'équipement reste la propriété du partenaire privé, qui le loue au partenaire public :

- ◆ une dette est enregistrée au passif du partenaire public à hauteur du seul montant de la cession acceptée ;
- ◆ en contrepartie, le partenaire public acquiert non pas un actif mais une créance sur le partenaire privé au titre des loyers payés d'avance par le biais de la cession acceptée.

Dans les faits, les CP signés par l'État ou les établissements publics nationaux font aujourd'hui quasi systématiquement l'objet d'une cession Dailly portant sur la majorité de l'investissement, et ont donc vocation à être « consolidants ». L'INSEE déclare donc avoir donné pour consigne à la DGFIP de lui transmettre l'intégralité des CP enregistrés dans la comptabilité générale de l'État. **D'après l'INSEE, la comptabilisation des CP en comptabilité générale et en comptabilité nationale fait donc l'objet d'une harmonisation de fait, le seul hiatus pouvant résider éventuellement dans les règles de valorisation des actifs et de la dette.**

2.1.3.3. La comptabilisation effective des PPP repose sur une analyse a minima de l'INSEE, qui ne garantit pas l'exhaustivité des enregistrements

Pour autant, la DGFIP s'appuie sur les données qui lui sont transférées par la direction du budget (DB), recensant les contrats de PPP livrés et signés au cours de l'année écoulée, sans qu'il soit fait mention de l'existence ou non d'une cession Dailly acceptée, ni de son montant. La prise en compte de ces contrats en comptabilité nationale s'appuie donc sur une présomption de cession Dailly et sur une transmission d'informations peu fiable (cf. infra).

³⁶ La dette « maastrichtienne » étant une dette nominale, la comptabilisation doit porter sur le coût brut de l'investissement incluant les coûts de financement, non indexé et non actualisé.

L'INSEE n'a pas été en mesure de fournir à la mission une liste des PPP enregistrés dans les comptes des administrations publiques. Rien ne permet donc de garantir que les critères de contrôle et de risque concordent effectivement. Ainsi, alors que le CP signé en 2008 par le ministère de la Défense pour l'achat d'heures de vol d'hélicoptères est considéré comme contrôlé par l'opérateur privé, et n'est donc pas enregistré en comptabilité générale, ce contrat figure dans les listes de la DB. Il est donc probable que ce contrat a été intégré dans les comptes nationaux des administrations publiques.

En outre, **les PPP conclus par les collectivités locales ne sont pas recensés de manière exhaustive. Alors que, à l'issue de la visite d'Eurostat à la France en novembre 2010 dans le cadre de la procédure de déficit excessif³⁷, l'INSEE avait informé Eurostat que la liste des PPP des collectivités locales était disponible, aucune information de cette nature n'a pu être transmise à la mission.** Seules les listes établies par la MAPPP et le CEF-O-PPP donnent une vision approximative et lacunaire (*cf. supra*) des contrats établis au niveau local. En outre, la mission a pu constater, lors de ses déplacements dans certaines collectivités locales³⁸, que les directions régionales et départementales des finances publiques ne transmettaient aucun élément relatif aux PPP au bureau CE1C de la DGFIP, qui est chargé des comptes nationaux, ou à l'INSEE. Ces services ne disposent donc que des comptes agrégés, tels qu'ils sont transmis pour les besoins de la comptabilité publique. Les nouvelles règles d'enregistrement des PPP dans la comptabilité des établissements de santé et des collectivités locales³⁹ devraient permettre de reporter directement le coût d'investissement, enregistré en dette dans les comptes des collectivités, dans la dette publique consolidée en comptabilité nationale. Toutefois, **nombre de PPP n'étant pas encore enregistrés dans les comptes des collectivités locales (*cf. annexe II*), les défauts de comptabilisation en comptabilité publique se répercutent mécaniquement en comptabilité nationale.**

Par ailleurs, Eurostat prévoit que les offices statistiques nationaux donnent des avis sur le mode de comptabilisation des actifs avant la décision d'investissement et enregistrent les actifs en continu, avant la livraison de l'équipement, dès lors qu'ils sont considérés comme des actifs publics⁴⁰. Rien de tel n'est effectué par l'INSEE. Comme l'avait déjà souligné Eurostat lors de sa visite en novembre 2010, **l'INSEE n'intervient qu'a posteriori et les PPP ne sont enregistrés qu'au moment de leur livraison.**

Ainsi, l'exhaustivité de l'enregistrement des PPP conclus par les administrations publiques est loin d'être garantie, compte tenu des approximations et de l'absence d'une liste recensant les contrats et les analysant.

En outre, **le périmètre des administrations publiques n'est pas totalement stabilisé.** La question pendante de la reclassification de la dette de Réseau ferré de France (RFF) en dette publique pourrait également avoir une incidence sur le montant des PPP enregistrés dans les comptes nationaux (*cf. encadré 13*).

³⁷ EDP dialogue visit to France, 29 novembre 2010.

³⁸ La mission a effectué des déplacements dans le Loiret, en Guyane, en Guadeloupe, dans les Alpes maritimes et en Gironde.

³⁹ L'arrêté du 16 décembre 2010 a complété et mis à jour le dispositif comptable et budgétaire applicable aux collectivités territoriales, établissements publics locaux et établissements publics de santé à compter du 1^{er} janvier 2011 aux nouveaux CP et au stock des contrats signés. Les nouvelles règles consistent à inscrire au bilan de la collectivité locale l'actif faisant l'objet du CP, ainsi que la dette correspondante au passif, alors que ces éléments n'apparaissaient auparavant qu'en hors bilan (*cf. annexe II*).

⁴⁰ « *When the assets are considered government assets, the capital expenditure is recorded on an accrual basis as the works proceed, and not at the end of the construction/refurbishment period* », *Manual on Government Deficit and Debt*, VI.5.2.3, p. 270.

Encadré 13 : La question de la reclassification de la dette de Réseau ferré de France (RFF)

Une partie significative des investissements réalisés sous la forme de PPP sont effectués par RFF en France. Ainsi, le contournement ferroviaire de Nîmes et Montpellier, la ligne à grande vitesse Bretagne-Pays de la Loire et le réseau de communication GSM-R représentent à eux seuls **un montant total d'investissement d'environ 5,6 Md€.**

Or, **la dette de RFF n'est pas intégrée dans la dette publique.** Une entité est en effet considérée comme un producteur marchant dès lors que ses ventes et subventions liées aux volumes représentent plus de 50 % des coûts.

Néanmoins, la question de la reclassification de la dette de RFF en dette publique a fait l'objet d'échanges récurrents entre Eurostat et l'INSEE, pour plusieurs raisons :

- les subventions d'exploitation versées par l'État équivalent peu ou prou aux intérêts de la dette de RFF, ce qui tendrait à montrer selon Eurostat que l'État supporte la dette de RFF ;
- la capacité de remboursement de RFF a été mise en doute à plusieurs reprises, notamment dans un rapport de la Cour des comptes de 2008 indiquant que, pour la partie de la dette de RFF « non amortissable », l'État devrait prendre part au remboursement et dans un rapport du Sénat de septembre 2010 indiquant qu' « *une partie de la dette sera perpétuelle* ».

Lors de sa dernière visite dans le cadre de procédure de déficit excessif de novembre 2010, Eurostat avait exprimé des doutes sur la capacité de RFF à rembourser sa dette et avait demandé à l'INSEE de réfléchir à une éventuelle reclassification d'une partie de la dette de RFF en dette publique. L'INSEE avait alors fait valoir que la situation financière de RFF s'était améliorée et que la part de la dette de RFF méritant une reclassification serait très difficile à définir de manière indiscutable.

Le sujet, resté en suspens, sera probablement abordé lors de la prochaine visite d'Eurostat, prévue à la fin de l'année 2012.

Proposition n° 6 : Recenser les PPP enregistrés en comptabilité nationale, en distinguant les PPP enregistrés dans les comptes des administrations publiques et les PPP enregistrés dans les comptes des opérateurs privés

Compte tenu des évolutions possibles de la doctrine d'Eurostat, tant sur les critères de comptabilisation des PPP que sur le périmètre des administrations publiques concernées, l'INSEE devrait recenser de manière exhaustive les PPP conclus, qu'ils soient classés dans les comptes publics ou dans ceux des partenaires privés. Un tel document permettrait notamment d'anticiper les conséquences d'éventuels changements de jurisprudence de la part d'Eurostat.

Proposition n° 7 : Clarifier les critères d'enregistrement des PPP en comptabilité nationale

Par ailleurs, l'INSEE devrait **veiller à remplir davantage le rôle d'information,** qui lui est dévolu par Eurostat, **auprès des administrations publiques adjudicatrices.** La mission a pu constater qu'une certaine opacité entourait les règles de comptabilité nationale, notamment pour des administrations pourtant directement concernées telles que la DB. Il serait utile que la comptabilisation en actif public puisse être anticipée dès la décision d'investissement.

Il importerait notamment que l'INSEE précise si les PPP enregistrés dans la comptabilité générale de l'État sont nécessairement intégrés dans les comptes publics. L'exemple du CP du ministère de la Défense relatif aux heures de vol d'hélicoptères (cf. *supra*) montre que la doctrine de l'INSEE demanderait à être clarifiée.

2.2. La variété des référentiels et les défaillances observées dans la comptabilisation rendent les engagements publics en matière de PPP peu lisibles


2.2.1. Les différents référentiels comptables composent un ensemble disparate dont les logiques distinctes s'estompent lors de l'enregistrement effectif des PPP

2.2.1.1. Les référentiels comptables répondent à des règles propres dont la mise en cohérence est malaisée

Chacun des référentiels de comptabilité publique, qu'il s'agisse de la comptabilité budgétaire, de la comptabilité générale ou de la comptabilité nationale, repose sur des critères de comptabilisation différents, déclenchant l'enregistrement des dépenses afférentes à ces contrats (cf. graphique 2) :

- ◆ la **signature du contrat**, c'est-à-dire l'engagement juridique de l'État à verser des redevances à un opérateur privé, dans le cas de la comptabilité budgétaire ;
- ◆ le **contrôle de l'État** sur l'équipement, dans le cas de la comptabilité générale ;
- ◆ la **prise en charge du risque par l'État ou le secteur public en général, et la prédominance des financements publics**, dans le cas de la comptabilité nationale.

Graphique 2 : Présentation schématique des enregistrements comptables effectués pour les PPP dans les comptabilités budgétaire, générale et nationale

	Critère de comptabilisation	Comptabilisation de l'actif	Comptabilisation des coûts d'investissement		Comptabilisation des coûts de financement et d'exploitation
COMPTABILITÉ BUDGÉTAIRE	Signature du contrat		Budgétisation en AE du coût d'investissement à la signature	Budgétisation annuelle en CP des loyers d'investissement	Budgétisation annuelle des loyers en AE = CP
COMPTABILITÉ GÉNÉRALE	Contrôle	Oui	Enregistrement en dette financière	Diminution de cette dette des loyers annuels d'investissement	Comptabilisation annuelle dans les charges
COMPTABILITÉ NATIONALE	Risque/ Prédominance des financements publics	Oui	Enregistrement en dette publique	Diminution de cette dette des loyers annuels d'investissement	Comptabilisation annuelle en déficit public

Source : Mission.

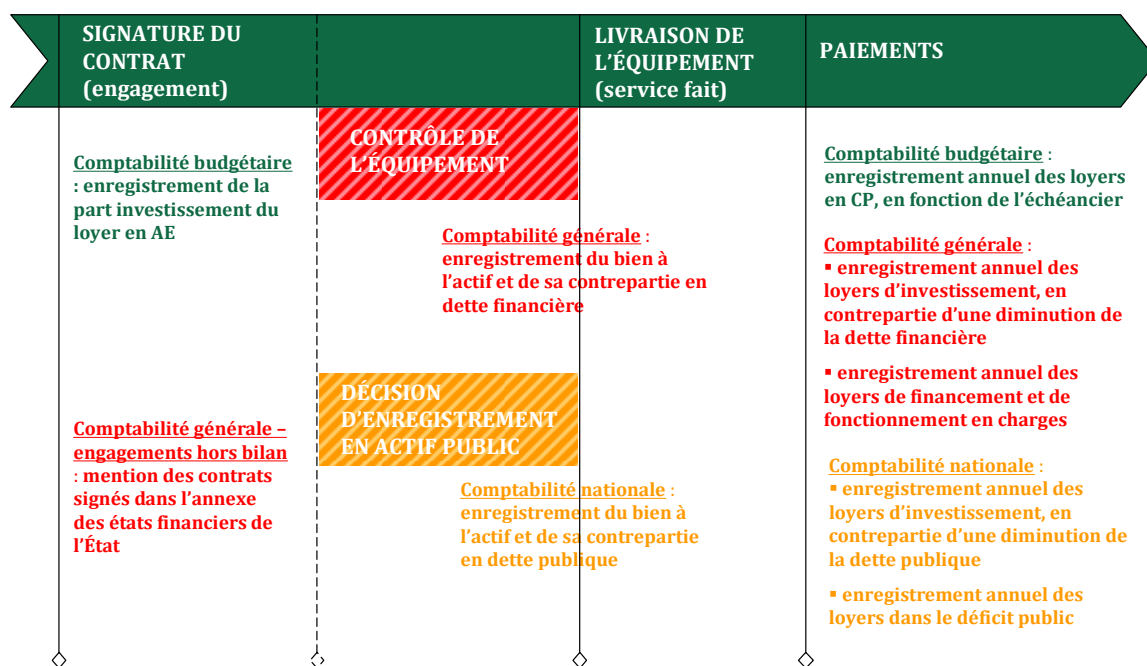
Ainsi, la date d'enregistrement des coûts associés aux PPP – qui découle de ces critères de comptabilisation distincts – varie d'un référentiel comptable à l'autre, au risque de créer un ensemble hétéroclite et parcellaire.

Annexe I

L'enregistrement des projets de PPP s'effectue, en effet (cf. graphique 3) :

- ◆ **dès la signature du contrat**, en comptabilité budgétaire, pour les coûts d'investissement et, en comptabilité générale, dans les engagements hors bilan de l'État ;
- ◆ dès lors que la personne publique détient le **contrôle** de l'équipement, en comptabilité générale pour l'enregistrement de l'actif et de la dette financière liée (à hauteur du coût d'investissement), ce qui correspond de fait à la date de **livraison** de l'équipement, voire à sa **mise en service** – de manière à ce que le montant de l'actif soit plus aisément évaluable de manière certaine ;
- ◆ dès lors que la **décision de classer l'équipement en actif public** est prise, en comptabilité nationale pour l'enregistrement de l'actif public et de la dette qui lui est liée (à hauteur du coût d'investissement), ce qui correspond de fait à la date de **livraison** de l'équipement ;
- ◆ au fur et à mesure du **versement des loyers**, à un rythme annuel, pour les coûts d'investissement, de financement et d'exploitation. Cet enregistrement des redevances à la date de paiement est commun aux trois comptabilités.

Graphique 3 : Présentation schématique des enregistrements comptables effectués pour les PPP au cours de la vie du contrat, en fonction des différentes comptabilités



Source : Mission.

2.2.1.2. Ces divergences théoriques se voient de fait confondues dans l'enregistrement effectif des PPP

Les critères de contrôle et de risque, qui font l'objet de débats théoriques récurrents, tendent à se rejoindre *de facto*, les services de l'INSEE ayant donné pour consigne à la DGFIP de leur transmettre l'intégralité des PPP enregistrés dans la comptabilité générale de l'État (cf. supra).

Annexe I

En outre, au-delà des différences de calendrier induites par des critères de comptabilisation distincts, il convient de remarquer que **les enregistrements comptables s'effectuent fréquemment par tranches** en comptabilité générale et en comptabilité nationale, lorsqu'une livraison de l'équipement en différentes étapes est prévue.

Quand le contrat prévoit une segmentation de la construction et de la livraison de l'équipement en plusieurs étapes, **les enregistrements comptables suivent de fait ce calendrier et intègrent progressivement l'actif et la dette correspondante dans le bilan.**

2.2.2. L'enregistrement des PPP pâtit du manque de fiabilité des informations financières disponibles

2.2.2.1. L'hétérogénéité et la complexité des contrats de PPP rendent leur analyse financière très délicate

Les erreurs et les incohérences relevées dans les différentes bases de données tiennent pour une large part à la faible lisibilité et à la très grande complexité des CP et assimilés, notamment de leurs annexes financières.

Les rapprochements effectués par la mission entre les bases de données de la MAPPP, du CEF-O-PPP, les fichiers de la DB, les documents budgétaires et les documents comptables montrent que les montants d'investissement varient d'un document à l'autre pour un même contrat (*cf. partie 1.2.*).

2.2.2.2. Les différents systèmes d'informations comptables sont alimentés par une même source de données, peu fiabilisée

Les données financières et budgétaires relatives aux PPP sont issues pour l'essentiel des bureaux sectoriels de la DB, rassemblées et mises en cohérence par le bureau de synthèse chargé de la politique budgétaire. Le tableau de synthèse comprend, outre la désignation du pouvoir adjudicateur et de l'opération concernée, les informations suivantes :

- ◆ le type de contrat ;
- ◆ la date de signature du contrat ;
- ◆ la date de livraison de l'équipement ;
- ◆ le montant de l'investissement TTC, avec sa décomposition en tranches le cas échéant ;
- ◆ le montant du dédit ;
- ◆ la durée du contrat ;
- ◆ le montant moyen des loyers annuels.

Il est ensuite transmis à la DGFIP, aux services chargés de la comptabilité budgétaire et de la comptabilité générale.

Afin de contrôler les enregistrements effectués dans Chorus au niveau de chaque ministère, sous le contrôle des contrôleurs budgétaires et comptables ministériels (CBCM), les services des comptes de l'État disposent pour l'essentiel des données transmises par la DB.

Or, la transmission des données s'effectue de manière sommaire, sans recoupements des données ni analyse des contrats eux-mêmes. **La DGFIP et l'INSEE s'appuient, pour les besoins de la comptabilité générale et nationale, sur une base de données répondant aux besoins et à la logique de la comptabilité budgétaire.**

Annexe I

La direction générale du Trésor (DG Trésor) intervient également dans le processus, au titre de la prévision. Le bureau de synthèse des finances publiques produit ainsi des données, permettant notamment d'alimenter les perspectives pluriannuelles dans le cadre des lois de programmation, à partir de la même base de données établie par la DB. Malgré le rattachement de la MAPPP à la DG Trésor depuis 2011⁴¹, le bureau de synthèse des finances publiques ne s'appuie pas sur l'expertise et les informations détenues par cette dernière. Les incohérences relevées incidemment par les services – notamment les défauts d'enregistrement constatés de manière fortuite – sont évoquées lors de réunions annuelles entre la DG Trésor, la DGFIP, la DB et l'INSEE, sans toutefois qu'aucune démarche de contrôle ou de recoupement systématique des informations ne soit effectuée.

Le tableau suivant présente, de manière très synthétique, les enregistrements comptables relatifs aux PPP signés par l'État – hors établissements publics nationaux – effectués dans les différents référentiels comptables au 31 décembre 2011 (*cf. tableau 3*). Il met en exergue les divergences, tant en nombre de contrats enregistrés qu'en montant d'investissement cumulé, qui sont liées :

- ◆ **à la différence de date d'enregistrement** ; les PPP étant enregistrés dès la signature du contrat en comptabilité budgétaire, il est cohérent que les contrats enregistrés soient plus nombreux qu'en comptabilité générale, dans laquelle ils ne sont pris en compte qu'à la livraison de l'équipement ;
- ◆ **aux écarts de périmètre des coûts d'investissement** (*cf. infra*), le périmètre de la valeur de l'équipement enregistré à l'actif de l'État étant plus restreint que celui des AE d'investissement ouvertes en comptabilité budgétaire.

Tableau 3 : Bilan des enregistrements comptables effectués pour les PPP au 31 décembre 2011

Enregistrements comptables au 31 décembre 2011	Comptabilité budgétaire	Comptabilité générale	Comptabilité nationale
Nombre de contrats recensés	29	16**	NC
Montant de l'investissement enregistré	6 623*	1 244	NC

Source : DB et DGFIP.

Note : Le montant de l'investissement enregistré correspond au montant TTC de l'investissement, dédit inclus, dans la comptabilité budgétaire et à la valeur brute du bien, dans la comptabilité générale de l'État.

** Le montant de l'investissement enregistré a été estimé à partir de la part des montants d'investissement TTC financés par l'État pour les PPP signés par l'État recensés dans les fichiers transmis par les bureaux sectoriels de la DB.*

*** Le nombre de contrats a été calculé en harmonisant le périmètre de décompte sur celui de la DB. Par exemple, alors que les trois lots d'établissements pénitentiaires sont décomptés comme 10 contrats différents dans le bilan de l'État, seuls trois contrats distincts sont recensés par la DB.*

⁴¹ Par un décret n°2011-709 du 21 juin 2011, la MAPPP a été transformée en service à compétence nationale (SCN), rattaché au directeur général du Trésor.

2.2.2.3. La fiabilisation des enregistrements comptables suppose de confier l'analyse financière des contrats à la MAPPP, autour de périmètres de coûts harmonisés

Il conviendrait de préciser, dans le sens d'une harmonisation entre les différents référentiels comptables, le périmètre d'enregistrement des coûts d'investissement, à partir desquels sont comptabilisés l'actif et la dette correspondante. Actuellement, la notion de coût d'investissement est utilisée indifféremment en comptabilité budgétaire, en comptabilité générale et en comptabilité nationale, sans que son périmètre soit clairement défini. Or, l'investissement peut recouvrir des composantes de coûts différentes d'un contrat à l'autre, dont les principaux facteurs de variation sont :

- ◆ l'incorporation ou non du dédit ;
- ◆ la prise en compte des coûts de GER ;
- ◆ l'intégration des coûts de financement intercalaires ;
- ◆ la prise en compte des taxes.

Sur ces différents points, **la comptabilité budgétaire a défini un périmètre d'enregistrement précis**, correspondant à la somme simple des loyers d'investissement, augmentée du dédit et diminuée des subventions publiques, incluant également les intérêts intercalaires .

Les règles appliquées dans la comptabilité générale de l'État, rappelées dans les notes de la DGFIP relatives au traitement comptable des opérations menées dans le cadre de contrats associant l'État et des partenaires, précisent également le périmètre exact de ce montant. Ainsi, le coût d'investissement correspond :

- ◆ aux coûts de construction et d'investissements mobiliers immobilisables (dont la valeur unitaire est supérieure à 10 000 €) ;
- ◆ aux coûts de maintenance et gros entretien ayant pour effet d'augmenter la valeur ou la durée de vie du bien⁴² ;
- ◆ aux impôts et taxes sur la construction ;
- ◆ aux frais financiers intercalaires ;
- ◆ aux frais de structure ;
- ◆ aux coûts engendrés par les avenants au contrat.

Aussi, **le dédit ne fait pas partie des montants d'investissement, puisqu'il n'est pas immobilisable au sens de la comptabilité générale de l'État, et les dépenses de GER ne sont que rarement comptabilisées en investissement.**

Les règles applicables en comptabilité nationale sont moins précises. Les fiches établies par l'INSEE et la DGFIP donnent uniquement pour indication que le coût d'investissement correspond à la somme brute des loyers d'investissement, incluant les frais financiers intercalaires.

Les services en charge de la comptabilité générale et nationale s'appuyant sur les données fournies par la DB, **les enregistrements comptables suivent pour l'essentiel les règles établies en comptabilité budgétaire**, à la différence près que les services de la comptabilité générale soustraient le montant du dédit du coût d'investissement.

⁴² Les loyers de GER sont immobilisables (imputation au titre 5) dès lors qu'ils ont pour objet d'augmenter la valeur ou la durée de vie de l'immobilisation et à condition que leur coût puisse être déterminé de façon fiable. Le montant des loyers répondant à cette définition est imputé sur un compte d'immobilisation (titre 5). Les parts respectives du loyer GER relevant de la maintenance courante (titre 3) ou de la maintenance immobilisable (titre 5) doivent être clairement distinguées sur chaque facture. À défaut de pouvoir isoler et évaluer de façon fiable la part immobilisable, la totalité du loyer GER sera imputée en charges.

Proposition n° 8 : Clarifier et harmoniser le périmètre des coûts d'investissement devant être comptabilisés au sein des différents référentiels comptables

Aussi, afin d'éviter les confusions sur le périmètre exact des différents coûts, la définition des coûts d'investissement devrait faire l'objet d'une harmonisation au sein des différents référentiels comptables, sous la réserve du dédit qui fait l'objet de traitements différenciés dans les référentiels comptables.

Proposition n° 9 : Confier à la MAPPP la mission d'extraire les informations financières des contrats de PPP et de leurs annexes et de les communiquer aux administrations concernées (DB, DG Trésor, DGFIP, INSEE)

Dans la mesure où la seule lecture des contrats de PPP suppose une expertise sur ce sujet, la mission recommande de confier à la MAPPP le soin de recenser de manière précise les différents coûts associés aux contrats de PPP, en distinguant :

- ◆ au sein du coût d'investissement entendu au sens large :
 - les coûts de construction, de conception composant le coût d'investissement brut ;
 - les coûts de gros entretien et de renouvellement (GER) ;
 - le montant du dédit ;
 - les frais financiers intercalaires ;
 - le montant des taxes ;
 - les hypothèses d'actualisation et d'indexation ainsi que leurs conséquences financières ;
- ◆ le coût de financement, en précisant les hypothèses d'actualisation et d'indexation, ainsi que leurs conséquences ;
- ◆ le coût de fonctionnement et d'exploitation, en précisant également les hypothèses d'actualisation et d'indexation, ainsi que leurs conséquences.

3. Les PPP, qui occupent une place croissante au sein de la commande publique, font l'objet d'usages variés selon le type de pouvoir adjudicateur

3.1. Les données disponibles ont été retraitées afin d'établir une liste fiabilisée des PPP signés

La mission s'est employée à fiabiliser les données relatives aux PPP, en confrontant les informations contenues dans les toutes les bases disponibles, de manière à disposer d'une liste des PPP signés par les différents pouvoirs adjudicateurs depuis 2004 :

- ◆ **les différentes sources d'informations disponibles par type de pouvoir adjudicateur ont été croisées :**
 - pour les **PPP portés par l'État et les établissements publics nationaux dotés de comptes publics (EPN)**, la mission a confronté pour l'essentiel les informations de la DB et celles des ministères concernés – notamment de l'agence publique pour l'immobilier de la Justice (APIJ) pour les PPP conclus dans le champ de la justice – ainsi que les données de la MAPPP et du CEF-O-PPP ;
 - pour les **PPP relevant du champ hospitalier**, elle a croisé les données de l'ANAP avec celles de la MAPPP et du CEF-O-PPP ;
 - pour les **PPP conclus par les collectivités locales**, la mission a rapproché les bases de la MAPPP et du CEF-O-PPP, les contrats disponibles et les informations recueillies lors de ses déplacements ;
- ◆ **les contrats signés**, pour lesquels un avis d'attribution a été publié ou pour lesquels le contrat est disponible, **ont été isolés** ;
- ◆ **les données financières ont été complétées**, notamment en matière de coûts d'investissement, à partir des différents éléments rassemblés par la mission :
 - les contrats et leurs annexes financières ;
 - les comptes-rendus des délibérations des assemblées locales ;
 - les avis d'attribution des contrats ;
 - les informations recueillies en interrogeant directement les services concernés.

Par ailleurs, la mission a **centré ses analyses sur les PPP signés, les PPP non signés ne pouvant pas être distingués avec fiabilité entre les projets en cours et les projets abandonnés** (*cf. supra*). Ces derniers sont donc regroupés au sein de la catégorie générale des « projets lancés », dès lors qu'ils ont fait l'objet d'un AAPC.

Les PPP des collectivités locales ont également fait l'objet d'analyses spécifiques, présentées dans l'annexe II, sous la forme d'analyses quantitatives globales – avec l'utilisation de données financières sur les collectivités fournies par la DGFIP – et sous la forme d'analyses sur un échantillon restreint de projets.

3.2. Les PPP sont utilisés de plus en plus fréquemment, même si leur poids au sein de l'investissement public doit être relativisé

Les retraitements de données effectués par la mission ont permis d'estimer le nombre de PPP signés par pouvoir adjudicateur entre 2005 et 2011, ainsi que les montants d'investissement qui leur sont associés (*cf. tableau 4*), même si les différences de périmètres des coûts et les défaillances des bases de données relevées *supra* ne confèrent qu'une fiabilité relative à ces chiffres.

Ainsi, **le nombre total de PPP signés entre 2005 et 2011 peut être estimé à 238**, toutes formes juridiques confondues, pour un **montant cumulé approximatif de 16 Md€ d'investissement**, hors BEA signés par les collectivités locales.

Tableau 4 : Panorama des PPP signés par pouvoir adjudicateur entre 2005 et 2011

		2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Date de signature inconnue
État et établissements publics nationaux	Nombre de contrats signés	NC	6	2	6	7	4	8	0
	Montant d'investissement (en M€)	NC	738	76	589	652	983	3 209	0
RFF	Nombre de contrats signés	NC	0	0	0	0	1	1	0
	Montant d'investissement (en M€)	NC	0	0	0	0	1 493	3 300	0
Hôpitaux	Nombre de contrats signés**	7	10	9	2	0	1	0	14
	Montant d'investissement (en M€)**	88	522	438	461	0	100	0	NC
Collectivités locales	Nombre de contrats signés	2	11	27	20	25	32	43	0
	Montant d'investissement (en M€)*	1	90	280	574	324	644	955	0

Source : Données DB, APIJ, ANAP, MAPPP, CEF-O-PPP et mission.

Note : Les montants d'investissement sont estimés TTC pour les PPP de l'État, des établissements publics nationaux et des hôpitaux, tandis qu'ils sont estimés HT pour les collectivités locales.

*Les montants d'investissement indiqués pour les collectivités locales ne portent que sur les CP signés, en raison du manque total de fiabilité des données financières relatives aux BEA.

**Le nombre de contrats et les montants d'investissement indiqués pour les hôpitaux ne portent pas sur la totalité des projets, en raison de l'absence de certaines données ; par ailleurs, les montants indiqués correspondent souvent à des fourchettes d'investissement.

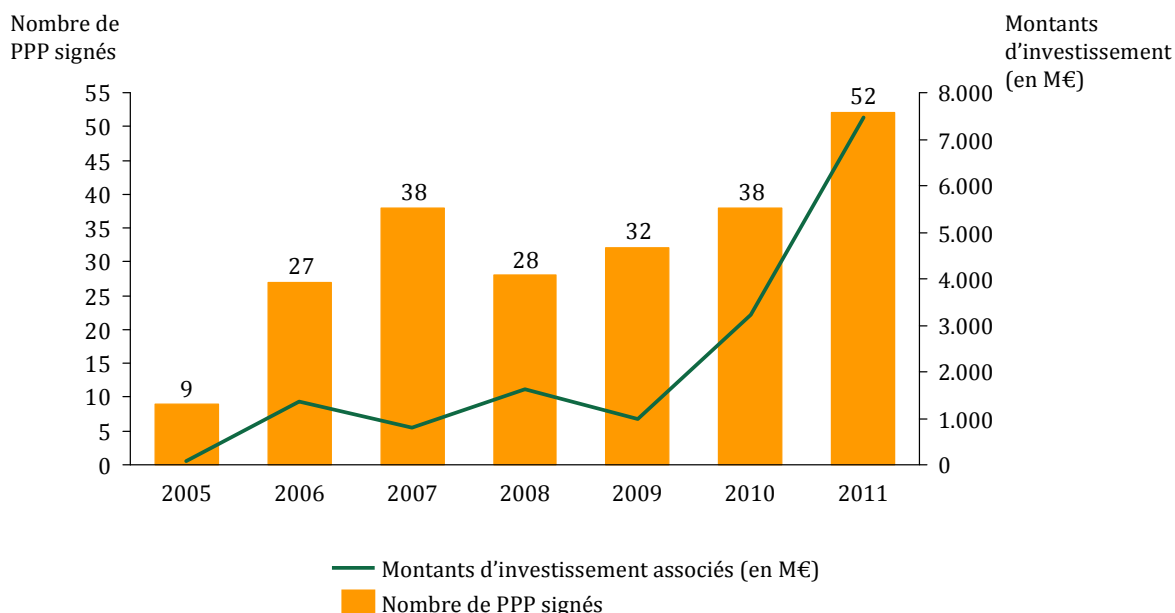
3.2.1. Bien que dérogatoire au droit de la commande publique, le recours aux PPP a crû, tant en nombre de contrats qu'en poids financier

Sur l'échantillon restreint des PPP signés, fiabilisé par la mission (*cf. supra*), **le nombre de PPP peut être estimé à un total de 263, tous pouvoirs publics confondus, entre 2005 et 2012** (au premier semestre) pour un montant total de 17 Md€ d'investissement. Entre 2005 et 2011 – période pour laquelle les chiffres sont les plus fiables – le nombre de PPP peut être estimé à 238 pour un montant total de 16 Md€ d'investissement. Le recours aux PPP a crû de façon particulièrement marquée depuis 2005, le nombre de contrats signés passant de 2 en 2005 à 52 en 2011.

Annexe I

Les montants d'investissement associés aux PPP signés ont suivi globalement la même évolution, marquée par **une très forte croissance**, puisque **ces flux d'investissement annuels sont passés de 89 M€ en 2005 à 7 464 M€ en 2011** (cf. graphique 4). Les montants d'investissement liés aux contrats de PPP signés au premier semestre de l'année 2012 représentent environ 1 270 M€.

Graphique 4 : Évolution du nombre de PPP signés et des montants d'investissement qui leur sont associés par année de signature, dans la sphère publique entre 2005 et 2011



Source : Données DB, APIJ, MAPPP, CEF-O-PPP, ANAP et mission.

Note : Les montants d'investissement sont estimés TTC pour les PPP de l'État, des établissements publics nationaux et des hôpitaux, tandis qu'ils sont estimés HT pour les collectivités locales.

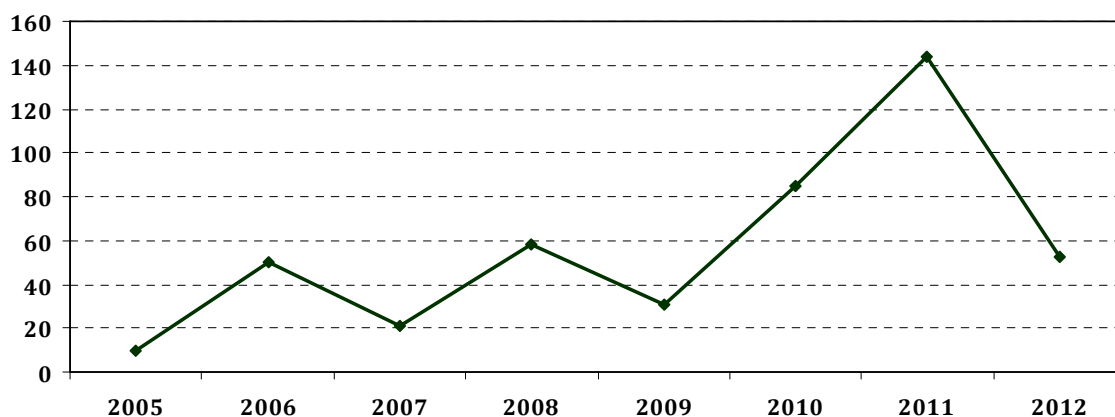
Les montants d'investissement indiqués pour les collectivités locales ne portent que sur les CP signés, en raison du manque total de fiabilité des données financières relatives aux BEA.

Le montant moyen d'investissement par projet a tendu à augmenter entre 2005 et 2011, passant de 10 M€ à 144 M€. Toutefois, cette évolution est liée pour une large part à la signature de projets de grande taille en 2011, tels que le projet Balard du ministère de la défense, le projet de ligne à grande vitesse Bretagne Pays de la Loire de RFF ou encore le projet de taxe poids lourds du ministère en charge des transports.

Abstraction faite de cette hausse ponctuelle, liée à la signature de projets aux enjeux financiers importants en 2011, **les PPP signés depuis 2005 présentent un montant d'investissement moyen de 68 M€, qui demeure à peu près compris entre 10 et 80 M€ au cours de la période** (cf. graphique 5).

Annexe I

Graphique 5 : Évolution du montant moyen prévisionnel d'investissement par PPP, tous acheteurs publics confondus, depuis 2005 (en M€)



Source : Données DB, APIJ, MAPPP, CEF-O-PPP, ANAP et mission.

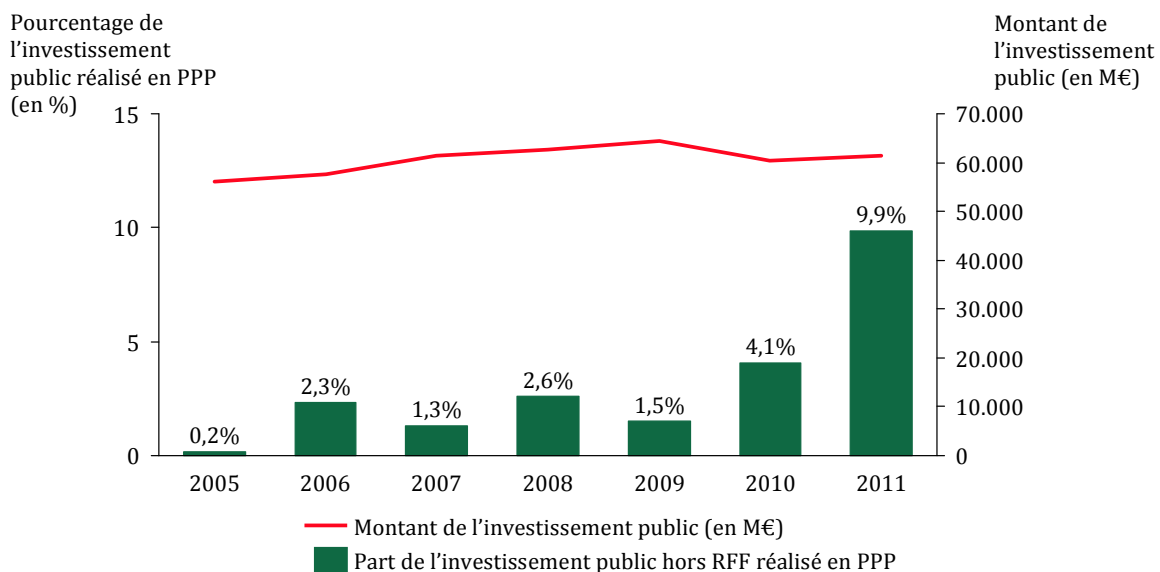
Note : Les montants d'investissement sont estimés TTC pour les PPP de l'État, des établissements publics nationaux et des hôpitaux, tandis qu'ils sont estimés HT pour les collectivités locales.

Les montants d'investissement indiqués pour les collectivités locales ne portent que sur les CP signés, en raison du manque total de fiabilité des données financières relatives aux BEA.

Rapportés à l'investissement public total – estimé à partir de la formation brute de capital fixe (FBCF) des administrations publiques –, les PPP demeurent une modalité de réalisation de l'investissement public encore minoritaire, **puisque leurs montants d'investissement cumulés ne représentent en moyenne annuelle depuis 2005 que 4 % de l'investissement public réalisé.**

Toutefois, **leur poids au sein de l'investissement public annuel s'est considérablement accru depuis 2005, passant de 0,2 % à 9,9 % en 2011** (cf. graphique 6). Cette proportion n'inclut pas les investissements financés par RFF, qui n'appartient pas au périmètre des administrations publiques en comptabilité nationale.

Graphique 6 : Évolution du flux annuel d'investissement public depuis 2005 (courbe) et de la proportion d'investissement public – hors RFF – réalisé en PPP (histogramme)



Source : Données DB, APIJ, MAPPP, CEF-O-PPP, ANAP et mission – Données INSEE.

Annexe I

Note : Le flux annuel d'investissement public est estimé à partir des données annuelles de l'INSEE relatives à la formation brute de capital fixe (FBCF) au sein des administrations publiques. Il n'inclut donc pas les dépenses d'investissement réalisées par certains opérateurs hors du champ des administrations publiques, tels que RFF.

Les montants d'investissement sont estimés TTC pour les PPP de l'État, des établissements publics nationaux et des hôpitaux, tandis qu'ils sont estimés HT pour les collectivités locales.

Les montants d'investissement indiqués pour les collectivités locales ne portent que sur les CP signés, en raison du manque total de fiabilité des données financières relatives aux BEA.

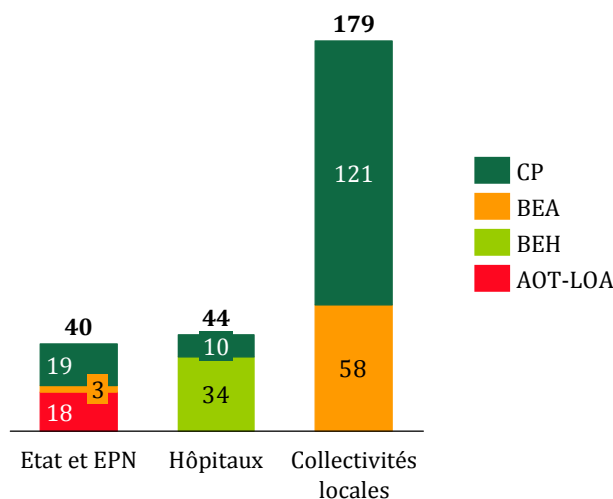
3.2.2. Si les collectivités locales signent le plus grand nombre de PPP, l'État demeure le premier pouvoir adjudicateur en termes d'enjeux financiers

L'estimation du nombre de PPP signés depuis 2005 laisse apparaître une **large prédominance des collectivités locales parmi les pouvoirs publics adjudicateurs**, témoignant de l'appropriation précoce de ce type de contrat par les exécutifs locaux. Ces derniers ont en effet recours aux BEA de longue date, qu'il s'agisse des BEA traditionnels⁴³ ou des BEA sectoriels⁴⁴, et se sont saisis les premiers des CP, avec la signature d'un premier CP par la commune d'Auvers-sur-Oise en 2005 pour un projet d'éclairage public.

Ainsi, sur l'échantillon de PPP signés fiabilisé par la mission :

- ◆ les collectivités locales ont signé le plus grand nombre de contrats, avec 179 PPP signés soit 68 % de l'ensemble des PPP signés au cours de cette période, dont une large majorité de CP – 121 au total – ;
- ◆ les établissements hospitaliers représentent le deuxième pouvoir adjudicateur, avec 44 PPP signés, soit 17 % de l'ensemble, au sein desquels les BEH représentent le mode de recours aux PPP le plus répandu – avec 34 contrats signés – ;
- ◆ l'État et les EPN ont signé 40 PPP, soit 15 % de l'ensemble, parmi lesquels les CP occupent une place majoritaire – à hauteur de 19 contrats signés – (cf. graphique 7).

Graphique 7 : Nombre de PPP signés entre 2005 et 2012, par type de contrat et par type de pouvoir adjudicateur



Source : Données DB, APIJ, MAPPP, CEF-O-PPP, ANAP et mission.

Note : Les BEA sectoriels sont inclus dans la catégorie des BEA.

⁴³ Les BEA peuvent être associés à des montages dits « aller-retour » pour constituer des PPP (cf. annexes II et VI). Une telle formule permet à la collectivité de financer, par la mise à disposition d'un terrain public et le versement de loyers, la construction d'équipements publics par une personne privée.

⁴⁴ Introduits dans le cadre des lois d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure et la justice, à partir de 2002, les BEA sectoriels permettent aux collectivités locales de construire, acquérir ou rénover des bâtiments destinés à être mis à la disposition de l'État pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales.

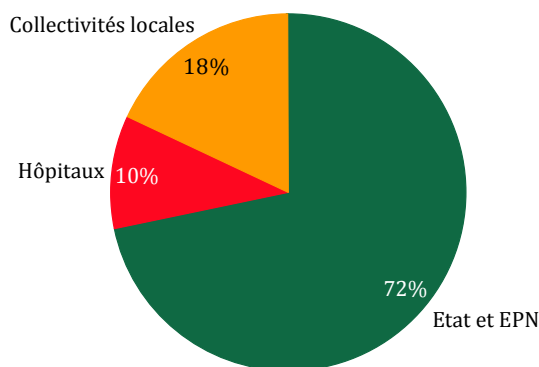
Annexe I

Néanmoins, **évalué en montant d'investissement**, le recours aux PPP fait apparaître une autre hiérarchie entre les pouvoirs adjudicateurs, marquée par la **prépondérance des contrats signés par l'État et les EPN**. Les investissements associés aux PPP de ces derniers représentent en effet près de 12 Md€, soit 72 % des montants d'investissement de l'ensemble des PPP signés depuis 2005, contre 3,2 Md€ soit 18 % pour les seuls CP des collectivités locales et 1,7 Md€ soit 10 % pour ceux des établissements hospitaliers (*cf. graphique 8*).

Alors que l'investissement public est aujourd'hui réalisé pour une large part par les collectivités locales – le sous-secteur des administrations publiques locales réalise **près de 70 % de l'investissement public** – la réalisation de cet investissement sous la forme de PPP demeure majoritairement une prérogative de l'État.

Les contrats présentant les montants d'investissement les plus élevés sont en effet signés par l'État – comme l'illustre le CP signé pour la construction du projet Balard avec un montant d'investissement de 1 027 Md€ – et par ses grands établissements publics, tels que RFF – comme en témoigne le CP relatif à la ligne à grande vitesse Bretagne Pays de la Loire dont le montant d'investissement atteint 3 300 M€ –.

Graphique 8 : Part des différents types d'acheteurs publics dans le recours aux PPP, en montant d'investissement, entre 2005 et 2012



Source : Données DB, APIJ, MAPPP, CEF-O-PPP, ANAP et mission.

Note : Les montants d'investissement sont estimés TTC pour les PPP de l'État, des établissements publics nationaux et des hôpitaux, tandis qu'ils sont estimés HT pour les collectivités locales. Les montants d'investissement indiqués pour les collectivités locales ne portent que sur les CP signés, en raison du manque total de fiabilité des données financières relatives aux BEA.

3.3. Les PPP font l'objet d'usages très variés, selon le type de pouvoir adjudicateur

3.3.1. L'État et les EPN ont développé leur recours aux PPP, et tout particulièrement au CP, pour des projets de grande ampleur

3.3.1.1. Le CP est devenu le premier instrument de recours aux PPP pour l'État et les EPN

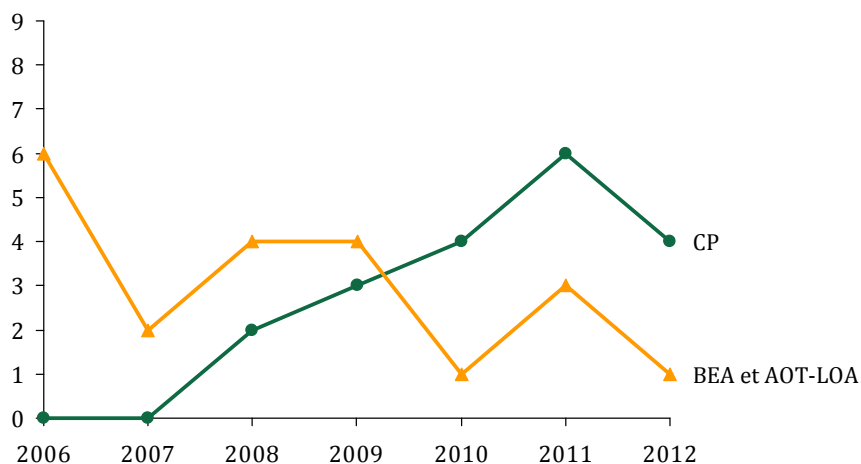
Malgré une appropriation plus tardive que celle des collectivités locales, l'État et les EPN ont fait du CP leur premier vecteur de recours aux PPP. Les premières signatures de contrats sont intervenues en 2008, avec le « lot 3 » d'établissements pénitentiaires et la fourniture d'heures de vol pour la formation initiale des pilotes d'hélicoptères des trois armées et de la gendarmerie nationale.

Annexe I

L'évolution du nombre de PPP signés, par type de contrat, laisse apparaître **un effet ciseau entre les instruments plus anciens que sont les BEA et les AOT-LOA – mobilisés notamment dans le cadre des BEA sectoriels pour la justice, la gendarmerie et la police nationales – et les CP :**

- ◆ le nombre de BEA et d'AOT-LOA signés est passé de 6 en 2006 à 1 seul en 2012 ;
- ◆ le nombre de CP a progressé, passant d'aucune signature en 2006 et 2007 à 6 en 2011 et 4 pour la première partie de l'année 2012 (*cf. graphique 9*).

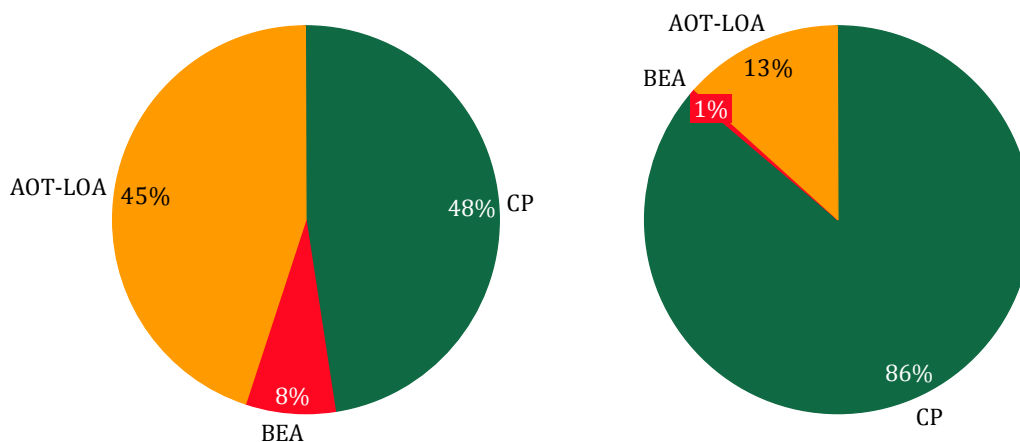
Graphique 9 : Évolution du nombre de PPP signés par l'État et les établissements publics nationaux (hors hôpitaux), par type de contrat, entre 2006 et 2012



Source : Données DB, APIJ et mission.

Le CP est devenu l'instrument majoritaire de recours aux contrats globaux pour l'État et les EPN, puisqu'il représente 48 % des PPP signés depuis 2005, contre 45 % en AOT-LOA et 8 % en BEA. **Cette prédominance du CP sur les autres modalités de recours aux PPP est d'autant plus nette en montant d'investissement, puisque le CP représente 10,2 Md€, soit 86 % des montants d'investissement réalisés en PPP** (*cf. graphique 10*). Ces chiffres mettent en évidence la taille relativement plus importante des projets réalisés en CP.

Graphique 10 : Parts des différents types de contrats dans le recours aux PPP par l'État et les EPN, en nombre de contrats signés (gauche) et en montants d'investissement (droite)



Source : Données DB, APIJ et mission.

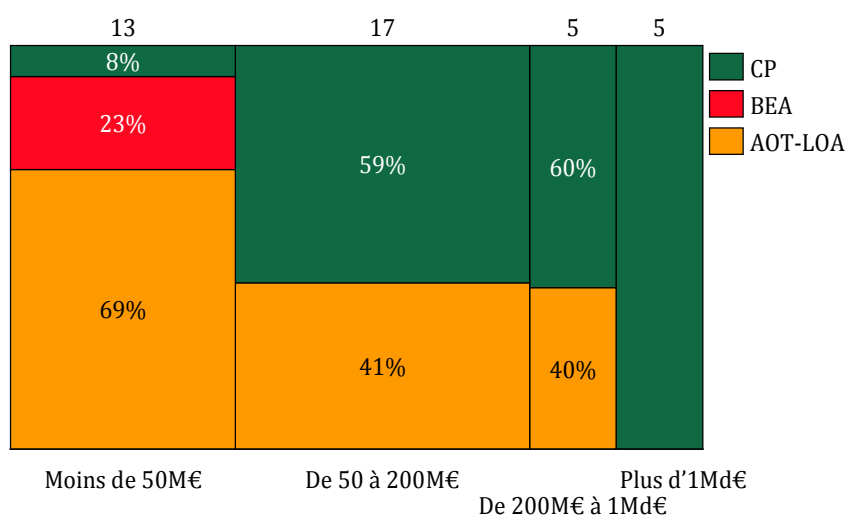
Note : La proportion des différents types de contrats dans le recours aux PPP est présentée en nombre de contrats signés dans le graphique de gauche et en montant d'investissement dans le graphique de droite.

Annexe I

Le graphique suivant met en évidence **l'emploi différencié des différents types de contrats de PPP par l'État et les EPN en fonction du montant d'investissement du projet** :

- ◆ **les BEA et les AOT-LOA représentent 92 % des contrats dont le montant d'investissement est inférieur à 50 M€,** ces contrats étant consacrés pour l'essentiel à la construction ou à la rénovation de casernes de gendarmerie et de commissariats de police ;
- ◆ **les CP représentent 60 % des contrats dont le montant d'investissement est compris entre 50 M€ et 1 Md€,** les AOT-LOA constituant les 40 % restants ;
- ◆ **la totalité des projets d'1 Md€ sont réalisés en CP,** qu'il s'agisse des projets d'infrastructures de transport, ou des grands projets immobiliers tels que Balard (*cf. infra*).

Graphique 11 : Répartition des PPP signés par l'État et les EPN en fonction des montants d'investissement et du type de contrat



Source : Données DB, APIJ et mission.

Lecture : 13 PPP de moins de 50 M€ d'investissement ont été signés, dont 8 % ont été réalisés sous la forme de CP, 23 % sous la forme de BEA et 69 % sous la forme d'AOT-LOA.

3.3.1.2. Utilisés pour des projets variés, les PPP tendent à être prédominants dans les domaines régaliens, universitaires et pour les infrastructures de réseaux

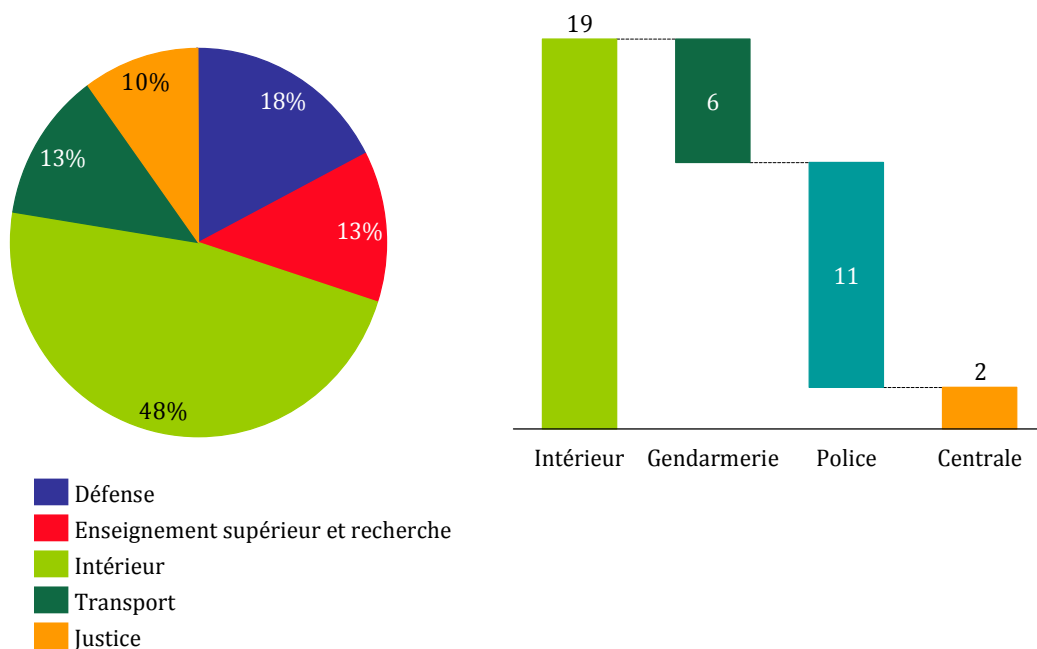
La répartition des PPP en fonction de leur objet montre que les projets relevant du champ régalien sont les plus nombreux :

- ◆ 19 contrats, soit près de la moitié des PPP conclus par l'État et les EPN, ont été signés dans le domaine de l'intérieur, avec pour l'essentiel des BEA et des AOT-LOA passés pour la construction ou la rénovation de casernes de gendarmerie ou de commissariats de police, dans le sillage des lois d'orientation pour la justice et pour la sécurité intérieure à partir de 2002 ;
- ◆ 7 contrats, soit 18 % du total, ont été signés dans le domaine de la défense ;
- ◆ 5 contrats, soit 13 % du total, ont respectivement été signés dans le domaine de l'enseignement supérieur et de la recherche, et dans celui des transports, par RFF pour l'essentiel ;

Annexe I

- ◆ 4 contrats, soit 10 % de l'ensemble des PPP signés, ont été conclus dans le domaine de la justice, dont 3 pour la construction de lots d'établissements pénitentiaires (cf. graphique 12).

Graphique 12 : Répartition du nombre de PPP signés par l'État et les EPN en fonction de leur secteur



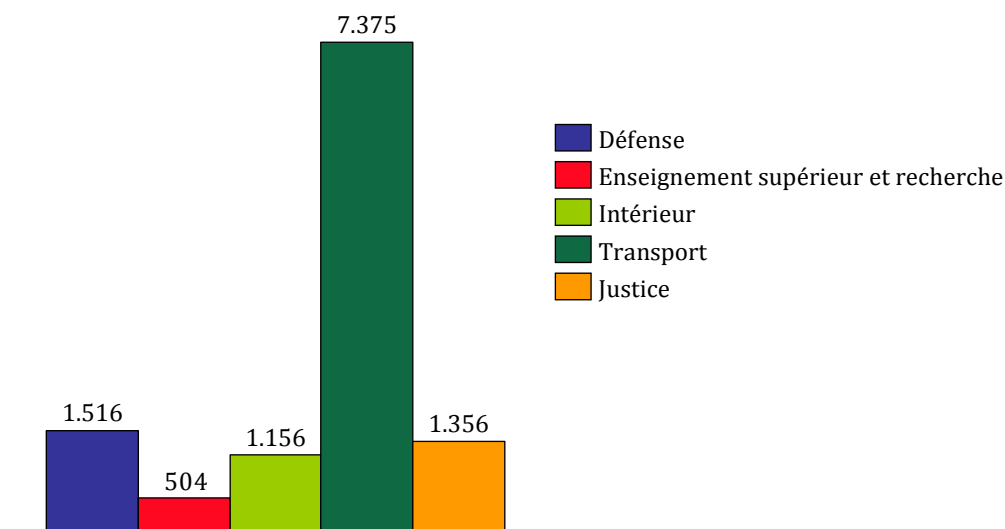
Source : Données DB, APIJ et mission.

Ces secteurs sont diversement représentés en fonction du montant d'investissement :

- ◆ **les transports représentent le premier secteur avec 62 % des 11 907 M€ d'investissement associés aux PPP signés par l'État et les établissements publics, y compris RFF, depuis 2005.** Les contrats présentant les enjeux financiers les plus importants ont en effet été signés dans le domaine des transports, par RFF pour la construction d'infrastructures ferroviaires – la ligne à grande vitesse Bretagne Pays de la Loire, le contournement ferroviaire de Nîmes-Montpellier ou le système global de communication GSM-R – ou par le ministère en charge des transports pour la mise en œuvre de la taxe poids lourds ;
- ◆ **la défense représente le deuxième secteur, avec 13 % du total des investissements.** Ce poids s'explique pour l'essentiel par le projet Balard, qui constitue également l'un des projets les plus coûteux, avec plus d'1 Md€ d'investissement ;
- ◆ **les autres secteurs – la justice, l'intérieur, ainsi que l'enseignement supérieur et la recherche – représentent respectivement 11 %, 10 % et 4 % des investissements** (cf. graphique 13).

Annexe I

Graphique 13 : Montants d'investissement associés aux PPP signés depuis 2005 par secteur (en M€)

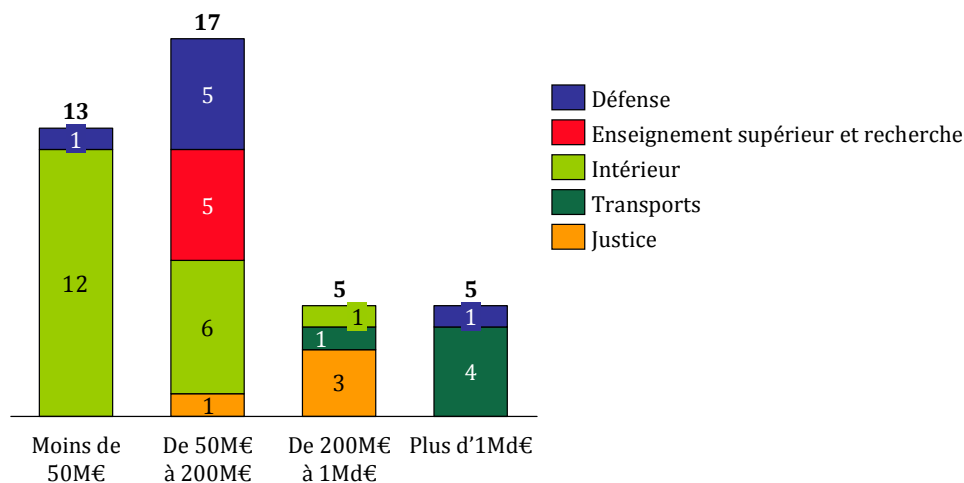


Source : Données DB, APIJ et mission.

Le graphique suivant précise cette cartographie des projets en fonction des montants d'investissement et des secteurs :

- ◆ **les projets de plus d'1 Md€ d'investissement ont été signés dans le domaine des transports et de la défense ;**
- ◆ **les projets dont les montants d'investissement sont les plus réduits relèvent pour l'essentiel de l'intérieur**, les projets étant constitués pour l'essentiel des BEA et AOT-LOA relatifs à la construction de casernes de gendarmerie et de commissariats ;
- ◆ **les projets dont l'investissement s'échelonne entre 50 M€ et 1 Md€ se répartissent dans des domaines variés** (cf. graphique 14).

Graphique 14 : Répartition des PPP signés par l'État et les EPN en fonction du montant d'investissement et du secteur



Source : Données DB, APIJ et mission.

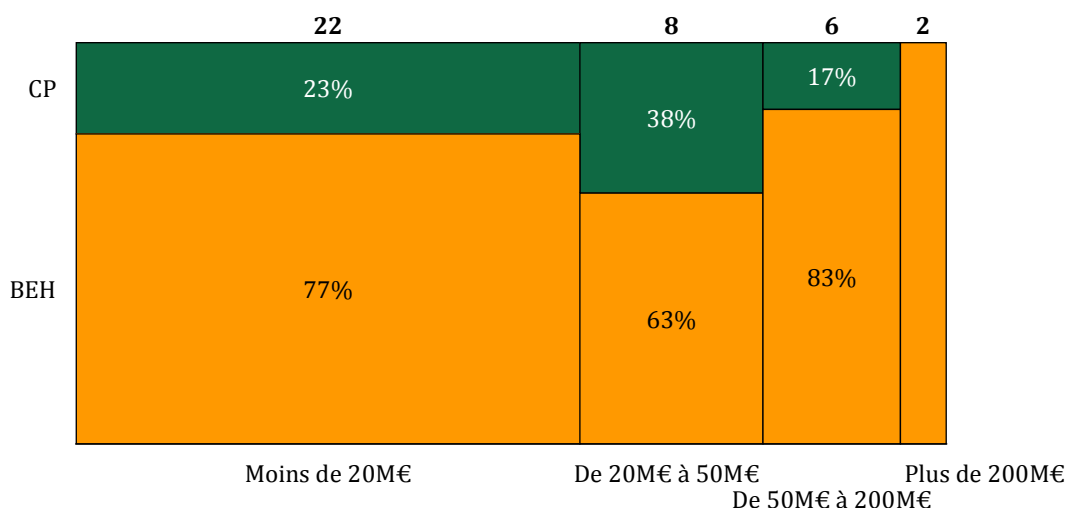
3.3.2. Dans la sphère hospitalière, les PPP font l'objet d'un usage indifférencié par rapport aux autres modalités de commande publique

Créés par l'ordonnance du 4 septembre 2003⁴⁵, les BEH – qui présentent de nombreux avantages par rapport à la MOP liés à des procédures de publicité et de mise en concurrence simplifiées (cf. annexe VI) – ont connu un vif succès depuis 2005. Comme l'indique l'exposé des motifs du projet de loi de ratification de cette ordonnance⁴⁶, ce dispositif avait vocation à « accélérer l'investissement immobilier des établissements de santé ».

D'après les données de l'ANAP, dont le caractère approximatif doit être rappelé, 44 PPP ont été signés depuis lors, dont 34 sous la forme de BEH et 10 sous la forme de CP, pour un montant total d'investissement estimé à 1 600 Md€..

La plupart des projets réalisés sous la forme de PPP – 58 % d'entre eux – présentent des montants d'investissement inférieurs à 20 M€. Seuls deux contrats ont des montants d'investissement supérieurs à 200 M€ : il s'agit du BEH relatif à la construction du centre hospitalier sud francilien (CHSF) – dont l'investissement atteint 340 M€ – et du BEH relatif à la construction du nouvel établissement hospitalier de Saint-Nazaire – dont le montant d'investissement s'élève à 280 M€ – (cf. graphique 15).

Graphique 15 : Répartition du nombre de PPP hospitaliers en fonction des montants d'investissement et du type de contrat



Source : Données ANAP.

Lecture : 22 PPP de moins de 20 M€ d'investissement ont été signés dans le domaine hospitalier, dont 23 % ont été réalisés sous la forme de CP et 77 % sous la forme de BEH.

⁴⁵ Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation.

⁴⁶ Exposé des motifs du projet de loi portant ratification de l'ordonnance du 4 septembre 2003, présenté par M. Jean-François Mattéi, ministre de la santé.

Abstraction faite des trois grands PPP dont le montant d'investissement est supérieur à 150 M€, les projets réalisés sous la forme de PPP ont un montant moyen d'investissement de 24 M€, ce qui est comparable aux projets immobiliers réalisés sous d'autres formes de commande publique. Ainsi, les opérations immobilières réalisées dans le cadre du plan hôpital 2012, lancé en 2007, ont représenté 3,9 Md€ pour 160 opérations⁴⁷, soit un montant moyen par projet de 24 M€ également, toutes formes juridiques confondues.

Aussi, le recours aux PPP dans la sphère hospitalière est surtout destiné au financement de projets d'investissement hospitalier classiques, dont les procédures simplifiées ont permis de faciliter la mise en œuvre. **Hormis les grands projets immobiliers tels que la construction du CHSF, ces contrats tendent donc à être utilisés pour des projets comparables à ceux qui sont réalisés en MOP.**

* *

L'analyse des projets réalisés sous la forme de PPP témoigne d'appropriations très différentes, selon le type de pouvoir adjudicateur. Ce type de contrats a été paradoxalement utilisé à la fois pour des projets complexes et de grande ampleur, mais également pour des projets de petite taille, dont l'usage tend à se banaliser :

- ◆ **l'État et les EPN ont fait des PPP, notamment du CP, un usage conforme à leur « vocation initiale », c'est-à-dire pour des projets complexes et coûteux**, comme l'illustrent les CP relatifs aux infrastructures ferroviaires et au projet Balard ;
- ◆ **les hôpitaux ont eu recours aux BEH, et aux CP dans une moindre proportion, pour des projets d'investissement hospitalier classiques**, dont l'ampleur financière est en moyenne comparable aux investissements réalisés sous d'autres formes contractuelles ;
- ◆ **les collectivités locales, et tout particulièrement les communes, utilisent fréquemment les PPP pour des projets de taille modeste**, tels que des projets d'éclairage public (*cf. annexe II*).

Cet emploi différencié des PPP montre que **les contours des projets dépendent moins de la nature juridique des contrats que des capacités financières et de la taille de la collectivité adjudicatrice.**

⁴⁷ Chiffres issus du bilan de la tranche 1 du plan hôpital 2012, communiqué par le gouvernement en février 2010. Sur un total de 640 projets retenus pour un montant global de 4,6 Md€, 160 opérations immobilières ont été réalisées pour 3,9 Md€. Les autres opérations sont, pour l'essentiel, des projets de système d'informations.

4. Le recours aux PPP, tant par le montant des dépenses que par les effets d'éviction et de rigidification qu'il induit, constitue un enjeu de soutenabilité budgétaire

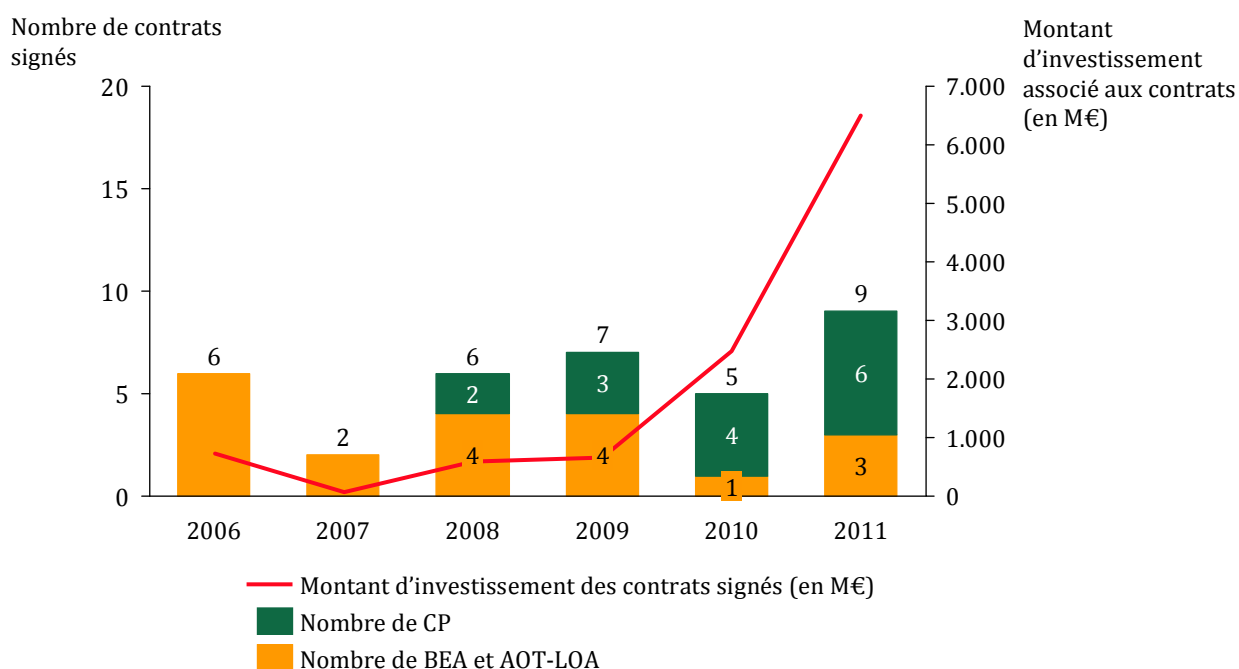
4.1. Les PPP représentent un enjeu budgétaire important pour certains ministères

4.1.1. Les PPP représentent une minorité des investissements publics, mais une part prépondérante des dépenses futures de certains programmes budgétaires

4.1.1.1. Les PPP représentent encore une part minoritaire des investissements réalisés par les administrations publiques centrales, malgré une forte augmentation des dépenses qui leur sont associées

Comme indiqué *supra*, le recours aux PPP par l'État et les EPN a connu une progression importante depuis la création des CP par l'ordonnance du 17 juin 2004, **les dépenses d'investissement étant passées de 740 M€ en 2006 à 6 509Md€ en 2011** (cf. graphique 16).

Graphique 16 : Évolution du nombre de PPP de l'État et des EPN signés et des montants prévisionnels d'investissement qui leur sont associés de 2006 à 2011



Source : Données DB, APIJ et mission.

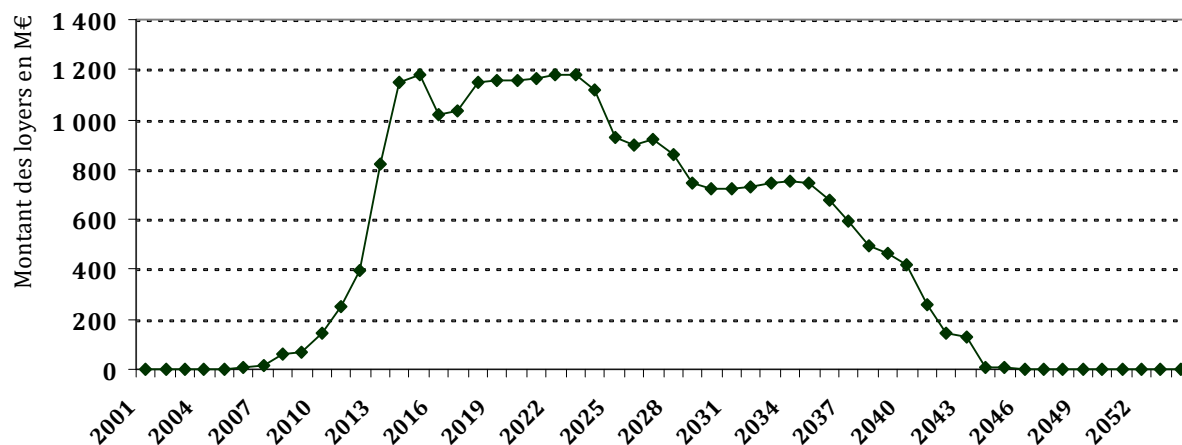
Ces évolutions, détaillées *supra*, doivent être rapportées à l'ensemble des dépenses d'investissement réalisées par les administrations publiques centrales (APUC) sur la même période.

En effet, **les investissements engagés par les administrations publiques – hors RFF – entre 2006 et 2011 dans le cadre de PPP – qui feront l’objet de paiements ultérieurs, lissés sur plusieurs années – représentent un peu plus de 9 Md€, soit 14 % des 63 Md€⁴⁸ de formation brute de capital fixe (FBCF), c’est-à-dire de dépenses d’investissement, réalisés par les APUC.**

Les PPP constituent donc une modalité d’investissement public encore minoritaire, d’un point de vue macroéconomique, même si les enjeux budgétaires qui leur sont associés sont considérables.

L’examen du calendrier de versement des loyers dus par la personne publique dans le cadre des PPP signés laisse ainsi apparaître un « **mur budgétaire** » à partir de 2013-2014, à hauteur de **1,2 Md€ de dépenses annuelles** (cf. graphique 17). Ces dépenses certaines, puisqu’inscrites dans les contrats, sont liées aux seuls PPP signés entre 2004 et 2012⁴⁹ et ne tiennent donc pas compte des dépenses afférentes aux PPP en cours de négociation.

Graphique 17 : Évolution du montant des loyers bruts prévisionnels relatifs aux PPP signés à verser par l’État et les EPN en € constants



Source : Données DB, APIJ et mission.

Note : Pour les PPP signés par RFF, seuls les loyers dus par l’État sont pris en considération.

Ces dépenses, qui **se maintiennent à hauteur d’1,2Md€ environ entre 2014 et 2025**, sont composées :

- ◆ de loyers d’investissement, à hauteur de 41 % en moyenne sur la période considérée ;
- ◆ de loyers de financement, à hauteur de 15 % ;
- ◆ de loyers de fonctionnement, à hauteur de 37 %.

Compte tenu des normes budgétaires qui s’appliquent actuellement sur les dépenses de l’État et de ses opérateurs (cf. *infra*), **ces chiffres signifient que les administrations publiques centrales devront réaliser au moins 1,2Md€ d’économies annuelles supplémentaires à partir de 2014 pour respecter le « zéro valeur ».**

⁴⁸ Données issues de comptes nationaux, base 2005, de l’INSEE.

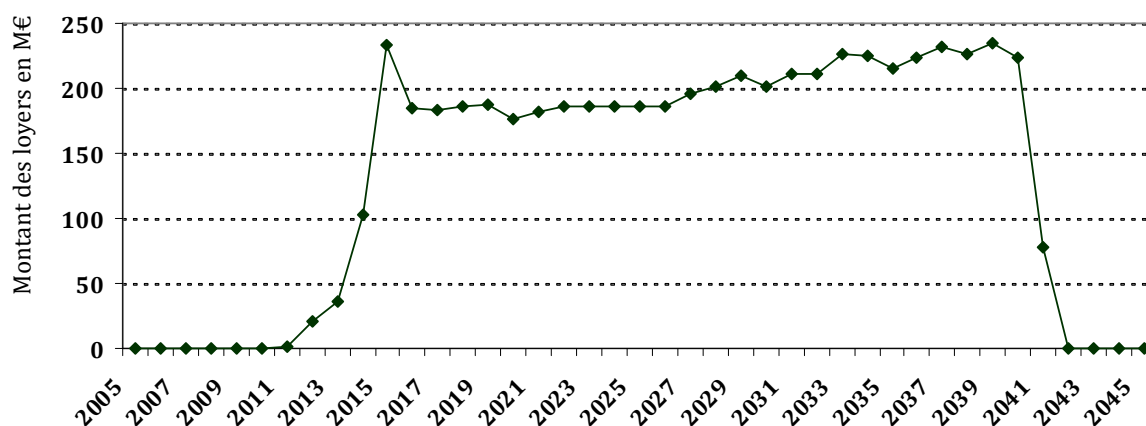
⁴⁹ Les chiffres intègrent les PPP signés jusqu’au 1^{er} septembre 2012.

4.1.1.2. Certains PPP pèsent dans des proportions importantes sur le long terme sur les programmes budgétaires dont ils dépendent

Certains PPP représentent des montants conséquents pour les programmes budgétaires qui les supportent, sur des durées de plusieurs décennies. Il en est ainsi des PPP relatifs à la construction d'établissements pénitentiaires, au sein du programme 107 « administration pénitentiaire », mais également du CP relatif au projet Balard pour le programme 212 « soutien de la politique de défense ».

Ainsi, ce dernier représente un **loyer annuel moyen de plus de 200 M€ entre 2014 et 2037** (cf. graphique 18) soit **11 % des CP ouverts en loi de finances initiale pour 2012 hors dépenses de personnel** (titre 2) pour le programme « soutien de la politique de défense ».

Graphique 18 : Calendrier des loyers bruts prévisionnels à verser par l'État (en € constants) dans le cadre du CP relatif au projet Balard

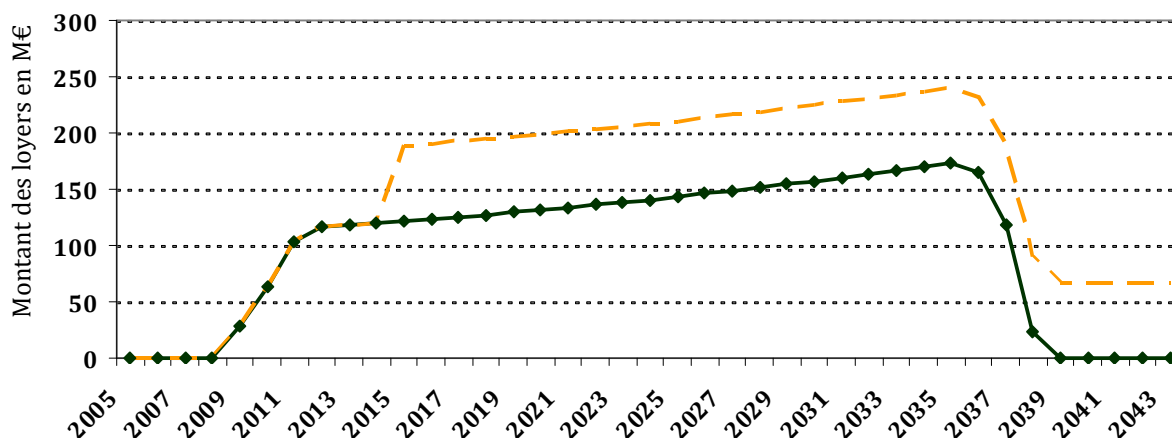


Source : Données DB.

Les dépenses relatives aux PPP pénitentiaires représentent un loyer annuel moyen de 140 M€ entre 2011 et 2037 (cf. graphique 19), soit 7,5 % des CP **ouverts en loi de finances initiale pour 2012 hors dépenses de personnel** (titre 2) pour le programme « administration pénitentiaire ». Si les loyers prévisionnels des deux PPP en cours de négociation⁵⁰ sont inclus dans le calcul, les loyers seraient portés en moyenne à 212 M€ entre 2015 et 2039, soit 9 % du budget 2012 hors titre 2 du programme.

⁵⁰ Les deux PPP pénitentiaires en cours de négociation portent sur les lots A et B, correspondant respectivement aux établissements pénitentiaires de Valence, Riom et Lutterbach, et à l'établissement pénitentiaire de Beauvais, dont les signatures sont prévues pour la fin de l'année 2012, d'après les données de l'APIJ.

Graphique 19 : Calendrier des loyers bruts prévisionnels à verser par l'État dans le cadre des PPP pénitentiaires (PPP signés et PPP en cours) en € constants

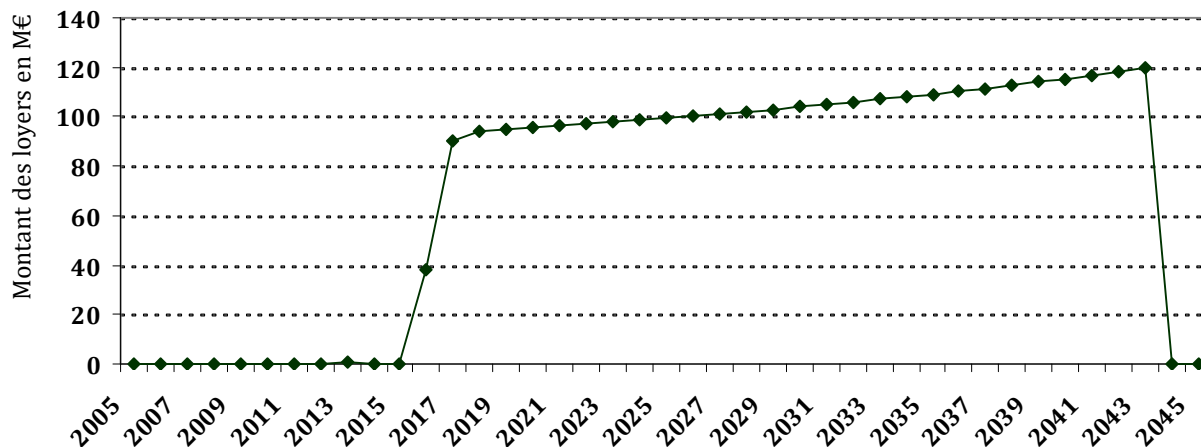


Source : Données DB, APIJ et mission.

Note : La courbe verte représente les loyers prévisionnels à verser par l'État dans le cadre des PPP pénitentiaires signés et la courbe orange les loyers prévisionnels cumulés des PPP pénitentiaires signés et en cours de négociation.

Les dépenses induites par le projet du tribunal de grande instance (TGI) de Paris représentent un loyer annuel moyen de plus de 102 M€ entre 2016 et 2043 (cf. graphique 20), soit **plus de 11 % des CP ouvertes en loi de finances initiale pour 2012 hors dépenses de personnel** (titre 2) pour le programme 166 « justice judiciaire ».

Graphique 20 : Calendrier des loyers bruts prévisionnels à verser par l'État dans le cadre du CP relatif au TGI de Paris (en € constants)



Source : Données DB, APIJ et mission.

4.1.2. Les PPP font peser un double risque de rigidification et d'éviction sur les budgets des ministères adjudicateurs

L'inscription des dépenses sur plusieurs décennies, dans un cadre contractuel, tend à **contraindre le budget, en augmentant la part des dépenses dites « rigides », c'est-à-dire inévitables et entraînées par des choix passés**. Le recours aux PPP crée donc un effet d'inertie, qui laisse peu de marges de manœuvre dans le redéploiement des dépenses, tant d'investissement que de fonctionnement.

Annexe I

En ce qui concerne les dépenses de l'État, **le ratio de rigidité⁵¹ des dépenses peut être estimé à l'échelle du budget général** comme le ratio de la masse salariale, des charges de pensions et de la charge de la dette sur les dépenses du budget général⁵². Aussi, en 2012, les dépenses du budget général sont rigides à hauteur de 59 %.

En revanche, ce ratio ne peut être estimé par mission et par programme qu'à partir de la proportion de dépenses de personnel, contrairement aux dépenses des collectivités territoriales (*cf. annexe II*). Les charges d'intérêt de la dette relevant du titre 4 sont en effet rassemblées au sein de la mission « engagements financiers de l'État » au sein du programme 117 « charge de la dette et trésorerie de l'État », sans qu'il soit possible de répartir la charge de la dette entre les différentes missions.

Par ailleurs, les dépenses de personnel associées à certaines missions sont désormais transférées à la charge d'établissements publics autonomes, qu'il s'agisse des hôpitaux pour le champ de la santé, de la plupart des opérateurs, dont les universités pour le champ de l'enseignement supérieur et de la recherche ou encore de grands établissements publics nationaux tels que Réseau ferré de France (RFF) pour le champ des transports. Dans ce cadre, le calcul d'un ratio de rigidité pertinent nécessiterait de prendre en considération de manière consolidée et intégrée la rigidité des dépenses pour le périmètre des administrations centrales de tutelle et des établissements publics rattachés.

La part des dépenses de personnel dans le budget des programmes et des missions permet toutefois d'avoir une approximation de leur degré de rigidité (*cf. tableau 4*). Ces ratios varient dans des proportions importantes d'un ministère à l'autre, allant jusqu'à atteindre 87 % pour la mission « sécurité ».

Tableau 5 : Estimation du degré de rigidité des dépenses des missions budgétaires dans lesquelles la majorité des PPP a été conclue

Missions	Crédits de paiement ouverts en 2012 (en €)	Crédits de paiement ouverts pour les dépenses de personnel en 2012 (en €)	Ratio de rigidité du budget (en %)
Justice	7 385 649 787	4 496 742 735	61
<i>Dont programme 166 « justice judiciaire »</i>	<i>2 960 752 768</i>	<i>2 063 970 256</i>	<i>70</i>
<i>Dont programme 107 « administration pénitentiaire »</i>	<i>3 013 950 006</i>	<i>1 877 852 478</i>	<i>62</i>
Recherche et enseignement supérieur	25 408 785 172	1 414 290 335	6
<i>Dont programme 150 « formations supérieures et recherche universitaire »</i>	<i>12 511 247 419</i>	<i>1 127 335 691</i>	<i>9</i>
Défense	38 001 433 791	19 195 514 849	51
<i>Dont programme 212 « soutien de la politique de la défense »</i>	<i>3 045 524 096</i>	<i>1 171 145 996</i>	<i>38</i>
Écologie, développement et aménagement durables	8 703 747 586	2 411 611 603	28
<i>Dont programme 203</i>	<i>4 208 035 454</i>	-	-

⁵¹ « Une dépense est dite rigide si elle est très fortement contrainte par les choix passés. Cet effet d'inertie ne laisse alors qu'une faible marge de manœuvre dans le cadre du pilotage. La contribution de l'Etat au financement des retraites des fonctionnaires et la charge de la dette sont classiquement considérées comme les dépenses rigides », Rapport sur la dépense publique et son évolution, annexé au projet de loi de finances initial pour 2012.

⁵² Les chiffres sont issus de la loi de finances initiale pour 2012.

Annexe I

Missions	Crédits de paiement ouverts en 2012 (en €)	Crédits de paiement ouverts pour les dépenses de personnel en 2012 (en €)	Ratio de rigidité du budget (en %)
<i>« infrastructures et services de transports »</i>			
Sécurité	17 102 348 959	14 896 467 583	87
<i>Dont programme 176 « police nationale »</i>	<i>9 201 016 002</i>	<i>8 245 087 877</i>	<i>90</i>
<i>Dont programme 152 « gendarmerie nationale »</i>	<i>7 846 715 516</i>	<i>6 651 379 706</i>	<i>85</i>

Source : Projets annuels de performance annexés au projet de loi de finances initiale pour 2013.

Les dépenses induites par les PPP, qui ne sont pas assimilées à des dépenses rigides, tendent à accroître le niveau de rigidité de ces budgets. Ces estimations permettent donc de mettre en relief le risque de rigidification induit par les PPP sur les programmes dont ils dépendent : ainsi, le recours aux PPP sur des programmes budgétaires déjà fortement contraints par la prééminence de dépenses de titre II, tels que les programmes de la mission sécurité, représente un risque de rigidification considérable, conduisant à priver le gestionnaire de toute marge de manœuvre budgétaire dans le futur.

Toutefois, un seuil de rigidité ne semble pas constituer un instrument permettant de contenir le recours aux PPP dans des limites budgétaires raisonnables, tant les degrés de rigidité des programmes et des missions varient. Le poids des dépenses de personnel constitue en effet un facteur déterminant de la rigidité des budgets, qui tient pour une large part aux particularités des missions relevant de ces programmes. Une telle limitation du recours aux PPP ne pourrait donc pas faire l'objet d'une règle simple et uniforme, mais supposerait la définition de seuils propres à chaque programme ou à chaque mission, ajoutant un nouveau point délicat de négociation au dialogue budgétaire.

Par ailleurs, en induisant un effet d'éviction sur les autres dépenses de fonctionnement, le recours aux PPP représente également un enjeu d'arbitrage budgétaire et d'égalité face au service public. En restreignant les marges de manœuvre des programmes et des missions dont ils dépendent sur le long terme – à hauteur des redevances à verser au partenaire privé –, les PPP tendent à limiter les budgets de fonctionnement et d'investissement qui auraient pu être consacrés à d'autres projets.

4.2. L'analyse de la soutenabilité budgétaire constituait jusqu'à présent une étape marginale de la décision de recours au PPP

4.2.1. Les PPP ne sont abordés formellement sous le prisme budgétaire qu'au terme du processus de décision, au moment de la signature du contrat

L'accord préalable du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé du budget sur les CP de l'État et des EPN a été instauré par l'article 3 du décret du 2 mars 2009, précisant qu'« un contrat de partenariat ne peut être signé pour l'État ou un établissement public national doté d'un comptable public qu'après accord du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé du budget. L'accord de chacun des deux ministres est réputé acquis à défaut de réponse expresse dans un délai d'un mois à compter de la transmission qui lui a été faite du contrat »⁵³.

Aussi, avant l'accord du ministre chargé du budget, la DB examine le projet de contrat et donne un avis, dans un délai d'un mois.

Proposition n° 10 : Imposer aux administrations adjudicatrices la transmission du projet définitif de contrat de PPP aux ministres de l'économie et du ministre chargé du budget, et la cessation de toute négociation avec le partenaire privé après transmission

Cette transmission très tardive du contrat et la brièveté du délai consenti ne permettent pas de livrer une analyse très précise de l'incidence financière du projet et de sa soutenabilité budgétaire.

En outre, plusieurs dysfonctionnements ont été relevés par les services de la DB :

- ◆ **le délai d'un mois n'est pas toujours respecté** par les services adjudicateurs des différents ministères ou des EPN, qui transmettent fréquemment les différentes versions du contrat et de ses annexes au fil de l'eau, au cours de ce mois d'instruction ;
- ◆ **les négociations, avec les banques notamment, se poursuivent parallèlement, jusqu'à la signature effective du contrat.** L'avis de la DB porte donc sur un document qui n'est pas figé, les offres financières évoluant jusqu'au dernier moment.

4.2.2. L'évaluation préalable du projet ne reposait pas sur une analyse de sa soutenabilité budgétaire jusqu'à la publication du décret du 27 septembre 2012

Dans le cadre de la procédure d'évaluation préalable, puis de sélection des prestataires des CP et de détermination des échéanciers de financement, le critère de soutenabilité budgétaire des opérations engagées n'était pas examiné jusqu'à présent. Selon l'ordonnance de 2004, le recours au CP peut être motivé, dans le cadre de l'évaluation préalable, par l'urgence, par la complexité du projet à conduire, sur le fondement d'un bilan avantages/inconvénients au regard d'autres montages, mais non sur la base de l'examen de sa soutenabilité budgétaire.

⁵³ Le décret n° 2009-242 du 2 mars 2009 complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics et au compte rendu de leur exécution a été abrogé par le décret n° 2012-1093 du 27 septembre 2012 complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics. Toutefois, les dispositions de l'article 3 sont reprises *in extenso* dans l'article 1^{er} du décret du 27 septembre 2012.

Annexe I

L'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée prévoyait pourtant que, pour les CP de l'État ou d'un établissement public doté d'un comptable public, la signature soit conditionnée à l'appréciation de leurs « *conséquences sur les finances publiques et la disponibilité des crédits* »⁵⁴.

Afin de pallier ce manque, le décret du 27 septembre 2012⁵⁵, modifiant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics, prévoit de **compléter l'évaluation préalable par une étude portant sur l'ensemble des conséquences de l'opération sur les finances publiques et la disponibilité des crédits**, et sur sa compatibilité avec les orientations de la politique immobilière de l'État. Ces dispositions sont également applicables aux BEH portés par les établissements hospitaliers ou les structures de coopération sanitaire.

Plus précisément, les modalités de mise en œuvre de cette analyse de soutenabilité budgétaire seront détaillées dans une circulaire du ministre chargé du budget⁵⁶. D'après le projet de circulaire établi par la DB, cette étude s'articulerait autour des trois axes suivants :

- ◆ « *s'assurer que le projet respecte les programmations budgétaires pluriannuelles qui s'appliquent à l'État ou à l'établissement public ;*
- ◆ *évaluer l'ensemble des dépenses rattachables au projet, sur toute la durée de celui-ci ;*
- ◆ *vérifier la compatibilité du projet avec les orientations de la politique budgétaire, de la politique immobilière, et de l'évolution des effectifs publics ».*

Il est prévu qu'une telle étude soit réalisée par le pouvoir adjudicateur et transmise à la DB, à l'autorité chargée du contrôle financier (ACC), ainsi qu'à France domaine lorsque le projet emporte occupation du domaine public ou privé de l'État, et à la MAPPP pour information, lors de l'évaluation préalable. Le projet de circulaire prévoit également que cette étude soit actualisée à l'occasion de la désignation du candidat sélectionné.

La DB, et France domaine le cas échéant, rendraient alors un avis lors de l'évaluation préalable et lors de la transmission du CP, à partir des éléments d'analyse fournis par les administrations porteuses de projets.

Proposition n° 11 : Préciser les critères de contrôle de l'étude de soutenabilité budgétaire que la DB doit effectuer, depuis le décret du 27 septembre 2012, et de l'avis rendu au moment de l'évaluation préalable et au moment de la signature du contrat

Toutefois, **le projet de circulaire ne précise pas, pour l'heure, les critères d'évaluation de la direction du budget et la nature du contrôle effectué**, si ce n'est qu' « *une analyse incomplète pourra justifier un refus d'approbation de la part du ministre chargé du budget* ».

Une analyse préalable de soutenabilité budgétaire paraît en effet indispensable, et devrait également être étendue aux autres pouvoirs publics adjudicateurs. La mission recommande ainsi qu'un examen de la soutenabilité budgétaire des projets réalisés par les collectivités territoriales soit effectué par la direction départementale des finances publiques, afin de mieux anticiper le risque de rigidification des dépenses de fonctionnement que de tels contrats risquent d'engendrer (*cf. annexe II*).

⁵⁴ Article 9 de l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée.

⁵⁵ Décret n° 2012-1093 du 27 septembre 2012 complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics.

⁵⁶ Circulaire du ministre chargé du budget relative aux modalités de mise en œuvre de l'étude visant à évaluer l'ensemble des conséquences d'un partenariat public-privé (PPP) sur les finances publiques, la disponibilité des crédits et les orientations de la politique immobilière de l'État prévue aux articles 1 et 2 du décret n°2012-1093 du 27 septembre 2012. Cette circulaire devrait être publiée dans les prochaines semaines.

4.3. Le recours croissant aux PPP devrait s'accompagner de leur meilleure prise en compte dans le cadre des normes budgétaires

4.3.1. Les PPP représentent un risque double à l'égard des normes budgétaires, en facilitant leur contournement et en les rendant plus inaccessibles

4.3.1.1. Le recours aux PPP peut constituer une voie de contournement des normes budgétaires

Dans un rapport de mai 2012⁵⁷, l'IGF a identifié, **parmi les risques de contournement des normes budgétaires, l'étalement de la dépense sur longue période par multiplication des PPP, qui conduit à créer des dépenses à la fois obligatoires et rigides à long terme.**

La France s'est en effet dotée, depuis 2004, de **deux normes de dépenses**, applicables à l'État :

- ◆ la norme « zéro volume », créée en 2004, fixe un objectif de croissance annuelle en euros courants du budget général de l'État égal à l'inflation hors remboursements et dégrèvements d'impôts ;
- ◆ **la norme « zéro valeur »**, créée en 2011, impose une contrainte supérieure, à savoir la stabilisation en euros courants des dépenses. Elle s'applique au même périmètre que celui de la norme « zéro volume », dont sont exclues les charges d'intérêt et la contribution de l'État au compte d'affectation spéciale « Pensions ». **Cette norme suppose donc que soient réalisées annuellement en volume des économies au moins égales à l'inflation.**

Ces normes budgétaires s'appliquent sur les crédits de paiement, et non sur les autorisations d'engagement.

En dissociant le temps de la prise de décision et le temps du paiement des loyers, le recours aux PPP permet de réaliser des investissements publics en contournant les contraintes fixées annuellement, à un double titre :

- ◆ les loyers ne commencent à être versés qu'au moment de la livraison de l'équipement, ce qui signifie que **la dépense est différée pendant toute la durée de construction** ;
- ◆ **les dépenses d'investissement et de financement sont lissées sur toute la durée du contrat**, c'est-à-dire sur plusieurs décennies.

Aussi, les règles d'enregistrement des PPP en comptabilité budgétaire permettent de contourner la norme de dépense annuelle. En effet, les crédits de paiement n'étant enregistrés qu'annuellement, à partir de la livraison de l'équipement – dès lors que les loyers doivent être versés au partenaire privé – aucune norme budgétaire ne pèse sur le PPP entre la signature du contrat et la livraison de l'équipement. Par ailleurs, les dépenses étant lissées sur des périodes longues, la norme budgétaire s'applique ensuite dans des proportions très réduites sur le projet d'investissement.

⁵⁷ *Maîtriser les dépenses de l'État pour revenir à l'équilibre des finances publiques : enjeux et leviers d'action*, Rapport IGF n°2012-M-008-03, mai 2012.

Par ailleurs, **certaines normes budgétaires s'appliquant à certaines agences de l'État excluent explicitement les PPP de leur champ d'application, au risque de renforcer le risque de point de fuite budgétaire.** Ainsi, la seconde loi de programmation des finances publiques, en date du 28 décembre 2010, pour les années 2011 à 2014, a proscrit le recours à un emprunt dont le terme est supérieur à 12 mois pour les organismes divers d'administration centrale (ODAC). Cette loi a également associé les opérateurs à l'effort de l'État en matière de budget et d'emplois : depuis 2011, les opérateurs doivent réduire leurs effectifs de 1,5 % par an, et leurs dépenses de fonctionnement de 10 % au cours du prochain triennal. Or, l'instruction relative à l'interdiction de recours à l'emprunt⁵⁸ exclut explicitement les PPP de son champ d'application, en précisant que, contrairement à la maîtrise d'ouvrage publique (MOP), le PPP permet de faire porter la dette par le partenaire privé, sans recourir à un emprunt bancaire.

Pourtant, les quatre objectifs présentés dans l'instruction pourraient parfaitement s'appliquer au recours au PPP, qui se traduit dans les faits – y compris comptablement – par une dette financière à hauteur du coût d'investissement. Il s'agit en effet de :

- ◆ *« stopper la dispersion de l'endettement public entre de multiples organismes pour améliorer le pilotage de la soutenabilité budgétaire ;*
- ◆ *éviter que ces entités, qui se financent la plupart du temps à des coûts supérieurs à ceux observés pour l'État, n'augmentent ainsi la charge des intérêts supportée par les administrations publiques dans leur ensemble ;*
- ◆ *réduire le risque que l'État soit appelé à financer des entités qui ont eu recours à l'emprunt et n'ont pas une capacité de remboursement propre suffisante ;*
- ◆ *mettre fin à un moyen de contournement de la norme de dépense de l'État (recours à l'endettement plutôt qu'à des crédits budgétaires) ».*

Proposition n° 12 : Inclure les PPP dans l'interdiction de recours à l'emprunt des organismes divers d'administration centrale

Sur ces différents points, la limitation du recours aux PPP par les ODAC serait justifiée. Les surcoûts qu'il engendre, compte tenu du recours à un partenaire privé se finançant à des coûts supérieurs à ceux observés pour les pouvoirs publics, tendrait même à renforcer l'utilité et la pertinence d'une telle mesure.

Néanmoins, le recours aux PPP demeurerait possible dans la configuration où ils seraient signés et négociés directement par l'État, pour le compte de l'ODAC concerné. Aussi, les PPP conclus dans le domaine de l'enseignement supérieur et de la recherche, dont l'équipement fait l'objet d'une mise à disposition de l'établissement d'enseignement supérieur de la part de l'État, pourraient être conclus dans les mêmes conditions qu'actuellement.

⁵⁸ Instruction n° 12-003-M9 du 16 janvier 2012.

4.3.1.2. *Par leur effet de rigidification des budgets, les PPP peuvent également rendre plus difficile l'atteinte des objectifs et normes budgétaires*

Le recours aux PPP tend à contraindre les budgets de fonctionnement des administrations publiques, en limitant leurs capacités de redéploiement dans un contexte marqué par le renforcement de la contrainte budgétaire. Ce surcroît de rigidité intervient, en outre, sur des budgets publics déjà marqués par la prédominance de dépenses peu flexibles, telles que les dépenses de personnel qui représentent 41 % des dépenses du budget de l'État pour 2012, soit près de 130 Md€.

En outre, le recours aux PPP induit un **transfert de crédits entre titres**. Pour le financement des coûts d'entretien et de maintenance, le recours au PPP se traduit par des dépenses de titre 3, qui servent à financer *via* un partenaire privé des dépenses qui auraient été considérées comme relevant du titre 2 (personnel) ou du titre 5 (gros entretien), si les services avaient été assurés en régie ou dans le cadre de marchés ponctuels passés en maîtrise d'ouvrage publique (MOP). **De tels projets tendent donc à renforcer la contrainte pesant sur les dépenses de fonctionnement, sans que les réductions de dépenses de personnel auxquelles ils devraient conduire soient nécessairement assurées.** Or, les dépenses de fonctionnement font l'objet de règles spécifiques : le budget triennal prévoit notamment une réduction de 10 % sur 2011-2013 appliquée à l'État et étendue aux opérateurs⁵⁹.

Dans le champ hospitalier plus particulièrement, le recours aux PPP induit une **rigidification des dépenses des établissements de santé, dans un contexte marqué par le durcissement de l'objectif national des dépenses d'assurance maladie (ONDAM)**. Or, le montant des ressources financières des établissements de santé, fondées pour une large part sur le mécanisme de la tarification à l'activité (T2A), est étroitement dépendant de leur *casemix* – c'est-à-dire de la nature et de la quantité des soins produits – par nature peu prévisible. L'augmentation des dépenses de fonctionnement liées aux PPP hospitaliers, par nature certaines et prévisibles dès lors que les contrats sont signés, s'inscrit donc dans des budgets dont les recettes sont incertaines et fluctuent d'une année sur l'autre. Les PPP risquent donc d'affecter l'équilibre budgétaire individuel des établissements de santé contractants, tout en mettant en péril le respect de l'ONDAM sur ce segment.

Par ailleurs, le recours à ce type de contrat peut induire **un effet d'éviction sur les autres dépenses** du pouvoir adjudicateur concerné, qu'il s'agisse des autres projets de commande publique, ou des dépenses de fonctionnement. À ce titre, les « garanties » qu'offre le PPP – au travers de la sanctuarisation des dépenses d'entretien et de maintenance – peuvent *a contrario* peser sur les autres dépenses de fonctionnement de l'acheteur public, **au risque de créer des déséquilibres entre les équipements publics, selon qu'ils ont été réalisés en PPP ou selon d'autres modalités de commande publique.**

4.3.2. *Le recours aux PPP devrait faire l'objet d'une règle spécifique, afin d'en limiter les risques budgétaires*

Proposition n° 13 : Modifier la norme budgétaire de manière à neutraliser ses effets sur la décision de recours aux PPP
--

⁵⁹ Circulaire du Premier ministre du 26 mars 2010. Les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel (EPSCP) et les agences régionales de santé (ARS) sont exemptés de l'application de cette règle qui n'est pas applicable, par ailleurs, aux dépenses militaires de fonctionnement.

Annexe I

Plusieurs scénarios sont envisageables pour éviter que les PPP ne soient appréhendés comme des instruments de contournement de la norme budgétaire :

- ◆ **une solution *a minima*, ne supposant aucune modification normative, consisterait à formaliser une « charte de bonne gestion », consistant en la prise en compte des montants d'investissement des projets dans la norme**, dans le cadre du dialogue de gestion et des négociations budgétaires ;
- ◆ **favoriser le versement de crédits de paiement dès la signature du contrat, pour que la norme s'applique aux engagements budgétaires pris dans le cadre de ces contrats**. L'obligation de versement de crédits de paiement équivalents aux AE budgétés, sous la forme « autorisations d'engagement=crédits de paiement », créerait d'importants problèmes de reports de crédits d'une année sur l'autre, les paiements étant échelonnés sur plusieurs années. Aussi, la solution envisagée consisterait à **créer un compte spécial pour les dépenses d'investissement liées aux PPP**, sur lequel seraient versés les crédits de paiement nécessaires au financement des dépenses d'investissement budgétées :
 - la création d'un compte de cette nature permettrait les reports de crédits d'une année sur l'autre sans la limitation du budget général, pour la période courant de la signature du contrat au versement effectif des crédits ;
 - les crédits de paiement étant versés dès la signature du contrat, la norme budgétaire s'appliquerait ;
 - le versement des crédits de paiement devrait être échelonné sur quelques années, au cours de la période de construction, afin d'éviter de créer un biais en défaveur des PPP. Les paiements étant répartis sur quelques années en MOP, au fur et à mesure de la livraison des différentes tranches, il conviendrait d'adopter le même rythme de versement dans le cas des PPP ;
 - cette solution suppose toutefois une modification de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF), permettant la création d'un compte *ad hoc*, dédié aux crédits de paiement des PPP, aucun compte spécial existant actuellement ne pouvant accueillir ce type de dépenses actuellement ;
 - le « stockage » de crédits de paiement correspondant aux dépenses d'investissement est limité dans le temps à la seule période de construction, si la solution du refinancement public (*cf. annexe V*) est adoptée après disparition du risque construction ;
- ◆ **construire une norme pluriannuelle spécifique pour les dépenses d'investissement**,
 - soit sous la forme d'une norme pluriannuelle indépendante, ce qui suppose d'extraire les dépenses d'investissement en crédits de paiement de la norme « zéro valeur » :
 - une telle norme serait mieux adaptée à la dimension pluriannuelle des investissements publics et permettrait de clarifier les engagements budgétaires pris en matière de commande publique ;
 - la définition d'une telle norme pose toutefois un problème et de périmètre, toutes les dépenses d'investissement du titre 5 n'ayant pas vocation à être soumises à une contrainte pluriannuelle. Il serait, en effet, préférable de maintenir les investissements de faible montant sous la norme « zéro valeur » afin de préserver une certaine souplesse de gestion au sein des programmes budgétaires. Aussi, seules les dépenses d'investissement relatives aux « grands équipements » devraient être soumises à une telle norme pluriannuelle ;

Annexe I

- soit sous la forme d'une « **infra-norme** » **pluriannuelle, propre aux dépenses d'investissement, de la norme générale « zéro valeur » applicable à l'ensemble des dépenses, dont les orientations seraient définies en loi de programmation des finances publiques (LPFP)** ;
 - une telle solution permettrait de préserver le cadre général de la norme « zéro valeur » et d'effectuer les arbitrages en son sein, entre les dépenses d'investissement et les autres dépenses ;
 - un plafond en matière d'investissement et de commande publique serait défini de manière triennale dans le cadre de la LPFP.

Par ailleurs, **les risques budgétaires induits par le recours aux PPP, qu'il s'agisse des effets de rigidification, d'éviction et de doublons sur les budgets dont ils relèvent, nécessiteraient également que soient conçues des règles spécifiques.** Il conviendrait, ainsi, d'associer l'évaluation de la soutenabilité budgétaire des PPP par le pouvoir adjudicateur et de son contrôle par la DB à une règle encadrant leur recours, de manière à passer d'une seule logique d'objectivation et d'amélioration de la transparence à une logique d'encadrement.

Proposition n° 14 : Gager les loyers d'entretien, de maintenance et d'exploitation contenus dans les PPP par des réductions de dépenses équivalentes au sein de la mission budgétaire de rattachement

Si la solution consistant à fixer des plafonds de rigidité des budgets a été écartée compte tenu de la trop grande hétérogénéité des programmes budgétaires (*cf. supra*), plusieurs règles sont envisageables :

- ◆ le projet de circulaire de la DB prévoit, en premier lieu, que **le recours aux PPP et les suppressions d'effectifs qu'il induit ne doivent pas être prises en compte dans les plafonds d'emplois.** Le projet de circulaire de la DB précise en effet qu'« *un projet de PPP impactant les effectifs via de l'externalisation de fonction ne permet en aucun cas de contribuer à la réalisation du schéma d'emploi du ministère ou de l'établissement public concerné et ne pourra être comptabilisé comme tel, dans la mesure où cela revient à substituer une dépense de titre 2 par une dépense équivalente voire supérieure en titre 3 pour l'État, et ne se traduit pas directement par une baisse nette de la subvention pour charge de service public pour l'établissement* ». Il est en effet nécessaire de **rappeler que cette réduction n'est qu'optique et qu'elle ne constitue pas une réduction nette des dépenses pour la personne publique, tous titres confondus** ;
- ◆ il pourrait être demandé, en second lieu, aux administrations adjudicatrices de **gager les dépenses induites par les loyers d'entretien, de maintenance et d'exploitation des PPP par des réductions de dépenses équivalentes sur la mission budgétaire auxquels ils sont rattachés.** Afin de donner toute son effectivité à la logique d'externalisation et d'optimisation des frais d'entretien et d'exploitation portée par les PPP, il importe de veiller à ce que le transfert de missions ne crée pas de doublons et que les dépenses dont la personne publique s'est dessaisie soient effectivement supprimées. Le projet de circulaire de la DB prévoit que l'analyse budgétaire « *justifie le périmètre de services retenu dans le projet de PPP, évalue les créations et suppressions de postes, les transferts de personnels et les externalisations de fonctions qui, dans la mesure du possible, doivent être exprimés par catégorie d'emplois* ». Il précise également que « *le devenir des personnels en place doit être exposé dès lors que le projet de contrat prévoit que le partenaire privé assure des activités qui étaient auparavant exercées directement par le ministère ou l'établissement public porteur du projet* ».

Annexe I

Les mesures prévues par les administrations adjudicatrices, de manière à gager les loyers de PPP par des réductions de dépenses équivalentes, devraient constituer un critère d'appréciation dans le contrôle de la DB sur l'analyse budgétaire des PPP, conditionnant directement l'avis porté sur les projets.

SYNTHÈSE DES PROPOSITIONS DE L'ANNEXE

Proposition n° 1 : Faire de la transmission effective des CP et de leurs annexes par les collectivités locales à la MAPPP une condition du versement du fonds de compensation de la taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA)

Proposition n° 2 : Conférer à la MAPPP, dans son format élargi, une mission de recensement de l'ensemble des contrats de PPP et, plus largement, des contrats relatifs à la commande publique

Proposition n° 3 : Enregistrer l'ensemble des dépenses prévues dans les PPP en AE (loyers d'investissement, de financement et de fonctionnement) à la signature du contrat, en application de la règle de budgétisation générale

Proposition n° 4 : Créer une annexe budgétaire, jointe annuellement au projet de loi de finances, consacrée aux PPP signés par l'État et ses établissements publics

Proposition n° 5 : Demander aux comptables publics de recenser et d'enregistrer les contrats de PPP, dans les 18 prochains mois, conformément aux nouvelles instructions comptables

Proposition n° 6 : Recenser les PPP enregistrés en comptabilité nationale, en distinguant les PPP enregistrés dans les comptes des administrations publiques et les PPP enregistrés dans les comptes des opérateurs privés

Proposition n° 7 : Clarifier les critères d'enregistrement des PPP en comptabilité nationale

Proposition n° 8 : Clarifier et harmoniser le périmètre des coûts d'investissement devant être comptabilisés au sein des différents référentiels comptables

Proposition n° 9 : Confier à la MAPPP la mission d'extraire les informations financières des contrats de PPP et de leurs annexes et de les communiquer aux administrations concernées (DB, DG Trésor, DGFIP, INSEE)

Proposition n° 10 : Imposer aux administrations adjudicatrices la transmission du projet définitif de contrat de PPP aux ministres de l'économie et du ministre chargé du budget, et la cessation de toute négociation avec le partenaire privé après transmission

Proposition n° 11 : Préciser les critères de contrôle de l'étude de soutenabilité budgétaire que la DB doit effectuer, depuis le décret du 27 septembre 2012, et de l'avis rendu au moment de l'évaluation préalable et au moment de la signature du contrat

Proposition n° 12 : Inclure les PPP dans l'interdiction de recours à l'emprunt des organismes divers d'administration centrale

Proposition n° 13 : Modifier la norme budgétaire de manière à neutraliser ses effets sur la décision de recours aux PPP

Proposition n° 14 : Gager les loyers d'entretien, de maintenance et d'exploitation contenus dans les PPP par des réductions de dépenses équivalentes au sein de la mission budgétaire de rattachement

ANNEXE II

Le recours des collectivités locales aux partenariats public-privé

SOMMAIRE

1. FREQUEMMENT FONDE SUR DES MOTIFS BUDGETAIRES, LE RECOURS DES COLLECTIVITES LOCALES AUX PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE (PPP) TEND A SE REPANDRE	2
1.1. Malgré son caractère dérogatoire, le contrat de partenariat (CP) est utilisé de plus en plus fréquemment par les collectivités locales	2
1.1.1. <i>Les collectivités locales disposent d'une large palette d'instruments de PPP</i>	<i>2</i>
1.1.2. <i>Les données disponibles, incomplètes et peu fiables, ont nécessité d'importants retraitements</i>	<i>3</i>
1.1.3. <i>Parmi les PPP, le CP est l'instrument juridique le plus utilisé.....</i>	<i>8</i>
1.2. Le recours au CP s'est développé majoritairement au sein des communes, pour un usage qui tend à se banaliser	11
1.2.1. <i>Le CP est souvent utilisé par des communes, pour des projets de taille modeste</i>	<i>11</i>
1.2.2. <i>Conçu pour des projets complexes et de grande taille, ce type de contrat voit désormais son usage se banaliser.....</i>	<i>15</i>
1.3. L'invocation fréquente du critère de complexité masque d'autres motifs de recours, d'ordre budgétaire notamment.....	21
1.3.1. <i>L'harmonisation progressive des règles fiscales, comptables et de procédure a limité les biais en faveur de certains instruments de commande publique.....</i>	<i>21</i>
1.3.2. <i>Souvent retenu dans les évaluations préalables, le critère de complexité recouvre des motifs et des situations variés.....</i>	<i>23</i>
1.3.3. <i>Le motif budgétaire et financier occupe de fait une place importante dans le recours aux PPP.....</i>	<i>24</i>
2. INSTRUMENT COMPLEXE ET COUTEUX, LE CP COMPORTE DE NOMBREUSES ZONES DE RISQUES JURIDIQUES ET FINANCIERS	27
2.1. Outil dérogatoire et exigeant, le CP engendre des coûts de transaction importants pour les collectivités locales	27
2.1.1. <i>La complexité de la procédure, notamment de l'évaluation préalable, paraît disproportionnée au regard des moyens des collectivités adjudicatrices.....</i>	<i>27</i>
2.1.2. <i>Pour réaliser leur projet de PPP, les collectivités adjudicatrices recourent de manière massive et coûteuse à des assistants à maîtrise d'ouvrage (AMO).....</i>	<i>29</i>
2.1.3. <i>Le rôle de conseil et de contrôle assuré par les services de l'État ne garantit pas un appui suffisant aux collectivités.....</i>	<i>32</i>
2.2. Le recours au CP est source de risques financiers et juridiques, dont la contrepartie en termes d'efficience n'est pas toujours assurée	37
2.2.1. <i>Unanimement approuvée par les acteurs locaux, la procédure de dialogue compétitif permet aux collectivités de mieux définir leurs besoins.....</i>	<i>37</i>
2.2.2. <i>L'analyse des contrats témoigne de capacités de négociation hétérogènes, qui peuvent induire des risques juridiques et financiers.....</i>	<i>41</i>
2.2.3. <i>Les gains théoriques du CP en termes de coûts et de délais ne sont pas toujours vérifiés.....</i>	<i>47</i>

2.3. La qualité des réalisations est étroitement liée à la capacité d'initiative et de contrôle des collectivités adjudicatrices	49
2.3.1. <i>Les avantages du PPP en termes de construction, d'entretien et de maintenance demandent à être confirmés, face aux zones de risques qui se dessinent.....</i>	49
2.3.2. <i>Le suivi du volet performantiel des contrats est assuré de manière rudimentaire par les collectivités</i>	52
3. LES PPP INDUISENT DES ENGAGEMENTS FINANCIERS CONSEQUENTS POUR LES COLLECTIVITES LOCALES, DONT LES ENJEUX BUDGETAIRES ET COMPTABLES SONT MAL MAITRISES	54
3.1. Malgré l'évolution récente des règles de comptabilité, les engagements financiers liés aux PPP pâtissent encore d'un défaut de transparence	54
3.1.1. <i>L'évolution des règles de comptabilisation en 2010 a vocation à assurer un enregistrement des PPP dans les bilans des collectivités locales</i>	54
3.1.2. <i>Ces évolutions n'ont pas encore accru de manière significative la transparence des engagements financiers relatifs aux PPP.....</i>	56
3.2. En dépit de son incidence sur la soutenabilité des budgets locaux, le recours au PPP ne fait pas l'objet d'une analyse budgétaire et financière adéquate.....	57
3.2.1. <i>La soutenabilité budgétaire des projets n'est examinée ni dans l'évaluation préalable, ni dans les contrôles de l'État</i>	57
3.2.2. <i>Le recours aux PPP fait peser un risque de rigidification des budgets locaux et d'éviction sur les autres dépenses de fonctionnement</i>	60
4. LA VOLONTE COMPREHENSIBLE DES COLLECTIVITES D'OUTRE-MER DE RECOURIR AUX PPP FAIT PESER SUR CELLES-CI DES CONTRAINTES ET DES RISQUES CONSIDERABLES	63
4.1. Les besoins et les contraintes auxquels les collectivités d'outre-mer font face justifient la volonté de recours à des outils alternatifs de commande publique tels que les PPP	64
4.1.1. <i>Le déficit en équipements publics conjugué parfois à une forte croissance démographique rend certains projets urgents</i>	64
4.1.2. <i>Les contraintes locales et le manque de compétences techniques internes complexifient la conduite des projets.....</i>	67
4.1.3. <i>Les difficultés budgétaires et financières des collectivités d'outre-mer les conduisent à la recherche de solutions alternatives de financement.....</i>	67
4.2. Le recours aux PPP soulève toutefois d'importantes zones de risque, qui donnent un relief particulier aux difficultés de la commande publique outre-mer ...	70
4.2.1. <i>Les PPP présentent pour les collectivités d'outre-mer des risques qui sont communs aux autres instruments de commande publique.....</i>	70
4.2.2. <i>Ces instruments sont également sources de risques spécifiques, renforcés par les spécificités du contexte ultra-marin.....</i>	72
4.2.3. <i>De nombreux projets se voient abandonnés de facto, face aux exigences des opérateurs privés et des banques.....</i>	73
4.2.4. <i>Un recours sécurisé aux PPP en outre-mer suppose à la fois une amélioration des conditions du marché de la commande publique et un soutien mieux orienté de l'État.....</i>	75
PIÈCES JOINTES	78

Annexe II

Premier acteur collectif de l'investissement public, **les collectivités locales constituent également aujourd'hui les premiers adjudicateurs en matière de partenariats public-privé (PPP)**, plus particulièrement de baux emphytéotiques administratifs (BEA) et de contrats de partenariat (CP). Les PPP relatifs aux grands équipements hospitaliers ou aux établissements pénitentiaires, auxquels il est souvent fait référence dans le débat public, tendent ainsi à occulter **la réalité d'un outil dont l'usage commence principalement à se banaliser dans les collectivités locales**.

Alors que le CP a été conçu, à l'origine, comme un instrument dérogatoire destiné aux projets les plus complexes et les plus « exceptionnels », il est aujourd'hui utilisé par des collectivités locales de petite taille et pour des projets de taille réduite. La mission s'est employée à explorer ce paradoxe et ses conséquences, en se demandant **si l'extension de ce type de contrat à des acteurs et des projets variés signifiait que son usage était bien adapté à une telle diversité de situations**.

L'annexe porte donc sur le champ des collectivités locales, incluant les diverses formes d'intercommunalité, qu'il s'agisse des groupements à fiscalité propre ou des syndicats intercommunaux. L'analyse est concentrée en priorité sur les CP et, dans une moindre mesure, sur les BEA, qui les ont précédés de longue date. Les bases de données disponibles ayant été constituées à partir de 2004, lors de la création des CP, les informations les plus fiables sont relatives aux CP. Les autres outils de la commande publique – qu'il s'agisse des marchés passés en maîtrise d'ouvrage public (MOP) ou des différentes formes de délégation de service public (DSP) ne seront étudiés qu'à titre de comparaison.

En vertu du principe de libre administration des collectivités territoriales, cette annexe a été conçue, au travers des premiers éléments d'évaluation et d'objectivation du recours aux PPP qu'elle comporte, comme un **instrument d'aide à la décision**. Elle met ainsi en exergue plusieurs points de vigilance, qui sont l'occasion de formuler des recommandations pour permettre aux collectivités de sécuriser leur recours au CP.

Ainsi, dans un premier temps, l'annexe présente une cartographie des PPP signés par les collectivités locales, en caractérisant les principaux motifs de recours à ce type de contrat.

Dans un deuxième temps, elle rend compte des principaux éléments d'évaluation sur l'utilisation des PPP, notamment du CP, par les collectivités locales, en soulignant les risques financiers et juridiques auxquels elle peut conduire.

Dans un troisième temps, elle examine les enjeux budgétaires et comptables attachés à de tels contrats, encore insuffisamment pris en compte par les collectivités adjudicatrices.

Enfin, dans une dernière partie, l'annexe se concentre sur la situation particulière de l'outre-mer, en précisant les risques et les contraintes spécifiques qui pèsent sur le recours aux PPP dans ces territoires.

1. Fréquemment fondé sur des motifs budgétaires, le recours des collectivités locales aux partenariats public-privé (PPP) tend à se répandre

1.1. Malgré son caractère dérogatoire, le contrat de partenariat (CP) est utilisé de plus en plus fréquemment par les collectivités locales

1.1.1. Les collectivités locales disposent d'une large palette d'instruments de PPP

Les acteurs locaux jouent un rôle prépondérant en matière de dépenses d'investissement publiques, qui se confirme notamment depuis l'acte II de la décentralisation¹. Le sous-secteur des administrations publiques locales réalise ainsi **près de 70 % de l'investissement public**, ce qui représente plus d'un quart de leur budget, soit 52 Md€, avec des variations largement dépendantes du cycle électoral².

Pour réaliser ces opérations d'investissement, les collectivités locales peuvent recourir au secteur privé, par le biais des marchés publics, des délégations de service public (DSP) ou des contrats globaux tels que les partenariats public-privé (PPP).

Il n'existe actuellement aucune base de données recensant les différents types de contrats de commande publique signés par les collectivités locales. Malgré ce défaut d'informations globales, l'examen du recours aux PPP indique que l'utilisation de ces contrats globaux s'est développée, à la faveur de la création de nouveaux instruments juridiques.

Les collectivités territoriales disposent en effet de plusieurs outils permettant de réaliser des PPP, dont les caractéristiques sont détaillées dans le module relatif à l'analyse juridique des PPP (*cf. annexe VI*) :

- ♦ **le bail emphytéotique administratif (BEA)** est l'instrument le plus ancien³. Ce type de contrat domanial, qui confère au preneur un droit réel sur le bien soumis à conditions, **peut être associé à un montage dit « aller-retour » pour constituer un PPP**. La collectivité peut ainsi mettre à disposition un terrain, en échange d'une redevance, **pour une durée d'au moins 18 ans**, sélectionner un groupement d'opérateurs pour réaliser un ouvrage et disposer de l'ouvrage avant la fin du contrat par une convention non détachable de mise à disposition (CMD) contre le versement de loyers. **Une telle formule permet à la collectivité de financer, par la mise à disposition du terrain et le versement de loyers, la construction d'équipements publics par une personne privée sur des terrains publics ;**
- ♦ **les BEA sectoriels** ont été introduits dans le cadre des lois d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure et la justice, à partir de 2002. Conçus pour une durée temporaire, ces dispositifs ont été successivement prorogés jusqu'en 2010 puis jusqu'au 31 décembre 2013. Dans ce cadre, les collectivités territoriales et leurs établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) peuvent **construire, y compris sur les dépendances de leur domaine public, acquérir ou rénover des bâtiments destinés à être mis à la disposition de l'État pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales**. Par dérogation au droit commun des BEA, les droits réels nés de ces baux spéciaux peuvent faire l'objet d'un contrat de crédit-bail ;

¹ Loi n° 2004-809 relative aux libertés et responsabilités locales du 13 août 2004.

² Rapport sur la dépense publique et son évolution, annexé au projet de loi de finances pour 2012.

³ La loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation a autorisé les collectivités locales à conclure des BEA sur certaines dépendances de leur domaine public.

- ◆ **le contrat de partenariat (CP)** est l'instrument le plus récent, créé par l'ordonnance du 17 juin 2004, et le plus global. **Dispositif ouvert, le CP permet de confier à un unique cocontractant tout ou partie des missions d'une opération immobilière**, de l'amont jusqu'à l'aval, de la conception à l'exploitation. Le recours à un tel contrat est toutefois **conditionné à la satisfaction de trois conditions juridiques alternatives** (l'urgence, la complexité et le bilan socio-économique) **et à une analyse économique** – sous la forme d'une évaluation préalable – dont l'objet est de démontrer l'utilité du montage en CP par rapport aux autres solutions en termes de coût global, de performance et de partage des risques.

Si le BEA a longtemps constitué un outil souple, non soumis au code des marchés publics et non assorti d'une évaluation préalable obligatoire, **un renforcement des règles de passation du BEA est intervenu avec le décret du 31 décembre 2011⁴**. En outre, une **évaluation préalable est désormais obligatoire** pour les BEA sectoriels dont le montant annuel du loyer est supérieur à 1 M€ hors taxes (HT) et pour les opérations d'un montant inférieur à 10 M€ HT si la collectivité veut bénéficier du fond de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA). **Pour autant, le recours au BEA n'est pas soumis aux critères de recours, qui conditionnent la passation des CP.**

En dépit de ce rapprochement entre les différentes formules contractuelles existantes, le maintien d'une pluralité d'instruments est source de complexité et d'insécurité juridique. Le module relatif à l'analyse juridique des PPP propose ainsi deux voies de simplification du cadre juridique des PPP (*cf. annexe VI*).

1.1.2. Les données disponibles, incomplètes et peu fiables, ont nécessité d'importants retraitements

1.1.2.1. Les bases de données existantes ne permettent pas de garantir l'exhaustivité d'une analyse globale

Comme le met en évidence le module relatif à la cartographie des PPP (*cf. annexe I*), les bases de données disponibles reposent sur des périmètres différents, qui ne recouvrent jamais la totalité des pouvoirs adjudicateurs ou des types de PPP. Ce constat prend une acuité particulière pour les projets portés par les collectivités territoriales :

- ◆ **la base de données tenue par la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) n'enregistre que les CP, et non les autres formes de PPP telles que les BEA** auxquels les collectivités ont fréquemment recours ;
- ◆ **les CP lancés par les collectivités locales** – pour lesquels l'avis de la MAPPP sur l'évaluation préalable est facultatif – **ne sont pas systématiquement inscrits dans la base de la MAPPP**. En dépit de la loi du 28 juillet 2008 qui impose aux adjudicateurs publics la communication des contrats à des fins de recensement et d'analyse économique, la MAPPP ne dispose pas de tous les contrats ;
- ◆ **le recensement le plus large est paradoxalement effectué par le centre d'expertise français pour l'observation des partenariats public-privé (CEF-O-PPP)**, dont la gestion opérationnelle est assurée par une fondation d'entreprise, l'institut de la gestion déléguée (IGD). Or, contrairement à la MAPPP, **l'IGD ne dispose que des informations qui sont publiques ou qui lui sont volontairement transmises par les collectivités adjudicatrices.**

⁴ Dorénavant, lorsque le BEA est assorti d'une convention non détachable constituant un marché public, une délégation de service public (DSP), un CP ou un contrat de concession de travaux publics, la conclusion du bail doit être précédée des mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par les dispositions applicables à ce type de contrat.

Annexe II

Les analyses quantitatives ne peuvent donc pas s'appuyer sur les données brutes de ces différentes bases et supposent un important travail de fiabilisation.

1.1.2.2. *L'analyse des PPP des collectivités locales a reposé à la fois sur une fiabilisation des bases de données et sur un échantillonnage de projets*

Compte tenu des défaillances relevées dans les bases de données disponibles (*cf. annexe I*), la mission a entrepris un travail de fiabilisation. La méthode utilisée, pour l'analyse quantitative et qualitative des projets de PPP, se décline en deux grandes parties :

- ◆ **une analyse « macro » à partir du retraitement des bases de données disponibles** sur les PPP conclus par les collectivités locales depuis 2004 ;
- ◆ **une analyse « micro » sur un échantillon de projets** de PPP conclus par des collectivités locales.

Les données « macro » disponibles ont été retraitées et fiabilisées de manière à disposer d'une liste des PPP signés par les collectivités locales depuis 2004 :

- ◆ en croisant les différentes sources d'informations disponibles – base de la MAPPP, base du CEF-O-PPP, contrats disponibles, informations recueillies lors des déplacements de la mission – ;
- ◆ en isolant les contrats signés, pour lesquels un avis d'attribution a été publié ou pour lesquels le contrat est disponible ;
- ◆ en complétant les données financières, sur le coût d'investissement notamment, à partir des différents éléments rassemblés par la mission :
 - les contrats et leurs annexes financières ;
 - les comptes-rendus des délibérations des assemblées locales ;
 - les avis d'attribution des contrats ;
 - les informations recueillies en interrogeant directement les services des collectivités concernées.

Pour les projets pour lesquels un différentiel de coûts non expliqué subsistait entre les bases, la mission a fait le choix de retenir systématiquement le montant le plus important : **l'analyse porte donc sur une estimation haute des montants d'investissement et des montants globaux**, toutes redevances incluses.

Par ailleurs, **la mission a centré ses analyses quantitatives sur les CP signés**, pour deux raisons :

- ◆ **les PPP non signés ne peuvent pas être distingués avec fiabilité entre les projets en cours et les projets abandonnés** (*cf. annexe I*). Ces derniers sont donc regroupés au sein de la catégorie générale des « projets lancés », dès lors qu'ils ont fait l'objet d'un avis d'appel public à concurrence (AAPC) ;
- ◆ **il a été décidé de cibler les CP, pour que les résultats ne soient pas faussés par les inexactitudes des bases de données et l'hétérogénéité des projets de BEA**. En effet, les données, notamment financières, relatives aux BEA sont fréquemment erronées (*cf. annexe I*) et leur équilibre financier dépend étroitement de la nature de l'équipement, certains projets se révélant sources de revenus nets pour la personne publique.

Pour conduire ses analyses « micro », la mission a défini un échantillon de collectivités adjudicatrices de PPP, dans cinq zones géographiques (*cf. encadré 1*).

Encadré 1 : Constitution de l'échantillon des collectivités locales

L'échantillon de projets de PPP portés par des collectivités locales a été défini, en croisant les critères liés aux collectivités territoriales et à leurs projets, **selon les modalités** suivantes :

- en variant les montants financiers ;
- en variant les objets des contrats et les secteurs concernés ;
- en variant les types de collectivités adjudicatrices (niveau de collectivité, taille et situation financière) ;
- en mêlant des projets d'ores et déjà entrés en service, des projets en cours de construction et des projets abandonnés ;
- en choisissant à la fois des projets « standards » qui ont pu faire l'objet d'autres modalités de commande publique, et des projets plus exceptionnels.

À l'aune de ces critères, **la mission a retenu cinq zones géographiques dans lesquelles plusieurs collectivités de différents niveaux avaient signé – ou envisagé de signer – des PPP :**

- trois départements de métropole :
 - le Loiret ;
 - les Alpes maritimes ;
 - la Gironde ;
- deux départements d'outre-mer :
 - la Guyane ;
 - la Guadeloupe.

La mission a effectué des déplacements dans chacun de ces cinq départements, afin de rencontrer :

- ◆ les collectivités ayant réalisé ou envisagé de réaliser des PPP, notamment :
 - les services en charge de la passation de ces contrats ;
 - les élus concernés ;
- ◆ les partenaires privés :
 - les assistants à maîtrise d'ouvrage (AMO) ;
 - les entreprises ayant remporté les contrats ;
- ◆ les services de l'État dans ces territoires, notamment :
 - les services du contrôle de légalité et du contrôle budgétaire de la préfecture ;
 - les services de la direction départementale ou régionale des finances publiques (DDFiP et DRFiP).

Les déplacements ont permis de recueillir des informations quantitatives et qualitatives sur chacun des projets de l'échantillon (*cf. tableau 1*).

Annexe II

Tableau 1 : Liste des PPP de l'échantillon

Dpt	Pouvoir adjudicateur	Projet	Type de contrat	Statut du projet	Date de signature du contrat	Date de livraison	Durée (années)	Montant des investissements (M€ - HT)	Montant des loyers (M€ - HT)
06	Commune d'Antibes	Palais des Congrès	BEA	Signé	02/07/2009	Non livré	50	NC	23,63
06	Syndicat mixte pour la valorisation des déchets ménagers d'Antibes (UNIVALOM)	Collecte des déchets	CP	Signé	30/08/2006	24/07/2008	22	60,00	240,00
06	Commune de Vallauris Golfe Juan	Éclairage public	CP	Signé	01/07/2009	15/05/2011	15	6,60	16,03
06	Commune de Nice	Stade	CP	Signé	21/01/2011	Non livré	30	204,00	445,50
06	Commune de Nice	Collecte des déchets	CP	Abandonné					
06	Commune de Nice	Aménagement gare Sud	CP	Abandonné					
06	Conseil général des Alpes maritimes	Reconstruction de 3 collèges	CP	Abandonné					
06	Conseil général des Alpes maritimes	Centrale photovoltaïque au sol	BEA	Abandonné					
06	Communauté de la Riviera française	Parkings	CP	Abandonné					
33	Conseil général de Gironde	12 pôles sociaux	CP	Signé	20/01/2012	Non livré	27	57,00	78,41
33	Commune de Bordeaux	Cité municipale	CP	Signé	22/12/2011	Non livré	27	50,00	83,60
33	Commune de Bordeaux	Stade	CP	Signé	28/10/2011	Non livré	30	188,00	435,00
33	Commune d'Arcachon	Éclairage public	CP	Signé	19/04/2011	Non livré	20	3,33	9,03
33	Communauté d'agglomération du bassin d'Arcachon sud (COBAS)	3 piscines	CP	Signé	29/09/2011	Non livré	32	29,80	66,24
33	Commune de La Teste de Buch	Hôtel de ville	CP	Signé	23/11/2011	Non livré	27	10,20	27,50
33	Commune d'Arcachon	Port de plaisance	CP	Abandonné					
45	Conseil général du Loiret	Collège de Villemandeur	CP	Signé	15/05/2006	23/12/2007	10	14,00	21,00
45	Conseil général du Loiret	Collège de Sainte Geneviève	CP	Signé	29/03/2010	22/06/2011	20	17,50	30,91
45	Conseil général du Loiret	Collèges de Meung et Saint Ay	CP	Signé	29/03/2012	Non livré	20	41,00	57,64
45	Commune de Chécy	Éclairage public	CP	Signé	05/12/2011	Non livré	15	0,86	2,66
45	Conseil général du Loiret	Lot de 5 collèges	CP	En cours					
45	Conseil général du Loiret	Cuisine mutualisée	CP	En cours					
45	Commune d'Orléans	Salle de sport ARENA	CP	En cours					
45	Commune d'Orléans	Opération Dauphine Chardon (groupe scolaire et gymnase)	CP	En cours					
45	Conseil général du Loiret	Déviations de la RD 921 Jargeau - Saint Denis de l'Hôtel	CP	En cours					
45	Conseil général du Loiret	Déviations de Sully sur Loire	CP	En cours					

Annexe II

Dpt	Pouvoir adjudicateur	Projet	Type de contrat	Statut du projet	Date de signature du contrat	Date de livraison	Durée (années)	Montant des investissements (M€ - HT)	Montant des loyers (M€ - HT)
971	Conseil régional de Guadeloupe	Université des métiers de l'artisanat	BEA	Signé	03/07/2009	Non livré	25	21,00	41,06
971	Commune de Pointe-à-Pitre	Éclairage public	CP	Signé	13/01/2011	Non livré	15	21,60	33,00
971	Conseil régional de Guadeloupe	Cité scolaire (Baimbridge)	CP	En cours					
971	Conseil régional de Guadeloupe	Maison régionale des organisations professionnelles agricoles et de la pêche	BEA	Abandonné					
971	Conseil régional de Guadeloupe	Centre technique régional de football	BEA	Abandonné					
971	Conseil régional de Guadeloupe	Lycée polyvalent	BEA	Abandonné					
971	Service départemental d'incendie et de secours (SDIS)	Caserne Les Abymes	CP	Abandonné					
971	Commune de Basse-Terre	Gestion des déchets	CP	Abandonné					
971	Commune de Basse-Terre	Éclairage public / voirie	CP	Abandonné					
971	Commune de Baie-Mahault	Éclairage public	CP	Abandonné					
971	Commune de Les Abymes	Groupe scolaire	CP	Abandonné					
973	Conseil régional de Guyane	Cité administrative régionale	BEA	Signé	31/07/2003	05/2005	18	NC	11,00
973	Conseil régional de Guyane	3 lycées	BEA	Signé	22/05/2007	25/11/2009	30	84,00	97,00
973	Conseil régional de Guyane	Bâtiment du Conseil régional	BEA	En cours					
973	Commune de Matoury	Casino	BEA	En cours					
973	Communauté d'agglomération du centre littoral Guyane (CACL)	Unité de traitement eau potable	CP	Abandonné					
973	Commune de Cayenne	Logements sociaux	BEA	Abandonné					

Source : Données MAPPP, CEF-O-PPP et mission.

Annexe II

Enfin, les contacts établis par la mission avec des AMO, des acheteurs publics et certains services déconcentrés de l'État ont également conduit à l'analyse, moins approfondie, de certains contrats, notamment :

- ◆ le CP signé par la commune de Châtillon-sur-Chalaronne pour l'éclairage public en juin 2007 ;
- ◆ le CP signé par la ville de Thiers pour l'éclairage public le 23 juin 2006 ;
- ◆ le CP signé par la commune de Maurepas pour l'éclairage public le 27 février 2012 ;
- ◆ le CP signé par la commune de Saint Laurent Médoc portant sur l'extension et la restructuration de son école communale le 12 juillet 2011.

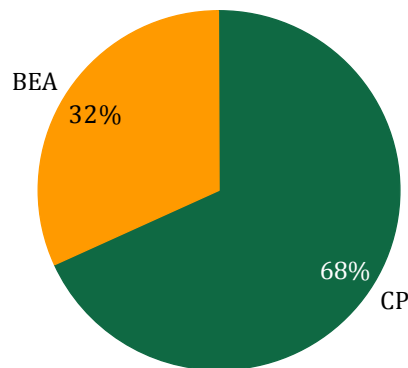
1.1.3. Parmi les PPP, le CP est l'instrument juridique le plus utilisé

1.1.3.1. Le CP est devenu le mode de recours au PPP le plus répandu

Sous toutes les réserves faites précédemment, le nombre de PPP lancés – c'est-à-dire ayant fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence (AAPC) – peut être évalué à **961 au total** depuis 2004, selon les données du CEF-O-PPP⁵. Cette estimation, qui surévalue la réalité du phénomène⁶, compte le lancement de 312 CP, 51 BEH, 566 BEA et 32 AOT-LOA.

Sur l'échantillon restreint des PPP signés, fiabilisé par la mission (cf. *supra*), le nombre de PPP peut être estimé à **179 contrats signés par des collectivités locales** au 1^{er} mai 2012 répartis en **121 CP** signés et **58 BEA** signés (cf. *graphique 1*).

Graphique 1 : Répartition du nombre de PPP signés entre BEA et CP entre 2005 et 2012



Source : Données MAPPP, CEF-O-PPP et mission – Retraitements mission.

⁵ Rapport semestriel des estimations statistiques, 12^{ème} édition, au 30 juin 2012, CEF-O-PPP.

⁶ Cette estimation est surévaluée pour les raisons décrites dans l'annexe I relative à la cartographie des PPP :

- les projets sont inscrits dans les bases de données dès lors qu'ils font l'objet d'un AAPC, alors que certains projets font l'objet de plusieurs AAPC lorsqu'ils sont relancés ;
- certains projets sont comptabilisés à plusieurs reprises sous des intitulés différents ;
- les projets ne sont pas systématiquement supprimés des bases lorsqu'ils sont abandonnés et sont comptabilisés au même titre que les autres.

Annexe II

Les 121 CP signés représentent un **volume d'investissement total estimé à plus de 3 Md€** et un **volume financier global** – toutes redevances incluses – **de plus de 7 Md€**⁷.

La formation brute de capital fixe (FBCF) – correspondant aux dépenses d'investissement en comptabilité nationale⁸ – des administrations publiques locales a représenté un total de 303 Md€ entre 2005 et 2011, d'après les données de l'INSEE, soit une moyenne annuelle de 43 Md€. **La part de cet investissement réalisé sous forme de CP ne représente donc qu'une fraction très minoritaire, de l'ordre de 1 % entre 2005 et 2011.**

1.1.3.2. Le CP a connu une montée en charge progressive depuis 2004, infléchi par le cycle électoral

L'évolution du nombre de CP signés et lancés depuis 2004, sur l'échantillon restreint des projets qui ont effectivement donné lieu à la signature d'un contrat avant 2012, témoigne logiquement d'une **montée en charge progressive du dispositif et de son appropriation par les collectivités territoriales**. Ainsi, le nombre de projets lancés – c'est-à-dire ayant donné lieu à la publication d'un AAPC – passe d'1 en 2004 à 29 en 2010, avant une diminution en 2011. Parallèlement, le nombre de projets signés passe d'1 en 2005 à 34 en 2011.

Au-delà de cette croissance tendancielle du nombre de CP lancés et signés, les deux courbes laissent également apparaître un **fléchissement du recours au CP en 2008, année des élections municipales**, avec un nombre important de signatures l'année précédente (18 contrats signés en 2007) et une reprise marquée du lancement de projets l'année suivante (24 contrats lancés en 2009). Cette tendance ne s'observe pas pour les élections cantonales et régionales, le nombre de CP portés par des conseils généraux et régionaux étant moins significatif au sein de l'échantillon observé. Les pics observés en 2010 et 2011 reflètent davantage la poursuite de la croissance du recours aux PPP, observée depuis 2004 – et qui devrait se poursuivre en 2012 en année pleine – que des hausses ponctuelles et conjoncturelles (*cf. graphique 2*).

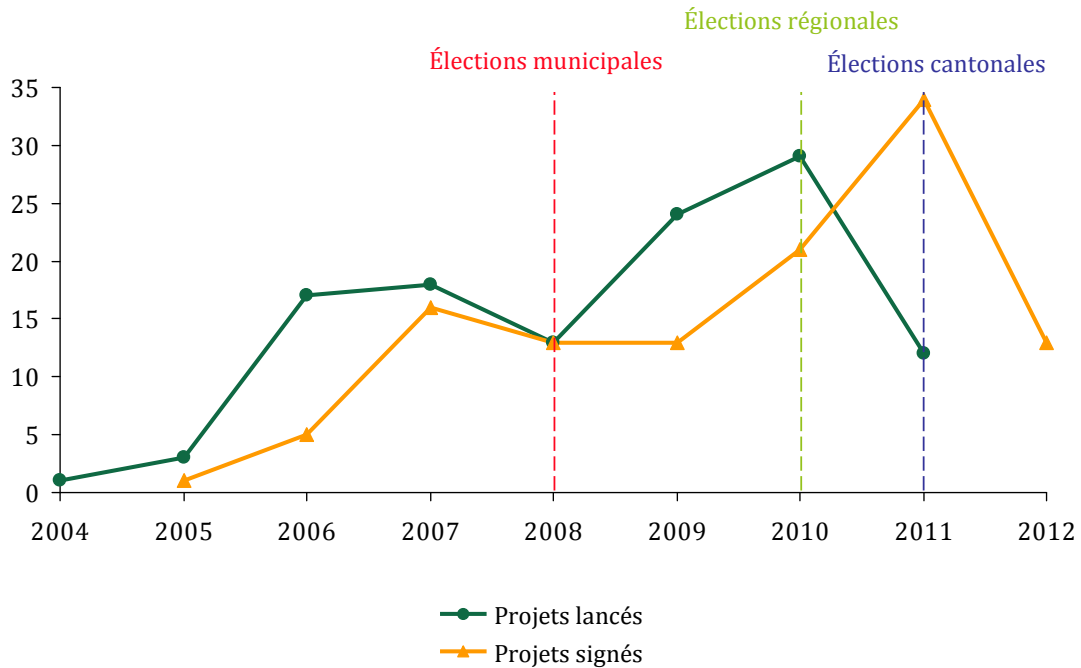
Ces évolutions tendent à mettre en évidence le **lien entre le recours au CP et le cycle électoral**, même si de telles conclusions mériteraient d'être étayées par l'observation de l'influence de nouvelles échéances municipales, en 2014, sur le recours à ce type de contrat.

⁷ Le volume d'investissement des BEA signés ne peut pas être estimé puisque, sur les 56 BEA signés identifiés par la mission, seuls 16 d'entre eux comportent des montants d'investissement enregistrés dans les bases de la MAPP ou du CEF-O-PPP.

⁸ La formation brute de capital fixe (FBCF) est constituée par les acquisitions moins cessions d'actifs fixes réalisées. Les actifs fixes sont les actifs corporels ou incorporels issus de processus de production et utilisés de façon répétée ou continue dans d'autres processus de production pendant au moins un an.

Annexe II

Graphique 2 : Évolution du nombre de CP lancés et signés depuis 2004, au sein de l'échantillon des CP signés



Source : Données MAPPP, CEF-O-PPP et mission.

Note : Les chiffres pour 2012 ne portent que sur les 5 premiers mois de l'année. Les observations effectuées par la mission tendent à montrer que la tendance à la hausse du recours aux CP devrait également se poursuivre en 2012, contrairement à ce que la courbe pourrait laisser penser.

1.1.3.3. Le recours au CP n'est pas réparti de manière homogène sur le territoire

Le nombre de CP signés depuis 2005 varie dans des proportions importantes d'une région à l'autre (cf. graphique 3) :

- ◆ l'Île-de-France, le Centre et l'Aquitaine sont les trois régions dans lesquelles le plus grand nombre de CP a été signé, avec respectivement 23, 13 et 10 contrats ;
- ◆ le Nord-Pas-de-Calais, le Languedoc-Roussillon, la Lorraine, la Bourgogne, Rhône-Alpes, l'Auvergne et Midi-Pyrénées composent la fraction intermédiaire des régions dans lesquelles entre 5 et 10 CP ont été signés ;
- ◆ les Pays de la Loire, Provence-Alpes-Côte d'Azur, la Champagne-Ardenne, la Picardie, la Basse-Normandie, la Bretagne, l'Alsace, la Guadeloupe, la Haute-Normandie et le Poitou-Charentes ont compté la signature de moins de 5 CP depuis 2005 ;
- ◆ enfin, la Franche-Comté et le Limousin, n'ont enregistré aucune signature de CP.

Graphique 3 : Répartition du nombre de CP signés entre 2005 et 2012 par région de France métropolitaine



Source : Données MAPP, CEF-O-PPP et mission – Retraitements mission.

La répartition des CP signés par région et par département, en fonction du type de collectivité et de l'année de signature du contrat, est détaillé dans un tableau, en pièce jointe n°1.

1.2. Le recours au CP s'est développé majoritairement au sein des communes, pour un usage qui tend à se banaliser

1.2.1. Le CP est souvent utilisé par des communes, pour des projets de taille modeste

1.2.1.1. Bien que la probabilité de signer un CP augmente avec la taille de la collectivité, les communes représentent un nombre important de collectivités adjudicatrices

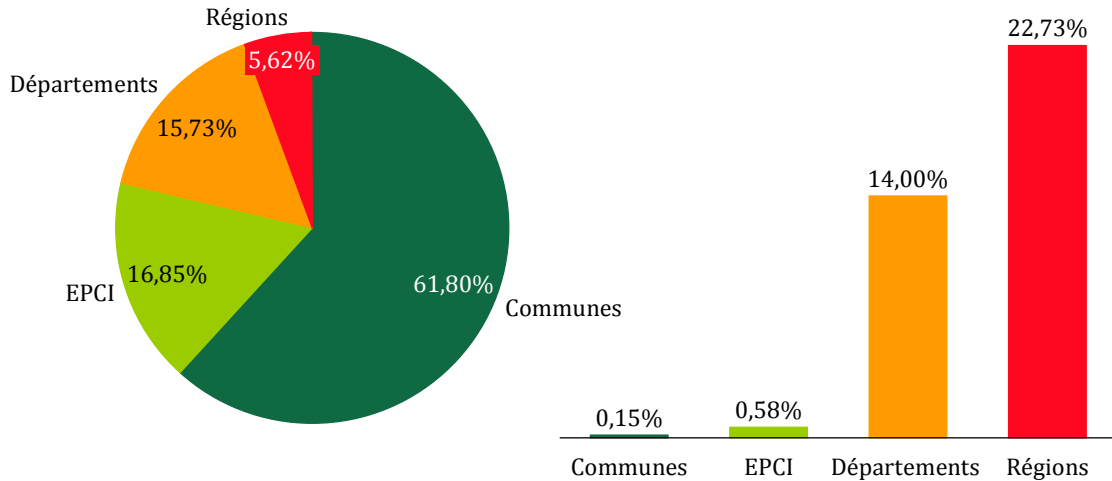
L'analyse des CP signés depuis 2004 montre que **les communes représentent une part très largement majoritaire des collectivités adjudicatrices – 55 communes, soit 62 % de l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs locaux –**, suivies par les EPCI – 15 établissements, soit 17 % –. **Les départements et les régions ont signé des CP dans des proportions moindres**, puisqu'ils ne représentent que respectivement 16 %, soit 14 départements, et 6 %, soit 5 régions, de l'ensemble des collectivités (cf. graphique 4).

Rapportées au nombre de collectivités par échelon, les proportions sont très différentes, puisque la part de régions recourant au CP est de loin la plus importante, à hauteur de 23 %, celle des communes n'atteignant que 0,15 %.

Annexe II

La proportion de recours au CP augmente donc avec la taille de l'échelon territorial, même si le nombre très différent de collectivités au sein des échelons limite la portée de cette analyse.

Graphique 4 : Répartition des collectivités ayant signé un CP par type de collectivité (gauche) et proportion de chaque type de collectivité ayant signé un CP (droite)

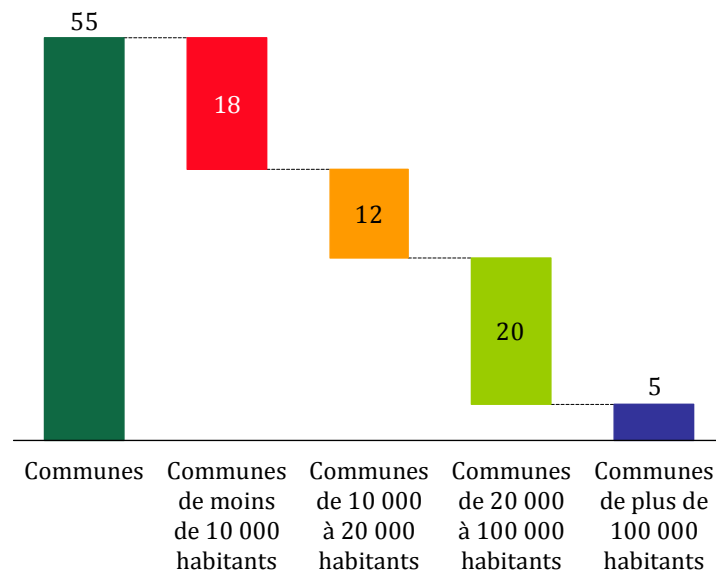


Source : Données MAPPP, CEF-O-PPP et mission.

Lecture : Au sein de l'ensemble des collectivités ayant signé un CP, les communes représentent une part de 61,80 %. En revanche, seules 0,15 % des communes françaises ont signé un CP.

Parmi les 55 communes ayant eu recours au CP, celles dont la population est comprise entre 20 000 et 100 000 habitants représentent une fraction majoritaire, de près de 40 %. Il apparaît toutefois que les communes de moins de 10 000 habitants sont nombreuses à recourir au CP, puisqu'elles représentent un tiers des communes adjudicatrices (cf. graphique 5). **Contrairement à ce que la complexité de l'instrument laisse supposer, les petites communes sont donc partie intégrante des collectivités adjudicatrices.**

Graphique 5 : Répartition des communes ayant signé des CP en fonction de leur taille (en nombre de communes)



Source : Données MAPPP, CEF-O-PPP et mission.

Annexe II

Il convient de rapporter ces proportions au poids de ces différentes catégories de communes au plan national, les communes de moins de 10 000 habitants constituant plus de 97 % des communes françaises :

- ◆ les communes de moins de 10 000 habitants ayant signé un CP ne sont qu'une fraction infiniment minoritaire de 0,05 % ;
- ◆ les communes de 10 000 à 20 000 habitants y ont eu recours pour 2,4 % d'entre elles ;
- ◆ les communes de 20 000 à 100 000 habitants ont signé un CP pour 5 % d'entre elles ;
- ◆ les communes de plus de 100 000 habitants ont eu recours au CP pour 12 % d'entre elles.

S'il est indéniable que la probabilité de recours augmente en fonction de la taille de la commune – la complexité de cette modalité de commande publique, le besoin de compétences internes et le poids des montants financiers en jeu l'expliquant aisément – **il n'en demeure pas moins que des petites communes, en nombre significatif, ont eu recours au CP**. En effet, 8 communes de moins de 5 000 habitants ont signé un CP depuis 2004, l'une d'entre elles – la ville de Contres de 3 493 habitants, située dans le Loir-et-Cher – ayant même eu recours à deux reprises à ce type de contrat, pour l'éclairage public et pour une piscine municipale.

1.2.1.2. Le recours des communes au CP tend à démultiplier le nombre de projets de taille réduite

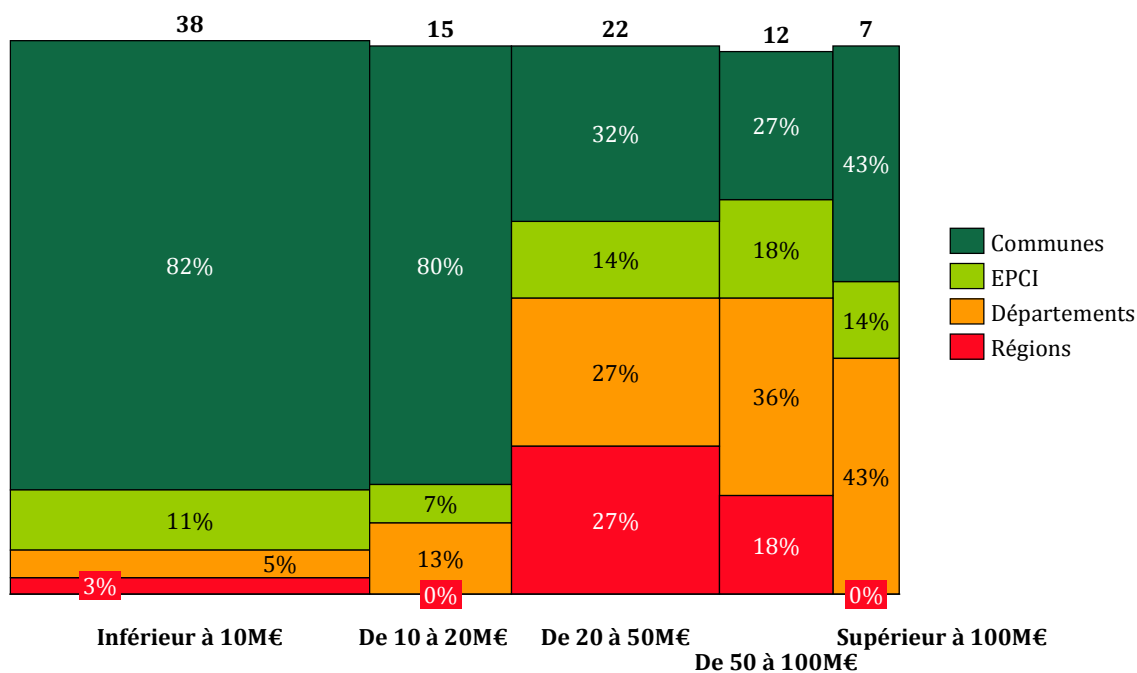
Les CP signés présentent des montants d'investissement très variés, qui s'échelonnent de 500 000 € à 324 M€, témoignant de la très grande diversité des projets. Au sein de cet éventail très large :

- ◆ **les projets dont le montant d'investissement est inférieur à 20 M€ représentent une part largement majoritaire des CP signés (56 %) ; 90 % d'entre eux sont portés par des communes ou des EPCI.** Au sein de ce groupe, les projets de moins de 10 M€ d'investissement sont les plus nombreux, puisqu'ils forment 40 % de l'ensemble des contrats signés, les communes étant les pouvoirs adjudicateurs pour 82 % d'entre eux ;
- ◆ **les projets dont le montant d'investissement est compris entre 20 et 100 M€ correspondent à 36 % des CP signés, portés pour 54 % d'entre eux par des départements et des régions.** Au sein de la tranche des projets de 50 à 100 M€ d'investissement, les départements sont les plus nombreux – à hauteur de 36 % – à avoir signé des CP ;
- ◆ **pour les projets dont le montant d'investissement est supérieur à 100 M€, la corrélation entre le poids financier du projet et le niveau de l'échelon territorial tend à s'estomper** : ces CP, qui représentent 7 % du total, sont **signés pour l'essentiel par des communes (43 %) et des départements (43 %)**. Ces résultats s'expliquent notamment par la signature de quatre CP pour la construction ou la réhabilitation de stades dans de grandes métropoles – Lille, Nice, Bordeaux et Marseille –.

Ces éléments montrent, d'une part, que **les projets de taille financière réduite occupent une place prépondérante dans les CP signés**, et d'autre part, que **le poids financier du contrat est davantage déterminé par la taille et l'assise financière de la collectivité que par l'échelon territorial** (cf. graphique 6).

Annexe II

Graphique 6 : Répartition des CP signés en fonction du montant des investissements et du type de collectivité (en M€)



Source : Données MAPP, CEF-O-PPP et mission.

Note : Seuls les CP pour lesquels les montants d'investissement étaient connus ont été retenus dans l'échantillon. Les montants d'investissement retenus correspondent aux montants maximums relevés dans les différentes bases.

Lecture : Les CP d'un montant d'investissement inférieur à 10 M€, au nombre de 38, ont été signés à 82 % par des communes, 11 % par des EPCI, 5 % par des départements et 3 % par des régions.

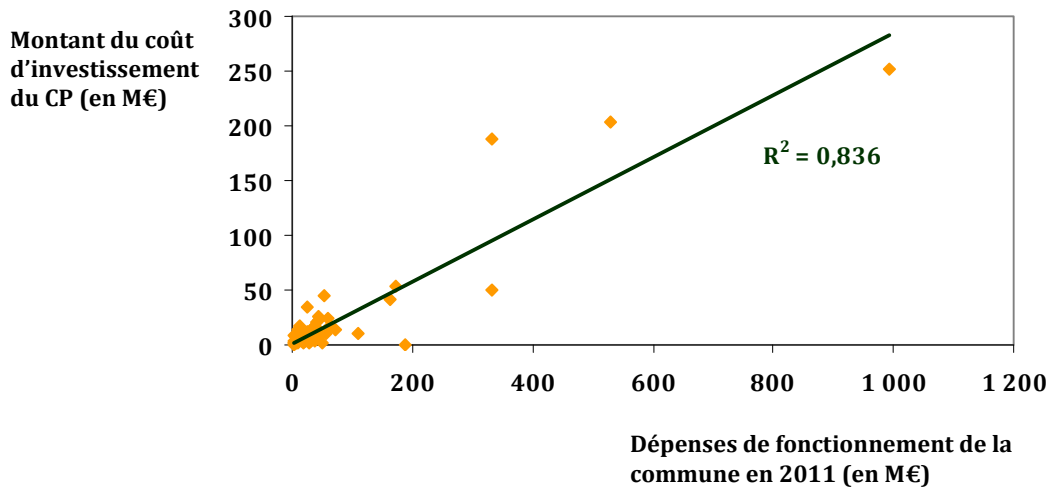
Le montant de l'investissement des CP est étroitement corrélé à la taille des collectivités et au montant de leurs dépenses de fonctionnement et d'équipement.

En effet, les coefficients de détermination⁹ R^2 , pour l'échantillon de communes ayant signé un CP depuis 2004, atteignent :

- ◆ 0,79 entre la variable « montant d'investissement du CP » et la variable de taille, exprimée en nombre d'habitants ;
- ◆ 0,81 entre la variable « montant d'investissement du CP » et la variable du montant des dépenses d'équipement en 2011 ;
- ◆ 0,83 entre la variable « montant d'investissement du CP » et la variable du montant des dépenses de fonctionnement en 2011 (cf. graphique 7).

⁹ Plus le coefficient R^2 est proche de 1, plus la corrélation entre les variables examinées est forte; cet examen statistique ne permet pas, cependant, de conclure à l'existence d'une causalité entre ces variables et au sens de celle-ci.

Graphique 7 : Régression linéaire entre le montant d'investissement des contrats et la population de la collectivité, pour les CP signés par les communes



Source : Données MAPPP, CEF-O-PPP et mission.

Note : Seul un point extrême a été exclu du calcul.

1.2.2. Conçu pour des projets complexes et de grande taille, ce type de contrat voit désormais son usage se banaliser

1.2.2.1. Le CP est utilisé pour des projets d'une grande variété, de montants inférieurs à 20 M€ pour l'essentiel

Les CP signés peuvent être classés en différentes catégories, selon leur objet. La typologie du CEF-O-PPP a été retenue par la mission (cf. encadré 2), pour l'analyse des CP signés, permettant de mettre en lumière la **très grande variété des domaines dans lesquels les collectivités ont recours au CP**.

Encadré 2 : Typologie des secteurs élaborée par le CEF-O-PPP

Le CEF-O-PPP a classé, dans sa base de données, les différents contrats enregistrés en fonction d'une **typologie permettant de les sectoriser, quelle que soit la nature de l'acheteur public, en fonction de leur objet** :

- le **secteur santé et hygiène**, qui compte notamment les équipements hospitaliers et les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) ;
- le **secteur justice, sécurité intérieure et secours**, qui rassemble tous les équipements destinés aux services de police, de gendarmerie, d'incendie et de secours (SDIS), de justice et pénitentiaires, ainsi que les équipements de vidéo-protection ;
- le **secteur défense nationale** ;
- le **secteur éducatif** au sens large, qui associe les équipements du cycle primaire au cycle supérieur ;
- le **secteur de la voirie urbaine**, qui comprend notamment l'éclairage public, les aménagements routiers, la signalisation lumineuse, les parkings ;
- le **secteur de l'environnement**, qui compte les équipements relatifs au traitement des déchets, de l'eau, et à la production et performance énergétique ;
- le **secteur des transports**, qui rassemble les infrastructures de transport et le matériel roulant ;
- le **secteur de la culture et du tourisme**, qui compte notamment les musées ;
- le **secteur du développement économique**, qui réunit les centres de congrès, les halls

Annexe II

d'exposition et les réseaux de télécommunication ;

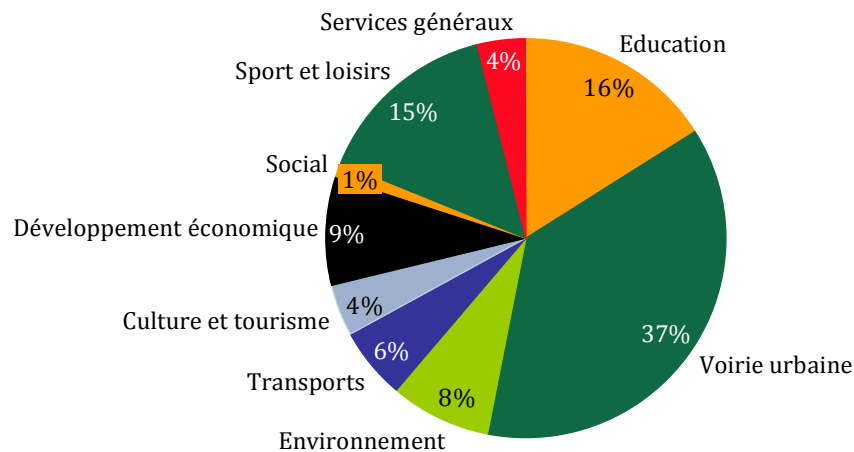
- le **secteur social**, qui comprend pour l'essentiel les logements sociaux et les logements étudiants ;
- le **secteur des sports et loisirs**, dans lequel figurent les piscines, centres aquatiques, stades et équipements sportifs.

Source : Nomenclature des statistiques du CEF-O-PPP.

Si les CP des collectivités locales relèvent de catégories très différentes, une **dominante apparaît dans le secteur de la voirie urbaine** (avec 37 % des CP signés), les deux secteurs suivants, par ordre d'importance étant **l'éducation** (avec 16 % des CP signés) et les **équipements sportifs** (avec 15 % des CP signés). Le dernier tiers restant de CP se répartit entre les secteurs du développement économique, de l'environnement, des transports, des services généraux et de la culture (*cf. graphique 8*).

Au sein de la voirie urbaine, **les contrats les plus nombreux portent sur l'éclairage public**, puisque 43 CP ont été signés dans ce domaine, soit 36 % de l'ensemble des CP signés depuis 2004.

Graphique 8 : Répartition des CP des collectivités locales signés en fonction de l'objet du contrat



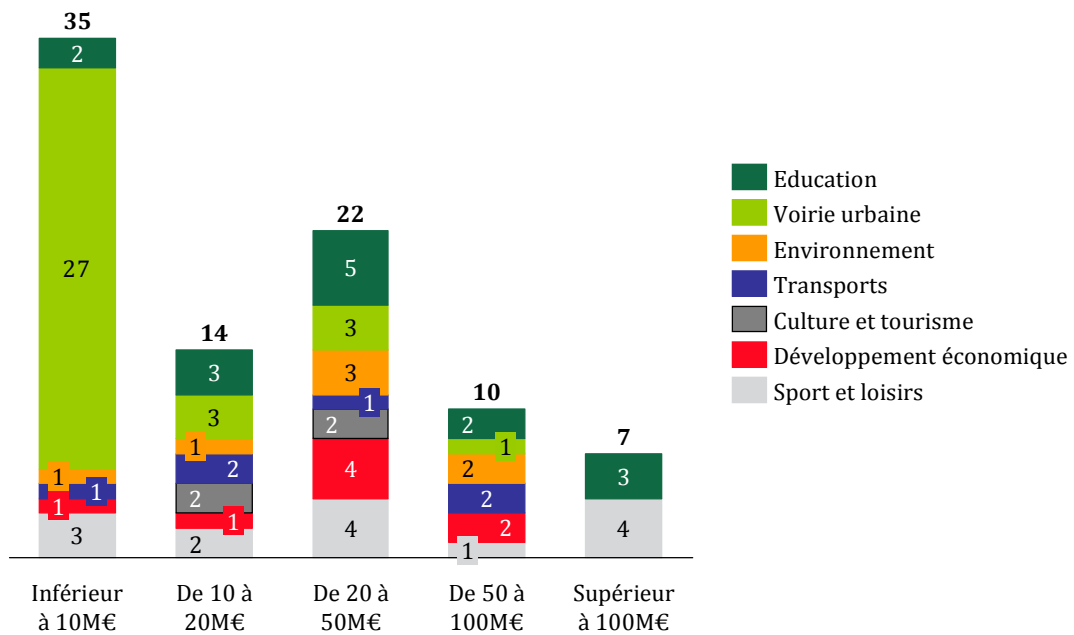
Source : Données MAPP, CEF-O-PPP et mission.

Note : La typologie du CEF-O-PPP a été retenue, pour classer les CP en fonction de l'objet du contrat.

Si les secteurs des CP sont rapportés à leur montant d'investissement (*cf. graphique 9*), il apparaît nettement que :

- ♦ **les projets de moins de 10 M€ d'investissement sont très largement consacrés à de la voirie urbaine**, et pour l'essentiel à l'éclairage public ;
- ♦ **les projets de plus de 100 M€ d'investissement se répartissent entre le domaine éducatif** – avec les 3 programmes de construction de 4 collèges en Seine-Saint-Denis – **et le domaine des équipements sportifs** – avec les 4 projets de construction ou de réhabilitation de stades – ;
- ♦ les autres projets se répartissent de manière plus variée entre les différents secteurs. En particulier, **les CP signés pour la construction d'équipements éducatifs présentent des montants d'investissement très différents**, de 9,2 M€ pour l'école communale de Saint-Laurent Médoc à 110 M€ pour la construction des collèges du Conseil général de Seine-Saint-Denis.

Graphique 9 : Répartition des CP signés en fonction de leur montant d'investissement (en M€) et de l'objet du contrat



Source : Données MAPPP, CEF-O-PPP et mission.

1.2.2.2. Le CP fait donc l'objet d'un usage paradoxal, à l'aune des motifs qui ont présidé à sa création

Même si le texte et l'exposé des motifs de l'ordonnance modifiée du 17 juin 2004 ne fixent aucun critère de taille, **le CP avait plutôt vocation – au travers des critères de complexité et d'urgence auxquels il est soumis – à financer des projets de grande ampleur**, de manière dérogatoire au droit de la commande publique.

La notion de complexité, telle qu'elle est entendue par la Commission européenne, s'applique à des projets de taille importante. La Commission indique ainsi, dans le considérant n°31 de la directive du 31 mars 2004 relative à la coordination de la procédure de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de service, qui définit les conditions dans lesquelles il peut être recouru à la procédure du dialogue compétitif, qu'il peut s'agir de « *la réalisation d'importantes infrastructures de transports intégrés, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance* »¹⁰.

¹⁰ Article 29 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux de fourniture et de service, JOUE du 30 avril 2004 L. 134/114.

Annexe II

Il avait été anticipé, au moment de la création des CP, que **les coûts des ressources financières de transaction – liés notamment au nécessaire recours à des AMO – conduiraient les collectivités à recourir pour l'essentiel à ce type de contrat pour des opérations importantes**. Dans un rapport de juillet 2005 intitulé « Partenariats public-privé et actions locales », le Commissariat général au plan avait ainsi présumé que « *les collectivités concernées devraient être essentiellement les départements et les régions* »¹¹, mais que même ces échelons de taille critique ne disposaient pas nécessairement d'un degré d'expertise suffisant. Il appelait ainsi à la création de « *pôles de compétences pluridisciplinaires pour tirer parti de la mise en concurrence des choix publics* ».

Le guide méthodologique de la MAPPP mentionne lui-même, dans les conditions de succès des CP, qu' « *au regard des coûts incompressibles de procédure comme de la nécessité de placer le partenaire privé en risque financier à un niveau significatif, il y aura lieu de rechercher un montant minimum d'investissement à lui faire réaliser et porter dans le cadre du contrat de partenariat* ».

Or, **les contrats de partenariat, comme les BEA, ont été signés à de nombreuses reprises pour la réalisation de projets de petite taille** : la première signature d'un CP par une collectivité territoriale a concerné un projet d'éclairage public avec la ville d'Auvers-sur-Oise en 2005, pour un montant global de moins de 2M€ hors taxe (HT) et pour une durée relativement courte de 6 ans. Les CP relatifs à l'éclairage public ont pourtant la caractéristique de porter sur des montants relativement faibles, avec des coûts d'investissement réduits, par rapport à la construction de grands équipements.

Ainsi, les projets dont le montant d'investissement est inférieur à 10 M€ représentent 40 % des CP signés, les communes étant les pouvoirs adjudicateurs pour 82 % d'entre eux (cf. *supra*). **La proportion de ces projets de taille financière modeste, tout comme le poids des communes – y compris de petite taille – au sein des collectivités adjudicatrices, témoignent de l'évolution du CP vers un usage non anticipé par ses concepteurs.**

Cette tendance se voit confirmée et renforcée par la **multiplication des contrats « clé en main »**¹², **proposés par certaines sociétés aux collectivités territoriales**. Ces formules pré-négociées, évoquées par différents interlocuteurs de la mission, montrent que le CP en vient désormais à être utilisé comme un instrument de réalisation de projets standardisés.

1.2.2.3. *Le cas particulier de l'éclairage public met en évidence une forme de standardisation du recours au CP*

L'analyse d'un échantillon de quinze CP portant sur l'éclairage public témoigne également de l'uniformisation du contenu des contrats (cf. *tableau 2*), avec des projets similaires s'articulant autour :

- ◆ **d'un noyau dur** de construction, de rénovation et/ou de mise aux normes de l'éclairage public de la commune, **systématiquement assorti d'un à trois modules complémentaires**, relatifs :
 - aux illuminations festives, pour 14 d'entre eux, soit la quasi-totalité de l'échantillon ;
 - à la mise en valeur du patrimoine, pour 10 sur 15 ;
 - à la signalisation lumineuse tricolore, pour 9 sur 15 ;

¹¹ « Partenariats public-privé et actions locales », rapport du Commissariat général au plan, par Luc Baumstark, Albane Hugé, Catherine Marcadier et Catherine Maubert, avec la participation de Laurent Deruy, juillet 2005.

¹² L'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée prévoit la possibilité d'offres spontanées, dans le cas où une entité privée a conçu un projet d'intérêt général innovant susceptible d'intéresser la collectivité et supposant, pour sa mise en œuvre, un CP. La procédure est la même que lorsque la personne publique prend l'initiative.

Annexe II

- à la vidéo-protection pour l'un d'entre eux seulement ;
- ♦ **d'une durée de 15 ans en moyenne**, cette durée étant reprise dans 10 contrats sur 15, les autres prévoyant des durées de 6 à 20 ans.

L'introduction de missions « satellites » autour de l'éclairage public en tant que tel, s'il peut s'expliquer pour des raisons d'optimisation économique et fonctionnelle du recours à un partenaire privé, témoigne également **d'une forme de « complexification » organisée et banalisée du projet, permettant de justifier le recours au CP**. La multiplicité des missions confiées au partenaire et les enjeux techniques qui leur sont associées font ainsi partie des arguments invoqués dans les rapports d'évaluation préalable pour démontrer l'intérêt de ce type de contrat.

L'analyse de l'échantillon laisse également apparaître que le cabinet Sogreah¹³ est fréquemment retenu comme AMO par les communes qui recourent au CP pour l'éclairage public, ce qui peut expliquer pour partie cette tendance à l'uniformisation des CP dans ce domaine.

¹³ Suite au rachat de l'activité internationale de la société Icea, la société Sogreah est devenue Artélia.

Annexe II

Tableau 2 : Analyse des caractéristiques des CP relatifs à l'éclairage public pour un échantillon de 15 contrats signés

Collectivité adjudicatrice	AMO	Partenaire privé	Date de signature	Durée du contrat (années)	Montant global (en M€)	Objet du contrat (oui/ non)				
						Éclairage public	Illuminations festives	Signalisation tricolore	Mise en valeur du patrimoine	Vidéo-protection
Auvers-sur-Oise	Sogreah	Électricité générale (EL-ALE)	31 mars 2005	6	1,9	Oui	Oui	Oui	Non	Non
Autun	NC	Citelum / Gauthey	30 novembre 2007	17	10,9	Oui	Oui	Oui	Oui	Non
Castelnaud-le-Lez	NC	Cegelec	27 octobre 2006	15	7,0	Oui	Oui	Non	Oui	Non
Chaumont	NC	Chaumont images et lumières (SNC)	1 ^{er} août 2011	15	10,2	Oui	Oui	Oui	Oui	Non
Chécy	Idelum / Palmier / PFL	INEO	5 décembre 2011	15	2,3	Oui	Oui	Non	Oui	Non
Contres	NC	ETDE	11 janvier 2008	15	3,1	Oui	Non	Oui	Non	Non
Hérouville-Saint-Clair	NC	LUCITEA (groupe Vinci)	septembre 2007	18	17,3	Oui	Oui	Oui	Oui	Non
Libourne	Sogreah / Cabinet Guillou	STTP Trafilumière	28 janvier 2008	15	15,5	Oui	Oui	Oui	Non	Non
Longjumeau	NC	ETDE	28 décembre 2009	20	18,9	Oui	Oui	Non	Oui	Oui
Louvroil	NC	Citelum (groupement)	6 juin 2008	20	6,4	Oui	Oui	Oui	Oui	Non
Maurepas	NC	SPIE	27 février 2012	15	6,8	Oui	Oui	Oui	Oui	Non
SAN de Sénart en Essonne	Sogreah / Cabinet Guillou	SPIE	13 décembre 2007	15	NC	Oui	Oui	Oui	Non	Non
Saumur	NC	Citéos	19 juillet 2007	15	11,5	Oui	Oui	Non	Oui	Non
Thiers	NC	Groupe Vinci	23 juin 2006	15	5,4	Oui	Oui	Non	Oui	Non
Vallauris	Sogreah	INEO	1 ^{er} juillet 2009	15	16,0	Oui	Oui	Non	Non	Non

Source : Contrats de partenariat archivés par la MAPPP.

Cet exemple témoigne ainsi de la **rétroaction du critère de complexité sur la définition même de l'objet des contrats** : les partenaires publics et privés qui souhaitent recourir à la formule du CP tendent à infléchir leur projet, en lui adjoignant des volets complémentaires, de manière à le rendre suffisamment complexe techniquement (cf. *infra*).

1.3. L'invocation fréquente du critère de complexité masque d'autres motifs de recours, d'ordre budgétaire notamment

1.3.1. L'harmonisation progressive des règles fiscales, comptables et de procédure a limité les biais en faveur de certains instruments de commande publique

1.3.1.1. Les règles fiscales s'uniformisent progressivement pour l'ensemble des contrats de commande publique

La loi du 28 juillet 2008 a modifié en profondeur le régime fiscal des CP, afin de **progresser vers l'alignement des règles fiscales de l'ensemble des contrats** et de **remédier aux différences subsistant entre le régime s'appliquant à l'État et celui s'appliquant aux collectivités territoriales**.

Elle a notamment :

- ◆ **étendu le régime d'exonération**, existant auparavant pour la taxe foncière sur les propriétés bâties (TFPB) et la taxe locale d'équipement, **au versement pour le dépassement du plafond légal de densité (VDPLD)¹⁴** ;
- ◆ **exclu du paiement de la redevance pour la création de bureaux en Ile-de-France** les locaux construits dans le cadre de CP sous certaines conditions ;
- ◆ **modifié le calcul de la redevance d'archéologie préventive (RAP)**, en un sens plus favorable ;
- ◆ **quasi-exonéré de la taxe de publicité foncière les actes portant autorisation d'occupation temporaire (AOT)** du domaine public constitutifs d'un droit réel, les alignant sur le régime des BEA et des CP.

Par ailleurs, les CP sont exonérés de TFPB depuis 2004, s'ils respectent les conditions cumulatives d'incorporation des immeubles au domaine public à l'issue du contrat, d'affectation à un service public ou d'intérêt général et de non-production de revenus à l'égard de la personne publique.

En revanche, en matière de taxe foncière sur les propriétés non bâties (TFPNB), les terrains mis à disposition du partenaire privé dans le cadre du CP ne font pas l'objet d'une exonération. Les collectivités doivent donc s'acquitter au moins en partie jusqu'à l'édification des ouvrages, sauf dans le cas où le CP emporte constitution de droits réels.

Pendant l'exploitation de l'ouvrage, si la personne publique dispose des biens et exerce une activité concurrentielle, elle sera soumise à la contribution économique territoriale (CET), sauf si elle exerce une activité de caractère essentiellement culturel, éducatif, sanitaire, social, sportif ou touristique. En cas d'exercice conjoint d'une activité imposable et d'une autre exonérée, il sera possible de prétendre à une sectorisation, afin de restreindre l'imposition.

¹⁴ Cette exonération s'applique pour les immeubles édifiés pour le compte des personnes publiques, lorsqu'ils sont affectés à un service public ou d'utilité générale, et qu'ils ne sont pas producteurs de revenus.

Annexe II

Le principal élément qui semble encore peser en défaveur du CP concerne la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Eu égard à la globalité de la mission confiée au partenaire privé, l'administration fiscale considère qu'il n'y a pas lieu de distinguer pour l'application des taux de TVA entre les différentes composantes de la prestation¹⁵, et que la prestation principale détermine le régime d'imposition applicable pour l'ensemble des prestations. **La composante « frais financiers » des loyers ne peut donc pas bénéficier d'une exonération de TVA**, comme ce serait le cas dans une opération de type bancaire, et se voit soumise au même régime d'imposition que les autres prestations incluses dans le contrat.

Enfin, pour éviter des distorsions fiscales entre les différents outils de la commande publique, les CP sont éligibles au FCTVA, sous certaines conditions (*cf. encadré 3*), de même que les BEA inférieurs à 10 M€ HT, depuis la loi du 28 juillet 2008.

Encadré 3 : Le régime du FCTVA pour les PPP

L'article 18 de l'ordonnance du 17 juin 2004 (codifié à l'article L.1615-12 du code général des collectivités territoriales –CGCT-) prévoit le bénéfice du FCTVA au profit des collectivités territoriales ayant conclu un CP, sous réserve des conditions suivantes :

- si l'activité de service public concernée ne donne pas déjà lieu à récupération de la TVA par voie fiscale (en particulier pour les services publics industriels et commerciaux) ;
- si l'équipement en cause intègre bien le patrimoine de la personne publique au terme du contrat ;
- l'assiette prise en compte pour l'attribution du FCTVA chaque année est la rémunération annuelle correspondant à l'investissement réalisé par le co-contractant (hors coût financier), qui s'impute sur le compte 235 avant la mise en service du bien et sur le compte 1675 après sa mise en service ;
- l'attribution de FCTVA est minorée du montant des subventions toutes taxes comprises versées le cas échéant par l'État à la collectivité pour la réalisation de l'équipement. Cette règle se justifie par le fait que l'État n'a pas vocation à aider doublement la collectivité ou l'établissement public à la fois par les subventions versées TTC et par le FCTVA.

Les conditions d'éligibilité des BEA au FCTVA ont été alignées sur celles des CP par la loi du 28 juillet 2008. Son article 28 crée en effet trois parts dans la rémunération des BEA et rend ainsi éligible au FCTVA la part investissement, à l'instar des CP. Cette disposition n'est applicable qu'aux BEA d'un montant inférieur à 10 M€ HT (décret du 2 mars 2009, article D.1615-7 du CGCT) ayant fait l'objet d'une évaluation préalable et conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi.

En revanche, les investissements financés par crédit-bail n'ouvrent pas droit au FCTVA. En cas de changement de comptabilisation de la rémunération du co-contractant correspondant à la part investissement, en application de l'avis du Conseil de normalisation des comptes publics (CNOCP) du 8 décembre 2011, la question de l'éligibilité de cette part pourrait être réexaminée.

1.3.1.2. Les règles de procédure tendent à être alignées entre les différentes formes de recours aux PPP, même si des différences demeurent entre BEA et CP

Si les procédures touchant aux PPP continuent à être encadrées par des règles spécifiques qui se justifient par leur caractère dérogatoire (*cf. annexe VI*), les différentes formes de recours aux PPP pour les collectivités locales se sont vues progressivement alignées.

Les règles de passation du BEA ont été renforcées avec le décret du 31 décembre 2011 et une **évaluation préalable est désormais obligatoire** pour les BEA sectoriels dont le montant annuel du loyer est supérieur à 1 M€ hors taxes (HT) et pour les opérations d'un montant inférieur à 10 M€ HT si la collectivité veut bénéficier du fond de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA) (*cf. partie 1.1.1.*).

¹⁵ Elle admet toutefois une modulation des taux en fonction de la nature des prestations sous-jacentes, dès lors que celles-ci conservent le caractère d'une prestation globale de PPP incluant investissement, financement et maintenance.

Annexe II

Par ailleurs, les règles de comptabilisation ont été également harmonisées, dans le sens d'une consolidation des PPP dans le bilan des collectivités locales, par l'arrêté du 16 décembre 2010 (*cf. partie 3.1.1.*).

Pour autant, le recours au BEA et au CP diffèrent encore sur plusieurs points :

- ◆ le choix du BEA n'est pas soumis aux critères d'urgence, de complexité et d'efficacité, qui conditionnent la passation des CP ;
- ◆ le recours au BEA n'est pas conditionné à la réalisation d'une évaluation préalable obligatoire, contrairement au CP et aux BEA sectoriels depuis 2011 ;
- ◆ le BEA doit être conclu pour une durée minimale de 18 ans alors que le CP ne comporte aucune limite de durée.

Ces divergences, qui témoignent du caractère moins contraignant du BEA en termes de procédure, plaident en faveur d'une simplification du cadre juridique existant et d'une fusion de ces différentes formules contractuelles (*cf. annexe VI*).

1.3.2. Souvent retenu dans les évaluations préalables, le critère de complexité recouvre des motifs et des situations variés

Comme le met en évidence le module relatif à l'analyse juridique des PPP (*cf. annexe VI*), **le critère de complexité peut être aisément rempli, cette complexité n'étant pas seulement technique ou fonctionnelle, mais aussi contractuelle et financière.**

Au cours des entretiens effectués dans le cadre de la mission, il est apparu que la complexité pouvait également s'entendre comme **l'incapacité de la collectivité à assumer efficacement en interne la maîtrise d'ouvrage du projet ou l'entretien et l'exploitation de l'équipement.**

Ainsi, dans le cas du CP signé par la commune de La Teste de Buch sur son hôtel de ville et l'aménagement du quartier dans lequel il se situe, la simultanéité des investissements lancés justifie pour l'essentiel le recours au PPP, les services n'étant pas en mesure d'assurer la MOP du projet.

Par ailleurs, **la justification par le critère de complexité rétroagit sur l'ambition même de la collectivité et sur la définition des contours du projet** (*cf. supra*). Le rapport d'évaluation préalable de la ville de Thiers souligne que « *la ville de Thiers ne prétend pas que l'éclairage public est un domaine complexe par lui-même* ». Elle précise qu'elle ne « *souhaite pas simplement changer le mode de gestion de son parc d'éclairage public, aux seules fins de rénovation* », mais qu'elle affiche une « *ambition beaucoup plus grande* » consistant à :

- ◆ effectuer un « *bond qualitatif et technologique, remarquable, innovant, permettant notamment une mise en valeur de son patrimoine urbain* » ;
- ◆ assurer une « *gestion socialement et économiquement équitable de son parc d'éclairage public* ».

Force est de constater que de telles motivations, aux accents incantatoires, traduisent **moins l'expression d'un besoin qu'une profession de foi en faveur d'une formule innovante** telle que le CP et de la procédure de dialogue compétitif.

1.3.3. Le motif budgétaire et financier occupe de fait une place importante dans le recours aux PPP

1.3.3.1. Nombre de collectivités recourant au CP, tout particulièrement les communes, présentent d'importantes difficultés financières et budgétaires

Les collectivités ayant recours au CP présentent des **caractéristiques financières et budgétaires très variées, qui laissent toutefois apparaître une forte proportion de profils à risque, au sein des communes** notamment.

La DGFIP utilise, dans le cadre des réseaux d'alerte des communes et des EPCI, un mécanisme de *scoring* permettant d'identifier les collectivités en difficulté financière (*cf. encadré 4*). La mission a eu recours à cet indicateur, qui présente l'avantage de synthétiser différents ratios budgétaires et financiers, afin de déterminer la proportion de communes et d'EPCI dont la situation financière est tendue.

Encadré 4 : Présentation des réseaux d'alerte de la DGFIP

Deux dispositifs d'alerte sur les communes et les groupements à fiscalité propre ont été respectivement institués par la DGFIP en 1993 (puis rénové en 2001) et en 2005. Instruments internes à l'administration, ils ont été conçus afin de permettre aux préfetures et aux directions départementales des finances publiques (DDFiP) de détecter de façon préventive les difficultés financières des communes, dans une démarche de conseil et d'assistance aux collectivités, en fonction du contexte local. Ces dispositifs sont fondés sur des outils de pré-sélection automatisés :

- **le réseau d'alerte sur les communes, SCORE**, dont la méthode de détection repose sur la technique des déciles et prend en compte l'importance du dépassement de seuils par l'attribution de points, ce qui conduit à l'établissement d'un score. Les ratios utilisés sont les suivants :
 - le coefficient d'autofinancement courant : (charges de fonctionnement réelles + remboursement de la dette) / produits de fonctionnement réels ;
 - le ratio de rigidité des charges structurelles : (charges de personnel + contingents et participations + charges d'intérêts) / produits de fonctionnement réels ;
 - le coefficient de mobilisation du potentiel fiscal (CMPF) : produits des 4 taxes / potentiel fiscal
 - deux ratios de surendettement : encours total de la dette / produits de fonctionnement réels et encours total de la dette / capacité d'autofinancement (CAF) ;
- **le réseau d'alerte des groupements à fiscalité propre**, dont la méthode est identique mais avec des indicateurs différents :
 - des indicateurs de difficultés avérées (IDFA), qui sont des indicateurs de déclenchement de l'alerte :
 - le ratio CAF nette/produits de fonctionnement réels ;
 - le ratio encours total de la dette/ produits de fonctionnement réels ;
 - des indicateurs de difficultés potentiels (IDFP), qui n'interviennent qu'en complément :
 - le coefficient d'intégration fiscale ;
 - le dynamisme des bases de fiscalité professionnelle.

À partir de cette pré-sélection, une phase d'analyse qualitative, auprès des comptables concernés, puis de concertation entre la DDFiP et la préfecture est menée, permettant d'arrêter la liste définitive et d'entreprendre les démarches nécessaires auprès des élus (courrier commun ou rencontre avec l' élu).

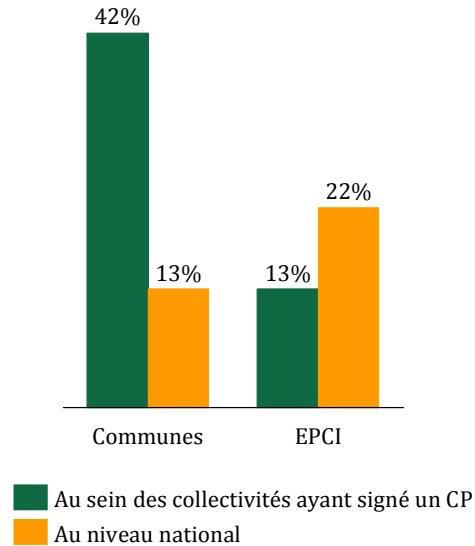
Source : DGFIP.

Ainsi, la **proportion de communes ayant appartenu au moins une fois au réseau d'alerte de la DGFIP depuis 2005, au sein des communes ayant signé un CP, atteint 42 %**, contre une moyenne nationale de 13 % (*cf. graphique 10*).

Annexe II

Les EPCI ayant appartenu au moins une fois au réseau d'alerte depuis 2007 représentent une fraction beaucoup moins élevée de 13 % des EPCI ayant signé un CP, contre une moyenne nationale de 22 %. Ces résultats sont beaucoup moins significatifs que les précédents, puisqu'ils portent sur un échantillon restreint de 15 EPCI.

Graphique 10 : Proportion de communes et d'EPCI ayant appartenu au moins une fois au réseau d'alerte depuis 2005 et 2007, au sein des collectivités ayant signé un CP, par rapport au taux national



Source : Données DGFIP – Retraitements mission.

En outre, la comparaison des encours des dettes bancaires et assimilées des collectivités ayant signé un CP avec les encours moyens de la strate à laquelle ils appartiennent laisse apparaître **un endettement en moyenne plus élevé des collectivités ayant eu recours au CP**, plus particulièrement pour les communes et les EPCI (*cf. tableau 3*). **Ainsi, les communes ont en moyenne des encours de dettes supérieurs de 146 % à ceux de leur strate de rattachement**, cet écart pouvant atteindre 2 633 % pour la ville de Châtel, commune de 1 266 habitants, dont l'endettement atteint plus de 11 M€ pour un budget d'équipement de 3,9 M€ en 2011.

Les écarts sont beaucoup moins importants pour les départements et les régions, même si le Conseil général de Seine-Saint-Denis – qui a signé trois CP pour la construction de collèges – se distingue de l'échantillon avec des encours de dettes de près d'1 Md€ en 2011, soit plus de trois fois ceux de sa strate.

Tableau 3 : Écarts entre les encours de dettes des collectivités ayant signé un CP et ceux de leur strate, par niveau de collectivité

Type de collectivité	Écart moyen	Écart médian	Écart maximal	Écart minimal
Communes	146%	48%	2633%	-70%
EPCI	130%	42%	784%	-89%
Départements	28%	-3%	226%	-66%
Régions	-1%	1%	15%	-27%

Source : Données DGFIP – Retraitements mission.

1.3.3.2. Les facilités budgétaires et comptables offertes par le CP constituent un motif prépondérant de recours à ce type de contrat

Dans son guide méthodologique, la MAPPP met explicitement en garde contre la volonté de recourir au CP pour s'affranchir des contraintes budgétaires et comptables, présentée comme une « mauvaise raison », au même titre que la volonté d'éviter de passer des marchés publics ou de se dessaisir au profit de la personne privée. Elle précise ainsi que « pour les collectivités territoriales, le recours aux contrats de partenariat ne saurait être considéré comme un moyen commode de déguiser l'endettement réel de la collectivité et de reporter de façon artificielle la charge budgétaire sur les gestions futures sans se préoccuper des ressources disponibles sur moyen terme ».

Pourtant, la plupart des interlocuteurs rencontrés par la mission ont souligné que les « avantages » budgétaires et comptables avaient été déterminants dans leur décision de recourir aux PPP, qu'il s'agisse de :

- ◆ l'absence, jusqu'à une époque récente, de l'enregistrement au bilan des collectivités des montants investis ;
- ◆ l'impossibilité de réaliser en une fois un investissement aussi conséquent, et d'amputer le budget d'investissement d'une année pour une seule opération, alors même que d'autres opérations d'investissement devaient être lancées parallèlement ;
- ◆ l'impossibilité d'obtenir un prêt du fait de leur situation financière, en particulier de leur niveau d'endettement.

Les PPP permettaient ainsi de déconsolider une partie de l'endettement réalisé au titre des opérations d'investissement ; en outre, ils permettent à la fois de **différer la date de paiement** jusqu'à la livraison de l'équipement, mais également de **lisser la dépense sur toute la durée du contrat**, c'est-à-dire sur plusieurs décennies, au travers du versement des loyers annuels.

Le maire de Contres, M. Jean-Luc Brault, l'exprime publiquement dans un numéro de « La vie des PPP » consacré à l'éclairage public en soulignant que « l'une des principales raisons pour lesquelles nous avons choisi le contrat de partenariat reste la maîtrise du budget, notamment par la possibilité de lisser les mensualités »¹⁶.

Le recours au CP pour des motifs budgétaires ne traduit pas nécessairement la volonté de réaliser un endettement masqué, présenté hors bilan dans l'ancien cadre comptable. Certains interlocuteurs n'ont cependant pas masqué leur « surprise » et leur « embarras » au moment du changement des règles d'enregistrement des PPP en 2010, qui n'est pas sans incidence budgétaire (cf. partie 3.1.).

La prépondérance des motifs budgétaires et financiers dans le recours au CP relativise singulièrement l'intérêt de l'évaluation préalable et de la comparaison socio-économique entre les différentes formules juridiques, qui apparaissent souvent comme une justification théorique, *a posteriori*, d'un choix en faveur ce type de contrat répondant à d'autres enjeux.

¹⁶ Article paru dans « La vie des PPP » spécial éclairage public, publication du Club des PPP.

2. Instrument complexe et coûteux, le CP comporte de nombreuses zones de risques juridiques et financiers

2.1. Outil dérogatoire et exigeant, le CP engendre des coûts de transaction importants pour les collectivités locales

2.1.1. La complexité de la procédure, notamment de l'évaluation préalable, paraît disproportionnée au regard des moyens des collectivités adjudicatrices

Le caractère dérogatoire du CP emporte certaines obligations et contraintes dans sa procédure de passation. Elles se traduisent notamment par la rédaction d'un rapport d'évaluation préalable, visant à démontrer que l'un des critères de recours – complexité, urgence ou efficacité socio-économique par rapport à d'autres modes de commande publique – est bien satisfait.

Comme le détaille l'annexe III, relative à l'analyse de l'évaluation économique préalable des PPP, ce rapport, rendu obligatoire par l'ordonnance du 17 juin 2004, a pour rôle de formaliser et de justifier la décision de recourir au CP en amont de la procédure.

Si l'ambition d'objectivité et de robustesse méthodologique de ces évaluations ne peut qu'être saluée, il convient de **rapporter ces exigences aux compétences internes des collectivités adjudicatrices et à la taille de leurs projets**, dès lors que 56 % des CP sont signés pour des montants d'investissement de moins de 20 M€ et qu'un tiers des communes recourant au CP comptent moins de 10 000 habitants (cf. *supra*).

Plusieurs interlocuteurs de la mission, les services de la ville de Chécy notamment, ont souligné l'inadaptation de telles obligations aux petites collectivités. Ils ont ainsi fait référence à la matrice des risques, au calcul des valeurs actuelles nettes (VAN) et aux modèles financiers sous-jacents, qui leur paraissent d'une inutile complexité technique.

Loin de remettre en cause la décision de recours à la formule du CP, cette disproportion induit deux types de conséquences :

- ◆ **des difficultés de compréhension de la part des exécutifs locaux et des assemblées délibérantes**, qui limitent considérablement le rôle d'aide à la décision que cet outil devrait jouer ;
- ◆ **une dépendance des collectivités à l'égard de leurs assistants à maîtrise d'ouvrage (AMO)** qui sont les seuls à disposer de l'expertise nécessaire pour concevoir et même comprendre les sous-jacents de l'analyse comparative. Ce manque d'appropriation de l'exercice d'évaluation préalable par les services internes est source d'importants surcoûts pour la collectivité (cf. *infra*).

Par ailleurs, les **rapports d'évaluation préalable ne sont pas à la hauteur de cette ambition méthodologique**. Des différences importantes ont été relevées par la mission entre les montants figurant dans ces rapports et les montants *in fine* inscrits dans les contrats signés, ce qui relativise la portée de cette obligation et, le cas échéant, la pertinence d'un avis de la MAPPP donné sur des hypothèses de calcul parfois peu réalistes. Le contrat portant sur le grand stade de Nice en donne une bonne illustration : le coût d'investissement du projet a été évalué à la somme de 166 M€ dans le rapport d'évaluation préalable, alors que les coûts d'investissement initiaux figurant dans le contrat s'élèvent à 204 M€, soit une différence de 19 % entre les deux montants, expliquée pour l'essentiel par un redimensionnement du projet au cours de la négociation.

Annexe II

Le CP signé par la ville de Chécy sur l'éclairage public donne un **exemple inverse de déconnexion entre l'évaluation préalable et le contrat effectivement signé, puisque les montants financiers se révèlent bien inférieurs aux estimations du rapport d'évaluation**. Alors que l'analyse comparative reposait sur un coût d'investissement estimé à 1,7 M€ HT en CP (contre 1,9 M€ en MOP) et un coût global en valeur actuelle nette (VAN) de 7 M€ TTC (contre 6,9 M€ en MOP), avant prise en compte des risques, le coût d'investissement ne représente que 860 000 € HT dans le contrat et la somme des loyers est évaluée à 2,7 M€ HT. **Une différence de - 97 % entre les deux montants d'investissement témoigne d'une dissociation totale entre les hypothèses de l'analyse comparative et les conditions de réalisation du projet, qui n'est pas le fait d'une dérive des coûts.**

La fiabilité budgétaire et financière des évaluations préalables se révèle donc limitée au regard des coûts effectivement supportés par la collectivité. Ce différentiel tient à la fois :

- ◆ à la difficulté d'une évaluation des coûts *ex ante* ;
- ◆ à un manque de sincérité d'une évaluation comparative qui vise souvent à entériner la décision de recours au CP et non à la précéder ;
- ◆ à une dérive des coûts lors de la phase de dialogue compétitif et de négociation du contrat.

La qualité de l'analyse socio-économique repose en effet pour une large part sur les hypothèses de coûts. Elle nécessite que les collectivités disposent, pour leur projet, de données précises sur les coûts de conception, de construction, de maintenance, d'entretien et d'exploitation de leurs équipements et services, dans d'autres cadres juridiques – en régie directe, en maîtrise d'ouvrage publique ou en délégation de service public. Or, les collectivités rencontrées ont admis qu'elles avaient **peu d'informations chiffrées sur leurs coûts, en raison de systèmes de comptabilité analytique peu développés voire inexistantes** :

- ◆ **elles ne connaissent souvent – au mieux – que les coûts de construction bruts de leurs bâtiments en loi MOP**, ces éléments étant difficilement utilisables compte tenu des particularités architecturales et fonctionnelles inhérentes à chaque équipement ;
- ◆ **les coûts de financement sont difficilement comparables**, puisqu'ils sont étroitement liés au contexte dans lequel leurs emprunts bancaires ont été contractés ;
- ◆ **les coûts d'exploitation et de maintenance de la collectivité sont rarement identifiés par équipement.**

La commune d'Antibes fait toutefois figure d'exception dans ce domaine et s'appuie systématiquement sur un référentiel de coûts en régie directe lorsqu'elle envisage de confier la gestion d'un service à un partenaire privé, sous la forme d'une DSP ou d'un PPP. Une telle connaissance des coûts donne, dans la négociation des contrats, un argument de poids à la collectivité et lui fournit également un référentiel plafond dans sa prise de décision.

En outre, **la sincérité des hypothèses est soumise à caution**. De l'aveu même des services de la commune de Chécy, les chiffres sur lesquels les analyses comparatives sont bâties sont peu sincères et visent avant tout à confirmer la supériorité de la formule du CP.

Proposition n° 1 : Favoriser le développement de la comptabilité analytique au sein des collectivités locales, permettant d'identifier les coûts associés à l'entretien, à la maintenance et à l'exploitation de leurs équipements et services, qu'ils soient gérés en régie directe ou confiés à un partenaire privé

Annexe II

La mission propose ainsi, afin d'améliorer la qualité des évaluations produites par les personnes publiques, de renforcer les outils disponibles à cette fin, notamment par la constitution de bases de données sur les coûts de conception et de construction partagées entre les personnes publiques (cf. annexe III).

Sur la base d'une méthodologie établie par la MAPP, proposant notamment des règles de découpage en sections d'analyse et des clés d'imputation des coûts, les collectivités pourraient ainsi développer leur propre référentiel de coûts et une base de négociation, sur le modèle de ce que la ville d'Antibes réalise aujourd'hui.

2.1.2. Pour réaliser leur projet de PPP, les collectivités adjudicatrices recourent de manière massive et coûteuse à des assistants à maîtrise d'ouvrage (AMO)

2.1.2.1. L'organisation des services en charge de la conduite du projet de PPP dépend de la taille de la collectivité

Dans la plupart des collectivités rencontrées par la mission – à l'exception des petites communes –, **les services se sont organisés en « mode projet » autour d'une équipe réduite d'agents spécifiquement en charge du suivi du contrat.** Cette équipe est souvent composée d'un à trois équivalents temps plein (ETP) recrutés pour les besoins du projet, avec des profils de juristes ou d'ingénieurs.

Les différents services en charge des aspects juridiques, financiers et techniques de la collectivité sont par ailleurs sollicités de manière transversale par l'équipe-projet.

Des réunions régulières sont organisées afin d'associer le directeur général des services (DGS) et les élus concernés aux différentes étapes d'avancement du projet, avec des formats variables.

Ces modalités d'organisation traduisent la **nécessité d'assurer un suivi *ad hoc* des PPP**, qui n'est que très rarement pris en charge par l'une des directions de la collectivité¹⁷. Le choix de recourir au CP n'est donc pas sans incidence sur les charges de personnel de la collectivité, même si une telle décision s'assortit surtout d'un recours massif à des AMO (cf. *infra*).

Néanmoins, **dans les petites collectivités**, telles que la ville de Chécy, **les contrats sont directement suivis par le DGS et le directeur des finances, sans donner lieu à un recrutement spécifique ou à une organisation particulière.** Aussi, **les capacités de suivi et de négociation des collectivités se révèlent très hétérogènes, en fonction de leur taille et de leur assise financière.**

Pourtant, comme le soulignait le rapport du Commissariat général au plan en 2005, **le recours à des conseils extérieurs ne saurait se substituer à une expertise interne**, au sein des services des collectivités adjudicatrices, dans la mesure où elle est le « *gage à la fois d'une indépendance dans la décision par les collectivités locales et d'une efficacité renforcée des choix publics* ». Le rapport mettait en évidence le besoin de nouvelles compétences publiques à cet égard, posant la question de la « *mutualisation de certaines fonctions, notamment pour les petites collectivités* », qui demeure d'actualité.

¹⁷ Parmi les collectivités rencontrées, seule la communauté d'agglomération du bassin d'Arcachon sud (COBAS) a confié le pilotage de son projet de construction de trois piscines en CP à la directrice des affaires juridiques et des achats. Il convient toutefois de remarquer que la création de cette direction et le lancement du projet ont été quasi concomitants, le suivi du CP ayant occupé une large part du temps travaillé de la directrice.

2.1.2.2. Les collectivités adjudicatrices recourent systématiquement à des AMO, pour les assister aux différents stades de la procédure

La complexité à la fois juridique, financière et technique des contrats de type PPP, ainsi que les particularités de la procédure – rédaction d'un rapport d'évaluation préalable, recours à une procédure de dialogue compétitif –, justifient un recours systématique des collectivités territoriales à des AMO. Sur l'échantillon de collectivités rencontrées, les AMO ont été recrutés dans les domaines suivants :

- ◆ **financier**, afin de réaliser les études socio-économiques requises dans le rapport d'évaluation préalable et conseiller la collectivité sur les questions de financement au cours de la négociation du contrat (calcul du montant des redevances, définition des taux d'intérêt, opportunité d'une cession de créance Dailly) ;
- ◆ **juridique**, afin de préciser les conditions du montage et l'instrument contractuel retenu, assister la collectivité dans la répartition des risques et la conseiller dans la rédaction du contrat lui-même ;
- ◆ **technique**, avec des profils différents selon la nature du projet, parmi lesquels :
 - des spécialistes du développement durable ;
 - des programmistes spécialisés dans la construction de grands équipements, tels que les stades.

Au sein de l'échantillon de collectivités étudié par la mission, le coût des AMO varie dans des proportions importantes en fonction de la collectivité adjudicatrice et du projet : les coûts observés s'échelonnent ainsi de 12 800 € pour le contrat signé par le syndicat intercommunal UNIVALOM pour le traitement des déchets, à plus de 570 000 € pour le contrat signé par la ville de Bordeaux pour la construction du grand stade.

Le CP porté par la ville d'Orléans pour la construction de la salle omnisports ARENA offre un exemple des coûts de transaction entendus au sens large, engendrés par les multiples études préalables, le recours aux AMO, les procédures de consultation et de publicité (*cf. tableau 4*).

Annexe II

Tableau 4 : Coût des études préalables et des AMO pour le projet ARENA d'Orléans

Prestations	Coût (en €)
Études préalables	133 808
<i>Dont étude de faisabilité et de dimensionnement</i>	31 909
<i>Dont étude d'implantation et de positionnement</i>	101 899
AMO projet	850 893
<i>Dont AMO Tranche Ferme - Site initial</i>	135 865
<i>Dont AMO Tranche Conditionnelle - Site initial</i>	382 122
<i>Dont AMO Tranche Conditionnelle - Nouveau site</i>	105 487
<i>Dont AMO Avenant 1 - Site initial</i>	65 122
<i>Dont AMO Marché complémentaire - Nouveau site</i>	162 297
Indemnisation des candidats	558 532
Études connexes - consultation	202 584
<i>Dont programmation du parc paysager</i>	14 352
<i>Dont étude de faisabilité passerelle</i>	4 784
<i>Dont diagnostic et étude prospective des équipements existants</i>	18 418
<i>Dont étude d'impact sur les équipements existants</i>	19 106
<i>Dont études de circulation - Site initial</i>	23 507
<i>Dont étude de circulation nouvelle voirie - Site initial</i>	22 078
<i>Dont étude de circulation - Nouveau site</i>	20 643
<i>Dont relevé topographiques - Nouveau site</i>	6 968
<i>Dont études acoustiques</i>	3 349
<i>Dont dossier consultation - Etudes médias</i>	3 755
<i>Dont dossier consultation - Diagnostic amiante avant démolition</i>	19 973
<i>Dont dossier consultation - Etude désamiantage</i>	4 772
<i>Dont modélisation visualisation du projet</i>	16 505
<i>Dont acquisition foncière - Etude sur le site industriel</i>	13 106
<i>Dont diagnostic amiante avant démolition</i>	3 014
<i>Dont diagnostic déchets avant démolition</i>	8 252
Études géotechniques	287 752
<i>Dont phase 1 - Site initial</i>	837
<i>Dont phase 2 - Site initial</i>	97 592
<i>Dont tierce expertise Ville - Site initial</i>	26 636
<i>Dont études géotechniques - AMO Ville - Nouveau site</i>	19 585
<i>Dont reconnaissances et études géotechniques - Nouveau site</i>	143 101
Publicités marchés	9 349
<i>Dont AO contrat partenarial</i>	1 775
<i>Dont AO contrat partenarial rectificatif</i>	358
<i>Dont AO contrat partenarial annulation</i>	192
<i>Dont étude d'impact environnementale préalable DUP</i>	820
<i>Dont étude d'impact environnementale préalable DUP</i>	847
<i>Dont publicité du contrat de partenariat</i>	1 778
<i>Dont étude d'impact</i>	1 051
<i>Dont annonce BOAMP marché Géotechnique</i>	720
<i>Dont 2^{ème} annonce AO contrat partenarial</i>	1 810
Conseils juridiques	6 100
<i>Dont acquisition foncière - Etudes</i>	2 153
<i>Dont note sur voirie communautaire</i>	359
<i>Dont étude sur le permis de démolir</i>	3 588
Étude impact environnemental - Déclaration de projet - Nouveau site	129 168
Archéologie préventive	7 000
Étude de réhabilitation du site industriel Famar	29 900
Total	2 215 086

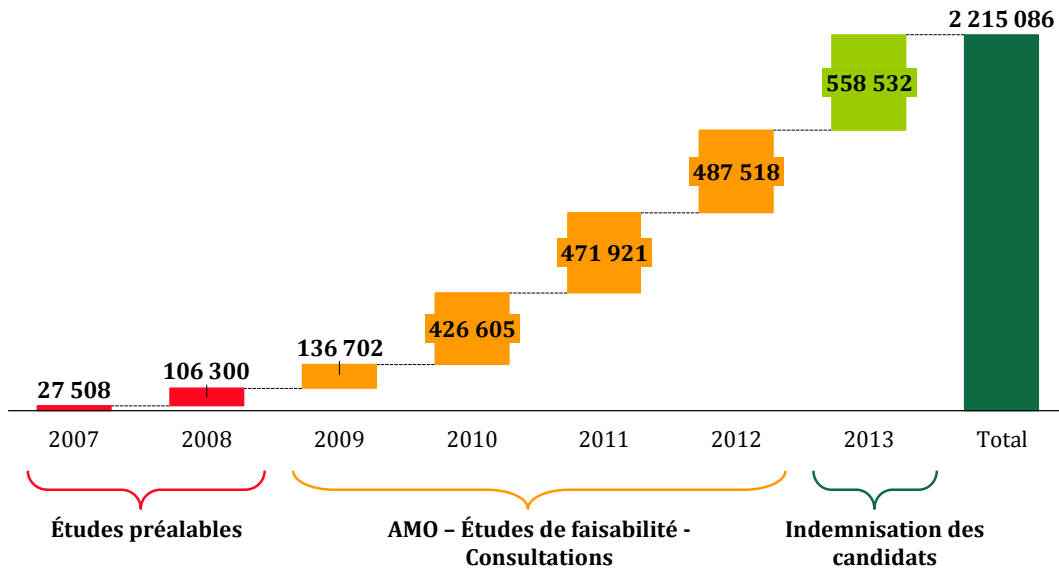
Source : Ville d'Orléans.

Annexe II

Les coûts de transaction étendus représentent ainsi **un total de plus de 2,2 M€, sur un coût global évalué à plus de 100 M€, au sein duquel les AMO représentent plus de 850 000 €.**

Ces dépenses se sont échelonnées sur une période de 6 ans, alors même que le contrat n'est pas encore signé (cf. graphique 11).

Graphique 11 : Décomposition des coûts d'études et de transaction en amont du projet ARENA de la ville d'Orléans en fonction du calendrier



Source : Ville d'Orléans – Retraitements mission.

2.1.3. Le rôle de conseil et de contrôle assuré par les services de l'État ne garantit pas un appui suffisant aux collectivités

Les services de l'État interviennent dans le recours des collectivités locales aux PPP au travers :

- ◆ de l'activité de conseil et de l'avis facultatif de la MAPPP sur le rapport d'évaluation préalable – obligatoire dans le cas du recours au CP et étendu aux BEA sectoriels (cf. supra) – ;
- ◆ du contrôle de légalité des services de la préfecture sur les différents types de contrats de PPP ;
- ◆ du contrôle budgétaire et de l'activité de conseil des DDFiP et DRFiP sur les aspects budgétaires et financiers (cf. partie 3.2.1.).

Il convient de remarquer que, si les contrôles effectués par les services de la préfecture et les conseils prodigués par les DDFiP portent indifféremment sur tous les types de contrats de PPP, **l'avis de la MAPPP concerne pour l'essentiel les CP et, depuis peu, certains BEA sectoriels. Les autres BEA, qui ne sont pas soumis à l'obligation d'évaluation préalable, ne rentrent pas directement dans le champ de compétence de cette dernière.**

2.1.3.1. L'avis de la MAPPP n'est pas toujours perçu comme un levier d'amélioration de la procédure de recours aux PPP

Comme l'indique la MAPPP sur son site, la mission « également qualifiée d'organisme-expert, a pour vocation première **d'apporter un appui aux collectivités publiques** mais aussi à l'ensemble des acteurs professionnels (...): elle peut à ce titre rendre **une expertise sur l'économie générale de l'opération et aider la personne publique porteuse du projet à procéder à l'étude d'évaluation requise** ».

Sur son champ de compétence, qui est retreint aux CP et aux BEA sectoriels, le rôle d'appui aux collectivités territoriales de la MAPPP se décline pour l'essentiel en deux grands axes :

- ◆ **un concours pendant la phase d'attribution et de négociation des contrats**, tant par les échanges directs qu'elle peut avoir avec les collectivités adjudicatrices que par les recommandations et ressources documentaires qu'elle met à leur disposition (guide méthodologique, clausiers-types, avis, outil de modélisation des coûts et de valorisation des risques, etc.) ;
- ◆ **un avis motivé, facultatif pour les collectivités locales, sur le principe du recours au CP sur la base du rapport d'évaluation préalable.**

Par ailleurs, la mission est censée assurer le suivi des contrats, qui doivent lui être transmis avec leurs annexes dans le mois suivant la signature (cf. *supra* et *annexe I*).

Sur ces deux points, le rôle de la MAPPP est diversement apprécié par les collectivités territoriales. Si la plupart d'entre elles s'accordent à reconnaître le bénéfice du concours apporté par la mission pendant la phase amont de préparation et de négociation des contrats, **beaucoup considèrent que les avis sont d'une utilité limitée.**

Sur l'échantillon des 22 CP, signés ou en cours d'exécution, sélectionnés par la mission, seule la moitié d'entre eux a fait l'objet d'une saisine de la MAPPP sur le rapport d'évaluation préalable. Parmi les collectivités qui n'ont pas sollicité la mission, les arguments invoqués sont les suivants :

- ◆ **les avis de la MAPPP ne permettent pas de sécuriser la procédure**, notamment de limiter le risque contentieux ;
- ◆ **les avis sont délivrés dans des délais excessivement longs** et représentent une étape supplémentaire de « contrôle » dans une procédure d'ores et déjà complexe et émaillée de contraintes ;
- ◆ **l'intervention en amont, au stade du choix de la procédure, est beaucoup moins utile qu'une intervention au stade de la négociation contractuelle.**

Certaines collectivités, telles que le Conseil général du Loiret, **préfèrent recourir aux services de la MAPPP de manière informelle**, en leur soumettant les difficultés particulières qu'elles rencontrent ou en les interrogeant sur des points précis. Aussi, les services en charge du suivi des PPP sur les collègues n'ont saisi formellement la MAPPP que pour le contrat relatif aux collègues de Meung et Saint-Ay – pour lequel deux collectivités adjudicatrices étaient associées – et non sur les trois autres contrats signés dans ce domaine. Pour ces derniers, la MAPPP a été consultée à de nombreuses reprises, mais toujours de manière informelle, afin d'éviter un allongement des délais de procédure.

Annexe II

Il convient, par ailleurs, de souligner que **les avis de la MAPPP étant facultatifs pour les collectivités locales, les projets qui lui sont soumis sont souvent les plus robustes, les plus sécurisés et les mieux conçus**. *A contrario*, les projets dont la qualité est plus incertaine ne lui sont pas présentés. L'exemple du CP de la ville de Chécy sur l'éclairage public en témoigne : le premier rapport d'évaluation préalable n'a été soumis à la MAPPP qu'en raison de la demande expresse des services de la préfecture. Or, la MAPPP a rendu un avis négatif sur ce premier rapport, conduisant les services de la commune à concevoir une nouvelle évaluation préalable de leur projet.

Le caractère facultatif de ces avis induit donc un biais, seuls les « meilleurs élèves » soumettant leurs travaux à l'analyse de la MAPPP. **Le contrôle exercé par cette dernière se révèle donc peu sécurisant, d'un point de vue macro, les projets les plus risqués échappant à son examen**. En témoignent les risques juridiques et financiers que présentent de tels contrats, notamment pour des collectivités de taille réduite telles que la commune de Chatillon-sur-Chalaronne ou celle de Saint Laurent Médoc dont les évaluations préalables n'avaient pas été soumises à la MAPPP (cf. partie 2.2.).

Proposition n° 2 : Systématiser l'examen par la MAPPP des évaluations préalables des projets de PPP des collectivités locales, sous la forme d'un avis obligatoire mais non liant pour les exécutifs locaux

La mission recommande ainsi la mise en place d'une expertise systématique des projets des collectivités locales par la MAPPP ; cette proposition, que la plupart des services et des élus des collectivités rencontrées ont jugée pertinente et utile, permettrait de **sécuriser davantage le recours à ce type de contrat en couvrant les projets qui ne lui sont actuellement pas soumis et qui constituent la principale zone de risque**.

La MAPPP rendrait alors un avis non liant sur les projets qui lui sont soumis, de manière à documenter au mieux la décision locale d'investissement, en laissant toute latitude aux exécutifs locaux pour agir de manière autonome, dans le respect du principe de libre administration des collectivités territoriales.

Proposition n° 3 : Limiter les délais d'instruction par la MAPPP des rapports d'évaluation préalable à deux mois maximum

Afin que cet avis constitue **un soutien et non un frein dans le processus d'ores et déjà long et complexe de contractualisation**, il est nécessaire de **limiter le délai d'instruction de la MAPPP** et de garantir aux collectivités une date limite de restitution d'un avis.

Une telle limitation du délai d'instruction serait envisageable dans la nouvelle configuration élargie de la MAPPP (cf. annexe VII).

2.1.3.2. Le contrôle de légalité est effectué de manière très approximative, sur un type de contrat encore peu connu des services des préfectures

Les PPP, en raison de leur complexité, relèvent des actes prioritaires de la stratégie nationale en matière de contrôle de légalité, rappelés dans la circulaire du ministère de l'Intérieur du 25 janvier 2012¹⁸. Le contrat de partenariat a en outre fait l'objet d'une circulaire du 9 mai 2012¹⁹, détaillant ses caractéristiques, destinée à permettre une bonne information des collectivités et des établissements publics locaux sur sa mise en œuvre. La circulaire rappelle également aux préfectures que « *compte tenu du caractère complexe de ces montages et du risque financier lié à l'ampleur et à la durée des projets, il convient pour les préfectures d'apporter aux collectivités intéressées un conseil juridique, notamment à destination des plus petites d'entre elles* » et leur recommande de « *prendre l'attache du pôle interrégional d'appui au contrôle de légalité (PIACL) pour analyser ce type de contrat, ainsi que celle de la MAPPP (qui est l'organisme expert en charge de ces questions, et qui est par ailleurs en contact avec de nombreuses collectivités porteuses de projets)* ».

Cependant, les services des préfectures se trouvent très démunis dans le contrôle de légalité des PPP. Les entretiens effectués dans plusieurs départements témoignent d'une **connaissance très inégale de ce type de contrat, qui ne permet pas d'offrir un appui juridique ou de minimiser le risque contentieux pour les collectivités**. Les PPP signés dans chaque département représentent par ailleurs un nombre réduit d'actes chaque année, ce qui n'incite pas les services du contrôle de légalité à développer une expertise dans ce domaine.

Parmi les services rencontrés par la mission, seuls ceux de la Préfecture de Gironde – département dans lequel le recours au CP est fréquent – avaient mis en place une grille de contrôle opérationnelle et détaillée, qui témoignait d'une bonne connaissance des CP et de leurs caractéristiques propres (cf. encadré 5 et pièce jointe n°2).

Encadré 5 : Le contrôle de légalité effectué par la préfecture de la Gironde

Depuis la centralisation du contrôle de légalité au sein de la préfecture de la Gironde en 2010, les services ont élaboré une **fiche de contrôle détaillée pour les contrats de partenariat**, en s'appuyant sur les dispositions du Code général des collectivités territoriales (CGCT). Compte tenu du nombre élevé de CP signés dans le département, les services du contrôle de légalité ont bénéficié d'une formation spécifique sur ce sujet les 2 et 3 avril 2012 et ont pris l'initiative d'élaborer une grille d'analyse dédiée.

La grille prévoit différents points de contrôle, portant à la fois sur :

- **la complétude du dossier** (délibérations sur le principe du recours et le choix de la procédure, rapport d'évaluation préalable, règlement de consultation, publicité, délibération approuvant la signature, contrat, etc.) ;
- **le contenu du rapport d'évaluation préalable** et la vérification de la satisfaction du critère de complexité, d'urgence ou du bilan coûts-avantages ;
- **la procédure** (dialogue compétitif, appel d'offre, procédure négociée) ;
- **la publicité** (adaptée ou formalisée, délai, contenu, date limite de réception des offres, etc.) ;
- **les déclarations et attestations du candidat retenu ;**
- **les clauses obligatoires du contrat.**

¹⁸ Circulaire du ministère de l'Intérieur du 25 janvier 2012 relative à la définition des actes prioritaires en matière de contrôle de légalité.

¹⁹ Circulaire du ministère de l'Intérieur du 9 mai 2012 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales.

Annexe II

Au cours des entretiens effectués avec les agents en charge du contrôle de légalité des différentes préfectures rencontrées par la mission, plusieurs difficultés ont émergé, portant sur :

- ◆ **la justification du recours au CP, notamment l'examen du rapport d'évaluation préalable et l'appréciation du bienfondé du critère retenu.** Le contrôle du rapport d'évaluation préalable soulève notamment des difficultés d'appréciation de la complexité et du bilan comparatif. Les services se sont montrés démunis dans l'évaluation de la pertinence des démonstrations faites par la collectivité de la complexité de l'opération ou de la sincérité des coûts avancés dans les différents montages juridico-financiers ;
- ◆ **les éléments financiers du contrat.** La complexité des clauses relatives au financement et à l'équilibre financier du contrat se heurte aux capacités d'expertise limitées des services du contrôle de légalité dans le domaine financier.

Sur ces deux points, **la MAPPP est souvent appréhendée comme le service de ressource et d'expertise.** Certains services en charge du contrôle de légalité, tels que ceux de la Préfecture du Loiret, vont même jusqu'à demander systématiquement un avis de la MAPPP sur les CP des collectivités territoriales qui leur sont soumis. Tel a été le cas pour le CP de la commune de Chécy sur l'éclairage public, pour lequel le préfet a demandé que le rapport d'évaluation préalable soit soumis à l'avis de la MAPPP. Cette dernière a alors émis un avis négatif, obligeant la commune à revoir son évaluation préalable avec de nouveaux AMO²⁰.

L'avis de la MAPPP est perçu comme très utile pour l'appréciation du rapport d'évaluation préalable et source de « *sécurité juridique* »²¹ dans le contrôle du recours au CP. **Les garanties offertes par les avis de la MAPPP doivent pourtant être relativisées**, puisque l'actualité jurisprudentielle récente – avec la décision de la cour administrative d'appel de Bordeaux sur la cité du surf de Biarritz en date du 26 juillet 2012 – a montré que le juge administratif pouvait aller à l'encontre de l'appréciation de la MAPPP sur la pertinence du recours au critère de complexité.

Par ailleurs, **les circulaires nationales précitées livrent peu d'informations concrètes sur la nature du contrôle** que les services doivent effectuer sur ces contrats. Les services ont donc tendance à transposer une partie du contrôle qu'elles effectuent traditionnellement sur les marchés passés en maîtrise d'ouvrage publique (MOP) et à analyser au cas par cas les CP en s'informant auprès de la MAPPP.

Les préfectures peuvent pour les dossiers les plus complexes – en particulier pour les dossiers concernant les CP – recourir aux **expertises du pôle interrégional d'appui au contrôle de légalité (PIACL)**, créé en 2002 et situé à Lyon. Sa vocation est, en effet, d'apporter une assistance juridique sur la plupart des thèmes du contrôle de légalité. Toutefois, seuls cinq saisines du PIACL ont eu trait aux PPP depuis 2008, dont deux au titre de l'appui au contrôle de légalité et trois au titre du conseil aux collectivités.

Pourtant, le nombre réduit de CP soumis au contrôle de légalité dans chaque préfecture et la complexité inhérente à ce type de montage **justifieraient une centralisation de cette activité et de l'expertise qui lui est associée.**

Proposition n° 4 : Définir une grille de contrôle standardisée des CP pour la diffuser aux préfectures, recensant les différents points sur lesquels le contrôle de légalité doit porter.

²⁰ Le nouveau rapport d'évaluation préalable a fait l'objet d'un avis positif de la MAPPP (avis n°2010-06).

²¹ Expression utilisée lors de l'entretien avec les services du contrôle de légalité de la Préfecture de Gironde, le 12 septembre 2012.

Cette grille, qui pourrait être établie à partir du modèle conçu par la Préfecture de Gironde, reporté en pièce jointe de cette annexe, pourrait faire l'objet d'une circulaire du ministère de l'Intérieur.

Proposition n° 5 : Améliorer la formation des agents des préfectures en charge du contrôle de légalité sur le CP, en recourant à la fois aux services du PIACL et de la MAPPP.

2.1.3.3. Les services des directions des finances publiques sont très rarement sollicités sur les PPP

Les services des directions départementales ou régionales des finances publiques ne sont pas consultés par les collectivités locales sur leurs projets de PPP, si ce n'est sur les questions de comptabilisation des coûts engendrés par ces contrats. Ils pourraient pourtant les assister dans ce domaine, au titre de leurs missions de conseil en matière économique et financière (cf. *infra* partie 3.2.1.).

2.2. Le recours au CP est source de risques financiers et juridiques, dont la contrepartie en termes d'efficience n'est pas toujours assurée

Malgré la place accordée à la répartition des risques dans le CP, ce type de formule contractuelle complexe est source de nombreux risques juridiques et financiers, pour des collectivités qui ne disposent pas toujours de ressources internes suffisantes (cf. *supra*). La procédure de dialogue compétitif, en dépit de ses indéniables atouts, ne prémunit pas les collectivités contre les risques juridiques et financiers que peuvent véhiculer certaines clauses.

2.2.1. Unanimement approuvée par les acteurs locaux, la procédure de dialogue compétitif permet aux collectivités de mieux définir leurs besoins

2.2.1.1. Le recours à la procédure de dialogue compétitif est quasi-systématique dans le cadre du CP

L'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée donne aux collectivités la possibilité de recourir à trois procédures pour la conclusion d'un CP :

- ◆ la **procédure de dialogue compétitif**²², qui permet à la collectivité de recourir aux capacités d'innovation du secteur privé sur les moyens techniques, les montages juridiques ou le modèle financier envisageable pour répondre à ses besoins, au cours d'échanges itératifs avec les candidats ;
- ◆ l'**appel d'offres restreint**, qui constitue la procédure classique, comparable à celle décrite dans le code des marchés publics, même si elle fait l'objet de textes particuliers pour les CP²³ ;

²² Cette procédure est issue des dispositions contenues à l'article 29 de la directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

²³ Article L.1414-8 et articles D.1414-1 à D.1414-4 du CGCT pour les CP passés par les collectivités territoriales.

- ◆ la **procédure négociée**, introduite par la loi du 28 juillet 2008, dès lors que le montant du contrat est inférieur à certains seuils²⁴, qui permet à la personne publique de choisir le titulaire après consultation de candidats et négociation des conditions du marché avec l'un ou plusieurs d'entre eux.

La procédure de dialogue compétitif est très majoritairement utilisée dans le cadre de la négociation des CP, à hauteur de 98 % des projets lancés.

Alors que l'appel d'offre et la procédure négociée impliquent le recours à un cahier des charges, **il n'existe pas dans la procédure de dialogue compétitif de cahier des charges mais un programme fonctionnel qui doit définir les besoins de la personne publique, sans préjuger des moyens** techniques, juridiques et financiers qui seront mis en œuvre pour y répondre.

Au terme d'une procédure de sélection des candidatures, la collectivité engage un dialogue avec chaque opérateur ou groupement d'opérateurs pour la réalisation d'une première proposition. Le dialogue, qui a lieu séparément avec chacun des candidats, doit permettre parallèlement aux opérateurs d'affiner leur proposition et à la collectivité de préciser son projet, jusqu'à la remise de l'offre finale. Une grande attention est portée à la confidentialité des propositions des candidats, ce qui suppose un « dialogue en tunnel », préservant les intérêts de chaque opérateur.

Depuis la loi du 28 juillet 2008, la personne publique peut recourir au dialogue compétitif, quel que soit le critère d'éligibilité retenu pour le CP. Toutefois, l'article 5 de l'ordonnance précise qu'elle peut y recourir si « *compte tenu de la complexité du projet (...) elle est objectivement dans l'impossibilité de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* », ce qui suppose que la collectivité justifie également de la complexité du projet.

Le recours aux BEA n'est pas soumis à des règles de publicité ou de mise en concurrence particulières en droit national, mais doit respecter les règles communautaires fixées par la directive du 31 mars 2004 au-dessus d'un seuil de 5 M€ HT (*cf. annexe VI*).

L'examen dans la base du CEF-O-PPP des procédures de passation utilisées par les collectivités locales lorsqu'elles ont eu recours aux BEA montre que **le dialogue compétitif occupe une place minoritaire**, à hauteur de 12 % des projets renseignés, devancée par l'appel d'offre (14 %), la procédure négociée (13 %) et la procédure adaptée (60 %). Cette dernière, prévue à l'article 28 du code des marchés publics, laisse toute latitude au pouvoir adjudicateur pour fixer les modalités de passation, en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

Un renforcement des règles de passation du BEA est intervenu avec le décret du 31 décembre 2011. Dorénavant, lorsque le BEA est assorti d'une convention non détachable constituant un marché public, une DSP, un CP ou un contrat de concession de travaux publics, la conclusion du bail doit être précédée des mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par les dispositions applicables à ce type de contrat (*cf. annexe VI*).

²⁴ Le seuil est fixé à l'article D.1414-5 du CGCT pour les collectivités territoriales :

« I. – Les contrats de partenariat ayant pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne publique contractante peuvent être passés selon une procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence lorsque leur montant est inférieur à un **seuil fixé à 5 150 000 € HT**. »

« II. – Les contrats de partenariat n'ayant pas pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne publique contractante, peuvent être passés selon une procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence lorsque leur montant est inférieur à un **seuil fixé à 206 000 € HT**. »

Le montant est calculé en additionnant les différentes composantes de la rémunération à la date de signature du contrat.

2.2.1.2. Le dialogue compétitif est perçu comme l'un des principaux avantages du recours au CP

Les entretiens menés par la mission ont tous systématiquement conclu à la supériorité du dialogue compétitif sur les procédures traditionnelles de commande publique. Cette modalité de passation des contrats apparaît même comme l'un des principaux avantages du recours aux PPP, pour nombre de collectivités. Les principaux arguments avancés en faveur de cette procédure sont les suivants :

- ◆ **le décloisonnement du dialogue avec les partenaires privés** autour d'un interlocuteur unique qui internalise les contraintes inhérentes à la coordination des opérateurs du groupement et à la diversité des métiers, par contraste avec les appels d'offre en loi MOP qui reposent sur une décomposition des commandes par lots ;
- ◆ **l'émergence de solutions innovantes et créatives**, à l'initiative des candidats, permettant à la personne publique de bénéficier de l'expertise technique du secteur privé ;
- ◆ **l'amélioration des propositions des candidats tout au long du dialogue**, en fonction des réactions du commanditaire et de ses besoins, qui peut aller au-delà des objectifs fixés initialement par la collectivité ;
- ◆ **l'obligation, pour la personne publique, de raisonner en fonction de ses besoins et non en fonction des moyens ou des solutions qu'elle pressent ;**
- ◆ **l'intégration de la dimension « maîtrise d'œuvre » et du volet architectural dans le dialogue d'ensemble**, évitant la dérive des coûts souvent observée en MOP entre la phase de conception architecturale et la phase de construction (*cf. partie 2.3.1.1.*) ;
- ◆ **l'attention portée à la qualité du projet dans son ensemble** et non à la seule maîtrise des coûts ;
- ◆ **la souplesse de la procédure**, dépourvue de limites en termes de durée et de nombre de phases.

Compte tenu de ces nombreux avantages, la mission propose de généraliser le recours au dialogue compétitif pour les contrats globaux (*cf. annexe VI*).

2.2.1.3. Le recours au dialogue compétitif soulève néanmoins plusieurs points d'attention

La procédure de dialogue compétitif n'est pas exempte de risques pour la personne publique, qui sont souvent le revers de ses avantages. Aussi, quatre grands points de vigilance ont pu être identifiés :

- ◆ la qualité du dialogue compétitif suppose **une très bonne préparation et un cadrage en amont des limites financières et fonctionnelles du projet**, afin d'éviter une dérive vers des solutions attractives, mais coûteuses et disproportionnées au regard des besoins de la collectivité. À ce titre, les services du Conseil général du Loiret seraient favorables à un renforcement des exigences en la matière, visant à faire de la matrice des risques, du programme fonctionnel et des dossiers de site des préalables indispensables au lancement d'un dialogue compétitif ;

Annexe II

- ◆ la procédure doit être **limitée dans sa durée**. Si le guide méthodologique de la MAPPP précise que la procédure doit être menée le plus rapidement possible et ne devrait pas excéder « 9 à 12 mois jusqu'à la sélection de l'attributaire final », certains dialogues compétitifs se déroulent sur des temps beaucoup plus longs. La MAPPP alerte à juste titre les pouvoirs publics sur des délais excessifs : « *si la procédure est trop longue, les candidats peuvent avoir tendance à pratiquer l'attentisme et ainsi rendre le dialogue improductif. De même, les personnes publiques doivent éviter de multiplier les études inutiles, qui rallongent la durée de la procédure et augmentent son coût* » ;
- ◆ le commanditaire doit veiller à **associer un nombre suffisant de candidats** au dialogue compétitif, afin de préserver un degré minimum de concurrence entre les opérateurs privés. Plusieurs dialogues se concluent avec la remise d'une unique offre finale, comme ce fut le cas pour le CP de la ville de Chécy sur l'éclairage public, ce qui tend à limiter le pouvoir de négociation de la personne publique. Il convient, à l'inverse, de noter qu'une telle procédure ne devrait pas associer un nombre trop important de candidats, compte tenu de sa durée, de la charge de travail qu'elle impose tant aux opérateurs qu'à la personne publique, et du niveau relativement faible d'indemnisation des candidats évincés. La participation de trois ou quatre candidats à l'ensemble de la procédure apparaît comme une solution équilibrée ;
- ◆ l'équipe suivant les différentes étapes du dialogue compétitif, ou « comité de dialogue », doit **associer les élus**, sans alourdir les coûts de coordination de manière excessive, **afin d'éviter que le contrat donne lieu à des avenants**. Cet aspect prend une acuité particulière dans les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) qui réunissent en leur sein des intérêts politiques et territoriaux parfois divergents. Les services de la COBAS ont notamment fait allusion à ce risque de dérive des coûts, une fois le contrat signé, les élus étant habitués à ajuster les projets conçus en MOP par le biais d'avenants. Or, dans le cadre d'un PPP, des modifications substantielles peuvent remettre en cause l'équilibre financier du contrat et engendrer des surcoûts importants pour la collectivité.

Par ailleurs, les **marges de manœuvre de la collectivité peuvent être entravées par l'annonce préalable du montant prévisionnel du projet** ou, pour le moins, le montant du budget que la collectivité envisage de lui consacrer. Ces informations qui figurent dans l'évaluation préalable et, par voie de conséquence, dans la délibération approuvant le recours au PPP sont rendues publiques. Comme le soulignaient le maire d'Antibes et ses services, ces montants, lorsqu'ils sont connus par les candidats, tendent à devenir des « planchers » financiers, en-deçà desquels les opérateurs privés ne présentent pas d'offres. **Cette transparence sur les informations budgétaires et financières de la collectivité peut donc représenter un frein à l'optimisation du projet, dans le cadre du dialogue compétitif.**

Proposition n° 6 : Masquer les informations financières et budgétaires, ainsi que les hypothèses de calcul utilisées dans les évaluations préalables, dans les documents qui sont rendus publics.

Les avis rendus par la MAPPP n'étant mis en ligne qu'après la signature des contrats, ceci suppose pour l'essentiel d'éviter, dans les délibérations des assemblées locales, d'annexer le rapport d'évaluation préalable ou de reprendre les hypothèses de coût formulées dans ce dernier.

Annexe II

Il semble que, dans ce domaine, la seule obligation existante, selon la jurisprudence de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), soit la communication sur demande de tous les éléments, y compris le rapport et le contrat, après la signature de ce dernier.

Pour limiter la publicité d'éléments financiers trop précis pouvant nuire à la qualité du dialogue compétitif, il **conviendrait donc de restreindre les informations contenues à ce sujet dans les délibérations des assemblées délibérantes²⁵, sous réserve d'une analyse juridique plus poussée.**

2.2.2. L'analyse des contrats témoigne de capacités de négociation hétérogènes, qui peuvent induire des risques juridiques et financiers

2.2.2.1. Certains contrats, tant par l'opacité de leur forme que par le contenu de leurs clauses, sont sources de risques juridiques et financiers

Une évaluation approfondie de l'équilibre des contrats et des risques qu'ils comportent supposerait quelques années de recul, permettant d'observer *in concreto* la vie du contrat et la matérialisation de certains de ces risques. Compte tenu de la faible ancienneté de la plupart des PPP, la mission n'a pu observer que les risques les plus manifestes et ceux qui se sont matérialisés dès la signature du contrat et la période de construction. Les risques portant sur la maintenance, l'entretien et l'exploitation n'ont pas pu être explorés.

En premier lieu, **les clauses de financement des contrats se caractérisent souvent par leur complexité et leur opacité.** Les contrats comportent rarement des éléments chiffrés – ou tout du moins des ordres de grandeur indicatifs – sur les redevances dues par la commune et renvoient à des annexes d'une grande complexité technique. À titre d'illustration, le contrat signé par la ville de Chécy, commune de 8200 habitants, comporte des **clauses financières peu informatives sur les montants financiers dus par la collectivité.** Le chapitre IV relatif aux clauses financières ne mentionne aucune information chiffrée et renvoie systématiquement à un mémoire financier, figurant en annexe du contrat.

La mission a pu néanmoins relever que le CP signé par la commune de Maurepas le 27 février 2012 sur l'éclairage public **mentionnait le montant global dans les premières clauses du contrat, faisant figure d'exception en la matière.** Les grands équilibres financiers sont ainsi annoncés explicitement dans la partie I.2.1 relative à la nature et à l'objet du contrat.

Ce défaut de transparence dans les clauses financières peut être **source d'incompréhensions de la part des élus et des services de collectivités, qui ne sont pas suffisamment armés techniquement pour mesurer les risques qu'ils encourent.** Le CP de la ville de Chatillon-sur-Chalaronne en fournit un exemple, la commune ayant signé le contrat en se fondant sur une interprétation faussée des clauses de financement (*cf. encadré 6*), ce qui la conduit aujourd'hui à envisager une résiliation anticipée.

²⁵ Toute personne a, en effet, le droit de demander communication des délibérations et procès-verbaux des séances publiques des assemblées délibérantes des collectivités locales (article L.4132-16 du CGCT à propos des délibérations du conseil régional ; article L.3121-17 à propos de celles du conseil général ; article L.2121-26 à propos de celles du conseil municipal et du conseil communautaire).

Encadré 6 : Exemple de la clause de financement du CP de Chatillon-sur-Chalaronne

La commune de Chatillon-sur-Chalaronne a signé en juin 2007 un CP pour la rénovation de son éclairage public avec la société Citelum. Suite aux nombreux dysfonctionnements observés (cf. encadré 13), la commune a décidé, comme le précisent les délibérations du Conseil municipal du 16 janvier 2012 et du 16 avril 2012, de faire appel au cabinet d'avocats Blein afin de l'assister dans une procédure de résiliation anticipée.

L'étude réalisée par le cabinet fait apparaître un **problème relatif à la clause de financement des travaux du poste G4** :

- tout porte à croire en première lecture que le taux indiqué dans les documents contractuels est un taux fixe, alors qu'il n'est déterminé qu'à l'engagement de chaque tranche du contrat ;
- la mention du taux de 4,61 % n'est qu'indicative, alors qu'il figure dans toutes les pièces du contrat et que la commune s'est prononcée en faveur de la proposition de Citelum, en fonction du coût de financement qui en résulte ;
- le contrat lui-même ne fait pas mention de la détermination du taux dans les dispositions relatives au financement du poste G4, et ne fait que renvoyer à des annexes, laissant supposer que le montant des frais financiers est invariable.

Le cabinet en conclut que cette rédaction témoigne sinon d'une volonté délibérée de tromper la commune, tout au moins de ne pas faire figurer en regard des dispositions correspondantes l'ensemble du régime applicable.

Source : Délibérations du Conseil municipal de Chatillon sur Chalaronne du 16 avril 2012.

En second lieu, **les PPP comportent parfois des « clauses scélérates », qui peuvent entraîner des surcoûts pour la collectivité adjudicatrice.** Il en est ainsi des clauses d'indexation par palier, qui offrent au partenaire privé la possibilité de réévaluer le montant des redevances qui lui sont dues.

Proposition n° 7 : Recommander aux collectivités, dans le guide méthodologique et les clausiers-types de la MAPPP, de faire figurer des indications chiffrées sur les grands équilibres financiers du contrat, dans le contrat lui-même

2.2.2.2. Certaines clauses font peser sur le contrat un risque de résiliation en cas de contentieux

Les recours contentieux, dans la mesure où ils conduisent à un blocage des crédits bancaires, peuvent faire peser un risque de résiliation sur les PPP. Les contrats précisent, en effet, que la disponibilité des crédits est soumise à la satisfaction de conditions préalables, parmi lesquelles figure « la purge du délai de tout recours » ou la fourniture d'une « attestation de non-recours ». Dans la mesure où le recours contentieux porte sur la délibération de la collectivité, cette dernière en assume le risque.

Ce risque de blocage du crédit bancaire est propre aux PPP qui intègrent le financement dans les missions de l'opérateur, **puisque les projets conçus en MOP reposent sur un endettement bancaire direct de la collectivité, qui n'est pas affecté à un projet en particulier**, ni soumis à des conditions préalables relatives à ce projet.

Ainsi, ce risque pèse directement sur les CP signés par la ville de Bordeaux sur le grand stade et par le Conseil général de Gironde sur la construction de douze pôles sociaux, qui ont fait l'objet de **contentieux croisés sur leurs délibérations, portés par des opposants politiques** :

- ◆ un recours contentieux a été déposé le 22 décembre 2011, par un conseiller général opposant municipal, contre la délibération autorisant le maire de Bordeaux à signer le CP pour la réalisation du grand stade, ainsi que celle lui permettant de ratifier un « accord autonome » destiné à contrer les effets d'un contentieux judiciaire ;

Annexe II

- ◆ deux recours contentieux ont été déposés en retour les 21 et 22 février 2012, par un conseiller général adjoint à la mairie de Bordeaux et par un particulier, contre la délibération autorisant le président du Conseil général de Gironde à signer le CP pour la construction des douze pôles sociaux.

Ces recours contentieux ont poussé les services des deux collectivités à rechercher des solutions de financement alternatives, afin de permettre la mise en œuvre du CP. **Le Conseil général de Gironde a décidé de se substituer à la banque Dexia, afin d'assurer le financement du CP, au prix d'une remise en cause de l'économie initiale du contrat (cf. encadré 7).**

Encadré 7 : La solution de financement retenue par le Conseil général de Gironde

Dans le cadre du CP du Conseil général de Gironde portant sur les douze pôles sociaux, la banque Dexia s'est engagée à financer l'opération sous la **condition suspensive d'obtention d'une attestation de non-recours** (article 9.1.1. et annexe 10 du contrat). En outre, il est prévu que le contrat de financement entre l'opérateur privé et la banque Dexia soit automatiquement déchu le 20 novembre 2012 si l'attestation de non-recours n'a pas été produite (article 8.5.2 du contrat de financement). Sans financement bancaire, l'opérateur ne pourrait donc plus poursuivre l'exécution du contrat. Dans ces circonstances, le contrat devrait être résilié pour motif d'intérêt général et l'opérateur indemnisé dans les conditions prévues au contrat (article 15.2 du contrat). Or, les délibérations du Conseil général relatives au CP ont fait l'objet de recours contentieux, au risque de mettre en péril le financement du contrat.

Après deux mois de conciliation et quatre mois de suspension entre les services du département, le groupement privé et la banque Dexia, **le Conseil général de Gironde a décidé de se substituer à la banque Dexia, afin d'assurer le financement du CP.** Il devra ainsi financer la partie dette bancaire du projet, pour un montant de 28,9 M€ HT, portant la contribution financière du Conseil général à un montant de 57,6 M€, dont **41,9 M€ versés avant la mise à disposition (MAD) des équipements.** Parallèlement, l'opérateur privé – les Écosolidaires – propose de doubler son engagement au titre du financement sur fonds propres, en le portant à 4,8 M€.

Tableau 5 : Répartition de la charge de financement entre le Conseil général et l'opérateur privé

	Charge de financement du partenaire		Charge de financement du Conseil général	
	Fonds propres	Dette	Contribution avant MAD	Sur-loyers
Contrat	2 400 000	29 000 000	15 600 000	13 200 000
Avenant	4 800 000	0	41 998 355	15 600 730
Différence	+ 2 400 000	- 29 000 000	+ 26 398 355	+ 2 400 730

Source : Compte-rendu de la réunion du Conseil général de Gironde du 28 septembre 2012.

Par ailleurs, le Conseil général doit également supporter les conséquences financières de la suspension du contrat sur le planning de réalisation du contrat, évaluées à 132 207 € HT.

La prise en charge du financement par le Conseil général devrait avoir pour conséquence une diminution du coût de financement. La valeur actualisée nette (VAN) passerait ainsi de 78,4 M€ HT à 77,1 M€ HT, compte tenu à la fois des conditions d'emprunt bancaire et de l'absence de TVA sur les frais financiers pour la part de financement apportée par le Conseil général.

L'article L1414-1 du CGCT dispose que le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à 40 M€. Le contrat en question étant supérieur à ce seuil, le Conseil général considère que le financement par le partenaire privé peut être minoritaire, sans seuil limitatif. En l'absence de jurisprudence sur ce sujet, cette interprétation extensive de la loi du 28 juillet 2008 est soumise à une forte insécurité juridique.

Source : Compte-rendu de la réunion du Conseil général de Gironde du 28 septembre 2012.

La solution retenue par le Conseil général de Gironde revêt une très forte incertitude juridique et s'inscrit dans un vide jurisprudentiel, même si la loi du 28 juillet 2008 précise désormais que le financement privé peut n'être que partiel. En transférant la mission de financement de l'opérateur privé à la personne publique, cet avenant bouleverse l'économie du contrat et remet en cause son caractère « global ». Il conduit, en outre, à faire porter le risque de financement par la personne publique. En effet, comme le souligne la MAPPP dans son guide méthodologique, l'inclusion du financement dans le champ des missions confiées au partenaire privé permet à la fois :

- ◆ sa responsabilisation, en conditionnant le remboursement des montants financés à l'obtention des performances contractualisées ;
- ◆ d'absorber les risques transférés contractuellement au partenaire privé, la rémunération exigée variant en fonction du risque assumé ;
- ◆ de favoriser les arbitrages entre investissement initial et dépenses de fonctionnement sur la durée au moyen du curseur financement.

Aussi, la prise en charge du financement par la personne publique, si elle peut permettre de réduire le coût global de financement en bénéficiant des conditions d'emprunt du secteur public, généralement plus favorables, nécessiterait de solides garanties, permettant de responsabiliser l'opérateur et d'assurer une prise en charge effective des risques.

Le CP de Saint Laurent Médoc fournit un exemple **de contrat pour lequel le risque de résiliation consécutif au retrait de la banque – après recours contentieux contre la délibération du Conseil municipal – s'est matérialisé**. Cette résiliation anticipée pour motif d'intérêt général induit des conséquences financières considérables pour une collectivité de cette taille (cf. *infra*).

Certaines collectivités ont pris en compte ce risque dans la négociation de leur contrat, à l'exemple de la ville de Nice dans le CP qu'elle a signé pour la réalisation du grand stade. Le titre IV du contrat est ainsi consacré aux « *retards, recours et retraits* », ce qui est une innovation par rapport aux autres CP. En cas de recours contentieux, le contrat prévoit notamment la **possibilité de mettre en place un préfinancement public partiel, ayant vocation à se substituer aux crédits bancaires, jusqu'au rejet des recours**. Ce préfinancement devra faire l'objet d'un remboursement, après rejet des recours, par le partenaire privé qui devra donc trouver un crédit bancaire assurant le relais du financement (cf. *encadré 8*).

Une telle solution, dont l'intérêt est manifeste en cas de forte probabilité de rejet des recours, permet d'assurer le financement du projet par un « relais » public – temporaire par construction –, tout en imposant au partenaire privé la recherche active d'une solution de financement bancaire alternative après le rejet des recours.

Encadré 8 : Clause relative au préfinancement public partiel dans le CP de la ville de Nice sur le grand stade

Le CP signé par la ville de Nice pour le Nice Stadium prévoit, dans son article 11.3, le recours à une solution de « **préfinancement public partiel** », en cas de recours contre le contrat ou un acte détachable du contrat :

- la ville assure alors le préfinancement de la réalisation du Nice Stadium, en lieu et place des prêteurs ;
- le préfinancement peut, sur demande de la ville, faire l'objet d'un remboursement par le partenaire à la date de rejet définitif du recours ou à la date de mise à disposition (MAD) de l'équipement (si cette date est postérieure). Les modalités d'ajustement de la rémunération en résultant seront déterminées d'un commun accord entre les parties ;
- la ville se réserve le droit de demander au partenaire, qui ne pourra pas s'y opposer :
 - d'augmenter le montant des fonds propres jusqu'à 20 % du besoin de financement net ; le cas échéant, au prorata du préfinancement public ; ils seront soit refinancés par la dette levée par

Annexe II

le partenaire en même temps que le préfinancement public, soit remboursés à la date de MAD en cas de non rejet définitif du recours par un préfinancement public complémentaire ; la rémunération des fonds propres complémentaires sera prise en charge par la ville au plus tard à la date de MAD ;

- **de maintenir tout ou partie du financement initial jusqu'à la date de MAD initiale augmentée de 17 mois maximum** ; la ville pouvant demander à tout moment au partenaire d'annuler les crédits ;
- **d'étudier, en cas d'annulation de tout ou partie des engagements bancaires initiaux, la mise en place dans les meilleurs délais d'un nouveau financement** pour permettre le remboursement par le partenaire du préfinancement et, dans le cadre d'une procédure de consultation, permettant d'optimiser les conditions de ce financement.

Source : Contrat de partenariat pour le Nice Stadium (article 11. 3 Préfinancement public partiel).

Par ailleurs, la ville se réserve également la possibilité, en cas d'annulation du contrat, de poursuivre elle-même la réalisation du stade, sans indemnité au profit du cocontractant. Le partenaire privé devrait, dans cette hypothèse, céder gracieusement l'ensemble des études et droits dont il dispose relatifs à la réalisation du stade (article 11.4 du contrat).

Proposition n° 8 : Inciter les collectivités, disposant d'une assise financière suffisante et pour les projets de grande taille, à inscrire des clauses « recours » dans leurs contrats, sur le modèle du CP du Nice Stadium, de manière à prévenir le risque de résiliation pour motif d'intérêt général

Les clauses « recours », rédigées sur le modèle du CP de la ville de Nice pour le grand stade, pourraient ainsi figurer dans les différents clausiers-types de la MAPPP, de manière à alerter les collectivités adjudicatrices sur les risques encourus en cas de recours contentieux et de résiliation anticipée du contrat.

2.2.2.3. La rupture anticipée du contrat peut se révéler coûteuse pour la collectivité

L'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit des clauses relatives aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification des aspects du contrat ou à sa résiliation²⁶.

Une rupture anticipée du contrat peut intervenir pour divers motifs – les plus courants étant la mise en régie, la résiliation pour motif d'intérêt général, la résiliation pour faute du titulaire, la résiliation pour force majeure, la résiliation en cas de bouleversement irrémédiable de l'économie du contrat ou encore la résiliation pour fait du prince –.

Par ailleurs, l'administration dispose d'un **pouvoir de résiliation unilatérale** des contrats, qui reste l'un des principes fondamentaux du droit administratif et ne saurait être écarté par des stipulations contractuelles contraires. Les motifs d'une telle résiliation unilatérale doivent être d'intérêt général, en rapport avec l'objet du contrat, la partie privée ayant droit à l'indemnisation intégrale du préjudice subi et du manque à gagner.

Si une telle résiliation demeure donc un droit fondamental de la personne publique, **ses conséquences financières peuvent être extrêmement importantes**, notamment pour des collectivités de petite taille.

²⁶ Le h) de l'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée prévoit que le contrat fasse référence « aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant ».

Annexe II

L'indemnité versée au titulaire, dans ces circonstances, résulte de la négociation entre les deux parties, mais intègre souvent les mêmes composantes :

- ◆ une réparation au titre du préjudice subi ;
- ◆ la compensation des frais occasionnés par la rupture ;
- ◆ le remboursement de l'intégralité des dépenses engagées ;
- ◆ le manque à gagner subi par le titulaire.

Le CP signé par la ville de Chécy pour l'éclairage public est assez représentatif à cet égard (cf. encadré 9).

Encadré 9 : Les conséquences financières en cas de résiliation pour motif d'intérêt général du CP signé par la commune de Chécy pour l'éclairage public

En cas de résiliation du contrat pour motif d'intérêt général, la collectivité verse au titulaire une indemnité couvrant l'intégralité du préjudice subi par le titulaire et notamment les éléments suivants, sans préjudice des montants auxquels la collectivité reste tenue au titre de l'Article IV.3.2 et de toutes les prestations déjà réalisées par le titulaire :

- la **valeur non amortie des biens**, en ce compris l'indemnité irrévocable ;
- le **manque à gagner subi par le titulaire** du fait de la résiliation anticipée du présent contrat, égal au produit entre, d'une part, la moyenne des résultats annuels courants avant impôts constatés des trois derniers exercices écoulés avant le préavis de résiliation ou à défaut la moyenne des résultats annuels courant avant impôt prévus dans les comptes prévisionnels, et, d'autre part, le nombre d'années d'exécution du contrat restant à courir, dans la limite maximale de trois années ;
- l'**ensemble des frais occasionnés par la résiliation anticipée du contrat** et notamment les coûts de rupture anticipée des contrats passés par le titulaire, le rachat des stocks et des biens de reprise ;
- l'**ensemble des sommes restant dues** au titre du contrat et non payées au titulaire ;
- **tout autre préjudice subi par le titulaire du fait de la résiliation anticipée**, dûment justifié, notamment **les frais de dénouement des contrats relatifs à l'exécution du contrat**, conformément aux principes dégagés par la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de résiliation de contrats administratifs pour cause d'intérêt général.

Source : Contrat de partenariat signé entre la commune de Chécy et Ineo réseaux centre, portant sur l'éclairage public.

Or, **une résiliation anticipée pour motif d'intérêt général constitue souvent la solution de dernier recours, voire une solution subie par la collectivité**, comme l'attestent les exemples de résiliation consécutive au blocage du crédit bancaire (cf. *supra*). La résiliation anticipée du CP de Saint-Laurent Médoc en fournit un exemple patent : à la suite du retrait de la banque consécutif à un recours contentieux, la commune a signé un avenant pour la résiliation anticipée du contrat, prévoyant pour le partenaire privé une **indemnité transactionnelle de 960 000 €, soit près d'un tiers du budget de fonctionnement annuel de la commune**. Cette indemnité, qui représente **plus de 10 % du montant total d'investissement** prévu dans le contrat, **doit être mise en regard des travaux réalisés par l'opérateur, qui se résument au seul aménagement d'un parking** (cf. encadré 10).

Encadré 10 : La résiliation anticipée pour motif d'intérêt général du CP de Saint-Laurent Médoc

La commune de Saint Laurent Médoc a signé le 12 juillet 2011 un **contrat de partenariat portant sur l'extension et la restructuration de son école communale et d'installations sportives** avec la société SOLEFIM. Le contrat prévoyait un **montant d'investissement de 9,3 M€** - décomposés en une tranche ferme de 6,8 M€ et une tranche conditionnelle de 2,4 M€ - et un **montant global des loyers de 20,4 M€ sur 25 ans**.

Cette commune de **3 976 habitants** au dernier recensement dispose d'un **budget de fonctionnement de 3,2 M€ en 2011**. Elle a, par ailleurs, appartenu au réseau d'alerte de la DGFIP depuis 2005 et

Annexe II

dispose d'un ratio de surendettement de 0,9. Ce contrat de partenariat aurait donc représenté **plus d'un quart de son budget de fonctionnement annuel pendant 25 ans**.

Or, un avenant a été signé le 18 juin 2012, portant **résiliation du contrat de partenariat, au motif que le recours introduit par le syndicat national du second-œuvre (SNSO) a empêché la société SOLEFIM de trouver le financement** pour la réalisation des travaux. Cet avenant prévoit une **indemnité transactionnelle** pour les diverses études effectuées, le dépôt du permis de construire et la réalisation d'un parking à hauteur de **960 000€**.

La commune devra donc verser près d'un tiers de son budget de fonctionnement annuel pour la seule résiliation d'un contrat, dans le cadre duquel seul un parking aura été construit.

Ce dossier fait actuellement l'objet de **contrôles conjoints par les services du contrôle de légalité de la Préfecture de Gironde et de la direction régionale des finances publiques**, sur plusieurs points :

- des avenants successifs ont été signés par la commune, conduisant à la cession des droits et obligations de la société SOLEFIM à une société en nom collectif (SNC école Saint Laurent), puis à la société Levaux & associés pour la résiliation du contrat ;
- le recours à la résiliation pour motif d'intérêt général mériterait d'être justifié ;
- le calcul du montant de l'indemnisation mériterait d'être étayé ;
- certaines factures, que la société s'adresse à elle-même pour l'assistance à maîtrise d'ouvrage et des déplacements, demandent des éclaircissements.

Source : Services du contrôle de légalité de la Préfecture de Gironde.

La résiliation anticipée d'un CP représente donc un risque financier et juridique considérable pour la collectivité, qui doit être anticipé et intégré dans la réflexion sur le partage des risques. Une indemnité de rupture trop élevée peut, en effet, désinciter le partenaire privé à rechercher une solution, notamment un financement alternatif lorsque la banque fait défaut, alors même qu'il est censé porter le risque financier.

Par ailleurs, il convient de remarquer que les **conditions de résiliation du contrat de financement sont fixées entre l'opérateur privé et la banque, alors que leurs conséquences peuvent être supportées par la personne publique *in fine* en cas de résiliation pour motif d'intérêt général**. Dans le cadre du CP du Conseil général de Gironde, la collectivité aurait dû payer – en cas de rupture anticipée du contrat – l'ensemble des frais supportés par l'opérateur, y compris l'indemnité de résiliation d'1 M€ qu'il aurait dû verser à la banque, comme le prévoit le contrat de financement qu'ils ont signé.

Proposition n° 9 : Attirer l'attention des collectivités à la fois sur les clauses de résiliation qui figurent dans leur contrat et sur celles qui figurent dans le contrat de financement entre l'opérateur et la banque

Le guide méthodologique et les clausiers-types de la MAPPP pourraient intégrer une telle mise en garde, en recommandant notamment aux collectivités d'effectuer une simulation des conséquences financières d'une telle résiliation, avant la signature du contrat.

2.2.3. Les gains théoriques du CP en termes de coûts et de délais ne sont pas toujours vérifiés

L'annexe III relative à l'évaluation économique préalable fait état d'un **différentiel important entre les coûts et les délais mentionnés dans les rapports d'évaluation et ceux inscrits dans les contrats**, qu'il s'agisse des coûts de conception, des coûts de construction, d'entretien ou d'exploitation.

Annexe II

L'analyse de l'échantillon de contrats de collectivités locales confirme globalement ces résultats, tout en montrant la **très grande hétérogénéité des situations, étroitement corrélée aux capacités de négociation** de la collectivité. La mission a toutefois pu relever **plusieurs exemples dans lesquels les délais et les coûts se sont révélés plus importants que prévu** :

- ◆ **les délais de procédure sont généralement sous-évalués dans les évaluations préalables** : dans le cas du CP de Chécy, le rapport d'évaluation préalable prévoyait un délai de 8 mois pour l'ensemble de la procédure de passation du contrat, jusqu'à sa signature, contre un délai escompté d'un an en MOP. Or, le contrat a été signé le 5 décembre 2011, soit un an après un avis d'appel public à la concurrence (AAPC) publié le 14 décembre 2010 ;
- ◆ sur l'échantillon de CP retenu par la mission, **le délai moyen entre la date de l'AAPC et la date de signature du contrat s'élève à 445 jours, soit 1 an et 3 mois**, pour des projets très variés, ce qui est bien supérieur aux évaluations généralement retenues. Ce délai peut aller jusqu'à 631 jours, soit 1 an et 9 mois, dans le cas du CP du Conseil général de Gironde pour la réalisation de 12 pôles sociaux. Le CP relatif à la construction de l'enceinte ARENA à Orléans donne également un exemple de procédure particulièrement longue (*cf. encadré 11*) ;

Encadré 11 : Les délais de procédure du CP de la ville d'Orléans pour l'ARENA

Dans le cas du projet de CP de la ville d'Orléans pour la réalisation du complexe sportif ARENA, le contrat n'est pas encore signé, alors que le premier AAPC a été publié le 29 mai 2010 et relancé le 2 avril 2011.

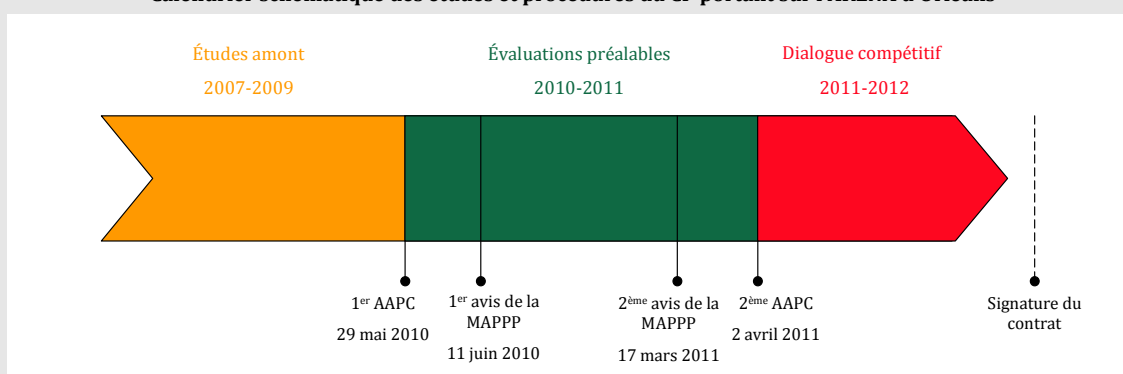
Après une longue phase amont d'études préalables commencée dès 2007, une première tentative de recours au CP a été sanctionnée par un avis de la MAPPP le 11 juin 2010.

Cet avis était favorable, mais déplorait que « *le périmètre retenu pour le schéma en contrat de partenariat soit particulièrement réduit (...), ce qui pénalise clairement le contrat de partenariat, car il ne permet pas de compenser par ces moyens le surcoût de financement inhérent au schéma* ».

Parallèlement, la ville a décidé de changer le site d'implantation du projet.

Un deuxième rapport d'évaluation préalable a donc été conçu, sur lequel la MAPPP a rendu un avis le 17 mars 2011. Un deuxième AAPC a été publié le 2 avril 2011. Le dialogue compétitif est actuellement en cours.

Calendrier schématique des études et procédures du CP portant sur l'ARENA d'Orléans



Source : Mission.

Si le 1^{er} AAPC est retenu comme point de départ de la procédure de lancement du CP, les délais courent depuis plus de 2 ans et 4 mois et depuis 1 an et 6 mois à compter du 2^{ème} AAPC.

Annexe II

- ◆ comme relevé dans la partie 2.1.1., **d'importants différentiels financiers ont été relevés entre l'évaluation préalable et les contrats signés. Si un défaut de fiabilité de l'évaluation et une dérive des coûts** en cours de négociation **peuvent jouer un rôle, ceux-ci peuvent difficilement être quantifiés**. L'écart de 19 % entre les coûts d'investissement évalué et signé pour le CP du grand stade de Nice en témoigne ;
- ◆ **en matière d'éclairage public, le recours au CP peut parfois se révéler plus coûteux que la gestion antérieure**. Dans le cas du CP de Chatillon-sur-Chalaronne, la commune a estimé, dans une délibération du Conseil municipal du 16 janvier 2012, soit plus de quatre ans après la signature du contrat, que le coût de l'éclairage public s'élevait à 215 000 € TTC par an avant le contrat et qu'il était passé à 364 230 € TTC par an depuis lors ;
- ◆ certains CP ont fait l'objet d'**avenants coûteux, peu de temps après la signature du contrat, qui alourdissent le coût global du projet**. Ainsi, le CP signé par la COBAS le 29 septembre 2011 pour la construction de trois piscines a d'ores et déjà donné lieu à plusieurs avenants pour un montant total d'1 M€ d'investissement supplémentaire.

Ces exemples de dérive des délais et des coûts ne constituent certes pas la conclusion d'une évaluation exhaustive des CP – pour laquelle quelques années de recul seront nécessaires – mais représentent autant de **points d'alerte pour les collectivités**.

2.3. La qualité des réalisations est étroitement liée à la capacité d'initiative et de contrôle des collectivités adjudicatrices

La mission n'a pas pu se livrer à une évaluation complète des résultats produits par le CP, tant en termes de réalisation, d'entretien et de maintenance, que d'exploitation, compte tenu :

- ◆ du faible nombre de contrats livrés ;
- ◆ de leur ancienneté réduite. Ces contrats méritent en effet d'être évalués sur la durée, compte tenu de l'enjeu du maintien d'une relation contractuelle de qualité sur des périodes de plusieurs décennies.

L'analyse qui suit porte donc pour l'essentiel sur les premiers constats qui peuvent être esquissés en la matière.

2.3.1. Les avantages du PPP en termes de construction, d'entretien et de maintenance demandent à être confirmés, face aux zones de risques qui se dessinent

2.3.1.1. Les PPP renouvellent la place de la maîtrise d'œuvre dans la conception et la réalisation des équipements

Le CP permet d'associer les missions de financement, de conception, de construction, de maintenance et d'exploitation dans une formule globale. Les responsables des collectivités publiques peuvent certes conserver une entière liberté de choix du concepteur et du projet architectural en gardant tout ou partie de la conception des ouvrages, comme le prévoit l'article 1^{er} de l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée.

La plupart des collectivités confient la totalité de la conception au partenaire privé, en tirant profit de la globalité des solutions offertes par le CP. La loi relative à la MOP ne s'appliquant pas, l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée prévoit également, à l'article 12, des **dispositions particulières renforçant le rôle des concepteurs et la place du volet architectural** :

Annexe II

- ◆ une équipe de maîtrise d'œuvre, chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation, doit obligatoirement être identifiée dans les conditions d'exécution du contrat ;
- ◆ les offres doivent nécessairement comporter, pour les bâtiments, un volet architectural ;
- ◆ la qualité globale des ouvrages doit figurer parmi les critères d'attribution du contrat.

Les services des collectivités rencontrées ont fréquemment mis en évidence l'intérêt d'une solution intégrée, qui associe la maîtrise d'œuvre aux autres missions du partenaire privé. Une telle formule permet en effet de :

- ◆ **confier à un même partenaire l'exploitation sur le long terme d'un investissement qu'il a conçu, de manière à assurer l'optimisation économique du projet ;**
- ◆ **donner une prévisibilité accrue sur les coûts de construction dès le stade de la conception du projet** – alors que l'allotissement des marchés en MOP conduit fréquemment à de forts différentiels de coûts entre les estimations en conception et les dépenses effectives – ;
- ◆ **désigner un interlocuteur unique pour la collectivité**, la responsabilité de la coordination et de la négociation entre les différents corps de métiers étant assurée par l'opérateur lui-même.

Certaines collectivités locales ont eu recours à des solutions intermédiaires, en demandant aux candidats de présenter deux ou trois projets architecturaux différents dès la première phase du dialogue compétitif. La procédure engagée par la ville de Bordeaux pour la construction de la cité municipale témoigne de la recherche d'un équilibre entre l'optimisation économique du projet et l'attention portée à son architecture. **Si ce type de pratique peut encourager la créativité des projets, il est également à l'origine de surcoûts pour l'acheteur public, chaque candidat intégrant la complexité de la demande initiale dans le prix de son offre finale.**

2.3.1.2. Les PPP apportent des garanties en termes d'entretien et de maintenance

L'évaluation des prestations d'entretien et de maintenance offertes dans le cadre d'un PPP est rendue malaisée par le manque de recul sur des contrats dont les équipements ont été livrés depuis peu. En outre, la comparaison des coûts d'entretien et de maintenance avec d'autres modes de gestion, notamment en régie, supposerait que les collectivités disposent d'outils de comptabilité analytique suffisamment élaborés pour pouvoir isoler ces postes de dépenses (cf. partie 2.1.1.).

Cependant, les services des collectivités territoriales ont souvent souligné les garanties inscrites dans les PPP dans ce domaine :

- ◆ **obtenir un équipement en état neuf à l'issue du contrat²⁷ ;**
- ◆ **sanctuariser les dépenses d'équipement et de maintenance** face aux risques de restrictions budgétaires, dans un contexte d'attrition des crédits ;
- ◆ **éviter, parfois même avant l'issue de la période d'amortissement, des dépenses de réinvestissement coûteuses engendrées par un défaut d'entretien régulier des équipements**, et prémunissant ainsi la collectivité contre ses propres turpitudes de gestion.

²⁷ Cette particularité du PPP justifie précisément que la collectivité soit dispensée, dans ses enregistrements comptables, d'amortir l'équipement, comme l'a rappelé l'avis du CNOCP du 8 décembre 2011 : « pour l'équipement faisant l'objet d'un amortissement, la prise en compte des clauses d'entretien peut se traduire par une absence d'amortissement, notamment si l'équipement en cause ne subit qu'une obsolescence négligeable ».

Par ailleurs, certains services ont fait valoir que la rigidification budgétaire, induite par l'inscription de ces dépenses dans un cadre contractuel de long terme, devait être relativisée au regard des dépenses de personnel, tout aussi - voire plus - rigides, nécessaires à la collectivité pour assurer l'entretien et la maintenance de ses équipements en régie.

2.3.1.3. Les PPP sont toutefois sources de rigidité dans les solutions apportées, face à des besoins et des conditions de marché qui évoluent

Le revers de la prévisibilité apportée par le PPP réside dans la rigidité des coûts et prestations du partenaire privé, face à :

- ◆ **des conditions de marché, notamment des tarifs, qui varient ;**
- ◆ **des besoins en matière de service public qui évoluent**, tant sous l'effet des variations des attentes des usagers que sous l'effet des alternances politiques au sein des exécutifs locaux.

Face à l'évolution des conditions de marché, certains contrats intègrent des clauses de remise en concurrence, permettant de réintroduire des marges de souplesse et de concurrence. Le CP signé par la COBAS avec la société Aquobas le 29 septembre 2011 en fournit un exemple. Dans les clauses financières du contrat, l'article 17 prévoit une révision périodique de la rémunération R5 – énergie du titulaire – sous la forme d'un *market testing* : tous les 5 ans, après la date effective de mise à disposition, le titulaire s'engage à réaliser une étude de marché du prix des énergies (gaz, électricité, bois). L'objet de cette étude de marché est d'examiner l'opportunité de lancer une remise en concurrence des fournisseurs d'énergie du mainteneur par ce dernier, dont les conditions sont précisément détaillées.

L'insertion de ce type de clauses n'est toutefois pas systématique, et mériterait d'être étendue.

Proposition n° 10 : Recommander aux collectivités d'intégrer des clauses de remise en concurrence, de *benchmark* et de *market testing* dans leur contrat

Des clauses de ce type pourraient figurer dans les clausiers de la MAPPP, sur le modèle du contrat signé par la COBAS pour la construction des trois piscines.

Face à la mutabilité du service public, le CP présente certains risques. Les motivations présentées par les services de la ville de Bordeaux pour la construction du grand stade mettent paradoxalement en relief les limites des solutions apportées par le CP. La ville a, en effet, souhaité construire un nouveau stade et non pas rénover l'ancien stade Chaban-Delmas, afin de concevoir un équipement mieux adapté aux enjeux sportifs et commerciaux actuels. Comme le souligne leur rapport d'évaluation préalable, il s'agit à la fois de concevoir des espaces offrant une très haute qualité de service et un meilleur niveau de rentabilité, pour la clientèle haut-de-gamme, et de répondre au cahier des charges de l'euro 2016. **Le même souci d'adéquation aux enjeux les plus contemporains pourrait prévaloir dans 30 ans, à l'issue du CP, lorsque le partenaire privé remettra à la collectivité un équipement en état neuf, mais sans doute dépassé voire obsolète.**

Les dépenses de gros entretien et renouvellement (GER) garanties dans le contrat permettent à la collectivité de disposer d'un équipement à l'état neuf à l'issue du contrat, alors même que les attentes des usagers évoluent entre temps. Cet écueil a été souligné à la mission par les services de la commune d'Arcachon, qui se sont montrés réticents à recourir au PPP pour la construction de grands équipements.

Proposition n° 11 : Recommander aux collectivités de ne pas définir la durée de leur contrat en fonction des seuls arbitrages budgétaires et financiers, mais également en fonction de la durée de vie prévisionnelle des équipements et de l'évolution anticipée des besoins dans ce domaine

2.3.2. Le suivi du volet performantiel des contrats est assuré de manière rudimentaire par les collectivités

2.3.2.1. Le contrôle de l'exécution du contrat repose pour l'essentiel sur les usagers et le partenaire privé lui-même

Le guide méthodologique de la MAPPP rappelle que **la personne publique doit assurer un pilotage précis et périodique du contrat**. Il insiste sur cet aspect, en précisant qu'« *il s'agit d'une exigence d'efficacité économique, puisqu'elle doit être en mesure de déterminer si le service rendu par la personne privé correspond aux besoins définis, et de **contrôle de l'action publique**, puisqu'elle doit s'assurer de la bonne utilisation des deniers publics* ». Il recommande donc qu'une équipe dédiée remplisse cette mission.

Or, sur l'échantillon considéré de PPP livrés, **les collectivités locales n'assurent qu'un suivi distant et approximatif de l'exécution des contrats**. Souvent, les collectivités ne conservent pas d'AMO, contrairement à la phase amont de conception et de négociation, voire de construction des équipements. Les équipes projet sont reconduites dans un format restreint ; le suivi revient à ces équipes – plutôt dimensionnées pour les besoins de la phase de négociation – et aux services techniques de la collectivité – qui sont souvent calibrés pour les besoins de la régie directe et non pour le contrôle de prestations qu'ils ne maîtrisent pas en propre –.

Aussi, pour le contrôle du volet performantiel, les services s'appuient pour l'essentiel sur :

- ◆ **les éléments d'information fournis par le partenaire privé lui-même**, dans le cadre du rapport annuel²⁸ ou des contrôles internes qu'il effectue ;
- ◆ **les remontées des usagers**, au travers d'un numéro vert ou d'un bulletin en ligne.

Le contrôle de la personne publique s'apparente donc à un contrôle indirect, de deuxième niveau, au risque de se décharger de la mise en œuvre du contrôle effectif sur le partenaire privé, la collectivité ne se donnant pas toujours les moyens nécessaires à l'exercice du suivi. Même si certaines collectivités ont prévu d'effectuer des audits ponctuels de contrôle, telles que le Conseil général du Loiret, très peu ont été effectivement mis en œuvre.

Ce constat met en exergue le **caractère paradoxal d'une forme de recours au secteur privé qui supposerait, pour être parfaitement suivie, un fort investissement de la collectivité dans le contrôle des prestations**, associé à un surcoût en dépenses de personnel et à des recrutements *ad hoc*. Le haut degré de technicité et de complexité des contrats en la matière supposerait, en retour, que la collectivité se dote en personnels de contrôle compétents et spécialisés afin de donner toute son effectivité au volet performantiel du contrat.

²⁸ Un rapport annuel établi par le titulaire du contrat doit être adressé à la personne publique, afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat (article 12-1 de l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée).

2.3.2.2. Les collectivités se montrent souvent réticentes à appliquer des pénalités à l'opérateur

Sur l'échantillon de collectivités rencontrées par la mission, seul un exemple d'application de pénalités a pu être observé. La ville d'Arcachon, dans le cadre du CP qu'elle a signé pour l'éclairage public, a en effet décidé d'appliquer le montant maximum de pénalités dès la première année du contrat, soit 150 000€, pour une série de manquements et de non-atteinte des objectifs de performance. Loin de remettre en cause la qualité de la relation contractuelle, cette pénalité est perçue par les services de la ville comme la mise en œuvre naturelle du volet performantiel inscrit dans le contrat.

Toutes les autres collectivités se sont montrées très réservées sur le recours aux pénalités, appréhendées comme un outil délicat à manier, risquant de crisper un partenaire avec lequel elles se sont engagées sur plusieurs décennies. **Aussi, le souci de ménager de bonnes relations avec l'opérateur peut faire obstacle à l'application des clauses de performance du contrat**, au risque d'entraîner une dégradation de la relation contractuelle.

Ainsi l'exemple du CP de Chatillon-sur-Chalaronne, en cours de résiliation anticipée, témoigne-t-il du caractère insuffisamment incitatif des objectifs de performance assignés et des pénalités qui leur sont associées (cf. encadré 12).

Encadré 12 : Dénonciation du CP de Chatillon-sur-Chalaronne

Dans le cadre du CP signé entre la commune de Chatillon-sur-Chalaronne et la société Citelum pour l'éclairage public, **de nombreuses défaillances ont été constatées et notifiées**, concernant :

- un retard dans la réalisation des travaux ;
- le non respect des délais d'intervention pour procéder à des réparations ;
- la non réalisation de l'équipement permettant la gestion lumineuse informatisée point par point ;
- des dysfonctionnements multiples, liés au changement des supports lumineux sans changement des luminaires ;
- la non transmission des informations dans les délais prévus.

Malgré les demandes formulées par la collectivité auprès de l'opérateur, il n'a pas été remédié à ces dysfonctionnements. Le conseil municipal relève, dans ses délibérations, que **le régime des pénalités – non appliqué et protecteur des intérêts du partenaire privé – n'a pas été susceptible de contraindre celui-ci à respecter ses engagements**.

Dans ces circonstances, la commune compte adresser une mise en demeure au partenaire privé et, s'il n'est pas donné une suite favorable à cette mise en demeure, d'engager une procédure de résiliation anticipée pour motif d'intérêt général, « *la commune ne pouvant laisser le service public se dégrader dans de telles conditions alors même que son coût s'accroît sans réelle contrepartie* ».

Source : Délibérations du Conseil municipal de Chatillon-sur-Chalaronne du 16 janvier 2012 et du 16 avril 2012.

3. Les PPP induisent des engagements financiers conséquents pour les collectivités locales, dont les enjeux budgétaires et comptables sont mal maîtrisés

3.1. Malgré l'évolution récente des règles de comptabilité, les engagements financiers liés aux PPP pâtissent encore d'un défaut de transparence

3.1.1. L'évolution des règles de comptabilisation en 2010 a vocation à assurer un enregistrement des PPP dans les bilans des collectivités locales

Pour les nouveaux CP et le stock de contrats signés, l'arrêté du 16 décembre 2010 a complété et mis à jour le dispositif comptable et budgétaire applicable aux collectivités territoriales, établissements publics locaux et établissements publics de santé à compter du 1^{er} janvier 2011. **Les nouvelles règles consistent à inscrire au bilan de la collectivité locale l'actif faisant l'objet du CP, ainsi que la dette correspondante au passif, alors que ces éléments n'apparaissaient auparavant qu'en hors bilan.**

La MAPPP précise néanmoins que ces informations étaient d'ores et déjà retraitées et reclassées en équivalent dette par les analystes financiers, agences de notation, banques et chambres régionales des comptes, dans leur appréciation de la solidité financière des collectivités concernées.

Le schéma d'écritures comptables retenu se décompose comme suit :

- ◆ la partie de la rémunération représentant la part investissement versée avant la mise en service du bien est enregistrée au débit du compte 235 « part investissement PPP » ;
- ◆ **à la mise en service de l'immobilisation**, le bien est intégré au compte 21 (immobilisations corporelles) approprié pour sa valeur totale correspondant au coût d'entrée chez le partenaire privé ;
- ◆ la contrepartie est enregistrée au compte 235 (part investissement PPP) pour la part investissement d'ores et déjà payée et au compte 1675 (dettes pour marchés d'entreprises de travaux publics et PPP) pour la part investissement restant à payer, par des opérations d'ordre non budgétaire ;
- ◆ la partie de la rémunération représentant un coût d'investissement – correspondant au remboursement du capital – diminue, chaque année, la dette enregistrée au compte 1675,
- ◆ la partie de la rémunération représentant un coût de fonctionnement s'impute, chaque année, au compte de charge 611²⁹ (contrats de prestations de services avec des entreprises) ;
- ◆ la partie de la rémunération représentant un coût de financement s'impute annuellement au compte de charge 6618 (intérêts des autres dettes).

Les engagements futurs au titre des dépenses de financement et de fonctionnement ne sont donc pas enregistrés au bilan.

²⁹ Il s'agit du compte 6288 pour les comptabilités M22 (EPSMS) et M31 (OPH) et du compte 6123 pour la comptabilité M21 des établissements publics de santé.

Annexe II

L'avis du CNCOCP du 8 décembre 2011 a rappelé, en outre, que la collectivité est dispensée, dans ses enregistrements comptables, d'amortir l'équipement lorsque les clauses prévoient que le bien doit être livré, à échéance du contrat, en état neuf : « *pour l'équipement faisant l'objet d'un amortissement, la prise en compte des clauses d'entretien peut se traduire par une absence d'amortissement, notamment si l'équipement en cause ne subit qu'une obsolescence négligeable* ».

Par ailleurs, en vertu des articles L.2313-1, L.3313-1 et L.4313-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT), les communes de plus de 3 500 habitants, les départements et les régions ont l'obligation **d'assortir leurs documents budgétaires de deux annexes, l'une retraçant l'ensemble des engagements financiers de la collectivité au titre du CP, et l'autre retraçant la dette liée à la part investissement du contrat.**

Selon la MAPPP, il est souhaitable par ailleurs que l'engagement pluriannuel pris par la collectivité au titre d'un CP soit traduit par le vote d'une autorisation de programme (AP) correspondant à la rémunération de la part investissement réalisée par le tiers, et d'autorisations d'engagement (AE) pour les parties correspondant à la rémunération imputée en section de fonctionnement.

Concernant les BEA, la partie de la rémunération représentant la part investissement est comptabilisée de manière identique aux CP. Les sommes versées au preneur par la collectivité en contrepartie de la disposition de l'ouvrage s'analysent comme un loyer et s'imputent au compte 6132 « locations immobilières ».

Dans le cadre de la rédaction de nouveaux arrêtés relatifs à la comptabilité des collectivités locales pour l'exercice 2013, la DGCL et la DGFIP doivent expertiser l'impact de l'avis du CNCOCP du 8 décembre 2011 sur les règles de comptabilisation des contrats entrant dans son champ (*cf. annexe I*). Cet avis a vocation à être transposé dans la comptabilité générale des collectivités locales, afin de s'appliquer aux comptes des entités du secteur public local à compter de 2013.

Le principal enjeu de sa transposition au secteur public local concerne le crédit-bail, pour lequel une modification de sa comptabilisation, visant à le réintégrer dans le bilan, pourrait être envisagée.

3.1.2. Ces évolutions n'ont pas encore accru de manière significative la transparence des engagements financiers relatifs aux PPP

3.1.2.1. Les dépenses induites par les PPP sont encore retracées de manière lacunaire dans les comptes des collectivités

Les nouvelles règles d'enregistrement des PPP n'ont pas encore fait l'objet d'une mise en œuvre pleine et entière dans les comptes des collectivités locales. En effet, l'observation des comptes 1675 et 235 des collectivités en 2011 montre que seuls 40 comptes 235 et 47 comptes 1675 ont été mouvementés³⁰. Or, au moins 66³¹ CP ont été livrés entre 2006 et 2011, ce qui signifie qu'au moins 66 comptes 235 auraient dû être mouvementés (et davantage si les mouvements intervenus avant la livraison de l'équipement, pour l'enregistrement des subventions notamment, sont pris en compte). Les déplacements effectués par la mission ont également montré que la plupart des collectivités dont les équipements avaient été livrés n'avaient pas encore procédé aux enregistrements comptables requis, à l'exemple du syndicat intercommunal UNIVALOM et du Conseil régional de Guyane.

Par ailleurs, les règles d'enregistrement des PPP témoignent du statut particulier de ces dépenses dans la comptabilité des collectivités locales. Au titre du contrôle de l'équilibre budgétaire, les dépenses du compte 1675 sont en effet exclues de l'annuité de la dette en capital à couvrir par des ressources propres. Dans la mesure où l'enregistrement de ces dépenses constitue une opération d'ordre, ne donnant pas lieu à un flux de trésorerie mais visant à la constitution d'un stock de dette, **le compte 1675 n'est donc pas pris en compte dans le calcul de l'équilibre budgétaire et son amortissement est neutralisé budgétairement**. L'opération est dépourvue d'impact budgétaire puisque les dépenses du compte 1675 sont la contrepartie des flux imputés annuellement à l'actif.

Ceci montre que **la dimension patrimoniale de la comptabilité des collectivités locales est encore relativement réduite, éloignée des exigences d'une véritable comptabilité d'exercice et dominée par une logique de liaison étroite avec la comptabilité d'exécution budgétaire**.

Toutefois, les dépenses inscrites au compte 1675 doivent être prises en compte dans les ratios d'endettement et les PPP doivent être comptabilisés dans les états de la dette annexés aux documents budgétaires des collectivités. Aussi, **un tel enregistrement comptable n'a aucune incidence sur l'équilibre budgétaire, mais influe sur la capacité d'endettement de la collectivité, qui doit également faire l'objet d'un contrôle de la part des services de la préfecture, à l'occasion du contrôle budgétaire**.

Les opérations d'ordre, qui permettent de retracer la dimension patrimoniale de la collectivité, ne se traduisent donc directement que dans les états financiers annexés au budget et dans le ratio d'endettement.

Proposition n° 12 : Appeler l'attention des comptables publics sur l'enregistrement des PPP, de manière à anticiper l'échéance des comptes 2013 et les éventuelles conséquences de ce changement de règles comptables sur les budgets des collectivités concernées, notamment sur leur capacité d'endettement

³⁰ Les dépenses d'investissement doivent être enregistrées au compte 235 – pour la part investissement d'ores et déjà payée – et au compte 1675 – pour la part investissement restant à payer –, à la mise en service de l'équipement (cf. *supra*).

³¹ Ce nombre de CP livrés constitue une estimation basse, compte tenu du défaut d'exhaustivité des bases de données disponibles et des retraitements effectués par la mission, visant à isoler les CP dont la fiabilité des données était la plus probable (cf. *partie 1.1.2*).

3.1.2.2. Les défauts d'enregistrement des PPP en comptabilité générale se répercutent en comptabilité nationale

Comme le met en évidence l'annexe I, les **PPP conclus par les collectivités territoriales ne sont pas recensés de manière exhaustive dans les comptes des collectivités par leur comptable ainsi que par l'Institut nationale de la statistique et des études économiques (INSEE), pour les besoins de la comptabilité nationale**. Seules les listes établies par la MAPPP et le CEF-O-PPP donnent une vision approximative (cf. *supra*) des contrats établis au niveau local. La mission a pu constater, lors de ses déplacements, que les directions régionales et départementales des finances publiques ne transmettaient aucun élément relatif aux PPP ni à la DGFIP (bureau CE1C, chargé des comptes nationaux), ni à l'INSEE. Ces dernières ne disposent donc que des comptes agrégés, tels qu'ils sont transmis pour les besoins de la comptabilité publique.

Les nouvelles règles d'enregistrement des PPP dans la comptabilité des collectivités locales (cf. *supra*) devraient permettre de reporter directement le coût d'investissement, enregistré en dette dans les comptes des collectivités, dans la dette publique consolidée en comptabilité nationale. Toutefois, **nombre de PPP n'étant pas encore enregistrés dans les comptes des collectivités territoriales, les défauts de comptabilisation en comptabilité publique se reproduisent mécaniquement en comptabilité nationale**.

3.2. En dépit de son incidence sur la soutenabilité des budgets locaux, le recours au PPP ne fait pas l'objet d'une analyse budgétaire et financière adéquate

3.2.1. La soutenabilité budgétaire des projets n'est examinée ni dans l'évaluation préalable, ni dans les contrôles de l'État

3.2.1.1. L'évaluation préalable est dépourvue de toute analyse budgétaire

Le rapport d'évaluation préalable ne comporte pas d'analyse de l'impact budgétaire du projet de PPP. S'il accorde une place à l'analyse financière, sous le prisme de la comparaison entre les différents modes de commande publique (cf. *supra*), **il n'a pas vocation à rapporter dans ce bilan comparatif la disponibilité des crédits, ni à explorer les conséquences du recours au CP - et à d'autres types de contrat - sur le budget de la collectivité**.

Pourtant, les conséquences budgétaires d'un CP ne sont pas identiques à celles d'autres modalités de commande publique et mériteraient d'être documentées en amont de la décision de recours à ce type de contrat. **Alors même que le choix du CP résulte souvent de motivations budgétaires (cf. partie 1.2.2.), les implications de ce choix ne sont pas documentées au-delà de l'étalement des dépenses qu'il permet sur plusieurs décennies**.

3.2.1.2. Les collectivités locales ne recourent pas aux services de l'État pour étayer l'analyse budgétaire et financière de leurs projets

Les services de l'État ne procèdent pas à une analyse budgétaire des projets de PPP :

- ◆ **le contrôle budgétaire des services de la préfecture ne porte pas sur l'analyse de l'impact budgétaire des projets de PPP**, mais plus largement sur l'équilibre budgétaire – dont le compte 1675 est exclu (cf. *supra*) – et sur le ratio d'endettement des collectivités locales. Certaines préfectures, telles que celle de la Gironde, ont toutefois développé une analyse plus précise, comportant notamment :
 - une vérification du dispositif comptable et budgétaire appliqué aux dépenses engendrées par les CP, notamment de la bonne imputation comptable de la part investissement sur le compte 235, dans le cadre de l'examen de l'éligibilité au FCTVA ;
 - un rapprochement entre les montants comptabilisés et les documents transmis au contrôle de légalité.

Même lorsqu'il est approfondi, le contrôle budgétaire s'apparente donc surtout à un contrôle de régularité et de bonne mise en œuvre des règles d'enregistrement budgétaire et comptable, et ne porte pas sur la soutenabilité budgétaire du recours aux PPP ;

- ◆ **les services des directions départementales et régionales des finances publiques ne sont jamais sollicités par les collectivités, en dépit de leur activité de conseil** (cf. *supra*). Ils ne sont qu'exceptionnellement saisis par les services de la préfecture. Le pôle national de soutien au réseau (PNSR) de la DGFIP, spécialisé sur les questions de commande publique, n'a été consulté qu'à cinq reprises sur des questions relatives aux CP. Au-delà de la modicité de ce chiffre, il convient de noter que le pôle se prononce pour l'essentiel sur les aspects juridiques et comptables relatifs à la commande publique, et non sur la fiabilité des chiffrages retenus dans les évaluations préalables ou sur la soutenabilité budgétaire des projets.

Les **missions d'expertise économique et financière (MEEF)** ont vocation à réaliser des prestations d'expertise sur les projets d'investissement public. Leur rôle a été récemment rappelé dans une circulaire du 6 janvier 2012³² aux préfets et directeurs des finances publiques. Prioritairement saisies par les préfets de région ou de département, elles peuvent également être saisies par les présidents d'établissements publics ou par les collectivités locales, notamment dans le cadre des conventions de services comptables et financiers et engagements partenariaux. Elles peuvent ainsi réaliser des expertises sur des projets d'investissement public de toute nature, qu'elles soient approfondies ou rapides et ciblées (ERC), avec des contenus adaptés aux besoins des commanditaires (cf. *encadré 13*).

Encadré 13 : Contenu des études et des expertises de la MEEF

Les prestations réalisées par la MEEF sont à dimension variable. À la demande des décideurs locaux, la MEEF peut traiter des différents aspects suivants :

▪ **aspects financiers :**

- coût et plan de financement d'une opération ;
- capacité financière des différents partenaires d'un projet d'investissement ou de bénéficiaires de fonds publics ;
- situation financière d'un maître d'ouvrage ;
- plan de trésorerie ;
- impact financier d'un projet en termes de fonctionnement ;

³² Circulaire DGFIP/DMAT du 6 janvier 2012 relative aux prestations des missions d'expertise économique et financières (MEEF).

Annexe II

▪ aspects juridiques :

- analyse d'un montage juridique ;
- création d'une structure de portage ;
- questions domaniales (évaluation de la valeur de terrains ou bâtiments, estimation de loyers, situation cadastrale de terrains, etc.) ;
- questions fiscales (conditions d'assujettissement et de récupération de la TVA, régime fiscal en fonction du mode de gestion adopté, etc.) ;

▪ aspects économiques :

- rentabilité économique d'un projet ;
- contexte économique (situation du marché, débouchés, etc.) ;
- études d'impact (activité, emploi, etc.).

Source : Circulaire du 6 janvier 2012 relative aux prestations des MEEF.

Elles ne sont encore saisies que rarement de missions relatives aux PPP, en dépit de l'expertise qu'elles pourraient apporter sur de tels projets. À titre d'exemple – qui demeure une exception –, la MEEF d'Aquitaine a réalisé en 2010 l'analyse de la situation financière de la ville de Biarritz, afin de contribuer à l'instruction des demandes de subventions du fonds européen de développement régional (FEDER) dans le cadre du projet de CP pour la construction du Pôle Océan, cité du surf de Biarritz.

La MEEF alertait notamment sur la situation financière tendue de la commune, la dégradation de la capacité d'autofinancement et un recours systématique à l'emprunt pour financer des investissements importants. Cette étude doit désormais être complétée par un deuxième volet prospectif, portant sur l'évolution des finances de la ville en prenant en compte l'ensemble de ses projets d'investissement importants, dont le Pôle Océan. L'objectif est d'analyser comment la ville de Biarritz supporte financièrement l'équipement public et de lui permettre d'ajuster ses prévisions budgétaires et financières.

Proposition n° 13 : Systématiser la saisine de la MEEF pour les projets de PPP des collectivités territoriales, de manière à ce qu'elle rende un avis non liant sur la soutenabilité budgétaire des investissements envisagés par la collectivité

Une telle analyse permettrait d'alimenter le dialogue entre les services de la préfecture, de la DDFiP et de la collectivité, dans le cadre du rôle de conseil rempli par les services déconcentrés de l'État.

Elle offrirait des éléments chiffrés sur les conséquences budgétaires et financières des projets des collectivités, en les alertant sur les possibles risques de rigidification et d'éviction induits par de tels contrats.

Par ailleurs, la charge de travail qu'une telle analyse représenterait demeure limitée, compte tenu du nombre de PPP signés par an et par région. Par exemple, pour les CP, seul 0,5 contrat est, en moyenne, signé par an et par région depuis 2005, le maximum étant de 6 CP signés en Ile-de-France en 2011 (*cf. tableau en pièce jointe*).

La faiblesse du flux annuel de PPP plaide également en faveur de la **spécialisation d'une ou deux MEEF**, sur le modèle de ce qui est proposé pour le contrôle de légalité avec le PIACL (*cf. partie 2.1.3.2.*).

3.2.2. Le recours aux PPP fait peser un risque de rigidification des budgets locaux et d'éviction sur les autres dépenses de fonctionnement

Les PPP représentent encore une fraction très minoritaire de la commande publique locale : par exemple, pour les CP, les 119 contrats signés représentent un **volume d'investissement total estimé à plus de 3 Md€** et un **volume financier global** – toutes redevances incluses – **de plus de 7 Md€** (cf. partie 1.1.3.). Cependant, leurs conséquences budgétaires et financières sur les budgets des collectivités adjudicatrices, pris individuellement, sont considérables.

Le recours aux PPP offre en effet des effets contrastés sur les budgets des collectivités locales : **si la contractualisation des redevances à verser par la collectivité sur plusieurs décennies permet d'augmenter la prévisibilité des dépenses**, elle a également pour conséquence :

- ◆ de **rigidifier le budget** ;
- ◆ d'entraîner un **effet d'éviction sur les autres dépenses**.

L'inscription des dépenses à venir sur plusieurs décennies, dans un cadre contractuel, tend à contraindre le budget, en augmentant la part des dépenses dites « rigides », c'est-à-dire inévitables et entraînées par des choix passés. Le recours aux PPP crée donc un effet d'inertie, qui laisse peu de marges de manœuvre aux décideurs locaux dans le redéploiement de leurs dépenses, tant d'investissement que de fonctionnement.

Qui plus est, les collectivités territoriales sont **soumises au principe de l'équilibre réel des budgets**, régi par l'article L.1612-4 du CGCT. **Les sections de fonctionnement et d'investissement doivent donc être votées à l'équilibre. La règle d'or découle de ce principe d'équilibre budgétaire et impose aux collectivités de ne recourir à l'emprunt que pour financer des dépenses d'investissement.** Le financement des dépenses de fonctionnement et le remboursement de la dette doivent donc s'opérer à partir des ressources propres de la collectivité.

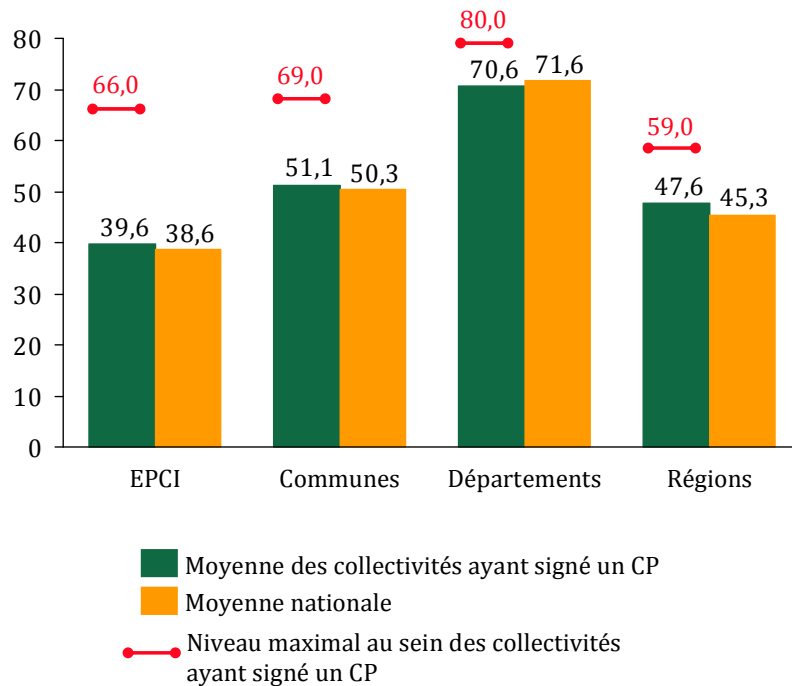
La rigidification des budgets locaux de fonctionnement se voit renforcée par l'existence de la règle d'or, qui empêche les collectivités territoriales de recourir à l'emprunt pour équilibrer leur section de fonctionnement. Les dépenses de fonctionnement se trouvent donc doublement contraintes, sous le poids des engagements passés et sous la pression de la règle d'or, qui restreint les marges de manœuvre de la collectivité dans le financement de ses dépenses de fonctionnement.

L'appréciation du degré de rigidité des budgets locaux n'est pas aisée : la DGFIP utilise un **ratio de rigidité des charges structurelles pour les communes**, calculé comme la somme des charges de personnel, des contingents et participations et des charges d'intérêt, divisée par les produits de fonctionnement réels³³. **Cet indicateur permet d'apprécier le degré de rigidité des budgets locaux ex ante**, c'est-à-dire de mesurer à quel point les budgets des collectivités recourant aux PPP sont d'ores et déjà contraints par leurs dépenses de personnel et les charges d'intérêt de leurs dettes. **En revanche, il ne permet pas de mesurer l'influence des PPP en termes de rigidification des budgets locaux, puisque les redevances versées dans le cadre de ces contrats ne sont pas assimilées à des charges structurelles dans le ratio précité.**

³³ Le ratio de rigidité des charges structurelles calculé dans le cadre du réseau d'alerte pour les communes et les groupements à fiscalité propre prend en compte les seuls contingents et participations calculés à partir du compte 655 (contributions obligatoires). Pour les départements et les régions, le ratio de rigidité des charges structurelles est calculé en intégrant également les comptes 651 (aides à la personne), 652 (frais de séjour, hébergements, inhumations pour les départements, indemnités de présence pour les régions) et 656 (participations).

Annexe II

Graphique 12 : Comparaison du ratio moyen de rigidité des charges structurelles (en %) des collectivités ayant signé un CP et du ratio moyen national en 2011, par niveau de collectivité



Source : Données DGFIP – Retraitements mission.

Le graphique montre que les ratios moyens de rigidité des charges structurelles des collectivités ayant signé un CP sont sensiblement identiques aux ratios nationaux, quoique très légèrement plus élevés pour les EPCI, les communes et les régions.

Il met cependant en évidence que ces ratios peuvent **varier dans des proportions importantes, d'une collectivité à une autre, pour atteindre 69 % dans le cas de la ville d'Aubervilliers et 80 % dans celui du Conseil général de Seine-Saint-Denis**. Pour des collectivités dont les dépenses atteignent un tel degré de rigidité, le recours à un CP représente un **risque budgétaire considérable, faisant peser de nouvelles dépenses de fonctionnement pour plusieurs décennies sur un budget d'ores et déjà très fortement contraint**.

Par ailleurs, le recours aux PPP peut également avoir un effet d'éviction au sein des budgets locaux, à un double titre :

- ♦ **d'une part, en évinçant les autres formes de commande publique.** Outre leur globalité qui limite les possibilités d'allotissement, ces contrats de très longue durée, comportent peu de phases de renégociation ou de remise en concurrence à l'issue du dialogue compétitif et tendent à restreindre les occasions de recours à la commande publique. Cet aspect suscite à la fois des réticences de la part des entreprises du second œuvre, représentées au sein du syndicat national du second œuvre – grand pourvoyeur de recours contentieux contre les CP³⁴ –, mais également de la part de certains élus locaux, en particulier de l'association des régions de France (ARF)³⁵ ;

³⁴ Le SNSO considère notamment que le recours aux CP tend à priver les petites et moyennes entreprises (PME) d'accès direct à la commande publique, puisque ces marchés globaux sont difficilement accessibles à des PME faute d'allotissement.

³⁵ À l'occasion du renouvellement de la charte des services publics locaux, le 3 octobre 2012, le président de l'ARF, M. Alain Rousset, a critiqué le recours aux CP, notamment au mode d'attribution de ce type de contrat, qui ne permet pas aux PME ou aux entreprises de taille intermédiaire de candidater.

Annexe II

- ◆ **d'autre part, en induisant un effet d'éviction sur les autres dépenses de fonctionnement des collectivités territoriales**, ce qui représente un enjeu d'égalité face au service public. En restreignant les marges de manœuvre des collectivités sur le long terme – à hauteur des redevances à verser au partenaire privé –, les PPP tendent à limiter les budgets de fonctionnement des autres équipements de la collectivité. Cet aspect constitue le revers direct de la garantie apportée à la collectivité sur l'entretien et la maintenance des équipements construits dans ce cadre. Cet enjeu – qui peut s'exprimer en termes d'équité territoriale – a bien été perçu par les services du Conseil général du Loiret, qui se sont déclarés soucieux de ne pas construire « plus ou mieux » dans le cadre des PPP, mais d'assurer une qualité homogène sur le territoire, quelle que soit la modalité de commande publique. **Il n'en demeure pas moins que les PPP créent une inégalité de fait entre les dépenses d'entretien, de maintenance et d'exploitation relevant des PPP – sanctuarisées par leur inscription dans le contrat – et celles qui relèvent des autres modes de gestion – qui peuvent faire l'objet de redéploiements ou de coupes budgétaires –.**

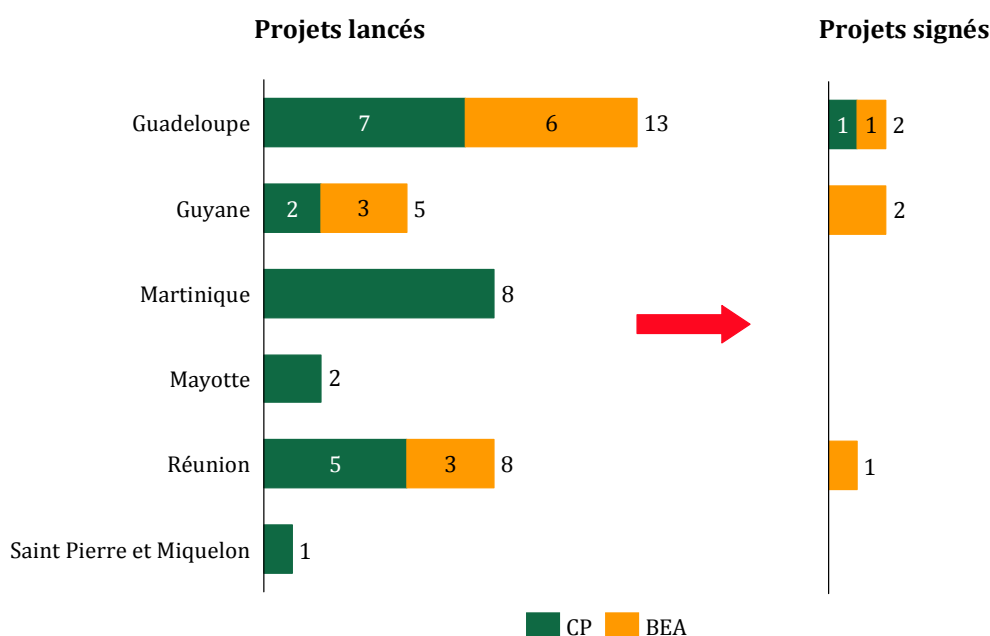
4. La volonté compréhensible des collectivités d'outre-mer de recourir aux PPP fait peser sur celles-ci des contraintes et des risques considérables

L'analyse menée par la mission sur le recours au PPP dans les collectivités territoriales d'outre-mer s'est appuyée sur :

- ◆ l'examen d'un échantillon de projets envisagés et/ou réalisés dans les collectivités de Guyane et de la Guadeloupe, dans lesquelles la mission a effectué un déplacement ;
- ◆ les informations disponibles dans les bases de données de la MAPPP et du CEF-O-PPP sur les projets lancés par les différentes collectivités d'outre-mer, dont la fiabilité est soumise à caution (cf. partie 1.1.2.).

L'examen des projets de PPP en outre-mer laisse apparaître un fort taux d'abandon (cf. graphique 13).

Graphique 13 : Nombre de projets de PPP lancés et signés en outre-mer



Source : Données MAPPP, CEF-O-PPP et mission – Retraitement mission.

Note : Le nombre de projets lancés et signés a été calculé à partir des données des bases de la MAPPP, du CEF-O-PPP et des informations recueillies directement par la mission auprès de certaines collectivités.

L'écart manifeste entre le nombre de projets lancés et le nombre de projets signés – qui ne doit pas occulter le fait que certains projets sont en cours – témoigne du **caractère paradoxal de la situation outre-mer** :

- ◆ **les collectivités ont de nombreux projets de PPP**, visant à la fois à répondre à d'importants besoins d'investissement et à contourner leurs difficultés d'accès au financement bancaire ;
- ◆ **un nombre réduit de ces projets se concrétise *in fine***, en raison des défaillances des acheteurs publics et des exigences – perçues comme excessives – des opérateurs privés en situation de quasi-monopole et des banques ;
- ◆ **les quelques PPP signés sont réalisés dans des conditions très risquées pour les collectivités.**

Annexe II

Cette situation insatisfaisante devrait donner lieu à une réflexion sur la sécurisation du recours aux PPP en outre-mer et, plus largement, sur l'organisation de la commande publique dans ces territoires.

4.1. Les besoins et les contraintes auxquels les collectivités d'outre-mer font face justifient la volonté de recours à des outils alternatifs de commande publique tels que les PPP

Les besoins en équipements publics, couplés aux contraintes pesant sur les territoires, répondent pour la plupart aux critères d'urgence et de complexité, qui peuvent justifier le recours aux PPP.

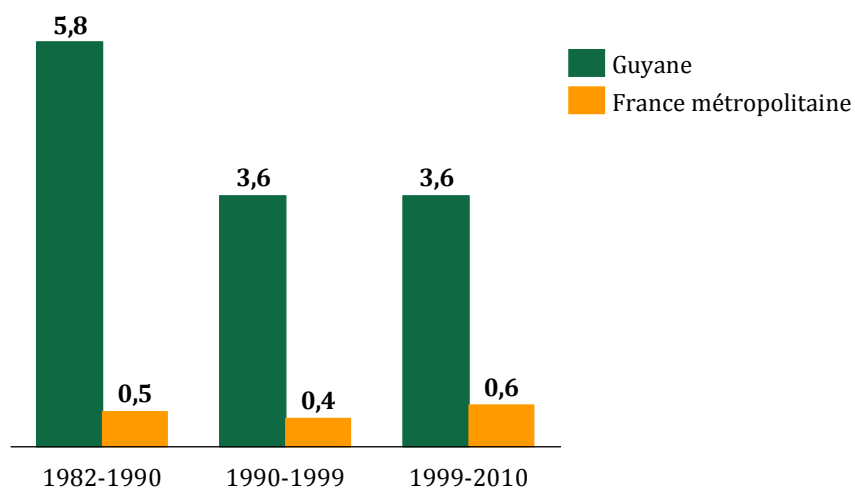
Par ailleurs, les motivations budgétaires – qui sont fréquemment à l'origine du recours aux PPP (cf. partie 1.2.1.) – revêtent une acuité particulière dans ces territoires, compte tenu des difficultés de financement auxquelles font face certaines collectivités d'outre-mer.

4.1.1. Le déficit en équipements publics conjugué parfois à une forte croissance démographique rend certains projets urgents

Certains territoires d'outre-mer font face à une croissance démographique très dynamique, qui engendre de nouveaux besoins en équipements publics.

La Guyane, tout particulièrement, a connu une expansion démographique très forte depuis 1982 (cf. graphique 14). La région regroupe ainsi en 2009 une population de 224 469 habitants, dont 52 % de moins de 25 ans. Certaines communes ont été particulièrement touchées par cette croissance, à l'image de Matoury dont la population est passée de 2 500 habitants en 1982 à près de 30 000 actuellement.

Graphique 14 : Taux de variation annuel moyen de la population en Guyane et en France métropolitaine entre 1982 et 2010



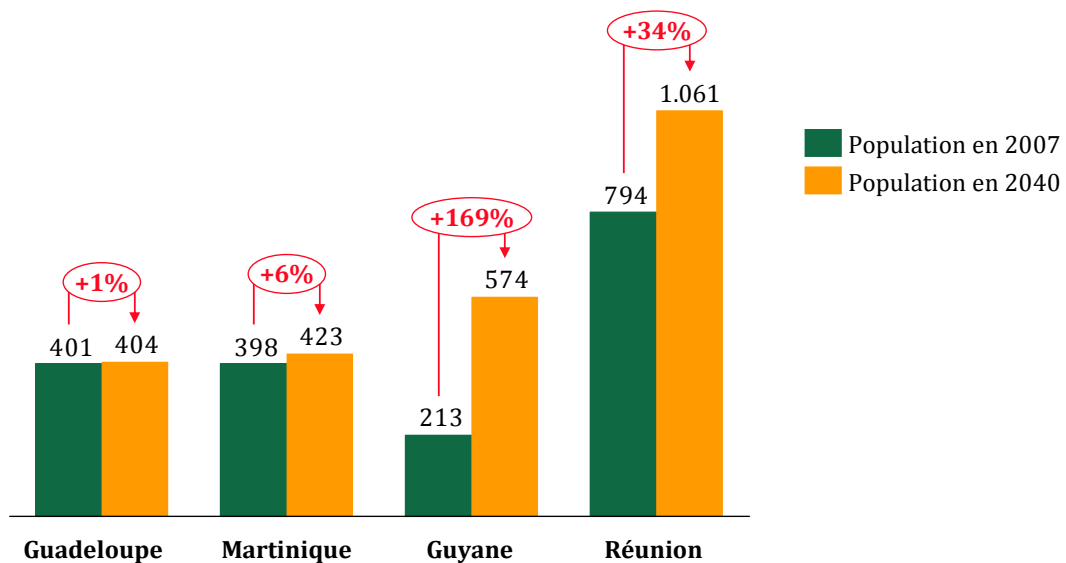
Source : Données INSEE (mise à jour septembre 2012) – Retraitements mission.

Annexe II

Cette croissance démographique soutenue est **source de nouveaux besoins, en matière d'établissements scolaires notamment**. Dans ce contexte, les PPP ont été appréhendés comme une solution, donnant lieu notamment à la construction de trois lycées, dans le cadre d'un BEA signé par le Conseil régional de Guyane en 2007. Le CP est également envisagé en Guadeloupe, pour répondre à un besoin urgent en équipements scolaires, dans le cadre du projet de construction de la cité scolaire de Baimbridge, par le Conseil régional.

Loin de se tasser, **cette expansion de la population devrait se poursuivre au cours des prochaines décennies dans certaines collectivités**, telles que la Guyane et la Réunion, dans lesquelles la population devrait croître de respectivement 169 % et 34 % entre 2007 et 2040, d'après les projections de l'INSEE (cf. graphique 15).

Graphique 15 : Projections démographiques dans les régions d'Outre-mer – Évolution de la population (en milliers d'habitants) entre 2007 et 2040



Source : Données INSEE – La population des régions en 2040 – Retraitements mission.

Par ailleurs, **les besoins en équipements publics sont encore importants outre-mer, certains territoires accusant un retard manifeste dans des domaines variés** : aménagement foncier, acheminement de l'eau potable et traitement des eaux usées, gestion des déchets, électrification des zones rurales notamment.

Le rapport de l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif à la régulation économique outre-mer³⁶ rappelle combien les collectivités d'outre-mer se voient confrontées à d'importants défis, en raison, d'une part, d'une situation géographique particulière, qui nécessite des équipements spécifiques en matière de résistance aux aléas climatiques et, d'autre part, du retard de développement des territoires.

³⁶ Rapport du 3 octobre 2012 fait au nom de la commission des affaires économiques, par Ericka Bareigts, sur le projet de loi relatif à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives à l'outre-mer.

Annexe II

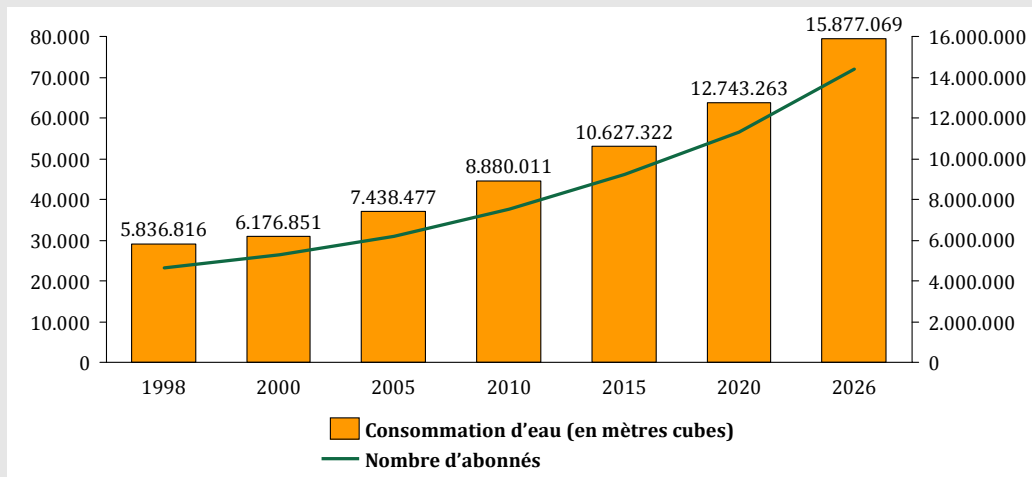
Aussi, **plusieurs projets en matière de réseau d'eau, d'assainissement et de voirie ont été envisagés sous la forme de PPP**, comme l'illustrent le projet de CP porté par la communauté d'agglomération du centre littoral de la Guyane (CACL) relatif à la construction d'une nouvelle unité de traitement, de production et d'alimentation d'eau potable sur le fleuve Kourou, désormais envisagé en MOP (*cf. encadré 14*), mais également le projet d'éclairage public et d'aménagement de la voirie porté par la ville de Basse-Terre en Guadeloupe, aujourd'hui abandonné.

Encadré 14 : Justification du recours au CP pour le CP relatif à l'unité de traitement d'eau potable de la CACL

L'évaluation préalable réalisée par les services de la communauté d'agglomération du centre littoral de la Guyane (CACL) pour le recours au CP pour la construction d'une nouvelle unité de traitement, de production et d'alimentation d'eau potable sur le fleuve Kourou, à Matiti, met en avant le **critère d'urgence** :

- le **manque d'eau potable sur l'agglomération de Cayenne anticipé à horizon 2012** rend nécessaire une livraison rapide de l'usine et de la canalisation de refoulement (*cf. graphique*) ;
- les **délais inhérents à de tels projets sont rallongés par les conditions de réalisation en contexte ultramarin**.

Évolutions comparées de la consommation d'eau et du nombre d'abonnés au sein de la CACL entre 1998 et 2026



Source : Rapport d'évaluation préalable de la CACL.

Note : Les projections sont faites à partir de 2005, à partir de l'évolution observée entre 1998 et 2005.

Les données relatives à la consommation d'eau et au nombre d'abonnés montrent que le nombre d'abonnés a augmenté en moyenne de 4,1 % par an alors que les consommations individuelles diminuaient de 0,6 % par an.

Le système de production existant à l'heure actuelle ne peut suffire à procurer la ressource nécessaire en eau potable.

Le rapport précise également que la production actuelle est soumise à **plusieurs risques** :

- des ruptures d'alimentation sont intervenues en 2004 et 2005 et pourraient se renouveler en jour de pointe ;
- une insuffisance de la pluviométrie qui ne permettrait pas la constitution de la réserve du Rorota ;
- une pollution majeure de la principale ressource, la rivière de la Comté, qui assure plus de 90 % des besoins en eau dont la position géographique et la fragilité de son alimentation électrique n'offrent pas une sécurité optimale ;
- l'absence d'interconnexion avec les collectivités voisines ;
- l'ancienneté des conduites d'adduction, construites depuis plus de 40 ans.

Source : Rapport d'évaluation préalable sur le recours au CP par la CACL pour l'unité de traitement de l'eau potable.

4.1.2. Les contraintes locales et le manque de compétences techniques internes complexifient la conduite des projets

La complexité des projets lancés par les collectivités en outre-mer résulte à la fois :

- ◆ **des contraintes environnementales qui pèsent souvent sur les projets, en surenchérissement le coût global et peuvent justifier le recours à des contrats globaux, dans lesquels la maintenance et l'exploitation sont internalisées.** À titre d'exemple :
 - les bâtiments et les équipements publics souffrent notamment de **conditions climatiques particulières, qui en accélèrent la dégradation.** Ainsi le rapport d'évaluation préalable du CP de Pointe-à-Pitre relatif à l'éclairage public fait référence au « *mauvais état de certaines installations, lié à la vétusté des matériels, et aggravé dans certains secteurs par l'action continue du vent et des embruns salins* » ;
 - **le risque sismique, aux Antilles,** a également une incidence directe sur la conception et le coût des projets, comme l'illustre le projet de CP relatif à la construction de la cité scolaire de Baimbridge, porté par le conseil régional de Guadeloupe. La prise en compte de ce risque et des normes y afférant complexifie à la fois la conception, la construction et la maintenance des équipements ;
- ◆ **des difficultés des services des collectivités à assurer la maîtrise d'ouvrage de leurs projets et à en assurer la gestion,** motivant le recours à des solutions de partenariat. La ville de Pointe-à-Pitre motive ainsi le recours au CP dans son rapport d'évaluation préalable en précisant que les installations sont actuellement entretenues au travers de divers marchés ponctuels et d'interventions du personnel de la collectivité, dont la majorité a cessé ou doit cesser son activité professionnelle. Par conséquent, « *compte tenu du rythme actuel des investissements réalisés et de la mise en œuvre d'investissements aussi lourds et à rythme aussi soutenu que celui souhaité, les services techniques de la collectivité risquent de rencontrer des difficultés importantes pour le suivi du programme d'investissement prévu* ». Cette phrase, qui sert d'appui à la démonstration de la complexité du projet, tend aussi à montrer les limites d'un tel raisonnement, qui risque de déboucher sur un désengagement de la personne publique en matière de suivi du projet au profit du partenaire privé (cf. *infra*).

4.1.3. Les difficultés budgétaires et financières des collectivités d'outre-mer les conduisent à la recherche de solutions alternatives de financement

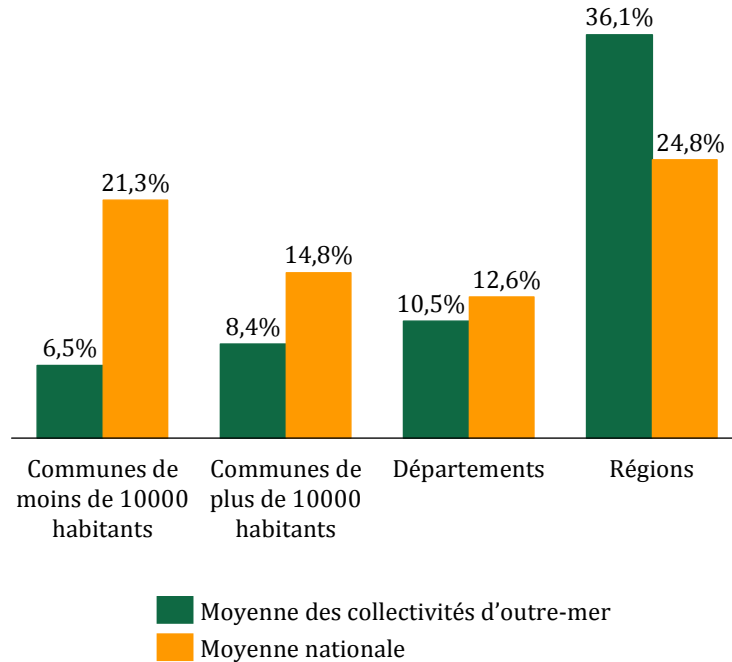
Les contraintes financières auxquelles les collectivités d'outre-mer font face constituent également un motif de recours aux PPP.

Le rapport de la Cour des comptes consacré à la situation financière des communes des départements d'outre-mer, publié en juillet 2011, met en évidence une dégradation convergente des finances publiques locales outre-mer, malgré la diversité des contextes territoriaux : « *Par l'effet conjugué de la forte croissance de leurs charges de fonctionnement et d'une croissance plus modérée et plus instable de leurs ressources, les résultats se sont dégradés. Leur capacité brute d'autofinancement et leur épargne sont très inférieurs à celles des communes de l'ensemble national (...) Cet état de fait est révélateur d'une crise structurelle, encore aggravée par la crise économique et sociale qu'ont connue les DOM en 2009, qui a accru la détérioration des finances communales* ».

Annexe II

Plus de la moitié des communes d'outre-mer étant, en 2009, en insuffisance d'autofinancement ; une fois remboursée l'annuité de leurs emprunts, leur besoin de nouvelles sources de financement devient patent. Cette situation n'est pas propre aux seules communes et les départements disposent également de taux d'épargne brute globalement inférieurs à la moyenne nationale (cf. graphique 16).

Graphique 16 : Taux d'épargne brute des collectivités d'outre mer en 2010



Source : Étude d'impact annexée au projet de loi relatif à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives à l'outre-mer – Retraitements mission.

Ces difficultés budgétaires et financières expliquent à la fois que plusieurs collectivités souhaitent **déconsolider une partie de leur dette, lisser leurs dépenses d'investissement sur plusieurs années, comme les autres collectivités de métropole** (cf. partie 1.2.2.), mais également qu'elles s'efforcent de **rechercher des solutions alternatives au financement bancaire direct, qui leur est souvent fermé.** Cette difficulté d'accès au financement bancaire constitue ainsi une contrainte plus spécifique à certaines collectivités ultramarines (cf. encadré 15).

Encadré 15 : Les difficultés d'accès au financement bancaire des collectivités d'outre-mer

La plupart des collectivités rencontrées par la mission, notamment en Guyane, ont signalé **leurs difficultés d'accès au crédit bancaire**, les banques étant très réticentes à leur accorder des prêts. Certaines collectivités se trouvent ainsi dans une **position paradoxale par rapport à la métropole, consistant à recourir au secteur privé pour obtenir des conditions d'emprunt bancaire plus avantageuses**.

Ces circonstances conduisent ainsi les collectivités locales à rechercher :

- des partenaires privés jugées plus solvables qu'elles-mêmes, bénéficiant de conditions d'accès plus favorables au crédit bancaire, au risque toutefois de faire systématiquement appel au même opérateur, bénéficiant d'une assise financière suffisante pour prendre en charge ce type de contrat (cf. *infra*) ;
- à valoriser le foncier dont elles disposent, dans le cas du recours aux BEA. La commune de Matoury envisage ainsi d'utiliser la formule du BEA couplé à une DSP pour la construction et l'exploitation d'un casino, la seule ressource foncière permettant, par cette formule, de générer des recettes commerciales et d'éviter d'alourdir un budget d'ores et déjà contraint. Ainsi la maîtrise du foncier apparaît-elle comme un levier pour attirer des investisseurs privés, au sein de zones d'activités et artisanales, au risque toutefois de mettre au second plan les besoins en équipements publics au sens strict³⁷ au profit du développement de l'activité économique sur le territoire ;
- à optimiser fiscalement les investissements, la réalisation en CP permettant aux partenaires privés d'envisager une défiscalisation de type « Girardin » (loi du 21 juillet 2003), comme l'indique la MAPPP³⁸. Il était ainsi prévu que le projet de tram-train de la Réunion, abandonné depuis lors, bénéficie d'une telle défiscalisation. La CACL avait également inclus ce dispositif dans ses projections financières pour son projet de CP. L'instruction du dossier ayant conclu à l'absence de défiscalisation, la CACL a finalement abandonné la formule du CP abandonné pour privilégier le recours à la MOP.

La CACL mentionne explicitement ce motif de recours au CP dans son rapport d'évaluation préalable, précisant que « *le contrat de partenariat constitue une technique juridique permettant de faire porter l'investissement sur le secteur privé, la collectivité pouvant différer les paiements liés à la partie relative à l'investissement en étalant la rémunération sur la phase liée à l'exploitation de l'ouvrage* ». Dans la fiche financière qu'ils ont établie sur la CACL, les services de la préfecture relèvent également que l'épargne nette réduite, quoique positive, de l'EPCI ne lui permet pas d'atteindre ses objectifs en matière d'investissement – à hauteur de 200 M€ sur la mandature – et qu'il devra « *chercher d'autres sources de financement, ou d'autres montages financiers pour les projets les plus lourds, tels que les PPP* ».

Dans le rapport présenté à l'assemblée plénière du 25 avril 2006, le Président du Conseil régional de Guyane justifiait également, dès les premières lignes, le recours au BEA pour la construction de trois lycées par « *la capacité financière limitée* » de la collectivité. Le choix du BEA était notamment justifié par la volonté de déconsolider l'investissement d'une telle opération, qui représentait 84 M€ soit l'équivalent de 60 % de ses encours de dettes en 2011, comme l'ont rappelé les services du Conseil régional.

³⁷ Il convient toutefois de remarquer que l'activité des casinos relève des services publics au sens de la jurisprudence du Conseil d'État, même si un casino ne saurait être considéré comme un équipement public au sens strict. Dans l'arrêt du 25 mars 1966 *Ville de Royan*, le Conseil d'État a qualifié l'exploitation d'un casino de concession de service public, conclue dans l'intérêt du développement de la station touristique et balnéaire. Cette jurisprudence a été confirmée avec l'arrêt *Commune de Ramatuelle* du 3 octobre 2003 en qualifiant expressément de « délégation de service public » l'activité des casinos.

³⁸ Fiche de la MAPPP/06-20 intitulée « *Les contrats de partenariat et les dispositions fiscales d'aide à l'investissement dans les départements d'outre mer* ».

Le recours au PPP est donc perçu, par les collectivités comme par les services déconcentrés de l'État, comme une réponse aux besoins de financement des collectivités dont l'assise budgétaire n'est pas suffisante pour supporter la charge d'un investissement en MOP. Une telle conception n'est cependant pas dénuée de risques, la charge financière étant certes différée et lissée, mais également accrue et rigidifiée par le recours aux PPP (cf. *infra*).

4.2. Le recours aux PPP soulève toutefois d'importantes zones de risque, qui donnent un relief particulier aux difficultés de la commande publique outre-mer

4.2.1. Les PPP présentent pour les collectivités d'outre-mer des risques qui sont communs aux autres instruments de commande publique

4.2.1.1. Les collectivités ne disposent pas des ressources internes requises en matière de commande publique

Comme pour les autres modes de commande publique, nombre de collectivités en outre-mer se heurtent à un **défaut de ressources internes spécifiques pour la négociation et la passation des contrats**. Cette difficulté est notamment due à des taux d'encadrement trop bas dans les services.

La commune de Matoury en donne une illustration. Comme l'a relevé la chambre régionale des comptes (CRC), sur un total de 435 agents en 2010, la ville ne compte qu'un cadre A pour 24 agents, et pour 33 agents si les fonctions spécifiques sont exclues – développement social et rénovation urbaine (DSRU), musique, et rénovation urbaine (ANRU) –. Le taux d'encadrement est donc faible, pour une commune de 25 900 habitants, avec :

- ◆ 4 % de cadres A, contre 8,3 % en moyenne nationale ;
- ◆ 3,7 % de cadres B pour 14,3 % en moyenne nationale.

La CRC relevait également le défaut d'organigramme stratégique, concluant que « *la trop grande dispersion des activités en de nombreux petits services, les interférences entre l'administration communale et la gestion des services de la caisse des écoles et des associations souligne l'absence de vision claire de la stratégie de la collectivité* ».

4.2.1.2. Certaines collectivités se voient dans l'incapacité de supporter la charge financière de leur investissement public

Comme indiqué *supra*, le motif budgétaire et financier constitue bien souvent le moteur principal des projets de PPP lancés par les collectivités, et ces dernières recherchent précisément des alternatives à un endettement bancaire de plus en plus coûteux et difficile à obtenir.

Pour autant, le recours aux PPP – loin d'apporter une solution pérenne à des difficultés budgétaires – tend à reporter la charge de la dépense d'investissement et de fonctionnement sur l'avenir, en rigidifiant les budgets (cf. partie 3.2.2.) et entraîne des surcoûts de transaction non négligeables.

Annexe II

Or, de tels effets sont particulièrement dommageables sur des budgets d'ores et déjà grevés par des budgets de fonctionnement hypertrophiés des encours de dettes importants, tels que les collectivités de Guyane. Leur ratio de surendettement, calculé comme le rapport entre les encours de dette et les produits de fonctionnement réels, atteint en 2011 :

- ◆ 139 % pour le Conseil régional de Guyane ;
- ◆ 123 % pour la ville de Matoury.

Dans le cas de Matoury, la situation financière de la commune ne lui permet même plus d'emprunter, comme l'a mis en évidence le rapport de la CRC du 3 janvier 2012 (cf. encadré 16).

Encadré 16 : Situation financière de la commune de Matoury – Rapport de la CRC

La chambre régionale des comptes de Guadeloupe, Guyane et Martinique, dans un rapport du 3 janvier 2012, analyse la situation financière de la commune de Matoury, qui a bénéficié en 2008 d'un plan de restructuration, initié par les services de l'État, avec le concours financier de l'Agence française de développement (AFD). Elle met en exergue les éléments suivants :

- la croissance plus rapide des charges au regard des recettes de fonctionnement a provoqué **une érosion de la capacité d'autofinancement**. En 2005, la capacité d'autofinancement disponible est devenue négative avec une dégradation de 2007 à 2009 ;
- la progression plus lente des recettes résulte notamment de la **volonté du maire de ne pas augmenter les taux de la fiscalité directe locale** qui sont restés les mêmes de 1995 à 2010 et nettement inférieurs aux moyennes régionales ;
- les charges à caractère général sont supérieures aux dépenses de personnel, ce qui traduit à la fois un **mode de gestion spécifique privilégiant le recours aux entreprises extérieures** et un « **train de vie** » supérieur aux recettes ;
- la collectivité, pour suivre l'évolution démographique, **a maintenu l'effort d'investissement au même niveau (voire supérieur) que la moyenne de la strate**. Dès lors, le recours à l'emprunt est systématique sur toute la période. **Le remboursement des seuls intérêts (2 M€ en 2010) représente presque 10% des recettes réelles de fonctionnement** ;
- depuis 2009, **la commune ne peut plus emprunter et ses dépenses d'équipement sont financées par le fonds de roulement qui cette même année est devenu négatif**. L'absence de fonds de roulement, entraîne inéluctablement des difficultés de trésorerie et les délais de paiement s'allongent démesurément. Au 31 décembre 2010, plus de 5 M€ de mandats pris en charge n'étaient toujours pas payés.

Source : Rapport de la CRC de Guadeloupe, Guyane et Martinique concernant la gestion de la commune de Matoury depuis 2000, 3 janvier 2012.

Par ailleurs, le **poids des redevances sur le budget de fonctionnement peut se révéler problématique pour certaines collectivités**. Aussi, le **Conseil régional de Guyane s'emploie actuellement à négocier le rachat anticipé de l'un des trois lycées** - le lycée polyvalent de Mana - au partenaire privé, **de manière à restaurer la capacité d'absorption de charges de fonctionnement et de loyers futurs**. Elle tente ainsi, malgré un taux de surendettement très élevé, de prélever sur son budget d'investissement pour assurer le financement des dépenses de fonctionnement à venir.

4.2.2. Ces instruments sont également sources de risques spécifiques, renforcés par les spécificités du contexte ultra-marin

Les PPP présentent des zones de risques juridiques et financiers (*cf. partie 2.2.*) auxquelles les particularités du contexte de l'outre-mer donnent des contours particuliers. Plusieurs éléments ont pu être identifiés :

- ◆ **la situation de quasi-monopole des opérateurs privés bénéficiant de l'assise financière suffisante pour réaliser des contrats globaux.** Les principaux opérateurs potentiels en Guadeloupe pour la construction de grands équipements sont la société d'économie mixte (SEM) de Saint-Martin (SEMSAMAR), la société immobilière de Guadeloupe (SIG) et la SEM d'aménagement de la Guadeloupe (SEMAG). En Guyane, le principal opérateur identifié par les interlocuteurs de la mission est la SEMSAMAR (*cf. encadré 17*). Si l'arrivée de cet opérateur sur le marché antillais a permis de dynamiser la construction immobilière, cette situation ne permet pas de réunir les conditions d'une mise en concurrence optimale, ce qui tend à peser sur les prix et la répartition des risques proposés. Les services du Conseil régional de Guyane ont souligné combien **le rapport de force entre la SEMSAMAR et la personne publique était déséquilibré dans la négociation**, l'opérateur disposant d'AMO puissants, **mais également dans la mise en œuvre du contrat**. Ainsi, le Conseil régional qui souhaitait signer un avenant pour la construction d'un internat s'est vu opposer un refus catégorique de la SEM, alors même que cette deuxième tranche était prévue dans le programme prévisionnel de travaux. Cette dernière s'est également opposée à une renégociation du crédit bancaire en dépit d'une évolution favorable des taux ;

Encadré 17 : SEMSAMAR

La société d'économie mixte de Saint-Martin (SEMSAMAR) a été créée en 1985 à Saint-Martin. Elle a **progressivement étendu son activité sur l'ensemble de la Guadeloupe dès 1992, en Guyane depuis 2005 et en Martinique depuis 2010.**

Première SEM de l'outre-mer, elle construit et livre en moyenne 500 logements par an, ce qui la place au 4^{ème} rang national des sociétés en livraison de logements. Outre cette activité de bailleur social, elle a également développé une activité dans la construction d'équipements publics et l'aménagement urbain, la construction d'équipements hospitaliers, la gestion d'équipements touristiques et la promotion immobilière.

La SEMSAMAR, qui a démarré en 1985 avec un capital de 152 000 €, disposait en 2009 d'un capital de 51 M€.

Elle réalise des opérations en très grand nombre, qu'il s'agisse de mandats dans le cadre de la MOP, de concessions ou de BEA. D'après les chiffres qu'elle présente pour 2008 (hors logement) :

- en Guadeloupe, elle totalisait 187 opérations, dont 113 mandats, 4 concessions et 4 BEA ;
- à Saint-Martin, elle avait 44 opérations en cours, dont 42 mandats et 2 concessions ;
- en Guyane, elle réalisait 18 opérations, dont 11 mandats, 5 concessions et 1 BEA (le BEA du Conseil régional pour la construction des trois lycées).

- ◆ **le manque de ressources internes permettant d'assurer une négociation et un suivi efficaces de contrats aussi complexes et risqués, sur le plan juridique et financier.** Aussi, la volonté de recours au CP en raison d'un défaut de ressources internes – comme mentionné dans le rapport d'évaluation préalable du CP de Pointe-à-Pitre pour l'éclairage public (*cf. supra*) – fait peser en retour un **risque sur la qualité du pilotage et du suivi de la mise en œuvre du contrat** lui-même. Le recours à ce type d'instrument supposerait un repyramidage des effectifs, avec la suppression de postes d'exécutants sur les fonctions d'entretien, de maintenance et d'exploitation, au profit de postes de contrôle et de suivi ;

Annexe II

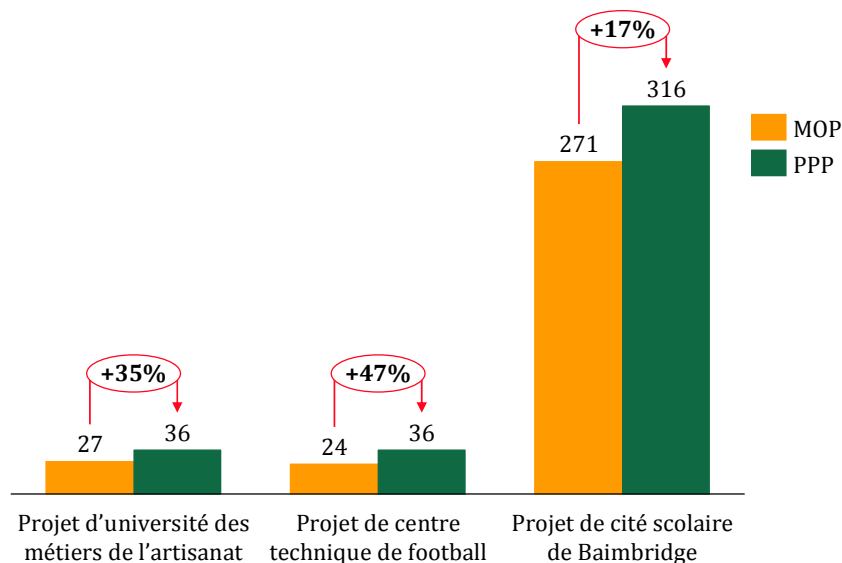
- ◆ **le risque de doublons dans les dépenses d'entretien, de maintenance et d'exploitation, le recours à l'externalisation n'étant pas toujours assorti d'une réduction des effectifs concernés.** Le rapport de la CRC précité sur la gestion financière de Matoury met ainsi en évidence une prépondérance des charges à caractère général par rapport à la masse salariale – qui traduit notamment le choix d'externaliser certaines prestations – qui n'a toutefois pas empêché que les effectifs soient toujours croissants avec de nombreux recrutements de contrats aidés ;
- ◆ **les demandes de garanties publiques formulées par les banques,** qui font porter le risque financier par la personne publique au risque de dénaturer l'équilibre du contrat ;
- ◆ **les coûts de transaction élevés, notamment des AMO, surenchéris par les frais de déplacement.** Les sociétés d'AMO, offrant des services spécialisés sur ce type de contrat, se situent en effet pour la plupart en métropole. À titre d'exemple, la commune de Pointe-à-Pitre a fait appel au cabinet Sogreah, comme la plupart des communes de métropole recourant à la formule du CP pour l'éclairage public.

4.2.3. De nombreux projets se voient abandonnés *de facto*, face aux exigences des opérateurs privés et des banques

Les entretiens réalisés par la mission ont laissé apparaître que **les réticences des banques et la situation de quasi-monopole des opérateurs privés** – conduisant ces derniers à fixer des conditions peu favorables à la personne publique – **constituaient de fait les principaux freins au recours aux PPP**, expliquant le taux d'abandon particulièrement élevé de projets.

Dans ce contexte, **le coût prévisionnel global des PPP se révèle parfois plus important que celui de la MOP**, comme semblent l'indiquer les projections réalisées par le Conseil régional de Guadeloupe sur ses différents projets. Les services du Conseil régional se sont dotés d'une méthodologie interne de comparaison des coûts entre les formules de CP ou de BEA et de MOP, permettant notamment d'intégrer les coûts de financement et de maintenance dans les différentes formules (*cf. graphique 17*).

Graphique 17 : Différentiels de coûts entre la MOP et le PPP pour trois projets, calculés par les services du Conseil régional de Guadeloupe (en M€)



Source : Conseil régional de Guadeloupe – Retraitements mission.

Note : Les coûts retenus dans la comparaison sont les dépenses globales TTC estimées sur toute la durée du contrat, maintenance et subventions incluses, dans le cadre d'un emprunt classique. La comparaison porte sur la MOP et le BEA dans les deux premiers projets d'université des métiers de l'artisanat et de centre technique de football, et sur la MOP et le CP dans le projet de cité scolaire de Baimbridge.

Annexe II

Les estimations réalisées par les services du Conseil régional de Guadeloupe laissent apparaître un **coût largement supérieur des PPP par rapport à la MOP, le différentiel atteignant 47 % dans le cas du centre technique de football**. Dans les tableaux comparatifs réalisés, il semble que ces différences de coûts s'expliquent pour l'essentiel par le montant excessif des redevances dues au partenaire privé, incluant le coût du financement, par rapport aux dépenses supportées en loi MOP.

Les services ont fait valoir que **les gains socio-économiques mis en avant dans l'évaluation préalable, en termes de délais et de répartition des risques, ne se vérifiaient pas toujours et qu'ils ne compensaient pas les surcoûts engendrés par les PPP**.

Sans développer une méthodologie d'analyse des coûts comparable à celle de la Guadeloupe, le Conseil régional de Guyane a également signalé, au cours d'un entretien avec la mission, que **les coûts d'entretien et de maintenance leur paraissaient très élevés et opaques**, dans le cadre des BEA sur la cité administrative régionale et sur les trois lycées. Ils déploraient notamment leur **absence totale de visibilité sur l'emploi des crédits d'entretien par l'opérateur privé pour la cité administrative régionale, le contrat ne prévoyant pas de suivi dans ce domaine ni d'objectifs de performance**. Ce constat l'a conduit à **extraire la partie entretien et maintenance du contrat de BEA** signé avec la SEMSAMAR pour les trois lycées, cette activité faisant désormais l'objet d'un contrat de maintenance *ad hoc* signé pour l'ensemble des lycées de la région.

Par ailleurs, **les délais de réalisation se révèlent parfois beaucoup plus longs que prévu**. Dans le cadre du BEA sur les trois lycées de Guyane, la livraison des lycées a été effectuée avec plusieurs mois de retard, **sans que les pénalités théoriques de 15 000 € par jour de retard soient appliquées**. Le retard est certes en partie imputable à des événements extérieurs, la construction des trois lycées de Guyane ayant été freinée par 152 journées cumulées d'intempéries, une grève du port et une longue interruption des livraisons de matériaux lors des mouvements sociaux de la fin de l'année 2008.

La seule opération effectivement réalisée en CP sur l'échantillon est le contrat signé entre la ville de Pointe-à-Pitre et le groupe Vinci sur l'éclairage public. La mise en œuvre de ce contrat tient à deux facteurs importants :

- ◆ **le poids financier du projet, qui représente 33 M€ en coût global, a permis d'attirer de grandes entreprises nationales**. La ville de Pointe-à-Pitre a ainsi signé le CP avec l'entreprise Xeria, du groupe Vinci énergies. Un tel contrat peut jouer **un rôle de « vitrine » pour le groupe Vinci**, puisqu'il s'agit du premier CP en Guadeloupe dans le domaine de l'énergie, comme le met en évidence le site internet de l'opérateur³⁹ ;
- ◆ **l'obtention de subventions publiques de la part du fonds européen de développement régional (FEDER), mais aussi de l'agence nationale de rénovation urbaine (ANRU)**, à hauteur de 4,5 M€ dans le cadre d'une opération de rénovation urbaine très ambitieuse engagée depuis 2006⁴⁰, qui minimise les difficultés de financement.

³⁹ Lien : <http://www.vinci-energies.com/fr/presse/actualites/actualites/vinci-energies-renove-et-maintient-l-eclairage-publique-de-pointe-a-pitre> sur lequel il est indiqué que « *ce contrat innovant et attractif de PPP dans le domaine de l'énergie est une première pour l'île aux belles eaux* ».

⁴⁰ Le programme de rénovation urbaine de la ville de Pointe-à-Pitre, qui est l'un des plus importants de France, s'articule autour de :

- la démolition de 1 430 logements sociaux ;
- la construction de 1 476 logements locatifs sociaux ;
- la construction de 736 logements en offre diversifiée (logements libres, logements étudiants, résidences pour personnes âgées ;
- la construction de plus de 30 000 m² d'équipements de proximité (écoles, crèches, etc.) ;
- la construction de près de 30 000 m² de surfaces commerciales et bureaux.

4.2.4. Un recours sécurisé aux PPP en outre-mer suppose à la fois une amélioration des conditions du marché de la commande publique et un soutien mieux orienté de l'État

Une large part des conditions requises pour améliorer les conditions de recours aux PPP en outre-mer relèvent directement du marché de la commande publique, pour lequel il serait nécessaire à la fois d'agir sur l'offre et sur la demande. Il importerait en effet que :

- ◆ **de nouveaux acteurs puissent émerger sur le marché de la commande publique**, de manière à accroître la concurrence et limiter les risques associés à la situation de quasi-monopole des sociétés telles que la SEMSAMAR ;
- ◆ **les collectivités assainissent leur situation financière et budgétaire**, réduisent leur endettement, ainsi que leurs dépenses de fonctionnement, de manière à améliorer leurs conditions d'accès au crédit bancaire et à réduire les risques de rigidification de leurs budgets.

Au-delà de ces deux pré-requis, le recours aux PPP nécessite également que **les collectivités ultra-marines bénéficient d'une expertise de qualité sur ce type de contrat**, qui ne soit pas détachée du contexte particulier de leurs territoires.

Proposition n° 14 : Créer un pôle outre-mer au sein de la MAPPP rénovée (cf. annexe VII), qui soit entièrement dédié à l'appui à la commande publique des collectivités ultra-marines

Outre la systématisation de la saisine de la MEEF, proposée pour l'ensemble des collectivités locales, les particularités du contexte ultra-marin (cf. *supra*) justifient que la commande publique en outre-mer fasse également l'objet d'un traitement *ad hoc*, au sein de la nouvelle MAPPP.

Afin d'optimiser le financement des PPP réalisés en outre-mer, il faudrait également que **les subventions de l'État soient conditionnées à la sécurisation du projet**. La création d'un pôle outre-mer au sein de la MAPPP visant précisément à sécuriser le recours aux PPP, les financements de l'État devraient être conditionnés à la mise en œuvre effective des recommandations de ce pôle d'expertise.

Proposition n° 15 : Conditionner les subventions de l'État à l'obtention d'un avis favorable du pôle outre-mer de la MAPPP sur les projets de PPP

Au-delà de ces premières recommandations, il importerait de mener une **réflexion d'ensemble sur le sujet de la commande publique dans les collectivités ultra-marines**, qui dépasse largement le cadre de cette mission, de manière à redimensionner l'intervention de l'État et l'aide publique – notamment les dispositifs de défiscalisation – en fonction des enjeux spécifiques de l'investissement public dans ces territoires.

Proposition n° 16 : Conduire une mission d'évaluation et de conseil sur l'investissement public en outre-mer

SYNTHÈSE DES PROPOSITIONS DE L'ANNEXE

Proposition n° 1 : Favoriser le développement de la comptabilité analytique au sein des collectivités locales, permettant d'identifier les coûts associés à l'entretien, à la maintenance et à l'exploitation de leurs équipements et services, qu'ils soient gérés en régie directe ou confiés à un partenaire privé

Proposition n° 2 : Systématiser l'examen par la MAPPP des évaluations préalables des projets de PPP des collectivités locales, sous la forme d'un avis obligatoire mais non liant pour les exécutifs locaux

Proposition n° 3 : Limiter les délais d'instruction par la MAPPP des rapports d'évaluation préalable à deux mois maximum

Proposition n° 4 : Définir une grille de contrôle standardisée des CP pour la diffuser aux préfetures, recensant les différents points sur lesquels le contrôle de légalité doit porter.

Proposition n° 5 : Améliorer la formation des agents des préfetures en charge du contrôle de légalité sur le CP, en recourant à la fois aux services du PIACL et de la MAPPP.

Proposition n° 6 : Masquer les informations financières et budgétaires, ainsi que les hypothèses de calcul utilisées dans les évaluations préalables, dans les documents qui sont rendus publics.

Proposition n° 7 : Recommander aux collectivités, dans le guide méthodologique et les clausiers-types de la MAPPP, de faire figurer des indications chiffrées sur les grands équilibres financiers du contrat, dans le contrat lui-même

Proposition n° 8 : Inciter les collectivités, disposant d'une assise financière suffisante et pour les projets de grande taille, à inscrire des clauses « recours » dans leurs contrats, sur le modèle du CP du Nice Stadium, de manière à prévenir le risque de résiliation pour motif d'intérêt général

Proposition n° 9 : Attirer l'attention des collectivités à la fois sur les clauses de résiliation qui figurent dans leur contrat et sur celles qui figurent dans le contrat de financement entre l'opérateur et la banque

Proposition n° 10 : Recommander aux collectivités d'intégrer des clauses de remise en concurrence, de *benchmark* et de *market testing* dans leur contrat

Proposition n° 11 : Recommander aux collectivités de ne pas définir la durée de leur contrat en fonction des seuls arbitrages budgétaires et financiers, mais également en fonction de la durée de vie prévisionnelle des équipements et de l'évolution anticipée des besoins dans ce domaine

Proposition n° 12 : Appeler l'attention des comptables publics sur l'enregistrement des PPP, de manière à anticiper l'échéance des comptes 2013 et les éventuelles conséquences de ce changement de règles comptables sur les budgets des collectivités concernées, notamment sur leur capacité d'endettement

Proposition n° 13 : Systématiser la saisine de la MEEF pour les projets de PPP des collectivités territoriales, de manière à ce qu'elle rende un avis non liant sur la soutenabilité budgétaire des investissements envisagés par la collectivité

Proposition n° 14 : Créer un pôle outre-mer au sein de la MAPPP rénovée (*cf. annexe VII*), qui soit entièrement dédié à l'appui à la commande publique des collectivités ultra-marines

Proposition n° 15 : Conditionner les subventions de l'État à l'obtention d'un avis favorable du pôle outre-mer de la MAPPP sur les projets de PPP

Annexe II

Proposition n° 16 : Conduire une mission d'évaluation et de conseil sur l'investissement public en outre-mer

PIÈCES JOINTES

Annexe II

Répartition des CP signés depuis 2004 par département et par région

Région	Département	Type de collectivité	Année de l'attribution	Nombre de CP signés
Alsace	-	Région	2009	2
Aquitaine	Gironde	Commune	2008	1
		Commune	2011	5
		Commune	2012	1
		Département	2012	1
		EPCI	2011	1
		Syndicat	2009	1
Auvergne	Allier	Commune	2010	1
		Commune	2011	1
		Département	2011	1
	Puy de Dôme	Commune	2006	1
-	Région	2007	1	
Basse Normandie	Calvados	Commune	2007	1
	Manche	Département	2011	1
Bourgogne	Côte-d'Or	Commune	2008	1
		Commune	2009	1
		EPCI	2010	1
		EPCI	2012	1
	Saône-et-Loire	Commune	2007	1
		Commune	2011	1
Yonne	Département	2008	1	
Bretagne	Finistère	Département	2010	1
	Morbihan	Département	2009	1
Centre	Eure-et-Loir	Département	2007	1
	Indre	EPCI	2006	1
	Indre-et-Loire	Commune	2007	3
	Loir-et-Cher	Commune	2007	1
		Commune	2009	1
		EPCI	2009	1
	Loiret	Commune	2011	1
		Département	2006	1
		Département	2010	1
		Département	2012	1
-	Région	2010	1	
Champagne-Ardenne	Aube	Commune	2011	1
	Haute-Marne	Commune	2011	1
	Marne	Commune	2010	1
Guadeloupe	Guadeloupe	Commune	2010	1
Haute-Normandie	Eure	Commune	2010	1
Ile-de-France	Essonne	Commune	2009	1
		Commune	2012	1
	Hauts-de-Seine	Commune	2011	1
		Département	2008	1
		EPCI	2008	1
	Paris	Commune	2011	1
		Commune	2007	1
	Seine-et-Marne	Commune	2010	1
		Commune	2011	2
	Seine-maritime	Commune	2007	1
	Seine-Saint-Denis	Commune	2008	1
		Commune	2009	1
		Département	2012	3
	Val-de-Marne	Commune	2010	1

Annexe II

Région	Département	Type de collectivité	Année de l'attribution	Nombre de CP signés
	Val-d'Oise	Commune	2005	1
		Commune	2011	1
		EPCI	2011	1
	Yvelines	Commune	2011	1
		Commune	2012	1
		EPCI	2009	1
Languedoc-Roussillon	Aude	Commune	2011	1
	Gard	EPCI	2010	1
		Syndicat	2007	1
	Hérault	Commune	2006	1
		Commune	2007	1
		Commune	2010	1
	EPCI	2012	1	
Pyrénées-orientales	Commune	2008	1	
-	Région	2010	1	
Lorraine	Meurthe-et-Moselle	Département	2008	1
	Moselle	Département	2011	2
	Vosges	Commune	2012	1
	-	Région	2011	4
Midi-Pyrénées	Gers	EPCI	2008	1
	Hautes-Pyrénées	Département	2010	2
	Tarn-et-Garonne	Commune	2011	1
		Département	2010	1
Nord-Pas-de-Calais	Nord	Commune	2008	1
		Commune	2009	1
		Commune	2011	2
		Commune	2012	1
		EPCI	2008	1
		EPCI	2012	1
	Pas-de-Calais	Commune	2008	1
		EPCI	2012	1
Pays-de-la-Loire	Loire-Atlantique	Commune	2011	1
	Maine-et-Loire	Commune	2007	1
	Sarthe	Commune	2012	1
	Vendée	Département	2010	1
Picardie	Aisne	Commune	2007	1
	Oise	Syndicat	2010	1
Poitou-Charentes	Charente	EPCI	2010	1
Provence-Alpes-Côte-d'Azur	Alpes-maritimes	Commune	2009	1
		Commune	2011	1
		Syndicat	2006	1
	Var	Commune	2007	1
Rhône-Alpes	Ain	Commune	2007	1
		Commune	2009	1
	Ardèche	EPCI	2011	1
	Bouches-du-Rhône	Commune	2010	1
	Haute-Savoie	Commune	2012	1
	Isère	Commune	2010	1
Rhône	Commune	2008	1	
Total				118

Source : Données MAPPP, CEF-O-PPP, mission.

Annexe II

Grille de contrôle des CP réalisée par les services de la préfecture de la Gironde, en charge du contrôle de légalité

Points de vérification	Objet du contrôle	Référence CGCT	Analyse / observations
Objet : mission globale, construction ou transformation, conception, entretien, maintenance, exploitation ou gestion d'ouvrages	Vérifier que l'objet relève bien de la compétence de la collectivité	L.1414-1	-
Date de réception en signature	Délai de 15 jours à compter de la signature	L.1414-15	Oui/Non
Date de signature du contrat	-	-	-
Complétude du dossier			
Avis de la Commission consultative des services publics locaux	-	-	Oui/Non
Délibération approuvant le principe du recours au CP et le choix de la procédure	Légalité externe - interne	-	Oui/Non
Rapport d'évaluation préalable	-	L.1414-2	Oui/Non
Règlement de consultation	-	-	Oui/Non
Cahier des charges	-	-	Oui/Non
Publicités adaptées ou JOUE + BOAMP	Dates d'envoi - Délai - Contenu	L.1414-3 D.1414-1	Oui/Non
PV commission d'ouverture des candidatures	-	-	Oui/Non
Critères de sélection de candidature	Respect des critères énoncés	-	Oui/Non
Lettres de notification aux candidats écartés et admis à présenter une offre	Dates d'envoi - Délai	L.1414-6	Oui/Non
Lettres d'information les candidats au terme de la discussion (dialogue compétitif)	Dates d'envoi - Délai d'un mois minimum entre l'envoi de la lettre et la remise des offres finales	L.1414-7	Oui/Non
Délibération approuvant la signature du CP	Légalité externe - interne	L.1414-1	Oui/Non
Contrat	Contenu - signature	-	Oui/Non
Attestations fiscales et sociales	-	D.1414-3	Oui/Non
Rapport d'évaluation préalable			
Motifs de recours	Économique	L.1414-2	Oui/Non
	Financier		Oui/Non
	Juridique	-	Oui/Non
	Administratif	-	Oui/Non
	Analyse comparative des différents modes de réalisation / gestion	-	Oui/Non
Légalité du recours au CP (critères non cumulatifs)	Complexité du projet	-	Oui/Non
	Urgence	-	Oui/Non
	Bilan avantages - inconvénients favorable au CP	-	Oui/Non
Procédure			
1/Dialogue compétitif	Possibilité d'engager un dialogue avec chacun des candidats, dans des conditions d'égalité	L.1414-5 et L.1414-7	Oui/Non
	Discussions en phases successives, si précisé dans l'AAPC ou dans le règlement de consultation	-	Oui/Non
Lettres de consultation	Mentions obligatoires : - date limite de réception ; - référence à l'AAPC	L.1414-8-III	Oui/Non

Annexe II

Points de vérification	Objet du contrôle	Référence CGCT	Analyse / observations
Offres finales	Délai minimum d'1 mois	-	Oui/Non
Attribution du contrat	Critère de l'offre économiquement la plus avantageuse	-	Oui/Non
Renseignements complémentaires éventuels sur le cahier des charges de la personne publique	Communication au plus tard 6 jours avant la DLRO, réduit à 4 jours en cas d'urgence	-	Oui/Non
2/Appel d'offres	-	-	Oui/Non
3/ Procédure négociée avec publication d'un APC	Contrat d'un montant inférieur à 5 M€ HT	D.1414-5-I	Oui/Non
	Contrat d'un montant inférieur à 200 000€ HT	D.1414-5-III	Oui/Non
Publicité			
CP d'un montant total inférieur à 193 000 € HT	Publicité adaptée, en fonction des caractéristiques du contrat	L.1414-6 D.1414-1	Oui/Non
CP d'un montant total supérieur à 193 000 € HT	JOUE BOAMP Autre publicité	L.1414-6 D.1414-1	Oui/Non
Date limite de réception des offres	40 jours au moins entre la date d'envoi de l'AAPC et la date limite de réception des offres	-	Oui/Non
Contenu de la publicité	Collectivité / objet	-	Oui/Non
	Durée	-	Oui/Non
	Procédure	-	Oui/Non
	Critères de sélection des candidats	-	Oui/Non
	Nombre minimum de candidats	-	Oui/Non
	Mention de la discussion en phases successives	-	Oui/Non
	Mention d'une prime à tous les candidats ou ceux dont les offres seront les mieux classées	L.1414-7 (mention non obligatoire)	Oui/Non
Commission	Composition	L.1411-5	Oui/Non
PV d'ouverture de plis des candidats	Liste des candidatures reçues – Complétude des dossiers – Candidats non admis à présenter une offre	-	Oui/Non
Déclarations et attestations du candidat retenu			
Déclarations sur l'honneur	-	D.1414-3	Oui/Non
Bulletin casier judiciaire n°2	-		Oui/Non
Pièces prévues au code du travail	-	D.8222-5 ou D.8222-7 et D.8222-8	Oui/Non
Attestations fiscales et sociales	Attestations établies par les organismes compétents		Oui/Non
Clauses obligatoires du contrat			
Durée	En fonction de la durée d'amortissement, d'investissement ou des modalités de financement	L.1414-1 et L.1414-2	Oui/Non
Partage des risques	-	-	Oui/Non
Objectifs de performance	-	-	Oui/Non
Rémunération du cocontractant	Pendant toute la durée du CP, en distinguant les coûts d'investissement, les coûts de fonctionnement, les coûts de	-	Oui/Non

Annexe II

Points de vérification	Objet du contrôle	Référence CGCT	Analyse / observations
	financement et les recettes annexes		
Conditions relatives au constat de réalisation des investissements	-	L.313-29-1 du code monétaire et financier	Oui/Non
Obligations du cocontractant	Garantie du respect de l'affectation des ouvrages, équipements ou biens immatériels, respect des exigences du service public	-	Oui/Non
Modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat	-	-	Oui/Non
Sanctions et pénalités en cas de défaillance	-	-	Oui/Non
Conditions relatives aux avenants	Modifications possibles de certains aspects du contrat ou résiliation	-	Oui/Non
Continuité du service public	-	-	Oui/Non
Propriété des ouvrages, équipements, biens immatériels	-	-	Oui/Non
Prévention et règlement des litiges	-	-	Oui/Non

Source : Préfecture de la Gironde.

ANNEXE III

Analyse de l'évaluation économique préalable des partenariats public-privé

SOMMAIRE

SOMMAIRE	1
SYNTHESE	3
1. L'EVALUATION PREALABLE FORMALISE LA DECISION DE RECOURIR AU CONTRAT DE PARTENARIAT SELON UNE METHODOLOGIE FIXEE PAR LA MAPPP	3
1.1. L'évaluation préalable vient formaliser et justifier la décision de recourir au contrat de partenariat en amont de la procédure	3
1.2. L'évaluation préalable répond à une méthodologie précise	4
1.3. L'évaluation préalable est soumise à un contrôle indirect théoriquement contraignant	6
2. SI L'EVALUATION PREALABLE REPOSE SUR DES BASES THEORIQUES SOLIDES, SA MISE EN ŒUVRE DEMEURE PERFECTIBLE ET REVELE D'IMPORTANTES LIMITES	8
2.1. Les délais de réalisation globaux apparaissent sous-évalués.....	8
2.1.1. <i>Aspects méthodologiques</i>	8
2.1.2. <i>Étude de l'échantillon</i>	8
2.1.3. <i>Contrôle de la MAPPP</i>	9
2.2. L'analyse des coûts de conception et de réalisation n'est pas étayée par des références empiriques précises	10
2.2.1. <i>Aspects méthodologiques</i>	10
2.2.2. <i>Étude de l'échantillon</i>	12
2.2.3. <i>Contrôle de la MAPPP</i>	17
2.3. Les coûts de financement sont délicats à évaluer, en particulier dans un environnement financier instable.....	17
2.3.1. <i>Aspects méthodologiques</i>	17
2.3.2. <i>Étude de l'échantillon</i>	19
2.3.3. <i>Contrôle de la MAPPP</i>	20
2.4. Les coûts associés à l'exploitation de l'ouvrage font l'objet d'une évaluation sommaire.....	20
2.4.1. <i>Aspects méthodologiques</i>	20
2.4.2. <i>Étude de l'échantillon</i>	21
2.4.3. <i>Contrôle de la MAPPP</i>	23
2.5. Les recettes annexes et de valorisation sont peu contre-expertisées.....	24
2.5.1. <i>Aspects méthodologiques</i>	24
2.5.2. <i>Étude de l'échantillon</i>	24
2.5.3. <i>Contrôle de la MAPPP</i>	25
2.6. L'indexation et l'actualisation des flux financiers reposent sur une méthodologie encore fragile	25
2.6.1. <i>Aspects méthodologiques</i>	25
2.6.2. <i>Étude de l'échantillon</i>	26
2.6.3. <i>Contrôle de la MAPPP</i>	27
2.7. Le calcul des valeurs actuelles nettes devrait être plus détaillé.....	27
2.7.1. <i>Aspects méthodologiques</i>	27

2.7.2. Étude de l'échantillon.....	31
2.7.3. Contrôle de la MAPPP.....	32
2.8. Alors qu'elle est souvent déterminante dans le choix de recourir à un contrat de partenariat, la prise en compte qualitative et quantitative du risque reste très expérimentale.....	33
2.8.1. Aspects méthodologiques.....	33
2.8.2. Étude de l'échantillon.....	34
2.8.3. Contrôle de la MAPPP.....	37
3. CONCLUSION : LE CONTROLE EXERCE PAR LA MAPPP DOIT ETRE RENFORCE AFIN DE RENDRE EFFECTIF LE CARACTERE DEROGATOIRE DU RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT	37
SYNTHESE DES PROPOSITIONS	42
PIÈCES JOINTES	44
MATRICE D'ANALYSE DES RISQUES PROPOSEE PAR LA MAPPP.....	45
ÉVALUATION PREALABLE – RENOVATION ET MODERNISATION DE L'INSTITUT NATIONAL DU SPORT ET DE L'EDUCATION PHYSIQUE (INSEP) – PARTIE NORD.....	46
ÉVALUATION PREALABLE – RENOVATION DU PARC ZOOLOGIQUE DE PARIS (ZOO DE VINCENNES)	48
ÉVALUATION PREALABLE – RESTRUCTURATION ET EXTENSION DU CENTRE UNIVERSITAIRE DE CLIGNANCOURT.....	51
ÉVALUATION PREALABLE – REALISATION D'UNE CHAUFFERIE CENTRALE – CENTRE HOSPITALIER DE PERIGUEUX	53
ÉVALUATION PREALABLE – IMPLANTATION DES SERVICES DU MINISTERE DE LA DEFENSE SUR LE SITE BALARD	56
ÉVALUATION PREALABLE – PROJET TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS.....	59

SYNTHESE

Aux fins d'évaluer la performance économique des contrats de partenariat (CP), la mission a procédé à l'examen des conditions de réalisations de l'évaluation préalable prévue à l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 avant la conclusion d'un contrat de partenariat.

Réalisée par la personne publique donneuse d'ordre ou ses conseils, l'évaluation préalable intervient en amont de l'avis d'appel public à la concurrence et de la consultation des entreprises.

L'évaluation préalable n'a pas vocation à justifier ou à questionner l'opportunité de la décision d'investissement de la personne publique. Elle doit cependant éclairer la mise en œuvre de la décision d'investissement de la personne publique et justifier le recours au CP, dispositif dérogatoire au droit commun de la commande publique. La procédure d'évaluation préalable est soumise à un contrôle de la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP), qui émet un avis sur le document.

En vertu de l'ordonnance, l'évaluation préalable doit apporter la preuve que l'un des critères de recours au contrat de partenariat prévus par l'ordonnance est bien vérifié : complexité ou urgence du projet ; efficacité du contrat de partenariat par rapport à d'autres modes de commande publique.

La présente annexe étudie plus spécifiquement le traitement de ce deuxième point. A cette fin, la mission a analysé la méthodologie d'évaluation économique proposée par la MAPPP. Les bases théoriques de cette méthodologie sont globalement robustes. Elle fait cependant apparaître plusieurs points d'amélioration dans sa mise en application, notamment afin d'améliorer la transparence des données utilisées par l'évaluateur et d'en permettre la contre-expertise :

- ◆ des coefficients forfaitaires de valorisation des coûts des contrats de partenariat sont tolérés sans justification précise ;
- ◆ l'analyse des conditions de financement est insuffisamment détaillée et ne prévoit pas l'établissement de scénarios de financement alternatifs, démarche rendue nécessaire par un contexte financier contraint ;
- ◆ la méthode d'actualisation des flux financiers est insuffisamment précise ;
- ◆ seuls devraient être utilisés dans le calcul des valeurs actuelles nettes (VAN) les risques dont l'évaluation quantitative est auditable.

La mission a ensuite examiné, sur un échantillon de six projets, l'évaluation économique contenue dans l'évaluation préalable réalisée par les personnes publiques donneuses d'ordre et le contrôle qui en a été fait par la MAPPP.

L'étude de cet échantillon d'évaluations préalables fait apparaître les constats suivants :

- ◆ les délais prévisionnels du projet, qui sont supposés plus réduits en contrat de partenariat par rapport à un schéma de référence en maîtrise d'ouvrage public, sont fréquemment sous-estimés par rapport aux délais de procédure constatés à la signature du contrat ;
- ◆ l'évaluation des coûts de réalisation des ouvrages est incertaine mais généralement proche des coûts effectivement prévus dans le contrat ;
- ◆ en revanche, les coûts de conception indiqués dans l'évaluation préalable sont fréquemment sous-estimés par rapport au contrat final ;

- ◆ l'évaluation préalable des frais financiers du projet, et singulièrement des frais financiers intercalaires, est peu fiable et généralement sous-estimée ;
- ◆ l'évaluation des charges d'exploitation des projets au sein de l'échantillon évaluée n'est ni précise, ni exhaustive, et fréquemment sous-estimée par rapport aux charges effectivement tarifées dans le contrat ;
- ◆ les recettes de valorisation font peu fréquemment l'objet d'une analyse détaillée et chiffrée ;
- ◆ la méthodologie du calcul des VAN est inégalement explicitée dans les évaluations de l'échantillon ;
- ◆ si la démarche d'analyse qualitative des risques est aujourd'hui bien assimilée par les porteurs de projet, l'analyse quantitative des risques demeure en revanche très fragile dans les évaluations étudiées ; ni les lois de probabilité utilisées, ni le chiffrage des surcoûts associés à la réalisation des risques ne sont justifiés ; cette carence est d'autant plus préjudiciable que la prise en compte des risques a un impact significatif sur le calcul des valeurs actuelles nettes et qu'elle conduit fréquemment à rendre plus avantageux le montage en contrat de partenariat par rapport au scénario de référence.

L'étude du contrôle exercé par la MAPPP dans le cadre des avis rendus sur ces évaluations met en évidence :

- ◆ la montée en compétence progressive de la MAPPP et la formalisation croissante de ses avis ;
- ◆ le caractère cependant peu étayé de ses appréciations, qui reposent rarement sur des références ou des indicateurs externes permettant de parangonner les éléments de l'évaluation préalable ;
- ◆ l'existence d'un biais favorable au contrat de partenariat, apparente dans la formulation retenue des avis et qui nuit à la crédibilité de l'analyse.

L'étude des rapports transmis par la MAPPP au ministre en fin de procédure, avant l'approbation de la signature du contrat révèle enfin :

- ◆ le caractère peu systématique du contrôle des réserves émises par la MAPPP au stade de l'évaluation préalable ;
- ◆ l'absence de conséquences tirées du non-respect des prévisions émises dans l'évaluation ou d'arrangements contractuels plus défavorables que ceux prévus dans l'évaluation.

Afin d'étudier la robustesse globale des évaluations préalables, la mission a rapproché les coûts totaux d'investissement estimés par les évaluations préalables et ceux résultant des contrats signés. En cohérence avec les constats effectués sur l'analyse des différents facteurs de coût des projets, l'étude des coûts totaux d'investissement met en évidence :

- ◆ dans l'évaluation préalable, une évaluation des coûts d'investissement globalement plus favorable aux montages en contrat de partenariat que dans les scénarios de référence : les coûts sont inférieurs de 12 % en moyenne en contrat de partenariat par rapport au scénario en maîtrise d'ouvrage public ;
- ◆ dans le contrat signé, des montants à financer significativement supérieurs aux montants prévus dans l'évaluation préalable pour le montage en contrat de partenariat : les coûts d'investissement sont supérieurs en moyenne de 49 % dans le contrat de partenariat par rapport aux estimations de l'évaluation préalable.

La sous-évaluation manifeste des coûts d'investissement dans les évaluations préalables témoigne de la fiabilité budgétaire et financière limitée des évaluations. Elle résulte pour partie du caractère prospectif, donc nécessairement imprécis, de l'évaluation ; pour partie également, d'une capacité de contrôle insuffisante de ces travaux, pouvant favoriser des évaluations excessivement favorables au contrat de partenariat ou particulièrement optimistes budgétairement.

Au final, si la MAPPP a indéniablement amélioré les formes et la systématique de son examen des évaluations préalables, le contrôle qu'elle exerce demeure insuffisamment approfondi.

L'absence de contrôles approfondis et étayés par des références externes sur certains points sensibles tels que l'évaluation des coûts, le calcul des VAN, l'estimation des risques, ne permettent pas d'apporter une assurance raisonnable sur l'exactitude des conclusions auxquelles parviennent les évaluations préalables et ainsi, de valider la justification des contrats de partenariat initiés sur leur fondement.

Afin de renforcer la fiabilité des évaluations préalables, la mission propose de renforcer fortement le contrôle des évaluations préalables :

- ◆ en dotant la MAPPP d'une véritable capacité d'audit, associé à un plan d'audit formalisé des évaluations préalables ;
- ◆ en imposant la transmission par les évaluateurs d'informations plus nombreuses et auditables ;
- ◆ en mettant en œuvre, au sein de la MAPPP, d'une véritable contre-expertise sur certaines données essentielles de l'évaluation ;
- ◆ en modifiant ponctuellement la méthodologie d'évaluation préalable proposée par la MAPPP ;
- ◆ en renforçant la valeur juridique de l'avis de la MAPPP sur l'évaluation préalable, afin d'assurer la prise en compte des réserves qu'elle aurait émises dans la suite du processus d'élaboration du projet ;
- ◆ en étendant les missions de contrôle et d'assistance de la MAPPP à d'autres formes de montage, afin de garantir la neutralité de son analyse (*cf.* Annexe VII).

En outre, afin d'améliorer la qualité des évaluations produites par les personnes publiques, la mission préconise le renforcement des outils disponibles à cette fin, notamment par la constitution d'une base de données sur les coûts de conception et de construction partagée entre les personnes publiques.

Enfin, afin de conférer à l'outil de l'évaluation préalable son rôle d'aide à la décision, il conviendrait d'étendre cette procédure à d'autres modalités de réalisation des ouvrages publics, dès lors que le coût minimal du projet d'investissement est supérieur à un certain seuil.

Annexe III

La lettre de mission invitait l'IGF à évaluer « *les avantages et les inconvénients* » des contrats de partenariat (CP), et notamment ses « *avantages présumés tant en matière de délais de réalisation des investissements que de maîtrise des coûts* ».

Aux fins d'évaluer la performance économique des contrats de partenariat, la mission a conduit deux types d'investigation :

- ◆ au titre de l'évaluation *ex ante* de la performance des PPP, une étude des conditions de réalisations de l'évaluation préalable prévue par l'ordonnance du 17 juin 2004 avant la conclusion d'un contrat de partenariat ; c'est l'objet de la présente annexe ;
- ◆ au titre de l'évaluation *ex post* des PPP, une synthèse des principaux enseignements des premiers projets conduits en PPP ; c'est l'objet de l'annexe IV.

En matière d'évaluation *ex ante*, l'ordonnance du 17 juin 2004 contraint les personnes publiques souhaitant engager la réalisation d'un contrat de partenariat à établir une étude préalable pour justifier ce choix. En vertu de l'article 2 de l'ordonnance, « *les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret, faisant apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat.* »

L'évaluation préalable doit garantir la pertinence économique du montage contractuel retenu, eu regard au caractère dérogatoire que présente le contrat de partenariat. Bien qu'étant généralement un marché public (cf. annexe VI), le contrat de partenariat déroge à la règle générale de l'allotissement prévue par le code des marchés publics¹ et donne lieu à une procédure de dialogue compétitif et non d'appel d'offres, lorsque l'objet du marché est complexe.

En outre, contrairement aux ouvrages réalisés en maîtrise d'ouvrage publique, également qualifiée de loi « MOP »², dans lesquels la personne publique finance le projet, est maître d'ouvrage et reste propriétaire des ouvrages, le contrat de partenariat conduit la personne publique à déléguer la maîtrise d'ouvrage à un prestataire privé. Ce dernier détiendra des droits réels sur les ouvrages pendant toute la durée du contrat. La personne publique perd donc l'entier contrôle de l'infrastructure, dont elle n'est qu'occupante.

Dans ces conditions, l'évaluation préalable doit donc apporter la preuve que l'un des critères de recours au contrat de partenariat prévus par l'ordonnance est bien vérifié : complexité ou urgence du projet ; efficacité du contrat de partenariat par rapport à d'autres modes de commande publique.

Ces évaluations comportent ainsi deux parties principales :

- ◆ **une analyse juridique des types de contrats envisageables pour réaliser le projet ;**
- ◆ **une analyse économique de l'efficacité de la réalisation du projet en contrat de partenariat.**

Dans le cadre de l'évaluation socio-économique *ex-ante* des PPP, la présente annexe étudie uniquement l'évaluation économique, l'évaluation juridique des critères de complexité et d'urgence mobilisés dans ces documents étant traitée dans l'annexe VI.

¹ Code des marchés publics, article 10 : « *Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés.* »

² Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

Annexe III

La mission a ainsi examiné, sur un échantillon de six projets, l'évaluation économique contenue dans l'évaluation préalable effectuée par la personne publique donneuse d'ordre et le contrôle qui en a été fait par la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP).

L'échantillon sélectionné par la mission a les caractéristiques suivantes (cf. Tableau 1) :

- ◆ il ne représente que 3 % du nombre d'évaluations préalables reçues et examinées par la MAPPP (soit 6 évaluations sur 178 évaluations reçues au 30 avril 2012) mais 8 % du montant prévisionnel des investissements associés³ ;
- ◆ ces projets émanent uniquement de l'État ou de ses opérateurs directs : ils sont ainsi soumis au contrôle de la MAPPP non seulement au titre de l'avis sur l'évaluation préalable, mais également de l'approbation du ministre de l'économie au moment de la signature du contrat ;
- ◆ il couvre six donneurs d'ordre public œuvrant dans des secteurs différents, dont quatre ministères (ministère de la jeunesse et des sports, ministère de la défense, ministère de la justice, Ministère de l'enseignement supérieur), un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel (le muséum d'histoire naturelle), un établissement public hospitalier ;
- ◆ il porte sur des projets de taille très diverse (de 6,5 M€ à 2,4 Md€ d'investissement) ;
- ◆ ces évaluations préalables, qui ont été réalisées de 2005 à 2010, ont toutes donné lieu à des contrats signés de 2006 à 2012, ce qui permet la confrontation du contenu de l'évaluation préalable aux dispositions du contrat final.

Tableau 1 : Échantillon de projets sélectionnés par la mission

	INSEP	Zoo de Vincennes	Centre Clignancourt	Périgueux	Bâtiment Balard	TGI de Paris
Pouvoir adjudicateur	Ministère de la jeunesse et des sports	Muséum d'histoire naturelle	Ministère de l'enseignement supérieur	Centre hospitalier de Périgueux	Ministère de la Défense	Ministère de la justice
Montant total à financer (M€)	69,77	147,35	57,87	6,55	2 369,56	631,93
Date de l'AAPC (Avis d'Appel Public à la Concurrence)	16/07/2005	21/12/2007	14/02/2008	26/07/2008	05/06/2009	05/06/2010
Date de l'avis de la MAPPP	31/10/2005	21/06/2006	02/03/2007	11/06/2008	01/02/2009	05/02/2010
Date de l'évaluation préalable	27/09/2005	01/05/2006	17/01/2007	15/01/2008	01/01/2009	01/01/2010
Date de signature du contrat	21/12/2006	24/02/2010	24/07/2009	29/12/2009	21/02/2011	15/02/2012

Source : MAPPP, IGF.

Après avoir rappelé le cadre juridique et opérationnel de réalisation des évaluations préalables, la présente annexe analyse la méthodologie d'évaluation proposée par la MAPPP et sa mise en œuvre dans le cadre de l'échantillon, le contrôle réalisé par la MAPPP sur celles-ci puis le rapport remis au ministre, avant de proposer des pistes d'amélioration.

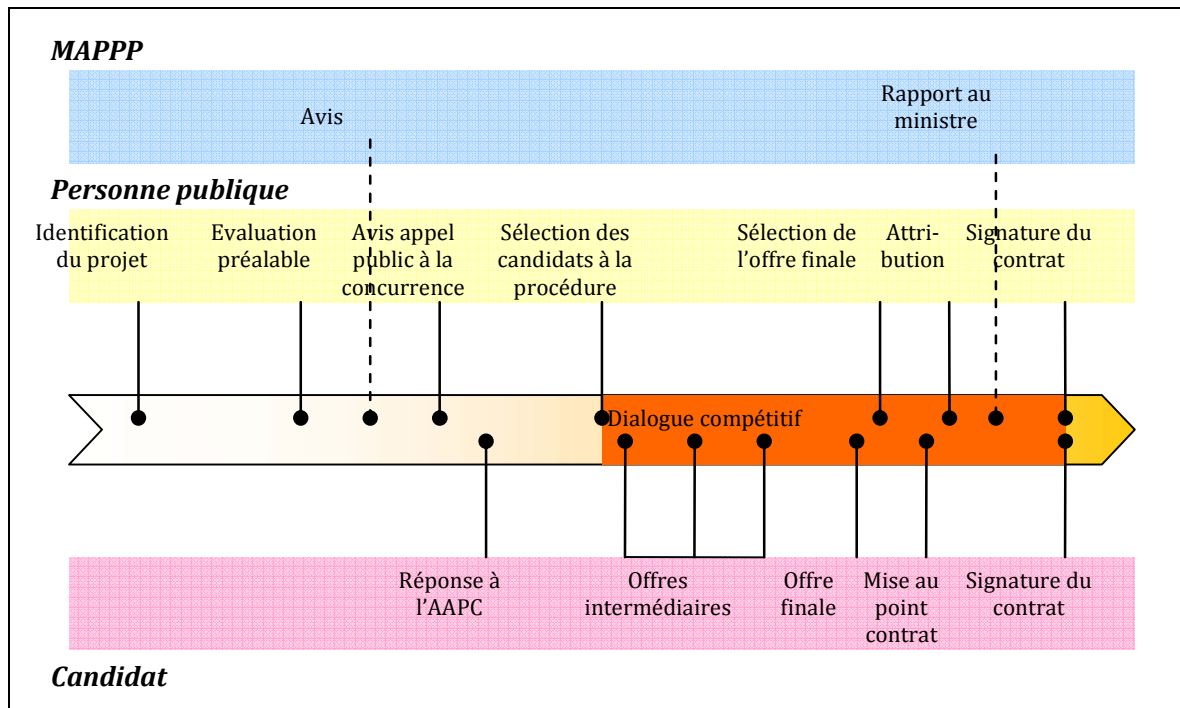
³ Montant des investissements prévisionnels prévus dans l'ensemble des évaluations préalables transmises à la MAPPP au 30 avril 2012.

1. L'évaluation préalable formalise la décision de recourir au contrat de partenariat selon une méthodologie fixée par la MAPP

1.1. L'évaluation préalable vient formaliser et justifier la décision de recourir au contrat de partenariat en amont de la procédure

Réalisée par la personne publique donneuse d'ordre ou ses conseils, l'évaluation préalable intervient en amont du déroulement du projet (cf. Graphique 1). En règle générale, l'évaluation préalable est réalisée ou commanditée par la personne publique en amont du lancement de la procédure de consultation des entreprises, une fois le projet identifié.

Graphique 1 : Déroulement de l'élaboration d'un contrat de partenariat (procédure de dialogue compétitif)



Source : IGF.

L'évaluation préalable n'a pas vocation à justifier ou à questionner l'opportunité de la décision d'investissement de la personne publique. En principe, l'évaluation préalable fait suite à la décision de réaliser un ouvrage par la personne publique, décision qui est considérée comme définitive et qui n'est pas remise en cause à ce stade de la procédure. **La pertinence de la décision d'investir de la personne publique repose donc sur une réflexion amont, devant reposer sur un bilan coût-avantages, qui relève intégralement de la personne publique et qui n'est soumise à aucun formalisme particulier.**

Annexe III

L'évaluation préalable doit cependant éclairer la mise en œuvre de la décision d'investissement de la personne publique. À cette fin, selon l'article 2 de l'ordonnance précitée, l'évaluation doit comporter une « *analyse comparative des différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable* » possibles pour réaliser l'investissement souhaité par la personne publique et permettre de retenir la meilleure option possible.

Dans les faits, l'évaluation préalable vient formaliser la décision de recourir au contrat de partenariat. Le coût de l'évaluation préalable, significatif (pouvant atteindre 50 000 à 60 000 €), n'est consenti par les personnes publiques que lorsqu'elles souhaitent mener à bien l'externalisation totale de la maîtrise d'ouvrage, externalisation qui est par ailleurs généralement déterminée principalement par des considérations budgétaires.

1.2. L'évaluation préalable répond à une méthodologie précise

L'évaluation préalable a pour objet d'assurer que les conditions au recours du contrat de partenariat fixées par l'ordonnance sont bien remplies. L'article 2 de l'ordonnance recense une liste de trois conditions exhaustives mais non cumulatives :

- ◆ le critère de la complexité : « *compte tenu de la complexité du projet, 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 ;* »
- ◆ le critère de l'urgence : « *le projet présente un caractère d'urgence, 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* » ;
- ◆ le critère de l'efficacité : « *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. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage.* »

Le contenu de l'évaluation préalable a été fixé par voie réglementaire. L'arrêté du 2 mars 2009 relatif à la méthodologie applicable à l'évaluation préalable à la mise en œuvre d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat est venu préciser la méthodologie applicable à l'évaluation préalable (cf. Encadré 1). Celle-ci doit comporter :

- ◆ une présentation générale du projet ;
- ◆ une analyse juridique démontrant l'urgence, la complexité ou l'efficacité du projet, ainsi que les différents schémas juridiques envisageables ;
- ◆ une comparaison de la performance de chaque schéma selon des critères budgétaires et socio-économiques.

Encadré 1 : Arrêté du 2 mars 2009 relatif à la méthodologie applicable à l'évaluation préalable à la mise en œuvre d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat

« L'évaluation préalable mentionnée à l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 susvisée et à l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales comporte les éléments suivants :

I. - Présentation générale :

a) Du projet, notamment son objet, l'historique, le contexte et ses enjeux ;

Annexe III

b) De la personne porteuse du projet, notamment ses compétences et son statut.

II. - Partie juridique démontrant l'urgence, la complexité ou l'efficacité du projet et présentant les schémas juridiques envisageables.

III. - Analyse comparant les divers schémas juridiques retenus, comprenant :

a) Un cadrage, notamment les périmètres, les procédures, les calendriers et la durée totale du contrat distinguant la durée des travaux et la durée d'exploitation ;

b) Un chiffrage en coût complet, comprenant notamment les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement, de fonctionnement du projet pour la personne publique et pour le partenaire privé avec leur évolution dans le temps, une estimation des recettes annexes éventuelles ainsi que le traitement comptable et fiscal retenu ;

c) Une actualisation, comprenant notamment la période et le taux retenu, et une estimation des coûts en valeur actuelle des flux nets de décaissement dans chacun des schémas pour la personne porteuse du projet ;

d) Une prise en compte du risque, des performances et du dédit, présentant notamment la répartition des risques entre les acteurs public et privé, leur valorisation monétaire, les calculs des valeurs de basculement des principaux paramètres et les tests de sensibilité sur les principaux postes de coûts ;

e) La prise en compte du développement durable. »

Source : Texte cité.

L'analyse comparative des différents schémas de réalisation de l'ouvrage repose notamment sur une évaluation quantitative de leur valeur nette actualisée. L'arrêté du 2 mars 2009 (cf. Encadré 1) prévoit que cette évaluation contient :

- ◆ un cadrage du projet en termes de périmètre et de calendrier ;
- ◆ un chiffrage en coût complet des coûts de réalisation de l'ouvrage et des éventuelles recettes annexes ;
- ◆ une actualisation de ces éléments financiers et le calcul d'une valeur actuelle nette (VAN) ;
- ◆ la prise en compte des risques portant sur les différents scénarios ;
- ◆ la prise en compte du développement durable.

L'arrêté du 2 mars 2009 indique que l'évaluation préalable doit comporter « *un chiffrage en coût complet, comprenant notamment les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement, de fonctionnement du projet pour la personne publique et pour le partenaire privé avec leur évolution dans le temps, une estimation des recettes annexes éventuelles ainsi que le traitement comptable et fiscal retenu.* »

Le chiffrage des coûts⁴ doit être effectué pour chaque schéma de réalisation possible, incluant le contrat de partenariat et la réalisation de l'ouvrage en maîtrise d'ouvrage public.

En complément de l'arrêté, la MAPPP a produit plusieurs documents méthodologiques visant à assister les personnes publiques et leurs conseils dans l'élaboration de l'évaluation préalable. Il s'agit principalement :

- ◆ de circulaires, notamment la circulaire du 9 mai 2012 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales ;

⁴ Selon le *guide méthodologique* établi par la MAPPP (cf. *infra*), les coûts devant être pris en compte incluent :

- les coûts de montage et de gestion du projet ;
- les coûts associés à la réalisation du projet.

Annexe III

- ◆ de fiches techniques disponibles sur le site de la MAPPP⁵, notamment le guide méthodologique sur les contrats de partenariats⁶, le plan type du rapport d'évaluation préalable⁷, ainsi que plusieurs fiches annexes relatives à l'analyse juridique des critères d'urgence et de complexité, au modèle de simulation financière, à l'analyse fiscale des montages.

La méthodologie et la mise en œuvre de chacune de ces étapes sont étudiées dans les sections suivantes.

1.3. L'évaluation préalable est soumise à un contrôle indirect théoriquement contraignant

La procédure d'évaluation préalable est soumise à un avis de la part de la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP). Instituée par décret du 19 octobre 2004⁸, la MAPPP est un « *organisme expert* » chargé d'assister « *toute personne intéressée* » à la réalisation de l'évaluation préalable. Elle est saisie pour avis de l'ensemble des projets de contrat de partenariat émanant de toute personne publique, donc des projets émanant de l'État ou de ses opérateurs, d'une collectivité locale ou d'un établissement public hospitalier.

Elle est également obligatoirement saisie pour avis sur l'évaluation préalable dans le cas suivants :

- ◆ les projets d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public assortie d'une location avec option d'achat (AOT-LOA) de l'État ou d'un établissement public d'État, dont le loyer annuel hors taxe est supérieur à 1 M€, en vertu de l'article 48 de la loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat ⁹ ;
- ◆ les baux emphytéotiques administratifs (BEA) des collectivités locales, qu'il s'agisse de baux de droit commun ou de baux thématiques, lorsque la collectivité souhaite bénéficier d'attributions du fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA) et à condition que la somme cumulée des loyers hors taxe soit inférieure à 10 M€ (art. L. 1615-13 code général des collectivités territoriales - CGCT)¹⁰ ;
- ◆ les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) conclus par les établissements hospitaliers, depuis le décret du 29 avril 2010 relatif à l'organisation financière et à l'investissement immobilier des établissements de santé, codifié à l'article R. 6148-1 du code de la santé publique.

⁵ <http://www.economie.gouv.fr/ppp/Evaluation-prealable>

⁶ MAPPP, « Les contrats de partenariat : guide méthodologique », 06-08d, version du 25 mars 2011.

⁷ MAPPP, « Plan type du rapport d'évaluation préalable », 07-07c, version du 2 février 2011.

⁸ Décret n°2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui aux partenariats public-privé.

⁹ « À compter du 1er janvier 2009, tout projet de bail présenté par l'État ou par un établissement public de l'État conclu dans le cadre d'une autorisation d'occupation temporaire constitutive de droit réel du domaine public, défini à l'article L. 2122-15 du code général de la propriété des personnes publiques, dont le loyer est supérieur à un montant fixé par décret en Conseil d'État, est soumis à la réalisation d'une évaluation préalable dans les conditions définies à l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. »

¹⁰ « La collectivité territoriale ou l'établissement public, qui a passé un bail emphytéotique prévu à l'article L. 1311-2 d'un montant inférieur à un seuil fixé par décret et ayant donné lieu à une évaluation préalable dans les conditions prévues par l'article L. 1414-2, bénéficie d'attributions du fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée sur la part de la rémunération versée à son cocontractant correspondant à l'investissement réalisé par celui-ci pour les besoins d'une activité non soumise à la taxe sur la valeur ajoutée. La part de la rémunération correspondant à l'investissement est celle indiquée dans les clauses prévues à l'article L. 1311-3. »

Annexe III

L'avis de la MAPPP ne contraint pas directement le donneur d'ordre public. L'avis rendu par la MAPPP sur l'évaluation préalable n'est pas liant, ni pour l'État, ni pour les collectivités locales, ni pour les hôpitaux et n'a pas, en droit, d'effet sur le déroulement de la procédure, notamment sur le contenu de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) ou du dialogue compétitif.

L'avis de la MAPPP sur l'évaluation préalable influe cependant en fin de procédure sur l'approbation du contrat par le ministre de l'économie et des finances. Le ministre de l'économie et des finances est en effet chargé d'approuver la signature du contrat de partenariat, en vertu du décret n°2009-242 du 2 mars 2009¹¹. Service à compétence nationale rattaché à la direction générale du Trésor, la MAPPP est ainsi impliquée dans le processus d'approbation du contrat par le ministre.

Dans les faits – et sans que cela ne résulte d'une obligation juridique – le ministre saisit la MAPPP pour avis avant d'accorder son autorisation à la signature du contrat¹². La MAPPP a progressivement formalisé son avis au ministre, en établissant des rapports spécifiques. Dans l'échantillon étudié, quatre projets ont ainsi fait l'objet d'un rapport formalisé en vue de l'approbation de la signature du contrat par le ministre de l'économie (zoo de Vincennes, centre universitaire de Clignancourt, Balard, TGI de Paris). Dans ses rapports transmis au ministre, la MAPPP examine le déroulement de la procédure de passation du marché et le contenu du contrat, notamment au regard de l'avis qu'elle avait antérieurement émis sur l'évaluation préalable.

¹¹ Décret n°2009-242 du 2 mars 2009 complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics et au compte rendu de leur exécution.

¹² L'article 3 du décret n°2004-1119 prévoit uniquement que la MAPPP « donne également un avis sur les projets de contrats complexes et ceux comportant un financement innovant dont le saisit le ministre chargé de l'économie. »

2. Si l'évaluation préalable repose sur des bases théoriques solides, sa mise en œuvre demeure perfectible et révèle d'importantes limites

La mission a procédé à l'étude des évaluations préalables de l'échantillon de projets qu'elle avait sélectionné, au regard des lignes directrices méthodologiques définies par la réglementation et par la MAPPP.

Ne sont évoquées dans cette annexe que les analyses socio-économiques réalisées dans ces études. La justification des critères juridiques de complexité ou d'urgence exigés par l'ordonnance de 2004, ainsi que la discussion des différents montages juridiques possibles sont étudiés dans l'annexe VI.

2.1. Les délais de réalisation globaux apparaissent sous-évalués

2.1.1. Aspects méthodologiques

Selon l'arrêté du 2 mars 2009, le cadrage du projet doit indiquer notamment « *les périmètres, les procédures, les calendriers et la durée totale du contrat distinguant la durée des travaux et la durée d'exploitation.* » Le guide méthodologique de la MAPPP préconise l'établissement d'échéanciers comprenant la durée des études, des procédures de passation, de réalisation et d'exploitation, ainsi que la durée du contrat dans le schéma contrat de partenariat (CP).

La précision du projet de calendrier est un élément déterminant dans l'évaluation des différents schémas de réalisation. En effet, le délai de livraison et la date de début d'exploitation conditionnent directement la valorisation des gains socio-économiques associés au montage. Un délai de livraison plus élevé implique des gains inférieurs sur la durée du contrat. Comme l'indique la circulaire du 9 mai 2012, l'absence de prise en compte des décalages temporels dans la date d'exécution peut pénaliser ceux des schémas dont la date de réalisation est la plus proche (*cf. 2.7.1 infra*).

Encadré 2 : Préconisations méthodologiques sur le cadrage calendaire du projet

▪ MAPPP, « Les contrats de partenariat : guide méthodologique », 06-08d, version du 25 mars 2011
« *Les échéanciers à comparer doivent mentionner les durées des études, des procédures de passation, de réalisation et d'exploitation. Devront être également précisées, la date de signature du contrat et la durée du contrat dans le schéma CP, cette dernière étant déterminée en fonction de l'amortissement économique des investissements ou des modalités de financement retenues. Pour les besoins de la comparaison, une même durée sera retenue pour le schéma MOP.* »

Source : Documents cités.

2.1.2. Étude de l'échantillon

Les évaluations réalisées mettent systématiquement en avant un délai global de réalisation inférieur pour les contrats de partenariat par rapport au scénario de référence (cf. Tableau 2). En moyenne, sur les quatre projets de l'échantillon pour lesquels l'information était disponible, le délai global estimé du montage en contrat de partenariat est inférieur de près de huit mois au scénario de référence (généralement la maîtrise d'ouvrage publique). Tel n'est cependant pas le cas du projet Balard, qui parvient à des délais globaux identiques.

Annexe III

Ces évaluations sont cependant effectuées de manière inégalement précise :

- ◆ elles ne sont pas réalisées systématiquement : au sein de l'échantillon étudié, seuls quatre études, mentionnées dans le Tableau 2, proposent une évaluation des délais directement exploitable pour le lecteur ;
- ◆ sur les quatre estimations exploitables, seules deux (TGI de Paris, chaufferie du centre hospitalier de Périgueux) s'appuient explicitement sur une référence à une expertise spécifique ou sur des retours de conduite de projet antérieurs ; seule une évaluation (TGI de Paris) cite explicitement les sources retenues.

D'après ces évaluations, le contrat de partenariat se caractérise par une procédure pré-contractuelle plus longue, compensée par de moindres délais de conception et de réalisation. En moyenne, la procédure de passation de marché est supposée plus longue de 3,5 mois en contrat de partenariat. Le dialogue compétitif permet cependant d'accélérer fortement la phase de conception, supposée plus courte de six mois en moyenne. Enfin, les travaux sont supposés plus rapides, de cinq mois en moyenne, en raison d'une meilleure coordination des différents prestataires et corps de métier.

En outre, a posteriori, les délais obtenus sont globalement supérieurs aux prévisions : c'est le cas du délai de procédure ; celui-ci, estimé a posteriori à partir de la date de publication de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) et la date de notification du marché, est supérieur de 3,5 mois sur l'échantillon par rapport aux délais annoncés dans l'évaluation préalable pour le montage en contrat de partenariat.

Tableau 2 : Estimation des délais de procédure, de conception et de réalisation dans l'évaluation préalable

Intitulé	INSEP	Périgueux	Balard	TGI de Paris	Moyenne
Délais globaux (procédure, conception, réalisation), en mois					
Contrat de partenariat (1)	60	33,5	58	63	53,6
Schéma de référence (2)	65,5	36	58	85	61,1
Écart (1-2)	-5,5	-2,5	0	-22	-7,5
Écart entre le contrat de partenariat et le scénario de référence, en mois					
Délais de procédure	+ 5,5	+ 2,5	+ 5	+ 1	+ 3,5
Durée de conception	-7	-5	-5	-7	-6,0
Durée de réalisation	-4	0	0	-16	-5,0
Validation a posteriori (délais de procédure uniquement), en mois					
Durée de procédure envisagée (CP)	12	19,5	20	12	15,88
Durée de procédure effective	17,6	17,1	22,9	19,9	19,38
Écart	+5,6	-2,4	+2,9	+7,9	+3,5

Source : Évaluations et contrats cités, MAPPP, IGF.

2.1.3. Contrôle de la MAPPP

Dans ses avis, la MAPPP a fait preuve d'une précision croissante dans l'étude des délais et des calendriers. Sur l'échantillon étudié, cinq avis sur six (tous à l'exception du zoo de Vincennes) (83 %) mentionnent explicitement la question du calendrier de réalisation. Quatre avis (centre universitaire de Clignancourt, TGI de Paris, INSEP, centre hospitalier de Périgueux) (66 %) se livrent à une analyse critique des délais mentionnés. Cinq avis (tous à l'exception du TGI de Paris) valident, explicitement ou implicitement, les délais retenus. Seul un avis, portant sur le palais de justice de Paris, émet des réserves sur le chiffrage des délais mentionnés. Enfin, l'avis rendu sur l'évaluation préalable du projet Balard ne comporte aucune évaluation critique des délais mentionnés.

Lorsqu'une analyse critique est effectuée, la MAPPP ne fonde son appréciation sur aucune référence empirique précise. Cette appréciation se limite donc, dans le meilleur des cas, à un contrôle général de vraisemblance des délais.

Enfin, les rapports remis au ministre en vue de l'approbation de la signature du contrat contiennent peu d'éléments sur le respect du calendrier prévisionnel. Dans l'échantillon étudié, seul un rapport évoque explicitement le respect des délais de procédure prévus dans l'évaluation préalable (Balard) ; un rapport (TGI de Paris) analyse les délais de construction mentionnés dans le contrat.

Il conviendrait d'améliorer l'homogénéité et la pertinence du contrôle effectué :

- ◆ en refusant l'émission d'un avis positif dans l'hypothèse où l'analyse des délais n'est pas effectuée par l'évaluation préalable ;
- ◆ en analysant systématiquement les délais de procédure, de conception et de réalisation prévus dans l'évaluation préalable, au regard d'une base de données de délais standards observés en contrat de partenariat et en maîtrise d'ouvrage publique pour les différentes phases du projet ; la constitution de cette base de données pourrait être confiée à la MAPPP ou à un organisme spécialisé ;
- ◆ en soumettant systématiquement les délais de construction prévus par le contrat final à une analyse comparative avec les délais envisagés initialement et en vérifiant que ces délais demeurent inférieurs aux délais standards de production en loi MOP ; à défaut, l'accord du ministère de l'économie et des finances devrait être différé.

Proposition n° 1 : Renforcer le contrôle des délais de procédure, de conception et de réalisation par confrontation de l'évaluation préalable à une base de retour d'expérience ; soumettre l'accord du ministre sur le contrat final au respect de délais resserrés

2.2. L'analyse des coûts de conception et de réalisation n'est pas étayée par des références empiriques précises

2.2.1. Aspects méthodologiques

Selon le *Guide méthodologique*, les coûts de réalisation du projet « *correspondent aux phases et activités liées à la définition du projet, à la préparation, à l'organisation et à l'exécution des travaux* » ainsi que « *les coûts d'assurances, les taxes éventuelles et les frais de conseil et de montage facturés par le partenaire privé.* »

Les préconisations méthodologiques de la MAPPP concernant les coûts de production (cf. Encadré 3) appellent plusieurs observations.

En premier lieu, la préconisation portant sur le traitement du risque est marquée par une certaine ambiguïté. Selon le *Guide méthodologique*, cette estimation ne doit pas inclure l'évaluation du risque, qui est effectuée à un stade ultérieur de l'analyse : « *l'estimation initiale des coûts d'investissements s'effectue hors risques* ».

Annexe III

Cependant, plusieurs dispositions reviennent cependant à prendre en compte partiellement les risques de dépassement des coûts ou des délais de construction. L'évaluation « *inclut cependant, dans chaque schéma, des éléments qui renvoient au caractère en partie aléatoire des données de base de cette estimation.* » Ainsi, bien que la méthodologie de comptabilisation préconisée renvoie en fin d'analyse l'évaluation du risque, il est fait place dès cette étape à la prise en compte de risque, de manière cependant inégale selon les schémas :

- ◆ en maîtrise d'ouvrage publique, la MAPPP recommande l'application d'une « *provision pour aléas et imprévus* », « *représentative du montant estimé des aléas classiques de chantier et des incertitudes pesant sur certains coûts* » ;
- ◆ en contrat de partenariat, la MAPPP recommande la mise en œuvre d'un contrat de promotion immobilière, dont le coût « *le coût du transfert des risques associés au chantier du maître d'ouvrage au promoteur* ».

Cette formulation ouvre la possibilité d'une redondance, voire d'un double compte, dans la prise en compte des risques, dans l'évaluation des coûts hors risque sous forme de provision, puis dans l'évaluation des coûts en risque.

Proposition n° 2 : Supprimer la possibilité de cumuler la comptabilisation de provisions pour risque et l'évaluation globale du coût en risque

Il conviendrait donc de clarifier le traitement des risques dans l'estimation des coûts du projet, en supprimant la possibilité d'imputer d'éventuelles provisions pour risque et aléas dans l'estimation des coûts. Le montant des provisions habituelles sera justifié et intégré au coût du projet en risque, en fin d'analyse.

En second lieu, le Guide méthodologique préconise la valorisation de la capacité de négociation du porteur de projet en contrat de partenariat. Le guide indique qu'« *un coefficient d'optimisation peut être appliqué, sous réserve d'une justification étayée, au coût de construction afin de traduire la capacité du partenaire privé à mieux négocier avec ses fournisseurs et à réaliser les gains de productivité ou de série que permet la globalité du contrat* ». L'introduction de ce coefficient repose sur plusieurs présupposés qu'il conviendrait d'étayer précisément :

- ◆ cette préconisation fait apparaître un décalage avec la méthodologie préconisée pour le traitement des risques de construction : il est paradoxal d'imputer une décote au coût du contrat de partenariat pour un gain hypothétique, alors que les aléas du risque sont présupposés inclus dans le prix du contrat de promotion immobilière et ne donnent pas lieu à l'application d'un surcoût ;
- ◆ il est très difficile de postuler, *a fortiori* de quantifier, la performance du partenaire privé en matière de négociation, qui dépend non seulement de l'organisation interne du partenaire, mais également de l'état du marché au moment du lancement du projet ;
- ◆ il est problématique de postuler que la réalisation en maîtrise d'ouvrage publique n'est pas susceptible de générer de gains de productivité, ni de négocier efficacement ses contrats de prestation ; ces performances sont en réalité dépendantes du professionnalisme de l'organisation de la maîtrise d'ouvrage publique, dont l'homogénéité ne peut être présupposée ; en outre, du fait de sa puissance d'achat, la personne publique pourrait être en mesure de négocier des conditions préférentielles sur certains contrats.

Proposition n° 3 : Proscrire l'utilisation de coefficients forfaitaires de performance dans l'estimation des coûts en l'absence de référence empirique précise

La référence faite, dans le guide méthodologique, à l'application de tels coefficients d'optimisation n'incite pas l'auteur de l'évaluation à rechercher des informations précises et empiriquement validées sur les coûts pertinents pour le type de projet étudié.

Ainsi, l'emploi de coefficients forfaitaires sans justification empirique précise devrait être systématiquement proscrire et sa mention devrait être retirée du guide méthodologie de la MAPPP.

Encadré 3 : Recommandation de la MAPPP sur les coûts de réalisation du projet

« Dans le schéma MOP, aux coûts de conception et de réalisation viendra s'ajouter le plus souvent une provision pour aléas et imprévus exprimée en pourcentage de l'assiette des travaux. Elle est représentative du montant estimé des aléas classiques de chantier et des incertitudes pesant sur certains coûts. Elle n'a pas vocation à être systématiquement consommée.

Dans le schéma CP, la provision pour aléas et imprévus n'apparaîtra pas le plus souvent ; par contre ce schéma pourra inclure un poste « contrat de promotion immobilière » (au sens de l'article 1831-1 du code civil).

Il s'agit d'un mandat par lequel le maître d'ouvrage (en l'occurrence le signataire privé du CP) confie à un promoteur (opérateur spécialisé) le soin de faire construire l'ouvrage considéré, celui-ci s'engageant sur les délais et les coûts.

Le coût de ce contrat, exprimé en pourcentage de l'assiette du coût de conception et de réalisation inclut les coûts de structure du promoteur et sa rémunération (marge) mais également le coût du transfert des risques associés au chantier du maître d'ouvrage au promoteur (ce transfert est constitutif du mandat de promotion immobilière).

En ce sens, il traduit une prise en compte anticipée des risques dans le schéma CP et justifie donc pour partie le niveau inférieur des risques pesant sur la personne publique dans ce schéma. A la différence de la provision pour aléas, ce poste fait partie intégrante de la rémunération du partenaire privé.

Dans le schéma CP, un coefficient d'optimisation peut être appliqué, sous réserve d'une justification étayée, au coût de construction afin de traduire la capacité du partenaire privé à mieux négocier avec ses fournisseurs et à réaliser les gains de productivité ou de série que permet la globalité du contrat. Inversement, toujours dans le schéma CP, le titulaire du contrat étant en charge à la fois de la conception et de la réalisation ainsi que des prestations d'entretien, de maintenance et de renouvellement, il lui est possible d'opter en faveur de matériaux et d'équipements de qualité et de durabilité élevées souvent plus coûteux que dans le schéma de référence, ceci pour obtenir des économies sur les postes d'entretien, de maintenance et de renouvellement et pour mettre en œuvre une recherche d'optimum technico-économique sur la durée. »

Source : MAPPP, « Les contrats de partenariat : guide méthodologique », 06-08d, version du 25 mars 2011.

2.2.2. Étude de l'échantillon

2.2.2.1. Les coûts de construction

L'évaluation préalable des coûts de construction fait apparaître des écarts limités entre les différents types de montages, qui dissimulent cependant une véritable incertitude (Tableau 3). Dans l'évaluation préalable, les coûts de travaux estimés hors risque sont en moyenne quasiment identiques entre les différents montages. Dans le détail, des stratégies d'évaluation différentes apparaissent d'une évaluation à l'autre :

Annexe III

- ◆ certaines évaluations (TGI de Paris) appliquent un surcoût aux coûts de travaux en contrat de partenariat en comptant sur un surinvestissement du partenaire privé en prévision de la phase d'entretien/maintenance (le partenaire privé chercherait ainsi à économiser sur l'exploitation, en bénéficiant d'un surinvestissement initial) ;
- ◆ d'autres évaluations (zoo de Vincennes, Balard) envisagent au contraire – parfois conjointement avec des gains de productivité dans le montage en contrat de partenariat, par exemple liés à de moindres coûts de coordination, dans la logique du coefficient d'optimisation évoqué par le guide méthodologique de la MAPPP (*cf. supra*) ;
- ◆ d'autres encore (centre universitaire de Clignancourt, INSEP) ne distinguent pas la productivité du contrat de partenariat et du scénario de référence et affichent des coûts identiques.

L'hétérogénéité des stratégies de chiffrage des coûts de construction témoigne d'un niveau élevé d'incertitude dans cet exercice. Cette incertitude est liée, selon les cas :

- ◆ à la spécificité et à la complexité du projet conduit, inhérentes au contrat de partenariat, qui laissent peu de place à l'extrapolation des coûts à partir de projets similaires antérieurs ;
- ◆ au retour d'expérience encore limité existant à ce jour sur les réalisations en contrat de partenariat ;
- ◆ sur l'insuffisante collecte d'informations de la part des maîtres d'ouvrage publics sur les coûts existants.

Au regard des coûts effectivement prévus dans le contrat, l'évaluation préalable apparaît relativement fiable en ce qui concerne les coûts de construction. L'écart moyen observé est de 2 % sur l'échantillon ; cette augmentation est plus faible que l'augmentation moyenne des coûts de la construction observée sur une période comparable à partir de l'indice BT01¹³, qui s'élève à 7 % en moyenne pour l'échantillon. Cette moyenne satisfaisante dissimule cependant des écarts importants sur certains projets, notamment l'INSEP (+28 %) ou le zoo de Vincennes (-15 %), écarts de coût dus pour partie à une modification du périmètre du projet.

Tableau 3 : Évaluation préalable des coûts de construction et des coûts effectivement facturés dans le contrat de partenariat signé

Intitulé	INSEP	Zoo de Vincennes	Clignancourt	Périgueux	Bât. Balard	TGI de Paris	Moyenne
Évaluation préalable - coûts hors risques - M€ HT							
Scénario de référence	49,71	106,25	36,88	0,50	659,40	411,19	210,65
Contrat de partenariat	49,71	125,00	36,88	0,53	639,50	415,46	211,18
Contrat final - M€ HT							
Montant des travaux	63,43	106,19	36,06	1,73	611,70	430,09	208,20
Écart avec l'évaluation préalable	+28%	-15%	-2%	(229%)	-4%	+4%	+2%*
Variation de l'indice BT 01 sur la période	+6%	+12%	+8%	+4%	+6%	+8%	+7%

*Source : Évaluations et contrats cités, IGF. * Hors projet Périgueux.*

¹³ L'indice BT01 est l'indice d'évolution des prix du bâtiment, tous corps d'état.

2.2.2.2. Les coûts de conception

L'étude de l'échantillon, en ce qui concerne les coûts de conception, fait apparaître une évaluation systématiquement favorable au contrat de partenariat. Sur les six projets de l'échantillon, les coûts de conception en contrat de partenariat s'élèvent à 17 % du coût des travaux hors taxe, soit un niveau en moyenne inférieur de 4 points à celui évalué en maîtrise d'ouvrage publique (21 %).

En outre, les coûts de conception indiqués dans l'évaluation préalable sont fréquemment sous-estimés par rapport au contrat final. Sur l'échantillon étudié, les coûts de conception indiqués dans le contrat sont supérieurs de 69 % en moyenne aux coûts de conception envisagés pour le montage en contrat de partenariat dans l'évaluation préalable. Cette comparaison est cependant rendue délicate par les modifications du périmètre des ouvrages entre l'évaluation préalable et le contrat final.

Tableau 4 : Évaluation préalable des coûts de conception et coûts effectivement facturés dans le contrat de partenariat signé

Intitulé	INSEP	Zoo de Vincennes	Clignancourt	Périgueux	Bât. Balard	TGI de Paris	Moyenne
Coûts de conception - évaluation préalable - scénario de référence							
En M€	6,10	11,00	5,58	0,35	45,70	45,07	18,97
En % coûts de construction HT	12%	10%	15%	70%*	7%	11%	21 %
Coûts de conception - évaluation préalable - contrat de partenariat							
En M€	6,10	9,35	4,23	0,30	40,50	35,32	15,97
En % coûts de construction HT	12%	7%	11%	57%*	6%	9%	17 %
Coûts de conception - contrat de partenariat signé							
En M€	n.d.	22,76	3,40	0,48	97,84	42,22	33,34
En % coûts de construction HT	n.d.	21%	9%	28%*	0%	17%	15 %
Variation avec évaluation préalable	n.d.	+143%	-20%	+61%	+142%	+20%	+69 %
Variation de l'indice BT 01 sur la période	+6%	+12%	+8%	+4%	+6%	+8%	+7%

Source : Évaluations et contrats cités, IGF. * Les coûts de conception rapportés aux coûts des travaux pour la chaufferie du centre hospitalier de Périgueux sont particulièrement élevés, en raison du montant exceptionnellement limité des coûts de travaux pour ce projet.

Ces dépassements peuvent provenir :

- ◆ d'une révision à la hausse du périmètre du projet en cours de dialogue compétitif ;
- ◆ d'une estimation erronée ou excessivement forfaitaire de ces coûts en phase d'évaluation préalable ;
- ◆ d'une ventilation imprécise des coûts réels dans le chiffrage du contrat final.

2.2.2.3. Les coûts totaux d'investissement

Le coût global des projets est généralement approché par le coût total d'investissement et le montant total des loyers :

Annexe III

- ◆ le coût de l'investissement est défini comme le montant total à financer à l'issue de la période de construction, incluant les frais de conception, de réalisation, les frais de montage et les frais financiers intercalaires, les assurances, ainsi que les impôts et taxes dus en période de construction ;
- ◆ le montant total des loyers est la somme de l'ensemble des redevances dues sur la totalité du projet, actualisée ou non.

Afin d'étudier la robustesse globale des évaluations préalables, la mission a rapproché les coûts totaux d'investissement estimés par les évaluations préalables et ceux résultant des contrats signés (cf. Tableau 5). Cette analyse est plus aisée que le rapprochement du montant total des loyers sur l'ensemble de la période du contrat, qui est sensible à un plus grand nombre de paramètres, tels que la durée du contrat, le taux d'actualisation et la répartition temporelle des flux financiers.

En cohérence avec les constats effectués sur l'analyse des différents coûts des projets, l'étude des coûts totaux d'investissement met en évidence :

- ◆ **dans l'évaluation préalable, une évaluation des coûts d'investissement globalement plus favorable aux montages en contrat de partenariat que dans les scénarios de référence :** les coûts sont inférieurs de 12 % en moyenne en contrat de partenariat par rapport au scénario en maîtrise d'ouvrage public ;
- ◆ **dans le contrat signé, des montants à financer significativement supérieurs aux montants prévus dans l'évaluation préalable pour le montage en contrat de partenariat :** les coûts d'investissement sont supérieurs en moyenne de 49 % dans le contrat de partenariat par rapport aux estimations de l'évaluation préalable ; cette augmentation est fortement supérieure à la hausse des coûts de construction constatée entre la date de l'évaluation préalable et la date de signature du contrat, qui s'élève en moyenne à 8 % sur l'échantillon. Sur l'échantillon, seul le projet du TGI de Paris est caractérisé par des coûts d'investissement contractuels plus faibles que dans l'évaluation préalable.

La sous-évaluation manifeste des coûts d'investissement par les évaluations préalables témoigne de la fiabilité financière limitée de ces évaluations. Elle résulte pour partie du caractère prospectif, donc nécessairement imprécis, de cette évaluation ; pour partie également, d'une capacité de contrôle insuffisante de ces travaux, pouvant favoriser des évaluations excessivement favorables au contrat de partenariat ou particulièrement optimistes budgétairement.

Tableau 5 : Montant total à financer à l'issue de la période de construction des projets de l'échantillon dans l'évaluation préalable et à la signature du contrat

Intitulé	INSEP	Zoo de Vincennes	Clignancourt	Périgueux	Bâtiment Balard	TGI de Paris
Montant total à financer à l'issue de la période de construction (TTC) - évaluation préalable						
Scénario de référence (1)	59,45	147,54	49,26	3,12	1 120,13	n.d.
Scénario contrat de partenariat (2)	50,33	121,49	44,07	3,36	865,41	681,27
Écart (2/1)	-15%	-18%	-11%	+8%	-23%	n.d.
Montant total à financer à l'issue de la période de construction (TTC) - contrat signé						
Contrat de partenariat signé (3)	69,77	161,00	57,87	6,55	1 290,52	631,93
Écart avec évaluation préalable (3/2)	+39%	+33%	+31%	+95%	+49%	-7%
Variation de l'indice BT 01 sur la période	+6%	+12%	+8%	+4%	+6%	+8%

Source : Évaluations et contrats cités, IGF.

L'incertitude forte existant tant sur le chiffrage des coûts de construction que des coûts de construction est particulièrement préjudiciable à l'exercice d'évaluation préalable et plus généralement, à la prévisibilité budgétaire des projets. La personne publique peut difficilement s'appuyer sur les résultats de l'évaluation préalable pour établir un budget d'investissement prévisionnel.

Cette incertitude justifie un renforcement de l'expertise des donneurs d'ordre public et de leurs conseils en matière de coûts de construction. Comme c'est le cas pour les délais de réalisation, les donneurs d'ordre public ne disposent pas d'outil de contrôle de gestion permettant la consolidation et l'exploitation de données relatives à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage.

Proposition n° 4 : Établir une base de données des coûts de conception et de construction exploitable dans le cadre d'évaluations et de simulations financières
--

Une base de données sur les coûts de conception construction pourrait être mise en place à cet effet. Pour être utile dans la prévision des budgets d'investissement, notamment dans le cadre des évaluations préalables à l'établissement des contrats de partenariat, cette base de données devrait :

- ◆ inclure la plupart des types de bâtiments et ouvrages construits dans le secteur public ;
- ◆ inclure, pour chaque type de bâtiments et d'ouvrages, un échantillon significatif de coûts issus de projets conduits dans le secteur public et dans le secteur privé ;
- ◆ distinguer, autant que possible, le type de contrat retenu (PPP, allotissement des marchés, marché de conception réalisation, etc. ;
- ◆ être renseignée par l'intégralité des maîtres d'ouvrage et donneurs d'ordre public, de l'État mais également, autant que possible, des collectivités locales ;
- ◆ prévoir un système d'indexation des coûts robuste, permettant d'établir une extrapolation à moyen terme ;
- ◆ faire l'objet d'une centralisation, d'une vérification et d'une mise en cohérence des données par un organisme expert au niveau interministériel, tel que la MAPPP ou le commissariat général à l'investissement.

Plusieurs bases de données existantes pourraient être utilisées à titre d'inspiration méthodologique et comme source de données préalables :

- ◆ la base établie par le syndicat professionnel EGF BTP dans le cadre de l'observatoire des prix constatés d'opération de construction¹⁴ ;
- ◆ la base élaborée par l'agence nationale d'appui à la performance des établissements de santé et médico-sociaux (ANAP) dans le cadre de l'observatoire des coûts de la construction hospitalière.

¹⁴ <http://www.prix-constates-construction.fr/>

2.2.3. Contrôle de la MAPPP

La MAPPP examine systématiquement les coûts proposés par l'évaluation préalable mais exerce un examen inégalement critique et documenté sur ces chiffrages. Sur l'échantillon étudié, la totalité des avis de la MAPPP examine le chiffrage des coûts de conception, de construction et dans certains cas, du montant total à financer, incluant les coûts de montage du projet et les frais financiers intercalaires.

Pendant, **dans deux des six avis étudiés (centre universitaire de Clignancourt, TGI de Paris), cet examen se limite à une simple paraphrase de l'évaluation initiale sans commentaire critique.** En outre, **dans aucun des avis étudiés, la MAPPP n'appuie ses commentaires sur des données de référence externes pouvant servir d'étalon.**

Le contrôle exercé par la MAPPP sur les hypothèses de chiffrage des coûts de conception et de réalisation des projets est caractérisé par une certaine fluctuation doctrinale. Sur l'échantillon d'avis étudiés, la MAPPP valide dans trois des six avis étudiés (INSEP, centre hospitalier de Périgueux, TGI de Paris) l'hypothèse d'une majoration forfaitaire du coût des travaux en montage PPP en raison d'un surinvestissement, et un montant des travaux égal ou inférieur au montage en loi MOP dans les trois autres cas. De même, dans trois des avis examinés et parfois au sein de la même évaluation (zoo de Vincennes, Balard, TGI de Paris), la MAPPP valide l'hypothèse d'une minoration du montant à financer en CP en raison des gains de productivité et d'efficacité supposés de la société de projet.

Dans les rapports adressés au ministre en vue de l'approbation de la signature du contrat, les éventuels dérapages de coût constatés par la MAPPP ne donnent pas lieu à un avis défavorable. Dans son avis sur l'approbation du contrat de partenariat portant sur le projet de Balard, la MAPPP note l'existence d'un surcoût total d'investissement de 14 % par rapport à l'évaluation préalable, sans émettre pourtant d'avis défavorable à la signature du contrat (*cf.* étude de cas, projet Balard, en pièce jointe à cette annexe).

L'évaluation du coût des travaux étant une donnée fondamentale dans l'estimation de l'efficacité des différents montages, il importe que la MAPPP renforce son expertise en cette matière. La MAPPP devrait s'appuyer sur une base de données robuste en matière de coûts de conception, de construction et de montage des projets (*cf. supra*). **À la lumière de données empiriques précises, elle devrait en outre affiner et stabiliser sa doctrine sur certaines des hypothèses de chiffrage actuellement fragiles, notamment l'hypothèse de surinvestissement en PPP et l'hypothèse de gains d'efficacité dans l'organisation des montages.**

En tout état de cause, il serait préférable de renoncer à l'utilisation d'hypothèses forfaitaires systématiques et de parvenir à une appréciation plus circonstanciée des variations de coût entre les différents montages, selon la nature et la complexité du projet.

2.3. Les coûts de financement sont délicats à évaluer, en particulier dans un environnement financier instable

2.3.1. Aspects méthodologiques

L'estimation des coûts de financement constitue un élément central dans le chiffrage des différents montages.

Le Guide méthodologique préconise un traitement du financement homogène quel que soit le montage retenu :

Annexe III

- ◆ pour les réalisations en maîtrise d'ouvrage publique, indépendamment des possibilités d'autofinancement sur dotations budgétaires, la personne publique est réputée se financer par emprunt bancaire ;
- ◆ le taux de financement appliqué est un taux fixe, représentant la qualité de la signature de la personne privée, majoré d'une marge bancaire.

Ce choix méthodologique, qui correspond aux modalités de financement du contrat de partenariat, ne permet cependant pas de prendre en compte la diversité des modes de financement possibles :

- ◆ en raison de la raréfaction des prêts bancaires à long terme, l'utilisation au sein de l'évaluation préalable d'une unique hypothèse de financement bancaire simple combinant une dette projet et une dette garantie par cession de créance Dailly, apparaît désormais peu plausible ;
- ◆ elle ne permet pas d'identifier l'ensemble des montages financiers possibles ni de prendre en compte l'évolution rapide du coût de la liquidité, particulièrement volatile dans les dernières années, qu'il s'agisse du coût de la liquidité bancaire ou de la dette publique ;
- ◆ elle ne prend pas en compte la possibilité d'un financement obligataire des personnes publiques, à un coût inférieur au taux bancaire.

Proposition n° 5 : Introduire une obligation d'étude financière préliminaire comportant plusieurs scénarios de montage financiers et plusieurs scénarios d'évolution du coût de la ressource, actualisable en cours de procédure de passation de marché

L'évaluation préalable devrait ainsi contenir une étude financière préliminaire en vue d'optimiser les conditions de financement du projet. Cette étude devrait recenser les différentes options de financement possibles, notamment, outre les prêts bancaires de long terme, le recours à des prêts bancaires de courte durée, le recours à un financement désintermédié par titrisation de certaines créances, ou le financement public du projet par subvention ou par émission de titres d'emprunt publics.

Ces différentes possibilités devraient être évaluées à la lumière :

- ◆ de la liquidité disponible sur le marché et du coût relatif de la ressource (taux de base interbancaires, marges bancaires, taux d'emprunt direct des personnes publiques, etc.) ;
- ◆ des risques financiers associés, notamment des risques de refinancement.

Plusieurs scénarios devraient être systématiquement proposés sur le coût de la ressource financière. Étant donné l'écart de temps séparant la date de l'évaluation préalable de la signature du contrat – qui s'élève en moyenne à 2 années et 3 mois sur les six projets de l'échantillon – la plausibilité d'une estimation du coût du financement reposant sur des données de marché à la date de l'évaluation préalable est faible.

Il conviendrait d'enrichir cette analyse de scénarios d'évolution du coût de la ressource, et de prévoir l'actualisation de cette étude au cours de la procédure de dialogue compétitif.

Encadré 4 : Recommandation de la MAPPP sur les coûts financiers des projets

« Les données globales de financement concernent pour l'essentiel le taux auquel se finance la personne publique et les commissions d'arrangement et d'engagement.

Par convention, et indépendamment des possibilités d'autofinancement sur dotations budgétaires, la

Annexe III

personne publique est réputée se financer par emprunt dont le coût est calculé comme suit. Le taux de financement de la personne publique est le taux fixe, majoré de la marge bancaire, reflétant la qualité de la signature de la personne publique. Ce taux sera considéré comme étant le taux d'actualisation.

La commission d'arrangement est la commission versée en une fois aux prêteurs à la mise à disposition des fonds, tandis que la commission d'engagement est une commission annuelle rétribuant les prêteurs pour la partie de la dette mise à disposition et non encore utilisée. Le financement est fonction du profil d'avancement des travaux. »

Source : MAPPP, « Les contrats de partenariat : guide méthodologique », 06-08d, version du 25 mars 2011.

2.3.2. Étude de l'échantillon

L'estimation des frais financiers des projets au stade de l'évaluation préalable est rendue complexe par plusieurs facteurs d'incertitude. Outre l'incertitude pesant sur l'évaluation du montant de l'investissement, c'est-à-dire du coût de construction et de montage du projet, l'évaluation des frais financiers est rendue difficile par l'évolutivité des conditions de financement bancaire (taux de base, marges), dont la prévisibilité est réduite.

L'évaluation préalable des frais financiers est peu fiable et généralement sous-estimée par rapport aux données du contrat définitif (cf. Tableau 6). Sur l'échantillon considéré, la totalité des évaluations contient un descriptif détaillé des conditions de financement du projet envisageables en contrat de partenariat, c'est-à-dire un recensement des différentes lignes de crédit (crédit de préfinancement, crédit projet, crédit Dailly à long terme) et d'apports en fonds propres, ainsi que leurs conditions de rémunération. L'exactitude des estimations de marge bancaire est limitée : sur les cinq projets pour lesquels l'information est disponible, la marge bancaire (incluant la marge de swap) de la dette Dailly est sous-estimée de 64 points de base en moyenne pour la dette Dailly et de 42 points de base en moyenne pour la dette projet dans l'évaluation préalable par rapport au contrat signé. Seuls deux projets connaissent une surestimation de la marge bancaire applicable à une ou plusieurs lignes de crédit.

Tableau 6 : Estimation des marge bancaire des crédits projet et Dailly dans l'évaluation préalable et dans le contrat signé pour les projets de l'échantillon

Évaluation préalable/Contrat signé	INSEP	Zoo de Vincennes	Clign-ancourt	Périgueux	Bâtiment Balard	TGI de Paris
Dettes Dailly – marge bancaire (incluant marge de swap)						
Évaluation préalable (EP)	0,20%	0,20%	0,15%	0,20%	0,90%	1,65%
Contrat signé	0,14%	1,37%	n.d.	n.d.	1,35%	1,90%
Écart EP/Contrat	-0,06%	1,17%	n.d.	n.d.	0,45%	0,25%
Dettes projet – marge bancaire (incluant marge de swap)						
Évaluation préalable (EP)	0,80%	0,74%	0,80%	0,80%	1,15%	3,90%
Contrat signé	0,56%	1,87%	1,65%	n.d.	2,15%	3,25%
Écart EP/Contrat	-0,24%	1,14%	0,85%	n.d.	1,00%	-0,65%

Source : Évaluations et contrats cités, IGF.

De même, l'évaluation des frais financiers intercalaires – c'est-à-dire les frais financiers facturés en période de construction – est généralement sous-estimée dans l'évaluation préalable (cf. Tableau 7). Pour les quatre projets de l'échantillon pour lesquels l'information est disponible, ces frais sont sous-estimés de 131 % en moyenne. Seul le projet de bâtiment à Balard est caractérisé par une sur-estimation des frais financiers intercalaires (-24 % dans le contrat final).

Annexe III

Tableau 7 : Frais financiers intercalaires des projets de l'échantillon (contrats de partenariat - évaluation préalable et évaluation du contrat, M€)

Document	INSEP	Zoo de Vincennes	Périgueux	Bâtiment Balard
Évaluation préalable	0,62	6,00	0,02	95,61
Contrat signé	0,81	11,90	0,09	72,57
Variation	31%	98%	419%	-24%

Source : Évaluations et contrats cités, IGF.

2.3.3. Contrôle de la MAPPP

L'évaluation par la MAPPP des hypothèses de financement contenues dans les évaluations préalables se limite à un contrôle de cohérence. Sur l'échantillon de projets considéré, la totalité des avis de la MAPPP ont examiné le plan de financement et émis une appréciation critique sur celui-ci.

Cette appréciation se limite à la cohérence de la structure du plan de financement, notamment l'opportunité de créer une société de projet capitalisée, à la répartition entre fonds propres et dette bancaire, à la présence d'un coussin de maturité¹⁵, ou à la proportion de dette bénéficiant d'une cession de créance acceptée.

À l'exception d'un avis de l'échantillon cependant (TGI de Paris), la MAPPP ne procède pas à la vérification des taux bancaires affichés dans l'évaluation préalable en les comparant à des taux de marché de référence.

Le contrôle de la MAPPP sur les hypothèses de financement présentées dans les évaluations préalables devrait donc être renforcé tant sur la structure du financement que sur les prix affichés.

En ce qui concerne la structure des financements, il conviendrait de contrôler plus systématiquement :

- ♦ l'existence d'une analyse de financement présentant plusieurs options, notamment le recours à des sources de financement alternatives au financement bancaire ;
- ♦ l'opportunité du recours à une société de projet, en définissant notamment un seuil à partir duquel les coûts fixes de montage et d'exploitation de la société apparaissent justifiés.

En ce qui concerne le coût de la ressource, la MAPPP devrait s'appuyer sur des taux de référence et sur des scénarios d'évolution des taux établis à partir des informations de marché (taux *forward*), permettant de vérifier les hypothèses retenues dans l'évaluation préalable.

2.4. Les coûts associés à l'exploitation de l'ouvrage font l'objet d'une évaluation sommaire

2.4.1. Aspects méthodologiques

L'arrêté du 2 mars 2009 prévoit que l'évaluation préalable inclut une estimation des coûts de fonctionnement de l'ouvrage construit. Cette disposition permet l'analyse des prestations de service incluses dans les contrats de partenariat, qui incluent généralement :

¹⁵ La durée du coussin de maturité est la durée de sécurité égale à la différence entre la date de fin du contrat et la date prévue du remboursement de la dette en risque projet.

Annexe III

- ◆ les charges d'entretien et de maintenance de l'ouvrage ;
- ◆ les dépenses de gros entretien renouvellement (GER) de l'ouvrage ;
- ◆ des coûts d'assurance ;
- ◆ le cas échéant, des prestations annexes concourant à l'exploitation de l'ouvrage et au service public qui lui est associé.

Encadré 5 : Recommandation de la MAPPP sur les coûts d'exploitation

« Les coûts intervenant lors de la période d'exploitation du projet concernent les coûts d'entretien-maintenance-exploitation, les coûts de gros entretien et de renouvellement (GER), ainsi que les coûts liés aux assurances et à la gestion du projet.

Les assurances intervenant durant la phase d'exploitation ont pour objet de couvrir la personne publique et le partenaire privé contre les risques assurables. Les risques concernés, qui donnent lieu au versement de primes, ne doivent donc pas être pris en compte dans l'analyse du risque.

Les dépenses de GER doivent être programmées et provisionnées. Ces provisions sont prises en compte dans la détermination du loyer versé au partenaire privé.

Les coûts de maintenance-exploitation courante peuvent être réalisés dans les deux schémas pour tout ou partie du personnel appartenant à la personne publique. Dans le schéma CP et pour certains projets, dont notamment les projets de TIC, les évolutions des coûts de maintenance-exploitation courante peuvent être différenciées afin de permettre de mieux traduire l'influence de l'externalisation.

Les coûts de gestion du projet assuré par la personne publique dans le schéma MOP et par la société de projet dans le schéma CP ont principalement pour objet de coordonner, de contrôler et de veiller à la bonne exécution du volet maintenance-exploitation. »

Source : MAPPP, « Les contrats de partenariat : guide méthodologique », 06-08d, version du 25 mars 2011.

2.4.2. Étude de l'échantillon

L'évaluation des charges d'exploitation des projets au sein de l'échantillon examiné n'est ni précise, ni exhaustive. Cette évaluation, dont la complexité dépendant du nombre de services inclus dans le champ du contrat, n'est pas systématiquement exhaustive. Ainsi, dans l'échantillon, seuls trois projets sur six proposent une évaluation du coût de la totalité des services qu'il est envisagé d'externaliser dans le cadre du contrat de partenariat (**cf. Tableau 8**).

Lorsqu'elle est réalisée, cette évaluation ne repose jamais sur une définition précise du contenu des prestations et de références, et de sources précises permettant de justifier le chiffrage proposé. C'est notamment le cas des prestations de maintenance courante et d'entretien, ou des prestations dites « d'exploitation », qui recouvrent un périmètre de services non explicité.

Au sein de l'échantillon de projets étudiés, certaines évaluations chiffrant de manière globale la maintenance courante et le gros entretien renouvellement (Clignancourt) ; d'autres évaluation ne chiffrant pas les dépenses de GER (zoo de Vincennes). La dépense de gros entretien renouvellement est tantôt évaluée à 1 % du montant TTC de l'investissement (INSEP), tantôt à 1,6 % de ce montant HT (Clignancourt).

Tableau 8 : Traitement des services externalisés dans le cadre de l'évaluation préalable des projets de l'échantillon

Nombre de services	INSEP	Zoo de Vincennes	Clignancourt	Périgueux	Bâtiment Balard	TGI de Paris
Devant être externalisés	8	5	5	1	16	7

Annexe III

Nombre de services	INSEP	Zoo de Vincennes	Clignancourt	Périgueux	Bâtiment Balard	TGI de Paris
Donnant lieu à une évaluation qualitative	8	2	2	1	13	7

Source : Évaluations et contrats cités, IGF.

Les évaluations préalables de l'échantillon valorisent généralement les prestations de services réalisées en contrat de partenariat à un coût supérieur à leur réalisation en maîtrise d'ouvrage public, externalisée ou non (cf. Tableau 9). L'étude de l'évaluation des prestations de maintenance courante et de GER sur l'échantillon de projets fait apparaître, dans la totalité des projets où l'information est disponible, un coût plus faible pour le montage en maîtrise d'ouvrage public (en régie ou externalisée) qu'en contrat de partenariat. Sur l'échantillon, le coût est inférieur de -5,90 % en moyenne en montage MOP pour les prestations d'exploitation maintenance et de 3,93 % pour les prestations de GER.

Par ailleurs, la comparaison de l'évaluation préalable avec les coûts affichés dans le contrat final font apparaître une forte variabilité par rapport à l'évaluation préalable. En ce qui concerne la prestation de maintenance courante, le loyer annuel moyen prévu par le contrat est en moyenne supérieur de 4,3 % sur cinq projets étudiés par rapport à l'estimation effectuée pour le montage en contrat de partenariat dans l'évaluation préalable ; de 13,6 % sur quatre projet en ce qui concerne la prestation de GER. Cette moyenne cache cependant de très fortes variations : tandis que le projet du zoo de Vincennes affiche des coûts de maintenance inférieurs de 75 % dans le contrat signé, le bâtiment Balard affiche des coûts très supérieurs (+ 97 %) notamment du fait d'une modification du périmètre du contrat.

Enfin, aucune évaluation ne détaille la structure possible des marchés de service et les conditions de leur optimisation sur la durée du contrat.

Tableau 9 : Évaluation préalable et montants contractuels des loyers annuels de maintenance courante et de gros entretien renouvellement dans les projets de l'échantillon

En M€		INSEP	Zoo de Vincennes	Clignancourt	Périgueux	Bâtiment Balard	TGI de Paris
Maintenance courante							
Évaluation préalable	CP	0,00	1,22	0,57	0,74	8,30	4,29
	MOP	0,51	1,43	0,57	0,77	8,65	4,60
	Var. MOP/CP	n.d.	-15,00%	+0,00%	-3,76%	-4,04%	-6,70%
Contrat signé	CP	0,00	30,47	0,63	0,41	16,34	5,81
	Var. EP/Contrat	n.d.	-75%	+9%	-45%	+97%	+35%
Gros entretien renouvellement							
Évaluation préalable	CP	0,59	0,00	0,00	0,06	7,68	5,53
	MOP	0,59	0,00	0,00	0,06	8,01	5,91
	Var. MOP/CP	+0,00%	+0,00%	n.d.	-5,13%	-4,03%	-6,54%
Contrat signé	CP	0,45	36,75	0,00	0,10	7,65	4,75
	Var. EP/Contrat	-25%	0%	n.d.	+69%	0%	-14%
Variation de l'indice BT 01 sur la période		+6%	+12%	+8%	+4%	+6%	+8%

Source : Évaluations et contrats cités, IGF.

Proposition n° 6 : Compléter la méthodologie d'évaluation préalable des services d'exploitation par une nomenclature standardisée des prestations et une analyse des dispositions possibles de renégociation des prestations en cours de contrat

Au regard des évaluations examinées, la méthodologie d'évaluation préalable des services d'exploitation des ouvrages pourrait être complétée en deux points :

- ◆ l'introduction d'une nomenclature standardisée de prestations de services, associée à des indicateurs de coût standard permettant une évaluation précise des coûts et la comparaison plus aisée des données du contrat aux prévisions de l'évaluation préalable ;
- ◆ l'obligation de fournir pour chaque prestation de service sous-traitée dans le cadre du contrat de partenariat, outre une estimation du coût annuel, une structure de contrat adaptée, notamment en termes de durée et de conditions de renégociation des prestations.

2.4.3. Contrôle de la MAPPP

Le contrôle exercé par la MAPPP sur l'évaluation préalable des charges d'exploitation est particulièrement limité. Au sein de l'échantillon de projets, l'attention apportée par la MAPPP à ces charges est extrêmement hétérogène. Dans trois des six avis (INSEP, zoo de Vincennes, Balard), les coûts d'exploitation indiqués ne donnent lieu à aucune appréciation critique, l'avis se limitant à une paraphrase de l'évaluation préalable. Dans aucun des avis étudiés, la MAPPP ne soumet les coûts affichés dans l'évaluation préalable à des prix de référence susceptibles d'en valider la vraisemblance.

Comme c'est le cas pour les coûts de construction, les avis de la MAPPP ne témoignent pas d'une doctrine stabilisée en ce qui concerne les écarts de coûts affichés entre les différents montages. La moitié des avis étudiés (centre hospitalier de Périgueux, Balard, TGI de Paris) valident l'hypothèse d'un coefficient d'optimisation en faveur du contrat de partenariat, justifiant une réduction des coûts d'environ 5 % par rapport au schéma de référence ; dans d'autres avis, tel que l'avis sur le centre universitaire de Clignancourt, la MAPPP valide au contraire des prix équivalents pour les deux montages.

Le contrôle exercé par la MAPPP sur ces prestations pourrait être rendu plus pertinent par l'emploi d'indicateurs et ratios de référence sur les services bâtimentaires (maintenance courante, GER) et sur les services de soutien génériques (nettoyage, gardiennage, restauration)¹⁶.

La MAPPP pourrait également examiner la durée des contrats de service que le donneur d'ordre envisage de passer, pour assurer une possibilité de maîtrise des prix, voire de remise régulière en concurrence des contrats.

¹⁶ Le cabinet Cegos a ainsi produit une étude de benchmark des coûts des frais généraux.

2.5. Les recettes annexes et de valorisation sont peu contre-expertisées

2.5.1. Aspects méthodologiques

L'arrêté du 2 mars 2009 prévoit la comptabilisation, au sein de l'évaluation préalable, des recettes annexes éventuelles générées par l'exploitation de l'ouvrage. Le *Guide méthodologique* distingue plusieurs catégories de recettes annexes :

- ◆ les recettes de valorisation, qui sont « *les recettes que le partenaire privé peut être autorisé à se procurer en exploitant de manière alternative les ouvrages ou équipements publics (...), en vendant des services commerciaux complémentaires au service public (...) ou en valorisant la partie du domaine de la personne publique non affectée au service public.* »
- ◆ les recettes tirées du service public « *payées par les usagers au titre de l'utilisation de l'ouvrage public* », recettes qui, si elles concourent au financement majoritaire de l'ouvrage, impliquent la qualification du contrat d'externalisation comme délégation de service public ou comme concession ; ces recettes sont donc nécessairement limitées dans le cas d'un contrat de partenariat.

Le *Guide méthodologique* suggère la possibilité d'une différence de périmètre dans les activités générant des recettes de valorisation selon les montages. Il indique que « *ces recettes sont une particularité du contrat de partenariat [...] Il est possible, dans certains cas, pour la personne publique dans le schéma MOP de bénéficiaire de recettes complémentaires, bien que cela soit difficile à mettre en œuvre (principe de « spécialité ») et à évaluer.* »

La présence d'une différence de périmètre dans les activités entrant dans le champ de l'évaluation est susceptible de fausser la comparaison des différents schémas, à l'avantage du contrat de partenariat. Cette distorsion, d'autant plus significative que le montant des recettes de valorisation sera élevé – minorant d'autant le montant des loyers en contrat de partenariat – apparaît injustifiée, car rien ne peut empêcher une personne publique de conduire des activités commerciales comparables, en régie ou en l'externalisant à un prestataire.

Proposition n° 7 : Estimer les recettes de valorisation dans chaque montage sur la base d'une liste identique d'activités commerciales annexes

Afin d'assurer l'homogénéité du périmètre de comparaison, il conviendrait donc de définir précisément, de manière commune à l'ensemble des montages, la liste des activités annexes donnant lieu à valorisation, et d'évaluer les recettes afférentes dans chaque schéma de manière prudente.

2.5.2. Étude de l'échantillon

Au sein de l'échantillon étudié, la totalité des rapports d'évaluation préalable envisage l'existence de recettes annexes, mais peu d'entre eux procèdent à une analyse détaillée et chiffrée de ces recettes. Seules trois des évaluations étudiées (Centre universitaire de Clignancourt, zoo de Vincennes, Balard ; soit la moitié d'entre elles) contiennent un recensement précis des modalités de génération des revenus annexes dans le cadre de l'ouvrage envisagé et un chiffrage des recettes prévisionnelles.

2.5.3. Contrôle de la MAPPP

Quatre des six avis étudiés soumettent à examen l'évaluation préalable des recettes annexes du projet (centre universitaire de Clignancourt, centre hospitalier de Périgueux. Bâtiment Balard, TGI de Paris). Sur ce point, un effet d'apprentissage peut être constaté : les deux avis les plus anciens (INSEP, zoo de Vincennes) ne contiennent aucun contrôle des dispositions portant sur les recettes annexes, tandis que les avis plus récents y procèdent systématiquement.

Le contrôle exercé au stade de la signature du contrat manque d'effectivité sur ce point. Dans le rapport transmis au ministre en vue de l'approbation de la signature du contrat portant sur le zoo de Vincennes, la MAPPP notait le caractère peu vraisemblable des hypothèses tarifaires introduites dans les estimations de fréquentation du parc. Ce constat, qui rendait nécessairement très fragile l'équilibre économique sous-tendant le projet, n'a cependant pas conduit la MAPPP à rendre un avis négatif (cf. étude de cas – parc zoologique de Paris en pièce jointe)

Proposition n° 8 : Soumettre à un contrôle approfondi les hypothèses de valorisation des recettes annexes du projet lorsque ces recettes représentent une part significative des financements

Cet examen est limité à la prise en compte, par le donneur d'ordres, de potentielles recettes annexes et à la cohérence globale du chiffrage, sans vérification approfondie de celui-ci. Cette vérification paraît suffisante en l'état, lorsque le montant des recettes demeure limité. Cependant, lorsque celui-ci est censé garantir une proportion plus importante des financements du projet, l'avis de la MAPPP devrait procéder à un contrôle attentif des hypothèses de valorisation de ces recettes. La méthodologie de contrôle pourrait inclure le recours à des tarifs de référence, le recours à des projets similaires ou la consultation d'experts.

2.6. L'indexation et l'actualisation des flux financiers reposent sur une méthodologie encore fragile

2.6.1. Aspects méthodologiques

La durée parfois importante des projets de PPP implique une actualisation des flux financiers, en dépenses comme en recettes. Deux opérations peuvent être envisagées afin de prendre en compte la durée du contrat :

- ◆ une indexation du montant de certaines charges ou recettes évalué à la date de l'évaluation, selon un indice général d'évolution des prix (tel que le taux d'inflation prévisionnel) ou un indice spécifique (tel que le coût de la construction) ;
- ◆ une actualisation des flux financiers futurs afin de les exprimer en valeur actuelle.

L'indexation des postes de charges ou de recettes ne fait pas l'objet de préconisations particulières de la part de la MAPPP. Le *Guide méthodologique* se borne à indiquer qu'il convient d'utiliser des « *coefficients d'indexation spécifiques* ». L'indexation des flux financiers en recettes et en dépenses représente cependant un enjeu financier significatif et peut conduire à d'importantes déviations à moyen-long terme. Cet effet est cependant amoindri par l'actualisation des flux financiers, qui par le jeu de la composition des taux d'intérêt, conduit à atténuer l'impact des flux financiers éloignés.

Proposition n° 9 : Proposer une méthodologie plus précise d'indexation des flux financiers comptabilisés en dépenses ou en recettes dans l'évaluation préalable

Il conviendrait ainsi d'encadrer de manière plus étroite la méthodologie d'indexation utilisée dans les évaluations préalables. Une grille de taux d'indexation pourrait être proposée par la MAPPP sur des postes fréquents de dépenses ou de recettes ; sur les autres postes, le principe d'une actualisation systématique par un taux d'inflation prévisionnel harmonisé pourrait être adopté.

En ce qui concerne l'actualisation des flux, le *Guide méthodologique* préconise l'utilisation d'un taux d'actualisation unique pour l'ensemble des montages, égal au taux de financement de la personne publique sur les marchés obligataires (cf. **Encadré 6**). L'utilisation d'un taux d'actualisation unique constitue une garantie essentielle de comparabilité des différents montages.

Encadré 6 : Considérations méthodologiques sur les méthodes d'actualisation

« Le calcul des coûts globaux actualisés (valeurs actuelles nettes) des deux schémas nécessite d'actualiser les chroniques des flux financiers à la charge de la personne publique associés à chacun d'eux. Pour ce faire, il est nécessaire de fixer un seul et même taux d'actualisation et une seule et même date d'actualisation communs aux deux schémas.

Le taux d'actualisation sera égal au taux de financement de la personne publique (l'OAT pour l'État et pour les collectivités locales un taux de référence majoré d'une marge traduisant la qualité de leur signature) et la date d'actualisation sera la date de réalisation du contrat de partenariat. »

Source : MAPPP, « Les contrats de partenariat : guide méthodologique », 06-08d, version du 25 mars 2011.

2.6.2. Étude de l'échantillon

Les évaluations préalables des projets de l'échantillon appliquent de manière inégale les prescriptions d'indexation prévues par le guide méthodologique de la MAPPP (Tableau 10) :

- ◆ cinq des six évaluations préalables examinées (toutes à l'exception du zoo de Vincennes) indexent les coûts de construction, en règle générale avec l'indice BT01 ;
- ◆ les prix des prestations de services, qui courent sur toute la durée du contrat et sont donc particulièrement sensibles à l'indexation, ne sont en revanche qu'inégalement revalorisés : les prestations de maintenance ne le sont que dans la moitié des évaluations étudiées, les coûts généraux d'exploitation, dans quatre cas sur six, les prestations de gros entretien réparation (GER) et le coût des fluides, dans un tiers des cas seulement.

Les indices utilisés dans les évaluations préalables procédant à l'indexation sont généralement confortés par le contrat signé ultérieurement.

Annexe III

Tableau 10 : Evaluations préalables de l'échantillon proposant une indexation des principaux facteurs de coût du projet

Type de coût	INSEP	Zoo de Vincennes	Clignancourt	Périgueux	Bâtiment Balard	TGI de Paris
Coût de construction	O	N	O	O	O	O
Maintenance	N	N	O	N	O	O
Exploitation	N	N	O	O	O	O
GER	N	N	N	O	O	O
Fluides	N	N	N	O	O	O
Études de conception	N	N	N	N	N	O

Source : Évaluations et contrats cités, IGF. Note de lecture : O : oui, N : non.

2.6.3. Contrôle de la MAPPP

Les avis de la MAPPP témoignent d'une attention croissante à l'égard de l'indexation des coûts des projets. Sur l'échantillon d'avis étudié, quatre avis sur six (centre universitaire de Clignancourt, centre hospitalier de Périgueux, bâtiment Balard, TGI de Paris) examinent, parfois brièvement, la solution d'indexation des coûts retenue dans l'évaluation préalable. Seul trois avis (50 %) émettent cependant une appréciation critique sur les taux d'indexation retenus, en soulignant dans deux cas le caractère optimiste des indexations envisagées.

Afin d'affiner le contrôle sur les taux d'indexation utilisés, la MAPPP pourrait préciser, pour les principaux facteurs de coût des projets, la méthode de calcul ou d'extrapolation à utiliser à partir des taux de référence.

2.7. Le calcul des valeurs actuelles nettes devrait être plus détaillé

2.7.1. Aspects méthodologiques

La comparaison des différents schémas de réalisation de l'ouvrage repose sur le calcul de la valeur actuelle nette (VAN) de l'investissement. La valeur actuelle nette constitue la somme actualisée des flux financiers générés par un investissement, c'est-à-dire la somme actualisée des recettes qu'il génère, déduction faite de la somme de coûts qu'il engendre. Un investissement est réputé rentable lorsque sa VAN est positive. Le montage obtenant la VAN la plus élevée sera considéré comme préférable.

Pour la plupart des projets d'investissement public, l'estimation de la VAN est cependant difficile, notamment dans le cas des projets pouvant être réalisés en PPP. En effet, les investissements entrepris par les personnes publiques sont généralement non rentables et visent à pallier une imperfection de marché. En outre, contrairement aux projets réalisés en délégation de service public ou en concession, les projets entrepris en maîtrise d'ouvrage publique ou en PPP ne génèrent pas de recettes commerciales susceptibles de couvrir une part significative des coûts d'exploitation ; dans la plupart des cas, ces ouvrages ne génèrent aucun revenu financier, mais uniquement un service collectif non monétisable. C'est le cas des établissements scolaires ou pénitentiaires, des ouvrages de transport gratuits, ou encore de l'éclairage public.

Afin de simplifier l'estimation de la VAN lorsqu'aucune estimation socio-économique globale des bénéfices n'est disponible, la MAPPP préconise une méthode procédant par évaluation du bénéfice socio-économique différentiel des différents montages. Partant du constat que les différents montages ont pour finalité la réalisation du même ouvrage, cette méthode revient à estimer uniquement les bénéfices socio-économiques spécifiques aux différents montages.

Cette méthode permet d'annuler dans le calcul des VAN de chaque projet le bénéfice associé à l'exploitation de l'ouvrage – au moins sur la période d'exploitation commune aux différents montages, cette exploitation étant supposée procurer les mêmes bénéfices. **Le calcul des VAN se limite donc à comparer la somme actualisée des coûts de chaque montage, auxquels sont déduits les gains différentiels spécifiques à l'un ou l'autre des montages.**

Au titre des bénéfices différentiels générés par les différents montages, la MAPPP identifie principalement un « avantage socio-économique », qui traduit les écarts de délais de mise en service ; ce critère est, dans les avis, fréquemment favorable au montage en contrat de partenariat (cf. Encadré 7). Selon cette approche, le montage intervenant plus tardivement est moins performant, car il induit des surcoûts externes liés à l'indisponibilité de l'ouvrage, qui implique par exemple la mise en place temporaire d'un service public de substitution.

En outre, le calcul des VAN doit prendre en compte l'analyse quantitative des risques.

Encadré 7 : Considérations méthodologiques sur les méthodes d'actualisation

- Circulaire du 9 mai 2012 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales

« La mise en service des ouvrages dans un projet réalisé en contrat de partenariat intervient généralement plus rapidement que si ce même projet était réalisé en marchés publics. Or le jeu de l'actualisation, d'une part, et d'autre part, le fait que seuls sont pris en compte les flux de fonds (cash-flows) dans le calcul de la valeur actuelle nette des coûts de chaque schéma juridique, conduisent à pénaliser le contrat de partenariat dans la mesure où la mise en service plus rapide qu'en marchés publics se traduit par des décaissements intervenant plus tôt, alors que les avantages socio-économiques ne sont pas estimés. Pour pallier cet inconvénient, il y aura lieu, quand des décalages importants de calendrier sont prévisibles entre une réalisation en contrat de partenariat et une réalisation en marchés publics (6 mois ou plus de décalage entre les dates de mise en service), de prendre en compte cet avantage socio-économique. (...) A défaut, en cas de décalage de calendrier plus limité, c'est la méthode de recalage des dates de livraison qui devra être retenue. »

- MAPPP, « Les contrats de partenariat : guide méthodologique », 06-08d, version du 25 mars 2011

« Compte tenu des caractéristiques du contrat de partenariat, qui participent structurellement à la recherche de la performance, la mise en service d'un projet réalisé en contrat de partenariat intervient généralement plus rapidement que si ce même projet était réalisé en maîtrise d'ouvrage publique. Or, le jeu de l'actualisation, d'une part, et, d'autre part, le fait que seuls sont pris en compte les coûts dans le calcul de la VAN (et éventuellement les recettes dites de « valorisation » dans le schéma CP) et pas les avantages socio-économiques, conduisent à pénaliser le schéma CP dans la mesure où la mise en service plus rapide que dans le schéma MOP se traduit par des décaissements intervenant plus tôt alors que les avantages socioéconomiques concomitants ne sont pas estimés. Pour pallier cet inconvénient, il y aura lieu, en particulier quand des décalages importants de calendrier sont prévisibles entre une réalisation en contrat de partenariat et une réalisation en MOP, d'évaluer cet avantage socio-économique et de l'intégrer dans le champ de l'analyse comparative. La MAPPP a développé à cet effet une méthodologie d'évaluation de cet avantage socio-économique qu'elle préconise d'appliquer. Cette méthodologie est décrite à l'annexe 1. »

Source : Documents cités.

Annexe III

Cette méthode suppose ainsi une valorisation du bénéfice de l'exploitation de l'ouvrage dans l'intervalle de temps séparant la date de livraison dans les différents montages. Cette période est figurée, dans le Graphique 2, par le délai séparant l'année c de l'année m. Sur cette période, la MAPPP propose d'ajouter à la VAN des coûts du schéma livré le plus rapidement – vraisemblablement le contrat de partenariat – un bénéfice socio-économique calculé comme le gain annulant la VAN des coûts du projet en maîtrise d'ouvrage publique (cf. Encadré 8).

Graphique 2 : Représentation chronologique des dates de mise en service des différents montages



Source : MAPPP, « Les contrats de partenariat : guide méthodologique », 06-08d, version du 25 mars 2011.

Ce calcul repose sur l'hypothèse que la VAN totale du projet réalisé en MOP est au moins égale à zéro – et vraisemblablement positive – faute de quoi le projet n'aurait pas été soumis à l'examen par la personne publique. Cette valeur, qui pourrait être qualifiée de « point mort du bénéfice socio-économique », est établie en retenant comme taux d'actualisation le taux de financement de la personne publique concernée. Elle peut être interprétée comme le bénéfice socio-économique d'exploitation minimal généré par l'ouvrage en MOP, considéré comme constant, avant actualisation.

Cette méthode a été préférée par la MAPPP à la méthode dite du recalage des dates de mise en service utilisée antérieurement (cf. Encadré 9). La méthode de recalage des dates, qui consistait à aligner la date de mise en service des ouvrages dans les deux scénarios, permettait de ne pas pénaliser le contrat de partenariat lors du calcul des VAN : en effet, les loyers payés de manière anticipée dans le montage dont les délais de construction étaient les plus courts étaient plus élevés que les coûts d'exploitation du montage en loi MOP. Mais de ce fait, la méthode ne permettait pas de valoriser l'avantage lié à une livraison plus rapide de l'ouvrage.

Cette méthode trouve cependant sa limite dans la notion de valeur actuelle nette d'un projet d'investissement. S'il paraît peu discutable que, du point de vue strict de la personne publique, la valeur actuelle nette du projet est au minimum égale à zéro, tel n'est pas le cas pour la valeur socio-économique globale du projet, c'est-à-dire la valeur actuelle des bénéfices socio-économiques pour l'ensemble des personnes concernées par le projet, nets des coûts engendrés. L'analyse socio-économique d'un investissement peut aisément montrer que certains projets que souhaitent conduire des collectivités publiques, par exemple pour des raisons politiques, ne procurent pas un avantage suffisant pour la société sur le long terme, notamment lorsque leur coût de financement sont très élevés, ou que leur impact socio-économique est limité.

Ainsi, la valorisation proposée par la MAPPP de l'avantage socio-économique ne correspond pas rigoureusement l'avantage socio-économique du point de vue de la société et pourrait fausser les calculs de la VAN. L'hypothèse, vraie par construction, de rentabilité du projet du point de vue de la personne publique ne permet pas d'affirmer que la rentabilité du projet du point de vue de la collectivité est positive. Dans l'hypothèse où la rentabilité socio-économique pour la collectivité serait négative, l'avantage de délai procuré par une entrée en service plus rapide constituerait en réalité un handicap pour le calcul des VAN.

Il conviendrait donc de n'utiliser la méthode de valorisation du bénéfice socio-économique que lorsqu'une étude d'impact socio-économique rigoureuse a été conduite, prenant en compte le bien-être de la collectivité et non du donneur d'ordre. Il s'agirait ainsi d'asseoir le calcul de la VAN du projet sur l'évaluation socio-économique établie selon une méthode de bilan plus robuste, telle que la méthode prévue par le ministère de l'environnement, du développement durable et de l'énergie pour les infrastructures de transport¹⁷.

Encadré 8 : Méthode de valorisation du bénéfice socio-économique différentiel associé à une livraison anticipée de l'ouvrage

- **1ère étape : calculer les VAN des coûts nets hors taxes dans les schémas MOP (VAN_{MOP}) et CP (VAN_{CP})**

Les VAN sont négatives, les coûts étant exprimés négativement :

$$VAN_{MOP(a_{MCP})} = \sum_{t=1}^n \frac{Ct_{MOP} - a_{MOP}}{(1+i)^t} \text{ avec } a_{MOP} = 0 \text{ et } VAN_{CP} = \sum_{t=1}^n \frac{Ct_{CP}}{(1+i)^t}$$

où :

- i est le taux d'actualisation égal au taux de financement de la personne publique dans le schéma MOP. En conséquence, le calcul de la VAN dans le schéma MOP n'inclura pas les coûts de financement, ces derniers étant neutralisés par le jeu de l'actualisation. En revanche, dans le schéma CP la VAN inclura les coûts de financement.

- C_{tMOP} (resp. CP) est le coût pour la personne publique associé à l'année t pour le schéma MOP (resp. CP).

- l'année 1 étant une date commune aux deux schémas antérieure à tout décaissement dans les deux schémas.

- a_{MOP} : voir infra.

On observe dans la très grande majorité des cas que la VAN des coûts, en valeur absolue, est plus élevée dans le schéma CP (VAN_{CP}) que dans le schéma MOP (VAN_{MOP}) : $VAN_{CP} > VAN_{MOP}$

- **2ème étape : calculer l'avantage socio-économique annuel constant (a_{MOP}) qui sur la durée d'exploitation annule la MOP (a_{MOP})**

En effet, les avantages annuels socio-économiques procurés par l'ouvrage ne sont pas « capturés » par la VAN des flux financiers. Cette « capture » est effectuée en annulant la VAN, de sorte que l'ouvrage soit socio-économiquement rentable pour la personne publique, en supposant que le taux de rentabilité socio-économique (taux d'actualisation) de la personne publique est aligné sur le taux de financement.

- **3ème étape : ajouter à la VAN_{CP} la somme actualisée des avantages (ACP) durant la période c à m**

Considérant que l'avantage socio-économique annuel procuré par l'ouvrage ne dépend pas du schéma de réalisation, on peut alors ajouter à la VAN_{CP} la somme actualisée des avantages (ACP) durant la période c à m qui correspond aux avantages associés à la mise en service plus rapide dans le schéma

¹⁷ Cf. par exemple, *Instruction cadre relative aux méthodes d'évaluation économique des grands projets d'infrastructure de transport*, 25 mai 2004.

Annexe III

CP.

$$VAN_{CP\text{corrigée}} = \sum_{t=1}^n \frac{Ct_{CT}}{(1+i)^t} + a_{MOP} \sum_{t=c+1}^m \frac{1}{(1+i)^t}$$

Source : MAPPP, « Les contrats de partenariat : guide méthodologique », 06-08d, version du 25 mars 2011.

Encadré 9 : La méthode du recalage des dates

Cette méthode consistait à aligner le calcul des VAN des projets sur la date de fin de contrat, plutôt que sur la date de lancement de la réalisation.

En effet, dans l'hypothèse où seuls les coûts pouvaient être estimés et non les bénéfices socio-économiques, le calcul d'une VAN des coûts pénalisait le projet livré le plus vite, l'actualisation pondérant plus fortement les coûts proches par rapport aux coûts plus lointains dans le futur. Cette méthode a été abandonnée par la MAPPP, qui considère que « *le calage de la mise en service n'est pas adapté à tous types de projets, notamment parce qu'il ne repose sur aucune préconisation du calcul économique et parce qu'il s'avère en outre insuffisant lorsque l'écart entre les dates de mise en service est important.* »

Source : MAPPP, « Les contrats de partenariat : guide méthodologique », 06-08d, version du 25 mars 2011.

2.7.2. Étude de l'échantillon

La pratique du calcul économique des VAN est aujourd'hui généralisée dans les évaluations préalables. Au sein de l'échantillon étudié, toutes les évaluations ont procédé à un calcul des VAN, c'est-à-dire des coûts actualisés nets. Le résultat avant risque de ces évaluations est variable selon les évaluations considérées : en moyenne, sur l'échantillon, l'écart de coût actualisé entre le montage en contrat de partenariat et le scénario de référence est nul (cf. Tableau 13 *infra*). Les taux d'actualisation pratiqué est conforme à la méthodologie de la MAPPP (taux de financement de la personne publique).

La méthodologie du calcul des VAN est cependant inégalement explicitée dans les évaluations de l'échantillon :

- ◆ la moitié seulement des évaluations de l'échantillon (centre hospitalier de Périgueux, bâtiment Balard, TGI de Paris) appliquent des tests de sensibilité pour assurer la robustesse du résultat obtenu ;
- ◆ seules deux évaluations sur six (Balard, TGI de Paris) prennent en compte dans le calcul la différence des dates de livraison, par recalage des dates des deux scénarios (projet Balard) ou par valorisation de l'avantage socio-économique lié à une livraison plus précoce (projet TGI de Paris) ;
- ◆ seules deux évaluations (centre universitaire de Clignancourt, Balard) présentent un tableau décomposant les VAN et aucune évaluation ne présente de tableau détaillé explicitant intégralement le calcul.

Proposition n° 10 : Inclure dans les évaluations préalables un tableau détaillant le calcul des valeurs actuelles nettes (VAN) des coûts des projets, par type de coût et par année, avant et après prise en compte des risques, avant et après actualisation

Afin de favoriser la transparence et le contrôle des calculs des VAN réalisés dans les évaluations préalables, il pourrait être envisagé d'y prévoir l'inclusion d'un tableau décomposant les principaux coûts actualisés du projet, avant et après application des risques, pour chaque année du contrat, avant et après actualisation.

Annexe III

La comparaison des VAN de l'évaluation préalable avec celles découlant du contrat signé n'est pas aisée (cf. Tableau 11). Sur l'échantillon considéré, les VAN des coûts des contrats signés sont proches, en moyenne, des VAN calculées dans l'évaluation préalable sans risque (-1 %). D'importantes variations sont cependant observées d'un projet à l'autre, les VAN issues de certains contrats étant très inférieures à celles prévues dans l'évaluation préalable (projets de l'INSEP, du zoo de Vincennes, de Paris IV-Clignancourt) ou au contraire, très supérieures (Balard).

Ces variations peuvent résulter :

- ◆ pour partie, des variations de coûts d'investissement observées entre l'évaluation préalable et le contrat signé ;
- ◆ pour partie, dans l'utilisation de techniques d'actualisation différentes (modification du taux d'actualisation) ;
- ◆ pour partie, dans la modification de la structure temporelle des loyers, les loyers différés étant moins valorisés que les loyers payés immédiatement du fait de l'actualisation.

Faute de données suffisantes, il n'est pas pertinent pour la mission d'analyser l'écart des VAN des coûts des contrats avec les calculs de VAN avec risque des évaluations préalables.

Tableau 11 : Valeurs actualisées nettes des coûts des projets de l'échantillon dans l'évaluation préalable et à la signature du contrat (M€)

Intitulé	INSEP	Zoo de Vincennes	Clignancourt	Péri-gueux	Bâtiment Balard	TGI de Paris
VAN des coûts de l'évaluation préalable						
Contrat de partenariat sans risque	181,79	318,80	85,46	18,67	1 560,62	1 027,59
Contrat de partenariat avec risque	n.d.	n.d.	113,94	21,06	1 626,88	1 126,22
VAN des coûts à la signature du contrat						
VAN des coûts	137,68	175,98	74,51	n.d.	2 773,63	n.d.
Écart avec l'évaluation préalable – sans risque	-24%	-45%	-13%	n.d.	+78%	n.d.
Écart avec l'évaluation préalable – avec risque	n.d.	n.d.	-21%	n.d.	+79%	n.d.

Source : Évaluations et contrats cités, IGF.

2.7.3. Contrôle de la MAPPP

De manière prévisible, les avis de la MAPPP examinent les calculs de valeurs actuelles nettes proposées dans les évaluations préalables de l'échantillon. C'est le cas de tous les avis étudiés, à l'exception de l'avis sur le zoo de Vincennes.

En revanche, les avis n'interrogent jamais les modalités du calcul retenues par les auteurs des évaluations et n'émettent pas d'opinion sur les modalités retenues par le calcul, à l'exception du choix du taux d'actualisation et de la mention de la méthode de prise en compte des délais de livraison.

Proposition n° 11 : Inclure dans les avis de la MAPPP une vérification des calculs des VAN des évaluations préalables

À partir des tableurs fournis par les auteurs des évaluations, la MAPPP pourrait procéder à des vérifications des calculs effectués pour calculer les VAN des différents scénarios et retracer ces vérifications dans l'avis.

2.8. Alors qu'elle est souvent déterminante dans le choix de recourir à un contrat de partenariat, la prise en compte qualitative et quantitative du risque reste très expérimentale

2.8.1. Aspects méthodologiques

L'évaluation préalable doit prendre en compte l'analyse des risques inhérents au projet. Selon le *Guide méthodologique*, la prise en compte du risque dans l'évaluation des montages suppose :

- ◆ une cartographie de l'intégralité des risques pouvant peser sur la réalisation et l'exploitation de l'ouvrage ;
- ◆ l'évaluation quantitative de chacun de ces risques, ou à tout le moins, des risques les plus significatifs ; cette évaluation repose sur une détermination de la probabilité d'occurrence du risque et de sa sévérité, pouvant être estimée comme le coût de la prise en charge du risque ou de sa réparation ; la combinaison de la probabilité du risque et de la sévérité des événements associés peut être effectuée selon une loi de distribution discrète ou continue ;
- ◆ la répartition des risques entre personne publique et personne privée, en fonction des caractéristiques contractuelles de chaque montage – cette répartition étant formalisée dans une matrice des risques (*cf.* exemple en Pièce jointe).

Force est de constater que l'analyse des risques présentée par la MAPPP incline à imputer la majorité des risques du projet sur la réalisation en MOP (cf. Encadré 10). Le *Guide méthodologique* présente sous forme de quasi-postulat l'existence d'un volant de risques plus élevés pour le commanditaire public lorsqu'il recourt à la loi MOP. De manière peu objectivée, la MAPPP évoque ainsi « *une faible culture du risque dans le secteur public, faible culture qui se traduit par une prise en compte inexistante ou simpliste du risque* ».

Il est certes indubitable que le maître d'ouvrage est porteur du risque en dernier ressort, et que la personne publique en est déchargée en contrat de partenariat. Cependant, **l'assertion selon laquelle la répartition des risques serait nécessairement plus efficiente dans un montage PPP qu'en MOP apparaît problématique :**

- ◆ en PPP, le maître d'ouvrage privé facture, s'il est rationnel, le coût du risque qu'il supporte à l'acheteur public ;
- ◆ la capacité du maître d'ouvrage, qu'il soit public ou privé, à gérer le risque dépend de la nature des liens contractuels liant le maître d'ouvrage à ses maîtres d'œuvre et prestataires.

Dans ces conditions, le PPP ne peut être considéré comme plus performant que s'il réduit la probabilité d'occurrence ou la sévérité du risque par un montage contractuel adapté ; si tel n'est pas le cas, le risque transféré au maître d'ouvrage privé sera intégralement facturé à l'acheteur public.

En outre, pour être robuste, la prise en considération des risques dans l'évaluation préalable suppose une connaissance précise des risques associés à chaque mode de réalisation de l'investissement. Elle implique notamment la quantification, en loi MOP comme en contrat de partenariat, de la probabilité d'occurrence et de la sévérité potentielle de certains éléments défavorables, tels que des dépassements de calendrier, des surcoûts associés à des défauts de conception ou de réalisation, etc.

Encadré 10 : Le poids du risque dans la maîtrise d'ouvrage public selon la MAPPP

« Avant la prise en compte des risques, le contrat de partenariat est pénalisé par le coût des procédures (évaluation préalable, coût des assistants) et par les surcoûts de financement (marges bancaires et rémunération des capitaux propres), les gains apportés par le contrat de partenariat durant les phases de construction et d'exploitation du projet ne permettant pas généralement de contrebalancer le coût des procédures et les surcoûts de financement. C'est donc la prise en compte des risques « cachés » dans le schéma de référence qui, dans la plupart des cas, va rendre plus avantageux le contrat de partenariat.

Ces risques « cachés » sont nombreux et conséquents comme en témoignent les projets de l'État et des collectivités territoriales qui ont souvent été marqués par des dérapages importants de délais de réalisation et de coûts de construction, puis d'entretien durant la phase d'exploitation.

La raison de ces dérives est essentiellement due à une faible culture du risque dans le secteur public, faible culture qui se traduit par une prise en compte inexistante ou simpliste du risque se fondant sur l'idée que le secteur public étant réputé être son propre assureur il ne se couvre pas contre les risques et qu'il les supporte entièrement lorsqu'ils se réalisent. Dans la sphère publique, la tendance consiste donc encore à raisonner en avenir certain ou déterministe et non pas en avenir incertain ou probabiliste, alors que les dérives maintes fois constatées sont autant de plaidoyers pour intégrer le risque dans les choix publics.

Mais il est vrai que l'approche juridique du risque reste encore prééminente et que l'approche économique de la commande publique peine à entrer dans les esprits, de sorte que les deux principaux outils de la commande publique que sont les marchés publics et la concession se caractérisent respectivement par :

- dans le premier cas, une conservation quasi intégrale du risque par la personne publique, y compris le risque de construction compte tenu de la difficulté d'imputer les responsabilités entre les titulaires des différents lots techniques reliés par de multiples interfaces ;*
- dans le second cas, le transfert de risques par le concessionnaire sur le concédant à travers des clauses de paysage et d'équilibre, ou la prise en charge de risques par le concessionnaire au prix d'une facturation élevée alors que la concession est supposée être aux risques et périls du concessionnaire. »*

Source : MAPPP, « Les contrats de partenariat : guide méthodologique », 06-08d, version du 25 mars 2011.

2.8.2. Étude de l'échantillon

La démarche d'analyse qualitative des risques est aujourd'hui bien assimilée par les porteurs de projet (cf. Tableau 12). Sur l'échantillon d'évaluations préalables étudié, cinq évaluations sur six ont recouru à la matrice des risques proposée dans la méthodologie de la MAPPP, qui en recense 50 dans le guide méthodologique. Celles-ci sont élaborées avec un niveau de détail satisfaisant : elles recensent en moyenne 54 risques distincts.

L'allocation des risques proposée par ces évaluations préalables conduit, sans surprise, à un transfert de risques au partenaire privé plus important dans le montage en contrat de partenariat (en moyenne, 63 % des risques transférés au partenaire) que dans le scénario de référence (31 % en moyenne sur l'échantillon).

Annexe III

Tableau 12 : Synthèse de la matrice des risques des évaluations préalables de l'échantillon

Intitulé	INSEP	Zoo Vincennes	Clignancourt	Périgueux	Bât. Balard	TGI de Paris	Moy.
Nombre de risques référencés	n.d.	39	55	59	58	57	54
Part des risques pris par le prestataire en MOP	n.d.	8%	27%	37%	48%	33%	31%
Part des risques pris par le prestataire en CP	n.d.	62%	64%	76%	71%	42%	63%
Part des risques donnant lieu à quantification	n.d.	n.d.	22%	15%	7%	14%	12 %

Source : Évaluations et contrats cités, IGF.

L'analyse quantitative des risques demeure en revanche très fragile dans les évaluations étudiées :

- ◆ sur l'échantillon étudié, deux évaluations –les plus anciennes (INSEP, zoo de Vincennes)– ne procédaient à aucune analyse quantitative des risques ;
- ◆ lorsque cette quantification est réalisée, la part des risques donnant lieu à quantification est faible, s'élevant en moyenne sur l'échantillon à 12 % du nombre de risques identifiés dans l'analyse qualitative ; cette proportion réduite tient, d'une part, au caractère non modélisable de certains risques et, d'autre part, à l'absence de données précises pour effectuer cette quantification.

Les techniques d'évaluation quantitatives des risques sont hétérogènes. Parmi les quatre évaluations de l'échantillon ayant procédé à une analyse quantitative des risques, deux recourent à des densités de probabilité continues (Balard, TGI de Paris) (à partir de lois gaussiennes, triangulaires ou continues en règle générale) et deux à des tables de probabilité plus élémentaires (centre universitaire de Clignancourt, centre hospitalier de Périgueux). Dans ces derniers cas, le recours à des modèles de quantification des risques simplifiés apparaît cohérent avec la taille plus réduite des projets.

Dans tous les cas, l'évaluation préalable ne justifie ni les lois de probabilité utilisées, ni le chiffrage des surcoûts associés à la réalisation des risques. Les tables ou lois de distribution employées ne font l'objet d'aucune justification empirique précise et il n'est pas possible d'en vérifier la plausibilité ou l'exactitude.

Cette carence est d'autant plus préjudiciable que la prise en compte des risques a un impact majeur sur le calcul des valeurs actuelles nettes et qu'elle conduit très fréquemment à rendre plus avantageux le montage en contrat de partenariat par rapport au scénario de référence. En effet, alors que le contrat de partenariat apparaît moins avantageux avant prise en compte des risques, le calcul des VAN – qui sont en réalité des coûts actualisés nets – après prise en compte des risques conduit fréquemment à inverser le rapport des VAN en faveur du contrat de partenariat, celui-ci devenant moins coûteux que le scénario de référence après prise en compte des risques.

L'échantillon étudié (cf. Tableau 13) témoigne du caractère décisif de la quantification des risques dans le bilan économique de l'évaluation préalable :

- ◆ trois projets (50 % de l'échantillon, 75 % de l'échantillon contenant une évaluation quantitative des risques) présentent des VAN en contrat de partenariat supérieures avant prise en compte des risques, et inférieures après prise en compte des risques (centre universitaire de Clignancourt, Balard et TGI de Paris) ;

Annexe III

- ◆ trois projets (INSEP, zoo de Vincennes, centre hospitalier de Périgueux) mettent en évidence des VAN inférieures en contrat de partenariat sans prise en compte des risques ; deux de ces projets (INSEP, zoo de Vincennes) ne procèdent cependant pas l'évaluation quantitative des risques ;
- ◆ en moyenne sur l'échantillon, les VAN en scénario de référence et en contrat de partenariat sont équivalentes avant prise en compte des risques, mais sont en moyenne inférieures de 8 % en contrat de partenariat après prise en compte des risques.

Tableau 13 : Impact de la prise en compte des risques dans la comparaison des valeurs actuelles nettes des différents scénarios dans les évaluations préalables de l'échantillon (M€)

MOP/CP	INSEP	Zoo de Vincennes	Clignancourt	Périgueux	Bâtiment Balard	TGI de Paris
VAN sans risque						
MOP	195,08	354,54	77,37	18,99	1 483,52	972,45
CP	181,79	318,80	85,46	18,67	1 560,62	1 027,59
Écart MOP/CP	-7%	-10%	+10%	-2%	+5%	+6%
VAN avec risques						
MOP	n.d.	n.d.	113,94	21,06	1 626,88	1 126,22
CP	n.d.	n.d.	94,65	19,06	1 549,69	1 033,22
Écart MOP/CP	n.d.	n.d.	-17%	-9%	-5%	-8%

Source : Évaluations et contrats cités, IGF.

En raison du caractère déterminant de la quantification des risques dans la justification du recours au contrat de partenariat d'une part, de l'absence de possibilités de contrôle sur cette analyse d'autre part, les risques de falsification de l'évaluation préalable sont significatifs dans l'état actuel de la méthodologie employée.

À la lecture des documents, la mission n'est ainsi pas en mesure :

- ◆ **de fournir une assurance raisonnable sur l'exactitude des calculs proposés** dans les analyses quantitatives des risques ;
- ◆ **de considérer comme justifié le recours au contrat de partenariat selon le critère du bilan ;**
- ◆ **de reconnaître l'efficacité du choix du contrat de partenariat dans les cas où la prise en compte des risques conduit à renverser le bilan en sa faveur.**

Proposition n° 12 : Ne prendre en compte dans le calcul des VAN que la quantification de risques reposant sur des justifications théoriques ou empiriques qui soient précises et auditables

La quantification des risques, dont le principe est pleinement légitime, ne devrait ainsi être admise et intégrée au calcul des VAN que lorsque ses fondements empiriques et les sources utilisées sont pleinement explicités. Ainsi, les évaluations préalables devraient mentionner précisément :

- ◆ les raisons, notamment issues d'observations antérieures sur des projets comparables, justifiant le choix de la loi ou de la distribution de probabilité ;
- ◆ les raisons, notamment tirées d'observations antérieures sur des projets comparables, justifiant les coûts associés au risque considéré ;

Annexe III

- ◆ les raisons, notamment tirées d'observations antérieures sur des projets comparables, justifiant une quantification différenciée du risque selon les différents scénarios soumis à évaluation préalable ;
- ◆ les sources et les tableaux permettant d'étayer les calculs effectués, à des fins de vérification.

En l'absence de justification, la prise en compte des risques devrait être limitée au seul aspect qualitatif et ne pas être intégrée dans le calcul des VAN.

2.8.3. Contrôle de la MAPPP

Sur l'échantillon étudié, les avis de la MAPPP examinent systématiquement l'analyse qualitative et quantitative des risques. Cependant, l'appréciation porte en règle générale davantage sur la méthodologie retenue, qui n'est parfois que paraphrasée, et discute peu fréquemment – que dans un cas sur l'échantillon étudié (centre universitaire de Clignancourt) – la pondération quantitative des risques utilisés. En aucun cas, l'avis n'interroge les sources et références externes justifiant les lois de probabilité et le chiffrage du coût du risque apporté.

Eu égard au caractère décisif de la quantification des risques dans l'analyse, l'absence de vérification de la MAPPP sur cette partie de l'évaluation préalable constitue une carence substantielle de contrôle.

Proposition n° 13 : Auditer de manière approfondie, dans l'avis de la MAPPP, la quantification des risques, en examinant en particulier la vraisemblance des références de quantification des risques et l'exactitude des calculs effectués

La MAPPP devrait donc auditer de manière approfondie la quantification des risques proposée et son intégration dans le calcul des VAN. Cet audit porterait à la fois sur :

- ◆ la justification des lois de probabilité retenues ;
- ◆ la vraisemblance des références et des sources fournies dans l'évaluation justifiant les surcoûts affichés pour les différents types de scénarios ;
- ◆ la vérification des calculs effectués, notamment par la réitération de certains calculs par sondage.

3. Conclusion : le contrôle exercé par la MAPPP doit être renforcé afin de rendre effectif le caractère dérogatoire du recours au contrat de partenariat

Particulièrement novatrice dans le cadre de l'investissement public, la procédure d'évaluation préalable est susceptible d'assurer trois fonctions dans le processus d'investissement :

Annexe III

- ◆ afin d'assurer le respect du droit de la concurrence, l'évaluation préalable, telle qu'envisagée par l'ordonnance de 2004, a vocation à justifier le recours au contrat de partenariat en raison de son caractère dérogatoire par rapport aux procédures classiques de mise en concurrence. L'évaluation doit ainsi restituer « *les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation* » d'un contrat de partenariat ;
- ◆ afin d'assurer l'opportunité de la décision d'investissement, l'évaluation doit **formaliser la démarche d'étude de faisabilité juridique et économique du donneur d'ordre préalablement à la réalisation de l'investissement**. Il est ainsi supposé que la personne publique n'engage la réalisation d'un ouvrage en contrat de partenariat qu'après une analyse approfondie des solutions alternatives possibles et du chiffrage du coût du projet ;
- ◆ afin de contribuer à la performance de l'investissement, l'évaluation préalable peut guider la personne publique dans la mise en œuvre du contrat de partenariat et notamment, la négociation du contrat.

En l'état actuel de ces documents, tels qu'étudiés au sein de l'échantillon retenu par la mission, et des contrôles exercés par la MAPPP, ces missions ne peuvent être qu'imparfaitement remplies.

Le caractère dérogatoire du contrat de partenariat au regard du droit de la concurrence impose un contrôle strict du recours à ce dispositif. Le dispositif du contrat de partenariat accroît les risques associés :

- ◆ au caractère global du contrat et l'absence d'allotissement des différentes composantes du marché, qui peuvent conduire à la concurrence sur les marchés considérés et ainsi, à la constitution de rentes de monopole ou d'oligopole sur certains segments, rente défavorable à la puissance publique à moyen terme ;
- ◆ au caractère souple de la procédure de sélection du partenaire privé, susceptible d'altérer l'impartialité de la décision publique et de favoriser la corruption des décideurs.

En apparence exigeants, les critères qui conditionnent le recours au contrat de partenariat sont peu contraignants en raison du caractère peu effectif de leur contrôle. Les critères d'urgence et de complexité, étudiés dans l'annexe VI, sont appréciés de manière extrêmement large et ne délimitent pas réellement le champ d'application des contrats de partenariat. L'application du critère d'efficience est aujourd'hui limitée par le caractère peu vérifiable, donc aisément falsifiable, de la démonstration présentée par les donneurs d'ordre dans les évaluations préalables, comme le démontre l'étude de l'échantillon (*cf. section 2 supra*).

La MAPPP a indéniablement amélioré les formes et la systématisme de son examen des évaluations préalables. Par rapport aux premiers avis étudiés dans l'échantillon, les avis plus récents de la MAPPP sont caractérisés par un plan standardisé et par un examen systématique des principaux points présentés par l'évaluation, en cohérence avec son guide méthodologique. La présentation formelle de l'avis distingue plus nettement ce qui relève de la description ou du résumé de l'évaluation préalable, et ce qui relève de l'appréciation externe de la MAPPP. L'analyse des évaluations préalables a ainsi gagné en consistance et en lisibilité.

Cependant, le contrôle exercé par la MAPPP sur l'évaluation préalable demeure insuffisamment approfondi. Les appréciations critiques sont souvent laconiques et ne se réfèrent à aucun test ou épreuve spécifique, appuyée sur des données et références externes ou des calculs effectués en interne. L'absence de contrôles approfondis sur des points sensibles tels que l'évaluation des coûts, le calcul des VAN, l'estimation des risques, ne permettent pas d'apporter une assurance raisonnable sur l'exactitude des conclusions auxquelles parviennent les évaluations préalables et ainsi, à la justification des contrats de partenariat lancés sur leur fondement.

En outre, la neutralité des avis vis-à-vis des différents montages juridiques possibles n'est pas toujours assurée (cf. avis placés en pièce jointe) ; en effet, les avis sont fréquemment caractérisés par un biais favorable aux contrats de partenariat, et généralement avec une acception maximaliste des contrats globaux :

- ◆ **les avis valident systématiquement l'analyse proposée par l'évaluateur ;** ils valident par exemple les hypothèses de gains de productivité introduites forfaitairement par les évaluateurs en faveur du contrat de partenariat (cf. les citations recueillies en pièce jointe de la présente annexe et tirées des avis de l'échantillon de projet retenu par la mission) ;
- ◆ **ils sont ainsi toujours favorables au montage en contrat de partenariat.** Pour la MAPPP, l'absence d'avis négatif n'est pas significative car les projets ne justifiant pas un CP sont arrêtés, sur ses conseils, en amont de la procédure. Néanmoins, la MAPPP n'est pas en mesure de fournir une liste des projets qu'elle aurait ainsi déconseillés ;
- ◆ **ils comportent parfois des arguments en faveur du contrat de partenariat non cités par l'évaluation et ajoutés par l'auteur de l'avis, dont certains ne sont étayés par aucune référence empirique précise** dans le document ou sont contredits par d'autres éléments de l'évaluation (cf. avis sur l'évaluation préalable de la chaufferie de l'hôpital de Périgueux). La MAPPP défend également fréquemment l'inclusion du plus grand nombre de services au sein du contrat (cf. avis sur l'évaluation préalable du zoo de Vincennes) ;
- ◆ **lors des entretiens et des déplacements de la mission, notamment dans les collectivités locales, plusieurs acheteurs publics ont indiqué que la MAPPP leur recommandait les montages en PPP, alors même que l'autorité adjudicatrice avait des doutes sur la rentabilité des projets.**

Enfin, les réserves introduites par la MAPPP dans l'évaluation préalable ou dans le rapport portant sur le contrat final ont un impact limité sur le processus de négociation du contrat :

- ◆ juridiquement, l'avis de la MAPPP sur l'évaluation préalable n'est pas liant ;
- ◆ les réserves techniques formulées dans l'avis sur l'évaluation préalable ne s'imposent en aucun cas à la personne publique porteuse du projet et n'ont pas de lien juridique avec l'accord du ministre de l'économie au moment de la signature du contrat ; elles ne sont pas mise en valeur dans le document ;
- ◆ le rapport transmis par la MAPPP au ministre en vue de l'approbation de la signature du contrat ne procède pas au contrôle systématique du respect du cadre prévu dans l'évaluation préalable ou n'est pas en mesure de tirer les conséquences de clauses contractuelles inadaptées ou contraires aux réserves initialement formulées ;
- ◆ la MAPPP n'est pas réellement impliquée dans le processus de négociation du contrat, ce qui rend plus difficile le contrôle du dispositif.

Proposition n° 14 : Élaborer au sein de la MAPPP un plan d'audit formalisé des évaluations préalables, comportant des épreuves d'audit précises et un mode de restitution standardisé

Afin de renforcer la fiabilité des évaluations préalables, il convient d'accroître fortement le contrôle des évaluations préalables en faisant de la MAPPP un véritable organisme d'audit.

Cette orientation implique en premier lieu la transmission par les évaluateurs d'informations plus nombreuses et auditables :

- ◆ par la transmission d'informations précises en matière d'évaluation des coûts du projet et de quantification des risques ;
- ◆ par le retrait, au sein des évaluations, de toute référence purement forfaitaire non justifiée (*cf.* proposition 3 *supra*) ;

Du point de vue de la MAPPP, cette orientation impose une inflexion méthodologique importante.

Proposition n° 15 : Demander à la MAPPP de préciser la méthodologie de l'évaluation préalable sur ses points les plus fragiles

Afin de gagner en crédibilité, la MAPPP doit professionnaliser sa démarche d'audit des évaluations préalables :

- ◆ en définissant un plan d'audit détaillé, incluant des épreuves d'audit précises ;
- ◆ en concentrant ses avis sur une appréciation factuelle et objective des données de l'évaluation préalable ;
- ◆ en préférant une restitution factuelle de ses investigations à une simple description ou à un commentaire de l'évaluation transmise par la personne publique ;
- ◆ en renonçant à afficher dans ses travaux la promotion unilatérale et systématique du contrat de partenariat par rapport à d'autres montages juridiques ;
- ◆ le cas échéant, en précisant la méthodologie de l'évaluation préalable.

Cette orientation implique plus particulièrement la mise en œuvre par la MAPPP d'une véritable contre-expertise sur certaines données essentielles de l'évaluation. Cette contre-expertise doit la conduire :

- ◆ à vérifier certaines données quantitatives au regard d'indicateurs et de références externes précises (*cf.* propositions 3, 4 *supra*) ;
- ◆ à vérifier la vraisemblance et la cohérence de certains calculs, notamment l'évaluation des risques et le calcul des VAN, par le recours à des modèles de simulation internes (*cf.* propositions 11, 13, 14 *supra*).

Proposition n° 16 : Soumettre l'évaluation préalable à un avis conforme de la MAPPP, rendre impératives ses réserves d'interprétation et, en vue de l'approbation du contrat, prévoir sa saisine pour avis par le ministre des finances

Annexe III

Cette orientation implique enfin le renforcement du poids juridique de l'avis de la MAPPP sur l'évaluation préalable, afin d'assurer la prise en compte de ses réserves dans la suite du projet. Cela pourrait impliquer notamment :

- ◆ de subordonner le lancement de la procédure de consultation et la publication de l'avis d'appel public à la concurrence à un avis favorable de la MAPPP sur l'évaluation préalable ;
- ◆ de synthétiser, en fin d'avis, la liste des réserves substantielles émises sur la réalisation du projet ;
- ◆ de subordonner l'accord du ministre de l'économie et des finances en vue de la signature du contrat à la levée de ces réserves ;
- ◆ de prévoir à cette fin la saisine officielle de la MAPPP par le ministre avant la signature du contrat ;
- ◆ de favoriser à cette fin le suivi par la MAPPP de la négociation du contrat.

SYNTHESE DES PROPOSITIONS

Proposition n° 1 : Renforcer le contrôle des délais de procédure, de conception et de réalisation par confrontation de l'évaluation préalable à une base de retour d'expérience ; soumettre l'accord du ministre sur le contrat final au respect de délais resserrés

Proposition n° 2 : Supprimer la possibilité de cumuler la comptabilisation de provisions pour risque et l'évaluation globale du coût en risque

Proposition n° 3 : Proscrire l'utilisation de coefficients forfaitaires de performance dans l'estimation des coûts en l'absence de référence empirique précise

Proposition n° 4 : Établir une base de données des coûts de conception et de construction exploitable dans le cadre d'évaluations et de simulations financières

Proposition n° 5 : Introduire une obligation d'étude financière préliminaire comportant plusieurs scénarios de montage financiers et plusieurs scénarios d'évolution du coût de la ressource, actualisable en cours de procédure de passation de marché

Proposition n° 6 : Compléter la méthodologie d'évaluation préalable des services d'exploitation par une nomenclature standardisée des prestations et une analyse des dispositions possibles de renégociation des prestations en cours de contrat

Proposition n° 7 : Estimer les recettes de valorisation dans chaque montage sur la base d'une liste identique d'activités commerciales annexes

Proposition n° 8 : Soumettre à un contrôle approfondi les hypothèses de valorisation des recettes annexes du projet lorsque ces recettes représentent une part significative des financements

Proposition n° 9 : Proposer une méthodologie plus précise d'indexation des flux financiers comptabilisés en dépenses ou en recettes dans l'évaluation préalable

Proposition n° 10 : Inclure dans les évaluations préalables un tableau détaillant le calcul des valeurs actuelles nettes (VAN) des coûts des projets, par type de coût et par année, avant et après prise en compte des risques, avant et après actualisation

Proposition n° 11 : Inclure dans les avis de la MAPPP une vérification des calculs des VAN des évaluations préalables

Proposition n° 12 : Ne prendre en compte dans le calcul des VAN que la quantification de risques reposant sur des justifications théoriques ou empiriques qui soient précises et auditable

Proposition n° 13 : Auditer de manière approfondie, dans l'avis de la MAPPP, la quantification des risques, en examinant en particulier la vraisemblance des références de quantification des risques et l'exactitude des calculs effectués

Proposition n° 14 : Élaborer au sein de la MAPPP un plan d'audit formalisé des évaluations préalables, comportant des épreuves d'audit précises et un mode de restitution standardisé

Proposition n° 15 : Demander à la MAPPP de préciser la méthodologie de l'évaluation préalable sur ses points les plus fragiles

Proposition n° 16 : Soumettre l'évaluation préalable à un avis conforme de la MAPPP, rendre impératives ses réserves d'interprétation et, en vue de l'approbation du contrat, prévoir sa saisine pour avis par le ministre des finances

PIÈCES JOINTES

Annexe III

Matrice d'analyse des risques proposée par la MAPPP

Risque	Porteur du risque				Commentaires
	Schéma de référence		Contrat de partenariat		
	Personne publique	Entreprises	Personne publique	Partenaire privé	
1 - Phase préliminaire					
Défaillance de la conception					
Modification du projet : - rendue nécessaire par des difficultés (études de sols...) - du fait des changements					Selon l'origine de la modification (personne publique, privée, loi).
Retard dans la mise au point des projets					Selon l'origine de la difficulté
Incapacité à construire suivant le cahier des charges					
2 - Phase de développement et de construction					
Mauvaise estimation des coûts de construction - Répercutables sur les entreprises de travaux - Non répercutables					Selon surcoûts et/ou retards
Mauvaise estimation du calendrier					
Risque archéologique					
Risque géologique					
Risque météorologique					
Retard dans l'accès au site					Selon l'origine du retard
Retard dans l'obtention des autorisations administratives nécessaires au démarrage					Selon l'origine du retard
Sûreté et sécurité sur le site					
Modifications législatives et réglementaires					Selon la spécificité des normes
Défaillance technique d'un constructeur					
Défaillance d'un financeur					
Retard à la livraison					
Malfaçons rendant ou non les ouvrages impropres à leur destination					
Risque d'interface entre conception, construction et exploitation					
3 - Phase d'exploitation					
Risques de performance					
Défauts du partenaire privé ou de ses sous-traitants (non exécution ou défaut d'exécution du service) - du fait d'une carence prouvée de l'exploitant - du fait d'un défaut des ouvrages, équipements, fournitures					
Incapacité/impossibilité à atteindre les standards de qualité fixés					Selon la cause
Grève					
Défauts latents des ouvrages					
Modification des spécifications du fait de l'évolution législative					
Disponibilité de l'ouvrage					
Risques sur les coûts d'exploitation					
Mauvaise estimation des coûts de fourniture des services dus, de la maintenance, de structure, ...					
Risques de surcoûts d'exploitation du fait d'un défaut des ouvrages (de conception/de réalisation)					
Modifications législatives et réglementaires spécifiques au secteur					
Modifications législatives et réglementaires non spécifiques au secteur					
Risques de surcoûts du fait d'une moindre qualité (que prévu) des installations (réparation, remplacement, renouvellement accrus)					
Mauvaise estimation du coût de gestion des personnels					
Variation des ressources liées à l'exploitation du service					
Mauvaise estimation des revenus complémentaires					
Modification fiscale					
4 - Risques spéciaux					
Risque de déchéance et de fin anticipée de contrat					
Résiliation du fait de la personne publique					
Défaut du cocontractant privé					
Déchéance du cocontractant privé					
Défaut de la personne publique					
Risques technologiques et d'obsolescence					
Obsolescence de l'investissement					
Modification des spécifications technologiques					
Risques de valeur résiduelle					
Valeur des actifs immatériels					
Coût de démantèlement et de réaffectation					
Risques d'assurance					
Variation des primes					
Risques non couverts					
Risques financiers					
Variation des taux					
Risques de change					
Inflation					
Autres risques					
Risque environnemental					
Force majeure et autre risques non assurables					

Source : MAPPP.

Évaluation préalable – Rénovation et modernisation de l’institut national du sport et de l’éducation physique (INSEP) – partie Nord

Date de l'évaluation préalable	27 septembre 2005	Date de l'avis de la MAPPP	31 octobre 2005
Date de lancement de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC)	16 juillet 2005	Date de signature du contrat	21 décembre 2006
Pouvoir adjudicateur	Ministère de la jeunesse et des sports		

◆ Appréciation de l'évaluation préalable

L'évaluation préalable (EP) est confrontée aux dispositions économiques et financières du contrat final.

Item	Observations
Présentation du projet	
Scénarios évalués	L'évaluation préalable retient le montage en MOP et en contrat de partenariat pour effectuer la comparaison, sans que ce choix ne soit justifié explicitement.
Périmètre d'externalisation	-
Recettes annexes	-
Évaluation du calendrier et des délais	-
Évaluation des coûts	
Coût total à financer	Dans l'EP, le surcoût du montage MOP, qui s'élève à 15 % par rapport au montage en contrat de partenariat, tient exclusivement à la déductibilité de la TVA payée sur les dépenses d'investissement en PPP. Le montant total à financer effectivement porté au contrat (69,77 M€) est supérieur de 39 % au montant annoncé dans l'évaluation préalable (50,33 M€).
Coûts de conception	Dans l'évaluation préalable, les coûts de conception sont estimés forfaitairement à 15 % du coût des travaux HT pour les deux montages.
Coûts de travaux	Les coûts de construction affichés dans l'EP (49,71 M€) sont inférieurs de 28 % aux coûts effectivement facturés dans le contrat (63,43 M€).
Coûts de prestations intellectuelles et de montage	-
Coût de la maintenance/GER	-
Coûts d'assurance	-
Coûts de financement	Les prévisions de marge bancaire de l'EP sont prudentes par rapport aux conditions fixées dans le contrat, mais négligent les commissions bancaires facturées par ailleurs (commission d'arrangement et commission de non utilisation). Les frais financiers intercalaires annoncés dans l'EP (620 k€) sont inférieurs de 31 % aux frais intercalaires prévus dans le contrat (810 k€), compte non tenu des intérêts capitalisés pendant la période de construction (2 051 k€).
Montant des redevances	-
Évaluation des risques	
Analyse qualitative des risques	L'EP ne fournit aucune matrice des risques, ni recensement exhaustif des risques potentiels. Les seuls risques identifiés sont le risque de délai et de surcoût de construction et d'exploitation.

Annexe III

Item	Observations
Analyse quantitative des risques	L'EP évalue à 6 mois le risque de dépassement des délais, à 15 % le risque de dépassement des coûts de construction et d'exploitation-maintenance en montage MOP, évaluation qui n'est justifiée par aucun élément empirique et qui ne donne lieu à aucune estimation probabiliste.
Impact du risque dans l'évaluation	L'analyse des risques conduit la VAN des coûts à être plus favorable en contrat de partenariat qu'en montage MOP.
Bilan socio-économique	
Calcul économique des VAN	L'évaluation préalable présente une VAN des coûts du montage en contrat de partenariat inférieure de 7 % à celle estimée en MOP, l'écart provenant exclusivement du montant à financer et des charges financières afférentes, inférieures dans le premier cas. Ces calculs ne recourent pas à une technique de recalage des dates.
Tests de sensibilité	Aucun test de sensibilité n'est présenté.
Approche performantielle	-

◆ **Appréciation de l'avis de la MAPPP**

Dans son avis, la MAPPP conforte le recours au critère de la complexité présenté dans l'évaluation préalable.

L'avis estime justifié les délais de construction plus courts de quatre mois en ajoutant qu'« *en maîtrise d'ouvrage publique, il existe des risques de dérive dans les délais qui sont sensibles dans les projets complexes.* »

Elle déplore l'absence de différenciation des coûts de construction en MOP et en contrat de partenariat, estimant que l'existence de risques de surcoûts en MOP est bien documentée par ailleurs.

En ce qui concerne le calcul des valeurs actuelles nettes des coûts de construction, l'avis remarque l'absence de recalage des dates associé aux délais de construction supérieurs en loi MOP. L'avis déplore l'absence de test de sensibilité et effectue lui-même ces calculs.

L'avis de la MAPPP conclut favorablement à la mise en œuvre d'un contrat de partenariat.

◆ **Rapport de la MAPPP au ministre**

La MAPPP n'a pas établi de rapport formalisé au ministre.

Évaluation préalable – Rénovation du parc zoologique de Paris (zoo de Vincennes)

Date de l'évaluation préalable	Mai 2006	Date de l'avis de la MAPPP	21 juin 2006
Date de lancement de l'AAPC	21 décembre 2007	Date de signature du contrat	24 février 2010
Pouvoir adjudicateur	Muséum national d'histoire naturelle (MNHN)		

◆ Appréciation de l'évaluation préalable

L'évaluation préalable est confrontée aux dispositions économiques et financières du contrat final.

Item	Observations
Présentation du projet	
Scénarios évalués	L'évaluation préalable exclut d'entrée de jeu la délégation de service public , estimant que le service public en question est difficilement déléguable et que le résultat de l'exploitation, évalué de 4 à 5 M€ par an, ne pourrait couvrir les coûts d'investissement. Ces deux arguments sont pour le moins discutables, la gestion d'un parc zoologique ne relevant manifestement pas d'une mission régaliennne ou de puissance publique, et le revenu de l'exploitation étant potentiellement substantiel, revenu auquel il aurait été possible d'adjoindre une subvention d'investissement. En outre, une délégation de service public présente l'intérêt d'un transfert de risque plus important au partenaire privé.
Périmètre d'externalisation	-
Recettes annexes	-
Évaluation du calendrier et des délais	L'évaluation ne comporte pas de calendrier ni de délais détaillés.
Évaluation des coûts	
Coût total à financer	Le montant du coût total à financer prévu dans le contrat, soit 147,4 M€, est supérieur de 28 % au montant prévu dans l'évaluation préalable (115 M€).
Coûts de conception	Dans l'EP, une économie de 15 % de coûts de conception (soit 1,65 M€ d'économie) est imputée au montage en contrat de partenariat au motif de « <i>l'adéquation entre la conception et la réalisation</i> ». Le chiffrage proposé apparaît purement forfaitaire et n'est étayé d'aucune justification empirique. Dans le contrat, les coûts de conception s'élèvent à 22,8 M€, soit un montant plus de deux fois plus élevé (+ 143 %) que les coûts de conception affichés dans l'EP (9,35 M€).
Coûts de travaux	Une économie de 15 % sur les coûts de construction (soit 18,75 M€ d'économie) et sur les coûts de réhabilitation est associée au contrat de partenariat en raison des « <i>solutions des solutions techniques adaptées et moins onéreuses (ex rochers, serres, chauffage-climatisation...)</i> » que les candidats en contrat de partenariat sont susceptibles d'apporter. Il est indiqué plus loin que « <i>les analyses comparatives réalisées par les établissements bancaires reposent généralement (et arbitrairement) sur un gain de coût de l'ordre de 10 à 15% en faveur du PPP en raison d'une appréciation plus positive d'une maîtrise des coûts et délais.</i> » Le chiffrage proposé apparaît purement forfaitaire et n'est étayé d'aucune justification empirique.
Coûts de prestations intellectuelles et de	Dans l'EP, les coûts de montage (conseil juridiques, économiques) sont évalués à 150 k€ pour le contrat de partenariat.

Annexe III

Item	Observations
montage	Il n'est pas fait mention des coûts de société de projet (1,398 M€) et des coûts de passation des appels d'offres (1,714 M€) effectivement facturés dans le contrat.
Coût de la maintenance/GER	Une économie de 15 % sur les coûts de maintenance est créditée au montage en contrat de partenariat, sur deux motifs : absence de chevauchement de contrats ; optimisation de la conception-réalisation dans la perspective de la maintenance. Le chiffrage proposé apparaît purement forfaitaire et n'est étayé d'aucune justification empirique.
Coûts d'assurance	Les coûts d'assurance ne sont pas chiffrés.
Coûts de financement	L'EP fait l'hypothèse que l'investissement en MOP est intégralement financé par dette publique, conduisant à des coûts financiers supérieurs, hypothèse qui n'est pas justifiée. Le taux d'endettement retenu de 95 % a été porté à 90 % dans le contrat. Les frais financiers intercalaires, estimés à 6 M€ dans l'évaluation préalables, s'élèvent à 11,9 M€ dans le contrat final (+ 98 %). En outre, le taux de marge de la dette Dailly, envisagé à 0,20 % dans l'évaluation préalable, s'élève à 1,25 % dans le contrat.
Montant des redevances	Le montant des redevances n'est pas évalué.
Évaluation des risques	
Analyse qualitative des risques	-
Analyse quantitative des risques	Aucune analyse quantitative des risques n'est proposée dans l'EP.
Impact du risque dans l'évaluation	L'analyse qualitative des risques est favorable au contrat de partenariat.
Bilan socio-économique	
Calcul économique des VAN	Aucun chiffrage des valeurs actuelles nettes n'est proposé dans l'EP.
Tests de sensibilité	Aucun test de sensibilité n'est proposé dans l'EP.

◆ **Appréciation de l'avis de la MAPPP**

Dans son avis, la MAPPP conforte le recours au critère de la complexité pour justifier le recours au contrat de partenariat, ainsi que les scénarios retenus pour effectuer la comparaison. Elle déplore le caractère « *minimal* » du champ de l'externalisation envisagé, estimant que d'autres prestations, telles que l'énergie et les fluides, ainsi que les prestations animalières, auraient pu être incluses.

Elle note cependant le caractère approximatif des évaluations de recettes venant en déduction du montant de la redevance du prestataire privé.

La MAPPP note également le caractère forfaitaire de la réduction de 15 % des coûts en faveur du contrat de partenariat et regrette que cette estimation ne soit pas « *appuyée sur une référence aux expériences récentes du Muséum* ».

Elle déplore l'absence de tests de sensibilité, d'analyse quantitative d'impact des risques, ainsi que d'estimation des montants de loyers.

De manière surprenante, l'avis de la MAPPP conclut néanmoins que « *l'analyse comparative a été menée globalement de façon précise* » et que « *la mise en évidence par l'analyse d'un avantage au profit de la solution « contrat de partenariat » en terme de coût global n'est pas injustifiée* », tout en notant le caractère « *succinct* » de la justification des économies générées par le contrat de partenariat.

Annexe III

La MAPPP émet donc un avis positif en faveur du contrat de partenariat.

◆ **Rapport de la MAPPP au ministre**

Dans le rapport transmis au ministre en vue de la validation de la signature du contrat, la MAPPP rappelle les difficultés de mise en place du projet et le recours à une subvention publique de 30 M€ pour équilibrer le plan de financement.

Le rapport estime satisfaisants le calendrier du projet et le coût de financement, et acceptable le partage des risques.

La MAPPP déplore cependant :

- ◆ le niveau limité des pénalités en phase d'exploitation ;
- ◆ la difficulté de comparer le montant des loyers et de la VAN du projet final avec les chiffrages réalisés dans l'évaluation préalable, en raison des modifications de périmètre du projet intervenues dans l'intervalle ;
- ◆ l'absence d'externalisation, dans le contrat final, d'activités générant des recettes annexes ;
- ◆ le caractère peu vraisemblable des hypothèses tarifaires introduites dans les estimations de fréquentation du parc ;
- ◆ la longueur et les multiples rebondissements de la procédure, témoignant d'un calibrage financier et architectural initial inadapté.

Au final, le rapport propose au ministre de donner son accord à la signature du contrat en estimant que « *le contrat tel qu'il se présente est sans doute le meilleur compromis qu'il était possible de réaliser compte tenu des circonstances et du fait qu'un abandon total du projet n'était pas envisageable* ».

Évaluation préalable - Restructuration et extension du centre universitaire de Clignancourt

Date de l'évaluation préalable	17 janvier 2007	Date de l'avis de la MAPPP	2 mars 2005
Date de lancement de l'APPP	14 février 2008	Date de signature du contrat	24 juillet 2009
Pouvoir adjudicateur	Ministère de l'enseignement supérieur		

♦ Appréciation de l'évaluation préalable

L'évaluation préalable est confrontée aux dispositions économiques et financières du contrat final.

Item	Observations
Présentation du projet	
Scénarios évalués	Deux scénarios retenus uniquement (contrat de partenariat, MOP)
Périmètre d'externalisation	Pas de discussion du périmètre de l'externalisation proposée
Recettes annexes	-
Évaluation du calendrier et des délais	Le calendrier proposé fait apparaître des délais significativement plus importants pour le montage en MOP sans justification spécifique. Le diagramme de Gant décomposant le délai des différentes phases de la procédure est illisible.
Évaluation des coûts	
Coût total à financer	Le montant total de l'investissement prévu dans le contrat (52,88 M€) est inférieur de 3 % au montant annoncé dans l'évaluation préalable (54,50 M€). Cependant, le coût total à financer prévu dans le contrat de partenariat effectivement signé (57,8 M€) est supérieur de 31 % au montant à financer annoncé dans l'évaluation préalable en contrat de partenariat (emprunt de 44,07 M€).
Coûts de conception	Les coûts de conception du contrat sont inférieurs de 20 % aux coûts annoncés dans l'EP, les coûts de maîtrise d'œuvre ayant été surestimés de près d'1 M€ dans l'EP.
Coûts de travaux	Dans l'EP, les coûts de travaux sont supposés égaux dans les deux montages. Aucune estimation des coûts en contrat de partenariat n'est proposée.
Coûts de prestations intellectuelles et de montage	-
Coûts d'assurance	Les coûts d'assurance ne sont ni précisés ni justifiés.
Coûts de financement	-
Évaluation des risques	
Analyse qualitative des risques	Pas d'analyse du risque de procédure (autorisations administratives) Pas d'analyse du risque de financement
Analyse quantitative des risques	Aucune des lois de probabilité utilisées pour procéder à la quantification des risques n'est justifiée par des références empiriques précises.
Impact du risque dans l'évaluation	L'analyse quantitative du risque est très nettement défavorable à la loi MOP, dans des proportions surprenantes : le surcoût en risque s'élève à 128 % du montant de l'investissement initial en loi MOP, contre 24 % pour le montage PPP. L'analyse des risques permet ainsi de rendre plus avantageux le montage en contrat de partenariat (moins coûteux de 17 %), qui est pourtant plus

Annexe III

Item	Observations
	coûteux hors risque.
Bilan socio-économique	
Calcul économique des VAN	Le calcul des VAN n'est pas explicité.

◆ **Appréciation de l'avis de la MAPPP**

L'avis de la MAPPP est favorable à l'évaluation préalable rendue.

Le chiffrage du projet présente, avant prise en compte des risques, un surcoût de 16 % du montage en contrat de partenariat (85,5 M€ en coûts nets actualisés) par rapport au schéma MOP (77,3 M€ en coûts nets actualisés). Ce n'est qu'après application des risques que le projet en contrat de partenariat devient plus avantageux que le projet en MOP, le coût du contrat de partenariat étant de 17 % moins élevé à celui du montage en MOP.

Dans son avis, la MAPPP indique ainsi que « *le transfert de risques est l'élément majeur de différenciation des scénarios au profit du contrat de partenariat.* »

Or, l'avis met en évidence plusieurs défaillances de l'évaluation préalable en matière d'évaluation des risques : elle indique ainsi que « *la valorisation de certains risques paraît très largement dimensionnée* » ; « *il en va ainsi des coûts liés à des appels d'offre infructueux dans le schéma MOP et du surcoût lié à un mode de réalisation du type « entreprise générale » en CP, chiffrés à 10 % du coût d'investissement TDC soit plus de 5 M€ dans les deux cas.* » Plus loin, l'avis estime que « *la prise en compte des risques n'est pas toujours parfaitement étayée et leur impact sur la comparaison des schémas mériterait d'être plus détaillé* ».

Cependant, en conclusion, la MAPPP estime que « *le résultat global [de l'évaluation, favorable au contrat de partenariat] n'est pas susceptible d'être remis en cause* ». Cette conclusion est soutenue par une assertion qui n'est pas justifiée dans le cadre de l'avis : « *la réduction considérable des aléas pour la personne publique est consubstantielle au transfert de risques propre au contrat de partenariat* ».

◆ **Rapport de la MAPPP au ministre**

Le rapport de la MAPPP au ministre confirme l'avis favorable émis au cours de l'évaluation préalable.

Il fait état de plusieurs améliorations obtenues en cours de procédure, notamment sur les délais, les conditions de financement, de loyers et de VAN. La mission n'a cependant pas été en mesure de vérifier ces améliorations en l'absence de pièces justificatives.

Le rapport mentionne en outre que le coût total de l'investissement prévu par le contrat est inférieur à celui de l'évaluation préalable : « *le montant total à financer est fixé à 48,823 M€ HT (valeur 04/2009, avant déduction des 12 M€ CPER) ou encore de 62,86 M€ TTC en € courants valeur date de réalisation 2009-2013. Celui-ci a donc été ramené à une valeur inférieure à l'évaluation préalable (65,77 M€ TTC selon les hypothèses d'inflation retenues).* »

Ces éléments quantitatifs ne concordent pas avec ceux présents dans les documents remis à la mission :

- ◆ le coût total d'investissement du montage contrat de partenariat présenté dans l'évaluation préalable s'élève à 54,5 M€ TTC (page 38) ;
- ◆ le montant total à financer présenté dans l'annexe financière du contrat de partenariat s'élève à 57,87 M€ TTC.

Évaluation préalable - Réalisation d'une chaufferie centrale - Centre hospitalier de Périgueux

Date de l'évaluation préalable	15 janvier 2008	Date de l'avis de la MAPPP	11 juin 2008
Date de lancement de l'AAPC	26 juillet 2008	Date de signature du contrat	29 décembre 2009
Pouvoir adjudicateur	Centre hospitalier de Périgueux		

◆ Appréciation de l'évaluation préalable

L'évaluation préalable est confrontée aux dispositions économiques et financières du contrat final.

Item	Observations
Présentation du projet	
Scénarios évalués	-
Périmètre d'externalisation	-
Recettes annexes	Les recettes annexes sont mentionnées mais ne font l'objet d'aucune estimation dans l'évaluation préalable.
Évaluation du calendrier et des délais	La durée envisagée pour le contrat (26 ans) apparaît excessive au regard du montant limité de l'investissement.
Évaluation des coûts	
Coût total à financer	Le montant total à financer TTC inscrit dans le contrat final (6,55 M€) est près de deux fois supérieur (+ 95 %) au montant total à financer inscrit dans le scénario le plus coûteux de l'EP (3,36 M€).
Coûts de conception	Les coûts de conception prévus dans le contrat final (0,48 M€) sont supérieurs de 61 % aux coûts prévus dans l'EP (0,30 M€).
Coûts de travaux	Dans l'évaluation préalable, les coûts de réalisation et d'équipement ont été majorés forfaitairement de 5 % dans le scénario contrat de partenariat à la demande de la MAPPP pour prendre en compte le surinvestissement potentiel du partenaire privé, hypothèse qui n'est étayée d'aucun élément empirique. Les coûts de travaux (hors équipement des chaudières) prévus dans le contrat final (1,73 M€) sont plus de trois fois supérieurs aux coûts prévus dans l'EP (0,53 M€).
Coûts de prestations intellectuelles et de montage	-
Coût de la maintenance/GER	Dans l'évaluation préalable, les coûts de GER ont été minorés forfaitairement de 5 % dans le scénario contrat de partenariat à la demande de la MAPPP pour prendre en compte la performance attendue du partenaire privé.
Coûts d'assurance	Les coûts d'assurance ne sont pas spécifiquement chiffrés dans l'évaluation préalable, alors qu'ils s'élèvent à 63 k€ dans le contrat final.
Coûts de financement	Le contrat de partenariat et ses annexes ne comportant pas de plan de financement détaillé, il n'est pas possible de contrôler la vraisemblance des hypothèses retenues dans l'EP concernant les emprunts bancaires et les fonds propres apportés par la société de projet. Cependant, les frais financiers intercalaires inscrits dans le contrat final (90 k€) sont nettement supérieurs aux frais prévus dans l'EP (20 k€).
Montant des redevances	Le montant de la redevance d'investissement prévue dans le contrat final (0,42 M€) est très supérieur au montant prévu dans l'évaluation préalable (0,23 M€).

Annexe III

Item	Observations
	Le montant de la redevance de maintenance GER prévue dans le contrat final (0,57 M€) est supérieur aux redevances de maintenance et de GER prévues dans l'évaluation préalable (respectivement 0,15 M€ et 0,08 M€).
Évaluation des risques	
Analyse qualitative des risques	-
Analyse quantitative des risques	L'analyse quantitative des risques de construction et d'exploitation fait appel à des tables de probabilité dont les sources ne sont pas précisées.
Impact du risque dans l'évaluation	-
Bilan socio-économique	
Calcul économique des VAN	Pas de tableau détaillant les VAN de chaque scénario.
Tests de sensibilité	-
Approche performantielle	L'évaluation préalable ne mentionne pas d'objectifs de performance particuliers.

◆ **Appréciation de l'avis de la MAPPP**

L'avis de la MAPPP valide le recours au critère de la complexité mis en évidence par l'évaluation préalable.

De manière surprenante, l'avis indique néanmoins « *qu'il aurait été souhaitable d'évoquer le schéma consistant à passer un marché de conception-réalisation suivi d'un marché de maintenance/exploitation, puis de l'écarter pour les mêmes raisons qui ont conduit à écarter le schéma consistant à passer un marché de conception suivi d'un marché global de construction et de maintenance/exploitation.* » Ce schéma est pourtant explicitement mentionné dans le cas de figure n°3 de l'évaluation préalable.

L'avis conclut finalement « *qu'il n'y avait pas lieu de retenir d'autres schémas dans le cadre de l'analyse comparative* ».

Tout en validant la durée du contrat de 26 ans, l'avis estime nécessaire l'introduction d'un dispositif de remise en concurrence ou de parangonnage en cours de contrat, s'agissant à titre principal d'un contrat de services.

Par ailleurs, l'avis valide l'hypothèse d'un surcoût de construction 5 % dans le cadre du montage en contrat de partenariat. Il note que « *l'évaluation préalable ne retient pas l'hypothèse d'une moindre consommation de combustible rendue possible dans le schéma « contrat de partenariat » par le surinvestissement initial de 5%, ce qui joue en défaveur du contrat de partenariat.* »

L'avis valide implicitement l'hypothèse d'économies de 5 % sur le poste d'entretien et de maintenance en contrat de partenariat, « *le partenaire privé étant en mesure de réaliser des économies résultant des gains de productivité que permet la globalisation du contrat* », sans remettre en cause cette assertion ni en rechercher de justification empirique.

L'avis déplore que l'hypothèse de recettes annexes n'ait pas donné lieu à un chiffrage précis.

L'avis estime inadapté le recours à une société de projet étant donné le montant limité de l'investissement initial, estimant qu'un montage en financement *corporate* aurait été plus économe.

Annexe III

L'avis émet finalement une conclusion favorable au montage en contrat de partenariat, sous la double réserve que le centre hospitalier concrétise le projet de générer des recettes annexes de l'exploitation de la chaufferie et qu'il se dote des moyens nécessaires au bon déroulement du dialogue compétitif et de la négociation du contrat.

◆ **Rapport de la MAPPP au ministre**

La MAPPP n'a pas établi de rapport formalisé au ministre.

Évaluation préalable - Implantation des services du ministère de la Défense sur le site Balard

Date de l'évaluation préalable	Janvier 2009	Date de l'avis de la MAPPP	Février 2009
Date de lancement de l'APPP	5 juin 2009	Date de signature du contrat	Mai 2011
Pouvoir adjudicateur	Ministère de la Défense		

◆ Appréciation de l'évaluation préalable

L'évaluation préalable est confrontée aux dispositions économiques et financières du contrat final.

Item	Observations
Présentation du projet	
Scénarios évalués	L'évaluation comparative porte uniquement sur un scénario de marché de conception de réalisation et sur un contrat de partenariat. Le scénario de réalisation en maîtrise d'ouvrage publique est écarté d'entrée de jeu. Les arguments venant à l'appui de ce choix (difficulté d'intégration des différents prestataires, complexité financière, risques pesant sur la personne publique), ne sont évoqués que succinctement sans qu'une analyse de faisabilité plus approfondie n'ait été effectuée.
Périmètre d'externalisation	-
Recettes annexes	-
Évaluation du calendrier et des délais	-
Évaluation des coûts	
Coût total à financer	Le coût total à financer du contrat final, soit 1 290 M€ TTC, est supérieur de 49 % au montant prévu dans le modèle financier joint l'EP (865 M€ TTC).
Coûts de conception	-
Coûts de travaux	Les coûts de travaux sont supposés identiques dans les deux schémas étudiés, mais une décote forfaitaire de 5 % des coûts est appliquée au montage en contrat de partenariat. Cette décote (« coefficient d'optimisation ») est justifiée par divers facteurs d'optimisation potentiels : optimisation du phasage, optimisation technique, limitation des interfaces et économies d'échelle. Aucun argument factuel ne permet cependant d'en étayer la valeur quantitative.
Coûts de prestations intellectuelles et de montage	-
Coûts d'assurance	-
Coûts de financement	Les frais financiers intercalaires du contrat final (101 M€) sont supérieurs de 6 % aux frais financiers annoncés dans l'EP (95,6 M€).
Évaluation des risques	
Analyse qualitative des risques	-
Analyse quantitative des risques	Les lois de probabilité utilisées pour la quantification des risques ne sont pas justifiées. Aucune source n'est mentionnée.
Impact du risque dans l'évaluation	La VAN des coûts, supérieure de 5 % en contrat de partenariat avant prise en compte des risques, devient inférieure de 5 % au montage en MOP après application des risques.

Annexe III

Item	Observations
Bilan socio-économique	
Calcul économique des VAN	Le calcul des VAN n'est pas explicité.
Tests de sensibilité	-

◆ **Appréciation de l'avis de la MAPPP**

L'avis de la MAPPP n'effectue aucune appréciation critique des délais de procédure, de conception et de réalisation du projet.

L'avis de la MAPPP s'interrogeait sur « *la très grande diversité des prestations* » demandées par le ministère dans le cadre du contrat global : « *On peut s'interroger sur l'opportunité, pour certaines de ces prestations, de recourir à des marchés classiques séparés permettant d'optimiser le choix du prestataire.* »

L'avis estime que les coûts de construction obtenus dans le contrat sont cohérents avec ceux de l'évaluation préalable.

L'avis signale le caractère approximatif de plusieurs estimations de coûts. En ce qui concerne les coûts d'exploitation et de maintenance établis dans l'étude : « *le chiffrage des dépenses de maintenance et d'exploitation a été réalisé sur l'ensemble du périmètre du site, sans que des calculs alternatifs soient réalisés en fonction de la non-levée de l'une ou des deux options* » ; « *pour les coûts d'exploitation, les ratios unitaires au m2 retenus sont appliqués de façon indifférenciée aux bâtiments neufs, réhabilités ou conservés en l'état ; les ratios unitaires au « poste de travail » le sont sur l'hypothèse d'un effectif de 10 000 agents.* »

En ce qui concerne les coûts d'exploitation, l'avis note que certains indices d'actualisation retenus, notamment l'indice BT 01 et BT 05, sont manifestement sous-estimés.

En ce qui concerne les coûts de construction, l'avis note qu'« *un écart important en faveur du schéma CP concernant le coût de la maîtrise d'ouvrage, avant même prise en compte de la différence principale entre les deux schémas qui porte sur l'inclusion d'un « coefficient d'optimisation » de 5 % en faveur du schéma CP. Celle-ci est argumentée pour l'essentiel par les gains d'interface et les opportunités d'optimisation (phasage, adaptation technique) offerts par le transfert de maîtrise d'ouvrage au partenaire privé.* » L'avis ne questionne ni ne sollicite de justification en faveur de cette argumentation.

En ce qui concerne le plan de financement, l'avis se borne à constater le caractère incertain de l'exercice de prévision financière.

L'avis note le caractère détaillé de l'analyse des risques proposée et d'un « *niveau de complexité satisfaisant* » mais regrette qu'aucune analyse de corrélation des risques n'ait été proposée, ni d'évaluation du risque de taux et du risque de variation d'indice d'actualisation BT01.

En ce qui concerne les recettes annexes, notamment issues de l'exploitation de la « *corne Ouest* » du site de Balard, l'avis s'interroge sur « *le fait que le schéma retenu n'ait pas d'influence sur les résultats de cette valorisation.* »

En conclusion, l'avis note que « *c'est l'application d'un « coefficient d'optimisation » propre au schéma CP (dont le niveau aurait pu être mieux étayé) et surtout la valorisation des risques qui font basculer la comparaison en faveur de ce schéma* », mais estime satisfaisant la méthode retenue pour étayer ce résultat. Il conclut favorablement au choix du contrat de partenariat.

◆ **Rapport de la MAPPP au ministre**

Annexe III

Le rapport de la MAPPP au ministre note les surcoûts apparaissant entre l'évaluation préalable et le contrat final, notamment un coût de construction plus élevé de 3 % et un coût total d'investissement en euros constant hors taxe supérieur de 14 % dans l'offre remise par Bouygues le 1^{er} décembre 2010. Le rapport constate que le montant à financer du contrat s'élève à 1 015 M€, contre « 897 M€ dans le modèle de l'évaluation préalable pour la phase préfinancée par le partenaire privé et à 139 M€ pour la deuxième phase ».

Cet écart est imputé aux coûts des systèmes d'information et de communication (SIC) et de mobilier (+ 157 %). Le rapport indique que « l'évaluation préalable sur ces postes a clairement été insuffisante. »

Ces montants, tirés d'un modèle financier, ne correspondent pas aux données utilisées dans l'avis transmis par la MAPPP sur l'évaluation préalable, qui intégraient les tableaux fournis par le ministère, indiquant des montants à financer de 521,8 M€ pour le périmètre de base, 111,9 M€ pour l'option n°1, 96,8 M€ pour l'option 2, soit un total de 730,5 M€.

En outre, le montant de 1 015 M€ évoqué constitue le total des emplois d'investissement, hors frais financiers intercalaires. Le montant à financer, indiqué dans le formulaire financier de l'annexe 30-1, s'élève en réalité 1 297 M€ TTC, soit un montant nettement plus élevé que celui indiqué dans l'évaluation préalable.

En ce qui concerne le plan de financement, le rapport note à juste titre « des niveaux de marge de crédit et de commissions bancaires dans l'offre de l'attributaire pressenti très supérieurs à ceux de l'évaluation préalable, qui reprenait des niveaux d'avant crise », ainsi que la réduction de la maturité des prêts bancaires.

En ce qui concerne les charges d'exploitation, le rapport constate un surcoût de 32 % par rapport à l'évaluation préalable, qualifié de « très important ».

Le rapport estime que « les hypothèses de l'évaluation préalable étaient trop agressives. La qualité HQE des bâtiments et le caractère global du CP ont justifié, aux yeux des experts, une diminution des coûts d'exploitation technique de 33% dans l'EP, pourcentage peu compatible avec le faible surcoût HQE (+ 8%) intégré dans les coûts d'investissement. L'impact a été notamment surestimé sur les redevances GER et maintenance. » En outre, « des prestations supplémentaires comme la prestation d'hébergement, l'entretien des espaces verts ou le traitement et l'évacuation des déchets, ont en outre été introduites en cours de procédure. »

Enfin, le rapport constate une VAN des coûts de projet supérieure par rapport à l'évaluation préalable, surcoût qui est qualifié de « normal » du fait d'un taux d'actualisation plus faible, de travaux exécutés plus rapidement et de redevances plus coûteuses, mais qui « interpelle ».

En conclusion, le rapport recommande au ministre l'approbation de la signature du contrat et estime que l'évaluation préalable, satisfaisante en ce qui concerne les coûts de construction, « pêche toutefois par ses insuffisances en ce qui concerne le coût des investissements autres que les bâtiments ».

Il estime cependant que « les conditions de la conduite du dialogue compétitif avec trois candidats qui ont participé à tous les tours du dialogue ont permis à la concurrence de jouer à plein pour que l'État puisse obtenir le meilleur rapport qualité/prix », analyse qui n'est cependant objectivée par aucun élément dans le cadre du rapport.

Évaluation préalable – projet Tribunal de grande instance de Paris

Date de l'évaluation préalable	Janvier 2010	Date de l'avis de la MAPPP	5 février 2010
Date de lancement de l'APPP	5 juin 2010	Date de signature du contrat	15 février 2012
Pouvoir adjudicateur	Établissement public du palais de Justice de Paris (EPPJP)		

◆ Appréciation de l'évaluation préalable

L'évaluation préalable est confrontée aux dispositions économiques et financières du contrat final.

Item	Observations
Présentation du projet	
Scénarios évalués	L'exploitation en régie (marché de travaux publics et exploitation du bâtiment internalisée) est écartée d'entrée de jeu en raison de « <i>la volonté du ministère de la justice de confier ces missions à des prestataires privés</i> » et que l'exploitation en régie « <i>ne permet pas une comparaison pertinente avec le scénario PPP, car le niveau de service n'est pas le même</i> ». S'agissant d'un projet particulièrement spécifique, il aurait convenu d'envisager plus avant cette option, même si celle-ci ne constitue pas le scénario de référence retenu.
Périmètre d'externalisation	-
Recettes annexes	-
Évaluation du calendrier et des délais	-
Évaluation des coûts	
Coût total à financer	Le coût total à financer indiqué dans l'évaluation pour le montage CP, soit 564 M€, est dépassé de 12 % dans le contrat final (632 M€).
Coûts de conception	-
Coûts de travaux	Le coût des travaux indiqué dans l'évaluation pour le montage CP, soit 415 M€ en valeur 2010, est supérieur de 5 % dans le contrat final (430 M€ en valeur 2012), ce qui correspond approximativement à l'inflation sur la période.
Coûts de prestations intellectuelles et de montage	Les coûts des prestations intellectuelles, évalués dans l'évaluation à 35 M€ hors coût de MOA privé (soit 8,52 % du montant des travaux), ou 10,26 % incluant le coût de la MOA privée, sont fortement dépassés dans le contrat final, où ils s'élèvent à 71 M€ (prestations de conception : 42 M€ ; autres coûts de conception réalisation : 29 M€), soit 17 % du coût des travaux.
Coûts d'assurance	Les coûts d'assurance sont chiffrés à 1,4 % des coûts de conception et de réalisation dans l'évaluation préalable, ont été dépassés. Ils s'élèvent en effet à 28,2 M€ dans le contrat final, soit 6 % des coûts de conception de réalisation.
Coûts de financement	La marge sur dette Dailly prévue dans l'évaluation préalable est inférieure à celle constatée dans le plan de financement final.
Évaluation des risques	
Analyse qualitative des risques	L'analyse du risque de programmation présente également un biais défavorable au montage MOP. L'analyse estime qu'en montage MOP, des dérapages peuvent être observés ; en revanche, « <i>en contrat de partenariat, l'expérience de l'APIJ montre que les partenaires mettent tout en œuvre pour prendre en compte les éventuelles modifications de programme à délai</i>

Annexe III

Item	Observations
	<p><i>constant.</i> » Il est cependant probable que ces modifications se fassent à coût non constant, dès lors qu'elles sont significatives.</p> <p>L'hypothèse d'une incidence supérieure du risque de sol en montage CP par rapport au montage MOP n'est pas clairement justifiée. L'évaluation indique que « <i>le dialogue compétitif permettra d'identifier les modalités exactes de transfert de risque, afin de s'assurer notamment que la provision pour risques mise en place par les constructeurs ne soit pas trop importante, et ainsi allouer le risque à la personne la mieux à même de le supporter</i> », ce qui suggère une forte incertitude sur les surcoûts exigés par le groupement en CP pour accepter de porter ce risque. La performance accrue du groupement pour gérer ces risques repose in fine sur le fait que le groupement « <i>est fortement incité (par les mécanismes de pénalités et le monitoring mis en place par les prêteurs) à respecter les délais contractuels</i> », argument peu probant dans la mesure où il ne permet pas de supposer une meilleure capacité technique à gérer ce risque.</p>
Analyse quantitative des risques	<p>La méthode d'analyse des risques présente un biais défavorable au montage MOP. Elle est dite différentielle, c'est-à-dire qu'elle pèse uniquement sur le montage en loi MOP : « <i>dans le scénario CP, les VAN avant et après risques seront identiques sauf si un risque pèse spécifiquement sur ce scénario</i> ». En effet, « <i>des provisions pour risques sont prises par les groupements candidats et directement intégrés dans les prix du scénario CP.</i> »</p> <p>La provision pour aléas s'élève à 7 % du coût de la construction en contrat de partenariat, mais une provision pour aléa de 6 % est également comptabilisée pour le scénario MOP. Il n'apparaît pas justifié d'internaliser le risque dans le prix du contrat uniquement pour le montage en CP.</p> <p>Le risque de financement, par construction défavorable au montage en CP, n'est pas quantifié. L'analyse estime en effet que « <i>la procédure de passation, itérative, et ses critères de notation, permettent une gestion de risque de financement dans le Scénario CP en amont – à ce titre le risque de financement peut être considéré comme géré dans les cas de base présentés.</i> » L'incertitude sur les conditions financières (marge et taux de base) obtenues à la signature du contrat constitue pourtant un risque important pour la personne publique.</p> <p>Aucune des lois de probabilité utilisées pour procéder à la quantification des risques n'est justifiée par des références empiriques précises.</p>
Impact du risque dans l'évaluation	La prise en compte du risque rend plus avantageux le montage en contrat de partenariat, dont la VAN des coûts est inférieure de 14 % pour le scénario A.
Bilan socio-économique	
Calcul économique des VAN	La VAN des coûts en contrat de partenariat a été retraitée du montant de l'IS et de la TVA payée par la société de projet, alors que le montage MOP fait l'objet d'une seule déduction des coûts de TVA.

◆ **Appréciation de l'avis de la MAPPP**

L'avis de la MAPPP est favorable sous la double réserve d'un réexamen du périmètre des prestations de service externalisées dans le cadre du contrat, et d'un réexamen des écarts de coût du financement.

L'avis ne procède pourtant à aucune analyse critique détaillée des objectifs de construction, notamment du choix retenu de construire un immeuble de grande hauteur, intrinsèquement porteur de complexité, sans que les besoins de la personne publique ne le justifient impérativement, ni des différents montages envisagés.

Annexe III

L'analyse critique des coûts et du plan de financement ne soulève aucun point substantiel, à l'exception d'une appréciation réservée du coussin de financement prévu dans le remboursement de la dette Dailly du montage en contrat de partenariat.

Les analyses quantitative et qualitative des risques, pourtant discutables, ne font l'objet d'aucune remarque substantielle.

◆ **Rapport de la MAPPP au ministre**

Le rapport final de la MAPPP au ministre de l'économie indique que le montant de l'investissement prévu par le contrat final, ainsi que les loyers imputés à l'État, sont inférieurs à ceux envisagés dans l'évaluation préalable.

ANNEXE IV

Premiers éléments d'évaluation de la performance économique des PPP

SOMMAIRE

1. D'UN POINT DE VUE THEORIQUE, LE BILAN ECONOMIQUE DES PPP EST A PRIORI INDETERMINE	4
1.1. Le PPP est supposé générer des gains de temps et d'efficacité suffisants pour compenser leur surcoût.....	4
1.2. Plusieurs caractéristiques du PPP sont cependant susceptibles de renchérir le coût de l'investissement et de peser sur les délais de réalisation	5
1.3. Les contrats de partenariat n'ont pas fait encore l'objet d'évaluation <i>ex post</i> systématiques et exhaustives.....	5
2. L'EXAMEN PARTIEL DES CONDITIONS DE REALISATION DES PPP MET EN EVIDENCE UNE CERTAINE CAPACITE DE MAITRISE DU COUT ET DES DELAIS, MAIS UNE SATISFACTION RELATIVE DES DONNEURS D'ORDRE PUBLICS.....	7
2.1. Une étude externe a mis en évidence la capacité des PPP à assurer une maîtrise satisfaisante des délais et des coûts de construction.....	7
2.1.1. <i>PriceWaterhouseCoopers (PwC) a conduit une étude sur la performance des PPP en phase de construction.....</i>	7
2.1.2. <i>Selon l'étude de PwC, les délais de construction des projets de PPP sont globalement maîtrisés.....</i>	8
2.1.3. <i>Près de la moitié des PPP se traduisent par des dépassements de coûts d'investissement pour la personne publique, qui sont cependant limités et le plus souvent liés à des demandes de modification</i>	9
2.2. Si la prévisibilité des coûts et des délais de construction constitue un motif de satisfaction pour les personnes publiques, l'appréciation portée sur l'exploitation est plus mitigée	10
3. LES EVALUATIONS DISPONIBLES SUR L'EFFICIENCE DES PPP, AUJOURD'HUI PEU NOMBREUSES, NE PERMETTENT PAS DE CONCLURE SUR LEUR RAPPORT QUALITE-PRIX.....	11
3.1. Le ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie (MEDDE) a engagé une démarche d'évaluation des PPP mais n'a pu parvenir à des résultats définitifs	11
3.1.1. <i>Le MEDDE et ses établissements publics ont recouru au contrat de partenariat pour réaliser plusieurs investissements significatifs.....</i>	11
3.1.2. <i>Les évaluations conduites par le ministère ne permettent pas de conclure de manière précise sur le bilan économique des PPP</i>	12
3.1.3. <i>Les données transmises par Réseau ferré de France ne fournissent pas d'indication précise sur l'efficacité des réalisations en contrat de partenariat.....</i>	12
3.2. Les données recueillies par le ministère de la justice mettent en évidence des coûts d'investissement plus élevés, mais d'exploitation plus faibles, de leurs PPP ...	15
3.2.1. <i>Le ministère de la justice dispose aujourd'hui d'une expérience importante dans la réalisation de PPP</i>	15
3.2.2. <i>Le ministère de la Justice a engagé une démarche d'évaluation de la performance de ses PPP.....</i>	17

3.2.3.	<i>Les données du ministère témoignent de performances satisfaisantes des PPP en matière de délais de construction et de coûts d'exploitation, mais mettent en évidence des coûts de construction plus élevés.....</i>	19
3.2.4.	<i>Les coûts d'exploitation et de services des établissements pénitentiaires gérés en PPP sont inférieurs à ceux d'autres modes de gestion.....</i>	25
4.	L'INTENSITE CONCURRENTIELLE SUR LE MARCHE DES PPP RESTE INSUFFISAMMENT FORTE.....	30
4.1.	L'intensité de la concurrence dans l'attribution des marchés est limitée	30
4.2.	L'obligation de sous-traitance aux petites et moyennes entreprises est appliquée de manière hétérogène.....	36

SYNTHÈSE

1. La doctrine économique et les travaux théoriques de gestion publique identifient plusieurs avantages potentiels aux montages réalisés en partenariat public-privé (PPP) par rapport à d'autres modes de réalisation tels que la maîtrise d'ouvrage publique (MOP) ou la conception-réalisation. Il s'agit notamment des gains d'efficacité et de qualité liés à la coordination de la conception, de la réalisation et de la maintenance de l'ouvrage, et de la minimisation des risques d'interface.

Ces avantages théoriques sont cependant atténués par plusieurs handicaps potentiels par rapport à des modalités plus traditionnelles de commande publique : rigidité du programme fonctionnel sur la durée longue du contrat, moindre capacité de mise en concurrence, surcoût associé au financement bancaire du projet.

Face aux prédictions contradictoires de l'analyse théorique, une évaluation *ex post* de la performance des montages en PPP apparaît indispensable.

Cette évaluation *ex post* n'est aujourd'hui formellement prévue que pour les infrastructures de transport, en vertu des dispositions issues de la loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs (LOTI). La généralisation d'un protocole d'évaluation pourrait être envisagée pour l'ensemble des PPP en cours et être prévue dans les nouveaux contrats de partenariat signés. Cette évaluation pourrait être séquencée et intervenir à différentes phases de la vie du contrat.

2. En l'absence d'évaluations *ex post* systématiques, la mission a procédé à une revue des travaux et données existants. Ceux-ci ne fournissent que des données partielles et provisoires sur la performance des PPP, notamment de leur efficience par rapport à d'autres montages possibles.

Des travaux concordants mettent en évidence la capacité de maîtrise du coût et des délais des montages en PPP. Une étude externe conduite par PriceWaterHouseCoopers en 2011 a mis en évidence la capacité des projets en PPP à assurer une maîtrise satisfaisante des délais et des coûts de construction : 71 % des projets étudiés respecteraient les délais contractuels de réalisation. L'étude dresse un bilan plus nuancé du respect des coûts d'investissement contractuellement prévus dans les PPP du point de vue de la personne publique. Seuls 53 % des projets étudiés ont respecté le budget d'investissement initialement prévu dans le contrat, mais ces surcoûts sont liés à des demandes de modification de la personne publique dans 55 % des cas.

La prévisibilité des coûts et des délais de construction constitue un motif de satisfaction pour les personnes publiques. Une étude réalisée par la chaire d'économie des PPP (EPPP) de l'université Paris-I Panthéon-Sorbonne en 2012 a mis en lumière le haut niveau de satisfaction des personnes publiques concernant le respect des coûts, des délais et de la qualité prévus en phase de construction. Ce constat est plus mitigé en phase d'exploitation, de sorte que seules 50 % des personnes publiques interrogées jugent les contrats globalement performants ou très performants.

3. Afin d'éclairer par des données quantitatives le débat sur l'efficience relative des contrats de partenariat par rapport à d'autres modes de commande publique, la mission a rassemblé les données et travaux produits par deux ministères fortement impliqués dans la réalisation de PPP : le ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie et le ministère de la justice.

Annexe IV

Ces évaluations ne permettent pas de conclure catégoriquement sur le rapport qualité-prix des ouvrages construits en PPP.

Les premiers travaux conduits par le conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) ne fournissent pas d'indication quantitative sur les avantages du contrat de partenariat en termes de délais et de coût. Une étude conduite sur les projets ferroviaires met cependant en évidence le niveau modéré des coûts des projets de lignes à grande vitesse réalisés en PPP, mais ce résultat est observé *ex ante* et sans qu'il soit tenu compte du niveau de complexité technique très hétérogène des différents ouvrages.

Les données recueillies par le ministère de la justice mettent en évidence des coûts d'investissement plus élevés, mais d'exploitation plus faibles, des ouvrages en contrat de partenariat.

Au sein de ce ministère, l'évaluation de la performance des projets de PPP est facilitée par l'existence de données nombreuses collectées de manière rigoureuse par l'agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ) et par l'existence de différents types de montages au cours des différentes générations de programmes dans le secteur pénitentiaire.

Selon ces données, le délai global de réalisation en PPP est supérieur d'en moyenne un mois au délai constaté dans le cadre de marchés de conception-réalisation. Ces délais proviennent de délais de conception et de travaux légèrement inférieurs, d'en moyenne six mois, ce ne permet pas de compenser des délais d'élaboration du contrat supérieurs d'environ sept mois. Aucune étude ne permet aujourd'hui de comparer les délais de réalisation entre maîtrise d'ouvrage publique et PPP.

En outre, ces données font apparaître des coûts de production plus élevés en PPP par rapport aux établissements en conception-réalisation. En moyenne, les lots d'établissements pénitentiaires réalisés en contrat de partenariat sont plus coûteux de 25 % que les lots réalisés en conception-réalisation. Cet écart de coût pourrait provenir, d'une part, du surinvestissement réalisé par la personne privée pour améliorer les conditions de maintenance de l'ouvrage et, d'autre part, du transfert des risques de construction effectué dans le cadre du contrat. Ces facteurs ne sont cependant pas documentés précisément et mériteraient d'être approfondis.

En période d'exploitation, les données recueillies par l'APIJ sur les programmes pénitentiaires mettent en évidence les coûts unitaires moindres des prestations externalisées dans le cadre d'un PPP par rapport aux services en gestion déléguée ou assurés en régie. C'est notamment le cas des prestations de services bâtementaires, dont le coût annuel moyen au mètre-carré est inférieur de 10 % en contrat de partenariat par rapport au contrat en gestion déléguée. De même, le coût moyen des services à la personne est inférieur de 8 % en contrat de partenariat par rapport aux contrats de gestion déléguée. L'analyse des données de gestion de la direction de l'administration pénitentiaire (DAP) ne permettent pas d'éclairer plus finement ce constat.

4. L'efficacité des PPP repose largement sur la pression concurrentielle s'exerçant lors de la procédure d'attribution du contrat.

Or, la question de la concurrence dans les procédures d'attribution des PPP est fréquemment citée comme un sujet de préoccupation, en raison de la taille importante et de la complexité de certains contrats. Les montants d'investissement élevés et l'absence d'allotissement résultant du caractère unique du contrat pourraient en effet restreindre l'accès à la commande publique et l'intensité concurrentielle de la procédure d'attribution.

De fait, plusieurs éléments suggèrent que le niveau de concurrence sur le marché des PPP, sans être manifestement insuffisant, demeure limité :

Annexe IV

- ◆ en premier lieu, le marché français du BTP est caractérisé par nombre restreint d'acteurs de grande taille actifs sur le segment des PPP, où s'illustrent principalement les trois majors du secteur (Vinci, Eiffage et Bouygues) ;
- ◆ en second lieu, le nombre de participants aux procédures de passation des PPP demeure limité : dans le cadre d'une procédure de dialogue compétitif, le nombre de candidats s'élève à cinq en moyenne et le nombre de participants au dialogue à trois.

Plusieurs facteurs sont susceptibles de limiter la concurrence sur le segment des PPP :

- ◆ d'une part, la taille des projets de PPP est significative et n'est accessible qu'aux moyennes et grandes entreprises générales de bâtiment – le montant moyen des projets de PPP recensés par la mission à partir des informations recueillies auprès de la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) et de l'institut de la gestion déléguée (IGD) s'élevant à 65 M€ ;
- ◆ d'autre part, les délais des procédures de passation, sont particulièrement longs – en moyenne de 473 jours – générant des coûts élevés pour les candidats.

Si le caractère concurrentiel des marchés de PPP n'a été remis en question par aucune procédure administrative à ce jour, il conviendrait de le renforcer de manière préventive :

- ◆ en encadrant la durée de la procédure d'attribution du contrat de façon à empêcher les procédures dont la durée serait manifestant excessive ;
- ◆ en introduisant un niveau minimal d'indemnisation des candidats déboutés qui soit fonction de leur durée de participation à la procédure et de la taille du projet ;
- ◆ en prévoyant l'examen de la procédure de dialogue compétitif par un comité extérieur lorsque le nombre de participants deviendrait inférieur à trois à un stade quelconque de la procédure.

L'obligation de sous-traitance aux petites et moyennes entreprises (PME) imposée aux titulaires des contrats de partenariat en vertu de l'ordonnance du 17 juin 2004 est appliquée de manière hétérogène. Le taux de sous-traitance mis en évidence sur un échantillon de 89 contrats s'élève à 28 % en moyenne, avec un écart-type de 25 %. Les contrats signés par l'État, ainsi que les contrats dont le montant d'investissement est le plus élevé, sont caractérisés par des obligations de sous-traitance plus faibles.

Afin de renforcer l'effectivité de la sous-traitance en faveur des PME dans le cadre des contrats de partenariat, il pourrait être envisagé d'introduire par voie réglementaire un seuil minimal de sous-traitance, adapté en fonction du secteur concerné, des types d'ouvrage ou de services inclus dans le contrat.

Il pourrait également être envisagé d'introduire dans les contrats une pénalisation systématique des titulaires en cas de non-respect de ces obligations.

Enfin, il conviendrait d'inclure le contrôle du respect des obligations de sous-traitance dans les évaluations du contrat *a posteriori*.

* *

Annexe IV

La performance des projets réalisés dans le cadre de partenariats public-privé (PPP) peut être analysée selon deux critères :

- ◆ *l'efficacité et la qualité des programmes*, c'est-à-dire leur capacité à répondre aux besoins identifiés par les donneurs d'ordre public et à répondre de manière adéquate aux exigences du service public auxquels les réalisations sont affectées ;
- ◆ *l'efficience de ces programmes*, c'est-à-dire la modération de son coût, au regard des autres montages envisageables et à niveau d'efficacité et de qualité comparables.

La doctrine économique et les travaux théoriques de gestion publique identifient plusieurs avantages potentiels aux montages réalisés en PPP par rapport à d'autres modes de commande publique tels que la maîtrise d'ouvrage publique (MOP) ou la conception-réalisation :

- ◆ *en matière d'efficacité et de qualité*, l'association, au moment de la conception du projet, du constructeur, du mainteneur et des exploitants de service doit permettre l'optimisation des caractéristiques du bâtiment afin d'en faciliter l'exploitation et la maintenance ; les réalisations en PPP sont également supposées générer de moindres délais de construction et parvenir à une meilleure maîtrise des coûts que les réalisations en MOP, du fait de la pression introduite par le paiement des loyers à la livraison ;
- ◆ *en matière d'efficience*, le PPP est supposé permettre des économies d'échelle liées, d'une part, à la limitation des coûts de transaction pour la personne publique découlant du caractère global du contrat et, d'autre part, à la réduction des coûts de maintenance de l'ouvrage résultant de l'incitation pour le partenaire privé à réaliser une construction de meilleure qualité.

Ces avantages théoriques sont cependant atténués par plusieurs handicaps potentiels :

- ◆ *en matière d'efficacité et de qualité*, la durée élevée des contrats de PPP peut impliquer une rigidification de l'offre de services ou à tout le moins, une moindre capacité d'adaptation ;
- ◆ *en matière d'efficience*, la disparition de l'allotissement en faveur d'un contrat unique d'un niveau de complexité supérieur peut conduire à une augmentation des coûts de structuration du montage et à une réduction de la concurrence, venant peser sur les marges appliquées par les prestataires.

Face aux prédictions contradictoires de l'analyse théorique, une évaluation *ex post* de la performance des montages en PPP apparaît indispensable, et ce d'autant que le nombre de projets de PPP lancés par l'État est aujourd'hui significatif (cf. annexe I)

Cette évaluation est cependant rendue délicate par le faible recul historique sur l'exécution et l'exploitation des projets. En effet, les premiers contrats ont été attribués en 2004, pour les AOT-LOA, et en 2005, pour les contrats de partenariat. Une fois déduits les délais de construction, la période d'exploitation des premiers montages réalisés s'élève au plus à quelques années.

L'évaluation *ex post* est également rendue complexe par la dispersion de l'information concernant l'exécution des contrats. Si les règles encadrant l'élaboration de ces contrats globaux assurent une certaine centralisation de l'information au stade de l'évaluation préalable et de la signature du contrat, aucun dispositif ne prévoit l'agrégation de données de gestion en phase de construction ou d'exploitation des ouvrages. Ces données sont collectées par les ministères et opérateurs gestionnaires en fonction de leurs besoins et, notamment, aux fins de l'évaluation préalable de nouveaux projets.

La présente annexe vise à établir une première évaluation globale de la performance des PPP à partir des informations recueillies auprès des différents ministères et opérateurs gestionnaires. En raison du caractère épars, peu harmonisé et non audité des données disponibles, la mission a privilégié une approche par faisceau d'indices en présentant de manière successive et non consolidée des résultats disponibles dans les différents ministères et opérateurs dans lesquels il a été possible de recueillir de l'information dans les délais impartis.

Pour chaque ministère ou opérateur, sont présentés :

- ◆ les projets conduits sous forme de PPP ;
- ◆ le dispositif d'évaluation de la performance mis en place ;
- ◆ les résultats obtenus en matière de construction et d'exploitation des ouvrages.

1. D'un point de vue théorique, le bilan économique des PPP est *a priori* indéterminé

L'analyse économique du contrat de partenariat est fréquemment caricaturale. Les partisans du contrat de partenariat mettent en avant les gains d'efficacité prétendus de l'externalisation intégrale de la conception et de la réalisation du projet, et de l'alignement des intérêts des parties prenantes. Ses opposants pointent le surcoût associé au financement privé de l'investissement, au coût des montages et à la pression concurrentielle limitée liée à la taille des contrats.

En réalité, d'un point de vue théorique et en l'absence de données empiriques suffisamment complètes, le bilan socio-économique des PPP est indéterminé. La mission a en effet constaté :

- ◆ qu'il n'est pas possible d'établir *ex ante* avec certitude l'existence d'un avantage compétitif socio-économique, les données fournies par les évaluations préalables ne présentant pas un degré de fiabilité suffisant, tant dans le chiffrage des coûts que dans l'estimation quantitative des risques (*cf.* Annexe III) ;
- ◆ que les conditions de financement des PPP évoluent de manière erratique depuis 2008, ces évolutions pouvant modifier substantiellement l'équilibre économique des montages (*cf.* Annexe V) ;
- ◆ que le recours aux PPP est essentiellement dicté par des considérations budgétaires, ces dispositifs permettant d'étaler sur longue période le montant de l'investissement (*cf.* Annexe I).

La présente section récapitule les avantages et inconvénients potentiels des PPP par rapport à d'autres types de montages, notamment la maîtrise d'ouvrage publique.

1.1. Le PPP est supposé générer des gains de temps et d'efficience suffisants pour compenser leur surcoût

Par rapport à d'autres types de montage, les PPP présenteraient plusieurs avantages pouvant concourir à la réduction des coûts d'investissement et d'exploitation des ouvrages, ainsi qu'à la maîtrise des délais de réalisation. Il s'agirait principalement :

- ◆ de l'association, dans un même contrat, des missions de conception, de réalisation et d'exploitation d'un ouvrage, qui serait susceptible d'améliorer la coordination de celles-ci et d'optimiser la conception en fonction des contraintes associées à la construction et à l'exploitation ;

Annexe IV

- ◆ de l'optimisation du partage des risques entre la personne publique et le partenaire privé, devant permettre une réduction des coûts et une amélioration de la qualité ;
- ◆ du caractère contractuel des prix de conception et de réalisation, qui limiterait fortement les risques de dérapage des coûts de construction pour la personne publique ;

Par ailleurs, les PPP étant évalués en coûts complets, ils rendraient, pour l'acheteur public, les coûts des investissements *a priori* plus transparents. En effet, les loyers d'un PPP couvrent le coût de l'investissement, mais aussi son entretien et sa maintenance sur toute la durée du contrat, tandis que ces coûts sont généralement cachés ou non budgétés en maîtrise d'ouvrage public, ce qui peut le cas échéant conduire à une impasse budgétaire ou à un défaut d'entretien de l'infrastructure.

1.2. Plusieurs caractéristiques du PPP sont cependant susceptibles de renchérir le coût de l'investissement et de peser sur les délais de réalisation

En sens contraire, plusieurs facteurs pourraient conduire à renchérir le coût des ouvrages construits en PPP :

- ◆ le financement de l'ouvrage par un crédit bancaire impliquerait des charges financières d'autant plus élevées que la durée du crédit serait importante. En tout état de cause, ce surcoût serait important par rapport à un financement de l'investissement par émission obligataire publique, notamment pour ce qui concerne l'État ;
- ◆ le caractère global du contrat limiterait le nombre d'entreprises susceptibles de candidater et, à ce titre, la pression concurrentielle s'exerçant lors de la procédure d'attribution ;
- ◆ la durée du contrat en exploitation, pouvant limiter l'accès de la personne publique aux gains de productivité et aux évolutions technologiques sur certaines prestations de service ou d'entretien-maintenance.

La procédure d'élaboration du PPP peut conduire à allonger les délais de conception. La procédure de dialogue compétitif généralement retenue pour l'attribution du contrat engendre des délais substantiels liés aux phases successives d'échange entre les participants au dialogue et la personne publique, en vue de définir les besoins de la personne publique et d'élaborer les offres des candidats.

1.3. Les contrats de partenariat n'ont pas fait encore l'objet d'évaluation *ex post* systématiques et exhaustives

Seule une évaluation rigoureuse des contrats de partenariat, réalisée au terme du contrat ou à tout le moins, de la construction de l'ouvrage, permettrait d'établir l'impact du contrat de partenariat en termes de coût et de délai. Le bilan *ex ante* du contrat de partenariat présente en effet un caractère trop incertain. Or, si cette évaluation *ex ante* du projet fait l'objet d'une procédure spécifique, aucun dispositif n'a été envisagé pour assurer l'évaluation des contrats en cours et en fin d'exécution.

Aujourd'hui, seules les infrastructures de transport sont soumises à une obligation d'évaluation a posteriori (cf. Encadré 1), dans un délai cependant non concordant avec la durée du contrat de partenariat. La loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs (LOTI), codifiée à l'article L. 1511-6 du code des transports, a en effet prévu la réalisation d'un « *bilan des résultats économiques et sociaux* » pour les grands projets d'infrastructure et les grands choix technologiques de transport, « *établi au plus tard cinq ans après leur mise en service* ». Cette évaluation doit être rendue publique. Son contenu est précisé par voie réglementaire. En raison du caractère récent du dispositif, aucun contrat de partenariat n'a cependant été évalué dans ce cadre à la date de la mission.

Encadré 1 : Le dispositif d'évaluation prévu par la loi d'orientation des transports intérieurs (LOTI)

Le décret n°84-617 du 17 juillet 1984 définit les modalités d'application de l'obligation d'évaluation des grands projets d'infrastructure de transport prévue à l'article 14 de la loi 82-1153 du 30 décembre 1982, codifié à l'article L. 1511-6 du code des transports.

▪ **Champ de l'obligation**

D'après le décret n°84-617 du 17 juillet 1984, sont considérées comme grandes infrastructures de transport :

1. la création de voies rapides à 2 x 2 voies d'une longueur supérieure à 25 km, d'aérodromes de catégorie A, d'infrastructures ferroviaires d'intérêt général, de voies navigables de plus de 5 km accessibles aux bateaux de plus de 1000 tonnes de port en lourd ;
2. les canalisations d'intérêt général, autres que celles qui sont destinées aux transports de gaz régis par la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, dont le coût est égal ou supérieur à 41 923 479,74 € ; toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas aux ouvrages utilisés pour les besoins de la défense nationale ou en application de traités ou accords internationaux en matière de défense, régulièrement entrés en vigueur ;
3. les projets d'infrastructures de transport dont le coût est égal ou supérieur à 83 084 714,39 €.

▪ **Contenu de l'évaluation**

Le décret prévoit que l'évaluation contient :

- 1° une analyse des conditions et des coûts de construction, d'entretien, d'exploitation et de renouvellement de l'infrastructure projetée ;
- 2° une analyse des conditions de financement et, chaque fois que cela est possible, une estimation du taux de rentabilité financière ;
- 3° les motifs pour lesquels, parmi les partis envisagés par le maître d'ouvrage, le projet présenté a été retenu ;
- 4° une analyse des incidences de ce choix sur les équipements de transport existants ou en cours de réalisation, ainsi que sur leurs conditions d'exploitation, et un exposé sur sa compatibilité avec les schémas directeurs d'infrastructures applicables ;
- 5° le cas échéant, l'avis des autorités ayant adopté un grand schéma directeur d'infrastructures concerné par le projet.

▪ **Réalisation de l'évaluation**

Le décret prévoit que la personne qui assure la part la plus importante dans le financement du projet procède à l'évaluation et en supporte le coût.

Source : Loi citée.

Proposition n° 1 : Introduire une obligation d'évaluation des contrats de partenariat à divers stades de l'exécution du contrat selon une méthodologie commune permettant d'en auditer le contenu final

Un protocole d'évaluation pourrait être élaboré pour l'ensemble des contrats en cours et prévu dans les nouveaux contrats de partenariat signés. Ce protocole, dont la conception pourrait être confiée à la MAPPP, pourrait prévoir une évaluation séquencée au long de la réalisation du projet, comprenant :

- ◆ l'évaluation du projet dès la fin de la phase de construction, portant sur la qualité des ouvrages construits et leur conformité au programme fonctionnel prévu dans le contrat, sur les coûts et délais définitifs de l'ouvrage construit et du plan de financement retenu ; cette évaluation permettrait, d'une part, de valider *ex post* le choix de recourir à un contrat de partenariat et les hypothèses de coût envisagées dans l'évaluation préalable du projet et, d'autre part, de renforcer l'expertise des acheteurs publics et la fiabilité des futures évaluations préalables ;
- ◆ l'évaluation du projet en cours d'exploitation des ouvrages, par exemple à la moitié de la durée totale du contrat, portant sur la qualité et le niveau de coût des prestations de service offertes par le groupement, la mise en œuvre du dispositif de contrôle des prestations par la personne publique et d'aménagement du contrat, notamment la mise en concurrence des prestataires de service ;
- ◆ l'évaluation du projet en fin de contrat, portant sur les coûts définitifs du projet en construction et en exploitation, la qualité de l'exécution des prestations de service prévues dans le contrat, notamment de maintenance et de gros entretien, ainsi que l'évaluation de l'état de l'ouvrage en fin de contrat et de sa valeur patrimoniale.

Comme c'est le cas dans le dispositif d'évaluation prévu par la LOTI, ces évaluations seraient à la charge de la personne publique assumant la part la plus importante du financement du projet.

Comme cela est proposé par la mission pour les évaluations préalables, les évaluations *a posteriori* pourraient faire l'objet d'un audit par la MAPPP sur la base des données quantitatives transmises par le réalisateur de l'étude.

2. L'examen partiel des conditions de réalisation des PPP met en évidence une certaine capacité de maîtrise du coût et des délais, mais une satisfaction relative des donneurs d'ordre publics

2.1. Une étude externe a mis en évidence la capacité des PPP à assurer une maîtrise satisfaisante des délais et des coûts de construction

2.1.1. PriceWaterhouseCoopers (PwC) a conduit une étude sur la performance des PPP en phase de construction

Le cabinet d'audit PriceWaterHouseCoopers (PwC) a publié en 2011 une étude portant sur la maîtrise des coûts et des délais des projets réalisés en PPP. Six années après la création des contrats de partenariat, PwC souhaitait fournir une appréciation sur « *la performance intrinsèque de ce mode de réalisation* » au travers de deux études successives, l'une portant sur la maîtrise des coûts et des délais en phase de construction, l'autre, non parue à ce jour, devant porter sur la performance en exploitation.

Annexe IV

L'étude publiée en 2011¹ fixaient pour objectif de « vérifier l'hypothèse selon laquelle les PPP permettent à la personne publique d'être assurée de réaliser son projet de construction à la fois dans les délais et dans le budget convenus.

Dans cette étude, PwC a procédé à la revue d'un échantillon de 34 projets de PPP signés et recensés à la date du 1^{er} juin 2011 (cf. Tableau 1). Les projets ont été sélectionnés de manière à refléter, d'une part, la diversité des montages juridiques possibles (ainsi, 79% de l'échantillon est composé de contrats de partenariat, 9% d'AOT-LOA, 12% de BEAH) et, d'autre part, la couverture d'un champ large de secteurs d'activité (bâtiments, travaux publics, énergie et services), de catégories de pouvoirs adjudicateurs (État, établissements publics, collectivités) et de tailles de projets. Seuls les projets en phase d'exploitation ou en fin de réalisation ont été retenus dans au sein de l'échantillon.

Tableau 1 : Échantillon de projets retenu dans l'étude de PriceWaterhouseCoopers

Type de projet	Nombre de projets
Bâtiments administratifs	2
Bâtiments culturels	2
Bâtiments scolaires	5
Éclairage public	9
Équipements sportifs	2
Hôpitaux	5
Prisons	2
Télécommunications	6
Traitement des déchets	1
Total	34

Source : PwC, 2011.

2.1.2. Selon l'étude de PwC, les délais de construction des projets de PPP sont globalement maîtrisés

D'après cette étude, les projets en PPP sont caractérisés par une bonne maîtrise des délais de réalisation contractuels : 71 % des projets étudiés respectent ainsi les délais contractuels de réalisation². Si les retards observés sont extrêmement variables, pouvant aller de 15 jours à 36 mois, ceux-ci sont globalement maîtrisés, puisque 42 % des retards sont inférieurs à 3 mois (Tableau 2). En revanche, 29 % des retards seraient supérieurs à 12 mois. Les retards les plus importants constatés sur l'échantillon ne concernent que des phases spécifiques, non conduites à terme, de projets d'éclairage public, c'est-à-dire de projets d'envergure modeste. La livraison n'est intervenue de manière anticipée que dans un seul projet.

Tableau 2 : Sévérité des retards par rapport aux délais contractuels de réalisation constatés au sein de l'échantillon

Moins d'un mois	De un à trois mois	De trois à douze mois	Plus de douze mois
28 %	14 %	29 %	29 %

Source : PriceWaterhouseCoopers, Étude sur la performance des contrats de partenariat – 1^e partie, 2011.

¹ PriceWaterhouseCoopers, *Etude sur la performance des contrats de partenariat – 1^e partie*, 2011.

² Dans le cas des projets encore en construction à la date de l'étude, le respect des délais a été jugé à l'aune de l'état d'avancement du projet.

Un simple recensement des retards de réalisation globale du projet masque un nombre plus élevé de retards internes au projet, qui ont cependant pu être résorbés. 40 % des projets de l'échantillon étudié (soit 7 projets) ont connu des retards intermédiaires en phase de conception ou dans certaines étapes de la réalisation. Ces retards ont pu être surmontés par une réorganisation de la planification du projet ou l'utilisation de moyens complémentaires.

Les retards constatés seraient principalement le fait de la personne publique ou de facteurs externes au projet. Selon PwC, 20 % des projets de l'échantillon (12 projets) subiraient des retards dus à l'intervention de la personne publique donneuse d'ordre ou à des facteurs externes.

Le premier facteur de retard observé dans l'échantillon est ainsi les modifications du projet demandées par la personne publique (36 % des retards - 4 projets) ; viennent ensuite les modifications réglementaires (27 % - 3 projets), les retards dans les obtentions d'autorisation administrative (18 % - 2 projets), les conditions du sol et des sous-sols (1 projet), les recours contre les autorisations administratives, risque qui est généralement supporté par la personne privée (1 projet).

D'après PwC, le principal facteur de maîtrise des délais est la bonne gestion opérationnelle du projet. Celle-ci comprend à la fois la capacité de gestion du partenaire privé et l'implication de la personne publique dans le projet.

2.1.3. Près de la moitié des PPP se traduisent par des dépassements de coûts d'investissement pour la personne publique, qui sont cependant limités et le plus souvent liés à des demandes de modification

L'étude conduite par PwC dresse un bilan plus nuancé du respect, pour la personne publique, des coûts d'investissement contractuellement prévus dans les PPP. Seuls 53 % des projets étudiés ont respecté le budget d'investissement initialement prévu dans le contrat. À l'inverse, 47 % des projets ont engendré des surcoûts facturés à la personne publique.

Les projets de taille importante sont plus fréquemment concernés par un dérapage du budget d'investissement. Les projets dont le volume global d'investissement est supérieur à 100 M€ représentent ainsi 50 % des projets avec surcoût, mais 30 % des projets de l'échantillon retenu.

Les surcoûts observés sont cependant limités (Tableau 3) :

- ◆ si les surcoûts observés varient de 0,5 % à 10 % du montant de l'investissement initial, 91 % des projets présentent un surcoût inférieur ou égal à 3 % du montant de l'investissement initial ;
- ◆ seul un projet de l'échantillon a connu un dépassement du coût de l'investissement supérieur à 10 %.

Tableau 3 : Sévérité des surcoûts dans les projets de l'échantillon avec surcoûts

Moins de 3 %	De 3 % à 5 %	De 5 % à 10 %	Plus de 10 %
80 %	6 %	7 %	7 %

Source : PriceWaterhouseCoopers, Etude sur la performance des contrats de partenariat - 1^e partie, 2011.

D'après PwC, les principaux facteurs de surcoût sont liés aux demandes de modification émanant des personnes publiques. Ces demandes, qui incluent des demandes de modifications fonctionnelles, d'amélioration du confort ou d'aménagement, expliqueraient près de 55 % des cas de non-respect des coûts d'investissement initialement prévus. Les autres motifs de non-respect des coûts sont les risques pris par la personne publique (environ 20 %), les modifications réglementaires (15 %) puis les modifications demandées par le titulaire (env. 5 %).

Selon PwC, l'existence de lignes de crédit *standby*³ ou de comptes de réserve permet de limiter l'impact financier de ces différents aléas pour le partenaire privé. En revanche, les aléas qualifiés de causes légitimes, c'est-à-dire correspondant aux risques pris par la personne publique, sont à la charge de la personne publique.

Selon PwC, plusieurs facteurs favorisent la maîtrise des coûts du projet :

- ◆ en premier lieu, la bonne gestion opérationnelle du projet ;
- ◆ en second lieu, le caractère forfaitaire du contrat de conception-réalisation ;
- ◆ la qualité de l'estimation budgétaire initiale ;
- ◆ la définition claire des besoins et des responsabilités du contrat ;
- ◆ la qualité de la conception ;
- ◆ la bonne planification des tâches.

2.2. Si la prévisibilité des coûts et des délais de construction constitue un motif de satisfaction pour les personnes publiques, l'appréciation portée sur l'exploitation est plus mitigée

Une enquête, réalisée par la chaire EPPP de l'université Paris I en 2012⁴, a cherché à mesurer la satisfaction des personnes publiques donneuses d'ordre sur un échantillon de trente contrats de partenariat sélectionnés dans différents secteurs, en distinguant la phase de construction et la phase d'exploitation. **Elle a mis en évidence le niveau de satisfaction élevé des personnes publiques ayant conduit un projet en PPP, notamment en ce qui concerne la phase de construction.**

En ce qui concerne la phase de construction, les personnes publiques se déclarent satisfaites :

- ◆ du respect des coûts de construction dans 90 % des cas ;
- ◆ du respect des délais de réalisation dans 77 % des cas ;
- ◆ de la qualité des travaux réalisés, dans 67 % des cas.

L'appréciation portée sur la phase d'exploitation est en revanche plus mitigée. Les personnes publiques interrogées dans le cadre de l'enquête se déclarent satisfaites :

- ◆ du respect des coûts d'exploitation dans 80 % des cas ;
- ◆ du respect de la qualité prévue dans le contrat dans seulement 47 % des cas.

Au final, l'enquête met en lumière une appréciation nuancée de la performance des contrats de partenariat par les personnes publiques. Seulement 50 % des personnes publiques interrogées jugent les contrats globalement performants ou très performants ; 67 % des personnes publiques s'estiment satisfaites ou très satisfaites du rapport qualité-prix du contrat.

³ Garantie bancaire payable à première demande.

⁴ Chaire EPPP, *L'efficacité des contrats de partenariat, une première évaluation quantitative*, septembre 2012.

3. Les évaluations disponibles sur l'efficacité des PPP, aujourd'hui peu nombreuses, ne permettent pas de conclure sur leur rapport qualité-prix

3.1. Le ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie (MEDDE) a engagé une démarche d'évaluation des PPP mais n'a pu parvenir à des résultats définitifs

3.1.1. Le MEDDE et ses établissements publics ont recouru au contrat de partenariat pour réaliser plusieurs investissements significatifs

Le ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie (MEDDE) dispose d'un budget d'investissement significatif. Les crédits d'investissement de la mission Écologie, développement et aménagement durables se sont élevés à 229 M€ (crédits de paiement) en loi de finances initiale pour 2012, auxquels viennent s'ajouter les dépenses d'investissement de :

- ◆ Réseau Ferré de France, qui devaient s'élever à 5 815 M€ en 2012 ;
- ◆ l'agence de financement des infrastructures de transports de France (AFITF), qui s'élèvent à 1 123 M€ en 2012 (PLF 2012) ;
- ◆ Voies navigables de France (VNF), qui s'élève à 59,6 M€ au PLF 2012.

Par comparaison, le budget d'investissement de la mission justice s'élève à 510 M€ et de la mission sécurité à 297 M€.

Le contrat de partenariat s'est ajouté aux dispositifs juridiques utilisés par le ministère du développement durable pour réaliser ses projets d'investissement. Dans les années récentes, le ministère et ses établissements publics, notamment Réseau ferré de France (RFF), ont eu recours dans des proportions comparables à la maîtrise d'ouvrage publique (ligne à grande vitesse -LGV- Est 1^e phase et 2^e phase, LGV Rhin-Rhône), aux concessions (autoroutes A65, A63, A355, LGV Sud Europe Atlantique, ligne ferroviaire Perpignan-Figueras), et au contrat de partenariat.

Les principaux projets conduits en contrat de partenariat au sein du MEDDE et de ses établissements publics sont :

- ◆ le système de communication ferroviaire GSM-R ;
- ◆ la rénovation des centres d'entretien et d'intervention routiers (CEIR) ;
- ◆ la ligne à grande vitesse Bretagne Pays de Loire ;
- ◆ le contournement ferroviaire de Nîmes-Montpellier ;
- ◆ l'autoroute périphérique de Marseille ;
- ◆ le programme de renouvellement de barrages de Voies navigables de France (VNF).

Le contrat de partenariat a permis au ministère d'accroître sa capacité d'investissement en contournant les contraintes budgétaires, tout en conduisant des projets complexes – par exemple le système de communication GSM-R – et dans des délais resserrés – par exemple, pour la rénovation des CEIR. Le recours au contrat de partenariat a parfois fait suite à des projets engagés en maîtrise d'ouvrage public et restés inachevés ou ayant engendré d'importants dépassements de délai et de coût – c'est notamment le cas du contournement autoroutier de Marseille.

3.1.2. Les évaluations conduites par le ministère ne permettent pas de conclure de manière précise sur le bilan économique des PPP

Le conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) a engagé en 2012 un travail d'évaluation comparative des PPP conduits au sein du ministère. Faisant suite à une étude conduite en 2011 sur l'organisation interne du ministère en matière de PPP⁵, le CGEDD a cherché à analyser de manière comparée les dispositions de réalisation des infrastructures de transport, notamment en contrat de partenariat. Un rapport d'étape⁶ a été diffusé en juillet 2012 et le rapport définitif devrait être achevé à la fin de l'année 2012.

Ces premiers travaux ne fournissent pas d'indication quantitative et ne permettent pas de conclure de manière définitive sur les avantages du contrat de partenariat en termes de délais et de coût :

- ◆ en termes de coût, le CGEDD constate que « la difficulté est de mesurer concrètement l'écart entre les deux dispositifs [maîtrise d'ouvrage publique et contrat de partenariat] pour un projet donné » ; « compte tenu de l'importance de la partie entretien/maintenance, une comparaison pertinente ne peut être faite qu'a posteriori, une fois constatés les compléments et les « dérapages » survenus au cours de l'exécution du contrat » ;
- ◆ en termes de concurrence, le CGEDD estime qu' « aucun élément » ne permet d'attester l'impact négatif du recours au contrat de partenariat sur le niveau de concurrence existant.

3.1.3. Les données transmises par Réseau ferré de France ne fournissent pas d'indication précise sur l'efficacité des réalisations en contrat de partenariat

Une étude conduite sur les projets ferroviaires met en évidence le niveau modéré des coûts kilométriques des projets de lignes à grande vitesse réalisés en PPP *ex ante* (cf. Tableau 4). Une analyse des projets de lignes à grande vitesse (LGV) a été réalisée en 2010 par deux membres du CGEDD à partir des données des évaluations effectuées dans le cadre des obligations imposées par la loi LOTI⁷. D'après les données exploitées par les auteurs, le coût kilométrique moyen des opérations déjà réalisées en loi MOP s'élève à 11,30 M€.

Tableau 4 : Coût kilométrique des opérations de ligne à grande vitesse réalisées

Intitulé		Date de mise en service	Coût de construction réel (M€ 2003)	Longueur en km	Coût au km (M€ 2003)
Infrastructures réalisées					
LN2	Atlantique	1989	2 630	285	9,2
LN3	Nord	1993	3 334	350	9,5
LN4	Rhône-Alpes	1994	1 397	102	13,7
LN5	Méditerranée	1994	1 261	106	11,9

⁵ J.-Ph. Duranthon, B. Weymuller, L. Winter, *L'organisation du ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement pour les partenariats public-privé*, CGEDD, rapport n°7604-33, août 2011.

⁶ M. Bellier, J.-Ph. Duranthon, B. Weymuller, L. Winter, *Analyse comparée des dispositifs de réalisation des infrastructures de transport – rapport d'étape*, CGEDD, rapport n°8170-01, juillet 2012.

⁷ J. N. Chapulut, J.-P. Taroux, *Trente ans de LGV, Comparaison des prévisions et des réalisations*, Transports, n°462, juillet-août 2010.

Annexe IV

Intitulé		Date de mise en service	Coût de construction réel (M€ 2003)	Longueur en km	Coût au km (M€ 2003)
LGV Est	1e phase	2001	4 362	250	17,4
LGV Rhin-Rhône	1e phase	2007	3 797	299	12,7

Source : J. N. Chapulut, J.-P. Taroux, « Trente ans de LGV, Comparaison des prévisions et des réalisations », Transports, n°462, juillet-août 2010. Le coût de construction inclut les installations terminales et les installations connexes.

Ces indicateurs peuvent être rapprochés des coûts unitaires prévisionnels des opérations récemment achevés, en cours et à venir de RFF (cf. Tableau 5). Ceux-ci sont caractérisés par une assez forte hétérogénéité : ils varient, en euros constants (2007), de 13 M€ (projet LGV Bretagne Pays de Loire) à 25 M€ par kilomètre (projet de contournement Nîmes-Montpellier) et globalement, à un niveau plus élevé que les projets conduits dans la période précédente. Le coût kilométrique moyen des six opérations recensées s'élève à 17,24 M€ (2007).

Compte tenu des natures différentes de projet (zone urbaine, construction d'ouvrage d'art, relief etc.), aucun enseignement probant ne peut se dégager des indicateurs de coût unitaire en ce qui concerne les réalisations en contrat de partenariat. Les deux projets réalisés en contrat de partenariat sont respectivement le moins cher (LGV BPL) et le plus cher (contournement de Nîmes-Montpellier) de l'échantillon.

Au total, une évaluation plus approfondie devrait être conduite afin de parvenir à une comparaison plus robuste des coûts unitaires des projets de ligne à grande vitesse. L'indicateur du coût kilométrique est méthodologiquement peu adapté. Il néglige la complexité technique de certaines lignes, liée à la nature des terrains, aux raccordements ou aux ouvrages d'art devant être construits. En outre, comme l'a montré l'analyse citée *supra* sur les projets déjà terminés, les coûts prévisionnels des opérations peuvent différer substantiellement en fin de réalisation.

Annexe IV

Tableau 5 : Coût prévisionnel des projets de lignes à grande vitesse engagés par Réseau ferré de France

Nom du projet	Modalités de réalisation	Date de mise en service	Caractéristiques techniques de l'infrastructure	Coût d'opération du projet (M€ constants)	Coûts des opérations connexes (M€) (3)	Coût total de l'opération (M€ courants)	Coût total de l'opération (M€ 2007) (6)	Coût kilométrique (M€ 2007)
LGV Est Européenne Phase I	Maîtrise d'ouvrage publique RFF	Juin 2007	300 km de LGV ; 44 km de raccordements	3 708	442	4 150	4 150	13,83
LGV Rhin-Rhône	Maîtrise d'ouvrage publique RFF	Décembre 2011	140 km	2 400	241	2 641	2 312	16,52
LGV Est Européenne Phase II	Maîtrise d'ouvrage publique RFF	Juin 2016	106 km	2 143	157	2 300	1 713	16,16
LGV Sud Europe Atlantique (SEA)	Contrat de concession	Juillet 2017	302 km de LGV ; 40 km de raccordements	6 474 (1)	1 263 (4)	7 737	5 577	18,47
LGV Bretagne Pays-de-la-Loire (BPL)	Contrat de partenariat	Mai 2017	182 km de LGV ; 32 km de raccordements	2 753 (1)	614 (5)	3 367	2 427	13,34
LGV Contournement de Nîmes et de Montpellier (CNM)	Contrat de partenariat	Octobre 2017	60 km de LGV (2) ; 20 km de raccordements	1 530 (1)	561	2 091	1 507	25,12

Source : RFF, IGF.

Notes de lecture : (1) Coût total de construction, intégrant, outre le montant des travaux, les frais d'ingénierie, les frais de maîtrise d'ouvrage, les frais de fonctionnement de la SPV, ... (à l'exclusion de tous frais financiers intercalaires, comptes de réserve, etc.). (2) Ligne mixte LGV/fret. (3) Opérations réalisées sous maîtrise d'ouvrage de RFF sur le réseau ferré national en exploitation pour les besoins du fonctionnement et de l'exploitation des nouvelles lignes ; il s'agit des jonctions (connexions des infrastructures nouvelles au réseau existant, intégration dans les installations de gestion centralisée du réseau, amélioration de la capacité, etc.). (4) dont environ 238 M€ au titre des dépenses préliminaires (études, acquisitions foncières, etc...) ; ce montant intègre également l'opération du Bouchon ferroviaire de Bordeaux (BFB), et les travaux dits « Montparnasse Atlantique ». (5) dont 205,4 M€ au titre des dépenses préliminaires (études, acquisitions foncières, etc.). (6) L'actualisation est réalisée à partir de l'indice des coûts de la construction BT01 constaté de 2007 à 2012 et extrapolé jusqu'en 2017 à partir du taux de croissance annuel moyen constaté de 2007 à 2012.

3.2. Les données recueillies par le ministère de la justice mettent en évidence des coûts d'investissement plus élevés, mais d'exploitation plus faibles, de leurs PPP

3.2.1. Le ministère de la justice dispose aujourd'hui d'une expérience importante dans la réalisation de PPP

Le ministère de la justice constitue un des principaux donneurs d'ordre d'État en matière de PPP.

En juillet 2012, le ministère de la justice a signé quatre opérations en PPP, majoritairement dans le secteur pénitentiaire, pour un montant total de 1 118 M€ (cf. Tableau 6).

Par ailleurs, trois lots d'établissements pénitentiaires ont d'ores-et-déjà été construits sous forme de PPP :

- ◆ le « lot 1 » (établissements pénitentiaires de Roanne, Lyon, Nancy, Béziers) et le « lot 2 » (Poitiers, le Mans, le Havre) ont été réalisés sous forme d'autorisation d'occupation temporaire avec option d'achat (AOT-LOA) ; les contrats ont été signés en 2006 et les bâtiments livrés de 2008 à 2009 ;
- ◆ le « lot 3 » (Nantes, Lille, Réau) a été réalisé sous forme de contrat de partenariat, signé en 2008 ; les bâtiments ont été livrés en 2011.

Aucun palais de justice n'a été engagé à ce jour sous forme de PPP, à l'exception notable du tribunal de grande instance (TGI) de Paris. Le projet du TGI de Paris, important par son coût (459 M€ d'investissement aux prix 2008), a fait l'objet d'un contrat de partenariat signé le 15 février 2012.

Annexe IV

Tableau 6 : Projets de PPP réalisés par le ministère de la justice

Nom du projet	Pouvoir adjudicateur	Type de contrat	Date de publication AAPC	Date d'attribution	Date de signature effective	Date de signature envisagée	Montant de l'investissement (M€)
Signés							
3 établissements pénitentiaires (« lot 2 »)	AMOTMJ	AOT-LOA	05/04/2005	12/10/2006	12/10/2006	-	170,70
4 établissements pénitentiaires (« lot 1 »)	AMOTMJ	AOT-LOA	NC	23/02/2006	23/02/2006	-	267,60
Tribunal de Grande Instance de Paris	APIJ	Contrat de partenariat	05/06/2010	-	15/02/2012	-	459,20
3 établissements pénitentiaires (« lot 3 »)	APIJ	Contrat de partenariat	05/07/2006	20/02/2008	20/02/2008	-	220,50

Source : APIJ – MAPPP.

3.2.2. Le ministère de la Justice a engagé une démarche d'évaluation de la performance de ses PPP

3.2.2.1. L'APIJ a élaboré une base de données permettant de comparer différents montages contractuels

L'évaluation de la performance des projets de PPP est facilitée par l'existence de données nombreuses au sein du ministère de la Justice. L'agence publique pour l'immobilier de la Justice (APIJ), établissement public administratif assurant la conception et la gestion des grands projets immobiliers du ministère, dispose aujourd'hui d'une base de données concernant les différentes opérations lancées par le ministère.

L'évaluation de la performance des montages en PPP est également facilitée par l'existence de points de comparaison dans les différentes générations de programmes. Le ministère de la Justice a en effet conservé un certain équilibre entre les différents modes de réalisation gestion du service public :

- ◆ en ce qui concerne la construction, la mise en œuvre du programme de construction de 13 200 places prévu par la loi d'orientation et de programmation pour la Justice du 9 septembre 2002 a associé programmes en conception-réalisation classique et programmes en PPP (lots 1, 2 et 3) ; ce n'est pas le cas, en revanche, des tribunaux de grande instance, qui n'ont pas donné lieu à ce jour à des programmes en PPP à l'exception du programme du TGI de Paris ;
- ◆ en ce qui concerne l'exploitation des bâtiments, 45 établissements sur 190 sont exploités en gestion déléguée, c'est-à-dire avec externalisation des services d'entretien-maintenance du bâtiment et de certains services à la personne ; au sein du programme 13 200, 4 des 25 établissements construits sont demeurés en gestion publique.

Ainsi, plusieurs travaux internes ont tenté d'exploiter ces données en vue d'étudier la performance des PPP :

- ◆ en ce qui concerne la construction, l'APIJ a établi des tableaux de bord comparatifs des coûts de construction, dotés d'indicateurs standards de coût unitaire ;
- ◆ en ce qui concerne l'exploitation des bâtiments, l'APIJ et la DAP ont élaboré des référentiels de coût des services d'entretien, maintenance et de services à la personne ou de soutien à l'administration.

La mission a recouru aux données qui lui ont été transmises par l'APIJ et la DAP, données qui présentent cependant certaines limites méthodologiques et dont l'utilisation est sujette caution :

- ◆ l'exactitude des données et des indicateurs utilisés n'a pas été vérifiée par un organe externe, audit que la mission n'a pu effectuer dans le temps qui lui était imparti ;
- ◆ la comparabilité des différentes opérations bâtementaires conduites est limitée par l'hétérogénéité des programmes fonctionnels utilisés ; les programmes pénitentiaires successifs ont été caractérisés par des spécifications fonctionnelles évolutives et par le développement d'espaces pénitentiaires spécifiques à certains segments de la population pénale ;
- ◆ il n'existe pas, au sein du ministère, de comptabilité analytique permettant l'imputation précise et la comparaison des coûts par fonction et par établissement.

La certification des données recueillies par l'administration et l'approfondissement des constats qui en découlent supposerait des travaux d'audit complémentaires (cf. supra).

3.2.2.2. Plusieurs audits externes ont apporté un éclairage sur la performance des contrats de gestion déléguée et des PPP

En avril 2009, l'Inspection générale des finances (IGF) a établi un rapport sur l'externalisation des prestations de service pénitentiaire⁸ (cf. Encadré 2). La mission confortait la stratégie d'externalisation poursuivie par l'administration pénitentiaire mais ne se prononçait pas sur la performance des montages en PPP, ceux-ci n'étant pas parvenus au stade de l'exploitation à la date des travaux de la mission.

Encadré 2 : Rapport de l'Inspection générale des finances sur l'externalisation au sein de l'administration pénitentiaire

▪ Comparaison entre gestion publique et gestion déléguée des établissements

La mission a conforté la stratégie d'externalisation poursuivie par l'administration pénitentiaire – sauf sur le travail – mais notait que « *le manque de données fiables ne permet pas de conclure définitivement à une supériorité de la gestion déléguée* ». La mission dressait une évaluation favorable de l'externalisation des prestations de services à la personne, notamment la restauration.

Elle émettait un jugement plus réservé sur les services de maintenance bâtementaire, les audits conduits sur les bâtiments placés en gestion déléguée n'attestant pas d'une qualité de prestation supérieure, ainsi que sur l'externalisation du service de travail des détenus.

▪ Évaluation des contrats de partenariats

Aucun retour d'expérience n'avait pu être produit sur les montages en PPP, faute d'établissement en exploitation. Au vu de l'analyse des prestations en gestion déléguée, la mission préconisait cependant de revoir le partage des risques actuel, de restreindre le périmètre du contrat aux services bâtementaires, qui génère des gains, et aux seuls services à la personne hors travail et formation professionnelle, de réduire la taille des lots à un ou deux établissements au maximum, pour abaisser le risque financier pris par les entreprises moyennes.

Source : Inspection générale des finances, Les modalités de partenariat entre l'administration pénitentiaire et le secteur privé, n°2008-M-087-02, avril 2009.

En octobre 2011, la Cour des comptes a publié un rapport consacré aux partenariats public-privé pénitentiaires⁹ (cf. Encadré 3). Ce rapport, élaboré à la demande de l'Assemblée nationale en application de l'article 58-2 de la LOLF, visait à étudier la performance, le coût et l'impact budgétaire des différentes modalités de recours au secteur privé au sein de l'administration pénitentiaire. Il n'a pas procédé à une vérification détaillée des données fournies par l'administration :

- ◆ en ce qui concerne les coûts de construction, les données exploitées par la Cour des comptes sont les mêmes que celles transmises à la mission par l'APIJ ;
- ◆ en ce qui concerne le coût des services en exploitation, la Cour des comptes a analysé l'indicateur de coût de journée des détenus.

Encadré 3 : L'enquête de la Cour des comptes sur les partenariats public-privé pénitentiaires (2011)

▪ Sur l'efficacité et la qualité des programmes réalisés en PPP

A l'issue de son enquête, la Cour des comptes estimait que « *le recours au secteur privé donne des résultats satisfaisants qu'il s'agisse des constructions comme de la gestion et de l'exploitation des prisons* » et que « *l'efficacité de la solution PPP apparaît indéniable* ».

En ce qui concerne l'exploitation des établissements pénitentiaires en PPP, aucune conclusion n'était possible à la date de l'étude, l'unique montage lancé en PPP (lot 3) n'ayant pas été livré. La Cour des

⁸ Inspection générale des finances, *Les modalités de partenariat entre l'administration pénitentiaire et le secteur privé*, n°2008-M-087-02, avril 2009.

⁹ Cour des comptes, *Les partenariats public-privé pénitentiaires*, communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale, octobre 2011.

Annexe IV

comptes estimait cependant que les performances obtenues par les groupements de PPP auraient toutes les chances d'être comparables à celles des prestataires en gestion déléguée.

▪ Sur l'efficacité des programmes réalisés en PPP

En revanche, la Cour note que la difficulté de conclure sur l'efficacité de ces montages, « en raison de l'insuffisance des outils de mesure et de comparaison des coûts des gestions pénitentiaires publiques et privées. » Au regard des informations disponibles, la Cour concluait que « les constructions en marchés de conception-réalisation sont moins coûteuses que celles en PPP » ; en outre, « à périmètre comparable, que la gestion publique peut être moins onéreuse que la gestion privée. »

▪ La question de la soutenabilité budgétaire

La Cour pointait enfin le risque de soutenabilité budgétaire engendré par les contrats en matière de PPP.

Source : Cour des comptes, Les partenariats public-privé pénitentiaires, octobre 2011.

3.2.3. Les données du ministère témoignent de performances satisfaisantes des PPP en matière de délais de construction et de coûts d'exploitation, mais mettent en évidence des coûts de construction plus élevés

Afin d'évaluer la performance des montages réalisés en PPP, l'APIJ a procédé à l'évaluation de quatre programmes comparables conduits à la même période dans le cadre du « programme 13 200 places » :

- ◆ le « lot BOREMO » (Bourg-en-Bresse, Rennes, Mont-de-Marsan) réalisé en conception-réalisation ;
- ◆ le « lot 1 » réalisé en AOT-LOA (Roanne, Lyon, Nancy, Béziers) ;
- ◆ le lot 2 réalisé en AOT-LOA (Poitiers, Le Havre, Le Mans) ;
- ◆ le lot 3 réalisé en PPP (Lille, Nantes, Réau).

3.2.3.1. Les délais de réalisation des ouvrages sont inférieurs en PPP par rapport aux marchés de conception-réalisation

L'APIJ a établi des délais standards de réalisation des programmes pénitentiaires par retour d'expérience du « programme 9 200 places » (cf. Tableau 7). Selon cette analyse, les délais de réalisation des opérations seraient plus courts en PPP qu'en conception-réalisation. Les délais de passation de marché sont supérieurs de cinq mois en PPP et des délais de travaux très proches. En revanche, d'après l'APIJ, les délais de conception sont inférieurs de moitié en PPP (6 mois contre 12 mois en conception-réalisation), une partie importante des études de conception étant reportées en phase de passation de marché ; en outre, certaines formalités préalables à la construction peuvent être réalisées en temps masqué (par exemple, les demandes de permis de construire pouvant être conduites en parallèle des études de conception).

Tableau 7 : Délais standards de réalisation des opérations pénitentiaires dans le cadre du « programme 9 200 places »

	Conception-réalisation	PPP	Écart (Conception-réalisation vs. PPP)
Délais de passation de marché	12 mois	17 mois	+5 mois
Délais contractuels d'étude	12 mois	6 mois	- 6 mois
Délais contractuels de travaux	26 à 28 mois	24 à 26 mois	-2 mois
Total	50-52 mois	47-49 mois	- 3 mois

Source : APIJ.

Annexe IV

La mission a procédé à une contre-expertise des délais globaux de réalisation des programmes concernés, en distinguant deux segments définis à partir de quatre dates de référence :

- ◆ le délai d'élaboration du contrat est défini comme la durée séparant la date de publication de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC), indiquant le début de la procédure contractuelle de la date de signature du contrat ;
- ◆ le délai de conception et de réalisation de l'ouvrage est défini comme la durée séparant la date de signature du contrat ou le cas échéant, d'affermissement de la tranche conditionnelle, et la date de livraison de l'établissement.

L'analyse des délais de conception et de construction entre les différentes opérations ne fait pas apparaître d'avantage en faveur du contrat de partenariat, dont la réalisation est en moyenne, selon les chiffres établis par la mission, plus longue de 1 mois :

- ◆ **les délais globaux de réalisation** sont en moyenne plus courts d'un mois pour le « lot BOREMO » (44 mois en moyenne sur les trois programmes), contre 44 mois pour le « lot 1 » (AOT-LOA), 45 mois pour le « lot 2 » (AOT-LOA) et 46 mois pour le « lot 3 » (contrat de partenariat) ;
- ◆ **les délais d'élaboration du contrat sont plus élevés de 7 mois en moyenne pour les montages en PPP** : ils s'élèvent à 19 mois pour le « lot 1 », à 18 mois pour le « lot 2 » et à 20 mois pour le « lot 3 », contre 12 mois pour le « lot BOREMO » ;
- ◆ **les délais de conception et de travaux sont inférieurs de 6 mois en montage PPP** : ceux-ci s'élèvent à 26 mois en moyenne pour les trois lots en PPP (25 mois pour le « lot 1 », 27 mois pour le « lot 2 », 26 mois pour le « lot 3 »), contre 32 mois pour le « lot BOREMO ».

Les écarts constatés entre les délais calculés par la mission (1 mois d'écart en faveur du marché de conception-réalisation) et les délais établis par l'APIJ (3 mois d'écart en faveur du PPP) proviennent :

- ◆ d'un aléa exceptionnel en construction survenu dans la construction de la maison d'arrêt de Nantes ;
- ◆ des dates d'affermissement des tranches conditionnelles, ultérieures aux dates de signature des contrats.

Cette analyse, si elle nuance les mérites des PPP en matière de maîtrise des délais ne permet pas d'éclairer la question, plus fondamentale, de la comparaison des PPP avec la maîtrise d'ouvrage publique. Les données proposées par l'APIJ ne permettent pas de comparer les programmes construits en PPP avec des programmes antérieurs construits partiellement ou totalement en maîtrise d'ouvrage publique, ces programmes présentant des différences rendant plus difficile leur comparaison.

Cette analyse s'avèrerait cependant indispensable, afin d'éclairer la performance des PPP en matière de coût de construction de manière plus complète. Les données recueillies par l'observatoire des coûts de la construction de l'Agence nationale d'appui à la performance hospitalière (ANAP) pourraient être mobilisées dans ce cadre.

Proposition n° 2 : Conduire une étude comparative sur les délais de réalisation en maîtrise d'ouvrage publique et en PPP

Annexe IV

Tableau 8 : Délais d'élaboration du contrat et de conception-réalisation des lots d'établissements pénitentiaires construits en PPP

Libellé famille - opérations	Date publication AAPC	Date d'envoi à publication de l'AAPC	Date de signature	Date affermissement	Date de livraison	Délais d'élaboration du contrat (mois)	Délais de conception--réalisation (mois)	Délai total (mois)
Lot Boremo (conception réalisation)								
CP Mont-de-Marsan	22/07/2004	13/07/2004	13/07/2005	13/07/2005	20/09/2008	12	38	50
CP Bourg-en-Bresse	22/07/2004	13/07/2004	13/07/2005	03/04/2007	01/10/2009	12	30	42
CP Rennes	22/07/2004	13/07/2004	13/07/2005	26/06/2007	01/11/2009	12	28	40
Moyenne lot Boremo						12	32	44
Lot 1 - AOT-LOA								
CD Roanne	06/08/2004	28/07/2004	23/02/2006	23/02/2006	01/09/2008	19	30	49
MA Lyon	06/08/2004	28/07/2004	23/02/2006	27/11/2006	01/12/2008	19	24	43
CP Nancy	06/08/2004	28/07/2004	23/02/2006	22/03/2007	01/02/2009	19	22	41
CD Béziers	06/08/2004	28/07/2004	23/02/2006	21/08/2007	01/07/2009	19	22	41
Moyenne lot 1						19	25	44
Lot 2 - AOT-LOA								
CP Poitiers	05/04/2005	31/03/2005	12/10/2006	12/10/2006	12/06/2009	18	32	50
CP Le Havre	05/04/2005	31/03/2005	12/10/2006	12/11/2007	11/12/2009	18	25	43
MA Le Mans	05/04/2005	31/03/2005	12/10/2006	06/08/2007	04/09/2009	18	25	43
Moyenne lot 2						18	27	45
Lot 3 - Contrat de partenariat								
MA Nantes (+ 1 QCP de 60 places)	05/07/2006	29/06/2006	20/02/2008	20/02/2008	20/12/2011	20	46	66
CP Lille	05/07/2006	29/06/2006	20/02/2008	23/12/2008	18/02/2011	20	26	46
CD Réau	05/07/2006	29/06/2006	20/02/2008	24/04/2009	24/06/2011	20	26	46
Moyenne lot 3						20	26	46
Moyenne lots 1, 2, 3						19	26	45

Source : APIJ, mission.

3.2.3.2. Les coûts de construction des établissements pénitentiaires en PPP sont plus élevés de près de 25 % en valeur absolue et par place de détention construite

Les opérations réalisées dans le cadre du programme dit « 9 200 places », pour la plupart d'entre elles issues du « programme 13 200 places », peuvent donner lieu à une comparaison pertinente des coûts de construction entre les différentes modalités de commande publique (cf. Tableau 9). Elles associent en effet marché en conception-réalisation pour trois établissements, marchés en AOT-LOA pour six établissements et contrat de partenariat pour trois établissements. En outre, ces opérations présentent une forte similarité dans les programmes fonctionnels retenus :

- ◆ la taille des établissements du « lot BOREMO », du « lot 2 » et du « lot 3 » est proche, avec une capacité d'accueil d'environ 650 places en moyenne par établissement, et une surface totale d'environ 18 000 m² SHON ;
- ◆ chaque établissement comporte deux à trois unités de détention classique pour homme, ainsi qu'un quartier d'accueil ;
- ◆ les programmes font l'objet de spécifications harmonisées en termes de conditions de détention (cellule d'une surface moyenne de 10 m², systématiquement équipée d'un coin sanitaire cloisonné avec douche), d'équipements collectifs (cabines téléphoniques, salles d'activité, bibliothèques, gymnase et terrains de sport, salles de cours et de formation, ateliers, unité de soin), ainsi qu'en termes de sécurité et de surveillance.

Certains programmes présentent cependant des spécificités organisationnelles modifiant l'organisation des établissements :

- ◆ la surface des trois établissements du « lot 1 » est supérieure, comprise entre 30 000 et 35 000 m² SHON ; ces établissements comportent tous un quartier de détention pour femmes, à l'exception du centre de détention de Béziers, ainsi que des unités de visite familiale, à l'exception de la maison d'arrêt de Lyon ;
- ◆ les établissements du « lot 3 » sont dotés d'unités techniques spécifiques : la maison d'arrêt de Nantes et le centre pénitentiaire de Lille sont dotés d'un service médico-psychiatrique régional ; le centre de détention de Réau abrite le centre national d'observation et d'affectation ; le centre pénitentiaire de Poitiers (« lot 2 ») et celui de Rennes (« lot BOREMO ») hébergent également un service médico-psychiatrique régional.

Afin de comparer le coût des différents programmes, l'APIJ a développé plusieurs indicateurs :

- ◆ le coût final estimé (CFE), correspondant au montant à financer du projet, incluant l'ensemble des coûts associés au projet, tels que les honoraires de conception, d'assistance à maîtrise d'ouvrage, les contrôles techniques et la coordination « sécurité protection santé », les indemnités dues aux candidats, à l'exception du coût des études préalables, du prix du foncier et des frais financiers intercalaires ; cet indicateur ne peut être utilisé directement en raison des variations de taille et de structure observées entre les établissements ;
- ◆ le coût à la place, c'est-à-dire le coût final estimé rapporté au nombre de places d'accueil de l'établissement ; cet indicateur présente un biais associé à la structure de certains établissements, notamment du fait de la présence de certains quartiers spécifiques ;
- ◆ le coût au mètre-carré SHON, c'est-à-dire le coût final estimé rapporté à la surface hors œuvre nette de l'établissement.

Annexe IV

Ces indicateurs font apparaître les coûts de production plus élevés enregistrés en PPP par rapport aux établissements en conception-réalisation :

- ◆ le coût final estimé du marché de conception-réalisation (« lot BOREMO ») est inférieur en euros constants (209 M€ en euros 2008) à celui des lots 1, 2 et 3 (respectivement 319 M€, 213 M€ et 270 M€), soit -22 % par rapport au coût moyen des lots 1, 2 et 3 (256 M€) ; ainsi, en moyenne, les lots réalisés en contrat de partenariat sont plus coûteux de 25 % ;
- ◆ le coût final à la place, qui s'élève à 108 k€ en conception-réalisation, est également inférieur de 19 % au coût moyen à la place observé en moyenne pour les lots 1, 2 et 3 (134 k€) ; ceux-ci sont donc plus chers de 24 % ;
- ◆ le coût final au mètre carré SHON, qui s'élève à 2 455 € en conception-réalisation, est inférieur de 7 % au coût observé dans les trois lots en PPP, qui s'élève en moyenne à 2 642 € ; ceux-ci sont donc plus chers de 8 % en moyenne.

Selon l'APIJ, ces écarts reposent sur deux facteurs principaux :

- ◆ le surinvestissement dont bénéficieraient les établissements construits en PPP : les prestations bâtementaires installées par le constructeur seraient de meilleure qualité ou plus performantes en exploitation, afin de minimiser ses futurs coûts de maintenance et de gros entretien – réparation ;
- ◆ le montant à financer en PPP inclurait le coût des risques transférés par la personne publique vers les prestataires privés, risques donnant lieu à une facturation spécifique et incompressible.

Ces facteurs ne sont cependant pas documentés précisément et mériteraient d'être approfondis.

<u>Proposition n° 3</u> : Identifier et évaluer la pertinence des surinvestissements en phase de construction
--

Il serait ainsi judicieux d'analyser précisément les postes ayant bénéficié d'un surinvestissement significatif dans les montages en PPP par comparaison avec les ouvrages réalisés en conception-réalisation ou en maîtrise d'ouvrage publique. Cette analyse permettrait d'expliquer l'origine de ce surinvestissement, que celui-ci procède d'une différence de performance bâtementaire ou d'un provisionnement pour risque, afin de mesurer la justification de ces surcoûts et de les intégrer à d'éventuels prochains cahiers des charges d'appels d'offres.

Annexe IV

Tableau 9 : Coûts de construction final estimés des opérations réalisées par l'APIJ dans le cadre du programme « 9 200 places pour majeurs »

Opération	Nb places (a)	m ² SHON (b)	Nombre de quartiers et unités					Nature du montage	Coûts finaux estimés					
			Déten-tion hommes	Déten-tion femmes	Accueil	Unités de visite familiale	Autres		Date de livraison	M€ courants	M€ janv. 2008	M€ janv. 2011 (c)	€ 2011 par place (c/a)	€ 2011 au m ² SHON (c/b)
CP Mont-de-Marsan	690	91 361	2	-	1	-	-	Marché de conception - réalisation	sept-08	204,2	209	224	108 300	2 455
CP Bourg-en-Bresse	690		2	-	1	-	-		oct-09					
CP Rennes	690		2	-	1	-	QM SMPR		nov-09					
CD Roanne	600	131 607	2	1	-	3	-	Lot 1 PPP AOT/LOA	sept-08	296	319	343	122 900	2 605
MA Lyon	690		3	1	1	-	-		déc-08					
CP Nancy	690		3	1	1	3	-		févr-09					
CD Béziers	810		4	-	1	3	-		juil-09					
CP Poitiers	560	85 319	3	2	2	3	SMPR	Lot 2 PPP AOT/LOA	juin-09	202	213	229	138 900	2 687
CP Le Havre	690		3	-	1	-	-		déc-09					
MA Le Mans	400		3	-	1	-	-		sept-09					
MA Nantes	570	110 278	2	1	1	-	SMPR	Lot 3 PPP Contrat de partenariat	déc-11	270	270	290	141 200	2 633
CP Lille	688		4	-	1	-	SMPR		févr-11					
CD Réau	798		3	1	1	-	CNOA		juin-11					
Total	2056								243	253	272	127 825	2 595	

Source : APIJ.

Note de lecture : CP : centre pénitentiaire ; MA : maison d'arrêt ; CD : centre de détention ; SMPR : service médico-psychiatrique régional ; QM : quartier pour mineurs ; CNOA : Centre national d'observation et d'affectation.

3.2.4. Les coûts d'exploitation et de services des établissements pénitentiaires gérés en PPP sont inférieurs à ceux d'autres modes de gestion

3.2.4.1. Les indicateurs établis par l'APIJ mettent en évidence des coûts unitaires moindres des prestations externalisées dans le cadre d'un PPP par rapport aux services en gestion déléguée ou assurés en régie

L'APIJ a également procédé à la comparaison des coûts des prestations de services externalisées dans le cadre des PPP. Cette étude, qui porte également sur le « lot BOREMO » et les trois lots réalisés en PPP dans le cadre du « plan 9 200 places », ainsi que sur les programmes construits dans le cadre du « plan 4 000 places »¹⁰, met en regard non pas des prestations en régie et des prestations externalisées, mais deux types d'externalisation distinctes :

- ◆ l'externalisation par contrats de gestion déléguée spécifiques, réalisée pour le « lot BOREMO », les « lot 1 » et « lot 2 » du « plan 9 200 places », ainsi que les établissements du « plan 4 000 » ;
- ◆ l'externalisation des prestations de services intégrées au sein d'un contrat de partenariat, au sein du « lot 3 » du « plan 9 200 places ».

L'indicateur de comparaison utilisé est le coût annuel de prestation au mètre carré SHON.

D'après les données communiquées par l'APIJ, les prestations assurées en PPP sont moins coûteuses que les prestations fournies en gestion déléguée spécifique (cf. Tableau 11) :

- ◆ pour les prestations de services bâtementaires, le coût annuel moyen au mètre-carré en contrat de partenariat (« lot 3 ») est inférieur de 10 % par rapport au contrat en gestion déléguée spécifique : l'écart s'élève à 33 % pour le service de gros entretien réparations, et à 42 % pour la gestion et le service général du bâtiment ; en revanche, le coût de maintenance courante au mètre-carré est plus coûteux de 8 % en contrat de partenariat ;
- ◆ pour les services à la personne, le coût moyen en contrat de partenariat est inférieur de 8 % par rapport aux contrats de gestion déléguée ; des écarts significatifs peuvent être constatés poste par poste (-34 % pour l'accueil des familles, -45 % pour la restauration du personnel), mais l'analyse poste par poste n'est pas jugée pertinente par l'APIJ, la ventilation des coûts entre les différents postes de service à la personne pouvant reposer sur des conventions différentes entre les contrats.

3.2.4.2. L'étude des coûts de journée de détention ne fournit pas une base d'analyse robuste

L'analyse des données de gestion de la direction de l'administration pénitentiaire (DAP) ne permettent pas d'éclairer plus finement ce constat. La DAP établit aux fins du contrôle de gestion des établissements un indicateur de coût unitaire : le coût de journée de détention (cf. Encadré 4).

¹⁰ Le « programme 4 000 places » a été initié par la loi de programme du 6 janvier 1995 relative à la justice. Il a donné lieu à la construction de six établissements (Seyyes, Pontet, Sequedin, Liancourt, La Fardèle, Chauconin-Neufmontiers) de 1998 à 2004.

Annexe IV

Dans son rapport de 2009 comparant les coûts de gestion publique et de gestion déléguée¹¹, l'IGF notait que les deux modes de gestion présentaient des coûts proches (en 2008, 71,56 € par jour pour les établissements en gestion publique et 75,58 € par jour pour les établissements en gestion déléguée). Dans les établissements en gestion déléguée, les coûts plus élevés d'exploitation (titre 3) étaient compensés par des coûts salariaux inférieurs (titre 2).

Encadré 4 : Le coût de journée de détention

La direction de l'administration pénitentiaire (DAP) a établi l'indicateur du coût à la journée de détention (coût JDD) dans le cadre du contrôle de gestion des établissements pénitentiaires.

Le coût JDD rapporte au nombre de journées de détention l'ensemble des dépenses des établissements pénitentiaires ainsi que les coûts ventilables entre les différentes structures supportés par les directions interrégionales des services pénitentiaires (DISP) et l'administration centrale (AC).

Le coût JDD agrège trois postes de dépenses principaux :

- les dépenses de personnel des établissements (dépenses de titre 2 des établissements, du CAS pension) ;
- les dépenses d'exploitation des établissements (dépenses de titre 3, titre 5 et titre 6 des établissements) ;
- les dépenses pertinentes des directions interrégionales des services pénitentiaires (DISP) ;
- les dépenses de santé (cotisations ACOSS).

Source : Direction de l'administration pénitentiaire.

Le constat dressé par la mission IGF en 2009 demeure d'actualité (cf.

¹¹ Inspection générale des finances, *Les modalités de partenariat entre l'administration pénitentiaire et le secteur privé*, n°2008-M-087-02, avril 2009.

Annexe IV

Tableau 10). En 2010, le coût de la journée de détention s'élevait à 92,54 € par jour en gestion publique et à 94,27 € par jour en gestion déléguée (hors établissements construits en PPP, c'est-à-dire en AOT-LOA), soit un coût plus élevé de 1,8 %.

En revanche, ces données ne permettent pas de comparer de manière fiable le coût des prestations assurées dans le cadre de contrats de bail (AOT-LOA), dont le surcoût apparent incorpore des charges financières d'investissement. La DAP a introduit en 2010 un indicateur de coût de journée de détention pour les établissements gérés en PPP dans le cadre d'un contrat de bail (AOT-LOA).

Cet indicateur met en évidence un surcoût apparent élevé des établissements gérés en AOT-LOA : le coût de journée de détention s'élève à 144,73 € par jour en 2010, soit un coût plus élevé de 56 % par rapport au coût de journée de détention en gestion publique et plus élevé de 54 % par rapport au coût de journée de détention en gestion déléguée. Ce surcoût est dû à des charges de fonctionnement particulièrement élevées (68,82 € par journée de détention en 2010, contre 30,16 € en gestion déléguée et 14,73 € en gestion publique), qui intègrent cependant des charges financières liées au remboursement du coût de l'investissement (ce qui limite la comparaison).

Annexe IV

Tableau 10 : Coûts par journée de détention de 2008 à 2010 et par mode de gestion des établissements pénitentiaires (€ par jour de détention)

	2008		2009		2010		
	Gestion déléguée	Gestion publique	Gestion déléguée	Gestion publique	Gestion déléguée (hors AOT-LOA)	Gestion déléguée (AOT-LOA)	Gestion publique
Masse salariale	41,28	53,76	44,44	63,06	53,71	65,51	67,4
Santé	3,01	3,01	3,28	3,28	3,51	3,51	3,51
Fonctionnement	24,73	11,78	27,89	13,87	30,16	68,82	14,73
Charges DISP	-	-	6,02	6,02	6,89	6,89	6,89
Total	69,02	68,55	81,63	86,23	94,27	144,73	92,53

Source : Direction de l'administration pénitentiaire.

Annexe IV

Tableau 11 : Comparaison des coûts de services externalisés (services bâtimentaires et à la personne) dans les programmes pénitentiaires récents

Services bâtimentaires	Services externalisés en gestion déléguée (bâtiment construit en conception réalisation)		Services inclus au sein d'un contrat de partenariat		Écart contrat de partenariat - gestion déléguée
	€ HT annuel/m ² SHON - janv. 2010	Source	€ HT/m ² SHON	Source	
Gros entretien réparations	34,40*	Estimé par le cabinet COTEBA à 1,8% du coût HT des travaux (y compris aléas de l'APIJ de 6%)	22,89	Moyenne pondérée de la surface et actualisée en valeur janvier 2010 des offres financières et techniques des lots 1,2 & 3	-33%
Maintenance courante	35,53	Moyenne pondérée de la surface et actualisée en valeur janvier 2010	38,23		8%
Management et service général	19,64		11,31		-42%
Total	55,18	-	49,54		-

Services à la personne	Services externalisés en gestion déléguée (bâtiment construit en conception réalisation)		Services inclus au sein d'un contrat de partenariat		Écart contrat de partenariat - gestion déléguée
	€ HT par détenu et par an - janv. 2010	Source	€ HT par détenu et par an - janv. 2010	Source	
Travail des détenus	148,82	Moyenne pondérée du nombre de détenus et actualisée en valeur janvier 2010	204,30	Offre du lot 3 retraitée	37%
Accueil des familles	314,77		207,53		-34%
Restauration des détenus	2 067,14		2 085,90		1%
Hôtellerie	466,93		501,18		7%
Cantine	180,90		174,87		-3%
Transport	322,46		288,94		-10%
Restauration du personnel	125,71		68,87		-45%
Formation professionnelle	885,69		1 052,71		19%
Management et service général	763,45		352,61		-54%
Total	5 276		-		4 937

Source : APIJ.

4. L'intensité concurrentielle sur le marché des PPP reste insuffisamment forte

4.1. L'intensité de la concurrence dans l'attribution des marchés est limitée

La question de la concurrence dans les procédures d'attribution des PPP est fréquemment citée comme un sujet de préoccupation, en raison de la taille des contrats. Les montants d'investissement élevés et l'absence d'allotissement résultant du caractère unique du contrat, pourraient en effet restreindre l'accès à la commande publique et, de ce fait, réduire l'intensité concurrentielle.

Cette difficulté a été identifiée de manière précoce au Royaume-Uni. Dans un rapport publié en 2007¹², le *National Audit Office* (NAO) constatait que le nombre d'offres valables examinées dans le cadre des procédures de passation des *Private Finance Initiatives* (PFI) avait diminué, la part des projets attirant plus de deux offres étant passée de 85 % avant 2004 à 67 % de 2004 à 2007.

Selon le *National Audit Office*, la diminution du nombre de participants aux dialogues compétitifs n'était pas liée à la taille des projets, mais au retrait volontaire des participants associés à des durées et des coûts de procédures élevés, accrus dans les procédures de dialogue compétitif, ainsi qu'à une mauvaise coordination des procédures entre les personnes publiques, pouvant conduire à des saturations ponctuelles du marché.

Le NAO a formulé plusieurs propositions pour renforcer la concurrence dans les procédures de dialogue compétitif, notamment en veillant à une meilleure maîtrise des coûts et des délais (cf. Encadré 5).

Encadré 5 : Propositions du *National Audit Office* visant à assurer un niveau de concurrence suffisant dans les procédures de dialogue compétitif

Le NAO propose que dans le cas où le nombre de participants au dialogue compétitif serait inférieur à trois, la personne publique réexamine la conduite de la procédure, en vérifiant notamment qu'aucune défaillance dans l'organisation du dialogue n'ait conduit à un niveau anormalement faible de concurrence et que les offres des participants en présence soient suffisamment performantes pour mener la procédure à son terme.

En outre, dix huit mois après le début de la procédure, le service devrait effectuer une évaluation visant à tirer le bilan du dialogue et s'assurer que toutes les conditions sont réunies pour maintenir un niveau adéquat de concurrence.

Des mesures devraient réduire la durée et les coûts de la procédure :

- améliorer la définition des besoins en amont de la procédure ;
- s'assurer de la soutenabilité du projet et des ressources disponibles avant de lancer la procédure ;
- établir un dispositif d'alerte précoce en cours de procédure afin d'éviter les risques de dépassement de délais ;
- capitaliser sur les contrats passés antérieurement et les expériences d'autres personnes publiques afin d'adapter les procédures et les spécifications fonctionnelles.

Source : National Audit Office, Improving the PFI tendering process, mars 2007.

Plusieurs éléments suggèrent que le niveau de concurrence sur le marché des PPP, sans être manifestement insuffisant, demeure limité.

¹² National Audit Office, *Improving the PFI tendering process*, mars 2007.

Annexe IV

En premier lieu, le marché français du PPP est dominé par un nombre limité d'acteurs du secteur du BTP pour les projets de grande taille et plus ouvert pour les projets de taille moyenne ou intermédiaire (cf. Tableau 12, cf. Encadré 6). Le secteur du BTP est caractérisé par la coexistence d'un nombre élevé de très petits établissements (94 % d'entreprises de moins de dix salariés) et d'un nombre limité de très grandes entreprises, au sein desquelles seuls trois majors internationaux (Vinci, Bouygues et Eiffage, ayant chacun un chiffre d'affaires annuel consolidé de plus de 10 Md€) sont en mesure de concourir sur tout type de projet et de conduire simultanément plusieurs chantiers d'envergure nationale. Ces trois groupes sont les seuls représentés sur les PPP les plus importants conduits à ce jour.

S'y rajoutent une dizaine de groupes de taille intermédiaire (chiffre d'affaires consolidé de 0,5 Md€ à 3 Md€), qui interviennent de manière croissante sur des projets de PPP de moindre envergure.

Seul un groupe étranger a remporté un contrat de partenariat de taille importante, dans le cadre d'un projet non bâtiminaire : la société italienne Autostrade, dans le cadre du contrat portant sur la taxe poids lourd.

Tableau 12 : Groupes attributaires des dix principaux PPP réalisés en France signés avant juin 2011

Dénomination consolidée projet	Type de contrat	Constructeur	Coût de construction (HT - M€)
RFF - LGV BPL	Contrat de partenariat	Eiffage	2 971
Ministère de la défense - Bâtiment Balard	Contrat de partenariat	Bouygues	992
Ministère de l'équipement - Perception Taxe PL (TPL)	Contrat de partenariat	Autostrade	675
RFF - GSM-R	Contrat de partenariat	Vinci	608
APIJ - TGI de Paris	Contrat de partenariat	Vinci	459
Centre hospitalier Sud francilien (Corbeil-Essonnes)	BEH	Eiffage	344
Communauté Urbaine de Lille (59) - Grand Stade	Contrat de partenariat	Eiffage	282
GCS Cité Sanitaire Nazairienne - Nouvel hôpital-Cité sanitaire de Saint Nazaire	BEH	Eiffage	280
Marseille (13) - Restructuration du Stade	Contrat de partenariat	Bouygues	252
APIJ - 3 établissements pénitentiaires (lot 3)	Contrat de partenariat	Bouygues	221

Source : MAPPP, IGD. Note de lecture : le montant indiqué des coûts de construction diffère du montant d'investissement à financer, incluant les frais financiers intercalaires, présenté dans l'annexe I.

Encadré 6 : Caractéristiques du secteur du bâtiment français

Avec près de 400 000 entreprises et 1,5 million de salariés (toutes tailles d'entreprises), le BTP est un secteur atomisé, qui a représenté un chiffre d'affaires de 250 Md€ en 2009.

La profession est principalement composée de sociétés de moins de dix personnes, majoritairement indépendantes. Représentant 94% du tissu économique et plus du tiers du chiffre d'affaires sectoriel, celles-ci interviennent principalement sur des chantiers de petite taille, à une échelle locale.

Le degré de concentration de la filière du BTP est très faible : les quatre premières entreprises du secteur du bâtiment ont réalisé 1,6% du chiffre d'affaires sectoriel en 2010. Rapporté au niveau des groupes, les données font apparaître le poids des trois majors. Ces derniers réalisent environ 20% de l'activité de l'ensemble du secteur, et s'accaparent les grands chantiers d'infrastructure et d'équipements (routes, lignes ferroviaires, tours de bureaux, etc.).

Les groupes Vinci (33,4 Md€ de chiffre d'affaires consolidé), Bouygues (31,2 Md€) et Eiffage

Annexe IV

(13,3 Md€) dominant le secteur du BTP en France. Ils sont présents sur quasiment tous les grands chantiers et peuvent répondre à un grand nombre de demandes : construction, maintenance, exploitation, services multitechniques (y compris énergétiques), etc. Ils disposent de nombreuses filiales et font travailler un grand nombre de sous-traitants.

En second lieu, une dizaine de groupes peuvent être classés comme entreprises de taille intermédiaires, intervenants comme entreprises générales du bâtiment. Ces groupes sont susceptibles de répondre aux mêmes types de projets que les majors, sans pouvoir rivaliser sur les plus gros projets. Il s'agit principalement du groupe Fayat (2,7 Md€ de chiffre d'affaires consolidé), SPIE Batignolles (1,9 Md€), NGE (0,9 Md€), Demathieu & Bard (0,66 Md€), Léon Grosse (0,60 Md€), HGCC (0,46 Md€).

Source : Xerfi 700, Note de conjoncture du BTP, février 2012.

En second lieu, le nombre de participants aux procédures de passation des PPP demeure limité (cf. Tableau 13). La MAPPP a étudié un échantillon de 31 contrats de partenariat passés par différentes catégories de personnes publiques, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ou de dialogue compétitif. Le nombre de candidats et de participants est plus élevé dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, où le nombre de candidat s'élève à six en moyenne et le nombre de participants à la procédure à cinq, que dans le cadre d'une procédure de dialogue compétitif, procédure réservée aux projets complexes, où le nombre de candidats s'élève à cinq en moyenne et le nombre de participants au dialogue à trois.

Tableau 13 : Nombre de candidats et de participants à la procédure de passation de marché d'un échantillon de 31 contrats de partenariat

	Nombre de projets	Nombre de candidats	Nombre de participants à la procédure de passation de marché
Type de procédure			
Appel d'offres	6	6,5	4,0
Dialogue compétitif	25	4,9	3,3
Catégorie de collectivité			
Commune	14	5,5	3,3
Agglomération	3	4,0	3,0
Département	6	6,0	3,7
Région	3	5,0	3,7
Hôpitaux	3	4,7	3,3
État	2	4,0	3,5
Type de projet			
Bâtiment	4	6,0	4,3
Culture sport	5	3,4	3,0
Énergie	8	4,5	3,5
Équipement	9	6,6	3,1
TIC	4	5,8	3,5
Défense	1	3,0	3,0
Total général	31	5,2	3,4

Source : MAPPP.

Deux facteurs sont susceptibles de limiter la concurrence sur le segment des PPP.

Annexe IV

D'une part, les projets de PPP dont la taille est significative ne sont accessibles qu'aux moyennes et grandes entreprises générales de bâtiment (cf. Tableau 14, cf. Tableau 15). Le montant moyen des projets de PPP recensés par la mission s'élève à 78 M€ (17 M€ pour les baux emphytéotiques administratifs (BEA), 56 M€ pour les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH), 92 M€ pour les contrats de partenariat, 95 M€ pour les autorisations d'occupation temporaire du domaine assorties d'une location avec option d'achat (AOT-LOA). Les projets de PPP passés par l'État sont de taille particulièrement importante (223 M€ en moyenne). C'est toutefois moins le cas des projets initiés par les collectivités locales, dont la taille moyenne s'élève à 35 M€.

Tableau 14 : Coût moyen de construction des projets de PPP attribués de 2003 à 2012 (M€)

	Collectivité locale	État	Total général
AOT-LOA	-	95	95
BEA	17	-	17
BEH	56	-	56
Contrat de partenariat	32	269	92
Total général	35	223	78

Source : MAPPP, IGD. Note de lecture: le montant indiqué des coûts de construction diffère du montant d'investissement à financer, incluant les frais financiers intercalaires, présenté dans l'annexe I.

Tableau 15 : Coût moyen de construction des projets de PPP attribués de 2003 à 2012, par tranche

	Coûts de construction (M€)				
	0-20 M€	20-50 M€	50-100 M€	100-500 M€	> 500 M€
Par type de contrat					
AOT-LOA	-	3	1	3	-
BEA	10	3	2	-	-
BEH	16	2	2	4	-
Contrat de partenariat	50	24	14	12	4
Total général	76	32	19	19	4
Par type de personne publique					
Collectivité locale	72	25	11	11	-
État	3	7	8	8	4
Hôpital	1	-	-	-	-
Total général	76	32	19	19	4

Source : MAPPP, IGD. Note de lecture: le montant indiqué des coûts de construction diffère du montant d'investissement à financer, incluant les frais financiers intercalaires, présenté dans l'annexe I.

D'autre part, les délais des procédures de passation sont particulièrement longs, ce qui contribue à augmenter les coûts de négociation des projets pour les personnes privées, et avantage de fait les grandes entreprises. D'après les données collectées par la MAPPP et l'institut de la gestion déléguée (IGD), le délai de passation, défini comme le délai séparant la date de publication de l'avis d'appel public à la concurrence et la date d'attribution du marché, s'élève en moyenne à 473 jours, toutes procédures confondues.

Ce délai est plus faible pour les projets conduits par les collectivités locales (442 jours en moyenne), pour les BEA (321 jours) et les projets dont le coût de l'investissement est inférieur à 20 M€ (412 jours).

Ce délai est en revanche plus élevé pour les projets réalisés en contrat de partenariat (477 jours), en AOT-LOA (533 jours) ou en BEH (710 jours), pour les projets de l'État (687 jours) et des hôpitaux (538 jours), ainsi que pour les projets de montant supérieurs à 20 M€. Les projets de plus de 500 M€ de l'échantillon connaissent une durée de procédure d'environ 28 mois (840 jours).

Ces facteurs pourraient contribuer à écarter les entreprises françaises du secteur et fortiori, les entreprises étrangères. Le groupe Eiffage aurait ainsi renoncé à participer à la procédure de consultation du projet de tribunal de grande instance de Paris, notamment en raison des coûts élevés et du caractère incertain de la procédure¹³. Pour les entreprises étrangères, ces obstacles sont amplifiés par la complexité du régime juridique du contrat de partenariat – qui est soumis au régime jurisprudentiel des contrats administratifs, venant s'ajouter aux règles établies par l'ordonnance de 2004 sur les contrats de partenariat.

Tableau 16 : Délais de passation des PPP (délais entre la date de publication de l'avis d'appel public à la concurrence et la date de l'attribution du marché, jours)

Catégorie	Délais de passation en jour
Moyenne générale	473,7
Par type de contrat	
BEH	709,7
AOT-LOA	533,3
Contrat de partenariat	476,6
BEA	320,9
Par type de collectivité locale	
État	687,8
Hôpital	538,0
Collectivité locale	441,7
Par montant des coûts de construction	
0-20 M€	412,1
20-50 M€	590,6
50-100 M€	595,5
100-500 M€	613,7
> 500 M€	858,0
Total général	507,9

Source : MAPPP, IGD. Note de lecture: le montant indiqué des coûts de construction diffère du montant d'investissement à financer, incluant les frais financiers intercalaires, présenté dans l'annexe I.

Le caractère concurrentiel des marchés de PPP n'a pas été remis en question formellement à ce jour. La mission a consulté sur ce point la direction générale de la concurrence, de la consommation, de la répression et de la répression des fraudes (DGCCRF) et l'autorité de la concurrence, qui n'ont fait état d'aucune procédure administrative de contrôle ou d'enquête à la date de la mission.

Afin d'assurer le maintien d'un haut niveau de concurrence sur ce marché, à titre préventif, il conviendrait cependant d'envisager certaines mesures susceptibles d'assurer le plus large accès des entreprises aux procédures.

Proposition n° 4 : Plafonner la durée de la procédure d'attribution du contrat afin d'éviter les procédures d'une durée manifestement excessive

Des mesures pourraient être envisagées afin de limiter le délai global de la procédure de marché et les coûts qu'elle induit pour les candidats. Un plafond pourrait être introduit afin de prévenir les délais excessifs de procédure, tels que ceux constatés sur le projet de réseau de communication électronique sous protocole IP pour l'armée de l'air (RDIP), dont le contrat a été signé en juin 2011, soit plus de 37 mois après la publication de l'avis d'appel public à la concurrence (17 mai 2008).

¹³ Source : entretien avec M. Max Roche, directeur général adjoint d'Eiffage, le 21 juin 2012.

Proposition n° 5 : Conduire une réflexion sur un niveau minimal d'indemnisation des candidats déboutés qui serait fonction de leur durée de participation à la procédure et de la taille du projet

Afin de limiter l'effet d'éviction qu'impliquent des coûts de procédure trop élevés, un niveau d'indemnisation minimal forfaitaire des participants non retenus dans le cadre des procédures de passation des contrats de partenariat pourrait être introduit. Le niveau d'indemnisation minimal pourrait être fonction du montant total du contrat finalement conclu et de la durée de la procédure à laquelle le candidat débouté a participé.

Le principe d'une indemnisation des candidats évincés est déjà prévu :

- ◆ pour les procédures de concours (art. 38 al.3 du code des marchés publics) ;
- ◆ pour le dialogue compétitif, l'article 67 du code des marchés publics indiquant qu'il « peut être prévu dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence qu'une prime sera allouée à tous les participants au dialogue ou à ceux dont les propositions ont fait l'objet d'une discussion ou encore à ceux dont les offres ont été les mieux classées » ;
- ◆ pour les marchés de conception-réalisation (art. 69), pour les marchés de maîtrise d'œuvre (art. 74), le montant de la prime accordée aux candidats évincés étant égal « au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies dans le règlement de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 % ».

Un niveau minimal d'indemnisation pourrait être prévu pour les candidats aux procédures de passation des contrats de partenariat, après étude comparative des dispositifs d'indemnisation prévues par le code des marchés publics pour les marchés de conception-réalisation ou de maîtrise d'œuvre, c'est-à-dire sur la base des coûts engagés pour la réalisation d'études exigées par les documents de consultation des entreprises.

Le risque de candidatures opportunistes pourrait être limité, d'une part, par la phase de sélection des candidats admis à participer au dialogue en début de procédure et, d'autre part, par l'introduction d'une condition de participation minimale au dialogue, par exemple la remise d'une offre intermédiaire complète.

Proposition n° 6 : Prévoir l'examen de la procédure de dialogue compétitif par un comité extérieur lorsque le nombre de participants deviendrait inférieur à trois à un stade quelconque de la procédure

Enfin, la procédure pourrait être soumise à un examen extérieur dans l'hypothèse où le nombre de participants au dialogue serait inférieur à trois, à un stade quelconque de la procédure. Cet examen, qui pourrait être confié à un comité réunissant des représentants de la MAPPP, de la DGCCRF – voire de l'autorité de la concurrence –, aurait pour mission d'assurer que les conditions d'une attribution concurrentielle du contrat sont réunies, permettant d'obtenir un niveau de prix et de performance satisfaisant. L'avis du comité pourrait, le cas échéant, prévoir d'éventuelles mesures correctrices afin d'adapter la procédure.

4.2. L'obligation de sous-traitance aux petites et moyennes entreprises est appliquée de manière hétérogène

Afin d'éviter que le développement des PPP ne se fasse qu'au bénéfice exclusif des grands groupes, les titulaires des contrats de partenariat sont tenus de sous-traiter une partie du projet à des petites et moyennes entreprises (PME). L'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat a en effet introduit un dispositif en faveur des PME :

- ◆ l'article 8 de l'ordonnance prévoit que les critères d'attribution du marché utilisés par la personne publique et mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence incluent une part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des PME et à des artisans ;
- ◆ l'article 11 prévoit que le contrat contient nécessairement des clauses relatives au contrôle, par la personne publique, « *des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.* »

L'ordonnance ne prévoit cependant aucun seuil minimal de sous-traitance à des PME.

Les contrats de partenariat conclus respectent ces obligations de manière inégalement ambitieuse. Grâce la base de données des contrats de partenariat établie par la MAPPP, complétée par la mission, la mission a recueilli le taux de sous-traitance aux PME de 89 contrats signés par l'État ou par des collectivités locales, exprimé en part du montant des travaux. Ces données mettent en évidence d'assez fortes disparités dans le taux de sous-traitance, qui s'élève à 28 % en moyenne, avec un écart-type de 25 %.

L'analyse de cette base de données révèle également que :

- ◆ les contrats signés par l'État, ainsi que les contrats dont le montant d'investissement est le plus élevé, sont caractérisés par des obligations de sous-traitance plus faibles (19 % du montant des travaux en moyenne pour les contrats signés par l'État) que les contrats des collectivités locales (29 %) ou les contrats de montants limités ;
- ◆ les contrats attribués en 2009 et 2010 sont caractérisés par des obligations de sous-traitance plus faibles (respectivement 19 % et 17 %) qu'en 2011 (32 %), taux proche de celui observé avant la crise, en 2007 (33 %) ou 2008 (35 %).

Annexe IV

Tableau 17 : Sous-traitance aux PME prévue dans un échantillon de 89 contrats de partenariat de l'État et des collectivités locales

Catégorie	Nombre de projets	Part prévue du montant des travaux sous-traités à des PME
Par catégorie de personne publique contractante		
Collectivité locale	67	29%
État	29	19%
Par taille de projets (coûts de construction HT)		
0-20 M€	43	33%
20-50 M€	21	23%
50-100 M€	12	23%
100-500 M€	9	19%
> 500 M€	3	8%
Par année d'attribution		
2005	1	68%
2006	4	22%
2007	12	33%
2008	11	35%
2009	17	19%
2010	20	17%
2011	18	32%

Source : MAPPP, contrats étudiés. Note de lecture : le montant indiqué des coûts de construction diffère du montant d'investissement à financer, incluant les frais financiers intercalaires, présenté dans l'annexe I.

Les projets dont le taux de sous-traitance est faible sont de deux catégories (cf.

Annexe IV

Tableau 18). Il s'agit en premier lieu des projets de petite taille, tels que des projets d'éclairage public ou d'équipement bâtementaire (moins de 10 M€). Il peut s'agir au contraire de projets lourds, tels que la rénovation du muséum d'histoire naturelle à Vincennes (150 M€), la ligne à grande vitesse Bretagne-Pays de Loire (BPL) (2 971 M€). Si le niveau de sous-traitance apparaît nécessairement limité dans le premier cas, il pourrait être certainement revu à la hausse dans les projets de taille importante. Les projets conduits par le ministère de la Justice, ou dans une moindre mesure, le ministère de la Défense, en témoignent (cf. Tableau 19).

Proposition n° 7 : Introduire un seuil minimal obligatoire de sous-traitance aux PME pour les contrats de partenariat de taille importante, adapté selon les secteurs et les types d'ouvrages

Ainsi, afin de renforcer l'effectivité de la sous-traitance en faveur des PME dans le cadre des contrats de partenariat, il pourrait être envisagé d'introduire par voie réglementaire un seuil minimal de sous-traitance. Ce seuil minimal pourrait être fixé en fonction des secteurs et des types d'ouvrages considérés. Il pourrait être appliqué aux projets de taille importante, par exemple à partir de 50 M€.

Annexe IV

Tableau 18 : Projets de l'échantillon dont le taux de sous-traitance à des PME est inférieur à 10 % du montant des travaux

Pouvoir adjudicateur	Nom du projet	Coûts de construction (M€ HT)	Part du montant des travaux sous-traités à des PME
Muséum d'histoire naturelle	Zoo de Vincennes	150,0	0,2%
Conseil régional d'Alsace	CPE Lycées et CFA	27,6	2,0%
Commune de Checy (45)	Éclairage public	0,9	3,0%
Commune de Saint Fons (69)	Éclairage public	1,3	4,0%
Centre hospitalier de Périgueux	Chaufferie du centre hospitalier de Périgueux	5,4	5,0%
Communauté d'agglomération de Dijon (21)	Réseau Électrique Tram	53,3	5,0%
RFF	GSM-R	608,0	5,0%
Ministère de la défense	RDIP	123,0	7,0%
Ville de Paris (75)	Vidéosurveillance	73,3	7,5%
Commune de Libourne (33)	Éclairage public	7,3	7,5%
Commune de Bussy st Georges (77)	Éclairage public	6,8	7,5%
Commune d'Aix les Bains (73)	Éclairage public et signalisation tricolore	2,5	7,5%
RFF	LGV BPL	2 971,0	8,0%

Source : MAPPP, contrats étudiés. Note de lecture : le montant indiqué des coûts de construction diffère du montant d'investissement à financer, incluant les frais financiers intercalaires, présenté dans l'annexe I.

Les modalités de contrôle prévues dans les contrats en application de l'article 11 de l'ordonnance sont également hétérogènes (cf. Tableau 19) :

- ◆ le contrôle d'un échantillon de quatorze contrats de partenariat établis par l'État ou l'un de ses établissements publics fait apparaître que tous les contrats ont introduit un montant minimal de sous-traitance à des PME, pour la phase de travaux et/ou d'exploitation de l'ouvrage ;
- ◆ sur cet échantillon, la part des travaux que le contrat prévoit de confier à des PME varie fortement, de 0,2 % à 45 % du montant des travaux, ce qui peut être expliqué par la diversité des secteurs de ces différents projets ;
- ◆ au titre des obligations de suivi et des modalités de contrôle par l'État, douze contrats prévoient la transmission d'un rapport récapitulatif – le plus fréquemment transmis annuellement – mais seuls neuf contrats prévoient une pénalisation du partenaire en cas de non-respect de ses obligations et quatre contrats prévoient la transmission des justificatifs à la demande de l'État.

Proposition n° 8 : Prévoir de manière systématique dans les contrats de partenariat l'introduction d'un dispositif de pénalisation du titulaire en cas de non-respect des obligations de sous-traitance aux PME

Annexe IV

Afin de renforcer l'effectivité du contrôle des obligations de sous-traitance prévu à l'article 11 de l'ordonnance, il pourrait être envisagé d'introduire dans les contrats une pénalisation systématique des titulaires en cas de non-respect de ces obligations.

Proposition n° 9 : Vérifier le respect des obligations de sous-traitance du titulaire à l'occasion des évaluations du contrat de partenariat en cours et en fin d'exécution

Enfin, il conviendrait d'inclure le contrôle du respect des obligations de sous-traitance dans les évaluations du contrat de partenariat mentionnées *supra* (1.3).

Annexe IV

Tableau 19 : Modalités d'application des dispositions de l'ordonnance de 2004 en faveur des petites et moyennes entreprises pour un échantillon de contrats de partenariat signés par l'État ou un établissement public

Année d'attribution	Nom du projet	Pouvoir adjudicateur	Rapport du titulaire	Fréquence du rapport	Mise à disposition des factures ou des contrats	Dispositif de pénalisation financière	% du coût des travaux attribué aux PME
2007	Billetterie du château de Versailles	Établissement public du château de Versailles	Oui	Annuel	Non	Oui	30%
2006	Rénovation INSEP	Ministère de la jeunesse et des sports	Non	-	Non	-	30%
2008	3 établissements pénitentiaires (lot 3)	APIJ	Oui	Mensuel	Non	Oui	15%
2009	Centre universitaire de Clignancourt	Université Paris-IV	Oui	Annuel	Non	Oui	12%
	UFR Médecine, Versailles-St Quentin	Université de Versailles Saint Quentin	Oui	Annuel	Oui	Non	30%
2010	Centres entretien des routes (CEI)	Ministère de l'équipement	Non	-	Oui	Non	25%
	GSM-R	RFF	Oui	Annuel	Non	Non	5%
	Zoo de Vincennes	Muséum d'histoire naturelle	Oui	Unique	Non	Non	0%
2011	Bâtiments HQE - Roc Noir (73)	Ministère de la Défense	Oui	Annuel	Non	Oui	45%
	LGV BPL	RFF	Oui	Annuel	Non	Oui	8%
	RDIP	Ministère de la Défense	Oui	Annuel	Oui	Oui	7%
2012	CNDS - Fontainebleau	Ministère de la Défense	Oui	Annuel	Non	Oui	30%
	Résidences Étudiants	ISAE (min Défense) Rangueil	Oui	Annuel	Non	Oui	40%
	Tribunal de Grande Instance de Paris	APIJ	Oui	Mensuel	Oui	Oui	25%

Source : MAPPP, Contrats cités.

SYNTHÈSE DES PROPOSITIONS

Proposition n° 1 : Introduire une obligation d'évaluation des contrats de partenariat à divers stades de l'exécution du contrat selon une méthodologie commune permettant d'en auditer le contenu final

Proposition n° 2 : Conduire une étude comparative sur les délais de réalisation en maîtrise d'ouvrage publique et en PPP

Proposition n° 3 : Identifier et évaluer la pertinence des surinvestissements en phase de construction

Proposition n° 4 : Plafonner la durée de la procédure d'attribution du contrat afin d'éviter les procédures d'une durée manifestement excessive

Proposition n° 5 : Conduire une réflexion sur un niveau minimal d'indemnisation des candidats déboutés qui serait fonction de leur durée de participation à la procédure et de la taille du projet

Proposition n° 6 : Prévoir l'examen de la procédure de dialogue compétitif par un comité extérieur lorsque le nombre de participants deviendrait inférieur à trois à un stade quelconque de la procédure

Proposition n° 7 : Introduire un seuil minimal obligatoire de sous-traitance aux PME pour les contrats de partenariat de taille importante, adapté selon les secteurs et les types d'ouvrages

Proposition n° 8 : Prévoir de manière systématique dans les contrats de partenariat l'introduction d'un dispositif de pénalisation du titulaire en cas de non-respect des obligations de sous-traitance aux PME

Proposition n° 9 : Vérifier le respect des obligations de sous-traitance du titulaire à l'occasion des évaluations du contrat de partenariat en cours et en fin d'exécution

ANNEXE V

Le financement des PPP

SOMMAIRE

1. LE FINANCEMENT DES PPP REPOSE MAJORITAIREMENT SUR DES FONDS PRIVES, APPORTES SOUS FORME DE FONDS PROPRES ET DE DETTE	7
1.1. Le montage financier des PPP repose très majoritairement sur l'endettement bancaire assumé par une société de réalisation.....	7
1.1.1. <i>Le montage en financement projet avec intermédiation d'une société de réalisation est très fréquemment utilisé, notamment pour les projets les plus significatifs.....</i>	<i>7</i>
1.1.2. <i>D'autres montages peuvent cependant être envisagés pour des projets de plus faible montant.....</i>	<i>12</i>
1.2. Les PPP peuvent également bénéficier de financements publics	15
2. LA CRISE FINANCIERE ET LE DURCISSEMENT DES REGLES PRUDENTIELLES APPLICABLES AUX ETABLISSEMENTS DE CREDIT ONT CONDUIT A UNE DETERIORATION DES CONDITIONS DE FINANCEMENT DES PPP	17
2.1. En raison de la crise financière et de l'évolution des règles prudentielles, le contexte général du financement de projet bancaire est aujourd'hui fortement contraint.....	17
2.1.1. <i>La crise financière a conduit à une diminution de l'activité et de la rentabilité des banques.....</i>	<i>17</i>
2.1.2. <i>En dépit d'une politique monétaire expansionniste, le volume de crédit distribué est contraint par les difficultés de refinancement des banques et par des règles prudentielles plus contraignantes.....</i>	<i>20</i>
2.2. Les conditions du financement bancaire des PPP se sont dégradées consécutivement à la crise financière.....	23
2.2.1. <i>L'effet de levier a diminué dans le financement des projets, conduisant à une augmentation de la part des fonds propres et des subventions.....</i>	<i>23</i>
2.2.2. <i>Le volume et la maturité des crédits bancaires sont en forte restriction depuis la fin 2011.....</i>	<i>27</i>
2.2.3. <i>Malgré une hausse des marges bancaires, le coût du financement bancaire demeure maîtrisé en raison de la modération des taux de base</i>	<i>32</i>
2.2.4. <i>Le coût d'opportunité de la ressource bancaire privée par rapport au financement obligataire public est peu prévisible et s'est accru dans la période récente</i>	<i>37</i>
2.3. Le transfert de risque aux établissements financiers est devenu plus restrictif	40
2.3.1. <i>Les clauses de couverture de dette renforcent les garanties portant sur la viabilité financière de la société de projet</i>	<i>41</i>
2.3.2. <i>Les clauses portant sur le risque d'annulation contentieuse du contrat améliorent la sécurité juridique du projet pour les parties prenantes.....</i>	<i>42</i>
2.3.3. <i>Certaines dispositions dénaturent le partage de risque inhérent au PPP.....</i>	<i>43</i>
3. DANS UN CONTEXTE DURABLEMENT CONTRAINT POUR LES FINANCEMENTS DE LONG TERME, LA DIVERSIFICATION ET L'OPTIMISATION DES SOURCES DE FINANCEMENT DES PPP DEVRONT ETRE RECHERCHEES.....	46
3.1. La structuration de la dette bancaire de long terme pourrait être optimisée	46
3.1.1. <i>Une diminution mécanique de la durée des contrats peut difficilement être envisagée</i>	<i>46</i>

3.1.2.	<i>L'introduction de financements bancaires successifs de courte durée (mini-perms) pourrait être envisagée</i>	48
3.1.3.	<i>D'autres pistes peuvent être envisagées afin d'optimiser la structuration du financement bancaire lors de la négociation du contrat</i>	53
3.2.	<i>Un recours à un financement de marché devrait en théorie permettre d'accroître les volumes de financement disponibles, même si en pratique les différentes modalités de financement possibles présentent des limites.....</i>	54
3.2.1.	<i>Le recours à un financement obligataire permettrait de réduire la contrainte de liquidité pour les projets de l'État de taille significative.....</i>	54
3.2.2.	<i>Le développement du financement obligataire des projets d'infrastructure, notamment en PPP, a fait l'objet de nombreux travaux exploratoires.....</i>	55
3.2.3.	<i>Le financement obligataire doit préférablement intervenir en phase de construction et en complément d'une dette junior</i>	57
3.2.4.	<i>Le financement obligataire des PPP pourrait recourir à un véhicule spécifique de refinancement, ou donner lieu à l'émission directe d'obligations de la société de projet.....</i>	58
3.2.5.	<i>Le recours à l'émission obligataire impose plusieurs contraintes dans le montage du projet.....</i>	63
3.2.6.	<i>En fonction des conditions de marché, le recours au financement obligataire pourrait permettre de diminuer le coût du financement des projets de PPP.....</i>	64
3.3.	<i>Dans un contexte où la puissance publique bénéficie de conditions d'endettement plus favorables que le secteur privé, un refinancement public des projets doit être envisagé</i>	68
3.3.1.	<i>Un refinancement des projets par crédit budgétaire constitue l'option la plus simple</i>	68
3.3.2.	<i>Le recours à des montages « innovants » reposant sur une société de projet publique et financés majoritairement par des fonds publics est désormais limité.....</i>	75
	SYNTHESE DES PROPOSITIONS DE L'ANNEXE.....	83

SYNTHÈSE

Les partenariats public-privé ont pour caractéristique de recourir au financement privé pour la construction d'un ouvrage. Ces contrats reposent ainsi sur l'existence d'un financement privé abondant et de long terme. La crise financière a profondément bouleversé les conditions d'accès au crédit et remis en cause l'accès quasi illimité des personnes publiques à la liquidité bancaire, tel qu'il avait pu être observé avant 2008.

Afin de documenter l'évolution des conditions de financement des contrats de partenariat, la mission a procédé à l'étude d'un large échantillon de 63 PPP établis par l'État (23 contrats), des établissements hospitaliers (4 contrats) et des collectivités locales (36 contrats), et signés de février 2006 à juillet 2012.

1. Le plus fréquemment, les PPP intègrent les financements privés dans des montages standardisés reposant sur des sociétés projets dotées de fonds propres apportés par des investisseurs intéressés au bon déroulement du projet, et de dette fournie par des établissements bancaires partenaires. Ce montage est observé dans près de 60 % des projets de l'échantillon étudié par la mission.

Le plan de financement des sociétés de projet diffère pour la phase de construction, qui donne lieu à un crédit construction et à des crédits relais, et pour la phase d'exploitation de l'infrastructure, où les prêts initiaux sont refinancés sous forme de dette à long terme. Ces prêts sont remboursés en phase d'exploitation par un loyer d'investissement versé par la personne publique. La fixation du coût des crédits bancaires (crystallisation des taux) peut intervenir dès la signature du contrat ou ultérieurement et au plus tard, à la livraison de l'ouvrage.

En application des dispositions du code monétaire et financier, une part prépondérante de cette dette peut être garantie par une cession de créance Dailly acceptée, qui permet d'en réduire le coût.

D'autres montages peuvent cependant être envisagés pour des projets de plus faible montant : le financement apporté directement par la société assurant la réalisation du projet, ainsi que les montages en crédit-bail. Ces deux montages ne sont adaptés qu'à des projets de taille modérée et présentant un degré de complexité limité.

Enfin, afin de faciliter la réalisation des ouvrages en PPP en période de tarissement des financements bancaires, le législateur a autorisé en 2009 l'octroi de financements publics.

2. La crise financière a profondément altéré le cadre de financement des PPP. Reposant sur l'endettement bancaire d'une société de droit privé et de manière subsidiaire, sur les fonds propres apportés par les partenaires du projet, ce modèle a pâti de la dégradation récente des conditions de financement bancaire, à la fois en volume et en prix.

Annexe V

Les déterminants de cette évolution sont complexes et ont joué de manière contradictoire. La crise de liquidité des banques en raison des incertitudes de marché portant sur leur solvabilité, la dégradation de leur rentabilité liée à la baisse de l'activité économique et aux pertes générées par les activités de marché, le renforcement des contraintes prudentielles ont contribué à la réduction des volumes de crédit et à l'augmentation des marges. Ces effets ont, dans les derniers mois, plus que compensés par la forte diminution des taux de base découlant d'une politique monétaire fortement expansionniste, qui permet une stabilisation du coût du crédit. Les volumes disponibles demeurent cependant fortement limités.

Le coût d'opportunité du recours au financement privé par rapport au financement public direct a également globalement augmenté – en dépit de variations conjoncturelles erratiques – sous le double effet de l'augmentation des marges bancaires et de la diminution du rendement des obligations d'État.

L'aversion au risque croissante des prêteurs et investisseurs a conduit à l'apparition de clauses financières protectrices. Si certaines de ces clauses peuvent apparaître justifiées ou sont sans incidence sur l'économie du contrat, d'autres justifient la mise à l'étude d'un encadrement réglementaire plus strict.

3. L'ensemble de ces éléments plaide pour une refonte du cadre de financement des PPP. Face au tarissement des liquidités bancaires et dans l'hypothèse où de nouveaux projets devraient être initiés par l'État sous forme de PPP, la diversification des modalités de financement de ces projets est aujourd'hui indispensable.

a. En premier lieu, en cohérence avec l'économie générale des PPP, le recours à d'autres formes de financement privé pourrait être expérimenté.

Les conditions d'élaboration des offres de financement pourraient être assouplies, afin de permettre une mutualisation des offres de financement entre les différents candidats au stade final de la négociation des contrats ;

Le fractionnement de la dette bancaire, par l'introduction de montages mini-perms, c'est-à-dire de dettes à court-moyen terme devant être refinancés en cours de projet, permettrait de pallier le déficit de financements bancaires longs ; ce montage peut cependant être porteur de risques de refinancement et nécessite l'introduction de clauses de flexibilité et de partage des risques ; ce dispositif est susceptible d'améliorer la liquidité disponible, mais à un coût incertain ;

Le recours au financement obligataire de la société de projet peut être envisagé pour refinancer la tranche de dette long terme bénéficiant d'une cession de créance acceptée par la personne publique. Plusieurs options sont possibles en ce qui concerne la date de l'émission obligataire et la nature du véhicule utilisé. Si ce dispositif de financement ne requiert pas d'intervention particulière de l'État et peut être mis en œuvre directement par les acteurs de marché, il imposera l'introduction de nouvelles clauses dans les contrats, permettant d'apporter les garanties nécessaires aux investisseurs obligataires, tout en assurant la sauvegarde des intérêts financiers de la personne publique.

D'après les simulations recueillies par la mission, un refinancement obligataire privé de la tranche Dailly permettrait une réduction de 4 à 6 % du montant des loyers payés par la personne publique par rapport au financement bancaire aux conditions de marché constatées à la mi-2012.

Annexe V

b. Cependant, eu égard au surcoût historiquement constaté du financement privé, bancaire mais également obligataire, par rapport aux coûts de financement direct des personnes publiques – et en premier lieu de l'État – sur les marchés financiers, il convient de s'interroger sur l'opportunité d'un financement ou d'un refinancement public direct plus important des projets de PPP.

Le recours au financement public permettrait en effet de générer une réduction du coût significative, évaluée de 5 à 10 % du montant des loyers d'investissement aux conditions de marché prévalant au premier semestre 2012. La liquidité disponible sur le marché des obligations souveraines ou assimilées est en outre supérieure au marché des obligations sécurisées ou des obligations corporate.

L'introduction d'une obligation de rachat de dette par l'État pendant la période d'exécution du contrat permettrait de financer la construction des projets par des dettes bancaires de plus court terme, donc davantage compatibles avec l'offre de liquidité du marché, de diminuer les frais financiers et de réintégrer la contrainte budgétaire dans la décision d'investissement à un horizon plus court.

En complément et à moyen terme, le recours à un véhicule d'émission obligataire public de refinancement spécifique pourrait être envisagé, hors budget de l'État. Ce véhicule pourrait assurer l'émission d'obligations d'infrastructure spécifiques. Ce dispositif, qui impliquerait une refonte lourde du pilotage des grands projets d'investissement de l'État, nécessiterait des travaux exploratoires plus approfondis.

Enfin, des montages dits « innovants » ont été élaborés dans le cadre du plan campus, dont la structure réplique l'organisation d'un PPP dans un cadre public, avec une société de réalisation détenue par la personne publique et un financement majoritairement public, associant subvention publique et concours de la Caisse des dépôts et consignations (CDC). Ces montages, qui sont en réalité plus proches d'une réalisation en maîtrise d'ouvrage publique que d'un véritable PPP, devraient donner lieu à une évaluation approfondie une fois l'investissement terminé.

Les partenariats public-privé (PPP) ont pour caractéristique de recourir au financement privé pour la construction d'un ouvrage. L'article premier de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (CP) prévoit ainsi que « *le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers (...) 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.* »

Le recours au financement privé constitue, au côté du caractère global du contrat, l'un des avantages principaux des PPP, expliquant son succès auprès des donneurs d'ordre publics. Il permet en effet de disposer rapidement d'un ouvrage sans en supporter immédiatement l'intégralité du coût et de le financer de manière fractionnée par le versement de loyers tout au long de la durée du contrat.

Ce dispositif repose cependant sur l'existence d'un financement privé abondant et de long terme. La crise financière a profondément bouleversé les conditions d'accès au crédit et remis en cause l'accès quasi illimité des personnes publiques à la liquidité bancaire, tel qu'il avait pu être observé avant 2008.

Dans sa lettre de mission, le ministre demandait à l'IGF d'examiner « *l'impact, sur le marché des PPP, du resserrement des volumes de financement disponibles* » et de proposer « *le cas échéant, des actions de mobilisation des financements de long terme, pour le lancement des projets comme pour leur refinancement* ».

Il était également demandé à la mission d'identifier « *les pratiques contractuelles qui ne permettent pas d'optimiser l'intérêt des contrats de partenariat, notamment au regard des conditions dans lesquelles sont fixées les conditions de taux, de l'utilisation des options légales permettant de réduire les financements privés par l'apport de financements publics directs aux projets* ».

Afin de documenter l'évolution des conditions de financement des contrats de partenariat, la mission a procédé à l'étude d'un large échantillon de 63 PPP établis par l'État (23 contrats), des établissements hospitaliers (4 contrats) et des collectivités locales (36 contrats), et signés de février 2006 à juillet 2012 (cf. Tableau 1, Graphique 1). La liste des projets retenus est indiquée en pièce jointe.

Cet échantillon comporte 55 contrats de partenariat, 6 contrats d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public et conventions de location avec option d'achat (AOT-LOA) et un bail emphytéotique hospitalier (cf. Tableau 1). 57 % des contrats de l'échantillon correspondent à des projets de construction de bâtiments dans différents secteurs (cf. Tableau 2), suivi des contrats d'éclairage public mis en œuvre par les collectivités locales.

En termes d'enjeu financier, 30 % des contrats sélectionnés ont un « montant à financer »¹ de plus de 100 M€ ; il s'agit principalement de projets conduits par l'État. 41 % ont un montant compris entre 10 M€ et 100 M€. 29 % des contrats ont un montant à financer de moins de 10 M€.

A partir de l'étude de cet échantillon, la présente annexe :

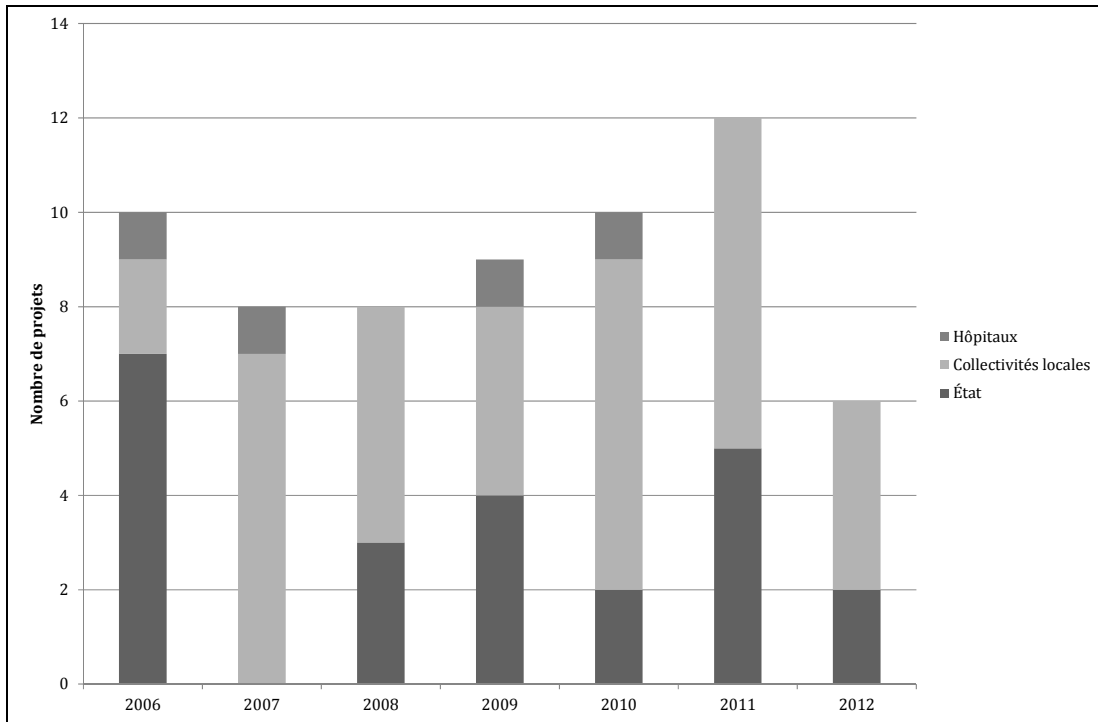
- ◆ détaille la structure des montages retenus pour le financement des PPP (I) ;
- ◆ analyse l'impact de l'évolution des conditions de financement survenue dans les dernières années (II) ;

¹ Le « montant à financer » constitue le coût global de l'investissement en fin de période de réalisation (ou en début de période d'exploitation). Il inclut les coûts de construction et de réalisation, ainsi que l'ensemble des frais de gestion et des frais financiers intercalaires associés au préfinancement du projet en période de réalisation.

Annexe V

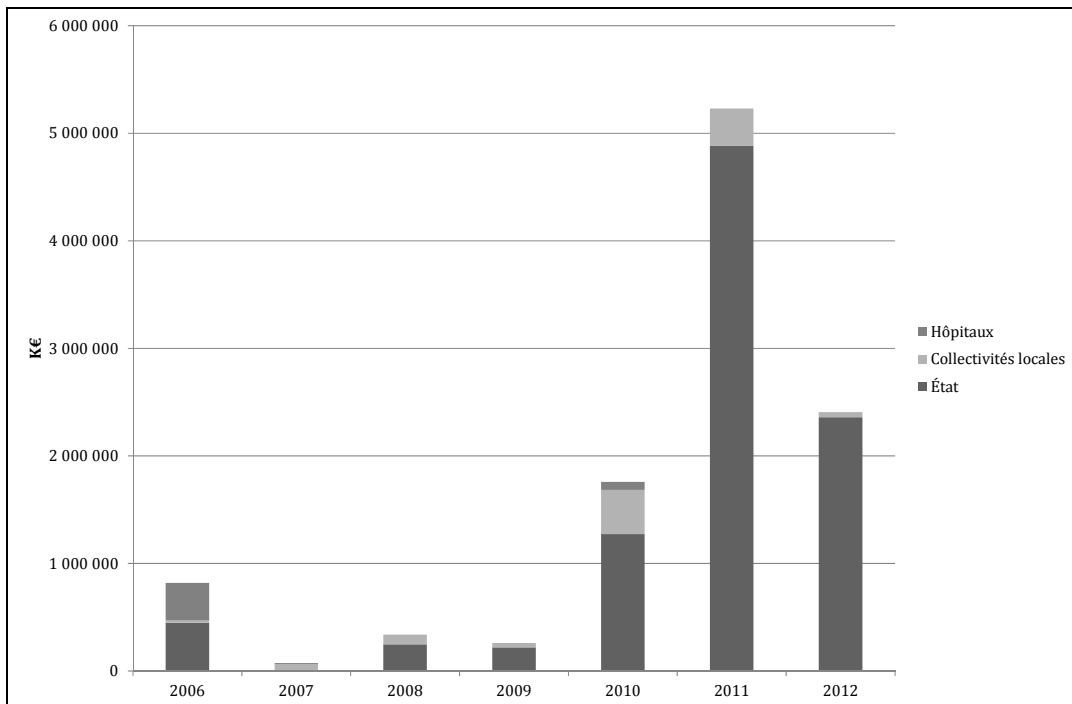
- ◆ présente des pistes d'évolution du cadre de financement des PPP (III).

Graphique 1 : Échantillon de contrats examinés par la mission - nombre de projets par année de signature



Source : IGF.

Graphique 2 : Échantillon de contrats examinés par la mission - montants à financer par année de signature (k€)



Source : IGF.

Annexe V

Tableau 1 : Échantillon de contrats examinés par la mission – décomposition par catégorie de personne publique et par type de contrat

Type de contrat	Collectivités locales	État	Hôpitaux	Total général
AOT-LOA	-	7	-	7
CP	36	16	3	55
BEH	-	-	1	1
Total général	36	23	4	63

Source : IGF.

Tableau 2 : Échantillon de contrats examinés par la mission– décomposition par type de projet

Type de projet	Sous-catégorie	Nombre de contrats	Part de l'échantillon
Bâtiment	Bâtiment pénitentiaire	10	16 %
	Bâtiment sportif	7	11 %
	Bâtiment scolaire et universitaire	7	11 %
	Bâtiment administratif	3	5 %
	Bâtiment culturel	3	5 %
	Bâtiment (autre)	2	3 %
	Bâtiment à usage social	1	2 %
	Bâtiment judiciaire	1	2 %
	Bâtiment technique	1	2 %
	Bâtiment hospitalier	1	2 %
Éclairage public		11	17 %
Réseau de communication		4	6 %
Infrastructure de transport		4	6 %
Équipement bâtementaire		3	5 %
Gestion énergétique		3	5 %
Vidéoprotection		1	2 %
Services de transport		1	2 %
Total général		63	100 %

Source : IGF.

Tableau 3 : Échantillon de contrats examinés par la mission – nombre de projets par catégorie de montant à financer

Catégorie	Collectivités locales	État	Hôpitaux	Total général	En %
Moins de 10 M€	16	1	2	19	30 %
10 à 20 M€	8	1		9	14 %
20 à 50 M€	9	1		10	16 %
50 à 100 M€	2	4	1	7	11 %
Plus de 100 M€	2	16	1	19	30 %
Total général	37	23	4	64	100 %

Source : IGF.

1. Le financement des PPP repose majoritairement sur des fonds privés, apportés sous forme de fonds propres et de dette

1.1. Le montage financier des PPP repose très majoritairement sur l'endettement bancaire assumé par une société de réalisation

1.1.1. Le montage en financement projet avec intermédiation d'une société de réalisation est très fréquemment utilisé, notamment pour les projets les plus significatifs

La réalisation des PPP prend le plus souvent la forme d'un montage en financement de projet classique. Dans ce montage, la personne publique contracte avec une société de réalisation dédiée au projet (*special purpose vehicle* – SPV), titulaire du contrat de partenariat. Cette société assure la réalisation de l'intégralité du projet en contractant à son tour avec plusieurs prestataires : bureaux d'étude, entreprises de travaux publics, entreprises de maintenance, établissements de crédit, compagnies d'assurance, etc. Elle assume ainsi un rôle d'ensemblier.

Au sein de l'échantillon de contrats étudiés, 62 % des projets donnent lieu à la constitution d'une société de projet. C'est le cas de la totalité des projets de plus de 500 M€ et de la majorité des projets de plus de 10 M€ (cf. Tableau 4) ; de la totalité des projets réalisés par l'État (cf. Tableau 5). En revanche, les projets des hôpitaux et des collectivités locales y recourent dans une moindre mesure.

Tableau 4 : Type de montage retenu par taille de projets de l'échantillon

Montant à financer	Société de projet	Constructeur	Crédit bail	Total général
Moins de 10 M€	26 %	47 %	26 %	100 %
10 à 20 M€	63 %	0 %	38 %	100 %
20 à 50 M€	80 %	0 %	20 %	100 %
50 à 100 M€	100 %	0 %	0 %	100 %
Plus de 100 M€	100 %	0 %	0 %	100 %
Total général	70 %	14 %	16 %	100 %

Source : IGF.

Tableau 5 : Type de montage retenu dans les projets de l'échantillon par catégorie de personne publique contractante

Catégorie de personne publique	Société de projet	Constructeur	Crédit bail	Total général
État	100 %	0 %	0 %	100 %
Collectivités locales	53 %	22 %	25 %	100 %
Hôpitaux	50 %	25 %	25 %	100 %
Total général	70 %	14 %	16 %	100 %

Source : IGF.

Ce montage, complexe, n'est approprié que pour les projets de taille importante. Les frais associés à la mise en place d'une société de projet sont significatifs. D'après la société Natixis Lease, consultée par la mission, ces frais de montage s'élèveraient :

- ♦ à 1 M€ pour le montage de la société de réalisation et la structuration initiale du financement, pour un projet de 40 M€ ;
- ♦ de 100 à 300 k€ en exploitation pour la gestion du contrat, liés notamment aux obligations comptables et d'audit de la société.

Dans ce montage, la majeure partie du financement est apporté sous forme de dette bancaire. Les prêts sont contractés par la société de réalisation en période de réalisation, puis en période d'exploitation (*cf. infra*). Ce financement prend généralement la forme d'un prêt accordé directement par une banque ou un ensemble de banques (« *pool* ») à la société de projets ; ce prêt est subdivisé en plusieurs lignes de crédit, selon l'objet du financement et le profil de risque associé.

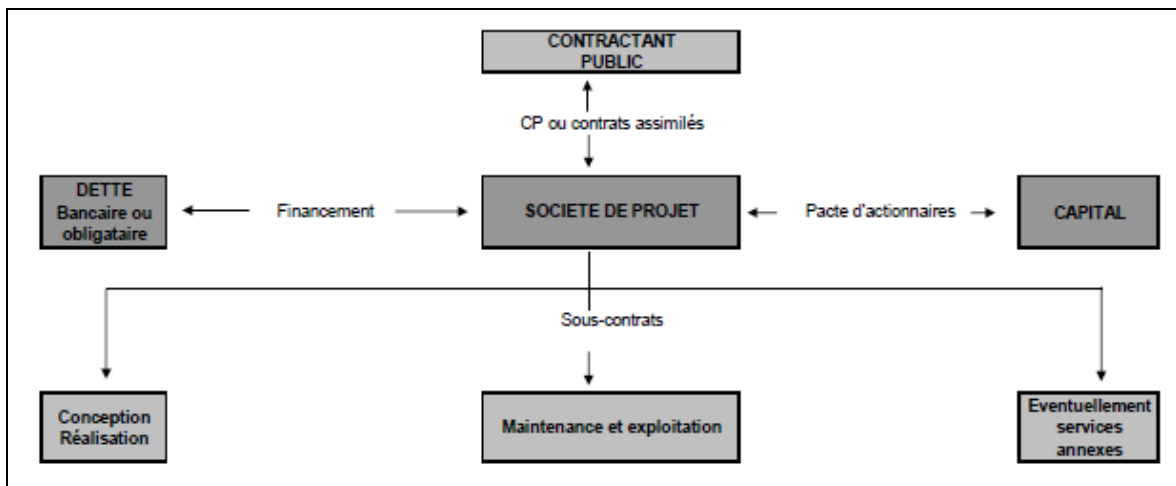
1.1.1.1. Les fonds propres investis par les actionnaires ne contribuent que de manière résiduelle au financement de l'ouvrage

Les actionnaires sont généralement les entreprises en charge de la construction de l'infrastructure, les principaux prestataires de service, les établissements de crédit ainsi que des investisseurs spécialisés².

Leur participation au capital de la société de projet contribue au partage des risques entre ces différents intervenants. Un volume limité de fonds propres permet de limiter le coût global du financement, dans la mesure où le taux de rendement interne³ exigé par les apporteurs de fonds propres est plus élevé que les taux d'intérêt bancaires.

Le volume des fonds propres investi représente ainsi en règle générale environ 10 % du montant à financer ; ce volume a connu des évolutions mineures du fait de la crise financière (*cf. infra* 2.2.1, p. 23).

Graphique 3 : Montage en financement de projet



Source : MAPPP, « Les contrats de partenariat : guide méthodologique », 06-08d, version du 25 mars 2011.

1.1.1.2. Les emprunts bancaires, qui représentent la source de financement la plus importante des projets, sont structurés de manière différente en période de construction et en période d'exploitation

Le financement bancaire représente en règle générale près de 90 % du montant à financer des projets. L'effet de levier des fonds propres est ainsi proche de un pour neuf.

² Dans les montages dits « innovants », ou dans certains projets sensibles de l'État (comme dans celui de la construction du site du ministère de la Défense sis à Balard), la Caisse des dépôts est actionnaire des SPV (*cf. infra*).

³ Le taux de rendement interne est le taux d'actualisation qui annule la valeur actuelle nette des flux financiers générés par le projet sur sa durée de vie.

La structuration du financement bancaire des sociétés attributaires de contrats de partenariat diffère pour la phase de construction et la phase d'exploitation de l'infrastructure (cf. Tableau 6) :

- ◆ en période de construction, les emplois incluent les coûts de construction, les coûts de la société de projet, les frais financiers ; les ressources sont constituées de crédits de construction, de crédits relais construction, de crédit relais TVA, et du capital social de la société de projet, qui prend la forme de fonds propres (capital social libéré) et le cas échéant, de quasi fonds propres (dette subordonnée) ;
- ◆ en période d'exploitation, les emplois concernent les charges de gros entretien et renouvellement, de maintenance, les frais de gestion du prestataire, mais aussi le refinancement de la dette de construction ; les ressources sont constituées des loyers et d'éventuelles ressources annexes résiduelles, ainsi que la dette de long terme.

Tableau 6 : Tableau emploi ressources des sociétés de PPP

Phase de construction		Phase d'exploitation	
Emplois	Ressources	Emplois	Ressources
Coûts de conception et de montage de l'offre	Concours publics	Charges d'exploitation	Loyers et redevances
Coûts de construction	Fonds propres et quasi fonds propres	Amortissement du capital	Dette long terme
Charges de la société de projet	Dette senior	Charges de maintenance, renouvellement	Recettes annexes/de valorisation
Frais financiers intercalaires	Dette junior	Impôts et taxes	Concours publics en cours d'exploitation
Impôts et taxes		Frais financiers – service de la dette	

Source : MAPP, « Les contrats de partenariat : guide méthodologique », 06-08d, version du 25 mars 2011, IGF.

En phase de construction, la société de projet recourt à des prêts de court terme destinés à assurer la fourniture de trésorerie adaptée au projet de construction :

- ◆ la dette de pré-financement a vocation à couvrir les frais de construction et les frais financiers intercalaires ; sa maturité est en général très courte, étant remboursable à la date de livraison de l'infrastructure, par un refinancement par un emprunt à long terme ;
- ◆ des prêts « *mini perms* », c'est-à-dire des prêts à court-moyen terme devant être refinancés avant maturité ;
- ◆ un crédit relais TVA peut être mis en place afin de préfinancer la TVA payée par la société de projet au constructeur, dans l'attente de sa récupération auprès de l'administration fiscale ; le cas échéant, des crédits relais taxes diverses peut être mis en place ;
- ◆ des facilités de crédit (*facility stand-by*) peuvent être ouvertes pour couvrir les surcoûts non prévisibles dans la phase de construction (inflation non anticipée, surcoûts financiers, modification des projets).

En phase d'exploitation, la société de projet refinance la dette à court terme contractée en phase de construction. Les emprunts de long terme qui sont établis sont d'une maturité identique ou proche de la durée du contrat de partenariat.

Annexe V

Une fraction prépondérante de cette dette bancaire bénéficie de la garantie apportée par une cession de créance détenue par la société de réalisation sur la personne publique (dite « cession Dailly ») (cf. Encadré 1). Dans ce dispositif, prévu aux articles L. 313-23 et L. 323-29-1 du code monétaire et financier, la société projet cède aux établissements de crédit la créance constituée par l'engagement de paiement des loyers par la personne publique.

La cession de créance porte sur le montant des loyers d'investissement et de financement dus par la personne publique à la société de réalisation portant le projet. Elle est prévue dès la signature du contrat de partenariat, qui en fixe les conditions.

Encadré 1 : La cession de créance « Dailly »

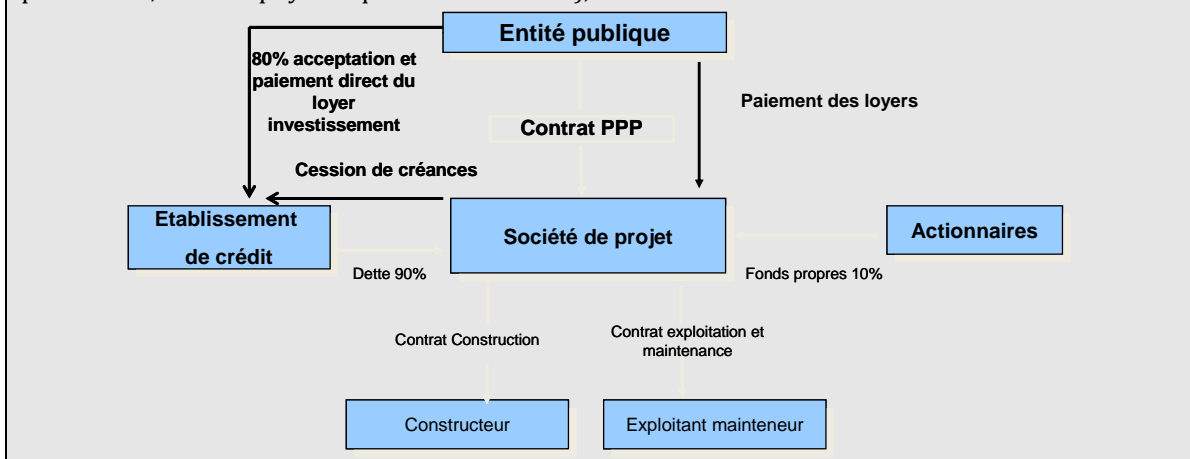
La cession dite « Dailly » permet à un emprunteur d'apporter en garantie une créance de toute nature à l'établissement bancaire octroyant l'emprunt.

L'article 313-23 du code monétaire et financier prévoit ainsi que « *tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle.* »

Le succès de la cession Dailly tient en premier lieu à son formalisme très simple, limité à l'établissement d'un bordereau devant contenir un nombre restreint d'informations : « *1. La dénomination, selon le cas, " acte de cession de créances professionnelles " ou " acte de nantissement de créances professionnelles " ; 2. La mention que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 313-23 à L. 313-34 ; 3. Le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire ; 4. La désignation ou l'individualisation des créances cédées ou données en nantissement ou des éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation, notamment par l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou de leur évaluation et, s'il y a lieu, de leur échéance.* » (L. 313-23)

La cession de créance permet ainsi à l'établissement de crédit (« cessionnaire ») de sécuriser auprès d'un tiers débiteur le remboursement du prêt consenti à son client (« cédant »). Le code monétaire et financier prévoit en effet que « *même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée* ». (L. 313-24). En outre, « *l'établissement de crédit peut, à tout moment, interdire au débiteur de la créance cédée ou nantie de payer entre les mains du signataire du bordereau.* » (L. 313-28).

La cession de créance a été explicitement étendue aux partenariats public-privé (contrats de partenariat, baux emphytéotiques administratifs), aux articles L. 313-29-1 et L. 313-29-2 du code.



Source : Code monétaire et financier, MAPPP.

En réduisant le risque supporté par l'établissement prêteur, la cession de créance permet de diminuer le coût de l'emprunt. Le financement adossé à la cession de créance acceptée bénéficie d'un niveau de risque amélioré correspondant au risque de la contrepartie publique. Avant septembre 2008, les marges de financement associées à un prêt adossé à une cession de créance étaient limitées à 10 à 20 points de base (pbs) au-dessus du prix de la ressource interbancaire (taux Euribor).

Deux procédures prévues par la loi permettent une réduction supplémentaire du risque pour l'établissement de crédit :

- ◆ **la notification** de la cession de créances : la banque peut, à tout moment, interdire au débiteur (*i.e.* la personne publique) de payer la créance entre les mains du cédant (*i.e.* la société de réalisation) ; à compter de cette notification, le débiteur ne se libère valablement qu'auprès de la banque ;
- ◆ **l'acceptation** de la cession de créance par le débiteur : par un acte supplémentaire, le débiteur peut s'engager à payer directement à la banque le montant de la créance, de façon irrévocable, sans pouvoir lui opposer les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant. **En vertu de la loi du 17 février 2009, la cession ne peut toutefois être acceptée par la personne publique – c'est-à-dire rendue irrévocable⁴ – que dans la limite de 80 % des loyers (art. L. 313-29-2 du code monétaire et financier⁵).**

La loi du 22 octobre 2010 a aménagé la procédure de cession de créance afin de garantir le maintien d'un niveau de risque adéquat sur le partenaire privé. La cession de créance a pour conséquence de diminuer la part de rémunération pouvant être soumise à modulation par la personne publique, notamment en cas de pénalité ou d'exécution imparfaite des engagements contractuels pris par le partenaire privé. La loi du 22 octobre 2010, codifiée à l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, a ainsi prévu que :

- ◆ l'acceptation de la cession de créance est conditionnée à la constatation de la réalisation effective de l'ouvrage conformément aux dispositions contractuelles ;
- ◆ le titulaire du contrat est tenu de se libérer auprès de la personne publique contractante des dettes dont il peut être redevable à son égard du fait de manquements à ses obligations contractuelles et, notamment, du fait des pénalités qui ont pu lui être infligées.

Encadré 2 : La procédure d'acceptation des cessions de créance Dailly

Dans le cadre d'une cession Dailly, l'article L. 313-29 du code monétaire et financier prévoit la possibilité d'une acceptation, par le tiers débiteur, de la cession de créance effectuée par son créancier (cédant) à un établissement de crédit (cessionnaire). Cette acceptation conduit le débiteur à payer directement l'établissement de crédit, ce qui constitue une commodité pour ce dernier.

Dans le cas des PPP, l'acceptation de la créance par la personne publique est explicitement prévue à l'article L. 329-13-1 du code monétaire et financier. « *L'acceptation prévue à l'article L. 313-29 est subordonnée à la constatation par la personne publique contractante que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat.* » L'acceptation n'entre donc en vigueur qu'à la mise en exploitation du projet.

⁴ La procédure d'acceptation par le débiteur de la cession de créance est prévue à l'art. L. 329-1 du code monétaire et financier : « *Sur la demande du bénéficiaire du bordereau, le débiteur peut s'engager à le payer directement [...]. Dans ce cas, le débiteur ne peut opposer à l'établissement de crédit les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau, à moins que l'établissement de crédit, en acquérant ou en recevant la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur.* »

⁵ « *Lorsque la personne publique contractante accepte, dans les conditions prévues à l'article L. 313-29-1 ou à l'article L. 515-21-1, une ou plusieurs cessions de créances qui portent chacune sur tout ou partie de la rémunération due au titre des coûts d'investissement et des coûts de financement mentionnés aux mêmes articles L. 313-29-1 ou L. 515-21-1, l'engagement global de la personne publique au titre de cette ou ces acceptations ne peut dépasser 80 % de la rémunération due au titre des coûts d'investissement et des coûts de financement définis ci-avant.* »

Annexe V

La loi du 22 octobre 2010 a limité l'acceptation par la personne publique de la cession de créance à 80 % du montant des loyers dus au titre du coût d'investissement (qui inclut les coûts d'étude et de conception, les coûts de construction et ses coûts annexes, les frais financiers intercalaires) et des coûts de financement.

L'engagement de paiement de la personne publique est irrévocable et ne peut faire l'objet d'aucune compensation ni aucune exception fondée sur ses rapports avec le titulaire du contrat de PPP, même en cas d'annulation, de résolution ou résiliation du contrat.

Source : Code monétaire et financier, MAPPP.

Le financement bancaire de long terme est complété par des lignes de crédit projet traditionnel. La « dette projet » constitue la fraction résiduelle des financements bancaires de long terme non adossée à une cession Dailly acceptée. Elle peut cependant être partiellement garantie par une cession de créance de type Dailly non acceptée par la personne publique.

Le coût du financement n'est pas nécessairement fixé à la signature du contrat. En effet, les principaux instruments de prêt, notamment les prêts de long terme (dette Dailly, dette projet), ne prennent effet qu'à la livraison de l'ouvrage, c'est-à-dire en règle générale plusieurs années après la signature du contrat. Afin de bénéficier d'une éventuelle amélioration des conditions de financement au cours de cette période, certains contrats prévoient que la cristallisation des taux peut intervenir à tout moment avant la mise à disposition de l'ouvrage.

Cette solution ouvre cependant le risque d'une dégradation des conditions de financement par rapport à la date de signature. C'est pourquoi certaines personnes publiques – notamment les services du ministère de l'environnement, du développement durable et de l'énergie – préfèrent fixer les taux dès la signature du contrat.

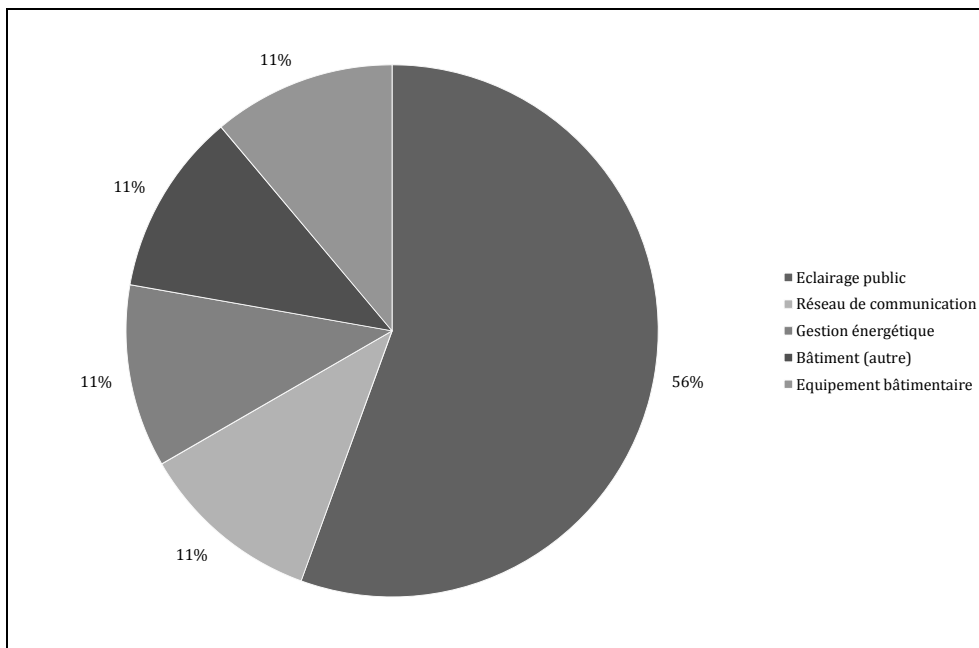
1.1.2. D'autres montages peuvent cependant être envisagés pour des projets de plus faible montant

1.1.2.1. Le partenaire privé peut financer sur ses fonds propres ou en s'endettant les projets de petite taille

Au sein de l'échantillon étudié, 14 % des projets (0,30 % des montants à financer) sont financés par le constructeur, l'entreprise ou le groupement d'entreprises en charge de la réalisation du projet à titre principal. Dans ce cas, l'entreprise prestataire peut financer le projet par des ressources propres ou s'endetter elle-même auprès d'un établissement financier.

Ce montage est uniquement appliqué aux projets de taille réduite (cf. Graphique 4). Ainsi, dans l'échantillon retenu, ce montage concerne exclusivement les projets de moins de 10 M€ ; il s'agit de cinq projets d'éclairage public, de deux projets de gestion énergétique, d'un projet de réseau de communication à haut débit et d'un parc de stationnement.

Graphique 4 : Répartition des projets de l'échantillon financés directement par l'entreprise prestataire



Source : IGF.

Ce type de montage n'est pas adapté aux projets de taille importante. Il suppose en effet une forte capacité d'endettement ou d'autofinancement de la part de l'entreprise prestataire, qui doit consolider le montant de la dette dans son bilan. En outre, ce type de montages fait reposer la majeure partie des risques de conception, réalisation et d'exploitation sur un unique acteur industriel, ce qui suppose une grande polyvalence et une assise financière robuste pour cette entreprise. Il présente également l'inconvénient de faire porter la réalisation du projet sur un unique acteur, accroissant les risques portés par la personne publique.

1.1.2.2. Le crédit bail peut être utilisé pour le financement d'ouvrages de taille intermédiaire et peu complexes

Le crédit bail permet la réalisation et le financement de projets par des partenaires privés dans un cadre juridique spécifique proche de la location (cf. Encadré 3). Au sens strict, le crédit bail consiste en un financement intégral, par une société de crédit-bail, d'un bien mobilier (crédit bail mobilier) ou immobilier (crédit bail immobilier) ensuite loué à une entreprise ou à une collectivité publique.

Encadré 3 : Le régime juridique du crédit-bail

Le crédit bail est prévu aux articles L. 313-7 et suivant du code monétaire et financier. Il couvre à la fois :

- les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires ;
- les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte ;
- les opérations de location de fonds de commerce, d'établissement artisanal ou l'un de leurs éléments incorporels ;
- les opérations de location de parts sociales ou d'actions.

Dans les deux cas, ces contrats doivent permettre aux locataires de devenir propriétaires de tout ou

partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail.

Source : Code monétaire et financier.

Le crédit-bail peut être décliné sous différents formats et être intégré dans un contrat de partenariat (cf. Encadré 4). Dans le montage le plus usuel (montage bailleur titulaire), le bénéficiaire conclut avec un établissement bancaire spécialisé un contrat de crédit-bail permettant la prise en charge des frais de préfinancement et de financement ainsi que les différentes formalités juridiques et fiscales associées à la réalisation de l'ouvrage. **Contrairement aux montages en société de projet, le bailleur-financeur est propriétaire et dispose de l'intégralité des droits réels sur le bien financé.**

Ainsi, dans les financements de type crédit-bail associés à un contrat de partenariat, le titulaire du contrat est une société de crédit-bail qui assure la mise à disposition de l'ouvrage, ainsi que certains services bâtimentaires associés.

Encadré 4 : Les différents montages possibles de financement des PPP en crédit bail

▪ Le montage titulaire

Dans ce montage, développé originellement par Aufixip, filiale de crédit-bail du Crédit agricole (devenue Crédit Agricole Leasing and Factoring), le crédit bailleur assure le financement intégral de l'actif et est titulaire de l'ensemble des obligations associées à sa propriété. Le titulaire assume les risques à caractère financier (risque de crédit, risques patrimoniaux associés à l'actif), tandis que les obligations associées à la gestion immobilière et aux autres prestations de service sont répercutées directement à des sous-traitants secondaires. Le titulaire assume ainsi dans les faits le rôle de société de réalisation.

Ce montage est approprié pour les projets de taille et de complexité réduites à moyennes, tels que la construction de gendarmerie, d'établissements de santé.

▪ Le montage crédit bail adossé

Ce montage recourt à une société de projet privée titulaire d'un contrat global classique (BEA, BEAH, contrat de partenariat, AOT, etc.) qui assure, pour le compte du bénéficiaire, la location d'une infrastructure dans le cadre d'un contrat de crédit-bail. Les flux financiers du contrat de location peuvent être sécurisés par le crédit-bailleur par une cession de créance prévue par une convention tripartite. Dans ce montage, la société de crédit-bail intervient non plus comme titulaire du contrat, mais comme bailleur de la société de projet.

Ce montage est approprié pour les projets présentant un degré de complexité supérieur, ou incluant une plus grande variété de services externalisés.

▪ Le montage financeur pur

Dans ce montage, très proche du montage en société de réalisation classique, le titulaire du contrat est une société de projet qui est également propriétaire du bien mis à disposition du bénéficiaire public. La société de crédit-bail assure le financement du projet dans le cadre d'une cession escompte (cession Dailly).

Source : Natixis Lease.

Les montages de type crédit-bail présentent plusieurs avantages opérationnels et comptables :

- ◆ la société de crédit-bail prend en charge la gestion du projet, directement pour ce qui concerne la gestion financière, patrimoniale et fiscale du projet, indirectement pour la conduite du chantier et les prestations de service associées à l'exploitation du bâtiment ;
- ◆ la dette est intégralement consolidée auprès du bailleur et n'affecte pas le constructeur ;

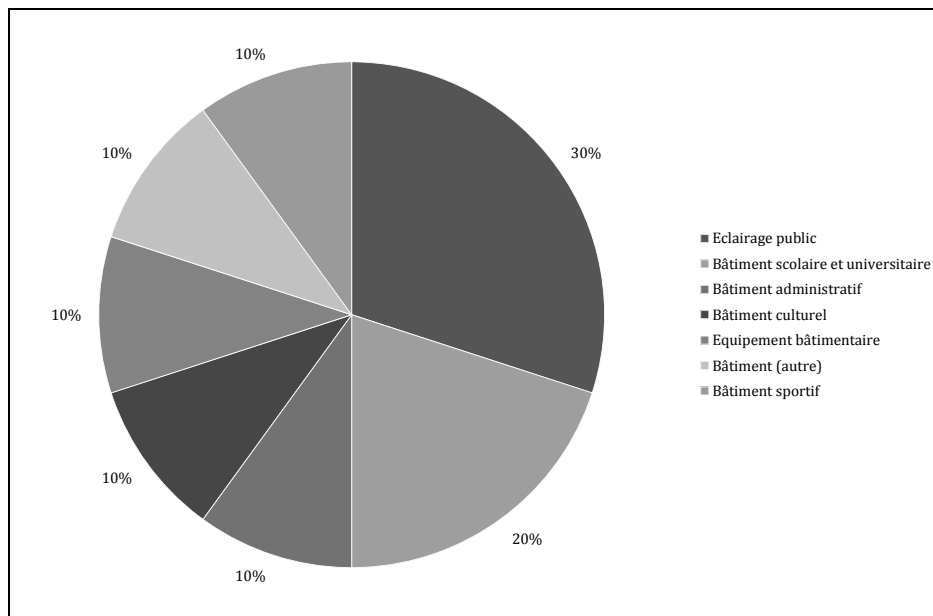
Annexe V

- ◆ le coût du financement est théoriquement plus avantageux qu'un financement par crédit classique – même si la mission n'a pas été en mesure de répertorier les coûts des contrats de crédit bail effectivement signés. En effet, la société de crédit-bail demeure propriétaire du bien mis en location et conservant l'exercice des droits réels, qui viennent garantir le montant des financements mobilisés et en réduire le coût en fonds propres ; elle assure la gestion immobilière des biens dont elle a la détention, gestion pouvant être optimisée et donnant lieu à des économies d'échelle.

Le financement en crédit-bail est surtout adapté à des projets de taille et de complexité limitées. En effet, l'absence, ou le poids résiduel, d'une société de projet dotée de capitaux propres, ne permet pas la gestion de prestations complexes ou de risques très spécifiques.

Au sein de l'échantillon retenu, 10 projets (16 % de l'échantillon, 1,26 % du volume total à financer) font l'objet d'un montage en crédit-bail (cf. Graphique 5). Ces projets, d'un montant inférieur à 50 M€, sont conduits pour le compte de collectivités locales ou d'hôpitaux⁶ et portent en premier lieu sur des projets d'éclairage public, des bâtiments scolaires ou administratifs (cf. Graphique 5).

Graphique 5 : Répartition des projets de l'échantillon financés par crédit-bail ou assimilé



Source : IGF.

1.2. Les PPP peuvent également bénéficier de financements publics

Afin de faciliter la réalisation des ouvrages en PPP en période de tarissement des financements bancaires, le législateur a autorisé en 2009 l'octroi de financements publics. Modifiant la définition du contrat de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004, la loi du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés a prévu que le partenaire privé pouvait se voir confier « tout ou partie » du financement de l'ouvrage⁷.

⁶ L'État a cependant établi des contrats de location par crédit bail, notamment pour certains locaux administratifs. Ces contrats, ne prenant pas nécessairement la forme d'un contrat de partenariat, d'une AOT-LOA, d'un BEH ou d'un BAA, n'ont pas été inclus dans l'échantillon.

⁷ « 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

Les modalités du financement public ne sont pas précisées par les textes. Il prend généralement la forme d'une subvention directe au projet, dès la signature du contrat, en cours de construction ou à la livraison du projet.

En ce qui concerne les collectivités locales, cette loi a cependant précisé que « *le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret* » (art. L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales) ; ce seuil a été fixé par décret du 20 août 2009 à 40 M€ hors taxe (art. D. 1414-19 CGCT).

Au sein de l'échantillon de contrats analysé par la mission, 14 contrats, soit 24 % des contrats de l'échantillon représentant 23 % du volume total à financer ont bénéficié d'une subvention. Douze contrats étaient portés par des collectivités locales et deux ont été portés par le ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche. La subvention représente environ 30 % du montant total à financer (cf. Tableau 7), soit une subvention moyenne de 16 M€ sur l'échantillon.

Tableau 7 : Projets de l'échantillon étudié ayant fait l'objet d'une subvention

Catégorie de personne publique	Nombre de projets	Montant moyen à financer (k€, HT)	Subvention moyenne (% du montant à financer)
Collectivités locales	12	24 718,54	28 %
État	2	152 535,78	33 %
Total général	14	55 809,22	29 %

Source : IGF.

Le plus fréquemment, les PPP intègrent les financements privés dans des montages standardisés reposant sur des sociétés projets dotées de fonds propres apportés par des investisseurs intéressés au bon déroulement du projet, et de dette fournie par des établissements bancaires partenaires. Ce montage est observé dans près de 60 % des projets de l'échantillon étudié par la mission.

Le plan de financement des sociétés de projet diffère pour la phase de construction, qui donne lieu à un crédit construction et à des crédits relais, et pour la phase d'exploitation de l'infrastructure, où les prêts initiaux sont refinancés sous forme de dette à long terme. Ces prêts sont remboursés en phase d'exploitation par un loyer d'investissement versé par la personne publique. La fixation du coût des crédits bancaires (cristallisation des taux) peut intervenir dès la signature du contrat ou ultérieurement et au plus tard, à la livraison de l'ouvrage.

En application des dispositions du code monétaire et financier, une part prépondérante de cette dette peut être garantie par une cession de créance Dailly acceptée, qui permet d'en réduire le coût.

D'autres montages peuvent être envisagés pour des projets de plus faible montant : le financement apporté directement par la société assurant la réalisation du projet, ainsi que les montages en crédit-bail. Ces deux montages ne sont adaptés qu'à des projets de taille modérée et présentant un degré de complexité limité.

Enfin, afin de faciliter la réalisation des ouvrages en PPP en période de tarissement des financements bancaires, le législateur a autorisé en 2009 l'octroi de financements publics.

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. »

2. La crise financière et le durcissement des règles prudentielles applicables aux établissements de crédit ont conduit à une détérioration des conditions de financement des PPP

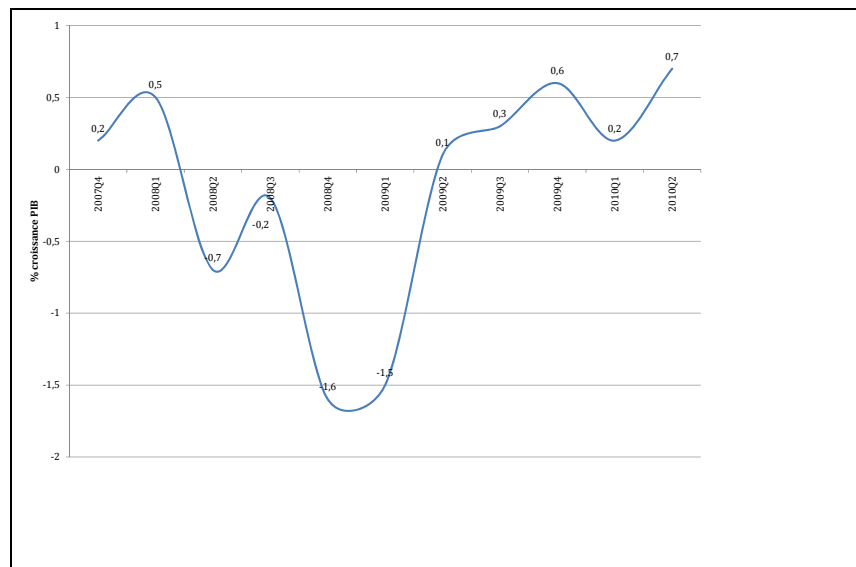
2.1. En raison de la crise financière et de l'évolution des règles prudentielles, le contexte général du financement de projet bancaire est aujourd'hui fortement contraint

2.1.1. La crise financière a conduit à une diminution de l'activité et de la rentabilité des banques

La crise financière survenue à partir de 2008 a eu un impact significatif sur les conditions de financement bancaire. La crise a connu deux phases principales, qui ont toutes deux affecté la liquidité et la solvabilité des principaux établissements de crédit européens : la crise dite des *subprimes*, liée à la détention d'actifs à risque, notamment des prêts immobiliers titrisés de 2007 à 2009 ; la crise de la dette souveraine des États du sud de l'Union européenne, à partir de 2010. Les banques ont subi des pertes importantes à hauteur de leur exposition aux produits structurés ou à la dette souveraine.

En raison de la crise, l'activité économique a connu une contraction forte en 2008 et 2009, puis une stagnation. En France, la croissance du PIB a été négative au cours de quatre semestres successifs en 2008 et 2009 (cf. Graphique 6).

Graphique 6 : Croissance du PIB en France de 2007 à 2010



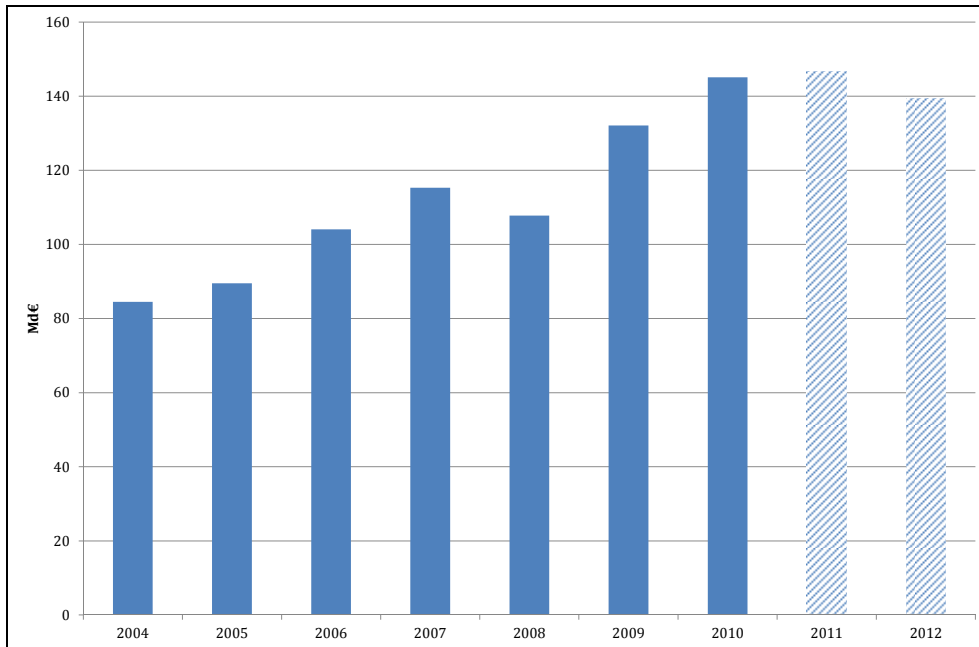
Source : Eurostat.

La diminution de l'activité et les pertes engendrées ont pesé sur la rentabilité des banques (cf. Graphique 7). D'après Xerfi⁸, le produit net bancaire des banques françaises a diminué de 6,5 % en 2008. Après un rebond en 2009 (+ 22,5 %) et 2010 (+ 9,8 %) le PNB des banques françaises devrait stagner en 2011 (+ 1,0 %) puis diminuer en 2012 (-5,0 %) en raison de l'aggravation de la crise des dettes souveraines (cf. Encadré 5).

⁸ Xerfi 700, *Marché bancaire français*, décembre 2011.

Au sein des activités bancaires, les départements de financement et d'investissement, qui hébergent les activités de financement de projet, sont particulièrement affectés par la crise. D'après Xerfi, les revenus de la banque de financement et d'investissement, qui représentent près de 20 % du PNB total des banques françaises, pourraient diminuer de 10 % en 2011, après une baisse de 3 % en 2010.

Graphique 7 : Produit net bancaire des banques françaises



Source : Xerfi 700, décembre 2011. Note de lecture : 2011, 2012 : prévisions.

Encadré 5 : Prévisions pour le marché bancaire français en 2012

D'après Xerfi, plusieurs facteurs devaient conduire à une contraction de l'activité et des revenus bancaires en 2012 :

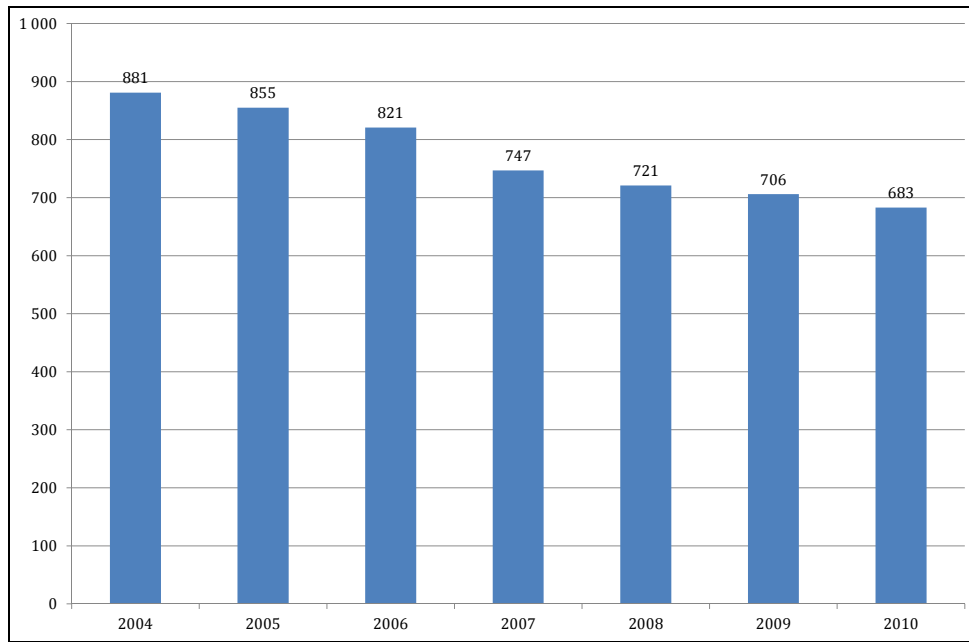
- en l'absence de résolution de la crise des dettes souveraines en Espagne et en Italie, les valeurs bancaires françaises demeureront vulnérables en 2012 en raison de leur exposition à la dette souveraine ;
- la croissance économique devrait connaître un nouveau ralentissement, aggravé par la consolidation des finances publiques nationales ;
- la mise en œuvre du ratio de fonds propres *Core tier one* de 9 % fixé par l'autorité bancaire européenne au 30 juin 2012 va conduire à une diminution de la taille des bilans et de l'activité des établissements.

Source : Xerfi 700, Marché bancaire français, décembre 2011.

En raison de la crise, le mouvement de consolidation du secteur bancaire observé depuis le début des années 2000 s'est poursuivi (cf. Graphique 8). De 2002 à 2010, le nombre d'établissements de crédit a diminué de 30 %. Le mouvement de concentration observé dans les années 2000⁹ s'est intensifié dans les dernières années : le nombre d'établissements a diminué de 3 % en 2009, de 2 % en 2009 et de 3 % en 2010.

⁹ Le secteur bancaire a connu plusieurs opérations de fusions et d'acquisitions au cours de la décennie 2000 : le rapprochement BNP-Paribas en 2000 ; celui du Crédit agricole et du Crédit Lyonnais en 2003 ; celui de la Banque populaire et des Caisses d'épargne au sein de Natixis en 2006 puis de BPCE en 2009 ; la reprise de Fortis par BNP Paribas en 2009 etc.

Graphique 8 : Nombre d'établissements de crédit en France



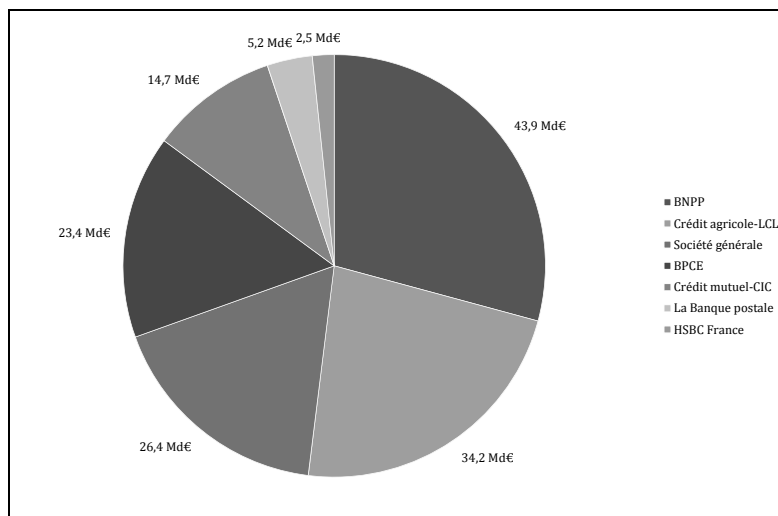
Source : Xerfi.

La concentration du secteur bancaire est aujourd'hui plus forte (cf. Graphique 9). En 2010, quatre groupes représentaient 85 % du produit net bancaire : BNP Paribas (29 %), Crédit agricole-LCL (23 %), Société générale (18 %), BPCE (16 %). Cette situation oligopolistique pèse sur les conditions de concurrence dans les activités de financement de projet, où ne sont représentés que les plus grands établissements.

Le nombre d'établissements de crédit nationaux dans le secteur du financement des PPP a diminué. Certaines institutions financières actives dans le financement des ouvrages publics, notamment des PPP, se sont désengagées du marché, soit totalement – c'est notamment le cas de la banque Dexia – soit en diminuant fortement le montant des tickets de financement accordés – c'est le cas, notamment, de la Société générale.

La conjonction d'une perte de rentabilité et d'une diminution de la concurrence a pour effet prévisible une augmentation du coût des prêts bancaires.

Graphique 9 : Produit net bancaire des principaux groupes bancaires français en 2010



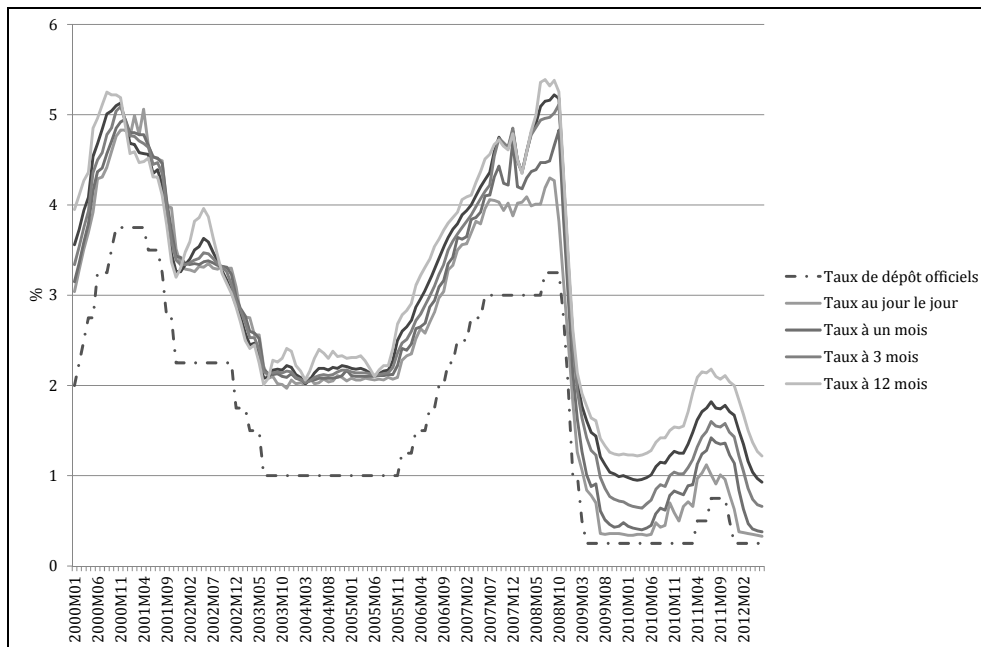
Source : Xerfi 700.

2.1.2. En dépit d'une politique monétaire expansionniste, le volume de crédit distribué est contraint par les difficultés de refinancement des banques et par des règles prudentielles plus contraignantes

L'incertitude pesant sur la solvabilité des établissements de crédit a conduit à une forte diminution de la liquidité interbancaire et à la dégradation de leurs conditions de refinancement. Depuis cette date, les établissements de crédit connaissent des difficultés de refinancement en raison des tensions persistantes sur le marché interbancaire, qui ont conduit les banques à réduire la maturité de leurs prêts :

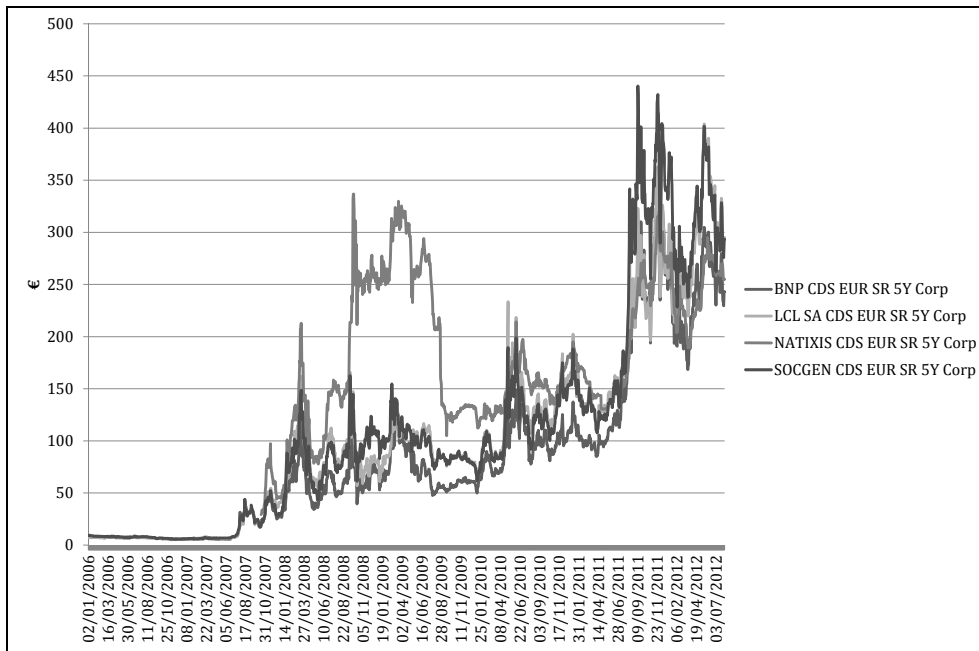
- ◆ le coût du crédit interbancaire a fortement augmenté à la fin de 2008 et au deuxième semestre 2011, en dépit d'une politique monétaire très accommodante (cf. Graphique 10)
- ◆ indicateur de solvabilité et indirectement, du coût de la liquidité des banques, la valeur des contrats dérivés sur risque crédit (*credit default swap*) sur les principales banques françaises a fortement augmenté entre 2008 et 2012 (cf. Graphique 11).

Graphique 10 : Rendement de l'Euribor de 2000 à 2012



Source : AFT.

Graphique 11 : Credit Default Swap des quatre principales banques françaises



Source : AFT.

Le renforcement de la réglementation prudentielle a également contraint la capacité de financement des établissements de crédit français (cf. Encadré 6). Le renforcement des règles prudentielles applicables au secteur bancaire a été décidé au niveau international dès 2009¹⁰ ; les travaux du comité de Bâle ont d'ores-et-déjà donné lieu à plusieurs textes législatifs au niveau européen. En vertu de ces nouvelles règles, les banques sont soumises à plusieurs exigences nouvelles :

- ◆ la redéfinition des fonds propres, notamment des fonds propres durs (*Tier 1*) ;
- ◆ le renforcement des ratios de solvabilité ;
- ◆ l'introduction de ratios de liquidité à court et à long terme.

Les banques européennes, et singulièrement les banques françaises, demeurent éloignées des objectifs fixés par ces normes. Les *stress test* de l'autorité bancaire européenne sur la mise en œuvre des nouvelles exigences en fonds propres, dont les résultats ont été publiés en décembre 2010, font état d'un besoin de recapitalisation de l'ordre de 115 Md€ pour 71 banques européennes.

En outre, l'étude quantitative d'impact (*quantitative impact study*) réalisée par le comité de Bâle en juin 2011 et publié en avril 2012¹¹ a mis en évidence un déficit de liquidité tant à court terme qu'à long terme. En ce qui concerne le ratio de liquidité de court terme (LCR), ce déficit s'élève à 1 150 Md€ pour 158 banques européennes étudiées. En ce qui concerne le ratio de liquidité à long terme, l'insuffisance de refinancement stable s'élève à 1 930 Md€. La situation des banques françaises est relativement défavorable dans cette étude, tant en raison de la faiblesse de la réserve d'actifs liquides, que par un fort excédent des crédits par rapport aux dépôts, au poids des placements des OPCVM monétaires et de l'importance du financement par titres à échéances courtes.

¹⁰ Sommet du G20 de Pittsburgh, 24 et 25 septembre 2009.

¹¹ Bank Committee on Banking Supervision, *Results of the Basel III monitoring exercise as of 30 June 2011*, Bank for International Settlements.

Les restrictions d'accès à la liquidité de marché et les normes prudentielles, notamment de liquidité, ont pour impact cumulé de contraindre fortement les financements longs. Pour faire face aux nouvelles exigences prudentielles, les banques françaises doivent en effet allonger la maturité de leurs passifs et réduire leur dépendance aux financements de court terme afin de limiter la transformation¹².

Encadré 6 : Les nouvelles obligations prudentielles applicables aux établissements de crédit français

Le renforcement des règles prudentielles applicables aux établissements de crédit émane des normes du comité de Bâle sur le contrôle bancaire (décembre 2010). Ces normes ont été retranscrites dans la législation européenne applicable au secteur bancaire, notamment la directive 2010/76/UE modifiant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE en ce qui concerne les exigences de fonds propres pour le portefeuille de négociation et pour les retitrisations, et la surveillance prudentielle des politiques de rémunération (dite directive CRD 3), complétée par la proposition de directive et de règlement du 20 juillet 2011 (CRD 4).

▪ **La redéfinition des fonds propres**

Bâle III prévoit un renforcement de la qualité des fonds propres. Les fonds propres de base (*Tier 1*) doivent être constitués essentiellement d'actions ordinaires et de bénéfiques non distribués, ainsi que de manière complémentaire, d'instruments subordonnés. Les instruments de fonds propres complémentaires (T2) seront harmonisés et les instruments de fonds propres T3, qui n'étaient disponibles que pour couvrir les risques de marché, seront supprimés.

▪ **Le renforcement des ratios de solvabilité**

En vertu de Bâle III, l'exigence minimale en fonds propres durs (T1) est portée à 4,1 % des actifs pondérés. La rénovation de la réglementation bancaire nationale faisant suite à l'introduction de nouvelles règles prudentielles prévoit que le ratio des fonds propres durs doit être porté à 9 % des engagements pondérés au 30 juin 2012.

Ce ratio est complété par l'introduction d'un ratio de levier défini comme ayant pour objectifs de compléter les exigences fondées sur le risque par une mesure simple, non basée sur le risque, servant de filet de sécurité et de limiter l'accumulation de l'effet de levier dans le secteur bancaire. Le comité de Bâle expérimente un ratio de levier minimal de 3 % de fonds propres de base en couverture de l'exposition totale de l'établissement portée à son bilan.

▪ **L'introduction de ratios de liquidité**

Bâle III prévoit l'introduction d'un ratio de liquidité à court terme (LCR – *Liquidity Coverage Ratio*) visant à assurer que la banque dispose d'un niveau adéquat d'actifs liquides de haute qualité non grevés pouvant être convertis en liquidité pour couvrir ses besoins sur une période de 30 jours en cas de graves difficultés de financement.

Les nouvelles normes prévoient également la mise en œuvre d'un ratio structurel de liquidité à long terme (NSFR, *Net Stable Funding Ratio*), correspondant au montant de financement stable disponible rapporté au montant de financement stable exigé, qui doit être supérieur à 100 %. Il impose un montant minimum acceptable de financement stable en rapport avec le profil de liquidité de leurs actifs et de leurs activités sur une période de un an. Le NSFR est structuré de manière à ce que les actifs à long terme soient financés avec un montant minimum de passifs stables en rapport avec leur profil de risque de liquidité.

L'arrêté du 5 mai 2009 relatif à l'identification, la mesure, la gestion et le contrôle du risque de liquidité impose aux établissements de crédit le respect d'un coefficient de liquidité, devant être au moins égal à 100 %, défini comme le rapport entre les actifs liquides de bonne qualité (notamment les avoirs en caisse, solde des comptes à vue débiteurs des clients et créditeurs des banques, parts en OPCVM monétaires, titres de créance à court terme, bons du Trésor, actions négociées sur des marchés réglementés), et les engagements de crédit de l'établissement devant être tirés dans le mois.

Source : Comité de Bâle, autorité de contrôle prudentiel.

¹² Autorité de contrôle prudentiel, Présentation du secrétaire général adjoint au Club banque, 19 juin 2010.

2.2. Les conditions du financement bancaire des PPP se sont dégradées consécutivement à la crise financière

2.2.1. L'effet de levier a diminué dans le financement des projets, conduisant à une augmentation de la part des fonds propres et des subventions

2.2.1.1. Habituellement, le recours aux fonds propres de la société de projet est résiduel mais contribue au transfert de risques vers le partenaire privé

Les fonds propres sont constitués par le capital social apporté par les actionnaires de la société de projet et la dette subordonnée apportée par les actionnaires. La répartition entre les fonds propres et les quasi fonds propres participe d'une stratégie d'optimisation financière et fiscale du groupement.

L'actionnariat de la société de réalisation constitue un élément déterminant de la solidité du projet, dans la mesure où il contribue au transfert du risque de l'opération vers les partenaires privés. En règle générale, l'actionnariat de la société de réalisation associe l'entreprise de bâtiments travaux publics en charge de la construction de l'ouvrage, ainsi qu'une ou plusieurs des banques finançant le projet. L'implication des actionnaires de la société, qui assument une part du risque associé au projet par leur participation au capital social de la société, constitue une incitation forte à la bonne réalisation de l'ouvrage, la rémunération du capital intervenant au moment du paiement des loyers.

2.2.1.2. L'effet de levier a diminué dans les PPP les plus récents, au profit d'une augmentation des fonds propres et des subventions

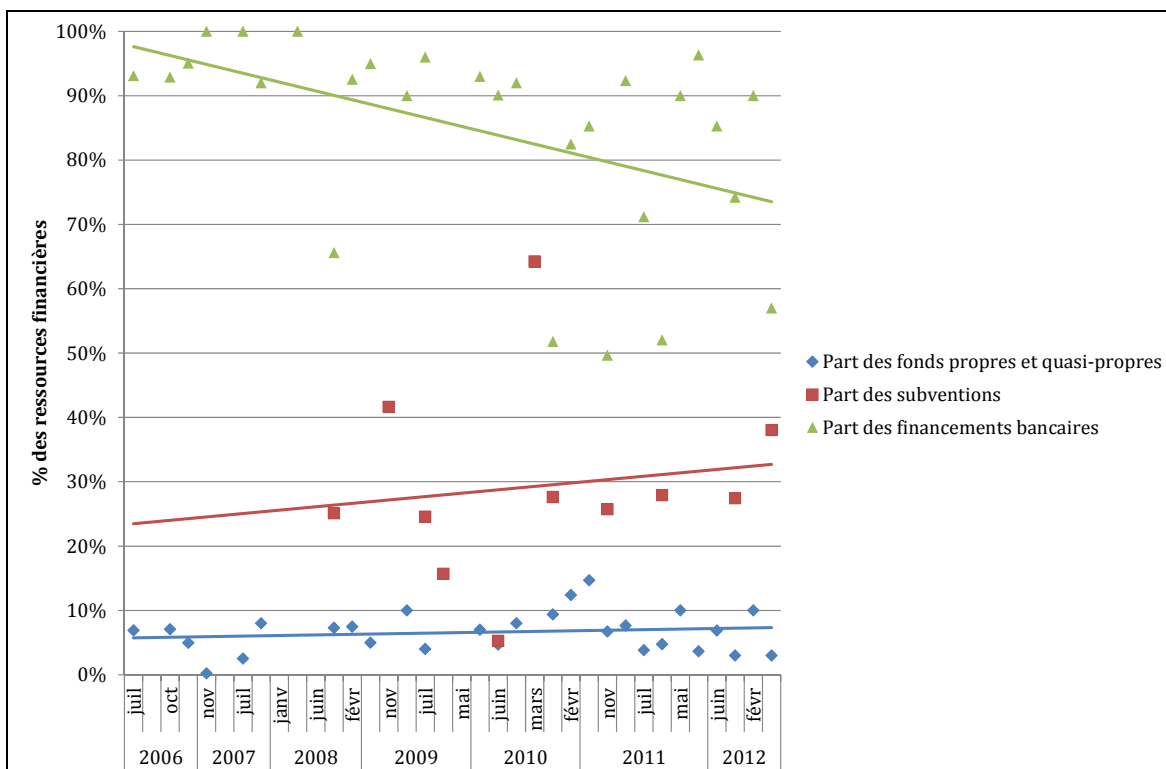
Le niveau de fonds propres a augmenté dans le contexte de la crise financière. Le niveau de fonds propres constitue le niveau de risque que les actionnaires sont disposés à porter dans le projet ou que les prêteurs exigent en matière de répartition des risques. Les projets conduits avant la crise financière de 2008 étaient caractérisés par un très faible apport en fonds propres, pouvant être inférieur à 5 %. Avec la crise financière, les prêteurs ont exigé un niveau de fonds propres supérieur, aujourd'hui situé autour de 10 % du total des financements.

Dans l'échantillon retenu, la part du financement bancaire a reculé au profit des fonds propres et quasi fonds propres et des subventions (cf. Graphique 12). La part de l'endettement bancaire est passée de 94 % du montant à financer en moyenne en 2006, à 76 % en 2012 dans les projets de l'échantillon. Cette évolution est plus marquée pour les projets conduits par les collectivités locales (70 % de dette bancaire en moyenne dans les quatre projets de l'échantillon répertoriés en 2012, contre 98 % en moyenne dans les sept projets répertoriés en 2006). Elle est également observée, de manière plus atténuée, dans les projets conduits par l'État (94 % d'endettement bancaire en 2006, 88 % en 2012).

Dans les projets étudiés, l'appoint du financement est assuré par une augmentation :

- ◆ **des fonds propres** pour les projets de plus de 100 M€, passant de 6 % du montant à financer en moyenne en 2006, à 8 % en 2012 ;
- ◆ **des subventions**, pour les projets de moins de 100 M€, à la faveur de la modification de l'ordonnance intervenue en 2009 : si aucune subvention n'était répertoriée pour les projets conduits en 2006 et 2007, la part de subvention s'élève à 17 % du montant à financer en moyenne en 2011 et 30 % en 2012.

Graphique 12 : Structure de financement des projets étudiés dans l'échantillon



Source : IGF.

Note de lecture : les droites figurant sur le graphique constituent des droites de régression linéaire.

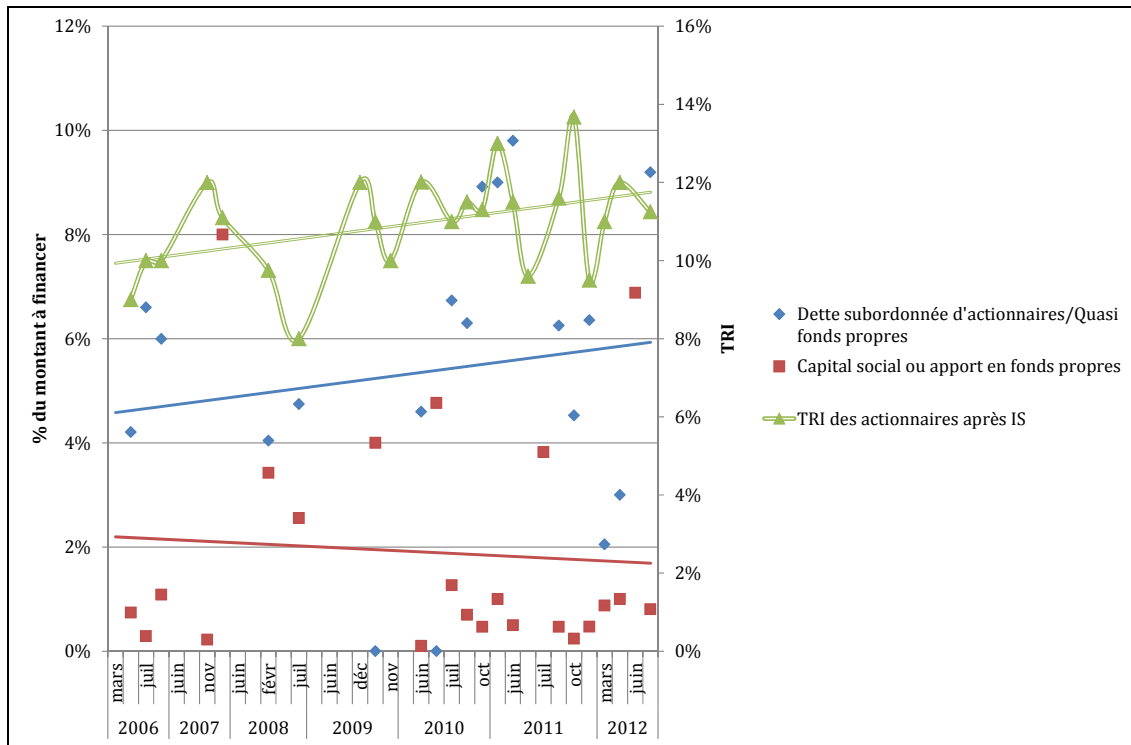
2.2.1.3. La rentabilité des fonds propres investis a augmenté

La structure des fonds propres apportés dans les sociétés de projet a elle-même évolué (cf. Graphique 13). Dans les projets de l'échantillon, les apports en capital social ont tendancielllement diminué, passant de 4 % du montant à financer en moyenne en 2007 à 2 % en 2012, au profit de la dette subordonnée, dont le volume a augmenté, passant de 5 % en 2006 à 7 % en moyenne en 2011.

La rémunération des fonds propres a également augmenté. Dans l'échantillon, le taux de rendement interne (TRI) cible (ex ante) des actionnaires prévu par les modèles financiers des sociétés de réalisation annexés aux contrats de partenariat est passé de 10 % en moyenne en 2006 à 12 % en 2011. Cet ordre de grandeur est également observé au Royaume-Uni : dans un rapport publié en février 2012 sur l'investissement en capital dans les PPP, le NAO relevait des taux de rendement compris entre 12 % et 15 %¹³.

¹³ National Audit Office, *Equity investment in privately financed projects*, février 2012.

Graphique 13 : Structure des fonds propres apportés dans les projets de l'échantillon



Source : IGF.

Le rendement des fonds propres peut évoluer par rapport au niveau prévu à la signature du contrat. Le niveau du TRI actionnaire en début de projet est en effet distinct du retour sur investissement en fin de période de construction ou à la revente des parts de capital. Une fois disparu le risque de construction, qui ne peut être aisément quantifié à partir du modèle financier initial, le rendement des fonds propres en période d'exploitation peut être substantiellement supérieur au TRI nominal affiché dans le modèle financier initial.

Au Royaume-Uni, le NAO a ainsi mis en évidence des niveaux de rendements injustifiés, notamment à la revente des parts de sociétés de projet sur le marché secondaire (cf. Encadré 7 et Graphique 14). D'après les estimations réalisées par le NAO, ces taux de profit à la sortie (*exit returns*), définis comme le prix de cession des participations rapportées au montant initialement investi¹⁴, seraient généralement compris entre 15 % et 30 % et peuvent atteindre jusqu'à 60 %. Le niveau très élevé des rendements proviendrait à la fois d'une sur-estimation des risques et d'une sur-tarifcation du capital dans le contrat initial ; et d'opportunités de refinancement disponibles sur le marché. Cette rente capitalistique n'est aucunement rétrocédée aux personnes publiques.

Il n'est pas possible aujourd'hui de contrôler l'existence de surprofit et, plus généralement, le niveau de profit généré par les investisseurs en capital dans les sociétés de projet françaises. Ce contrôle supposerait la transmission de données sur les prix de revente des parts de capital détenues dans ces sociétés, ou sur les conditions de refinancement du crédit relais fonds propres.

¹⁴ Le taux de profit (ou retour sur investissement), qui rapporte la valeur finale de l'investissement à sa valeur initiale, diffère du taux de rendement interne, qui est calculé à partir de flux financiers actualisés.

Annexe V

Afin d'assurer le bon calibrage du coût du capital prévu dans le plan de financement des contrats, ainsi que leur adéquation au niveau de risque effectivement pris par les investisseurs, il conviendrait d'introduire une obligation de déclaration auprès de la personne publique et de la MAPPP des conditions financières de revente des parts de capital des sociétés de projet, ainsi que les conditions de refinancement des prêts. Comme le suggère le NAO, un mécanisme de rétrocession de la rente de refinancement pourrait être envisagé en cas de surprofits manifestes.

Proposition n° 1 : Introduire une obligation de déclaration à la personne publique des conditions financières de revente des parts détenues dans le capital des sociétés de projet et de refinancement des prêts contractés par la société de projet

Proposition n° 2 : Envisager la mise en œuvre d'une obligation de partage de la rente de refinancement avec la personne publique

Encadré 7 : La question du taux de profit des investisseurs en capital dans les PFI britanniques

▪ **National Audit Office, *Lessons from PFI and other projects*, avril 2011**

En 2011, le National Audit Office (NAO) pointait le manque de données sur le rendement obtenu par les investisseurs en fonds propres et sur leur adéquation au niveau de risque encouru. Le NAO estimait qu'une plus grande transparence sur les taux de profit des investisseurs lors de la cession ou le rachat de parts dans les sociétés de réalisation est nécessaire. Bien que les autorités publiques soient en mesure de demander la transmission de données financières à jour, aucune information n'est disponible sur le prix de cession des actions des sociétés de projet sur le marché secondaire. Il n'est ainsi pas possible de contrôler l'adéquation des rendements obtenus aux risques réellement encourus.

▪ **National Audit Office, *Equity investment in privately financed projects*, février 2012**

En février 2012, tout en notant le rôle bénéfique des investisseurs en fonds propres dans la structuration des projets de PFI, le NAO estimait que le niveau de profitabilité obtenu par les investisseurs en fonds propres n'était pas nécessairement corrélé au niveau de risque encouru.

Les risques portés par les investisseurs en capital sont en effet concentrés dans la phase de construction du projet :

- risque de candidature infructueuse au terme de l'appel d'offre ;
- risque de défaillance ou de sous-performance d'un sous-traitant de la société de projet ;
- risque de sous-estimation des coûts d'exploitation ou de maintenance du projet ;
- risques accidentels et d'événements imprévus.

Le NAO note cependant que le poids de ces risques est limité pour les investisseurs en capital :

- ces risques sont largement transférés aux sous-traitants ;
- il n'existe pas de risque de demande ou de crédit, s'agissant d'une contrepartie publique ;
- la plupart des projets de PFI conduits (écoles, hôpitaux) sont aujourd'hui bien maîtrisés ;

Ainsi, d'après un sondage conduit par le NAO sur 118 projets, 84 donnaient lieu à des taux de profit supérieurs au montant prévisionnel. Une fois passée la période de construction, les investisseurs parviennent à accroître substantiellement le rendement du projet :

- soit en refinançant la dette à moindre coût, conduisant à des économies pouvant aller de 12 à 70 % ;
- soit en vendant leurs parts dans la société de projet, conduisant à des rendements allant de 5 à 70 % selon le cas, soit un taux de profit nettement supérieur au taux facial initialement prévu.

Le NAO estimait ainsi que les rendements offerts aux investisseurs dans les projets de PPP étaient généralement excessifs, en raison d'une mise en concurrence insuffisante, d'un coût du capital attendu trop élevé ou d'une mauvaise tarification du capital à l'origine du projet.

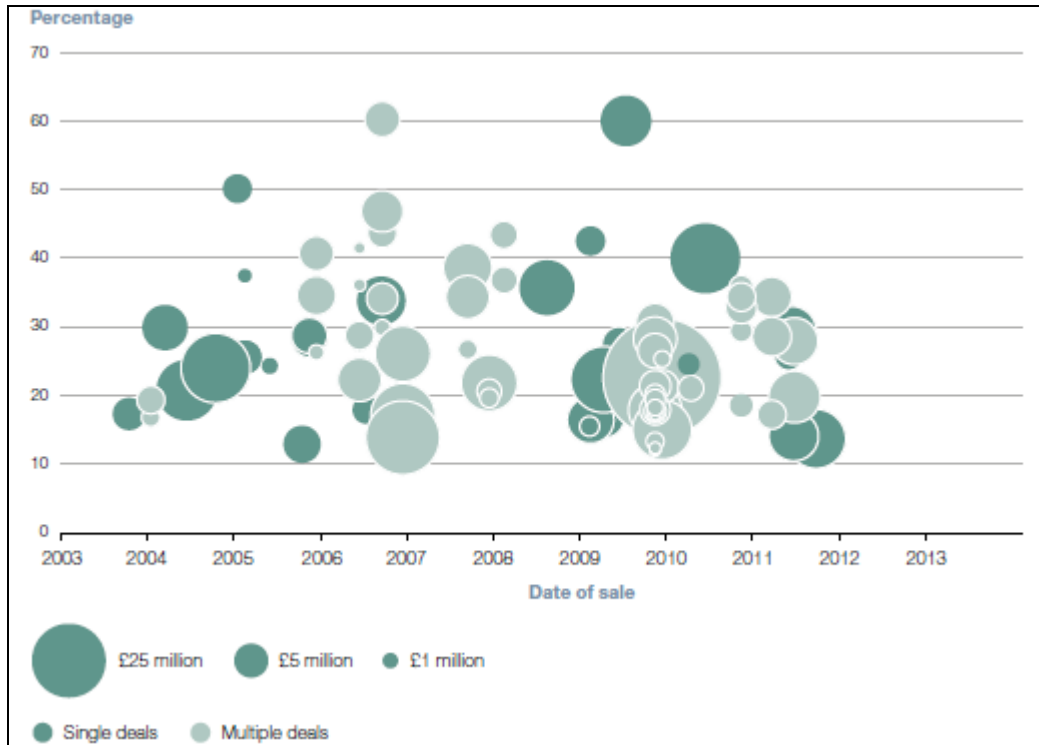
Au final, le NAO préconisait :

- une meilleure estimation du risque pris par les investisseurs et du coût du capital lors de la négociation du contrat ;

- l'introduction de dispositifs de partage de la rente capitalistique avec la personne publique.

Source : NAO, rapports cites.

Graphique 14 : Taux de profit à la revente des parts détenues dans les sociétés de projet au Royaume-Uni, en fonction du volume d'actions vendues et de la date de la vente



Source : National Audit Office, Equity investment in privately financed projects, février 2012.

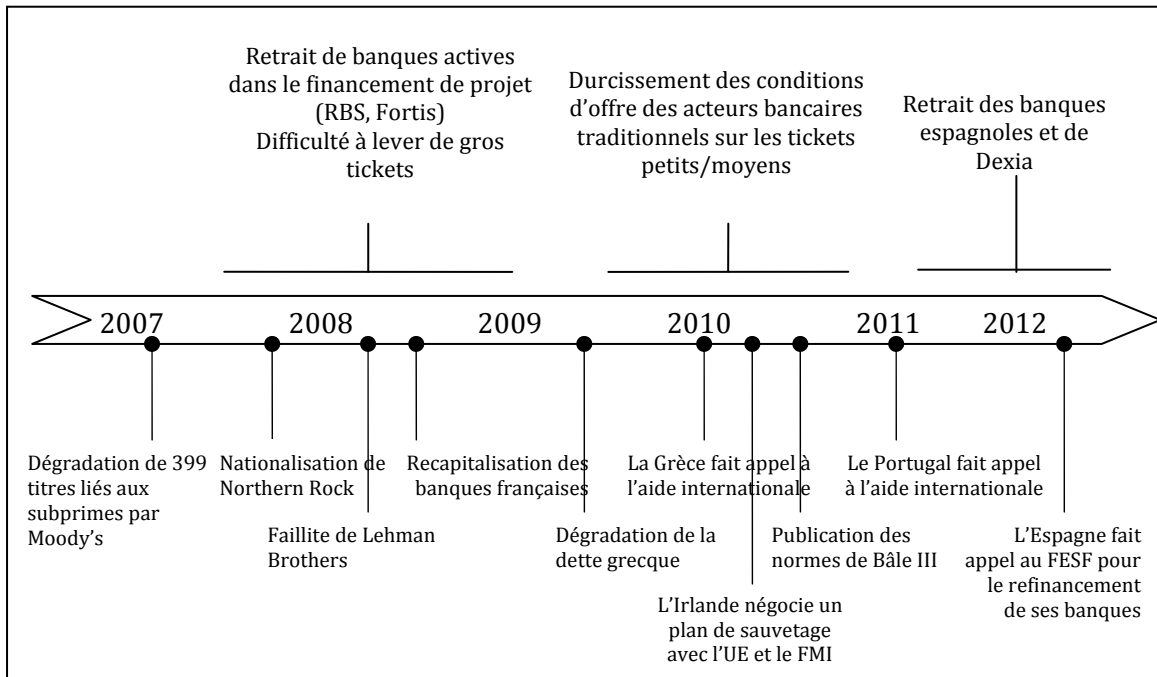
2.2.2. Le volume et la maturité des crédits bancaires sont en forte restriction depuis la fin 2011

2.2.2.1. La dégradation du contexte bancaire a eu un impact négatif sur l'offre de crédit en financement de projet

Suivant l'évolution de la crise, la dégradation du marché du financement bancaire des PPP a connu plusieurs phases successives (cf. Graphique 15) :

- ◆ en 2008 et 2009, le tarissement de la liquidité interbancaire et la disparition de grands établissements actifs en financement de projet au niveau international a pénalisé le financement des gros projets, tout en conduisant à une première phase de renchérissement du coût des prêts ;
- ◆ en 2009 et 2010, la dégradation de la rentabilité des banques, l'anticipation du renforcement des normes prudentielles conduisent à dégrader les conditions de financement des projets de petite-moyenne taille ;
- ◆ en 2011, le retrait de plusieurs acteurs importants du financement de projet en France, notamment Dexia, ainsi que les banques espagnoles BBVA et Santander, conduisent à un tarissement généralisé des financements de long terme sur le marché des infrastructures.

Graphique 15 : Chronologie de la crise financière et de l'évolution du marché du financement des PPP depuis 2007



Source : Mission.

Les montages en syndication ont cédé la place à des financements en pool simples, moins favorables à l'emprunteur :

- ◆ **le recours à la syndication des prêts a fortement reculé.** La syndication consiste en une prise ferme d'un prêt par une banque arrangeuse qui assure le placement de la dette auprès d'établissements prêteurs secondaires (cf. Encadré 8) ;
- ◆ ce type de montage est aujourd'hui en recul, au profit de financement en club (*club deal*), sans arrangeur. **Les financements en club deals (crédit consortial) conduisent à des conditions de prêt moins favorables.** Ils impliquent le recours à un nombre plus important de banques offreuseuses et une négociation des conditions de prêt avec chacun des établissements. Les conditions de prêt obtenues sont généralement alignées sur les conditions de liquidité les plus restrictives offertes au sein du groupement, donc sur les prix les moins favorables.

Encadré 8 : Syndication bancaire et club deals

▪ **La syndication bancaire**

La syndication de crédit habituellement employée est un procédé de répartition des crédits entre plusieurs banques par l'intermédiaire d'un arrangeur. L'entreprise choisit tout d'abord une banque qui va jouer le rôle de chef de file de l'opération. Cette banque pourra éventuellement réaliser une prise ferme de l'intégralité du crédit qu'elle syndiquera par la suite.

Le chef de file sera rémunéré spécifiquement pour son rôle de conseil et de placement. Concomitamment, la banque et l'entreprise choisiront une stratégie de syndication, c'est-à-dire le choix des banques (ou des institutions financières) qui composeront le syndicat bancaire. Sur la base de réunions avec l'entreprise et d'un memorandum d'information, les banques contactées se déterminent sur leur participation ou non au crédit syndiqué. Une fois le syndicat formé, la documentation juridique est finalisée. L'opération de Placement peut durer environ deux mois depuis le choix de l'établissement arrangeur jusqu'à la mise à disposition des fonds.

▪ **Les clubs deals**

Alternativement, le financement bancaire peut recourir à une multiplicité de prêteurs sollicités directement par le bénéficiaire. Ce montage ne fait pas appel aux services d'une banque arrangeuse,

assumant le risque de placement du prêt.

Ce montage peut être rapproché du crédit consorcial, catégorie ancienne du droit bancaire français, dans lequel toutes les banques du pool sont apparentées dans la documentation juridique et directement prêteuses vis-à-vis de l'emprunteur et sans que les banques ne soient mutuellement solidaires.

Dans ce cas, une banque chef de file peut assurer la centralisation de la gestion du crédit, c'est-à-dire l'établissement de la documentation juridique, la vérification des conditions préalables, etc.

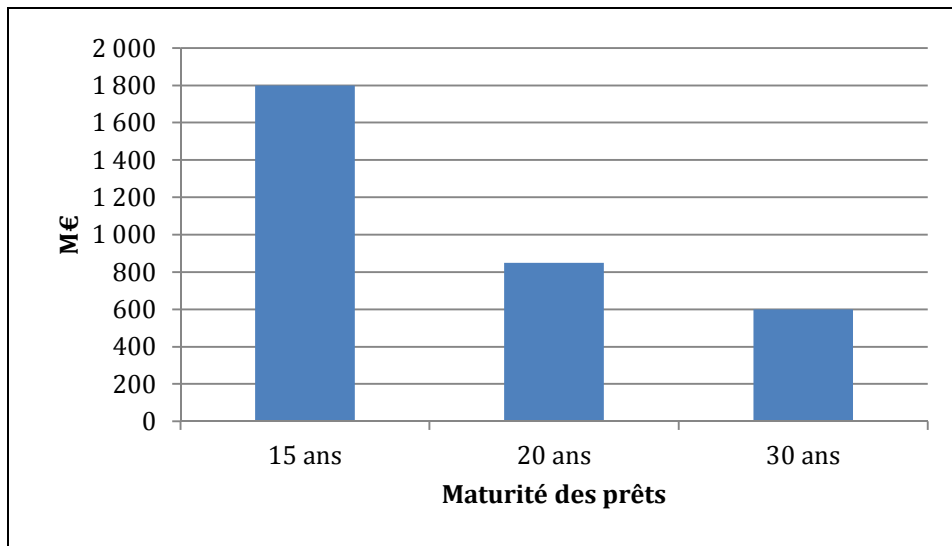
Source : Vernimmen ; J.-M. Daunizeau, « Banques et partage du risque de crédit (pools bancaires) », Banque & Droit n°61, septembre-octobre 1998.

2.2.2.2. *Après une forte augmentation jusqu'en 2011, le volume et la maturité des prêts accordés dans les montages en PPP sont aujourd'hui en diminution*

Les volumes de financement bancaires accordés pour les projets de PPP sont demeurés dynamiques jusqu'en 2011. L'année 2011 a été marquée par un volume inédit de financements finalisés dans le secteur des infrastructures en PPP, estimé 14 Md€ en France (+ 150 % par rapport à 2010), stimulé par une demande publique dynamique et de projets de taille importante, notamment les deux lignes à grande vitesse Tours-Bordeaux (7,8 Md€) et Le Mans-Rennes (3,3 Md€), le siège du ministère de la défense à Balard (3,5 Md€) et l'autoroute A 63 (1,1 Md€)¹⁵.

Cependant, depuis la fin de l'année 2011, le volume des prêts disponibles apparaît en nette diminution, notamment sur les maturités longues (cf. Graphique 16). D'après l'étude conduite par KPMG pour le compte de l'APIJ, le volume des prêts disponibles aujourd'hui demeure satisfaisant pour des prêts dont la maturité n'excède pas 15 ans. Il est en revanche restreint pour les prêts de maturité longue : KPMG estime à 600 M€ le montant maximum de crédit à 30 ans pouvant être levé à la mi-2012.

Graphique 16 : Estimation du niveau de liquidité cumulée par maturité pour la dette cédée et acceptée (risque État) en mai 2012



Source : KPMG, Optimisation des conditions de financement des PPP, juillet 2012.

¹⁵ Etude de Déalogic, citée dans « Partenariats public-privé, Année record pour la dette infrastructures », *L'Agefi Hebdo*, 26 janvier – 1^{er} février 2012.

La diminution des volumes sur les maturités longues conduit à un raccourcissement de la maturité des prêts accordés (cf. Tableau 8). D'après KPMG, les différents segments de prêts mobilisés tant en phase de construction qu'en phase d'exploitation sont concernés par une diminution de la maturité moyenne et maximale. C'est notamment le cas de la dette Dailly, pour laquelle la maturité de 30 ans est aujourd'hui exceptionnelle.

La liquidité est aujourd'hui apportée principalement par des établissements bancaires étrangers, dont la présence pérenne sur le marché français des infrastructures ne peut être assurée. Les prêts de durée longue ne sont aujourd'hui disponibles qu'auprès d'établissements étrangers, notamment japonais (Mizuho, Bank of Tokyo-Mitsubishi, Sumitomo Mitsui Banking Corporation) ou allemands (Bayern LB, KfW, DZ Bank), dans une moindre mesure les banques espagnoles, aujourd'hui en difficulté (BBVA, Santander)¹⁶. Ces banques bénéficient conjoncturellement d'un accès privilégié à la liquidité. L'allocation des crédits de ces banques en faveur du marché français ne peut être garantie sur le long terme, notamment en cas de restriction de la liquidité ou de tensions sur le marché national.

Tableau 8 : Appréciation qualitative des volumes et de la maturité des prêts offerte par les banques par type de prêts

Type de prêt	Évolution des conditions de liquidité	Volumes offerts	Maturité des prêts	
			Moyenne	Maximale
Dettes en phase de construction				
Crédit relais fonds propres	↘	Limités	2 à 4 ans	6 ans
Crédit construction	⇒	Suffisants	2 à 4 ans	7 ans
Crédit relais TVA	⇒	Suffisants	2 à 4 ans	7 ans
Dettes en phase d'exploitation				
Dettes cédées et acceptées (Dailly)	↘↘	Très limitée et en dégradation	-	30 ans
Dettes à risque projet	↘	Suffisants	-	10 à 15 ans

Source : KPMG, Optimisation des conditions de financement des PPP, juillet 2012.

La diminution des volumes de financement bancaire peut être constatée dans l'échantillon de projets étudiés par la mission :

- ◆ **le volume des projets financés a certes augmenté (cf. Graphique 2, p. 5 supra et Tableau 9)**, tant en valeur absolue (1 758 M€ en 2010 et 5 229 M€ en 2011, contre 819 M€ en 2007) qu'en moyenne par projet (montant à financer moyen de 164 M€ en 2006 contre 475 M€ en 2011 et 402 M€ en 2012) ; cette évolution est portée principalement par les projets conduits par l'État, particulièrement coûteux en 2011 (montant moyen à financer de 977 M€) et 2012 (1 180 M€) ; la hausse du volume à financer est également observée pour les collectivités locales (9,45 M€ en 2006, 57,44 M€ en 2011) ;
- ◆ **le ratio d'endettement bancaire a cependant diminué** au profit des subventions et des fonds propres (cf. 2.2.1.2 et Graphique 12 supra) ;
- ◆ **la maturité des prêts octroyés a diminué (cf. Graphique 17)** : pour les projets de l'échantillon dont le montant à financer était supérieur à 50 M€, la maturité de la dette Dailly est passée de 30 ans en moyenne en 2006 à 21 ans en 2011 ; la maturité de la dette projet est passée de 29,7 ans à 9,9 ans sur la même période.

¹⁶ A titre d'exemple, le pool bancaire finançant la ligne à grande vitesse Bretagne Pays de Loire dans le cadre d'un contrat de partenariat signé en 2011 entre RFF et Eiffage, est constitué de BBVA, Santander, Société générale, Bayern LB, Mizuho, SMBC, Bank of Tokyo-Mitsubishi, Sumitomo Mitsui Banking Corporation, ING, KfW, DZ Bank, Unicredit, Crédit mutuel, pour un montant total à financer de 1,02 Md€.

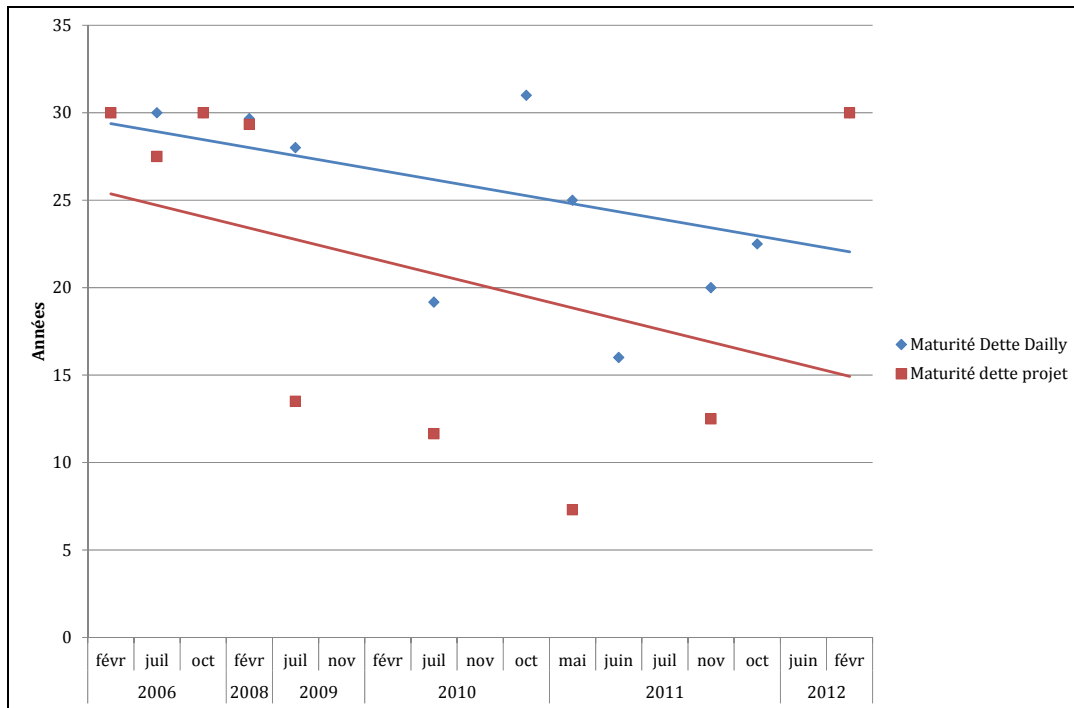
Annexe V

Tableau 9 : Montant moyen à financer des projets de l'échantillon

Année de référence	État		Collectivités locales		Hôpitaux	
	Nombre de contrats	Montant à financer moyen (K€, TTC)	Nombre de contrats	Montant à financer moyen (K€, TTC)	Nombre de contrats	Montant à financer moyen (K€, TTC)
2006	7	224 895	2	9 450	1	350 000
2007	-	-	7	7 193	1	7 607
2008	3	249 509	5	17 842	-	-
2009	4	73 288	4	15 045	1	6 549
2010	2	636 630	7	58 759	1	73 792
2011	5	976 855	7	57 445	-	-
2012	2	1 179 657	4	12 089	-	-
Total général	23	629 067	36	30 088	4	109 487

Source : IGF.

Graphique 17 : Maturité des prêts à long terme des projets de l'échantillon dont le montant à financer est supérieur à 50 M€



Source : IGF.

Note de lecture : les droites figurant sur le graphique constituent des droites de régression linéaire.

2.2.3. Malgré une hausse des marges bancaires, le coût du financement bancaire demeure maîtrisé en raison de la modération des taux de base

2.2.3.1. La totalité des instruments de crédit est marquée par une augmentation des marges et des commissions bancaires

Le coût du financement de projets publics a fortement augmenté, incluant le coût de la dette bénéficiant d'une garantie publique. Ainsi, les crédits bénéficiant de cessions Dailly ont connu un renchérissement significatif, à la fin de l'année 2008, puis à partir d'août 2011. Les cotations enregistrées ont connu des marges supérieures à 100 points de base (pbs), contre moins de 20 avant la crise¹⁷.

Sur l'échantillon de projets étudiés, le coût des différentes catégories de prêts a augmenté, à court terme comme à long terme (cf. Graphique 18). Sur l'ensemble des projets étudiés, la mission a procédé au recensement des conditions de prêt offertes dans les contrats signés, hors taux de base¹⁸, généralement fixé ultérieurement à la signature du contrat. De 2006 à 2012, le coût hors taux de base est en hausse sur toutes les catégories de prêt :

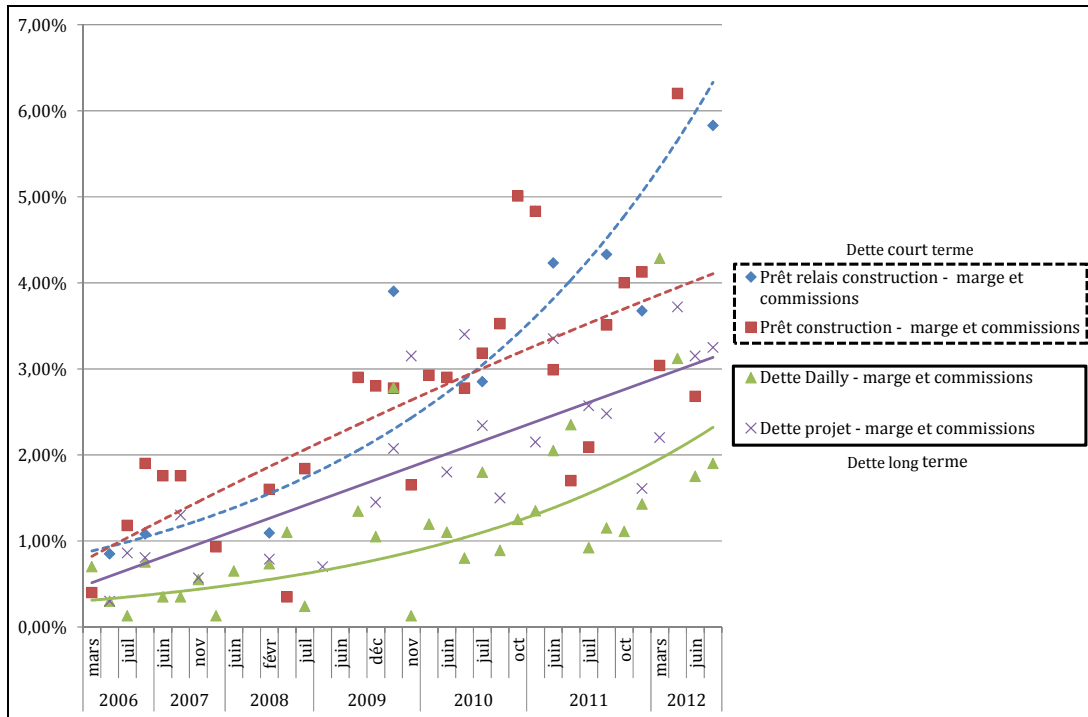
- ◆ en ce qui concerne les prêts de préfinancement de l'ouvrage, le coût global hors taux de base est passé :
 - de 116 pbs en moyenne en 2006 à 360 pbs en 2012 pour le prêt construction ;
 - de 95 pbs en moyenne en 2006 à 583 pbs en 2012 pour le prêt relais construction ;
- ◆ en ce qui concerne les prêts de refinancement à long terme, le coût global hors taux de base est passé :
 - de 50 pbs en moyenne en 2006 à 144 pbs en 2011 et 307 pbs en 2012 pour la tranche de dette long terme bénéficiant d'une cession de créance acceptée (dette Dailly) ;
 - de 56 pbs en moyenne en 2006 à 232 pbs en 2011 et 279 pbs en 2012 pour le crédit de long terme ne bénéficiant pas d'une cession de créance acceptée (dette projet).

¹⁷ S. Pignon-Xardel, S. Manoukian, L. Vitse, Le financement des partenariats public-privé, Le Moniteur, 2009.

¹⁸ Le coût hors taux de base inclut la marge de crédit, la marge de swap, les commissions d'arrangement, d'engagement et autres commissions, incluant les commissions de non utilisation et frais de dossier (rapportés à l'encours total du crédit).

Annexe V

Graphique 18 : Marges et commissions bancaires des prêts de court et long terme (coût hors taux de base) sur l'échantillon de projets



Source : IGF.

Le coût de la dette connaît cependant une évolution différenciée selon la personne publique donneuse d'ordre sur la période étudiée (cf. Tableau 10) :

- ◆ **en ce qui concerne la dette Dailly, le renchérissement est particulièrement marqué pour les projets des collectivités locales** (+ 325 pb en moyenne de 2006 à 2012 pour les projets de l'échantillon), en raison de la dégradation de la signature de certaines de ces collectivités ; pour les projets conduits par l'État, dont le profil de risque n'a été que marginalement affecté par la crise des dettes souveraines, le coût moyen global de la dette Dailly hors taux de base observé sur l'échantillon passe de 52 pb en 2006 à 183 pb en 2012, soit un renchérissement de 131 pbs ;
- ◆ **en ce qui concerne la dette projet, le renchérissement est plus important pour les projets conduits par l'État** (+ 268 pbs en moyenne de 2006 à 2012) que pour les projets des collectivités locales (+ 152 pbs en moyenne). Les projets de l'année 2012 ont un impact significatif sur ce résultat.

Tableau 10 : Coût moyen du crédit hors taux de base sur l'échantillon de projets, par catégorie de personne publique, en pourcentage du montant à financer

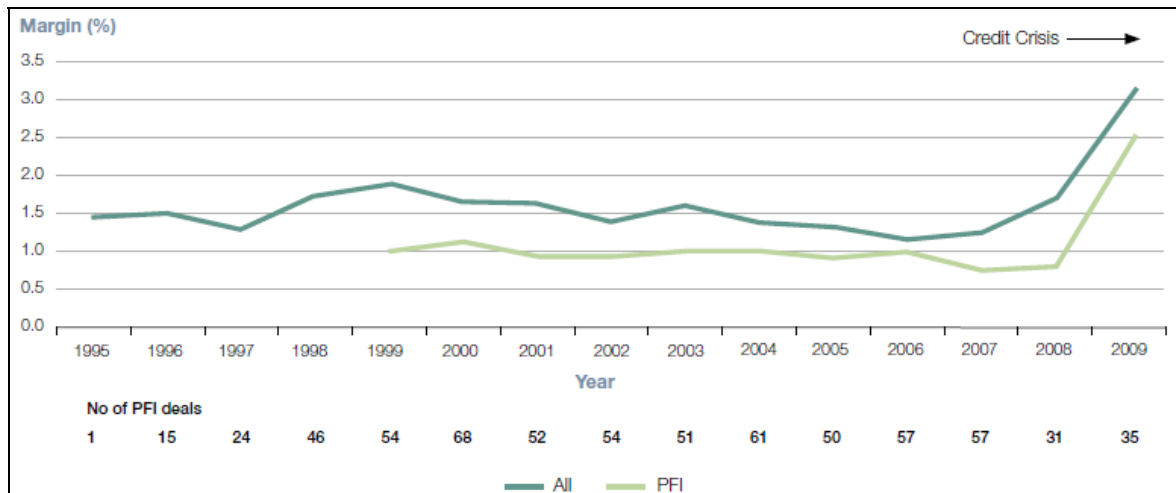
Année de référence	État				Collectivités locales			
	Prêt relais construction	Prêt construction	Dette Dailly	Dette projet	Prêt relais construction	Prêt construction	Dette Dailly	Dette projet
2006	0,95 %	n.d.	0,52 %	0,52 %	n.d.	1,15 %	0,65 %	n.d.
2007	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	1,55 %	0,38 %	1,06 %
2008	1,09 %	n.d.	0,79 %	0,79 %	n.d.	1,26 %	0,64 %	n.d.
2009	3,90 %	2,40 %	1,90 %	2,43 %	n.d.	2,85 %	1,20 %	1,08 %
2010	2,85 %	2,73 %	1,06 %	2,54 %	n.d.	3,34 %	1,37 %	2,38 %
2011	4,46 %	3,87 %	1,19 %	2,08 %	3,68 %	3,11 %	1,62 %	2,64 %
2012	5,83 %	2,68 %	1,83 %	3,20 %	n.d.	3,83 %	3,90 %	2,58 %

Source : IGF.

Un constat similaire a été réalisé à l'étranger. Au Royaume-Uni, le National Audit Office notait dans un rapport de 2010¹⁹ que le coût du financement bancaire des projets de PPP, intitulés *private finance initiatives (PFI)*, était nettement supérieur en 2010 à celui observé avant la crise financière. Le coût total du financement bancaire des PFI aurait augmenté de 20 à 30 %. Sur un échantillon de 35 projets, le coût du financement serait passé de 1 % du montant de l'investissement à 3 % en moyenne ; les charges financières annuelles versées par les personnes publiques auraient augmenté de 6 à 7 % en moyenne.

Les ordres de grandeur constatés au Royaume-Uni dans le renchérissement des coûts bancaires est similaire à ceux obtenus par la mission (cf. Graphique 19). Pour les projets standards, les marges bancaires seraient passées de 0,78 % en moyenne en 2007 à 2,51 % en 2009 et le coût total du prêt (incluant le taux de base) serait passé de 5,9 % à 6,9 %. Pour les projets à risque, le niveau de marge serait passé de 1-1,15 % à 2,5-3,5 %.

Graphique 19 : Évolution des marges bancaires dans le financement de projet d'infrastructures et de PFI au Royaume-Uni



Source : National Audit Office, *Financing PFI projects in the credit crisis and the Treasury's response*, juillet 2010, d'après *Infrastructure Economics*.

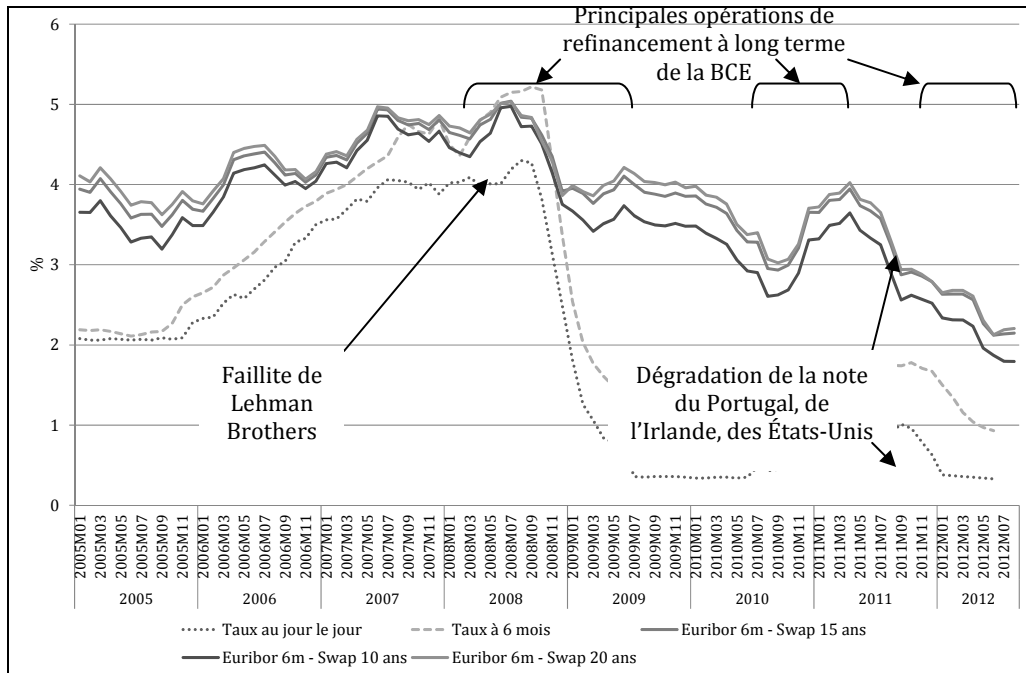
2.2.3.2. Les taux de base du marché monétaire connaissent une évolution erratique et sont aujourd'hui conjoncturellement bas

À l'inverse, les taux de base du marché interbancaire ont été marqués par une forte volatilité depuis 2005 et sont tendanciellement décroissants depuis 2008. Plusieurs périodes de forte tension sur le marché monétaire ont conduit à des renchérissements brutaux du coût de la liquidité, notamment au deuxième semestre 2008 (crise des subprimes) et au premier semestre 2011 (crise des dettes souveraines). Les interventions de la banque centrale européenne, notamment par ses opérations de refinancement à long terme (*long term refinancing operation – LTRO*) ont cependant conduit à une forte diminution du coût de la liquidité sur la période. **Les taux au jour le jour ont ainsi diminué brutalement au deuxième semestre 2008 ; au total, la diminution s'élève à 350 points de base en moyenne annuelle de 2007 à 2012.**

¹⁹ National Audit Office, *Financing PFI projects in the credit crisis and the Treasury's response*, juillet 2010.

Le marché des swaps sur Euribor a connu une évolution similaire, quoique plus progressive. Les contrats de swaps constituent un indicateur important pour le financement des projets de PPP, car ils déterminent généralement les taux de base des tranches de dette long terme dans les contrats de PPP. Le contrat de swap sur Euribor 6 mois à échéance de 20 ans, dont le taux annuel moyen s'élevait à 468 pbs en 2008, cotait en moyenne 243 pbs de janvier à août 2012, soit une diminution de 227 pbs.

Graphique 20 : Taux de base du marché interbancaire et taux de swap sur Euribor à 6 mois de 2005 à 2012



Source : AFT, Eurostat.

2.2.3.3. Au final, l'évolution du coût des emprunts bancaires est contrastée

La mission a reconstitué le taux global de la dette bancaire des projets de PPP de l'échantillon retenu. Ce taux global de la dette bancaire est calculé à partir de deux types de données :

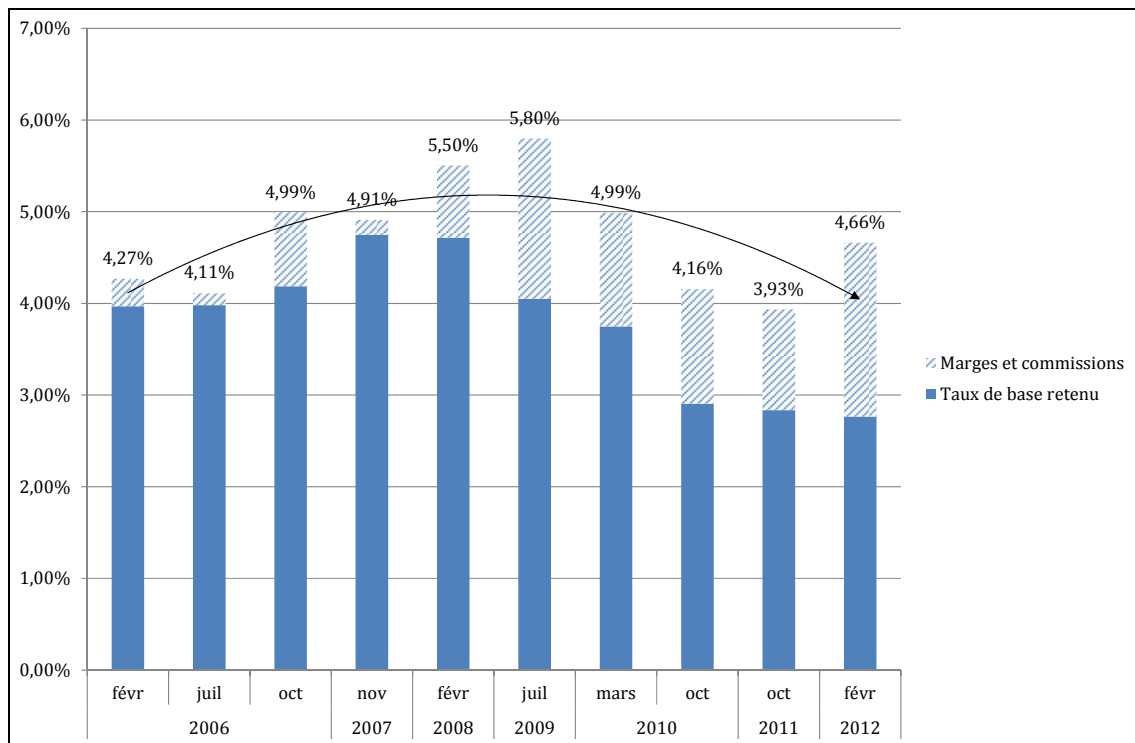
- ◆ le taux global obtenu à la cristallisation des taux, lorsque cette information a pu être recueillie par la mission ;
- ◆ ou la somme du coût du crédit hors taux de base, tel que défini *supra* (2.2.3.1) et du taux de swap sur Euribor 6 mois à une échéance proche de l'échéance du prêt concerné²⁰.

Le coût global de la dette Dailly est demeuré stable depuis 2006, la diminution des taux de base compensant l'augmentation des marges et commissions bancaires (cf. Graphique 21). Le coût de la dette Dailly à 30 ans, après avoir connu une augmentation en 2007 et 2008 du fait de l'augmentation des taux de base, est en 2012 proche du niveau de 2007 ; il s'élève en moyenne à 4,77 % sur la période.

²⁰ Ainsi, le taux global d'un prêt Dailly à 31 ans contracté le 25 juin 2009 est calculé comme la somme du taux moyen du swap Euribor 6 mois à 30 ans au cours du mois de juin 2009 et du coût bancaire hors taux de base (somme de la marge bancaire et des commissions associées).

Annexe V

Graphique 21 : Coût global de la dette Dailly à 30 ans reconstitué sur les projets de l'échantillon (toutes catégories de personnes publiques)

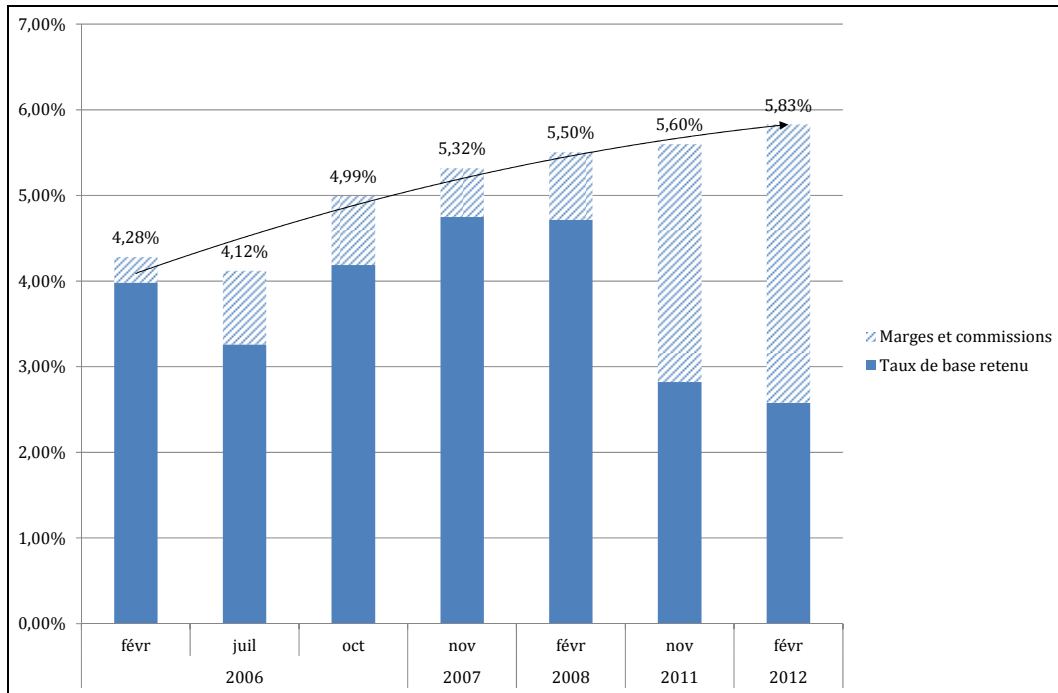


Source : IGF.

En revanche, le coût global de la dette projet a augmenté (cf. Graphique 22). Sur l'échantillon étudié, pour les crédits de long terme ne bénéficiant pas d'une cession Dailly acceptée, le coût global des prêts augmente tendanciellement. Pour les prêts d'une maturité de 25 à 30 ans, le taux global passe de 4,5 % en moyenne en 2006 à 5,6 % pour le projet répertorié en 2011 et 5,8 % pour le projet répertorié en 2012.

Annexe V

Graphique 22 : Coût global de la dette projet de 25 à 30 ans reconstitué sur les projets de l'échantillon (toutes catégories de personnes publiques)



Source : IGF.

A des fins d'illustration, ces taux sont appliqués à un projet fictif dont le montant global à financer à la livraison s'élèverait à 100 M€, donnant lieu à un financement par dette Dailly d'une maturité de 30 ans à hauteur de 80 % du montant à financer et d'une dette projet amortie sur 25 ans, représentant 20 % du montant total à financer. Le coût total de financement de long terme associé, exprimé en euros courants, s'élève à 80 M€ en 2006, 110 M€ en 2009 et 89 M€ en 2012 (cf. Tableau 11).

Tableau 11 : Simulation du coût du financement bancaire de long terme pour un montant à financer de 100 M€ sur une période de 30 ans (remboursements annuels constants)

Année de référence	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Taux d'intérêt tranche Dailly	4,5%	4,9%	5,5%	5,9%	4,6%	3,9%	4,7%
Taux d'intérêt tranche projet	4,5%	5,3%	5,5%	5,5%	5,5%	5,6%	5,8%
Coût du financement (P+I constant)	80,18	90,97	102,41	109,77	85,92	75,25	88,61

Source : IGF.

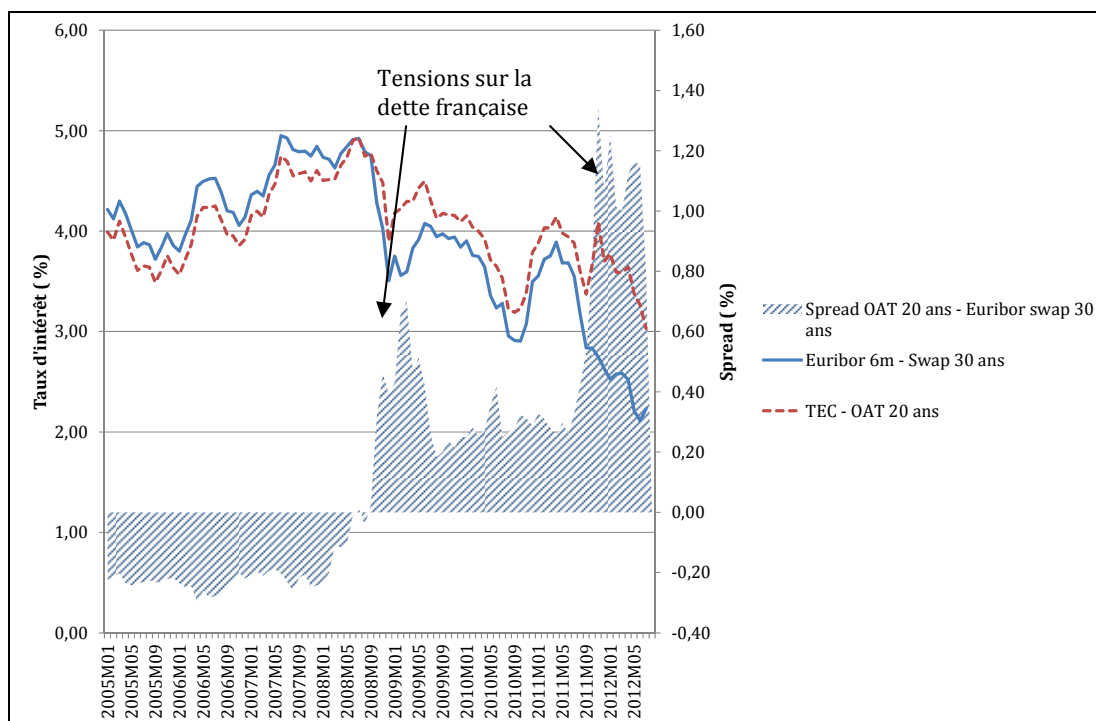
2.2.4. Le coût d'opportunité de la ressource bancaire privée par rapport au financement obligataire public est peu prévisible et s'est accru dans la période récente

Spécificité des montages en PPP, le recours à l'endettement privé pour le financement d'infrastructures publiques soulève un paradoxe de principe, la personne publique étant généralement supposée se financer à moindre coût. Dans l'hypothèse où le coût du financement est directement lié au niveau de risque de la contrepartie, le coût d'un emprunt direct d'une personne publique, disposant d'une capacité souveraine de lever l'impôt, devrait être inférieur au coût de l'emprunt d'une personne privée, telle qu'une société de projet. Ainsi, en théorie, le financement des PPP par une société de projet devrait être plus coûteux qu'un endettement direct équivalent de l'État ou d'une collectivité locale, surcoût qu'il serait possible de désigner comme le « coût d'opportunité financier » du recours au PPP.

De fait, jusqu'à la mi-2008, le coût du financement public était inférieur aux taux de base interbancaires, mais la situation s'est inversée ensuite (cf. Graphique 23 et Graphique 24). Il convient de comparer le coût de la dette Dailly à 30 ans, sous forme de prêt amortissable, avec le rendement d'une obligation *in fine* de duration similaire, soit une OAT à 20 ans²¹. L'écart de rendement (*spread*) entre les obligations assimilables du Trésor (OAT) françaises d'une maturité de 20 ans (TEC 20) et les contrats de swap sur Euribor 6 mois à 30 ans est ainsi demeuré négatif jusqu'en août 2008.

Le spread s'est ensuite inversé, à la faveur de l'afflux de liquidité sur le marché interbancaire provoqué par la BCE, et d'une relative stabilité du rendement de l'OAT française, qui subit une prime de risque, certes modérée au regard des pays du sud de la zone euro, dans le contexte de la crise des dettes souveraines²². L'écart constaté entre les taux de base, désormais positif, a plafonné à 134 points de base en moyenne en novembre 2011 et s'élève à 60 points de base en moyenne en juin 2012.

Graphique 23 : Écart de rendement entre l'OAT à 20 ans et le contrat de swap sur Euribor 6 mois à 30 ans



Source : AFT, Eurostat, IGF.

En ce qui concerne les PPP, l'écart de coût de financement des personnes publiques et des sociétés de projet est longtemps demeuré faible en raison du mécanisme de cession de créance Dailly. La créance cédée à l'établissement de crédit financeur du projet, qui peut être acceptée dans la limite de 80 % du montant de l'investissement, vient garantir le prêt en alignant son niveau de risque sur la signature de la personne publique.

²¹ La duration d'une obligation ou d'un prêt est la moyenne des flux actualisés de remboursement de la dette pondérée par la durée de chaque flux. La duration mesure le risque de taux associé au produit financier correspondant, qui est fonction croissante de la durée de remboursement des flux d'emprunt. La duration d'un emprunt amortissable, dont le capital est remboursé tout au long de la durée du prêt, est ainsi inférieure à celle d'un emprunt *in fine*, où le capital est remboursé à échéance du prêt.

²² Le spread entre l'OAT à 10 ans et le Bund allemand a ainsi fortement augmenté à la fin de l'année 2011, atteignant 190 points de base le 15 novembre 2011. Il s'est resserré en 2012 et atteint 69 points de base le 6 août 2012.

La crise financière, qui a engendré des évolutions contradictoires des marchés de financement public et privé, a conduit simultanément :

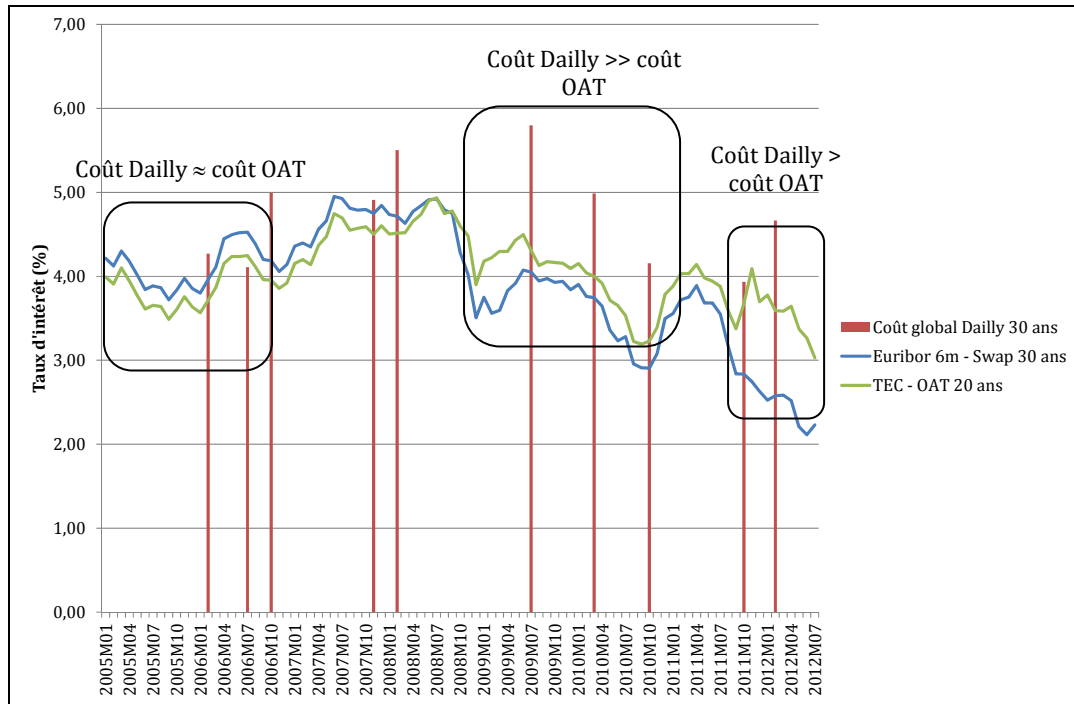
- ◆ à un renforcement de la contrainte de liquidité des banques françaises en raison de l'incertitude pesant sur leur solvabilité conduisant à un coût de la liquidité accru ;
- ◆ parallèlement, en raison de la crise des dettes souveraines et de la « fuite vers la qualité » des investisseurs obligataires, à une diminution du rendement des obligations d'État, passant pour une OAT à 30 ans, de 4,50 % en moyenne en 2007 à 3,58 % en moyenne de janvier à août 2012 (cf. Graphique 24) ;
- ◆ cependant, les incertitudes pesant sur la signature française ont conduit à des augmentations épisodiques du rendement des OAT, notamment en 2011 (taux moyen de 3,93 %) ;
- ◆ en fin de période, à une diminution des taux de base interbancaire du fait d'une politique monétaire très expansionniste menée par la BCE (cf. sections précédentes).

Si les deux premiers éléments devaient concourir à une augmentation du coût d'opportunité financier des PPP, le dernier devait conduire à le diminuer.

Ainsi, depuis 2008, l'écart de coût entre le financement public direct et le financement bancaire des PPP a connu des évolutions contrastées, mais le financement public est demeuré globalement plus attractif que le financement privé observé dans les projets de PPP (cf. Graphique 24) :

- ◆ de 2008 à 2009, **le renchérissement des marges bancaires**, y compris sur les dettes Dailly (cf. 2.2.3.1 *supra*), a accru le différentiel de coût entre la dette Dailly finançant les PPP et les taux obligataires ;
- ◆ en 2010 et 2011, l'augmentation des **taux de base sur le marché interbancaire et la diminution** des taux obligataires français accroît fortement le coût d'opportunité du financement bancaire par rapport à un financement public direct ;
- ◆ à la fin 2011 et en 2012, ce coût d'opportunité s'atténue en raison d'une forte diminution des taux de base bancaires et de la stabilité du rendement des OAT françaises.

Graphique 24 : Coût des dettes Dailly de l'échantillon comparé au rendement des obligations assimilables du trésor à 20 ans (TEC 20) et du contrat de swap sur Euribor 6 mois à 30 ans



Source : AFT, Eurostat, IGF. Note de lecture : les histogrammes en rouge indiquent le coût complet ponctuel de la dette Dailly constaté sur l'échantillon de projets de l'État examiné par la mission. Par exemple, le coût global du projet de l'échantillon signé en octobre 2010 est estimé à 4,16 %.

2.3. Le transfert de risque aux établissements financiers est devenu plus restrictif

Par ailleurs, le durcissement des conditions de financement bancaire a également conduit à une restriction des transferts de risque vers les prêteurs. L'établissement des conventions de crédit donne désormais lieu à de nombreuses garanties juridiques et financières visant à couvrir le plus vaste ensemble de risques financiers dans les différentes phases du contrat.

Les différentes tranches de prêt sont concernées par le renforcement des garanties (cf. Tableau 12). KPMG a recensé certaines des clauses de garanties introduites à la demande des prêteurs dans les contrats de partenariats.

Tableau 12 : Exemples de garanties bancaires exigées par les prêteurs ou les investisseurs dans la période récente

Type de prêt	Exemples de clauses de garanties
Crédit relais fonds propres	<ul style="list-style-type: none"> Garanties de remboursement à première demande
Crédit construction	<ul style="list-style-type: none"> Condition de purge des recours contre le contrat et les autorisations administrations avant le premier tirage, ou à défaut, introduction de garanties supplémentaires Introduction d'un relais construction ou de tranches <i>ad hoc</i> garantis par le constructeur
Dettes cédées et acceptées (Dailly)	<ul style="list-style-type: none"> Exigibilité anticipée du remboursement intégral de la dette en cas

Annexe V

Type de prêt	Exemples de clauses de garanties
	d'événement de crédit
Dettes à risque projet	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Renforcement des ratios de défaut ▪ Remise en cause des conditions de blocage de la distribution des dividendes aux actionnaires des sociétés de projet

Source : KPMG, Optimisation des conditions de financement des PPP, juillet 2012.

2.3.1. Les clauses de couverture de dette renforcent les garanties portant sur la viabilité financière de la société de projet

Une première catégorie de clauses a pour objet de renforcer les exigences préalables de rentabilité du projet. Il s'agit notamment de covenants (c'est-à-dire de clauses contractuelles dont le non-respect entraîne le remboursement anticipé du prêt) sous forme de ratios de couverture de dette. Ces dispositions, dont le contrat de partenariat signé en juillet 2009 par l'université de Paris-IV pour la rénovation du site universitaire de Clignancourt fournit un exemple (cf. Encadré 9), sont introduites de manière usuelle dans les modèles de financement de projet classiques. Elles permettent de vérifier que l'équilibre financier du contrat est positif à chaque période, c'est-à-dire que la somme des flux dégagés par l'exploitation est supérieure au service financier de la dette, et ainsi que la société de projet ne présente pas de risque de défaut.

Ces dispositions, qui visent à assurer la viabilité financière du montage et intéressent en premier lieu la relation entre la société de projet et ses prêteurs, constituent une garantie supplémentaire pour la personne publique et n'appellent pas d'observation particulière.

Encadré 9 : Les ratios de couverture de dette : exemple du contrat de partenariat signé par l'université de Paris IV pour la rénovation du site de Clignancourt (juillet 2009)

Le contrat de partenariat signé par l'université de Paris IV pour la rénovation du site de Clignancourt en juillet 2009 avec la société de réalisation Sophi est accompagné d'un plan de financement établi par Dexia, banquier conseil. Ce modèle inclut plusieurs ratios de couverture de dette destinés à vérifier la soutenabilité financière du projet.

▪ Calcul de la trésorerie disponible pour le remboursement de la dette

Dans un premier temps, il est procédé au calcul de la trésorerie disponible pour le remboursement de la dette (*cashflow available for debt service – CFADS*) à chaque période. Le CFADS est la somme des loyers d'exploitation, du capital libéré et d'éventuels tirages de dette, déduction faite des coûts d'exploitation de la société de projet, des taxes, de l'alimentation des comptes de réserve.

▪ Calcul du ratio de couverture de la dette

Dans un deuxième temps, il est procédé à la vérification du ratio de couverture de dette (*debt service coverage ratio – DSCR*) à chaque période, défini comme le rapport de la trésorerie disponible pour le remboursement de la dette au service de la dette, c'est-à-dire la somme du capital, des intérêts et des frais financiers dus à la période donnée. Une moyenne des ratios de chaque période est ensuite établie.

Plusieurs ratios de couverture sont établis : le DSCR à 3 mois, le DSCR 12 mois backward, c'est-à-dire rapportant la moyenne de la trésorerie disponible sur les douze derniers mois au service de la dette moyen sur la même période, le DSCR 12 mois forward, établi pour les douze mois à venir.

Le DSCR est calculé pour chaque tranche de dette : dette senior (Daily), dette projet.

DSCR 3 mois	Minimum	Moyenne
DSCR trimestriel dette senior	0,635	1,346
DSCR trimestriel dette projet	1,191	1,246

Annexe V

▪ Calcul du taux de couverture sur la durée de l'emprunt

Dans un troisième temps, le taux de couverture sur la durée de l'emprunt (*loan life coverage ratio - LLCR*) est calculé. Ce ratio rapporte, à chaque période, la somme des flux actualisée de trésorerie restant jusqu'au terme du prêt, à l'encours de dette restant. Une moyenne des ratios de chaque période est ensuite établie. Le LLCR est calculé pour chaque tranche de dette : dette senior (Dailly), dette projet, etc.

LLCR (sans compte de réserve pour service de la dette)	Minimum	Moyenne
LLCR dette senior	1,093	1,451
LLCR dette projet	1,123	1,235

▪ Calcul du taux de couverture sur la durée du projet

Enfin, le taux de couverture sur la durée du projet (*project life coverage ration - PLCR*) est établi comme le rapport à chaque période, la somme des flux actualisée de trésorerie restant jusqu'au terme du projet, à l'encours de dette restant. Pour la dette senior (Dailly), dont l'échéance est identique à la date de fin de contrat, le PLCR est égal au LLCR. Pour la dette projet, dont l'échéance est plus courte, le PLCR est supérieur au LLCR.

PLCR (sans compte de réserve pour service de la dette)	Minimum	Moyenne
PLCR dette senior	1,093	1,451
PLCR dette projet	1,164	3,583

▪ Test des covenants

Ces différents ratios sont confrontés aux critères de couverture fixés sous forme de covenant. Les critères de couverture exigés dans le cadre du contrat de partenariat Clignancourt sont les suivants :

Ratio introduit dans les covenants	Minimum	Moyenne
DSCR dette senior	1,08	-
DSCR dette projet	1,20	-

Source : Modèle financier du contrat de partenariat Université Paris IV.

2.3.2. Les clauses portant sur le risque d'annulation contentieuse du contrat améliorent la sécurité juridique du projet pour les parties prenantes

Certaines clauses ont pour objet de clarifier ou d'optimiser le transfert de risque entre la personne publique et la personne privée, afin d'en réduire le coût total. C'est notamment le cas des clauses subordonnant la cristallisation des taux de financement et les tirages bancaires à la purge des délais recours contre le contrat et les actes administratifs détachables.

Ces dispositions, si elles sont de nature à retarder le lancement des travaux, renforcent cependant la sécurité juridique du projet tant pour la personne publique, qui évite ainsi en cas de rupture du contrat le versement indemnitaire découlant de l'engagement des travaux, que pour la personne privée. Celle-ci pourrait être contrainte de facturer des frais de débouclage des instruments de couverture avant même le début de la construction, dans l'hypothèse où le recours aurait conduit à une annulation sèche du contrat.

Pour se couvrir contre le risque de taux dès la signature, sans cristalliser immédiatement les taux, la personne publique a la possibilité de souscrire des options de swap, qui moyennant le versement d'une prime, lui permettrait de connaître dès la date de signature le niveau maximal du taux de base de la facilité long terme concernée (prix d'exercice de l'option).

Proposition n° 3 : Proscrire la cristallisation définitive des taux des instruments de prêt et le lancement des opérations de construction avant la purge des délais de recours

2.3.3. Certaines dispositions dénaturent le partage de risque inhérent au PPP

En revanche, certaines dispositions viennent modifier le cadre du partage de risques propre au contrat de partenariat et peuvent être problématiques pour la personne publique.

En premier lieu, des clauses d'exigibilité anticipée du remboursement intégral de la dette en cas d'événement de crédit ont pu être introduites dans les contrats, notamment dans la convention de crédit annexé au contrat de partenariat signé par le ministère de la défense pour le regroupement des états-majors et services centraux du ministère sur le site de Balard.

De telles clauses, observées paraissent superflues, eu égard aux intérêts moratoires habituellement prévus en cas de retard de paiement de la personne publique et, lorsqu'ils emportent la résiliation immédiate du contrat de prêt, paraissent disproportionnées au regard de la nature de certains événements de crédit intéressant directement la personne publique, tels que le retard de paiement de la personne publique ou le non versement d'une dotation budgétaire.

Une cartographie des régimes de défaut introduits dans les contrats pourrait être effectuée par la MAPPP en concertation avec les personnes publiques concernées et les acteurs financiers, afin d'assurer le caractère non superfétatoire ou incompatible avec les contraintes de gestion des personnes publiques.

Proposition n° 4 : Recenser et encadrer les clauses définissant le régime de défaut ou d'accélération de crédit, lorsque ces clauses apparaissent excessives

Encadré 10 : Les causes de défaut et d'accélération des crédits : exemple de la convention de crédit associée au contrat de partenariat sur le regroupement des états majors et services centraux du ministère de la défense sur le site de Balard (mai 2011)

La partie 6 de la convention de crédits intitulée « Déclarations, engagements et cas de défaut » détaille dans son article 23 les conditions de survenance et les conséquences d'un cas de défaut.

▪ **Cas de défaut (art. 23-1 à 23-28), d'accélération du crédit relais construction (art. 24) et d'accélération du crédit Dailly (art. 25)**

Sont considérés comme des cas de défaut, entre autres :

- le défaut de paiement dans les trois jours ouvrés suivant la date d'exigibilité ;
- le défaut de paiement d'une somme due au titre d'une créance Dailly cédée acceptée dans un délai de trente jours suivant l'envoi d'une mise en demeure à la personne publique ;
- le non respect par l'emprunteur ou par un tiers (notamment la personne publique) de ses engagements au titre d'un document de financement ;
- la cessation de paiement ou la liquidation d'un associé au contrat, de la société de valorisation ou d'un sous-contractant ;
- le non-versement par le ministère des crédits budgétaires Corne Ouest dans les conditions prévues par l'accord ministère ;
- la survenance d'un cas d'accélération du crédit relais construction ou du crédit Dailly.

L'accélération du crédit relais construction est provoquée notamment en cas de défaut de paiement de l'emprunteur ; la résiliation, l'annulation ou la résolution du contrat ; le dépassement d'un plafond d'appel des garanties crédit relais construction.

Annexe V

L'accélération du crédit Dailly est provoquée notamment lorsqu'un acte de cession ou d'acceptation afférent à toutes créances cédées acceptées n'entre pas en vigueur ou cesse d'être valable ou opposable (« cas d'inefficacité Dailly »).

▪ **Conséquence de la survenance d'un cas de Défaut (art. 23.29), d'accélération du crédit relais construction (art. 24) et d'accélération du crédit Dailly (art. 25)**

L'agent représentant les prêteurs peut, sans mise en demeure ni autre démarche judiciaire et par simple notification à l'emprunteur :

- résilier les engagements au titre d'un ou plusieurs crédits ;
- déclarer immédiatement dus et exigibles tout ou partie des avances, augmentées des intérêts, commissions, frais ;
- demander la résiliation de toute opération de couverture de taux.

En outre, dans le cas spécifique de l'accélération du crédit Dailly, l'agent peut résilier les engagements au titre du crédit Dailly, déclarer immédiatement dus et exigibles tout ou partie des avances crédit Dailly augmentées des intérêts en cours ou échus, commissions, frais et accessoires.

Source : Convention de crédits annexée au contrat de partenariat.

En second lieu, des clauses limitant les conditions de blocage de la distribution des dividendes aux actionnaires des sociétés de projet ont été signalées à la mission. Ces clauses conduiraient ainsi à garantir le versement des dettes aux actionnaires de la société de projet, quel que soit l'évolution de son niveau de rentabilité. Des clauses de ce type ont été adoptées au profit d'actionnaire privilégié sur le contrat de Balard²³. En limitant le risque porté par les investisseurs, ce type de dispositions dénature le partage des risques inhérents au PPP, qui repose sur une responsabilisation financière du partenaire privé et de ses actionnaires ; cumulé avec les garanties dont bénéficient les prêteurs (notamment la cession Dailly accepté), ce type de clauses conduit à supprimer les risques pesant sur les partenaires privés en période d'exploitation, donc à transférer implicitement ces risques sur la personne publique.

Proposition n° 5 : Proscrire le recours à toute clause conduisant à garantir la rémunération des actionnaires de la société de projet ou à limiter le transfert de risque aux propriétaires de la société de projet

²³ Régime mis en œuvre au profit de la caisse des dépôts et consignations.

La crise financière a profondément altéré le cadre de financement des PPP. Reposant sur l'endettement bancaire d'une société de droit privé et de manière subsidiaire, sur les fonds propres apportés par les partenaires du projet, ce modèle a pâti de la dégradation récente des conditions de financement bancaire, à la fois en volume et en prix.

Les déterminants de cette évolution sont complexes et ont joué de manière contradictoire. La crise de liquidité des banques en raison des incertitudes de marché portant sur leur solvabilité, la dégradation de leur profitabilité liée à la baisse de l'activité économique et aux pertes générées par les activités de marché, le renforcement des contraintes prudentielles ont contribué la réduction des volumes de crédit et à l'augmentation des marges. Ces effets ont, dans les derniers mois, plus que compensés par la forte diminution des taux de base découlant d'une politique monétaire fortement expansionniste, qui permet une stabilisation du coût du crédit. Les volumes disponibles demeurent cependant fortement limités.

Le coût d'opportunité du recours au financement privé par rapport au financement public direct a également globalement augmenté - en dépit de variations conjoncturelles erratiques - sous le double effet de l'augmentation des marges bancaires et de la diminution du rendement des obligations d'État.

L'aversion au risque croissante des prêteurs et investisseurs a conduit à l'apparition de clauses financières défavorables à la personne publique. Si certaines de ces clauses peuvent apparaître justifiées ou sont sans incidence sur l'économie du contrat, d'autres justifient la mise à l'étude d'un encadrement réglementaire plus strict.

L'ensemble de ces éléments plaide pour une refonte du cadre de financement des PPP.

3. Dans un contexte durablement contraint pour les financements de long terme, la diversification et l'optimisation des sources de financement des PPP devront être recherchées

La diversification des ressources de financement des projets de PPP a fait l'objet de plusieurs études :

- ◆ un groupe de travail sur le financement des PPP réunissant des acteurs économiques du secteur a remis au ministre de l'économie un rapport sur la mise en place d'un fonds commun de titrisation en juillet 2010²⁴ ;
- ◆ l'agence pour l'immobilier de la justice (APIJ) a commandité en juillet 2012 une étude sur l'optimisation des conditions de financement des PPP à KPMG²⁵ ; cette étude comportait notamment une simulation financière de l'impact de différentes solutions de financement des infrastructures sur la base d'un projet de référence théorique.

La refonte du cadre de financement des PPP doit répondre aux exigences suivantes :

- ◆ fournir une source de financement prévisible et en volume suffisant, afin de pallier la diminution des volumes de crédit observée au début de l'année 2012 ;
- ◆ être accessible à un coût modéré, notamment par rapport aux conditions de financement directes des personnes publiques ;
- ◆ maintenir les incitations et disciplines du cadre financier habituel des PPP, notamment en matière de maîtrise des coûts et des délais de réalisation.

Trois pistes principales peuvent être envisagées en vue de diversifier les ressources de financement des PPP :

- ◆ l'amélioration du cadre de financement bancaire actuel, notamment en vue d'atténuer la contrainte d'accès aux financements longs ;
- ◆ le développement d'un financement ou d'un refinancement désintermédié sur les marchés de capitaux, adossé aux partenaires privés en charge du projet ;
- ◆ la mise en œuvre d'un financement ou d'un refinancement public des PPP.

3.1. La structuration de la dette bancaire de long terme pourrait être optimisée

3.1.1. Une diminution mécanique de la durée des contrats peut difficilement être envisagée

Il pourrait apparaître préférable de conserver un financement exclusivement ou majoritairement bancaire, sous réserve d'aménagements éventuels. Le maintien d'un financement par dette bancaire présente en effet plusieurs avantages :

- ◆ le maintien de synergies, voire d'économies d'échelle, entre les activités de structuration du financement de projet et du financement de celui-ci ;

²⁴ Groupe de travail du financement des PPP, *Conclusions des travaux remis à Madame Christine Lagarde, ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et à Monsieur Patrick Devedjian, ministre auprès du Premier ministre chargé de la mise en œuvre du plan de relance*, 20 juillet 2010.

²⁵ KPMG, *Optimisation des conditions de financement des PPP*, juillet 2012.

Annexe V

- ◆ la continuité du suivi assuré sur le projet, en phase de construction puis en phase d'exploitation, contribuant au contrôle de son bon déroulement et à une discipline continue sur les coûts et les délais de réalisation du projet ;
- ◆ la flexibilité associée à un interlocuteur unique ou à un nombre limité de prêteurs (en cas de *club deal* ou de syndication), facilitant la renégociation des conditions du prêt en cas de besoin.

La situation économique défavorable et les conditions dégradées de refinancement des banques (cf. 2.1 supra) ne permettront cependant le maintien du crédit bancaire qu'à la condition d'une diminution de la maturité des prêts. Les banques françaises étant aujourd'hui contraintes de réduire à la fois les tranches de dette les plus longues de leur bilan et de limiter le risque de transformation.

Cette contrainte doit être conciliée avec l'exigence d'une limitation du risque de refinancement pour les personnes publiques. Cette exigence implique une sécurisation du montant des flux de remboursement de la dette, mais aussi une possibilité pour la personne publique de tirer partie des opportunités de refinancement.

Une première hypothèse consisterait à diminuer la durée des contrats afin de diminuer la durée des financements nécessaires. Des contrats de durée modérée, réduite à 15 ou 20 ans, pourraient être envisagés afin de s'aligner sur les conditions de financement bancaire disponible. D'après les simulations réalisées par KPMG pour le compte de l'APIJ²⁶, la réduction de la maturité de la dette cédée et acceptée de 27,5 ans à 10 ans dans les conditions de financement de marché de 2012, permettrait de réduire la valeur actuelle nette des loyers de 4,9 % (cf. Tableau 13).

Tableau 13 : Simulation de l'impact d'une réduction de la maturité de la dette Dailly sur un projet d'investissement de 100 M€ lancé en 2012

	Cas de base	Réduction de la maturité de la dette cédée acceptée
Maturité de la dette Dailly acceptée	27,5 ans	10 ans
Marge de crédit	1,90 %	1,90 %
Marge de swap	0,20 %	0,20 %
Taux de base	2,30 %	1,97 %
VAN des loyers immobiliers (investissement)	141 078 494	134 175 715
Écart	-	-8,9 %

Source : KPMG, Optimisation des conditions de financement des PPP, juillet 2012.

Cette option apparaît cependant peu conciliable avec les objectifs performantiels des contrats de PPP. En effet, afin de l'aligner sur les conditions de liquidité le marché, il serait nécessaire de réduire substantiellement la durée des contrats, en les portant par exemple de 30 ans à 15 ans. Une durée de contrat inférieure conduirait à placer hors du contrat la période de gros entretien – renouvellement et ainsi, à limiter les synergies entre les opérations de construction et de maintenance des ouvrages. La durée du contrat devrait pour cette raison être alignée sur la durée d'amortissement de l'ouvrage.

²⁶ KPMG, *Optimisation des conditions de financement des PPP*, juillet 2012.

3.1.2. L'introduction de financements bancaires successifs de courte durée (*mini-perms*) pourrait être envisagée

Le dispositif des prêts de court-moyen terme (dits « *mini-perms* ») s'est développé dans plusieurs pays, notamment au Royaume-Uni, à la faveur de la crise financière. Les prêts *mini-perms* peuvent être définis comme des prêts de financement de projet de maturité courte ou moyenne, donnant lieu à refinancement en cours de vie du projet.

En 2009, trois prêts de ce type ont été mis en œuvre au Royaume-Uni en raison des difficultés d'accès aux financements de long terme. La diminution de la concurrence au sein du secteur bancaire, la fin de la syndication au profit des financements en club, a accru le pouvoir de négociation des banques qui ont pu plus aisément exiger la mise en place de financements courts en financement de projet – entraînant un comportement « opportuniste » des banques, selon les termes de KPMG²⁷.

Deux types de *mini-perms* peuvent être envisagés (cf.

²⁷ KPMG Advisory, *The use of mini-perms in UK PFI, Passing fad or here to stay ?*, 2009.

Annexe V

Tableau 14) :

- ◆ les *hard mini-perms* sont des prêts dont la durée est inférieure à dix ans et dont le terme est fixé d'avance. Ces prêts introduisent un risque de refinancement important pour les personnes publiques et n'ont été que marginalement utilisés dans le financement d'infrastructures publiques au Royaume-Uni ;
- ◆ les *soft mini-perms* sont des crédits de moyen-long terme, dont la durée est proche de la durée du contrat, mais qui comportent des incitations financières à la renégociation en court de prêt, notamment l'augmentation progressive des marges appliquées (cliquet de marge - *margin ratchet*) ou par des clauses d'affectation du résultat au remboursement anticipé de la dette par préférence au versement du dividende (clause de prélèvement de trésorerie - *cash sweep*).

Annexe V

Tableau 14 : Le dispositif des hard mini-perms et soft mini-perms

Caractéristique	Hard mini-perms	Soft mini-perms
Maturité	Courte-moyenne : 5 à 7 ans	Moyenne-longue : jusqu'à 20-28 ans
Refinancement	Refinancement obligatoire à moyen terme	Forte incitation au refinancement anticipé par augmentation incrémentale du coût du prêt grâce à des dispositifs spécifiques (<i>margin ratchet, cash sweep</i>)
Avantages et opportunités	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Maturité correspondante à la liquidité disponible sur le marché ▪ Possibilité de profiter des gains de refinancement à court terme 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Possibilité de profiter des gains de refinancement à moyen terme
Inconvénients et risques associés	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Accroît le pouvoir de négociation de la banque prêteuse qui peut influencer sur les conditions de refinancement et accroître ses marges ▪ Risque de refinancement à l'échéance : risque de taux ; risque de défaut en cas d'insuffisance de liquidité 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Maturité du prêt plus longue, moins alignée avec les possibilités du marché ▪ Dispositif de cash sweep impliquant l'existence de flux de trésorerie substantiels
Possibilités de couverture	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Contrat de swap court-terme ▪ Contrat de swap long terme 	-
Utilisé pour le financement des PFI britanniques	Non	Oui

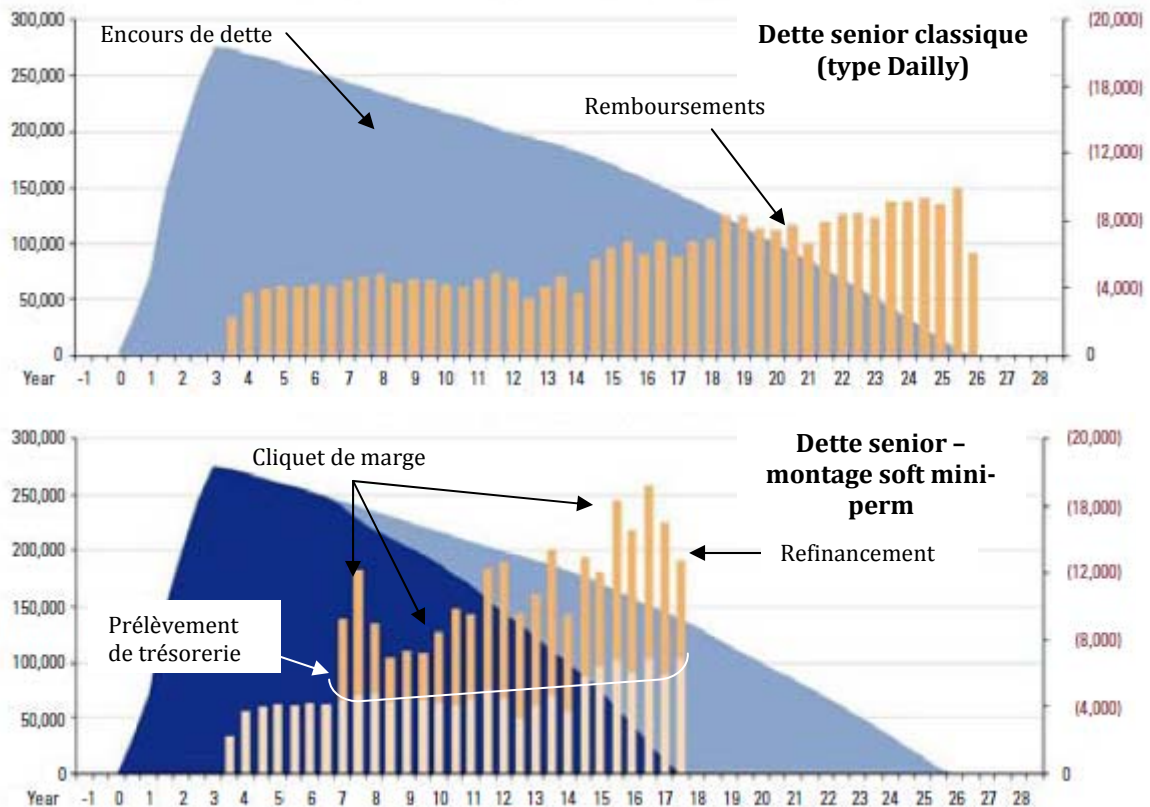
Source : KPMG, Sciences Po, IGF.

Dans le schéma des soft mini perms, les dispositifs incitatifs doivent conduire au refinancement anticipé du prêt sans que le terme n'en soit fixé précisément (cf.

Annexe V

Graphique 25). Le risque de refinancement se trouve ainsi fortement atténué par rapport aux *hard mini-perms*. La flexibilité de la date de refinancement permet le recours aux conditions de marché les plus favorables.

Graphique 25 : Profil de l'encours et des annuités de remboursement de la dette dans un montage classique et dans un montage en *soft mini-perm*



Source : KPMG Advisory, The use of mini-perms in UK PFI, Passing fad or here to stay ?, 2009.

Le dispositif des soft-mini perms présente néanmoins des inconvénients :

- ◆ le coût du prêt est progressivement renchéri par les incitations au refinancement ; au Royaume-Uni, le coût des cliquets de marge est habituellement pris en charge par la personne publique, tandis que les prélèvements de trésorerie sont financés par le partenaire privé ;
- ◆ la mise en place du prélèvement de trésorerie comme dispositif incitant les actionnaires à demander le refinancement du prêt implique en outre l'existence de flux de trésorerie substantiels ;
- ◆ surtout, l'échéance nominale lointaine du prêt ne permettra vraisemblablement pas de réduire sensiblement la contrainte de liquidité portant sur les financements longs.

Ainsi, en 2009, seuls trois projets de PFI britanniques avaient donné lieu à la mise en place d'un montage en *soft mini-perms* d'après KPMG.

Dans la mesure où elle répond à une contrainte forte du marché bancaire, la mise en œuvre de montages mini perms en substitution d'un financement long pourrait cependant être expérimentée. Afin de limiter les risques encourus par la personne publique, ce financement pourrait être limité à une sous-tranche de la tranche Dailly acceptée, sous forme de *soft mini-perms*, en complément d'un financement long classique (bancaire, obligatoire ou public – cf. *infra*).

Il conviendrait de soumettre ensuite ce montage à évaluation le montage, afin d'apprécier :

- ◆ la valeur ajoutée du dispositif en termes de coût de financement *ab initio* et en cours de vie du projet ;

- ◆ l'incidence des clauses incitatives au refinancement sur l'équilibre économique du projet ;
- ◆ les modalités de gestion du risque de refinancement par le prestataire privé.

Proposition n° 6 : Expérimenter sur quelques projets de taille moyenne un financement en mini-perm sous forme de tranche complémentaire à un financement de long terme

3.1.3. D'autres pistes peuvent être envisagées afin d'optimiser la structuration du financement bancaire lors de la négociation du contrat

Il pourrait également être envisagé d'accroître les volumes de crédit disponibles lors de la structuration du financement en élargissant les conditions de participation des établissements de crédit aux offres initiales. La diminution du nombre d'établissements de crédit actifs en financement de projet introduit des difficultés de bouclage des financements au moment des offres finales, ou peut introduire des distorsions de concurrence entre les différents participants au dialogue compétitif.

Plusieurs pistes ont pu être proposées afin d'accroître la liquidité disponible en phase de structuration des montages. Ces mesures, documentées par KPMG dans l'étude remise à l'APIJ²⁸, cherchent à mutualiser l'offre de crédit bancaire entre les différents candidats du dialogue compétitif, de manière partielle, afin de contraindre les candidats à prendre en compte la contrainte financière dans leur offre.

Une première option envisageable consisterait en l'allotissement séquentiel de la tranche de dette cédée et acceptée et en la mise en place d'une consultation financière préalable menée directement par la personne publique. La personne publique conduirait une consultation distincte auprès des banques sur les conditions de financement de la dette Dailly, dont les résultats seraient introduits dans le règlement de la consultation et servirait de benchmark aux différentes offres ; les candidats seraient cependant invités à remettre un engagement ferme de financement de l'ensemble du projet.

Dans cette option, il conviendrait cependant de clarifier la nature juridique de la consultation bancaire préalable effectuée par la personne publique et, dans l'hypothèse vraisemblable où elle n'emporterait pas engagement ferme et définitif des banques prêteuses, étudier les conditions dans lesquelles le candidat retenu à l'issue du dialogue compétitif assumerait le risque de fixation des taux.

La comptabilité de cette procédure avec les dispositions de l'ordonnance de 2004 devrait notamment être étudiée plus précisément (qui prévoit que la consultation porte simultanément sur le financement, la conception et la réalisation du projet). En outre, d'un point de vue économique, **cette option présente l'inconvénient de dissocier la levée des financements de l'évaluation des risques associés au projet.**

Alternativement, il pourrait être envisagé de n'exiger, au stade du dépôt des offres finales, que le dépôt d'offres de financement partiel et de solliciter des candidats de libérer les prêteurs de leur clause d'exclusivité. Le règlement de consultation des offres finales demanderait aux candidats de déposer une offre de financement partielle et de libérer les prêteurs associés de toute clause d'exclusivité ; seul le candidat pressenti serait tenu de proposer une offre de financement complète, en mobilisant le cas échéant les banques libérées par les candidats non pressentis.

²⁸ KPMG, étude citée *supra*.

Comme la précédente, cette solution soulèverait un risque de refinancement au stade de la mise au point des offres finales, pour le candidat ou pour la personne publique.

A l'instar des montages mini-perms, l'introduction de ces mesures contractuelles pourrait faire l'objet d'une expérimentation dans le cadre d'un nombre restreint de projets. Cette expérimentation serait suivie d'une évaluation coordonnée par la MAPP, portant sur la valeur ajoutée économique et juridique de ces mesures.

Proposition n° 7 : Expérimenter l'introduction, dans la phase de préparation des offres, de mesures visant à flexibiliser ou mutualiser les offres de financement bancaires, telles que l'introduction d'une possibilité de financement bancaire partiel au stade de l'offre finale

La conduite de ces expérimentations justifierait la mise en place d'un groupe de travail transversal piloté par la MAPP et regroupant l'ensemble des personnes publiques donneuses d'ordre, c'est-à-dire l'ensemble des ministères concernés, ainsi que des représentants des collectivités locales.

3.2. Un recours à un financement de marché devrait en théorie permettre d'accroître les volumes de financement disponibles, même si en pratique les différentes modalités de financement possibles présentent des limites

3.2.1. Le recours à un financement obligataire permettrait de réduire la contrainte de liquidité pour les projets de l'État de taille significative

Parmi les instruments financiers définis par le code monétaire et financier, les obligations constituent la forme la plus usuelle des titres de créances. Les titres de créance « *représentent chacun un droit de créance sur la personne morale ou le fonds commun de titrisation qui les émet* » (art. L. 213-1-A du code monétaire et financier). Au sein de cette catégorie d'instruments financiers, les obligations sont définies comme « *des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale* » (art. L. 213-5), c'est-à-dire des titres de créances négociables de valeur normalisée et dont les porteurs sont pourvus des mêmes droits.

Le recours au financement obligataire devrait en théorie permettre de contourner la contrainte de liquidité bancaire pesant sur les financements longs en recourant à des investisseurs institutionnels. Ces investisseurs, qui sont des fonds de pension ou plus fréquemment en France, des compagnies d'assurance, disposent de passifs de durée moyenne à longue devant être placés dans des actifs peu risqués et de maturité similaire. Les principaux passifs détenus par les compagnies d'assurance française sont :

- ◆ les encours d'assurance vie, dont le total s'élève à 1 370 Md€ en juin 2012, ont une maturité généralement comprise entre cinq et dix ans ;
- ◆ les contrats d'assurance retraite, tels que les contrats Madelin ou les plans d'épargne retraite populaire²⁹, représentant des passifs de long terme dans la mesure où les retraits anticipés sont très strictement encadrés, mais d'un volume moindre (environ 100 Md€).

²⁹ Les contrats Madelin sont des contrats d'assurance retraite destinés aux travailleurs non salariés, dont les cotisations peuvent être déduites des revenus imposables dans certaines limites.

L'investissement dans les projets d'infrastructure publique, en capital ou en dette, est susceptible constituer un placement attractif pour les sociétés d'assurance :

- ◆ ces projets, adossés et partiellement garantis par une personne publique, présentent un niveau de risque modéré ;
- ◆ la maturité longue des placements correspond à la maturité de certains passifs longs d'assurance retraite ;
- ◆ le rendement de ces prêts est susceptible d'être supérieur au rendement des obligations souveraines, aujourd'hui historiquement faibles.

Ce dispositif ne modifierait pas fondamentalement la répartition des risques entre personne publique et partenaires privés. En effet, il ne ferait que transférer la fraction de la dette projet couverte par une cession de créance Dailly à un nombre plus vaste de créanciers qui exerceraient un effet disciplinant sur le projet.

Plusieurs conditions restrictives s'imposent cependant au montage obligataire :

- ◆ **le recours à l'emprunt obligataire ne peut être envisagé que pour des projets de taille importante, à moins de réaliser une unique émission pour financer plusieurs projets ;** il est généralement considéré que seuls des projets de plus de 50 M€ peuvent faire l'objet d'un financement obligataire, au regard des coûts de structuration du financement et des tickets minimum recherchés par les investisseurs institutionnels ;
- ◆ **il ne peut être envisagé sur l'intégralité du financement du projet :** en effet, il importe que les intermédiaires financiers assurant la structuration du financement pour le compte de la société titulaire du contrat demeurent en risque sur une partie du financement. En outre, il est préférable de ne soumettre au marché que la tranche de dette la plus sûre, c'est-à-dire celle bénéficiant d'une garantie sous forme de cession de créance. Pour cette raison, l'ensemble des dispositifs envisagés dans cette section ne soumettent au financement obligataire que la tranche Dailly.

3.2.2. Le développement du financement obligataire des projets d'infrastructure, notamment en PPP, a fait l'objet de nombreux travaux exploratoires

3.2.2.1. La titrisation de la dette cédée et acceptée a été mise à l'étude par les acteurs industriels et documentée par la MAPPP

Afin de remédier aux difficultés de financement des projets d'infrastructure, la piste d'un financement obligataire par titrisation des dettes bénéficiant de cessions de créances Dailly acceptées a été mise à l'étude. La tranche de dette bénéficiant d'une cession de créance Dailly présente en effet un niveau de risque homogène et réduit. Les émissions adossées à chaque projet offrent dans ce schéma une protection maximale aux investisseurs.

Cette hypothèse a fait l'objet de travaux préparatoires approfondis. Dès 2010, un groupe de travail sur le financement des PPP a été constitué à l'initiative de la MAPPP, regroupant les principaux acteurs financiers du marché des PPP de la place.

Les plans d'épargne retraite populaire (Perp) sont des contrats d'assurance permettant la constitution d'une épargne retraite complémentaire aux régimes de retraite obligatoires par répartition et dont les cotisations sont déductibles du revenu imposable dans certaines conditions.

Le groupe de travail, dont les conclusions ont été remises le 20 juillet 2010 au ministre de l'économie, préconisait la création d'un fonds commun pour le financement des opérations de PPP en contrat de partenariat. Ce fonds assurerait l'émission d'obligations de long terme qui seraient acquises par les investisseurs institutionnels français et internationaux. Ces obligations viendraient refinancer les créances liées aux engagements de paiement pris par la personne publique dans le cadre de la cession de créance Dailly acceptée appliquée aux loyers immobiliers. L'emprunt obligataire pourrait également financer, de manière subsidiaire, la période de construction. Il serait réservé aux projets de l'État.

3.2.2.2. Des obligations de projet devraient être expérimentées au niveau européen

L'Union européenne a décidé au début de l'année 2012 l'expérimentation d'un emprunt obligataire pour le financement de projets (« Project bonds »). L'Union Européenne a adopté en mai 2012 un mécanisme expérimental de financement de projets d'infrastructures incluant un emprunt obligataire dont la qualité de crédit sera rehaussée par l'intervention de l'Union européenne et de la Banque européenne d'investissement (BEI), couvrant la période 2012-2013. L'Union européenne va affecter à cette fin une enveloppe globale de 230 M€. Cette expérimentation, si elle s'avère concluante, donnera lieu à la création d'un mécanisme pérenne pour l'interconnexion en Europe à partir de 2014.

Encadré 11 : L'initiative d'emprunt obligataire pour le financement de projets (« Project bonds »)

Dans sa communication « Une phase pilote pour l'initiative relative aux emprunts obligataires pour le financement de projets dans le cadre d'Europe 2020 » du 29 octobre 2011, la Commission européenne fait sienne le diagnostic proposé dans le rapport de M. Monti du 9 mai 2010 d'un déficit d'infrastructures au niveau européen, en raison d'une carence de financements appropriés : après s'être redressés quelque peu en 2010, les volumes de financement de projets ont chuté considérablement au premier semestre de 2011. La Commission évalue ainsi les besoins d'investissement au niveau européen de 181 à 273 Md€ pour l'accès à l'Internet à très haut débit et d'environ 700 Md€ dans le domaine des transports et de l'énergie. La Commission estimait que le recours au financement obligataire pouvait être approprié pour ce type d'infrastructures nécessitant un investissement en capital important et présentant un niveau de risque très limité.

Selon la Commission, le recours à l'emprunt obligataire requiert cependant une participation ou une garantie des personnes publiques, en raison de la complexité et de la durée des projets concernés. A cette fin, la Commission a proposé que les obligations ne soient émises ni par l'Union européenne ni par les États membres, mais par une société de projet de droit privé. La dette projet serait décomposée en une tranche prioritaire, à faible niveau de risque et financée par emprunt obligataire, complétée par une tranche subordonnée financée par prêt bancaire et dont le volume serait limité à 20 % du montant de la dette prioritaire et qui serait financé par l'Union Européenne, en lien avec la Banque européenne d'investissement (BEI).

La Commission a ainsi présenté une proposition de nouveau règlement en vue d'établir un mécanisme pour l'interconnexion en Europe combinant aides et instruments financiers, incluant des instruments de fonds propres et des instruments de partage des risques, ayant vocation à financer dans un premier temps des projets d'infrastructure de transports, d'énergie et de télécommunication. Elle proposait en outre que ce dispositif soit expérimenté au cours d'une phase pilote sur la période 2012-2013.

La proposition de la Commission a été adoptée par le Conseil et le Parlement européen en mai 2012 et pourrait être mis en œuvre dès l'été 2012.

Source : Commission européenne.

Annexe V

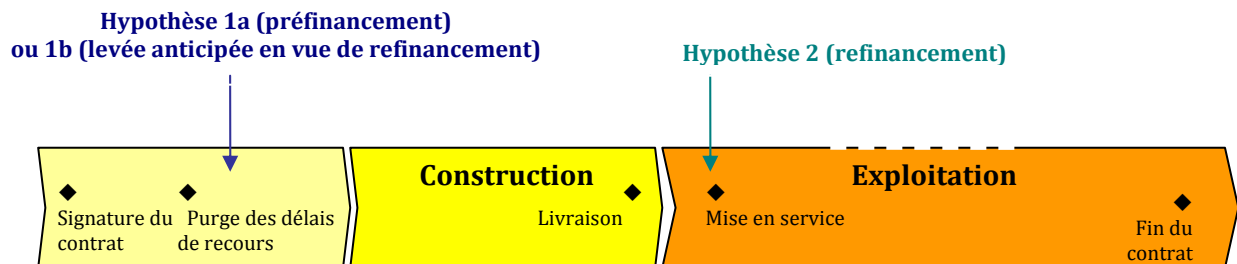
La consultation menée par la Commission européenne en 2011 a confirmé l'intérêt des investisseurs institutionnels européens et en particulier des fonds de pension à considérer la création d'une nouvelle classe d'actifs correspondant à leur recherche de diversification du risque. Le schéma pourrait être expérimenté dès cette année sur des projets prioritaires au niveau européen (réseaux transeuropéens & TIC).

3.2.3. Le financement obligataire doit préférablement intervenir en phase de construction et en complément d'une dette junior

Le financement obligataire pourrait être mis en œuvre à plusieurs phases du projet (cf. Graphique 26). Comme l'avait identifié le rapport du groupe de travail remis au ministre en juillet 2010, trois schémas de financement pourraient être envisagés :

- ◆ un financement obligataire du projet dès la phase de construction : jusqu'à la mise à disposition de l'ouvrage, les investisseurs seraient porteurs d'un risque projet, (hypothèse 1) ; ces fonds pourraient être utilisés pour financer le projet par tirage successifs en fonction du calendrier de réalisation du projet (hypothèse 1a - « Bond construction - Dailly ») ou seraient placés sur l'ensemble de la période de construction dans le cadre d'un contrat de remplacement de trésorerie et viendraient refinancer le crédit bancaire de construction au moment de la mise en service (hypothèse 1b - « Bond Dailly ») ;
- ◆ un financement obligataire lors de la mise en service : cette solution nécessiterait l'appoint d'un crédit extérieur en période de construction (hypothèse 2).

Graphique 26 : Hypothèses de levée des fonds sur le marché obligataire dans un calendrier type de projet d'infrastructure



Source : IGF.

Ces hypothèses présentent un bilan avantages/inconvénients spécifique qu'il convient d'analyser de manière distincte (cf. Tableau 15) :

- ◆ l'hypothèse d'un refinancement obligataire en fin de période de construction simplifie l'analyse des risques du point de vue des investisseurs mais crée une forte incertitude financière pour la personne publique ;
- ◆ a contrario, l'hypothèse d'un financement obligataire après la signature du contrat offre une plus grande prévisibilité pour la personne publique, qui connaît de manière précoce, à la date de purge des délais de recours, les conditions de financement du projet ; en revanche, cette option conduit le groupement à lever simultanément des financements de construction (de court terme) et des financements longs et à ponctionner une liquidité importante sur le marché ; enfin, la levée précoce des fonds implique un coût de portage (*negative carry*) entre la date de la levée des fonds et leur utilisation, ceux-ci portant intérêt dès le jour de l'émission ; la minimisation de ce coût de portage implique une gestion active de la trésorerie disponible par un établissement spécialisé.

Tableau 15 : Bilan coût-avantage des différents scénarios de placement obligataire

	A la purge des délais de recours (hyp. 1)		A la mise en service
	Pré-financement de la construction (1a)	Placement en vue du refinancement (1b)	
Bilan pour la personne publique			
Prévisibilité financière	++	++	--
Limitation des coûts financiers	+	--	+
Bilan pour les investisseurs			
Lisibilité des risques	-	-	+
Bilan pour la société de réalisation			
Simplicité de gestion financière	--	-	+
Limitation des coûts financiers	-	-	+

Source : IGF.

3.2.4. Le financement obligataire des PPP pourrait recourir à un véhicule spécifique de refinancement, ou donner lieu à l'émission directe d'obligations de la société de projet

3.2.4.1. Les sociétés de crédit foncier assurent déjà, pour le compte des établissements de crédit, le refinancement de créances détenues sur les personnes publiques

Les créances Dailly sont généralement cédées par les établissements bancaires à des sociétés de crédit foncier (SCF) qui en assurent la titrisation (cf. Encadré 12). Les sociétés de crédit foncier ont pour principal objet de financer des prêts immobiliers munis de garanties hypothécaires ou des prêts aux collectivités locales, et d'émettre des obligations en représentation de ces prêts (obligations sécurisées). Les sociétés de crédit foncier bénéficient, en vertu du code monétaire et financier, d'un statut spécifique accordant notamment un privilège aux obligations foncières et un rang de créance prioritaire (L. 515-19 du code monétaire et financier).

Il existe aujourd'hui un nombre limité de SCF en France. Jusqu'en 1999, cette activité était le monopole du crédit foncier de France et du crédit foncier et communal d'Alsace. La libéralisation du marché en 1999 a conduit à la création de nouveaux établissements adossés aux principaux groupes bancaires et d'assurance français³⁰. En raison de la spécificité des passifs pouvant être refinancés, et de la spécialisation de l'activité bancaire qu'elle induit, il existe aujourd'hui moins de dix SCF en France.

Encadré 12 : Statut des sociétés de crédit foncier

Article L515-13

I.-Les sociétés de crédit foncier sont des établissements de crédit, agréés en qualité de société financière par l'Autorité de contrôle prudentiel, qui ont pour objet exclusif :

1° De consentir ou d'acquérir des prêts garantis, des expositions sur des personnes publiques et des titres et valeurs tels que définis aux articles L. 515-14 à L. 515-17 ;

2° Pour le financement de ces catégories de prêts, d'expositions, de titres et valeurs, d'émettre des obligations appelées obligations foncières bénéficiant du privilège défini à l'article L. 515-19 et de recueillir d'autres ressources, dont le contrat ou le document destiné à l'information du public au sens

³⁰ Par exemple : Axa Bank Europe SCF, BNP Paribas Public Sector SCF, Crédit Agricole Export Credit Agencies SCF, Dexia Municipal Agency, GE SCF, Société générale SCF, Crédit mutuel Arkea Public Sector SCF.

Annexe V

de l'article L. 412-1 ou tout document équivalent requis pour l'admission sur des marchés réglementés étrangers mentionne ce privilège.

II.-Les sociétés de crédit foncier peuvent également assurer le financement des activités mentionnées au I par l'émission d'emprunts ou de ressources ne bénéficiant pas de ce privilège. Elles peuvent émettre des billets à ordre mentionnés aux articles L. 313-42 à L. 313-48.

Article L515-15

I.-Les expositions sur des personnes publiques mentionnées à l'article L. 515-13 sont des éléments d'actif, tels que des prêts, ou des engagements hors bilan sur les personnes énumérées ci-après ou totalement garanties par elles :

1. Administrations centrales, banques centrales, établissements publics, collectivités territoriales ou leurs groupements, d'un Etat membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, des Etats-Unis d'Amérique, de la Suisse, du Japon, du Canada, de l'Australie ou de la Nouvelle-Zélande ;

(...)

II.-Les expositions sur des personnes publiques comprennent notamment :

1. Les titres de créances émis, ou totalement garantis, par une ou plusieurs des personnes publiques mentionnées aux 1 à 5 du I ;

2. Les créances de sommes d'argent, y compris celles résultant d'un contrat à exécution successive, sur des personnes publiques mentionnées aux 1 à 5 du I ou totalement garanties par une ou plusieurs de ces personnes publiques ;

3. Les créances nées de contrats de crédit-bail ou contrats équivalents auxquels des personnes publiques mentionnées aux 1 à 5 du I sont parties en qualité de crédit-preneur ou locataire, ou les créances nées de contrats de crédit-bail ou contrats équivalents totalement garanties par une ou plusieurs de ces personnes publiques. Les sociétés de crédit foncier acquérant les créances résultant d'un contrat de crédit-bail peuvent également acquérir tout ou partie de la créance qui résultera de la vente du bien loué.

(...)

Article L515-19

Nonobstant toutes dispositions législatives contraires, et notamment celles du livre VI du code de commerce :

1. Les sommes provenant de prêts ou créances assimilées, expositions, titres et valeurs mentionnés aux articles L. 515-14 à L. 515-17 des instruments financiers mentionnés à l'article L. 515-18, le cas échéant après compensation, ainsi que les créances résultant des dépôts effectués par la société de crédit foncier auprès d'établissements de crédit, sont affectées par priorité au service du paiement des obligations foncières et des autres ressources privilégiées mentionnées au 2 du I de l'article L. 515-13 ;

2. Lorsqu'une société de crédit foncier fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires, ou d'une procédure de conciliation, les créances nées régulièrement des opérations mentionnées au 2 du I de l'article L. 515-13 sont payées à leur échéance contractuelle et par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou de sûretés, y compris les intérêts résultant de contrats, quelle qu'en soit la durée. Jusqu'à l'entier désintéressement des titulaires des créances privilégiées au sens du présent article, nul autre créancier de la société de crédit foncier ne peut se prévaloir d'un droit quelconque sur les biens et droits de cette société ;

3. La liquidation judiciaire d'une société de crédit foncier n'a pas pour effet de rendre exigibles les obligations et autres dettes bénéficiant du privilège mentionné au 1 du présent article. »

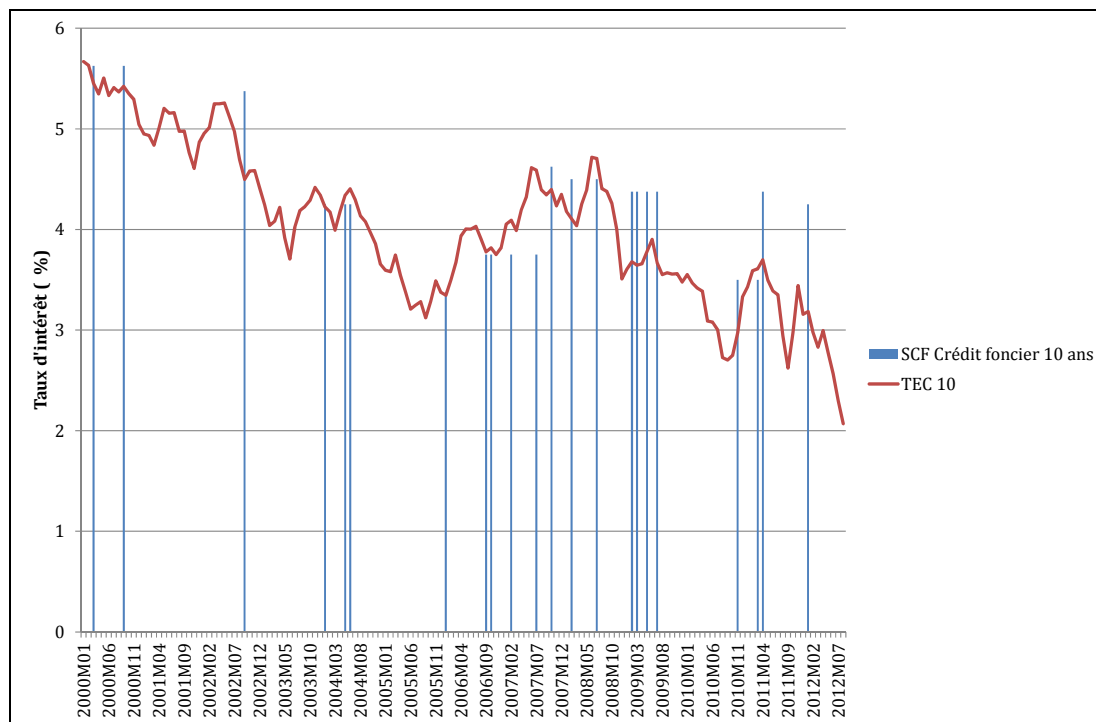
Source : Code monétaire et financier.

En raison de la qualité de leurs passifs et des garanties juridiques offertes aux investisseurs, les SCF bénéficient de coûts de refinancement particulièrement attractifs (cf. Graphique 27). Les obligations émises par les SCF bénéficient des meilleures notations de crédit, en règle générale AAA. Le rendement des émissions est ainsi proche du rendement des obligations d'État de maturité comparables. L'écart de rendement d'obligations foncières à 10 ans émises par le crédit foncier avec une OAT de même maturité est demeuré extrêmement faible tout au long de la décennie 2000-2010 (moins de 40 points de base).

Ce mode de refinancement présente cependant plusieurs limites dans le contexte de durcissement des conditions du financement bancaire :

- ◆ son coût relatif s'est accru ; le spread sur OAT a augmenté à partir de 2011, à la faveur de la diminution du rendement des OAT ; il atteignait au début 2012 environ 100 points de base ;
- ◆ si la titrisation des créances par les SCF fournit un accès privilégié à la liquidité, il ne permet pas aux banques d'améliorer leur profil de solvabilité, les créances refinancées demeurant à leur bilan.

Graphique 27 : Rendement des obligations foncières à 10 ans émises par le Crédit foncier et l'OAT à 10 ans



Source : Crédit foncier, IGF.

3.2.4.2. L'émission obligataire pourrait être réalisée dans le cadre d'un fonds commun de titrisation collectif ou individuel

Faisant suite aux propositions du groupe de travail sur le financement des PPP, la MAPPP a élaboré un projet de fonds commun de financement des PPP, qui prendrait la forme d'un fonds commun de titrisation (FCT, cf. Encadré 13).

Encadré 13 : Les fonds communs de titrisation (FCT)

Comme la société de crédit foncier, un fonds commun de titrisation (FCT) a vocation à assurer le refinancement de créances pour le compte des établissements de crédit finançant la société de projet. Un FCT vocation à titriser sous forme d'obligations (*bonds*) la part de la dette projet couverte par une cession de créance Dailly acceptée par la personne publique et correspondant au montant des loyers versés par elle dans le cadre du contrat de partenariat.

▪ Statut juridique

Le fonds commun de titrisation (FCT), qui a remplacé le régime du fonds commun de créance créé en 1998, est un organisme de titrisation régi par les articles L.214-42-1 et suivants du code monétaire et financier.

Selon l'article L. 214-42-1, les organismes de titrisation ont pour objet « *d'une part, d'être exposés à des risques (...) par l'acquisition de créances ou la conclusion de contrats constituant des instruments financiers à terme ou transférant des risques d'assurance; d'autre part, d'assurer en totalité le financement ou la couverture de ces risques par l'émission d'actions, de parts ou de titres de créances* ».

Dans ce cadre, la titrisation peut être interprétée comme une simple cession de créance, ensuite fragmentée en plusieurs parts. L'art. L. 214-46 dispose que « *lorsque des créances sont transférées à l'organisme, leur recouvrement continue d'être assuré par le cédant ou par l'entité qui en était chargée avant leur transfert* »

En vertu de l'article L. 214-49-4 du code monétaire et financier et par opposition aux sociétés de titrisation, le fonds commun de titrisation est une copropriété et ne dispose pas de la personnalité morale. Le FCT est constitué à l'initiative conjointe d'une société chargée de sa gestion et d'une personne morale dépositaire de la trésorerie et des créances du fonds. La société de gestion est soumise à au contrôle de l'autorité des marchés financiers, qui approuve son programme d'activité. En outre, seul un établissement de crédit peut être dépositaire de la trésorerie et des créances du fonds.

L'art. L. 214-49-8 prévoit que « *les porteurs de parts ne sont tenus des dettes du fonds et, le cas échéant, du compartiment qu'à concurrence de la valeur d'émission de ces parts.* »

La société de gestion et le dépositaire constituent le FCT par la seule signature d'un contrat, le règlement du FCT (ou du compartiment), décrivant ses règles de fonctionnement.

▪ Fonctionnement

La titrisation, intervenant lors du closing financier du contrat ou ultérieurement, en fin de période de construction (*cf. supra*), interviendrait par cession immédiate au FCT d'une facilité Dailly mise en place par les banques du groupement. En vertu de la cession de créance acceptée, l'État verserait directement au FCT les montants exigibles au titre des créances cédées, montants qui seraient affectés au FCT au remboursement des obligations.

Le statut juridique du FCT en fait un organisme financièrement transparent et de ce fait, protecteur pour les investisseurs (*cf. Erreur ! Source du renvoi introuvable.*). Ne disposant pas de la personnalité morale, le FCT ne peut être porteur du risque de crédit des créances dont il assure la titrisation, risque qui demeure intégralement associé au débiteur – en l'occurrence la personne publique.

En outre, contrairement aux obligations sécurisées émises par les SCF, les obligations émises par un FCT sont extraites du bilan des établissements de crédit. La titrisation par SCF permet ainsi de libérer le bilan des établissements de crédit et améliore la profondeur de marché sur ce segment.

Source : Code monétaire et financier, MAPPP.

Le FCT pourrait prendre la forme :

- ◆ **d'un FCT de place**, hypothèse privilégiée par la MAPPP : le FCT offrirait alors une infrastructure commune accessible sans discrimination à tous les établissements bancaires et à tous les candidats ;
- ◆ **d'un FCT individuel établi par le groupement titulaire d'un contrat de partenariat**, dans l'hypothèse où l'infrastructure de place ne pourrait être créée.

Le partage de l'infrastructure n'impliquerait pas la mutualisation des risques, une émission distincte devant être réalisée pour chaque projet. Chaque projet pourrait donner lieu à l'ouverture d'un compartiment spécifique du FCT. Dans ce cas, l'article L. 214-49-8 prévoit que les porteurs de parts du FCT ne sont tenus des dettes du compartiment qu'à concurrence de la valeur d'émission de ces parts, disposition qui assure l'étanchéité financière de chaque compartiment.

Cette condition apparaît nécessaire à l'adoption d'un traitement prudentiel favorable pour les compagnies d'assurance (cf. Encadré 14). En vertu des règles introduites par la directive Solvabilité II, en cours de finalisation, les exigences en fonds propres associées à la détention d'obligations publiques sont limitées ; elles sont en revanche très élevées en cas de détention d'actifs de titrisation réalisant la mutualisation et le tranchage de créances. Selon l'analyse produite par la MAPPP, l'absence de réorganisation et de mutualisation des risques au sein du fonds écarterait cette dernière possibilité.

Afin de confirmer cette interprétation et d'apporter un degré maximal de certitude concernant le traitement prudentiel des titres de créance émis par un FCT, il conviendrait de soumettre cette analyse à une opinion juridique spécialisée et externe, et dans l'idéal, d'obtenir des autorités de supervision européennes sa validation ou sa codification.

Le traitement prudentiel de ces obligations de projet limiterait donc le recours de cette technique aux PPP les plus importants, tels que les infrastructures commandées par l'État ou ses opérateurs.

Proposition n° 8 : Faire valider, auprès des instances de supervision compétentes, le traitement prudentiel, dans le cadre de Solvabilité II, de titres émis par des fonds communs de titrisation ne donnant pas lieu à mutualisation ou réorganisation des risques de crédit

Encadré 14 : Le traitement prudentiel du financement obligataire dans le cadre de Solvabilité II

▪ **La directive Solvabilité II**

La directive Solvabilité II a été adoptée en 2009 afin de renforcer et d'harmoniser le contrôle prudentiel des sociétés d'assurance dans l'Union Européenne. Elle entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Ses mesures d'application sont en cours d'application.

Solvabilité II repose sur trois piliers :

- exigences quantitatives en capital (*solvency capital requirement – SCR* et *minimum capital requirement – MCR*) à partir d'une évaluation des actifs et passifs fondée sur les valeurs de marché ;
- exigences qualitatives sur la gouvernance, le contrôle interne et la gestion des risques ;
- reporting prudentiel et information du public.

▪ **Le traitement prudentiel de la titrisation de créances Dailly sous Solvabilité II**

La MAPPP, en lien avec la direction générale du Trésor (DGT), a procédé à une analyse détaillée du cadre prudentiel applicable au financement obligataire de projets de PPP.

Le capital requis lié à la détention d'une obligation ou d'un prêt est calibré par le module marché de Solvabilité II. Les deux principaux risques d'après ce module sont le risque de taux et le risque de spread. Dans le cas d'une cession de créance Dailly acceptée, le FCT est en réalité titulaire d'une créance irrévocable sur l'État et soumise à un risque de spread de 0 %.

Dans l'hypothèse où le FCT assure également le financement du risque de construction, l'exposition économique de l'investisseur est celle de l'investissement sous-jacent, c'est-à-dire le risque de crédit de la société de projet. Dans ce cas, un chargement en capital sera appliqué en fonction de la durée et de la signature du prêt accordé.

Selon la MAPPP, les titres émis par le FCT échapperaient au traitement applicable aux actifs de titrisation repackagés (*repackaged loans*), particulièrement pénalisant en termes de chargement en capital. En effet, les créances titrisées dans le cadre du FCT ne donneraient pas lieu à une réorganisation des risques, par mutualisation de projets et formation de tranches subordonnées.

Source : DGT, MAPPP.

3.2.5. Le recours à l'émission obligataire impose plusieurs contraintes dans le montage du projet

3.2.5.1. L'émission obligataire impose l'introduction de garanties complémentaires pour les investisseurs

Quelle que soit la solution retenue pour le calendrier et le véhicule d'émission, la mise en œuvre d'un financement obligataire impose plusieurs exigences opérationnelles lors du montage du projet.

En premier lieu, le projet et l'émetteur devront faire l'objet d'une notation préalable par une agence de notation, ce qui a un coût. Cette exigence est impérative pour permettre la participation d'investisseurs institutionnels. Dans l'idéal, afin d'améliorer la transparence de la signature des projets, les projets devraient bénéficier de la notation de plusieurs agences.

La structuration du financement devra assurer à la tranche de dette obligataire une signature de crédit élevée. Le placement des obligations nécessite au minimum une notation au niveau *investment grade*, c'est-à-dire de qualité moyenne inférieure (*lower medium grade*, BBB) et préférablement, une notation de qualité moyenne supérieure (*upper medium grade*, A). A cette fin, la tranche obligataire devrait prévoir :

- ♦ une garantie ou un rehaussement spécifique de la dette obligataire ; l'existence d'une cession de créance Dailly acceptée, qui aligne le niveau de risque de la dette sur le risque crédit de la personne publique, constitue une garantie forte à cet égard ;
- ♦ le confinement des risques résiduels du projet par une tranche de dette junior spécifiquement identifiée.

Afin d'assurer la notation des projets de PPP dans les meilleures conditions, une étude pourrait être établie par la MAPPP ou pour son compte, après consultation formalisée des agences de notation. Il s'agirait ainsi d'identifier préalablement le plus grand nombre de critères permettant d'assurer une notation satisfaisante aux projets, ainsi que les facteurs de risque susceptibles de dégrader cette notation. Ce guide méthodologique pourrait être utilisé par les personnes publiques dans l'élaboration des règlements de consultation et dans la vérification des contrats.

Proposition n° 9 : Établir un guide méthodologique de préparation à la notation crédit des projets de PPP

En second lieu, une attention spécifique devra être apportée aux conditions de résiliation du contrat en cours de financement. L'hypothèse de la résiliation du contrat doit donner lieu à un régime d'indemnisation inconditionnel, précis et transparent, sous la forme d'une clause de remboursement anticipé (*make-whole*). Celle-ci doit dédommager, au moins partiellement, l'investisseur des flux financiers actualisés non perçus du fait de la rupture anticipée du contrat.

Un benchmark des clauses habituellement employées sur le marché obligataire pourrait être réalisé par la MAPPP ou pour son compte, en vue d'introduire d'actualiser le clausier-type des contrats de partenariat.

3.2.5.2. *Un cadre juridique spécifique doit être introduit afin de limiter le risque de refinancement pour la personne publique*

Par ailleurs, quelle que soit la date à laquelle intervient la levée des fonds, le financement obligataire introduit un risque de financement nouveau pour la personne publique. Contrairement au cadre de financement en vigueur actuellement, où les offres de financement sont stabilisées dès les offres finales des candidats au dialogue compétitif et présentent donc un caractère certain – aux taux près – à la date de signature du contrat, le recours à un financement obligataire, ne peut en première analyse engager le titulaire du contrat, ce mode de financement étant par définition externe et désintermédié.

Si le seul financement recours au financement ou au refinancement obligataire est envisagé dans le contrat, les engagements du titulaire se borneraient à la conduite des diligences nécessaires à l'émission sur les marchés, c'est-à-dire à une obligation de moyens, et non de résultat. Ainsi, **dans l'hypothèse où l'appel aux investisseurs serait infructueux ou procurerait un financement à des conditions excessivement défavorables, la personne publique serait contrainte d'honorer le règlement des dépenses de construction ou serait contrainte de résilier à ses frais le contrat de partenariat.**

Afin de protéger la personne publique contre le risque de financement associé au financement obligataire, il conviendrait d'introduire un dispositif protecteur de ses intérêts financiers. Ces clauses devraient avoir pour objectifs d'assurer un partage du risque de financement avec le titulaire du contrat et de limiter l'impact pour la personne publique d'une émission sous-optimale ou insuffisante en volume.

Les clauses suivantes pourraient ainsi être mises à l'étude :

- ◆ résiliation automatique du contrat sans frais pour la personne publique en cas de levée de fonds infructueuse ;
- ◆ obligation pour la personne privée de présenter un substitut en cas d'échec de la levée de fonds, par exemple sous la forme d'un prêt à moyen terme (*hard mini-perm*) dont le surcoût lui serait imputé.

Proposition n° 10 : Actualiser le clausier-type de la MAPPP en vue d'un éventuel refinancement obligataire de certains projets, en portant une attention particulière aux clauses de remboursement anticipé des emprunts obligataires et en protégeant la personne publique contre le risque d'une émission obligataire infructueuse

3.2.6. *En fonction des conditions de marché, le recours au financement obligataire pourrait permettre de diminuer le coût du financement des projets de PPP*

La mission a rassemblé plusieurs simulations établies par des conseils spécialisés de substitution du financement obligataire au financement bancaire des projets de PPP. Deux travaux ont été confrontés :

- ◆ une simulation réalisée par KPMG dans le cadre de son étude sur l'optimisation des conditions de financement des PPP, remis à l'APIJ en juillet 2012³¹ ;

³¹ KPMG, étude citée *supra*.

- ◆ une simulation réalisée par HSBC à la demande de la MAPPP et de la mission³².

La comparaison du coût de financement résultant d'un financement obligataire et d'un financement par dette bancaire n'est pas évidente ; elle soulève d'importants problèmes méthodologiques. Elle implique la reconstitution d'un projet type et d'un plan de financement type, incluant le calcul de loyers d'investissement et de financement sur l'ensemble de la durée du projet, à partir d'hypothèses sur les conditions de financement obtenues.

Ces hypothèses, en ce qui concerne le coût du financement obligataire (rendement et marge de liquidité exigée par les investisseurs), présentent un caractère conventionnel et sont difficiles à fiabiliser *in abstracto*. Elles s'accordent cependant sur les points suivants :

- ◆ **les investisseurs institutionnels exigeront une prime de rendement par rapport à l'OAT de durée comparable**, soit pour une tranche Dailly 30 ans amortissable, l'OAT 20 ans – qui demeure le placement de référence pour les assureurs – en raison du risque supérieur associé et de la moindre liquidité des titres ; la marge de crédit sur OAT est estimée entre 150 et 170 points de base selon les simulations ;
- ◆ **cette prime vient s'ajouter au spread de taux positif existant entre l'OAT et le taux Euribor swappé (*mid-swap*)**, évalué entre 70 et 100 points de base ;
- ◆ **le coût du financement n'inclut pas de marge de swap**, soit une économie d'environ 20 points de base.

Au final, d'après ces simulations et aux conditions de marché actuelles, le coût du financement obligataire est inférieur, en règle générale, au coût des crédits bancaires à long terme (cf. Tableau 16). Le refinancement obligataire d'une dette Dailly à 30 ans en fin de période de construction abaisserait le coût du financement de cette tranche :

- ◆ de 60 points de base selon la simulation réalisée par KPMG, générant ainsi une économie de 4 % sur le montant des loyers ;
- ◆ de 95 points de base selon la simulation établie par HSBC, soit une réduction de 6 % du montant des loyers.

En revanche, le financement obligataire en période de construction n'apparaît pas avantageux financièrement. La simulation établie par KPMG parvient à un surcoût de 21 % sur le montant des loyers, provenant de la conjonction d'une marge de crédit supérieure (170 points de base, contre 150 points de base en refinancement à la mise à disposition) liée à la prise en charge du risque de construction, à un taux de base plus élevé (référence OAT + marge et non Euribor + marge), et aux surcoûts de refinancement.

Au final, les gains associés au financement obligataire sont sensibles à plusieurs paramètres particulièrement volatiles :

- ◆ la marge exigée par les investisseurs obligataires, elle-même associée à la perception du risque ;
- ◆ le spread obligataire par rapport au taux interbancaire *mid-swap* ; une dégradation des conditions de financement de l'État viendraient limiter la plus-value du financement obligataire.

Les avantages procurés en termes de liquidité et de coût par la solution obligataire pourraient éventuellement justifier le lancement d'une expérimentation. Un ministère chef de file pourrait être désigné par le Premier ministre pour assurer l'expérimentation du refinancement de la dette Dailly dans le cadre d'un projet d'investissement de taille significative.

³² HSBC, *Mesurer la performance du financement obligataire – Tranche Dailly*, août 2012.

Annexe V

Cela impliquerait notamment de prévoir, dans le document de consultation des entreprises, la présentation d'un schéma de financement désintermédié de type obligataire, en substitution ou en complément d'une offre de financement bancaire. Le dispositif devrait faire l'objet d'une évaluation dans des termes similaires à ceux évoqués *supra* pour le montage mini-perms.

En tout état de cause, le recours à un financement obligataire ne doit impliquer de modification dans la répartition des risques entre personne publique et personne privée. Il n'implique pas de garantie spécifique nouvelle de la personne publique. Ce schéma de financement devra être assorti des dispositions nécessaires à réduire le risque de financement associé.

Proposition n° 11: Confier à un ministère chef de file l'expérimentation d'une consultation des entreprises en vue d'un refinancement obligataire de la dette Dailly d'un projet de PPP et soumettre à évaluation cette expérimentation

Annexe V

Tableau 16 : Simulation de l'impact d'un financement obligataire de la tranche de dette bénéficiant d'une cession Dailly

Auteur de la simulation	KPMG			HSBC	
Scénario	Scénario de référence	Obligataire - financement construction (hypothèse 1a)	Obligataire - refinancement à la mise à disposition (hypothèse 1b)	Scénario de référence	Obligataire - refinancement à la mise à disposition (hypothèse 1b)
Montant de l'investissement (M€)	100,00	100,00	100,00	100 M€	100 M€
Durée du contrat	30 ans	30 ans	30 ans	30 ans	30 ans
Mode de financement de la tranche Dailly	Bancaire	Obligataire	Obligataire	Bancaire	Obligataire
Taux de base - référence	Euribor swap 20 ans	OAT 20 ans	Euribor swap 20 ans	Euribor swap	OAT 20 ans
Déterminant de la marge	Marge bancaire	Prime risque construction, prime d'illiquidité	Prime d'illiquidité	Marge bancaire	Prime d'illiquidité
Durée du remboursement	30 ans	25 ans	30 ans	30 ans	30 ans
Coût total du financement	4,40 %	4,70 %	3,80 %	-	-
<i>Marge de crédit</i>	<i>1,90 %</i>	<i>1,70 %</i>	<i>1,50 %</i>	<i>2,00 %</i>	<i>1,50 %</i>
<i>Marge de swap</i>	<i>0,20 %</i>	<i>0,00 %</i>	<i>0,00 %</i>	<i>0,25 %</i>	
<i>Taux de base</i>	<i>2,30 %</i>	<i>3,00 %</i>	<i>2,30 %</i>	<i>Euribor</i>	<i>Euribor</i>
Somme des loyers	220,26	265,45	212,25	242,80	228,40
Ecart au scénario de référence		+21 %	-4 %		-6 %
VAN des loyers	142,36	171,57	137,19	98,82	92,96
Ecart au scénario de référence	-	+21 %	-4 %	-	-6 %

Source : KPMG, HSBC.

3.3. Dans un contexte où la puissance publique bénéficie de conditions d'endettement plus favorables que le secteur privé, un refinancement public des projets doit être envisagé

Le montant d'investissement d'un PPP étant désormais consolidé dans le bilan de la puissance publique (*cf. annexe I*), ces projets ont pour conséquence paradoxale de générer une dette publique au coût d'une dette privée.

Dans un contexte où l'endettement public est moins onéreux et moins contraint que l'endettement privé, un refinancement par la puissance publique des projets de PPP apparaît donc comme une piste à expertiser.

3.3.1. Un refinancement des projets par crédit budgétaire constitue l'option la plus simple

3.3.1.1. Le refinancement direct par la personne publique procurerait un volume de financement élevé à un coût réduit

Dans l'état actuel du droit, le financement direct et intégral des projets de PPP par la personne publique n'est pas possible. En vertu de l'ordonnance du 17 juin 2004, les contrats de partenariat sont des contrats globaux d'externalisation de l'investissement public, devant inclure le financement partiel ou intégral des ouvrages³³. L'ordonnance ouvre cependant la possibilité d'un financement public partiel de l'infrastructure (*cf. 1.2 supra*).

En outre, la substitution intégrale d'un financement public au financement privé priverait la personne publique des avantages procurés par la structuration financière des contrats de partenariat. La participation de prêteurs au groupement ou à la société de réalisation titulaire du contrat accroît en effet les garanties de viabilité financière et de bon déroulement de l'opération :

- ◆ au stade de la conception des offres, les acteurs financiers privés soumettent le projet à des diligences (*due diligence*) de fiabilité et de robustesse financière ;
- ◆ au stade de la réalisation, en assurant le suivi de la construction et des tirages bancaires effectués, ainsi qu'en vérifiant les garanties dont bénéficie le constructeur.

Cependant, le coût d'opportunité du financement privé – variable selon les conditions de marché, mais généralement positif – justifie qu'une réflexion soit conduite sur le développement d'un cofinancement ou d'un refinancement public. Le coût d'opportunité du financement privé (*cf. supra 2.2.4*) est toujours positif depuis le lancement des contrats de partenariat, même si il a diminué en 2010 et 2011 en raison de la résistance des rendements obligataires d'État et de la diminution des coûts de financement interbancaires.

Par rapport à la solution obligatoire privée envisagée dans la section précédente, les gains financiers tirés d'un refinancement public, qui peuvent être estimés par référence au coût des OAT, sont générés par :

³³ Art. 1 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat : « *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.* »

Annexe V

- ◆ la signature de crédit de l'État ou de la personne publique, généralement de meilleure qualité que la signature de crédit de la société de projet ;
- ◆ la liquidité des financements auxquels peut avoir accès l'État, résultant à la fois de l'appel direct au marché (comme dans le cas d'obligations privées) et de la profondeur du marché des obligations souveraines (par opposition aux marchés des obligations privées), permettant d'économiser le montant de la prime d'illiquidité,
- ◆ la diminution des coûts de structuration et des frais de gestion.

KPMG a procédé à la simulation d'un refinancement public, aux conditions de l'OAT, d'une dette Dailly à plusieurs stades de la maturité du projet (cf. Tableau 17). Les hypothèses de simulation sont identiques à celles présentées *supra* (3.2.6). Selon cette simulation, le coût du financement, égal au rendement de l'OAT à 20 ans (soit environ 3,0 % en juillet 2012) serait inférieur de 136 points de base au taux d'un refinancement bancaire standard. Il en découlerait une économie globale :

- ◆ de 12 % du montant des loyers (10 % en valeur actuelle nette) en cas de refinancement à la mise à disposition ;
- ◆ de 9 % du montant des loyers (7 % en valeur actuelle nette) en cas de refinancement cinq ans après le début du contrat ;
- ◆ de 5 % du montant des loyers (4 % en valeur actuelle nette) en cas de refinancement dix ans après le début du contrat.

Les gains prévisibles tirés d'un refinancement public sont ainsi supérieurs à ceux tirés d'un refinancement obligataire privé. Ces gains sont cependant subordonnés à l'évolution du rendement des obligations publiques, c'est-à-dire à l'évolution de l'appréciation par les investisseurs du risque État, dont la volatilité est aujourd'hui plus forte.

Pour les mêmes raisons que celles indiquées *supra* (3.2.1), le financement public de l'ouvrage aurait vocation à être partiel, par exemple en couvrant l'intégralité de la dette bénéficiant d'une cession Dailly acceptée.

Annexe V

Tableau 17 : Simulation de l'impact d'un refinancement public (OAT) de la tranche de dette bénéficiant d'une cession Dailly

Auteur de la simulation	KPMG		KPMG	
	Scénario de référence	Refinancement public (OAT) à la mise à disposition	Refinancement public (OAT) 5 ans après la signature du contrat	Refinancement public (OAT) 10 ans après la signature du contrat
Montant de l'investissement (M€)	100,00	100,00	100,00	100,00
Durée du contrat	30 ans	30 ans	30 ans	30 ans
Mode de financement de la tranche Dailly	Bancaire	Obligataire public	Obligataire public	Obligataire public
Taux de base - référence	Euribor swap 20 ans	OAT 20 ans	OAT 20 ans	OAT 20 ans
Déterminant de la marge	-	-	-	-
Durée du remboursement	30 ans	30 ans	30 ans	30 ans
Coût du financement	4,40 %	3,04 %	3,04 %	3,04 %
Marge de crédit	1,90 %	-	-	-
Marge de swap	0,20 %	-	-	-
Taux de base	2,30 %	3,04 %	3,04 %	3,04 %
Somme des loyers	220,26	193,21	200,42	208,95
Ecart au scénario de référence	-	-12 %	-9 %	-5 %
VAN des loyers	142,36	128,29	132,45	136,63
Ecart au scénario de référence	-	-10 %	-7 %	-4 %

Source : KPMG.

3.3.1.2. Plusieurs véhicules peuvent être envisagés pour mettre en œuvre un refinancement direct par la personne publique

Un refinancement public pourrait être envisagé selon plusieurs modalités.

Une première possibilité consisterait à cofinancer ou à refinancer une fraction de la dette par subvention budgétaire directe. Cette possibilité, ouverte par la réforme de l'ordonnance intervenue en 2009, a déjà été exploitée par les donneurs d'ordre publics, notamment les collectivités locales, pour diminuer le coût de financement des projets (1.2 et 2.2.1 *supra*).

Le subventionnement pourrait prendre plusieurs formes :

- ◆ l'introduction d'une subvention d'investissement *ab initio* dans le cadre d'un cofinancement public-privé ; cette option permet de réduire de manière la plus efficace les coûts financiers associés au financement bancaire, mais présenterait l'inconvénient de limiter le transfert de risque au titulaire du contrat en phase de construction et ainsi, de réduire les incitations performantielles du contrat ;
- ◆ le rachat d'une fraction ou de l'intégralité de la dette Dailly à l'issue de la période de construction : cette solution permet de maintenir le caractère pleinement privé du financement du projet en construction ; elle permet de maintenir le partenaire en risque sur la dette non couverte par une cession de créance acceptée, mais elle conduit à racheter la dette la plus sûre, donc la moins coûteuse, et présente donc une plus-value financière moindre à court terme ;
- ◆ le rachat d'une fraction ou de l'intégralité de la dette projet à l'issue de la période de construction : cette hypothèse est financièrement plus avantageuse, mais nécessite l'introduction de dispositions compensatoires afin de maintenir un partage des risques approprié ;
- ◆ le rachat d'une dette de court-moyen terme (type mini-perm) en cours de contrat : cette solution implique des coûts de financement supérieurs sur la première partie du contrat, mais accorde une plus grande flexibilité dans la fixation du calendrier de refinancement, en fonction de la capacité budgétaire de la personne publique.

Le financement par subvention publique, sans doute le plus aisé à mettre en œuvre, suppose cependant que la personne publique réserve dans son budget les crédits nécessaires et ainsi, réinternalise partiellement la contrainte de liquidité dans ses projets d'investissement. Pour l'État, il impliquerait la réservation d'un volume substantiel de crédits de paiements à l'échéance de la dette rachetée. Ce mécanisme présenterait l'avantage de réintégrer de manière plus précoce la contrainte financière dans la sélection des projets, contrainte qui est desserrée par le paiement fractionné des PPP classiques.

Ainsi, le refinancement par subvention budgétaire ne doit être ni trop précoce, ni trop lointain :

- ◆ un refinancement prévu de manière trop précoce ne permettrait pas un transfert de risque satisfaisant au secteur privé et priverait la personne publique de flexibilité budgétaire ;
- ◆ un refinancement trop lointain accroîtrait le coût financier associé au maintien de la dette privée et pourrait se heurter à la difficulté de mobiliser des financements longs ; en outre, il ne permettrait pas une véritable responsabilisation budgétaire du décideur public en réintégrant la contrainte budgétaire trop tardivement.

Il est donc proposé d'introduire une possibilité de refinancement budgétaire par subvention publique des PPP de l'État, au plus tôt à l'issue de la période de construction et au plus tard, à la moitié de la durée du contrat, à concurrence d'un seuil et dans les limites d'un plafond à déterminer. A titre indicatif, cette fourchette pourrait être fixée entre 30 et 70 % du montant total de l'encours de dette finançant l'investissement et restant à la date du refinancement.

L'extension de cette clause aux collectivités locales pourrait être envisagée après consultation auprès des élus concernés.

Proposition n° 12 : Introduire une possibilité de refinancement budgétaire par subvention publique des PPP de l'État, au plus tôt à l'issue de la période de construction et au plus tard, à la moitié de la durée du contrat, à concurrence d'un seuil et dans les limites d'un plafond ; envisager l'extension de cette clause aux collectivités locales

À cadre institutionnel inchangé, un refinancement public des PPP de l'État se traduirait par des émissions d'obligations assimilables du Trésor (OAT) par l'Agence France Trésor (AFT). Même si le volume de telles émissions pourrait être limité (au maximum, 1 à 2 Md€ par an), elles pourraient perturber la stratégie d'émission de l'AFT.

Une solution alternative pourrait consister à recourir, à moyen terme, à l'émission de titres spécifiques distincts des OAT finançant les grands projets d'infrastructures ou d'investissements de l'État. Le cas échéant, un véhicule d'émission obligataire public de refinancement spécifique pourrait être constitué (ou structuré au sein même de l'AFT) ; il pourrait prendre la forme d'un service à compétence nationale (SCN)³⁴ et être habilité par la loi à s'endetter par émission obligataire pour le compte de l'État.

Cet organisme assurerait l'émission d'un titre de financement d'infrastructure, dans un programme d'émission distinct de celui de l'Agence France Trésor. Pour les investisseurs, ces titres auraient l'avantage de posséder un sous-jacent physique, tout en étant assimilable à des titres publics.

Sans qu'il soit indispensable que ce véhicule d'émission ait la personnalité morale, le fonctionnement de cette entité pourrait être inspiré de l'organisation de Réseau ferré de France (RFF) (cf. Encadré 15). Cet établissement public national à caractère industriel et commercial (EPIC), en charge de l'aménagement et du développement du réseau ferré national, est habilité par la loi à émettre des titres de créance directement sur les marchés et à compléter le financement des contrats de partenariat ou des contrats de concession qu'il entreprend par recours au financement obligataire.

Encadré 15 : L'organisation du financement obligataire de Réseau ferré de France

▪ **Cadre réglementaire**

En vertu de l'article L. 2111-24 du code des transports, RFF « peut, dès sa création, procéder à une offre au public de titres financiers et émettre tout titre représentatif d'un droit de créance ». Cette disposition, prévue par la loi de 1997 instituant RFF, devait permettre à l'établissement public d'assurer la gestion de la dette ferroviaire de l'État qui lui était transférée, d'un montant initial de 29 Md€.

RFF dispose en outre de l'autorisation implicite de financer par recours à l'emprunt ses programmes d'investissement, dans la mesure où ceux-ci sont équilibrés financièrement sur la période d'amortissement de cet investissement, c'est-à-dire susceptibles de générer des ressources financières susceptibles de couvrir le coût de l'investissement sur cette période. L'article 4 du décret prévoit en effet que RFF « ne peut accepter un projet d'investissement sur le réseau ferré national inscrit à un programme à la demande de l'État, d'une collectivité locale ou d'un organisme public local ou national,

³⁴ L'AFT est un SCN rattaché directement auprès du directeur général du Trésor.

Annexe V

que s'il fait l'objet de la part des demandeurs d'un concours financier propre à éviter toute conséquence négative sur les comptes de RFF sur la période d'amortissement de cet investissement ».

▪ Modalités de financement

Les émissions obligataires prennent la forme d'émission d'entreprise (corporate) sous la signature de l'EPIC. Cette signature est soumise à la notation d'agences de notation. Au mois de juin 2012, la notation de l'EPIC RFF était identique à celle attribuée à l'État français (AA+ par Standard & Poor's, Aaa par Moody's, AAA perspective négative par Fitch).

Les programmes d'émission de RFF comportent :

- un programme cadre Euro Medium Term Note Programme (EMTN) plafonné à 35 Md€ ;
- des programmes de financement à court terme, incluant un programme de billets trésorerie domestique et un programme international (*commercial papers*).

Le programme d'émission combine des obligations à taux fixe (82 % de l'encours à la fin 2011), des obligations à taux variable (11 %) et des obligations indexées sur l'inflation (7 %). Cette allocation est déterminée sur la base d'un modèle d'optimisation du couple espérance de coût-risque sur un horizon de dix ans.

▪ Organisation opérationnelle

La gestion de la trésorerie et des émissions obligataires de RFF est assurée par la direction Finance et Trésorerie, placée sous la supervision du directeur général adjoint Finances et achat.

Au sein de la direction Finance et Trésorerie, trois unités sont chargées du suivi des programmes d'émission : l'unité Ingénierie/opérations financières réalise les transactions sur les marchés financiers ; l'unité Middle office/contrôle et l'unité Trésorerie groupe assure un contrôle de premier et de deuxième niveau sur ces opérations.

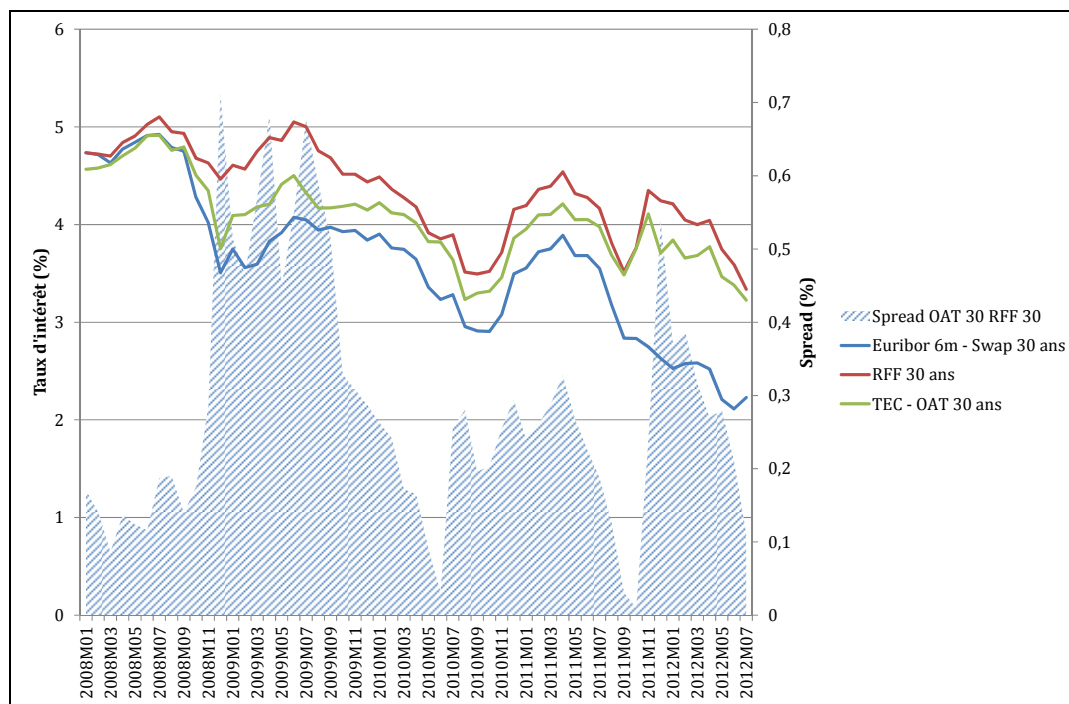
Le contrôle de troisième niveau est assuré par la direction de l'audit et des risques, le commissaire aux comptes et la Cour des comptes.

Source : RFF.

RFF obtient des coûts de financement particulièrement compétitifs (cf. Graphique 28).

Le rendement des obligations émises par RFF est, dans les faits, aligné sur le rendement des OAT de maturité comparable, plus une prime de 20 à 30 points de base (11 pbs en juillet 2012). L'écart de rendement maximal observé au cours des quatre dernières années s'est élevé à 71 points de base en moyenne au mois de décembre 2008.

Graphique 28 : Rendement des obligations à 30 ans de RFF et des OAT à 30 ans



Source : RFF, Eurostat, IGF.

Capitalisant sur l'expérience acquise par RFF en cette matière, une réflexion pourrait être engagée en vue de la constitution d'un financement obligataire spécifique des infrastructures de l'État, qui pourrait concerner le refinancement de l'ensemble des projets d'infrastructures conduits en PPP, voire à terme, le financement de l'ensemble des grands programmes d'investissement au-delà d'un certain seuil, dans le champ d'un ou de plusieurs ministères, voire de la totalité d'entre eux. **Ce refinancement pourrait venir en surplus du financement budgétaire obligatoire évoqué supra.**

La mise en œuvre d'un programme d'émission obligataire d'État distinct des programmes d'émission de droit commun et spécifique aux projets d'infrastructure pourrait présenter plusieurs avantages :

- ◆ elle permettrait de faire bénéficier les projets d'infrastructure en PPP des conditions de coût et de liquidité financière auxquelles accède l'État pour le financement de ses dépenses classiques ;
- ◆ elle reconnaîtrait la spécificité du financement des investissements publics, qui justifie la mise en œuvre d'un financement par endettement en raison de leur durée de vie et de leur période longue d'amortissement ;
- ◆ elle ouvrirait la possibilité d'une gouvernance administrative et financière adaptée des projets d'investissement, dotée de la visibilité pluriannuelle nécessaire à la conduite de ces opérations ;
- ◆ elle renforcerait le contrôle parlementaire sur ces projets à fort enjeu financier par l'adoption d'une loi de cadrage unique sur l'ensemble de la législature ;
- ◆ elle permettrait de regrouper l'expertise de plusieurs opérateurs publics actifs dans le domaine du financement des infrastructures ou des grands projets d'investissement ;
- ◆ elle réduirait le programme d'émission de l'AFT, qui assurerait le financement ou le refinancement de la dette issue du budget général de l'État.

Cette solution soulève cependant plusieurs interrogations ou difficultés techniques, notamment :

Annexe V

- ◆ les risques de débudgétisation et de contournement des principes classiques du droit budgétaire ;
- ◆ les ressources susceptibles de venir financer l'amortissement de la dette d'infrastructure et le volume des concours budgétaires venant abonder son budget ;
- ◆ l'impact d'une nouvelle émission obligataire sur l'équilibre global du marché obligataire et notamment, sur la demande adressée aux OAT ;
- ◆ les modalités d'allocation de la ressource financière entre le financement des projets nouveaux (*greenfield*) et le refinancement de projets existants (*brownfield*), ainsi qu'entre les différents ministères ;
- ◆ les conditions de participation éventuelle des collectivités locales à cet instrument.

Afin d'éviter toute forme de débudgétisation potentiellement déresponsabilisante, cette modalité de financement impliquerait une redéfinition du cadre de budgétisation des grands programmes d'investissement de l'État. En effet, la mission ne plaide pas pour que ces financements se traduisent, à l'instar des financements de RFF, par une débudgétisation des grands projets d'infrastructure, dont le montant serait financé hors budget de l'État par une émission de dette spécifique.

Il est indispensable que la dette ainsi émise soit consolidée dans le solde de dette soumis au contrôle des autorités européennes en vertu du pacte de stabilité et de croissance et qu'elle soit plus généralement autorisée et contrôlée régulièrement par le Parlement.

Une étude plus poussée pourrait être conduite afin d'approfondir ces différents points et de déterminer le cadre de fonctionnement opérationnel du dispositif.

Proposition n° 13 : Mettre à l'étude la création d'un mécanisme de refinancement public des grands projets d'infrastructures et d'investissement via l'émission d'obligations spécifiques

3.3.2. Le recours à des montages « innovants » reposant sur une société de projet publique et financés majoritairement par des fonds publics est désormais limité

Dans le cadre du plan Campus, un montage financier nouveau a été établi afin d'assurer le financement de certaines opérations de construction ou de rénovation universitaires. Destiné à assurer l'amélioration du parc immobilier des universités, le plan campus est financé par un flux d'intérêt financier issu d'une dotation non consommable (ou non consommable) placée au Trésor et dont l'usage est strictement cantonné aux dépenses de nature patrimoniale (cf. Encadré 16). Compte tenu du caractère récurrent des paiements découlant des intérêts de la dotation, le recours au contrat de partenariat a été fortement privilégié.

Encadré 16 : Les modalités de financement du plan campus

■ Présentation du plan campus

L'opération Campus est une opération de rénovation de bâtiments de pôles de recherche et d'enseignement supérieur (PRES) ou d'universités sélectionnés par le ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche (MESR).

L'opération est financée par les revenus d'une dotation non consommable de 5 Md€ placée au Trésor et rémunérée au taux de 4,032 %, répartie entre chaque campus. Cette dotation, gérée dans un premier temps par l'agence nationale de la recherche (ANR), doit être ensuite transférée à chaque PRES lors de la signature du premier contrat de partenariat ou assimilé. La dotation demeure néanmoins placée sur un compte au Trésor qui garantit sa non-consommabilité. Les rémunérations sont versées

trimestriellement par le Trésor à l'établissement.

▪ **Les dotations non consommables**

Le compte d'affectation spéciale « Participations financières de l'Etat » (CAS PFE) a été créé par l'article 21 de la LOLF qui encadre également les conditions de son utilisation : « *les opérations de nature patrimoniale liées à la gestion des participations financières de l'Etat, à l'exclusion de toute opération de gestion courante, sont, de droit, retracées sur un unique compte d'affectation spéciale* ».

L'article 48 de la loi de finances pour 2006 précise les conditions d'utilisation du CAS : « *Ce compte, dont le ministre chargé de l'économie est l'ordonnateur principal, retrace : (...) 2° En dépenses : a) Les dotations à la Caisse de la dette publique et celles contribuant au désendettement d'établissements publics de l'État ; b) Les dotations au Fonds de réserve pour les retraites ; c) Les augmentations de capital, les avances d'actionnaire et prêts assimilés, ainsi que les autres investissements financiers de nature patrimoniale de l'État ; d) Les achats et souscriptions de titres, parts ou droits de société ; e) Les commissions bancaires, frais juridiques et autres frais qui sont directement liés aux opérations mentionnées au a du 1°, ainsi qu'aux c et d du présent 2°.* »

Sont ainsi éligibles les dépenses associées à des opérations de nature patrimoniale, c'est-à-dire ne devant pas modifier la situation patrimoniale nette de l'État ; en sont ainsi exclues les dépenses de fonctionnement. Les versements du CAS PFE peuvent ainsi venir en dotation d'un organisme, à condition d'attendre de ce placement un rendement raisonnable ou d'être non consommables.

Dans le cadre de l'opération campus, une dotation non consommable de 3,7 Md€ issue du CAS PFE a été attribuée aux universités et PRES lauréats, complétée par une dotation de 1,3 Md€ issue des investissements d'avenir, ces dotations étant rémunérées au même taux de 4,032 %.

Les règles de gestion de ces deux dotations ont été fixées par des conventions publiées au Journal officiel le 31 juillet 2010.

▪ **L'interdiction de l'endettement bancaire**

L'article 12 de la loi de programmation des finances publiques 2011-2014 a interdit le recours à l'endettement des organismes divers d'administration centrale (ODAC), organismes incluant les PRES et les universités.

Cependant, à titre exceptionnel en ce qui concerne l'opération de rénovation de l'université de Bordeaux-I, un arbitrage interministériel a ouvert la possibilité à la société de réalisation de recourir aux fonds d'épargne pour 80 % de sa dette, le reste devant être apporté par la section générale de la CDC.

Source : Direction du budget.

En raison de l'hostilité de principe de certains pouvoirs adjudicateurs publics, et de certains de leurs financeurs³⁵, envers les PPP, un montage (dit « innovant ») a été utilisé pour la réalisation des opérations de modernisation de plusieurs campus. C'est notamment le cas de l'opération campus du PRES de Bordeaux (cf.

³⁵ Dans le cas du PRES de Bordeaux, le recours à un montage « innovant » s'explique à la fois par la méfiance de la communauté universitaire à l'égard d'une externalisation et par le refus du Conseil régional de financer un PPP « traditionnel ».

Encadré 17), mais aussi celle conduite par l'Institut des sciences et industries du vivant et de l'environnement (AgroParisTech) et par l'université de Strasbourg.

Si ce montage est fortement inspiré du fonctionnement classique d'un PPP, il présente néanmoins une double particularité :

- ◆ **d'une part, la maîtrise d'ouvrage du projet est intégralement publique ;**
- ◆ **d'autre part, il est intégralement financé par des fonds publics ou issus de la CDC, de sorte qu'on peut le qualifier de « quasi-PPP ».** Le montage utilisé dans le cadre de l'université de Bordeaux-1 comporte ainsi la création d'une société de réalisation détenue uniquement par des personnes publiques et considérée comme intégrée à la personne publique majoritaire (*in house*). Cette société peut obtenir une autorisation d'occupation du domaine public accompagné d'une convention de mise à disposition – montage AOT-CMD, proche de l'AOT-LOA – sans mise en concurrence.

La structure de financement de la société de réalisation est proche de celle des sociétés de réalisation privées classiques. Elle associe une tranche minoritaire de fonds propres et de la dette bancaire.

Pour la réalisation des ouvrages, la société de réalisation conclut avec différents partenaires privés un contrat global de conception-réalisation-maintenance, dans le cadre d'une procédure de dialogue compétitif et dans les conditions prévues par l'ordonnance du 6 juin 2005³⁶.

À l'avenir, ce type de montage ne devrait plus pouvoir être utilisé. En effet, en application de l'article 12 de la loi de programmation des finances publiques 2011-2014, les organismes divers d'administration centrale (ODAC), auxquels sont assimilés les PRES et les universités, ne sont plus autorisés à recourir à l'emprunt bancaire.

³⁶ Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

Encadré 17 : Le montage financier utilisé pour l'opération campus de Bordeaux

Dans le cadre du plan campus, le pôle de recherche et d'enseignement supérieur (PRES) de Bordeaux a été attributaire d'une dotation de 475 M€ sous forme de capital non consommable, productif d'intérêts mobilisables pour la réalisation d'investissements universitaires.

Pour la réalisation du projet de rénovation de plusieurs bâtiments de l'université de Bordeaux-1, l'université n'a pas pu recourir à un PPP traditionnel en raison du refus du Conseil régional de financer ce type de montage. Le PRES a alors établi, en lien avec la Caisse des dépôts, un montage (dit « innovant ») répliquant le principe de fonctionnement d'un PPP mais dont la société de réalisation (société de réalisation immobilière et d'aménagement de l'université de Bordeaux - SRIA), créée en 2010 sous forme de société par actions simplifiée (SAS), est détenue à 51 % par le PRES de Bordeaux et à 49 % par la CDC.

Sur le fondement de l'article L.762-2 du code de l'éducation, l'établissement conclut avec la SRIA une autorisation d'occupation temporaire du domaine publique (AOT) assortie d'une convention de mise à disposition (CMD). qui prévoit la mise à disposition du PRES de locaux entretenus et rénovés sur 25 à 30 ans, en contrepartie du versement de loyers financés notamment par les revenus de la dotation campus.

Le financement de la SRIA est structuré de manière analogue aux sociétés de projet classiques des PPP. En période de construction (cf. Graphique 29), le financement est assuré par :

- les fonds propres et quasi fonds propres de la société, souscrits à 90 % par la CDC (essentiellement sous forme d'avances d'associés) ;
- la dette souscrite auprès de la direction des fonds d'épargne (DFE) sur une enveloppe dédiée de 1 Md€ à hauteur de 80 % du montant de dette à souscrire ; et en complément, sur la section générale à hauteur de 20 % ;
- des subventions publiques, versées par l'ANR (intérêts de la dotation non consommable) et par les collectivités locales.

En période d'exploitation, le paiement des loyers d'investissement et d'exploitation est assuré par les intérêts de la dotation non consommable, versés par l'ANR au PRES en vue du paiement des créances dues à la société de réalisation.

La créance détenue par la société de réalisation sur le PRES est cédée aux prêteurs à hauteur du montant maximum prévisionnel des intérêts qui leur sont dus, sous forme d'une cession Dailly acceptée par le PRES.

La SRIA est chargée d'organiser le financement des études préalables et des travaux, en recourant à ses fonds propres, à une subvention d'investissement et à des tirages sur les crédits mis en place par la CDC et la direction des fonds d'épargne. Elle procède à une mise en concurrence des contrats, notamment les contrats globaux de réalisation - maintenance et les contrats de financement.

Graphique 29 : Tableau emploi-ressources du montage innovant de Bordeaux en période de construction

Emplois	k€ HT	Ressources	k€ HT
Coûts de conception réalisation	103 348	Capital	2 021
Frais de structure	5 001	Dette subordonnée	4 100
Comptes de réserve	393	Fonds d'épargne CDC	22 000
Provision pour dédit	5 960	Section générale CDC	5 500
Trésorerie	206	Subventions État	27 559
		Subvention région	49 127
		Reprise sur provision de dédit	4 601
Total	114 908	Total	114 908

Source : Direction du budget, MESR, CDC.

Par rapport aux montages en société de projet détenue par des personnes privées, ce montage présente plusieurs avantages :

- ◆ le rendement attendu par les actionnaires de la société est plus faible : le taux de rendement interne (TRI) attendu par la CDC s'élève à 7 %, soit 4 à 5 points de moins que le TRI habituellement exigé par les actionnaires des sociétés de projet en contrat de partenariat ;

Annexe V

- ◆ un contrat de conception-réalisation-maintenance peut être établi par la société de réalisation dans le cadre d'une procédure de dialogue compétitif, permettant ainsi de conserver le caractère global du dispositif (hors financement) et l'intérêt de la procédure de dialogue compétitif ;
- ◆ l'université, étant actionnaire majoritaire de la société de réalisation, conserve les prérogatives du maître d'ouvrage et peut contrôler les opérations.

Le montage innovant présente cependant plusieurs inconvénients d'ordre théorique ou pratique, pesant sur l'efficacité et la pérennité du dispositif :

- ◆ **ce montage s'apparente à un montage en maîtrise d'ouvrage publique :** la société de réalisation est un démembrement de la personne publique assurant pour son compte les opérations de maîtrise d'ouvrage ; contrairement aux montages en société de projet classiques, elle n'est pas porteuse d'un projet technique spécifique élaboré dans le cadre d'une procédure de dialogue compétitif et vis-à-vis duquel sont engagés l'ensemble des partenaires et prestataires ; il n'est pas certain que la société dispose des incitations nécessaires pour promouvoir une solution globale adaptée et prémunir la personne publique des difficultés associées à la réalisation en MOP en matière de dépassement des coûts et des délais de construction ;
- ◆ **les garanties exigées par la direction des fonds d'épargne (DFE) pour le préfinancement des opérations de construction impliquent un appoint en subvention des personnes publiques qui limite fortement le transfert de risques de construction :** en effet, les règles d'emploi des fonds de la CDC prévoient l'octroi de garanties strictes en phase de construction, notamment d'un cofinancement des dépenses d'investissement ; ainsi, comme c'est le cas en maîtrise d'ouvrage publique, la personne publique est redevable du financement du projet en cours de réalisation, dont elle porte ainsi indirectement le risque ;
- ◆ **le recours aux financements de la CDC ne peut être considéré comme une ressource suffisante :** l'intervention de la DFE en dette est liée à l'octroi, en 2009, d'une enveloppe nationale de 1 Md€, ressource ne pouvant venir financer plus de 50 % des dépenses d'investissement des projets³⁷, impliquant de ce fait l'appoint de subventions publiques ou de fonds privés ;
- ◆ **l'interdiction faite aux universités de s'endetter limite les possibilités de diversification des ressources financières** pour compléter les fonds prêtés par la CDC ;
- ◆ **enfin, la pérennité de l'intervention de la CDC ne peut être assurée, tant en capital qu'en dette :** la pérennisation de l'intervention de la DFE est subordonnée aux décisions d'allocation, par l'État, des fonds d'épargne réglementés ; pour ce qui concerne les investissements de la section générale de la CDC, les faibles rendements obtenus limitant la capacité d'engagement de la caisse à moyen terme.

Même si les montages « innovants » n'ont pas vocation à être généralisés, une évaluation rigoureuse de l'expérimentation réalisée par le PRES de Bordeaux devrait être conduite en phase d'exploitation. Elle devrait notamment porter sur :

- ◆ les conditions et les coûts de fonctionnement de la société de réalisation ;
- ◆ l'intérêt, en termes de coût, de délais contractuels et de niveau des prestations offertes, des contrats globaux passés par cette société en vue de la réalisation des opérations immobilières universitaires, par comparaison à des montages en contrats de partenariat similaires ;

³⁷ Une dérogation a ainsi été accordée en faveur du projet du PRES de Bordeaux, portant la quotité financée par la DFE à 80 % du montant du projet.

Annexe V

- ◆ la performance effective de la réalisation immobilière en termes de maîtrise des coûts, des délais et de qualité de l'ouvrage à la livraison ;
- ◆ la performance effective ou attendue des services d'exploitation et de maintenance ;
- ◆ la robustesse du montage financier, notamment sa capacité à attirer des financements privés en complément de la dette apportée par la DFE.

Proposition n° 14 : Procéder à une évaluation ex post des montages innovants réalisés dans le cadre de l'opération Campus

Face au tarissement des liquidités bancaires et dans l'hypothèse où de nouveaux projets devraient être initiés par l'État sous forme de PPP, une diversification des modalités de financement de ces projets est aujourd'hui indispensable.

En cohérence avec l'économie générale des PPP, le recours à d'autres formes de financement privé pourrait être expérimenté.

Les conditions d'élaboration des offres de financement pourraient être assouplies, afin de permettre une mutualisation des offres de financement entre les différents candidats au stade final de la négociation des contrats ;

Le fractionnement de la dette bancaire, par l'introduction de montages mini-perms, c'est-à-dire de dettes à court-moyen terme devant être refinancées en cours de projet, permettrait de pallier le déficit de financements bancaire longs ; ce montage peut cependant être porteur de risques de refinancement et nécessite l'introduction de clauses de flexibilité et de partage des risques ; ce dispositif est susceptible d'améliorer la liquidité disponible, mais à un coût incertain pour la puissance publique.

Le recours au financement obligataire de la société de projet peut être envisagé pour refinancer la tranche de dette long terme bénéficiant d'une cession de créance acceptée par la personne publique. Plusieurs options sont possibles en ce qui concerne la date de l'émission obligataire et la nature du véhicule utilisé. Si ce dispositif de financement ne requiert pas d'intervention particulière de l'État et peut être mis en œuvre directement par les acteurs de marché, il imposera l'introduction de nouvelles clauses dans les contrats, permettant d'apporter les garanties nécessaires aux investisseurs obligataires, tout en assurant la sauvegarde des intérêts financiers de la personne publique.

D'après les simulations recueillies par la mission, un refinancement obligataire privé de la tranche Dailly permettrait une réduction de 4 à 6 % du montant des loyers payés par la personne publique.

Cependant, eu égard au surcoût historiquement constaté du financement privé, bancaire mais également obligataire, par rapport aux coûts de financement direct des personnes publiques - et en premier lieu de l'État - sur les marchés financiers, il convient de s'interroger sur l'opportunité d'un financement ou d'un refinancement public direct plus important des projets de PPP.

Le recours au financement public permettrait en effet de générer une réduction du coût significative, évaluée de 5 à 10 % du montant des loyers d'investissement aux conditions de marché prévalant au premier semestre 2012. La liquidité disponible sur le marché des obligations souveraines ou assimilées est en outre supérieure au marché des obligations sécurisées ou des obligations corporate.

Un refinancement public des PPP permettrait de financer les projets par une dette de plus court terme, de diminuer les frais financiers et de réintégrer la contrainte budgétaire dans la décision d'investissement à un horizon plus court. Quelle que soit la modalité technique de ce refinancement, il devra toutefois s'accompagner d'une importante refonte du pilotage des grands projets d'investissement de l'État, afin de ne pas se traduire par un contournement des principes du droit budgétaire et par une débudgétisation massive. La mission recommande que des travaux exploratoires plus approfondis soient menés dans ce sens.

Enfin, des montages « innovants » ont été élaborés dans le cadre du plan campus, dont la structure réplique l'organisation d'un PPP dans un cadre public, avec une société de réalisation détenue par la personne publique et un financement majoritairement public, associant subvention publique et concours de la Caisse des dépôts et

Annexe V

consignations. Ces montages, qui sont en réalité plus proches d'une réalisation en maîtrise d'ouvrage publique que d'un véritable PPP.

Tableau 18 : Tableau de synthèse

	Fractionnement des crédits bancaires- mini-perms	Titrisation ou émission d'obligations privées	Refinancement public	
			Par subvention budgétaire	Par émission obligataire distincte
Apport de liquidité	+	+	++	++
Applicabilité aux projets en cours	-	+	+	+
Efficienc e par rapport au crédit bancaire	+	+	++	++
Évolution du risque porté par la puissance publique	+	-	-	-
Facilité de mise en œuvre	+	-	+	--

SYNTHESE DES PROPOSITIONS DE L'ANNEXE

Proposition n° 1 : Introduire une obligation de déclaration à la personne publique des conditions financières de revente des parts détenues dans le capital des sociétés de projet et de refinancement des prêts contractés par la société de projet

Proposition n° 2 : Envisager la mise en œuvre d'une obligation de partage de la rente de refinancement avec la personne publique

Proposition n° 3 : Proscrire la cristallisation définitive des taux des instruments de prêt et le lancement des opérations de construction avant la purge des délais de recours

Proposition n° 4 : Recenser et encadrer les clauses définissant le régime de défaut ou d'accélération de crédit, lorsque ces clauses apparaissent excessives

Proposition n° 5 : Proscrire le recours à toute clause conduisant à garantir la rémunération des actionnaires de la société de projet ou à limiter le transfert de risque aux propriétaires de la société de projet

Proposition n° 6 : Expérimenter sur quelques projets de taille moyenne un financement en mini-perm sous forme de tranche complémentaire à un financement de long terme

Proposition n° 7 : Expérimenter l'introduction, dans la phase de préparation des offres, de mesures visant à flexibiliser ou mutualiser les offres de financement bancaires, telles que l'introduction d'une possibilité de financement bancaire partiel au stade de l'offre finale

Proposition n° 8 : Faire valider, auprès des instances de supervision compétentes, le traitement prudentiel, dans le cadre de Solvabilité II, de titres émis par des fonds communs de titrisation ne donnant pas lieu à mutualisation ou réorganisation des risques de crédit

Proposition n° 9 : Établir un guide méthodologique de préparation à la notation crédit des projets de PPP

Proposition n° 10 : Actualiser le clausier-type de la MAPPP en vue d'un éventuel refinancement obligataire de certains projets, en portant une attention particulière aux clauses de remboursement anticipé des emprunts obligataires et en protégeant la personne publique contre le risque d'une émission obligataire infructueuse

Proposition n° 11 : Confier à un ministère chef de file l'expérimentation d'une consultation des entreprises en vue d'un refinancement obligataire de la dette Dailly d'un projet de PPP et soumettre à évaluation cette expérimentation

Proposition n° 12 : Introduire une possibilité de refinancement budgétaire par subvention publique des PPP de l'État, au plus tôt à l'issue de la période de construction et au plus tard, à la moitié de la durée du contrat, à concurrence d'un seuil et dans les limites d'un plafond ; envisager l'extension de cette clause aux collectivités locales

Proposition n° 13 : Mettre à l'étude la création d'un mécanisme de refinancement public des grands projets d'infrastructures et d'investissement via l'émission d'obligations spécifiques

Proposition n° 14 : Procéder à une évaluation ex post des montages innovants réalisés dans le cadre de l'opération Campus

PIECE JOINTE

Échantillon de contrats étudiés

Type de personne publique	Donneur d'ordre	Intitulé du contrat	Type de projet	Date de signature (ou affermissement pour les tranches conditionnelles)	Montant TTC à financer (M€, incluant intérêts intercalaires)
État	APIJ	Établissements pénitentiaires - Lot 1	Bâtiment pénitentiaire	23/02/2006	268 966
				27/11/2006	-
				22/03/2007	-
				21/08/2007	-
		Établissements pénitentiaires - Lot 2	Bâtiment pénitentiaire	12/10/2006	180 824
				06/08/2007	-
				12/11/2007	-
		Établissements pénitentiaires - Lot 3	Bâtiment pénitentiaire	20/02/2008	249 509
				23/12/2008	-
				24/04/2009	-
	TGI Paris	Bâtiment judiciaire	15/02/2012	659 313	
	MEDDTL	Centres d'entretien et d'intervention	Bâtiment technique	22/12/2009	-
	MESR	Paris IV	Bâtiment scolaire et universitaire	24/07/2009	48 832
		Paris VII	Bâtiment scolaire et universitaire	23/07/2009	118 180
		UFR Saint Quentin	Bâtiment scolaire et universitaire	20/11/2009	52 851
	Ministère de la défense	Balard	Bâtiment administratif	30/05/2011	1 296 864
		Centre national des sports de la défense (CNDS)	Bâtiment sportif	-	83 234
		Quartier Roc Noir	Bâtiment administratif	-	12 676
		RDIP Air	Réseau de communication	21/06/2011	91 500
	Préfecture de police	PVPP	Vidéoprotection	21/07/2010	73 259
	RFF	Contournement Nîmes-Montpellier	Infrastructure de transport	-	1 700 000
GSM-R		Réseau de communication	-	1 200 000	
LGV BPL		Infrastructure de transport	-	3 400 000	
Collectivités locales	Arcachon - Cobas	Piscines	Bâtiment sportif	29/09/2011	32 746

Annexe V

Type de personne publique	Donneur d'ordre	Intitulé du contrat	Type de projet	Date de signature (ou affermissement pour les tranches conditionnelles)	Montant TTC à financer (M€, incluant intérêts intercalaires)
	Communauté d'agglomération castelroussine	Parc de stationnement	Bâtiment (autre)	30/10/2006	5 351
	Communauté de commune de Grand Pic Saint Loup	Piscine	Bâtiment sportif	01/03/2012	8 515
	Commune d'Agde	Éclairage public	Éclairage public	02/07/2007	9 509
	Commune d'Autun	Éclairage public	Éclairage public	30/11/2007	5 151
	Commune de Biarritz	Exploitation du musée de la mer	Bâtiment culturel	09/08/2008	24 393
	Commune de Bordeaux	Stade	Bâtiment sportif	24/10/2011	198 954
	Commune de Bougival	Éclairage public	Éclairage public	06/06/2011	-
	Commune de Bussy Saint Georges	Éclairage public	Éclairage public	19/07/2007	7 021
	Commune de Chalon en Champagne	Rénovation du parc des expositions	Bâtiment (autre)	02/03/2010	46 402
	Commune de Châtel	Centre aquatique	Bâtiment sportif	19/03/2012	14 347
	Commune de Chaumont	Éclairage public	Éclairage public	01/08/2011	3 915
	Commune de Contres	Éclairage public	Éclairage public	11/01/2008	1 339
	Commune de Corbeil-Essonnes	Groupe scolaire	Bâtiment scolaire et universitaire	09/05/2012	13 641
	Commune de Dijon	Alimentation électrique du tramway	Gestion énergétique	01/07/2010	66 118
	Commune de Louvrois	Éclairage public	Éclairage public	06/06/2008	1 440
	Commune de Nice	Stade de Nice	Bâtiment sportif	11/10/2010	217 737
	Commune de Nogent sur Seine	Musée Dubois Boucher	Bâtiment culturel	08/03/2012	11 854
	Commune de Saint-Raphaël	Multiplxe	Bâtiment culturel	13/11/2007	16 652
	Commune de Saumur	Éclairage public	Éclairage public	19/07/2007	4 545
	Commune de Soissons	Éclairage public	Éclairage public	-	4 078
	Commune de Teste de Buch	Services municipaux	Bâtiment administratif	23/11/2011	10 500

Annexe V

Type de personne publique	Donneur d'ordre	Intitulé du contrat	Type de projet	Date de signature (ou affermissement pour les tranches conditionnelles)	Montant TTC à financer (M€, incluant intérêts intercalaires)
	Commune de Vallauris-Golfe-Juan	Éclairage public	Éclairage public	25/05/2009	7 758
	Commune de Vincennes	Centre nautique	Bâtiment sportif	14/04/2009	22 332
	Commune d'Herouville	Éclairage public	Éclairage public	05/10/2007	3 394
	Conseil général de la Garonne	Maisons départementales de la solidarité et de l'insertion	Bâtiment à usage social	13/11/2011	42 756
	Conseil général de la Meurthe et Moselle	Réseau à haut débit	Réseau de communication	29/07/2008	39 916
	Conseil général de l'Allier	Contournement Sud Ouest Vichy	Infrastructure de transport	26/10/2011	55 797
	Conseil général de l'Yonne	Collèges d'Avallon et de Noyers sur Serein	Bâtiment scolaire et universitaire	12/02/2008	22 124
	Conseil général du Loiret	Collège de Sainte Geneviève des Bois	Bâtiment scolaire et universitaire	30/03/2010	20 166
		Collège de Villemandeur	Bâtiment scolaire et universitaire	15/03/2006	13 549
	Conseil général du Morbihan	Réseau à haut débit	Réseau de communication	03/06/2009	-
	Conseil général du Tarn-et-Garonne	Pont de Verdun sur Garonne	Infrastructure de transport	24/06/2010	16 206
	Région Alsace	Contrat de performance énergétique	Gestion énergétique	22/12/2009	-
	Région Centre	Amélioration de la performance énergétique	Gestion énergétique	19/07/2010	36 384
	Syndicat mixte des transports collectifs de l'Oise	Système intégré de services à la mobilité	Services de transport	18/02/2010	8 300
Hôpitaux	APHM	Plateforme logistique AP-HM	Équipement bâtementaire	19/11/2010	73 792
	CH Evry	CHRS Evry	Bâtiment hospitalier	11/07/2006	350 000
	CH Périgueux	Chaufferie du CH de Périgueux	Équipement bâtementaire	29/12/2009	6 549
	CH Roanne	Pôle énergie	Équipement bâtementaire	26/07/2007	7 607

Source : MAPPP, IGF, Mission.

ANNEXE VI

Analyse juridique des partenariats public-privé

SOMMAIRE

1. LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE RECOUVRENT UNE PLURALITE D'INSTRUMENTS CONTRACTUELS	1
1.1. Entre les marchés publics et les délégations de service public, les partenariats public-privé visent à répondre aux besoins de la commande publique complexe	1
1.1.1. <i>Les partenariats public-privé répondent à une demande ancienne des personnes publiques</i>	<i>1</i>
1.1.2. <i>Les partenariats public-privé répondent à des objectifs distincts des marchés en maîtrise d'ouvrage publique et des délégations de service public</i>	<i>3</i>
1.1.3. <i>Plusieurs éléments permettent de caractériser les partenariats public-privé</i>	<i>5</i>
1.1.4. <i>Les partenariats public-privé relèvent le plus souvent des marchés publics au sens du droit communautaire</i>	<i>7</i>
1.2. La réalisation de partenariats public-privé peut s'opérer selon divers dispositifs contractuels	8
1.2.1. <i>Des contrats domaniaux sont utilisés comme supports de partenariats public-privé</i>	<i>8</i>
1.2.2. <i>Le contrat de partenariat constitue l'instrument général de mise en œuvre des partenariats public-privé</i>	<i>13</i>
1.3. La multiplicité des instruments juridiques ne justifie pas	16
1.3.1. <i>La complexité de l'éventail juridique existant est facteur d'insécurité juridique et pose des problèmes de gestion publique</i>	<i>16</i>
1.3.2. <i>Deux scénarios sont envisageables pour simplifier et renforcer le cadre juridique des partenariats public-privé</i>	<i>19</i>
1.4. La rénovation du cadre juridique des partenariats public-privé peut être l'occasion de moderniser les autres instruments de la commande publique	23
1.4.1. <i>Faciliter l'accès aux marchés globaux</i>	<i>23</i>
1.4.2. <i>Renforcer l'encadrement méthodologique et procédural des autres instruments de la commande publique</i>	<i>24</i>
2. SI LA REALISATION DE PPP EST CONDITIONNEE A DES CRITERES VISANT A GARANTIR SON CARACTERE DEROGATOIRE AU DROIT COMMUN DE LA COMMANDE PUBLIQUE, LE RESPECT ET LA PERTINENCE DE CEUX-CI NE SONT PAS SATISFAISANTS	24
2.1. Le recours au contrat de partenariat est encadré par trois critères alternatifs de l'urgence, de la complexité et du critère dit du « bilan »	24
2.1.1. <i>Le Conseil constitutionnel a consacré le caractère dérogatoire au droit commun de la commande publique des contrats de partenariat</i>	<i>24</i>
2.1.2. <i>Conformément à la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, l'ordonnance de 2004 a encadré le régime juridique du contrat de partenariat</i>	<i>27</i>
2.1.3. <i>La loi du 28 juillet 2008 est venue clarifier et élargir les critères recours au contrat de partenariat, et a introduit le nouveau critère du « bilan »</i>	<i>29</i>
2.2. Les critères de recours au contrat de partenariat sont dans les faits interprétés de manière peu restrictive	29
2.2.1. <i>Le critère de complexité présente un certain nombre de faiblesses</i>	<i>29</i>

2.2.2. <i>Le critère de l'urgence présente un risque pour la bonne gestion des deniers publics.....</i>	32
2.3. Les modalités de recours aux autres formes de partenariats public-privé ne sont pas toujours encadrées.....	34
3. ACTUELLEMENT PROCEDURE DEROGATOIRE DE PASSATION DU CONTRAT, LE DIALOGUE COMPETITIF PRESENTE DES AVANTAGES IMPORTANTS ET POURRAIT ETRE UTILISE POUR TOUS LES CONTRATS GLOBAUX.....	36
3.1. La procédure du dialogue compétitif présente un certain nombre d'avantages pour la personne publique.....	36
3.2. Les autres procédures de passation des contrats ne présentent pas les mêmes avantages pour la personne publique.....	42
3.2.1. <i>La procédure de l'appel d'offre ne permet pas à la personne publique de négocier avec les candidats.....</i>	42
3.2.2. <i>La loi du 28 juillet 2008 a introduit la possibilité de recourir à la procédure négociée, dans le cadre d'une passation d'un contrat de partenariat.....</i>	46
3.3. Le dialogue compétitif peut être accessible à d'autres types de partenariat public privé, dans la mesure où ils remplissent le critère de complexité.....	50
4. LA COMPLEXITE DES PPP ENGENDRE POUR L'ACHETEUR PUBLIC DES RISQUES JURIDIQUES ET JUDICIAIRES QUI DOIVENT ETRE MIEUX MAITRISES	51
4.1. Malgré l'existence de clauses obligatoires et d'un clausier-type, la personne publique n'a pas encore de doctrine uniforme sur le partage des risques.....	51
4.1.1. <i>L'existence de clauses obligatoires pour les contrats de partenariat est protectrice de la personne publique.....</i>	51
4.1.2. <i>Le clausier-type de la MAPPP doit encore être enrichi et modifié afin de renforcer la position de négociation de la personne publique dans le dialogue compétitif.....</i>	55
4.1.3. <i>Malgré l'existence de ce clausier, certains aspects des contrats de PPP, portant sur le partage du risque, ne sont pas encore pleinement encadrés</i>	60
4.2. Le développement récent d'actes annexés au contrat réglant les conditions financières de son annulation est inutile et juridiquement incertain.....	63
4.3. Le droit pénal applicable aux contrats de partenariat doit désormais être clarifié...	64
SYNTHESE DES PROPOSITIONS DE L'ANNEXE.....	66

L'analyse de la présente annexe est centrée sur le contrat de partenariat (CP) et les contrats de partenariats assimilés (baux emphytéotiques administratifs –BEA-, baux emphytéotiques hospitaliers –BEH-, autorisation d'occupation temporaire –AOT-, dispositifs sectoriels établis à partir de ces contrats domaniaux).

Les délégations de service public (DSP) et les concessions de travaux ne seront pas au centre l'analyse. Ces instruments se distinguent des partenariats public-privé (PPP) au sens strict par deux éléments principaux :

- ◆ la gestion d'un service public par un délégataire ;
- ◆ un financement assuré majoritairement par l'usager et une rémunération du prestataire substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

La pratique ancienne des DSP et des concessions de travaux en fait une catégorie contractuelle connue et relativement bien maîtrisée.

Les contrats globaux ouverts par le code des marchés publics ne seront abordés que de façon subsidiaire, en ce qu'ils pourraient constituer une alternative aux partenariats public-privé afin d'éviter les surcoûts du financement privé. Il s'agit des marchés de conception-réalisation¹, des marchés de réalisation, d'exploitation et de maintenance (REM) et des marchés de réalisation, d'exploitation ou de maintenance comprenant une dimension conception (CREM)².

1. Les partenariats public-privé recouvrent une pluralité d'instruments contractuels

1.1. Entre les marchés publics et les délégations de service public, les partenariats public-privé visent à répondre aux besoins de la commande publique complexe

1.1.1. Les partenariats public-privé répondent à une demande ancienne des personnes publiques

La notion de partenariat public-privé n'est pas un concept précis en droit français. Au sens large, la notion de partenariats public-privé recouvre **tous les instruments contractuels établissant une coopération entre une personne publique et une personne privée pour participer à la mise en œuvre d'un service public.** Loin d'être une création récente, les partenariats public-privé existent en France depuis plusieurs siècles sous la forme de la concession de travaux ou de DSP ; plus récemment, des contrats globaux tels que les marchés d'entreprise de travaux publics (METP) étaient également assimilables à un partenariat public-privé.

¹ Articles 37 et 69 du code des marchés publics et article 18 de la « loi MOP ». Un marché de conception-réalisation constitue par exemple un marché de travaux dans lequel le pouvoir adjudicateur confie à un groupement d'opérateurs économiques une mission portant à la fois sur l'établissement des études (la conception) et l'exécution des travaux (la réalisation). S'il constitue un contrat global, le marché de conception-réalisation **demeure soumis aux dispositions du code des marchés publics et se distingue fortement des partenariats public-privé** (le pouvoir adjudicateur demeure le maître d'ouvrage, absence de préfinancement privé et de paiement public différé...).

² Articles 10 et 73 du code des marchés publics.

Encadré 1 : Le précédent des marchés d'entreprise de travaux publics (METP)

Les partenariats public-privé sont intervenus sur une grande échelle dès les années 1960 sous la forme des marchés d'entreprise de travaux publics (METP) pour **des contrats globaux qui ne pouvaient être qualifiés de délégation de service public en l'absence d'une rémunération du cocontractant sur l'usager** du service ou de l'ouvrage. Avec les jurisprudences *Ville de Colombes* de 1963³ et *Société SIMA* de 1976⁴, le juge administratif a écarté la qualification de délégation de service public pour ces contrats d'enlèvement des ordures ménagères où la rémunération du prestataire était considérée comme forfaitaire.

La jurisprudence a défini le METP comme la combinaison d'un marché de travaux publics et d'un contrat de prestations visant l'entretien et l'exploitation d'un ouvrage sans que l'entrepreneur soit rémunéré par les usagers mais par la collectivité pour le compte de laquelle cet ouvrage est réalisé. Elle a par la suite établi en 1991⁵ que le METP devait être soumis soit aux règles de passation des délégations de service public soit au code des marchés publics dont certaines dispositions (interdiction du paiement différé, allotissement obligatoire) étaient incompatibles avec la nature même du METP. Cette décision a conduit à la disparition de fait des METP, et à la soumission de ce type de contrats aux règles du code du marché public. Les personnes publiques ne pouvaient donc plus recourir au paiement différé pour un marché global.

Entendus de façon restreinte, les partenariats public-privé sont **des contrats de longue durée, à paiement public, confiant à un partenaire privé des missions de financement, de construction, de maintenance ou de prestation de services**. L'acceptation restreinte de la notion sera retenue pour l'analyse et recouvre ainsi les contrats de partenariat et les contrats de partenariats assimilés.

Les partenariats public-privé relèvent d'une catégorie doctrinale désignant les montages juridiques venus s'insérer entre les deux grands types de contrats publics consacrés par la loi et la jurisprudence :

- ◆ **les marchés publics** : ils sont régis par le code des marchés publics ou l'ordonnance du 6 juin 2005⁶. Au sein des marchés publics, les marchés utilisés pour la réalisation d'ouvrages publics sont régis par les dispositions spécifiques de la loi du 12 juillet 1985, dite « loi MOP »⁷. La « loi MOP » pose le principe d'une distinction entre la mission de conception et de direction des travaux et la mission de réalisation des travaux, relevant de l'entrepreneur.

³ CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*.

⁴ CE, 26 novembre 1976, *Société SIMA*.

⁵ Notamment : CE, section des finances, avis, 18 juin 1991 sur les METP.

⁶ Des pouvoirs adjudicateurs au sens du droit communautaire ne sont pas soumis au code des marchés publics mais à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 modifiée relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics : il s'agit essentiellement de personnes morales de droit public ou de droit privé poursuivant une mission d'intérêt général et financées principalement sur fonds publics. Le 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.

Cette distinction entre code des marchés publics et ordonnance de 2005 demeure pour des raisons tenant à la séparation entre le domaine législatif et le domaine réglementaire : les contraintes en matière de marchés publics pour l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent être régies par des textes de niveau réglementaire, alors que les contraintes pesant sur les autres acheteurs nécessitent le recours à la loi.

⁷ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

Annexe VI

- ◆ **les délégations de service public et les concessions de travaux** : leur régime juridique a été précisé par les lois du 29 janvier 1993, dite « loi Sapin »⁸, et du 21 décembre 2001, dite « loi MURCEF »⁹ pour les délégations de service public. La catégorie des concessions de travaux publics, formellement distincte des délégations de service public, a été instituée par une ordonnance du 15 juillet 2009 et un décret du 26 avril 2010¹⁰.

En dépit des contraintes posées par le code des marchés public, la pratique, avec ou sans l'aide du législateur, a conduit à contourner les principes régissant la « loi MOP » et à **réaliser des ouvrages publics en maîtrise d'ouvrage privée et avec un financement privé sans pour autant vouloir déléguer au cocontractant l'exploitation d'un service public** (comme dans le cas d'une délégation) : cette pratique correspondant à l'acceptation des partenariats public-privé retenue pour l'analyse.

Pour les pouvoirs adjudicateurs, **les partenariats public-privé permettent de s'affranchir de plusieurs des inconvénients attribués à la loi MOP** :

- ◆ sur le plan formel : la personne publique n'a **qu'un seul contrat à conclure et qu'un seul interlocuteur** ce qui la décharge de la gestion complexe des interfaces entre les prestataires en loi MOP ;
- ◆ sur le plan de la gestion du temps : **la procédure de passation peut être plus rapide** en cas d'association de la conception et de la réalisation et les partenariats public-privé offrent une **assurance plus forte du respect des délais** ;
- ◆ sur le plan financier : les partenariats public-privé offrent **une plus grande prévisibilité sur les coûts** que des marchés successifs en loi MOP ;
- ◆ sur le plan technique : l'association du maître d'œuvre et des entreprises au sein du groupement cocontractant permet de trouver **un optimum entre la conception architecturale et les choix techniques retenus**.

1.1.2. Les partenariats public-privé répondent à des objectifs distincts des marchés en maîtrise d'ouvrage publique et des délégations de service public

Les partenariats public-privé échappent à trois principes fondamentaux régissant les marchés publics :

- ◆ l'interdiction de tout paiement différé ;
- ◆ l'obligation, posée par la « loi MOP » et le code des marchés publics, pour la personne publique d'être le maître d'ouvrage ;
- ◆ la distinction obligatoire entre la mission de conception et la mission de construction, qui n'est possible qu'à titre dérogatoire avec les différents contrats de conception-réalisation (articles 37, 69 et 73 du code des marchés publics).

⁸ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

⁹ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier.

¹⁰ Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics et décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux concessions de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique.

Annexe VI

Les délégations de service public permettent également la mise en place d'un contrat global de long terme, voire des versements échelonnés pendant toute la durée du contrat via des subventions. Contrairement aux délégations de service public, **les partenariats public-privé ne conduisent pas à confier la gestion de la totalité d'un service public au prestataire privé**. De plus, les partenariats public-privé couvrent souvent des services publics régaliens que la jurisprudence constitutionnelle et administrative interdit de déléguer¹¹ ou bien des services publics où la personne privée ne peut se rémunérer sur l'utilisateur, ce dernier n'étant pas identifiable ou difficilement solvable (par exemple, une prison, ou un équipement d'éclairage public).

Chaque catégorie de contrats répond ainsi à des besoins distincts. **Les partenariats public-privé complètent utilement la gamme de contrats de la commande publique** entre :

- ◆ le marché public, dont l'objectif est de procéder à des achats pour lesquels la personne publique détermine ses besoins ;
- ◆ et la délégation de service public, dont l'objectif est d'externaliser la gestion d'un service public.

Tableau 1 : Caractérisation des différentes modalités de la commande publique

	Marché public classique	Marché public global	Partenariat public-privé	DSP / concession de travaux
Objet du contrat	Acquisition de fournitures, de services ou de travaux	Acquisition de fournitures, de services ou de travaux	Mission globale relative à des ouvrages ou des biens nécessaires au service public	Gestion d'un service public / réalisation et exploitation d'un ouvrage
Maîtrise d'ouvrage	Personne publique	Personne publique	Privée	Privée
Financement de l'infrastructure	Personne publique	Personne publique	Cocontractant	Cocontractant
Paiement	A l'achat	A l'achat	Différé	Subvention d'investissement (subventions d'exploitation éventuelles)
Rémunération du cocontractant	Par la collectivité	Par la collectivité	Par la collectivité	Par l'utilisateur (liée à l'exploitation) Subvention éventuelle
Conception de l'ouvrage	Par le maître d'œuvre	Par le prestataire	Par le cocontractant (pour tout ou partie)	Selon la convention de DSP
Risque d'exploitation	Personne publique	Personne publique	Personne publique	Cocontractant

Source : IGF.

Les marchés publics, les partenariats public-privé et les délégations de service public ne sont pas des instruments totalement substituables. Au contraire, une partie de la doctrine considère que les partenariats public-privé introduisent une forme de « *continuum* » entre les instruments de la commande publique permettant « *de donner son plein effet à la liberté contractuelle des personnes publiques* »¹².

¹¹ Cas du service public de la police : CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*.

¹² Yves Gaudemet, « Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général », Recueil Dalloz, 2007, n° 44, p. 3084.

1.1.3. Plusieurs éléments permettent de caractériser les partenariats public-privé

Quelle que soit leur forme juridique (*cf. infra*), les PPP se caractérisent par :

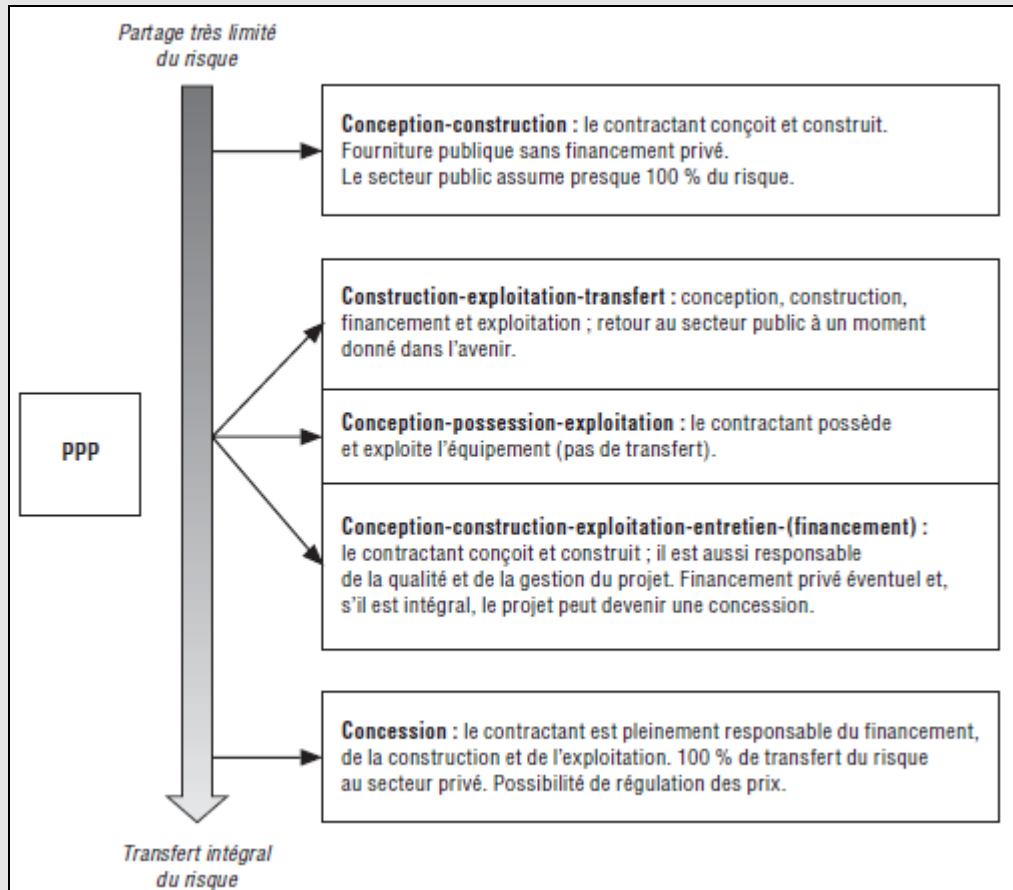
- ◆ **un contrat global** qui se distingue du principe de l'allotissement posé par l'article 10 du code des marchés publics. Les partenariats public-privé sont des contrats globaux couvrant principalement trois types de missions :
 - une mission de financement ;
 - une mission de construction ou de transformation ;
 - une mission d'entretien, d'exploitation, de maintenance ou de gestion.Deux autres types de missions peuvent être confiés :
 - la mission de conception des ouvrages ou des biens immatériels ;
 - des prestations de services.
- ◆ **un contrat de longue durée.** La durée du contrat excède largement la durée des marchés publics encadrée par l'article 16 du code des marchés publics. Elle est par exemple fonction de la durée d'amortissement des investissements dans le cadre d'un contrat de partenariat ;
- ◆ **un transfert de la maîtrise d'ouvrage au cocontractant,** (preneur pour un BEA, occupant dans le cadre d'une AOT ou titulaire du CP). La collectivité n'assume pas la direction technique des opérations et ne devient propriétaire des ouvrages qu'au terme du contrat. La collectivité demeure le véritable destinataire de l'ouvrage réalisé et fournit au maître d'ouvrage des éléments de programme, que ceux-ci figurent dans le contrat (cas du CP) ou dans une convention non détachable de mise à disposition (cas du BEA) ;
- ◆ **un transfert de risques vers le cocontractant.** Variable selon les contrats, le partage de risques en partenariat public-privé conduit à transférer au moins le risque de construction au cocontractant sans qu'il supporte le risque d'exploitation de l'ouvrage ou du service (risque de demande ou de trafic) ;

Encadré 2 : La répartition des risques, un élément distinctif des PPP

Les partenariats public-privé sont des contrats qui se différencient des marchés publics où les intervenants ont des contrats distincts et où la relation entre le titulaire du contrat et la personne publique se fonde sur la fourniture d'un service ou la réalisation d'un ouvrage, sans réel partage de risques. **Les partenariats public-privé permettent de mettre un place un partage des risques à géométrie variable entre la personne publique et son cocontractant.**

L'intensité du transfert de risques au prestataire privé est supérieure avec les PPP qu'avec les marchés publics, mais inférieure à celle introduite pour les DSP. Si le cocontractant peut porter un risque lié à la performance de l'ouvrage en partenariat public-privé, seule la délégation de service public conduit à transférer le risque d'exploitation au prestataire privé.

Graphique 1 : Degré de partage du risque par types de projets



Source : OCDE, Les partenariats public-privé : partager les risques et optimiser les ressources, 2008.

- ◆ **un paiement public différé.** Contrairement aux dispositions du code des marchés publics (article 96) interdisant toute clause de paiement différé dans un marché public, la personne publique verse au cocontractant, à partir de la mise à disposition de l'ouvrage, un loyer durant la période d'exécution du contrat ;
- ◆ **un préfinancement privé.** Plusieurs formes de montage existent permettant au cocontractant d'assurer le financement des ouvrages (montage en financement de projet, crédit-bail...) ;

- ◆ **une rémunération du cocontractant par la collectivité.** Les partenariats public-privé se distinguent ainsi des concessions de travaux publics et des délégations de services publics pour lesquelles la rémunération du cocontractant « *est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* »¹³. Quelles que soient les clauses d'un partenariat public-privé pouvant inciter le cocontractant à augmenter les recettes perçues, la rémunération du cocontractant repose *in fine* sur le contribuable¹⁴ et non sur l'usager.

1.1.4. Les partenariats public-privé relèvent le plus souvent des marchés publics au sens du droit communautaire

En droit communautaire, ces trois catégories de contrats de la commande publique (marché public, partenariat public-privé et délégation de service public) ne se retrouvent pas. **La notion de partenariat public-privé, bien qu'utilisée par les institutions européennes¹⁵, n'est en effet pas inscrite en droit communautaire.** Les directives dites « marchés publics »¹⁶ connaissant deux catégories principales de contrats : les marchés publics et les concessions. Les notions nationale et communautaire de marchés publics et de concessions ne se superposent qu'imparfaitement.

Les marchés publics, régis par les directives 2004/17 et 2004/18 désignent, au sens communautaire, « *des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services [...]* ». La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a considéré que les directives « marchés » ne s'appliquent pas aux concessions de service public¹⁷. Les concessions se différencient des marchés communautaires car la contrepartie des travaux ou services consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit associé à un prix.

Les partenariats public-privé présentent, dans la majorité des cas, les caractéristiques du marché public au sens du droit communautaire. Le Conseil d'État a considéré que les contrats de partenariat issus de l'ordonnance du 17 juin 2004 constituent des marchés publics en droit communautaire¹⁸ dans la mesure où la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique.

¹³ Article 38 de la « loi Sapin ».

¹⁴ La distinction entre PPP et DSP sur la rémunération du cocontractant par l'usager ou le contribuable peut être difficile à établir. Certains partenariats public-privé incitent le cocontractant à augmenter les recettes perçues par la personne publique et des formes de délégations de service public existent où la rémunération du prestataire est versée par la collectivité. Dans le cadre de la régie intéressée, la rémunération du cocontractant est versée par la collectivité : elle doit cependant varier suffisamment en fonction des résultats de sa gestion pour lui faire porter une partie du risque d'exploitation, faute de quoi le contrat peut être requalifié en marché public.

¹⁵ Cf. livre vert de la Commission du 30 avril 2004, sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions (COM/2004/0327 du 30 avril 2004).

¹⁶ Directives n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relatives à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et directive n° 2004/17 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

¹⁷ CJUE, 7 décembre 2000, *Teleaustria Verlags GmbH*.

¹⁸ CE, avis n° 370 095 du 3 juin 2004 ; CE, 29 octobre 2004, *M. Sueur et autres*.

Plus rarement, un partenariat public-privé pourrait être qualifié de concession lorsque le droit d'exploitation du partenaire privé implique un transfert de la responsabilité technique, financière et de gestion de l'ouvrage. Le droit d'exploitation lui permet notamment de percevoir des droits sur l'usager de l'ouvrage réalisé ou d'autres formes de rémunération provenant de l'exploitation. Le mode de rémunération constitue plus un indice qu'un critère de différenciation en tant que tel entre les contrats¹⁹. Pour retenir la qualification de concession, **le juge communautaire complète l'examen du critère de la rémunération par celui du risque d'exploitation**²⁰. Le partage des risques arrêté dans le partenariat public-privé emporte donc des conséquences juridiques en termes de qualification du contrat en droit communautaire.

1.2. La réalisation de partenariats public-privé peut s'opérer selon divers dispositifs contractuels

Plusieurs instruments juridiques relevant du droit du domaine public ou du droit de la commande publique peuvent être utilisés pour mettre en place un PPP.

Ce paysage morcelé s'explique par l'empilement de divers dispositifs spécifiques, n'ayant jamais été supprimés en dépit de la création du contrat de partenariat en 2004.

1.2.1. Des contrats domaniaux sont utilisés comme supports de partenariats public-privé

Plusieurs montages contractuels ont été élaborés à partir de contrats domaniaux pour réaliser des ouvrages publics en maîtrise d'ouvrage privée et avec un financement privé sans pour autant déléguer l'exploitation d'un service public à un prestataire privé. En partie pour remédier à la fin des METP, le législateur a instauré une dérogation au principe de l'inaliénabilité du domaine public en accordant par la loi du 5 janvier 1988²¹ aux collectivités territoriales la possibilité de recourir au bail emphytéotique administratif (BEA) sous certaines conditions et en créant, en 1994, le dispositif de l'autorisation d'occupation temporaire (AOT)²² pour l'État. La reconnaissance de droits réels sur le domaine public nécessite l'accomplissement d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général pour le compte de la collectivité.

¹⁹ Au niveau national, le mode de rémunération propre aux délégations de service public, soit une rémunération « substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service », peut soulever des difficultés d'interprétation. Le Conseil d'État a par exemple validé la qualification de délégation de service public d'un contrat de traitement des déchets pour lequel la rémunération du cocontractant par la collectivité sous forme de prix forfaitaire atteignait 70 % des recettes de l'opérateur (CE, 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest Seine-et-Marnais*).

²⁰ CJUE, 10 novembre 1998, *communes d'Arnhem et de Rheden*.

²¹ Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation.

²² Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

Annexe VI

Cette tendance facilitant l'attribution de droits réels²³ de longue durée aux occupants du domaine public s'est prolongée en 2002 et 2003 avec l'instauration de dispositifs sectoriels (BEA ou AOT) pour la justice, la police et l'armée²⁴. Le dispositif du BEA a été étendu au secteur de la santé en 2003 avec le bail emphytéotique hospitalier (BEH)²⁵.

Ces contrats domaniaux peuvent être couplés à un montage dit « aller-retour » afin d'élaborer des partenariats public-privé. L'ouvrage construit par le cocontractant est mis à la disposition de la personne publique dès la fin des travaux au titre d'une convention de mise à disposition (CMD) ou d'une location avec option d'achat (LOA). La création du contrat de partenariat (CP) en 2004²⁶ a parachevé ce mouvement juridique facilitant l'attribution de droits réels de longue durée aux occupants du domaine public.

On dispose, avec le BEA et l'AOT constitutive de droits réels, d'une variété d'instruments supports de partenariats public-privé. Pour ces formes, **on déduit du statut domanial de l'occupant une forme de contrat global** qui « valorise » les droits tirés de cette occupation. **La perspective de l'ordonnance sur les contrats de partenariat est inverse** : le régime des biens est l'un des éléments de l'équilibre et de la faisabilité du contrat conçu comme un tout.

1.2.1.1. Le bail emphytéotique administratif (BEA)

La loi du 5 janvier 1988 a autorisé les collectivités locales à conclure des BEA sur certaines dépendances de leur domaine public²⁷. S'il est étendu dans certaines conditions à d'autres personnes publiques (société anonyme d'HLM, État pour la réalisation de logements sociaux, État ou chambre de commerce et d'industrie pour la valorisation de leur patrimoine), **le BEA demeure un outil des collectivités territoriales. Il peut également être utilisé par les établissements publics de santé sous la forme du bail emphytéotique hospitalier (BEH).**

Le BEA confère au preneur (ou emphytéote) un droit réel sur le bien soumis à conditions (article L. 451-1 du code rural,). Le bail doit être consenti pour une période allant de 18 à 99 ans et ne peut être prolongé par tacite reconduction. Il n'est soumis ni au code des marchés publics ni à la « loi MOP ». L'allotissement n'est pas obligatoire et **le preneur du bail assure la maîtrise d'ouvrage**. La résiliation du BEA est possible sans porter atteinte aux droits pécuniaires du preneur.

Le BEA, en tant que contrat domanial, peut être associé à un montage dit « aller-retour » pour constituer un partenariat public-privé selon le schéma suivant :

- ◆ la collectivité met à disposition en échange d'une redevance²⁸ un terrain pour une durée d'au moins 18 ans (généralement compris entre 18 et 30 ans) et sélectionne un groupement d'opérateurs pour réaliser un ouvrage ;

²³ Un droit réel confère à son titulaire un pouvoir direct et immédiat sur le bien (exemples : usufruit, servitudes...)

²⁴ Respectivement, par les lois n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI), n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJI) et n° 2003-73 du 27 janvier 2003 de programmation militaire.

²⁵ Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation.

²⁶ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats.

²⁷ Article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT).

²⁸ La mise à disposition d'un bien ne peut être gratuite dans le cadre d'un BEA. Elle fait l'objet d'un loyer (ou redevance) payé par l'emphytéote (le preneur). L'intérêt de la collectivité n'est cependant pas dans la perception d'un loyer substantiel mais dans la valeur des constructions ou des aménagements réalisés par le preneur.

Annexe VI

- ◆ l'emphytéote assure la maîtrise d'ouvrage et le financement du bien dont il est propriétaire jusqu'à l'expiration du BEA ;
- ◆ le preneur met à disposition de la collectivité l'ouvrage avant la fin du contrat par une convention non détachable de mise à disposition (CMD) contre le versement de loyers par la collectivité ;
- ◆ à la fin du BEA, la collectivité devient propriétaire de l'ouvrage sans qu'elle ait à verser d'indemnités à l'emphytéote.

Le BEA-CMD permet à une personne privée de financer des équipements publics sur des terrains publics. Le coût pour la collectivité correspond au coût de la mise à disposition du terrain et au versement des loyers adaptés grâce à une durée de bail modulable.

Encadré 3 : Règles de passation applicables au BEA

La conclusion d'un BEA n'a pas à être précédée du respect d'une publicité et d'une mise en concurrence car elle relève de la liberté de gestion laissée au maître du domaine. Le juge administratif a confirmé que **le BEA n'est pas soumis au respect du code des marchés publics**²⁹.

S'il n'est pas un marché public au sens du droit national, **le BEA relève de la catégorie des marchés publics au sens du droit communautaire**. Il est donc, au même titre que tout contrat public, soumis à un minimum de formalisme pour sa passation en vertu du principe de transparence des procédures contractuelles publiques dégagé par la CJUE³⁰. Au dessus d'un seuil de 5 M€ HT, le BEA est soumis aux dispositions de la directive 2004/18 du 31 mars 2004.

Un renforcement des règles de passation du BEA est intervenu avec le décret du 31 décembre 2011³¹ relatif aux règles de passation des BEA. Dorénavant, lorsque le BEA est assorti d'une convention non détachable constituant un marché public, une délégation de service public, un contrat de partenariat ou un contrat de concession de travaux publics, la conclusion du bail doit être précédée des mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par les dispositions applicables à ce type de contrat.

Une évaluation préalable n'est pas obligatoire pour conclure un BEA sauf :

- pour les BEA concernant des opérations liées aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales lorsque le montant du loyer annuel est supérieur à 1 M€ (cf. 1.2.1.4, régime identique pour les AOT sectorielles)³² ;
- pour les opérations d'un montant inférieur à 10 M€ HT si la collectivité veut bénéficier du FCTVA.

1.2.1.2. Le bail emphytéotique hospitalier (BEH)

Un établissement public de santé, ou une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, peuvent conclure depuis 2003 sur un terrain leur appartenant un bail emphytéotique administratif sous la forme d'un BEH³³.

Le BEH est une forme particulière de bail emphytéotique administratif qui s'en distingue, outre par son objet, par ses règles de passation.

²⁹ CE, 25 février 1994, SA SOFAP-Marignan Immobilier.

³⁰ CJUE, 7 décembre 2000, Teleaustria Verlags GmbH.

³¹ Décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs ; modification de l'article R. 1311-2 du code général des collectivités territoriales.

³² Articles L. 1311-2 et R. 1311-1 du code général des collectivités territoriales.

³³ Article L. 6148-2 du code de la santé publique.

Encadré 4 : Règles de passation applicables au BEH

La signature d'un BEH doit être précédée **d'une évaluation préalable obligatoire concluant que le recours au BEH répond à un critère d'urgence, de complexité ou d'efficience** et qu'il n'induit pas une charge incompatible avec les ressources actuelles et futures de l'établissement³⁴.

Le BEH est soumis aux règles de passation et au formalisme du code de la santé publique. L'accord du directeur général de l'ARS dont relève l'établissement de santé doit être recueilli à deux étapes :

- à l'issue de l'évaluation préalable et avant le lancement de la procédure de passation du contrat ;
- avant la signature du contrat.

Un programme fonctionnel doit obligatoirement définir les besoins que le preneur du bail s'engage à satisfaire, en prenant en compte les orientations du schéma régional d'orientation des soins (SROS).

1.2.1.3. L'autorisation d'occupation temporaire (AOT)

La loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur certaines installations au profit d'occupants privés de dépendances du domaine de l'État et de ses établissements publics a introduit le mécanisme de l'autorisation d'occupation temporaire (AOT) pour l'État³⁵. Le dispositif a été étendu aux collectivités territoriales en 2006³⁶ avec deux aménagements secondaires³⁷.

Une AOT permet à une personne privée d'occuper le domaine public. La durée de l'autorisation est fixée en fonction de l'activité et des ouvrages autorisés **dans la limite de 70 ans. L'AOT confère, sauf prescription contraire, un droit réel à l'occupant** sur les ouvrages réalisés mais non sur le sol. **Le titulaire de l'AOT assure la maîtrise d'ouvrage.** Les ouvrages construits deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de la personne publique. Comme pour le BEA, le recours au crédit-bail est possible à condition de prévoir des clauses préservant les exigences du service public.

L'AOT permet de faire financer des ouvrages publics par une personne privée lorsqu'elle est associée à une convention non détachable. Cette convention est possible même si son existence n'est pas rappelée par les textes.

Pour une collectivité territoriale, l'AOT est un dispositif très proche du BEA à trois différences près :

- ◆ il n'existe **pas de durée minimale pour l'AOT contrairement au BEA (18 ans)**, ce qui peut rendre l'AOT attractive pour le financement d'ouvrages modestes ne nécessitant pas d'étaler le financement sur 18 ans ;
- ◆ l'AOT peut être accordée sur le domaine soumis à contravention de voirie (routes, voies ferrées...) ;
- ◆ l'AOT n'est pas éligible au fonds de compensation de la taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA).

L'AOT permet la mise en place de montages « aller-retour » en étant combinée avec une convention non détachable (convention de bail) afin d'établir un partenariat public-privé selon le schéma suivant :

³⁴ Depuis l'article 5 décret du 29 avril 2010, codifié en article R. 6148-1 du code de la santé publique.

³⁵ Articles L. 2122-5 et suivants du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P).

³⁶ Articles L. 1311-5 à L. 1311-8 du code général des collectivités territoriales.

³⁷ L'AOT d'une collectivité territoriale ne se distingue d'une AOT de l'État : 1) qu'en ce que la délivrance d'un droit réel au titulaire doit être expressément mentionnée (il ne s'agit que d'une simple faculté) 2) qu'en ce qu'aucun droit réel ne peut être accordé à l'occupant lorsqu'il exerce une activité à des fins privées.

Annexe VI

- ◆ la personne publique accorde une AOT à l'occupant pour une durée maximale de 70 ans contre le paiement d'une redevance³⁸ ;
- ◆ la personne publique et l'occupant concluent un bail sur des bâtiments à construire par le titulaire de l'AOT ;
- ◆ le titulaire de l'AOT assure la maîtrise d'ouvrage et le financement du bien dont il est propriétaire jusqu'à l'expiration de l'AOT ;
- ◆ à la fin de l'AOT, la personne publique devient propriétaire de l'ouvrage sans qu'elle ait à verser d'indemnités au titulaire. La convention de bail peut également prévoir une option d'achat permettant à la personne publique d'acquérir les installations édifiées avant le terme fixé par l'AOT³⁹.

Avant la formalisation des AOT associées à des locations avec option d'achat (LOA) pour des secteurs spécifiques⁴⁰, la pratique contractuelle avait déjà mis en place des partenariats public-privé à partir des AOT. Des clauses prévoyaient ainsi des locations de biens dans le cadre des AOT ainsi que des clauses de résiliation anticipée consistant en un rachat anticipé des installations sous maîtrise d'ouvrage privée.

Encadré 5 : Règles de passation de l'AOT

L'AOT ne connaît pas de réglementation particulière lorsqu'est mis en place un montage « aller-retour » sur la base des dispositions de l'article L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques (AOT de l'État). La LOA constitue *de facto* un accessoire à l'AOT. La réglementation applicable est différente pour les AOT-LOA sectorielles.

Les AOT-LOA sectorielles impliquent de suivre une procédure (décrite aux articles R. 2122-34 à R. 2122-49 du CG3P) de publicité et de mise en concurrence, un appel d'offres, une procédure négociée ou un dialogue compétitif et de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse (OEPA).

1.2.1.4. Les dispositifs sectoriels pour la justice, la police et la gendarmerie nationales

Les lois du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) et du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJI) ont créé des dispositifs spécifiques pour répondre aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales (BEA et AOT LOPSI / LOPJI).

³⁸ L'autorisation peut être gratuite dans certains cas (exemple : lorsque l'occupation du domaine contribue directement à en assurer la conservation).

³⁹ Dans le cadre d'une AOT associée à une location avec option d'achat (LOA), c'est la location et non l'option d'achat qui fait du montage une forme de partenariat public-privé.

⁴⁰ Dispositifs sectoriels prévus par l'article L. 2122-5 du CG3P.

Encadré 6 : BEA et AOT LOPSI / LOPJI

1/ BEA sectoriels

Les BEA sectoriels (LOPSI / LOPJI) ont été introduits en 2002 pour une durée temporaire. La possibilité de recourir à ces montages avait été initialement offerte jusqu'au 31 décembre 2007. La date limite de recours a été successivement repoussée puis le dispositif a été prorogé jusqu'au 31 décembre 2010 pour les seuls projets approuvés. La loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 12 mars 2011 (LOPSI 2) a **prorogé l'ensemble du dispositif jusqu'au 31 décembre 2013**. Depuis le 1^{er} janvier 2012, un projet de BEA sectoriel doit faire l'objet d'une **évaluation préalable lorsque le montant du loyer annuel est supérieur à 1 M€ HT**.

2/ AOT-LOA sectorielles

Un dispositif sectoriel similaire, à partir d'une AOT-LOA, a été introduit pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, de la formation des personnes qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles, des armées ou du ministère de la défense⁴¹. La convention de bail n'est pas soumise au code des marchés publics à l'exception de certains articles⁴². **Tout projet de bail dont le loyer annuel est supérieur à 1 M€ HT doit faire l'objet d'une évaluation préalable.**

Les AOT-LOA sectorielles impliquent de suivre une procédure (décrite aux articles R.2122-34 à R. 2122-49 du CG3P) de publicité et de mise en concurrence, un appel d'offres, une procédure négociée ou un dialogue compétitif et de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse (OEPA).

1.2.2. Le contrat de partenariat constitue l'instrument général de mise en œuvre des partenariats public-privé

Le contrat de partenariat est un contrat administratif créé par l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat modifiée par la loi du 28 juillet 2008. Ouvert à l'État, aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics, le contrat de partenariat permet à la personne publique de confier à son cocontractant **une mission globale comportant au moins trois éléments** :

- ◆ **le financement** d'ouvrages (ou de bien immatériels) nécessaires au service public ;
- ◆ **la construction** ou la transformation d'ouvrages ;
- ◆ **l'entretien** et / ou la maintenance et / ou la gestion des ouvrages.

Le titulaire du contrat est rémunéré directement par la personne publique.

Le cocontractant peut se voir délivrer un mandat afin d'encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, des recettes perçues sur l'utilisateur. Le partenaire privé peut tirer des recettes annexes du contrat (valorisation du domaine public, exploitation alternative des ouvrages et des équipements) qui peuvent faire l'objet d'un partage avec la personne publique.

A la différence du BEA et de l'AOT-LOA, **le contrat de partenariat associe en un seul instrument des éléments de commande publique et d'occupation du domaine**. Dès lors que le contrat emporte occupation du domaine public, aucun titre d'occupation distinct n'a besoin d'être délivré. Le titulaire du contrat dispose de droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise⁴³.

Encadré 7 : Règles de passation applicables au contrat de partenariat

La signature d'un contrat de partenariat doit être précédée **d'une évaluation préalable obligatoire concluant que le recours au contrat de partenariat répond à un critère d'urgence, de complexité ou présente un bilan favorable**. L'évaluation préalable doit obligatoirement être validée par la

⁴¹ Article L 2122-15 du CG3P.

⁴² Article R. 2122-29 du CG3P.

⁴³ Article 13 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et article L. 1311-2 du CGCT.

Annexe VI

MAPPP pour les projets de l'État et de ses établissements publics.

La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Les règles de publicité et de mise en concurrence sont précisées par voie réglementaire⁴⁴. La publication d'un avis au Bulletin officiel des marchés publics et au JOUE est obligatoire lorsque le contrat de partenariat dépasse un montant de 133 000 € HT pour l'État et de 206 000 € HT pour les collectivités territoriales.

Le mode de consultation prévu est le dialogue compétitif lorsque la complexité est avérée. Il doit déboucher sur la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse selon les critères définis dans l'avis d'appel public à la concurrence et éventuellement précisés durant le dialogue. La loi du 28 juillet 2008 permet également de recourir à un appel d'offres ou à une procédure négociée.

⁴⁴ Décret n° 2009-243 du 2 mars 2009 pour les contrats de partenariat passés par l'État et ses établissements publics ainsi que les personnes mentionnées aux articles 19 et 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 et décret n° 2009-244 du 2 mars 2009 pour les collectivités territoriales.

Annexe VI

Tableau 2 : Synthèse des principales caractéristiques des différentes formes de PPP

Type de contrat		BEA		BEH	AOT	AOT-LOA	Contrat de partenariat
		BEA droit commun	LOPSI / LOPJI				
Objet		Bien immobilier mis à disposition d'un délégataire dans le cadre d'une mission de SP			Bien immobilier à disposition est à construire		Mission globale et de long terme confiée à un tiers par un contrat
Personnes publiques concernées	État	Non	Oui	Non	Oui	Oui	Oui
	Collectivité territoriale	Oui		Oui	Oui	Oui	Oui
	Établissement public de santé	Non		Oui	Oui	Non	Oui
Champ du contrat		Restreint : répondre aux besoins principalement immobiliers					Large : tout équipement concourant à l'accomplissement au service public
Durée du contrat		De 18 à 99 ans			70 ans maximum		En fonction de la durée d'amortissement
Évaluation préalable		Non obligatoire (nécessaire pour éligibilité au FCTVA des projets inférieurs à 10 M€)	Obligatoire si le loyer annuel est supérieur à 1 M€	Obligatoire	Aucune	Obligatoire si le loyer annuel est supérieur à 1 M€	Obligatoire
Transfert de la MOA au privé		Implicite	Oui	Oui	Implicite	Implicite	Oui
Obligation de publicité et de mise en concurrence		Seules règles communautaires (au delà de 5 M€ HT, règles de publicité et de mise en concurrence). Obligation de publicité et de mise en concurrence si convention non détachable constituant un contrat de la commande publique (règles de ce contrat s'appliquent)		Règles de passation et procédure formalisée du code de la santé publique	Seules règles communautaires en matière de publicité et de mise en concurrence	Règles prévues par les articles R. 2122-34 à R. 2122-49 du CG3P	Règles de publicité et de mise en concurrence exigeantes (art. 3 de l'ordonnance et décrets 2009-243 pour l'État et 2009-244 pour les collectivités)
Procédure de sélection du contractant		Procédure libre mais traditionnellement de type performantiel		Offre économiquement la plus avantageuse	L'offre économiquement la plus avantageuse en prenant les critères de la consultation, ceux de l'évaluation éventuellement précisés en fin de dialogue compétitif s'agissant du CP, ou bien d'une procédure d'appel d'offres s'agissant du marché public		

Source : IGF.

1.3. La multiplicité des instruments juridiques ne justifie pas

1.3.1. La complexité de l'éventail juridique existant est facteur d'insécurité juridique et pose des problèmes de gestion publique

1.3.1.1. Les risques de requalification de contrats existent et peuvent conduire à leur annulation faute de respect des procédures de passation applicables

En matière de contrats publics, la sécurité juridique peut s'apprécier en regard de deux normes : « *la certitude du droit applicable et la stabilité du droit appliqué* »⁴⁵. Malgré la succession des normes relatives aux contrats publics (notamment trois codes des marchés publics entre 2001 et 2006 puis plusieurs modifications), la stabilité du droit appliqué semble relativement satisfaisante : le bénéfice du droit mis en œuvre est protégé par les textes et la jurisprudence (intangibilité des droits acquis, principe de non-rétroactivité, mesures transitoires).

La certitude du droit applicable, qui se traduit par les principes de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité du droit, apparaît moins assurée en raison de **la complexification progressive des outils contractuels supports des partenariats public-privé**. L'ordonnance du 17 juin 2004 s'est efforcée d'établir un cadre juridique unique, mais complexe du fait des exigences de la jurisprudence constitutionnelle concernant le recours au contrat de partenariat et des exigences communautaires concernant la passation de ces contrats. Il est venu s'ajouter à l'empilement de textes concernant les BEA, les BEH, les AOT et les instruments créés pour les besoins de la justice, de la police et de la gendarmerie nationale et des armées. Le paysage juridique des partenariats public-privé s'apparente ainsi à un « *kaléidoscope* »⁴⁶ de **contrats globaux dont chacun a quelques particularités** à la fois dans son objet et dans son régime.

L'insécurité juridique porte sur la qualification des contrats et sur leur passation et tend à croître avec l'augmentation du nombre de dispositifs. La frontière peut d'abord être difficile à discerner entre les marchés publics et les délégations de service public. **Le mode de paiement constitue traditionnellement le critère distinctif** : le marché public implique un prix tandis que la délégation de service public est financée par des redevances des usagers. Cependant, certaines conventions de délégation de service public ne prévoient pas de paiement par l'utilisateur⁴⁷ ou associent les deux types de rémunération. Les possibilités de qualification peuvent être relativement ouvertes concernant l'appréciation du caractère « *substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* » de la rémunération du délégataire.

⁴⁵ Pierre Delvolvé, « Contrats publics et sécurité juridique », in *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Conseil d'État, 2008.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ CE, 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion* : un concessionnaire de programmes télévisés a pu être rémunéré par une simple exploitation du service (publicité) sans qu'il n'y ait versement d'une dotation par la personne publique concédante ou redevance perçue sur l'utilisateur.

De façon croissante, **le mode de paiement (prix ou redevance) est complété par celui du risque financier d'exploitation comme critère de distinction entre le marché public et la délégation de service public.** Un cocontractant rémunéré de manière forfaitaire par une commune pour une prestation de secours en montagne et de déclenchement d'avalanches peut être qualifié de délégataire de service public⁴⁸. Le risque financier d'exploitation, qui découle de l'équilibre financier retenu pour le contrat, constitue un élément important de la qualification des contrats publics.

La qualification juridique du contrat a des conséquences importantes dans la mesure où on en déduit une procédure de passation. **Les multiples instruments des partenariats public-privé n'ont pas été réunis au sein d'une même catégorie juridique, dont découlerait l'application d'un régime juridique commun, en particulier en matière d'obligations de publicité et de mise en concurrence.** Le juge du référé précontractuel, en opérant une requalification du contrat, pourra être amené à annuler sa passation dans la mesure où la procédure de passation choisie ne correspondra pas à la qualification juridique réelle.

Le BEA apparaît à ce titre comme un instrument délicat pour lequel la requalification en marché public, voire en délégation de service public existe. Le juge administratif a requalifié en délégation de service public un BEA assorti d'une convention non détachable de financement de travaux, le contrat ayant pour objet de faire réaliser des travaux d'aménagement d'un immeuble en accordant à l'opérateur le droit d'exploiter l'ouvrage (casino municipal) pendant une durée de 60 ans⁴⁹. Le décret du 31 décembre 2011 relatif aux règles de passation des BEA a limité ce risque de requalification mais n'a pas levé l'incertitude sur les règles applicables à un partenariat public-privé construit à partir d'un BEA. Un BEA assorti d'une convention non détachable est soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence applicables à cette convention si elle constitue un marché public, une délégation de service public, un contrat de partenariat ou une de concession de travaux publics. La question de la qualification juridique du montage et des règles de passation applicables est reportée sur la convention non détachable.

Le risque de requalification en contrat de la commande publique demeure significatif pour les montages contractuels fondés sur les AOT constitutives de droits réels pour lesquelles aucune mesure de publicité ou de mise en concurrence n'est prévue.

Une plus grande simplicité des instruments juridique des partenariats public-privé limiterait le risque lié à une requalification. **L'atténuation des conséquences d'une requalification des contrats passe par une harmonisation des exigences de publicité et de mise en concurrence auxquelles doit obéir leur passation (cf. infra).**

1.3.1.2. La multiplicité des montages contractuels contribue à l'accroissement des coûts et au manque de lisibilité du dispositif

Au-delà de l'insécurité juridique, la multiplicité des montages contractuels pose également des difficultés en termes de gestion publique.

⁴⁸ CAA Lyon, 24 octobre 2000, *Commune de Val d'Isère*. Au cas d'espèce, les résultats d'exploitation du service étaient aléatoires, la société n'ayant pas l'assurance de se voir confier un nombre minimum de missions par station.

⁴⁹ CE, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*.

En premier lieu, la complexité du paysage juridique des partenariats public-privé et des normes qui leur sont applicables **implique une intermédiation juridique**. Outre qu'elle est un facteur d'inégalité dans l'accès au droit⁵⁰ (par exemple, entre petites et grandes collectivités), **la complexité juridique actuelle accroît les coûts de transaction** (temps de mise en place des montages, frais juridiques...). La présence de conseils juridique est rendue nécessaire pour la négociation et la rédaction de chaque contrat. Le manque de dispositions supplétives concernant les montages des partenariats public-privé conduit souvent à tout prévoir et tout réécrire dans chaque contrat. La complexité et l'évolution constante de ce paysage juridique **limitent également les gains liés à l'effet d'apprentissage de la part des personnes publiques** utilisant ces instruments.

En second lieu, la multiplication des montages contractuels constitue un frein à la concurrence en ce qu'elle contribue à restreindre de fait l'accès à nos marchés à des opérateurs étrangers. Les difficultés liées à la complexité du cadre juridique des partenariats public-privé et au manque d'accessibilité de la norme sont décuplées pour des opérateurs étrangers qui perçoivent souvent comme imprévisible la jurisprudence administrative⁵¹.

En troisième lieu, la dispersion des instruments juridiques des partenariats public-privé peut conduire à des stratégies d'optimisation juridique de la part des personnes publiques :

- ◆ celles-ci ont pu, en effet, choisir un type de contrat en fonction en raison d'une moindre contrainte en matière d'évaluation préalable, ou d'avantages résultant des règles fiscales (éligibilité au FCTVA, par exemple). L'optimisation juridique tient également au risque pénal associé à chaque contrat qui, quoique marginal (cf. 4.3), peut constituer un frein psychologique à l'efficacité de l'achat public ;
- ◆ plus fondamentalement, **les stratégies d'optimisation juridique s'opèrent au regard des exigences de publicité et de mise en concurrence** propres à chaque contrat. Ces exigences sont longtemps demeurées très variables même si elles tendent à être harmonisées (cf. 1.3.1.3). L'un des attraits des montages construits à partir de BEA et d'AOT (de façon similaire aux délégations de service public qui sont conclues *intuitu personae*) tient à la souplesse des procédures de passation. La conclusion d'un BEA ou d'une AOT relève de la liberté de gestion laissée au maître du domaine et n'est pas soumise à une procédure formalisée du code des marchés publics et ce qu'elle implique en termes de délais et de coûts.

En quatrième et dernier lieu, **la dispersion des instruments juridiques des partenariats public-privé rend difficile leur suivi en synthèse**. Selon la nature des instruments, plusieurs structures sont en charge de l'agrégation des données ce qui contribue à complexifier le suivi et à diluer la responsabilité (direction du budget, mission d'appui aux partenariats public-privé, agence nationale d'appui à la performance des établissements de santé et médico-sociaux, observatoire économique de l'achat public...).

⁵⁰ Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, 2008.

⁵¹ *Ibid.*

1.3.1.3. L'harmonisation des dispositions relatives aux règles de passation des partenariats public-privé demeure inachevée

Au total, il apparaît que la dispersion des instruments juridiques des partenariats public-privé ne correspond pas à un large éventail de solutions nécessaire pour répondre à la diversité des besoins des personnes publiques. **La multiplication des outils contractuels des partenariats public-privé induit au contraire des chevauchements entre dispositifs.** A titre d'exemple, un BEA s'avère ainsi très proche d'une AOT d'une collectivité territoriale. L'AOT-LOA sectorielle apparaît également comme un outil redondant par rapport au contrat de partenariat (exception faite du périmètre d'intervention plus restreint). Quant à la diversité des besoins des personnes publiques, elle pourrait se manifester davantage dans les clauses mêmes des contrats où doit s'exprimer la liberté contractuelle des personnes publiques plus que dans la nature juridique des instruments (BEA, AOT, contrat de partenariat...).

L'intérêt d'un éventail d'instruments juridiques supports des partenariats public-privé est d'autant plus réduit qu'un mouvement d'harmonisation des règles de passation est en cours. Concernant l'évaluation préalable, l'article 48 de la loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat a rendu sa réalisation obligatoire pour les AOT-LOA LOPSI / LOPJI de l'État et de ses établissements dont le loyer annuel dépasse 1 M€. Le décret du 29 avril 2010 relatif à l'organisation financière et à l'investissement immobilier des établissements de santé a posé la même obligation pour les BEH. Enfin, le décret du 31 décembre 2011, a introduit l'évaluation préalable obligatoire pour les BEA LOPSI / LOPJI dont le loyer annuel dépasse 1 M€.

Cette harmonisation demeure inachevée pour les exigences de publicité et de mise en concurrence. La loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique a aligné le régime de passation du BEH sur celui du contrat de partenariat. Le décret du 31 décembre 2011 soumet la conclusion d'un BEA, d'une délégation de service public, d'un contrat de partenariat ou d'une concession de travaux à des règles de passation plus exigeantes. En revanche, la conclusion des BEA et des AOT demeurent souples, en particulier pour les projets de taille modeste.

1.3.2. Deux scénarios sont envisageables pour simplifier et renforcer le cadre juridique des partenariats public-privé

La rationalisation du cadre juridique des partenariats public-privé apparaît nécessaire afin de limiter les stratégies d'optimisation de la part des personnes publiques, d'harmoniser les règles de passation et de renforcer la sécurité juridique du dispositif. Cette rationalisation peut s'opérer selon deux scénarios alternatifs :

- ◆ un scénario de rationalisation *a minima* visant à créer un régime juridique commun aux partenariats public-privé et préservant les instruments existant (scénario n° 1) ;
- ◆ un scénario plus ambitieux, recommandé par la mission, visant à unifier progressivement le cadre juridique des partenariats public-privé autour du seul contrat de partenariat (scénario n° 2).

1.3.2.1. Scénario 1 : le maintien des outils contractuels existants et la création d'un régime juridique commun aux partenariats public-privé

Simplifier et renforcer le cadre juridique des partenariats public-privé pourrait passer par la création d'un régime juridique commun à l'ensemble de ces instruments. La création d'un tel régime nécessiterait de définir juridiquement les partenariats public-privé. Tout montage contractuel se rattachant à cette définition se verrait soumis à des règles identiques de passation (évaluation préalable obligatoire, exigences de publicité et de mise en concurrence).

Les caractéristiques des partenariats public-privé (préfinancement privé d'ouvrages publics réalisés par une maîtrise d'ouvrage privée, entretenus ou exploités par un partenaire privé et payés par la collectivité) sont suffisantes pour justifier que les contrats ayant pour objet de telles opérations soient soumis à un régime juridique spécifique. L'application de ce régime découlerait de l'objet du contrat (réaliser une opération de partenariat public-privé), indépendamment des modalités de rémunération prévues pour le cocontractant ou du transfert de missions liées au service public.

La mise en place d'un régime juridique commun aux différents contrats de partenariats public-privé aurait l'avantage de **préserv**er des instruments auxquels les personnes publiques peuvent être habituées et attachées (BEH pour les établissements publics de santé, BEA pour les collectivités territoriales...) et de maintenir une diversité dans les montages contractuels envisageables (objet du contrat incluant ou non une mission d'entretien, de maintenance ou d'exploitation, possibilité de dissocier la conception de la réalisation, mode de rémunération du cocontractant...).

Un régime juridique applicable à toutes les opérations de partenariats public-privé, indépendamment du montage contractuel utilisé, viserait à **appliquer de manière cohérente et homogène les principes généraux de la commande publique tels que la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité entre les candidats ou la transparence des procédures et à appliquer des exigences identiques en termes d'évaluation préalable**. La complexité de ces opérations globales et de longue durée appelle une procédure de passation qui permette une négociation entre la personne publique et les candidats, sans déroger à une juste mise en concurrence. L'équilibre entre la négociation et la libre concurrence semble avoir été trouvé dans la procédure de dialogue compétitif.

Un régime juridique commun aux instruments des partenariats public-privé pourrait également conduire à **harmoniser leur contenu à travers une extension des clauses obligatoires des contrats de partenariat à l'ensemble des montages contractuels**. L'ordonnance du 17 juin 2004 a instauré treize types de clauses obligatoires dans un but à la fois de protection des deux parties et dans un but pédagogique. La personne publique et son cocontractant sont amenés à formuler des éléments figurant de façon diffuse dans la jurisprudence. Certaines de ces clauses obligatoires, qui figurent à l'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et à l'article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales, pourraient être étendues à tous les instruments juridiques des partenariats public-privé, voire à d'autres contrats de la commande publique comme les conventions de délégation de service public.

Encadré 8 : Les clauses obligatoires des contrats de partenariat

L'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit treize types de clauses obligatoires pour les contrats de partenariats. Leur application pourrait être étendue aux autres instruments juridiques des partenariats public-privé notamment pour les clauses relatives :

- au partage des risques ;
- aux conditions de transfert des contrats ;
- aux modalités de prévention et de règlement des litiges (dont le recours à l'arbitrage) ;

Annexe VI

- aux conditions dans lesquelles la personne publique constate que les ouvrages construits correspondent aux prescriptions du contrat ;
- au partage des gains d'efficience.

Un tel cadre impliquerait d'harmoniser les règles relatives à la publicité et à la mise en concurrence, de faire du dialogue compétitif le mode de consultation de référence pour la procédure de passation et d'étendre les principales clauses obligatoires des contrats de partenariats à l'ensemble des montages contractuels.

Ce scénario ne permettrait néanmoins pas de clarifier pleinement la distinction entre les titres d'occupation du domaine délivrés à des fins d'activités privés et les contrats de la commande publique. Le renforcement de la sécurité juridique et la mise en cohérence des règles de passation serait également moindres que dans le cas d'une réduction du nombre d'instruments juridiques des partenariats public-privé.

1.3.2.2. Scénario 2 : l'unification progressive du cadre juridique des partenariats public-privé autour du dispositif du contrat de partenariat

Le scénario privilégié par la mission envisage une rationalisation du cadre juridique des partenariats public-privé en faisant du contrat de partenariat l'instrument juridique unique de ces opérations et en le rendant plus accessible. L'empilement des dispositifs juridiques limite l'accessibilité et l'intelligibilité du droit des contrats et présente des risques d'insécurité juridique.

Depuis l'ordonnance du 17 juin 2004, la question du maintien des dispositifs historiques et sectoriels (BEH, BEA et AOT LOPSI, LOPJI, armées) fait débat. Les différents ministères utilisateurs ont souhaité préserver leurs outils spécifiques afin de bénéficier de règles procédurales moins exigeantes et de ne pas perturber le rythme d'exécution des lois de programmation dans lesquelles ces dispositifs s'inscrivaient.

Ce scénario de rationalisation aurait pour avantage de mettre fin à la banalisation de l'attribution de droits réels de longue durée aux occupants du domaine public et à la confusion croissante entre les règles de la commande publique et les règles de l'occupation du domaine public. **Les BEA et les AOT redeviendraient de simples autorisations d'occupation domaniale.** Les montages contractuels complexes s'appuyant sur ces instruments, issus de la pratique et de la jurisprudence, visaient d'abord à compenser l'absence du contrat de partenariat dans l'éventail de la commande publique. Ils ont ensuite été utilisés en partie pour en contourner les contraintes du CP (évaluation préalable, exigences de publicité et de mise en concurrence). L'unification du régime des partenariats public-privé autour du contrat de partenariat permettrait de recentrer les BEA et les AOT sur leur vocation d'origine, c'est-à-dire régir les relations entre l'occupant et la collectivité publique.

Bien qu'une harmonisation soit engagée, ces dispositifs ne présentent pas le même degré d'exigence en termes de conditions de recours et de garanties procédures que le contrat de partenariat. **La rationalisation du cadre juridique des partenariats public-privé peut s'opérer autour du contrat de partenariat** compte tenu de son caractère générique (accessible par l'ensemble des personnes publiques), transversal (valable pour tous les secteurs) et de son encadrement méthodologique et procédural plus abouti. Cet outil représente déjà près de 80 % du volume d'investissement du marché français des partenariats public-privé⁵².

⁵² Chiffre du centre d'expertise français pour l'observation des partenariats public-privé (CFO-PPP).

Proposition n° 1 : Unifier progressivement le cadre juridique des partenariats public-privé autour du contrat de partenariat.

Il y aurait lieu de prévoir un temps d'adaptation en maintenant les instruments contractuels existant afin de faciliter l'appropriation par l'ensemble des collectivités publiques du contrat de partenariat :

- ◆ la possibilité de recourir aux dispositifs permanents (BEH, AOT et BEA assortis d'une convention non détachables) pourrait être supprimée dans un délai de 18 à 24 mois ;
- ◆ les variantes sectorielles des partenariats public-privé ne seraient pas reconduites au-delà de la date limite actuellement fixée par la réglementation (31 décembre 2013).

L'unification du cadre juridique des partenariats public-privé autour du contrat de partenariat contribuerait à centraliser l'expertise des partenariats public-privé de l'État et de ses établissements publics à la MAPPP. La mission d'examen des évaluations préalables devant être réalisées avant le lancement de la passation d'un contrat de partenariat de l'État ou de ses établissements publics est dévolue à la MAPPP par le décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004.

Le décret n° 2010-425 du 29 avril 2010 relatif à l'organisation financière et à l'investissement immobilier des établissements de santé confié à l'agence nationale d'appui à la performance des établissements de santé et médico-sociaux, concernant les baux emphytéotiques hospitaliers, le rôle d'organisme expert tel que prévu à l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004. Cette mission reviendrait à la MAPPP, seule compétente pour les contrats de partenariat.

La suppression progressive des autres instruments contractuels des partenariats public-privé aura pour effet d'étendre l'évaluation préalable obligatoire à tous les nouveaux projets de partenariats public-privé et de positionner la MAPPP comme l'organisme expert chargé de leur analyse s'agissant de l'État et de ses établissements publics.

Proposition n° 2 : Faire de la MAPPP le seul « organisme expert » compétent au sens de l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004

Par ailleurs, l'unification du cadre juridique des partenariats public-privé autour du contrat de partenariat, associé à une modification des critères légaux d'accès à ce dispositif (cf. proposition n° 6) exercerait une contrainte sur la commande des personnes publiques, en particulier des collectivités territoriales. Afin d'introduire plus de souplesse et de faciliter l'acceptabilité de la réforme envisagée, il pourrait être opportun de réduire le périmètre obligatoire du contrat de partenariat pour le rendre plus modulable et mieux adapté à chaque type de projet. L'objet du contrat de partenariat comporte aujourd'hui nécessairement une mission de financement, une mission de construction ou de transformation et une mission d'entretien, de maintenance, d'exploitation ou de gestion de l'ouvrage. Seules la conception et les prestations de service sont optionnelles.

Proposition n° 3 : Faciliter l'accès au contrat de partenariat par une réduction du périmètre obligatoire de son objet (préfinancement privé et construction ou transformation).

Annexe VI

L'objet obligatoire du contrat de partenariat est ainsi plus étendu qu'un BEA ou un BEH et peut s'avérer trop large pour des projets de taille moyenne ne comprenant pas, par exemple, l'entretien et la maintenance des équipements. De plus l'intérêt économique d'inclure dans des contrats de long terme des prestations sans impact sur l'intégrité physique des ouvrages (nettoyage, sécurité, petite maintenance) est discuté⁵³.

1.4. La rénovation du cadre juridique des partenariats public-privé peut être l'occasion de moderniser les autres instruments de la commande publique

La mission suggère de moderniser les autres instruments de la commande publique, en s'inspirant de certains apports des instruments de type PPP. A ce titre, deux orientations apparaissent importantes à la mission.

1.4.1. Faciliter l'accès aux marchés globaux

D'une part, la mission recommande d'élargir les conditions de recours aux marchés globaux soumis au code des marchés publics, qui peuvent constituer une alternative intéressante au contrat de partenariat, en particulier lorsque le coût du financement privé est élevé.

L'accès aux marchés globaux s'avère très restreint en l'état actuel du droit. A titre d'exemple, le recours à un marché global associant les missions de conception-direction et d'exécution des travaux n'est possible que « *lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* » (article 18 de la loi MOP).

Dans la perspective d'une rationalisation des instruments juridiques des partenariats public-privé et dans un contexte de renchérissement du financement privé, l'utilité des contrats globaux du code des marchés publics (conception-réalisation, conception-réalisation-exploitation-maintenance, réalisation-exploitation-maintenance) pourrait être croissante pour les collectivités publiques.

Un mouvement d'assouplissement a déjà été entrepris. Le décret n° 2011-1000 du 27 août 2011 (article 20) a introduit dans le code des marchés publics la possibilité de conclure des contrats globaux sur performance afin de limiter la « *fuite* » vers le contrat de partenariat, notamment pour les petits projets. Ces contrats permettent de lier la rémunération du cocontractant au respect de ses engagements en termes de performance. Cependant, si le contrat confie également une mission de conception, les conditions de recours au marché de conception-réalisation définies par la loi MOP doivent alors être remplies.

L'accès à ces marchés globaux pourrait être étendu aux opérations pour lesquelles une évaluation préalable démontrerait que le critère du bilan coûts-avantages de l'opération ou le critère de la complexité, tels que définis pour l'accès au contrat de partenariat, seraient remplis.

Proposition n° 4 : Élargir les conditions de recours aux marchés globaux soumis au code des marchés publics (conception-réalisation, conception-réalisation-exploitation-maintenance, réalisation-exploitation-maintenance).

⁵³ Dans sa révision des *Private finance initiatives* au Royaume-Uni, le Trésor tend à préconiser de sortir le *soft facility management* des futurs contrats de partenariats public-privé.

1.4.2. Renforcer l'encadrement méthodologique et procédural des autres instruments de la commande publique

D'autre part, l'application des exigences méthodologiques et procédurales du contrat de partenariat à l'ensemble des nouvelles opérations de partenariats public-privé pourrait être étendue aux opérations qui ne sont pas menées en partenariat public-privé, afin d'avoir un effet vertueux sur l'ensemble de la commande publique.

Les risques budgétaire, juridique et de faible opportunité de l'investissement existent quel que soit le montage contractuel finalement retenu. La conduite d'une évaluation préalable et l'avis obligatoire de la MAPPP pourraient s'appliquer à toutes les formes de commande publique pour des opérations d'investissement significatives (par exemple, au-delà d'un coût d'investissement de 80 M€). **Cette évaluation préalable devrait avoir pour objectif d'apprécier le rapport coûts-avantages de l'opération envisagée et de faciliter le choix de la meilleure modalité de commande publique entre les différents contrats existants pour réaliser cette opération.**

Afin de conserver au contrat de partenariat son caractère dérogatoire, et de garantir le principe de libre administration des collectivités locales, les conclusions de cet avis de la MAPPP ne seraient pas « liantes » ; le pouvoir adjudicateur resterait ainsi libre de son choix final, à l'exclusion des partenariats public-privé de l'État et de ses établissements publics pour lesquels l'avis préalable devrait être favorable.

Proposition n° 5 : Rendre obligatoire l'évaluation préalable et l'avis de la MAPPP à toutes les opérations d'acquisition d'infrastructure à partir d'un certain seuil quel que soit le type de contrat retenu (délégation de service public, marché public, contrats de la commande publique complexe...).

2. Si la réalisation de PPP est conditionnée à des critères visant à garantir son caractère dérogatoire au droit commun de la commande publique, le respect et la pertinence de ceux-ci ne sont pas satisfaisants

2.1. Le recours au contrat de partenariat est encadré par trois critères alternatifs de l'urgence, de la complexité et du critère dit du « bilan »

2.1.1. Le Conseil constitutionnel a consacré le caractère dérogatoire au droit commun de la commande publique des contrats de partenariat

Le recours aux contrats de partenariat est encadré par une décision n°2003-473 du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel qui réserve le recours à ces contrats :

- ◆ « à des situations répondant à des **motifs d'intérêt général** tels que **l'urgence** qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à **ratrapper un retard préjudiciable** ;
- ◆ ou bien la nécessité de tenir compte des **caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques** d'un équipement ou d'un service déterminé ».

Annexe VI

Le juge constitutionnel a estimé que si aucune règle ni aucun principe constitutionnel n'interdit à la personne publique de confier à un tiers un contrat global de conception et de construction, ni de recourir à un mécanisme de préfinancement privé, pas plus qu'aucune norme constitutionnelle n'interdit que les offres portant sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun, ces techniques n'en constituaient pas moins des dérogations au « droit commun de la commande publique ». Dès lors, leur généralisation *« serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics. »*

En exigeant que les dérogations prévues par l'ordonnance soient justifiées par les deux motifs d'intérêt général énoncés précédemment, le Conseil constitutionnel a ainsi conféré aux contrats de partenariat un **caractère dérogatoire par rapport aux autres contrats de la commande publique**. L'intérêt d'y recourir devra être démontré par la personne publique sous le contrôle du juge administratif.

Ces principes sont désormais ancrés dans le droit public français, et aucune révision constitutionnelle ne pourrait *a priori* permettre de dépasser la réserve formulée par le Conseil constitutionnel.

Cette décision du Conseil constitutionnel est révélatrice d'une certaine méfiance du juge constitutionnel face à ces contrats dérogatoires au droit de la commande publique. Le Conseil constitutionnel avait accepté, dans un premier temps, d'autoriser le recours à des partenariats public-privé dans un nombre de secteurs limité et à titre dérogatoire, au regard de l'urgence sociale. La volonté du gouvernement de généraliser l'accès à ce type de contrat pouvait présenter un risque pour le bon usage des deniers publics, exigence de valeur constitutionnelle qui découle des articles 14 et 15 de la Déclaration de 1789.

Encadré 9 : Décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003

Saisi par plus de soixante sénateurs de la loi « habilitant le Gouvernement à simplifier le droit », le Conseil constitutionnel a rejeté le recours, tout en émettant une réserve d'interprétation à propos de l'article 6 qui permet d'assouplir certaines règles relatives à la commande publique.

L'article 6 habilitait le Gouvernement à aménager le régime juridique des contrats existants et à créer de nouvelles formes de contrats.

Cet article était rédigé comme suit : « *Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires pour modifier la loi 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée et créer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public pour la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions. Ces dispositions déterminent les règles de publicité et de mise en concurrence relatives au choix du ou des cocontractants, ainsi que les règles de transparence et de contrôle relatives au mode de rémunération du ou des cocontractants, à la qualité des prestations et au respect des exigences du service public. Elles peuvent étendre et adapter les dispositions prévues au I de l'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, aux articles L. 34-3-1 et L. 34-7-1 du code du domaine de l'État et aux articles L. 1311-2 et L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales à d'autres besoins ainsi qu'à d'autres personnes publiques. Elles prévoient les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans aux contrats prévus au présent article* ».

Cet article soulevait deux problèmes juridiques :

- celui de l'**extension des dispositions des lois sectorielles de 2002** à la réalisation d'équipements ou à la gestion de services non prévus par ces textes (c'est-à-dire autres que ceux concernant la police, la justice et le secteur pénitentiaire) ;
- celui de la possibilité ouverte aux auteurs des ordonnances, moyennant certaines précautions, de **créer de nouveaux types de contrats** pour la réalisation d'équipements publics ou la gestion de services publics.

A l'encontre de ces dispositions, la saisine sénatoriale invoquait, entre autres, l'atteinte aux principes constitutionnels applicables à la commande publique.

Le Conseil constitutionnel a estimé, au regard des précédents (la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure ; et la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice), que :

- **les dérogations aux règles usuelles relatives à la commande publique**, lorsqu'elles garantissent le respect de principes constitutionnels (égalité entre fournisseurs des services publics, bon emploi des deniers publics, protection des propriétés publiques), **sont admissibles dans la mesure où elles se trouvent justifiées par d'autres exigences constitutionnelles** (continuité des services publics, nécessité d'agir avec célérité en vue d'assurer la protection de la santé ou de l'ordre publics...) **ou par des considérations d'intérêt général** (nécessité d'assurer une unité de conception de l'ouvrage lorsque ses caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques le requièrent).
- en l'espèce, l'extension des dérogations déjà prévues par les lois de l'été 2002 est justifiée, compte tenu des exigences du Préambule de 1946 et du retard criant accumulé en la matière, pour les hôpitaux et pour la plupart des équipements sociaux ou médico-sociaux ;
- s'agissant des autres besoins, ou bien des dérogations aux règles habituelles de la commande publique, il ne convient d'infléchir les règles garantissant l'égalité devant la commande publique, la protection des propriétés publiques et le bon usage des deniers publics que pour des motifs tenant à l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général, ou liés à la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service public déterminé.

Le Conseil constitutionnel a renforcé les critères de recours à cette forme particulière de contrats en indiquant que les dérogations prévues par les ordonnances devront être en rapport avec des motifs d'intérêt général tels que ceux qui ont été mentionnés ci-dessus.

2.1.2. Conformément à la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, l'ordonnance de 2004 a encadré le régime juridique du contrat de partenariat

L'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 a fortement encadré le régime juridique du contrat de partenariat. Ainsi, le recours à ce type de contrat n'est possible que dans deux hypothèses :

- ◆ celle d'un **projet complexe**, c'est-à-dire « *la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* » ;
- ◆ et celle de **l'urgence**.

2.1.2.1. Le critère de complexité est apparu comme le critère premier de recours au contrat de partenariat

En théorie, le recours à un prestataire privé pour un contrat complexe doit permettre de compenser le surcoût du financement privé par une plus grande expertise.

La définition de la complexité est celle retenue par la directive du 31 mars 2004 relative à la coordination de la procédure de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de service. La complexité du projet est appréciée de façon objective, conformément aux exigences posées par cette directive, et doit être démontrée par le pouvoir adjudicateur. La complexité sera ainsi démontrée si la personne publique n'est pas en mesure de définir le montage financier ou juridique optimal de l'opération.

Encadré 10 : La notion de complexité dans la directive du 31 mars 2004 relative la coordination de la procédure de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de service

L'article premier, paragraphe 11, point c, deuxième alinéa prévoit deux types de marchés qui sont considérés comme étant particulièrement complexes, à savoir « *lorsque le pouvoir adjudicateur :*

- *n'est objectivement pas en mesure de définir [...] les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs, et/ou ;*
- *n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet. »*

Ces dispositions sont à lire à la lumière de la première partie du considérant 31 : « *Les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes peuvent, sans qu'une critique puisse leur être adressée à cet égard, être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières/juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'importantes infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance. »*

1. Complexité technique

Selon les mots du considérant 31, la complexité technique existe lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les moyens aptes à satisfaire ses besoins et/ou à répondre à ses objectifs.

Deux cas de figures pourraient se présenter :

- le pouvoir adjudicateur ne serait pas capable de spécifier les moyens techniques à utiliser pour réaliser la solution prescrite ;
- le pouvoir adjudicateur n'arrive pas à établir parmi les solutions possibles celle qui serait la plus à même de répondre à ses besoins.

2. Complexité juridique ou financière

D'après le considérant 31, une complexité juridique ou financière « *peut notamment se présenter pour [...] la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance. »*

2.1.2.2. Le critère de l'urgence vise à répondre à l'exigence de continuité du service public

L'urgence, objective, ne doit pas résulter *a priori* du fait de l'administration. Il y a urgence quand le besoin en construction ou en rénovation d'équipement ou d'ouvrages résulte d'une cause extérieure.

2.1.3. La loi du 28 juillet 2008 est venue clarifier et élargir les critères recours au contrat de partenariat, et a introduit le nouveau critère du « bilan »

Dans sa décision n°2008-567 DC du 24 juillet 2008 sur cette loi, le Conseil constitutionnel a réaffirmé le caractère dérogatoire de ces contrats. Le Conseil constitutionnel a considéré que la liste des motifs d'intérêt général fixée en 2003 dans sa décision n'était pas limitative, ce que soulignait l'emploi des termes « *tels que* » dans la décision de 2003. Il a donc validé la possibilité prévue par la loi de 2008 de recourir également au contrat de partenariat lorsque « *compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publiques est chargée, soit des insuffisances et des difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorables que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage* ». Le Conseil constitutionnel a ainsi validé un **nouveau critère de recours au contrat de partenariat dit « du bilan »**. **Ce critère du bilan pourrait permettre de concilier exigence de continuité du service public et la complexité, lorsque celle-ci est source d'économies.**

Le Conseil constitutionnel a, par contre, censuré une disposition de la loi qui introduisait une présomption d'urgence dans certains secteurs, et qui aurait vidé de son sens la jurisprudence constitutionnelle de 2003.

2.2. Les critères de recours au contrat de partenariat sont dans les faits interprétés de manière peu restrictive

Les trois critères de recours au contrat de partenariat, que sont la complexité, l'urgence et un bilan coût/avantage en faveur de cette forme de contrat, présentent des garanties inégales.

2.2.1. Le critère de complexité présente un certain nombre de faiblesses

2.2.1.1. *Le critère de complexité peut être aisément rempli, cette complexité n'étant pas seulement technique ou fonctionnelle, mais aussi contractuelle et financière*

Ainsi, le centre hospitalier de Périgueux a justifié le recours au contrat de partenariat pour la réalisation d'une chaufferie centrale par, entre autres, la **complexité financière résultant de « l'ouverture du marché de l'énergie, qui rend nécessaire de prévoir au mieux et d'optimiser la fonction énergie, les prix de fourniture des énergies étant désormais dérégulés et susceptibles d'évoluer avec le marché des énergies fossiles »**⁵⁴. L'ouverture du marché de l'énergie semble ainsi pouvoir justifier un recours systématique au contrat de partenariat pour toutes les prestations d'énergie.

⁵⁴ Avis de la MAPPP n°2008-08 du 11 juin 2008, portant sur la réalisation d'une chaufferie centrale au Centre Hospitalier de Périgueux.

La complexité découle parfois du choix même de recours à un partenariat public-privé pour la réalisation du projet. Par exemple, la complexité du projet de tribunal de grande instance de Paris est justifiée, dans l'évaluation préalable, par « *la multiplicité et l'objet composite des missions confiées au partenaire privé (construction, facilities management, services annexes)* »⁵⁵. Cette dimension est commune à tous les contrats globaux, et n'explique pas, à elle seule, que la personne publique préfère passer par un contrat de partenariat plutôt que par un contrat de conception-réalisation, ou par un marché de travaux public classique.

La complexité de ce projet s'expliquerait également, d'après cette évaluation préalable, par « *la configuration particulière et l'exiguïté du site, généralement situé en centre ville* »⁵⁶. Or, on peut se demander s'il ne serait pas dans ce cas pertinent de choisir un autre lieu pour la construction du tribunal, et non pas uniquement un autre type de contrat.

2.2.1.2. Les pouvoirs publics ont par ailleurs progressivement élargi le critère de complexité

Ainsi, dans une réponse à une question parlementaire du 28 février 2006, le ministre en charge des collectivités locales a indiqué que la taille d'un projet, ou encore la difficulté de sa réalisation au regard des contraintes réglementaires et domaniales n'est *a priori* pas suffisante pour justifier à elle seule la complexité d'un projet. Il ajoute néanmoins que cette affirmation est difficilement généralisable, dans la mesure où « *selon la personne publique considérée, celle-ci peut être objectivement dans l'incapacité de spécifier les moyens techniques à utiliser pour répondre aux besoins exprimés, mais également d'établir parmi les diverses solutions possibles celle qui est la plus à même de répondre à ces besoins. Cela sera d'autant plus vrai que cette personne publique ne dispose pas en interne des compétences techniques, juridiques ou financières pour élaborer et suivre de tels projets.* »

Dès lors, **rien n'empêche cette incapacité de résulter également de l'impéritie de l'administration.** Le recours au contrat de partenariat peut être avantageux pour la personne publique du fait non pas d'une plus grande expertise de la personne privée, mais de l'inaction de la personne publique.

A titre d'exemple, l'Établissement public du Palais de Justice Paris (EPPJP) invoque le critère de complexité pour justifier le recours au contrat de partenariat en se fondant, entre autres, sur la complexité administrative liée à l'obtention du permis de construire. Cette justification est surprenante, la puissance publique se prévalant finalement de ses propres turpitudes pour recourir à un contrat dérogeant à la loi MOP. La mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) a considéré ce critère comme valide dans son avis du 5 février 2010. Elle a en effet considéré que l'EPPJP a estimé à juste titre que « *les aléas de la réglementation [...] empêchent de déterminer avec toute la précision nécessaire le cadre juridique le plus équilibré et le plus sécurisé* »⁵⁷ et a donc validé le choix de la complexité comme fondement du recours au contrat de partenariat.

Tout projet de construction d'une certaine ampleur peut finalement remplir ce critère de complexité administrative, et dont répondre aux critères de recours au contrat de partenariat. La pratique semble donc avoir élargi les critères de recours à ce mode dérogatoire au droit de la commande publique.

⁵⁵ Évaluation préalable au lancement d'une procédure de passation d'un partenariat public-privé pour la réalisation d'une opération de palais de justice, APIJ, juillet 2008.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Avis de la MAPPP n°2010-01 du 5 février 2010, concernant le projet du nouveau palais de Justice de Paris.

Annexe VI

Il faut néanmoins souligner que cette complexité juridique et/ou administrative n'est jamais le seul critère justifiant le recours au contrat de partenariat, d'après les avis de la MAPPP étudiés par la mission. Cette complexité juridique et/ou administrative s'accompagne toujours d'une complexité technique du projet à réaliser. Néanmoins, d'un point de vue juridique, l'utilisation de ces critères comme justifiant le recours au contrat de partenariat fait courir un risque de banalisation du recours à cette forme de contrat.

2.2.1.3. La jurisprudence a conforté cette conception extensive de la notion de complexité, malgré un revirement récent

Un arrêt du tribunal administratif de Montpellier du 26 février 2010⁵⁸ est encore venu élargir la définition de la notion de complexité, en retenant notamment comme critère justifiant le recours au contrat de partenariat la complexité de maintenance. Il s'agissait au cas d'espèce du contrat de partenariat du théâtre de l'archipel à Perpignan, où la conception architecturale, confiée à Jean Nouvel dans un marché de maîtrise d'œuvre, était associée à un contrat de réalisation et de maintenance, sous la forme d'un contrat de partenariat. Ce sont à la fois les particularités du projet architectural, le caractère novateur de la construction par rapport aux formes classiquement réalisées et les difficultés de réalisation et de maintenance qui caractérisent la complexité de ce projet. Cette première décision sur le critère de la complexité, central pour les contrats de partenariat, laisse augurer d'une interprétation relativement souple des tribunaux en ce domaine.

Cependant, dans un arrêt récent, rendu en second ressort par la Cour administrative d'appel (CAA) de Bordeaux le 26 juillet 2012⁵⁹, le juge administratif est venu infléchir cette conception extensive de la notion de complexité. La CAA de Bordeaux a confirmé que le recours au contrat de partenariat devait être exceptionnel, et justifié notamment par la complexité avérée du projet. **La délibération de la commune de Biarritz validant la passation d'un contrat de partenariat a été annulée, malgré l'avis favorable initial de la MAPPP, comme méconnaissant les dispositions relatives au recours au PPP.**

La commune de Biarritz avait décidé d'avoir recours à un contrat de partenariat pour la réalisation d'une cité du surf et de l'océan et l'extension de son musée de la mer. A l'époque, seuls deux cas d'ouverture permettaient d'avoir recours à ce mécanisme contractuel global et dérogatoire des principes de la commande publique : une situation d'urgence ou de complexité. La commune de Biarritz a justifié son choix en arguant de la complexité, et se prévalait à cet égard notamment d'un avis favorable de la MAPPP rendu sur son projet.

Saisie par un contribuable local d'un recours en excès de pouvoir dirigé contre la délibération autorisant la signature du contrat, la CAA de Bordeaux a censuré les arguments de complexité avancés par la commune pour justifier le principe du recours au contrat de partenariat. Dans un considérant de principe, elle rappelle d'abord que la démonstration de la condition de complexité appartient à la personne publique, qui ne peut se satisfaire de complexités inhérentes à tout projet, pas davantage qu'elle ne peut se reposer sur un avis favorable de la MAPPP sur le projet, un tel avis n'étant pas suffisant pour établir que les conditions du recours au contrat de partenariat sont remplies :

⁵⁸ TA Montpellier, 26 février 2010, Madame Dillenschneider, n° 0803471.

⁵⁹ CAA Bordeaux, 26 juillet 2012, *Cité du Surf et Aquarium du Musée de la Mer*, n° 10BX02109.

Annexe VI

« Considérant que le contrat de partenariat constitue une dérogation au droit commun de la commande publique, réservée aux seules situations répondant aux motifs d'intérêt général les justifiant ; que répondent à un tel motif, outre l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet, sa complexité, entendue comme mettant objectivement la personne publique dans l'impossibilité de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ; que l'incapacité objective de la personne publique à définir seule ces moyens doit résulter de l'inadaptation des formules contractuelles classiques à apporter la réponse recherchée ; que **la démonstration de cette impossibilité incombe à la personne publique, et ne saurait se limiter à l'invocation des difficultés inhérentes à tout projet ; qu'à cet égard, ni le rapport final d'évaluation préalable, ni l'avis de la mission d'appui au partenariat public privé ne sauraient constituer, devant le juge, la preuve de la complexité invoquée** ; que la possibilité ouverte à la collectivité publique par l'article L. 1414-13 de ne confier à son cocontractant qu'une partie de la conception de l'ouvrage ne saurait la dispenser de justifier de son incapacité à mener à son terme la part de l'ouvrage réalisée en partenariat, du fait de sa complexité ».

Plus encore, **la Cour ne reconnaît aucun caractère probant au positionnement de la MAPPP sur la légalité du recours au contrat de partenariat**. Pour la Cour de Bordeaux, l'avis favorable de cet organisme ne démontre pas que les conditions du recours au contrat de partenariat posées par la loi seraient remplies, et le juge se réserve là un plein pouvoir d'appréciation de la légalité du recours au contrat de partenariat.

Le juge d'appel poursuit son analyse de l'espèce en relevant que **l'essentiel des études de conception du projet avait été réalisé**, puisqu'un avant-projet détaillé était joint aux documents de la consultation : ainsi, les principes de construction de l'équipement étaient déjà définis, et la **commune ne pouvait donc pas alléguer d'une impossibilité objective à déterminer seule et à l'avance les moyens techniques permettant la réalisation du projet**. Par ailleurs, les caractéristiques techniques, fonctionnelles et économiques des ouvrages décrites par le dossier de la consultation ne démontraient pas une **complexité particulière, tandis que la commune disposait déjà de tous les concours financiers nécessaires à la réalisation du projet, ce qui l'empêchait de se prévaloir d'une complexité du montage financier**. Il exclut donc que la condition de la complexité puisse être regardée comme remplie.

Cette jurisprudence devrait inciter la MAPPP à retenir à l'avenir une conception plus restrictive de la complexité.

2.2.2. Le critère de l'urgence présente un risque pour la bonne gestion des deniers publics

En effet, le recours au contrat de partenariat peut ainsi être justifié par la nécessité de réaliser un ouvrage, y compris si cette formule est plus coûteuse qu'une forme plus traditionnelle de contrat.

Afin de limiter les risques de dérives, la jurisprudence est venue préciser ce critère. Le Conseil d'État a précisé dans sa décision du 27 octobre 2004 (*M. Sueur et autres*, conclusions de Didier Cassas) que l'urgence peut justifier le recours au contrat de partenariat « **dès lors qu'elle résulte objectivement dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs** ».

Annexe VI

L'interprétation de cette condition a donné lieu à une succession d'arrêts à propos de la construction par le département du Loiret d'un collège et de son internat en contrat de partenariat. Les difficultés d'acquisition du terrain, puis l'échec successif de deux procédures d'appel d'offres, ont conduit le département à résilier le marché de maîtrise d'œuvre lié à ce projet. Pour faire face à cet important retard, et aux difficultés de gestion impliquées par le sureffectif dans le collège, le département décida de recourir à la formule du contrat de partenariat. Un recours fût formé contre cette décision et le tribunal administratif d'Orléans a, dans un premier temps, annulé cette délibération au motif que la condition d'urgence n'était pas remplie⁶⁰ en l'espèce. En effet, l'atteinte au service public ne présentait pas, selon le juge, un caractère suffisamment grave pour justifier le recours au contrat de partenariat.

Dans un second temps, la cour administrative d'appel de Nantes⁶¹ a adopté une appréciation plus souple de cette condition d'urgence, admettant que le principe du recours au contrat de partenariat « *se trouvait justifié par la **nécessité de rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général et affectant le bon fonctionnement du service public de l'enseignement*** ».

Enfin, saisi en cassation, le **Conseil d'État**⁶² a validé cette interprétation plus **compréhensive**, en précisant que le fait que le retard ait été imputable au département était sans incidence sur l'appréciation de ce critère. Ainsi, **l'urgence imputable au pouvoir adjudicateur peut autoriser un recours au contrat de partenariat.**

Le fait pour la puissance publique de pouvoir se prévaloir de ses propres turpitudes pour invoquer le critère d'urgence, et justifier le recours au contrat de partenariat, fait figure d'exception dans le droit de la commande publique français.

En outre, il n'est pas nécessaire, pour établir une telle urgence, de démontrer que le recours au contrat de partenariat permet d'obtenir des délais de réalisation inférieur à ceux résultant de l'utilisation d'autres contrats.

Il faut néanmoins souligner que le recours au critère de l'urgence ne permet pas à la personne publique d'utiliser la procédure du dialogue compétitif. En effet, l'article L.1414-5 du CGCT prévoit que **lorsque le motif du recours au contrat de partenariat retenu est l'urgence, la procédure d'appel d'offre s'impose**. Les rigidités de cette procédure expliquent probablement que le critère de l'urgence ait rarement été utilisé par la personne publique.

La loi du 28 juillet 2008 est venue entre temps préciser cette condition d'urgence, comme étant la situation dans laquelle « *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, ou de faire face à une situation imprévisible* ». Dans sa décision du 24 juillet 2008, le Conseil constitutionnel a validé cette nouvelle condition d'éligibilité liée à l'urgence. Il précise qu'elle devait s'entendre comme résultant « *objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un **retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général et affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public*** ». **La portée du critère d'urgence s'est trouvée par là même élargie.**

Ainsi, même dans le cadre de cette nouvelle définition de l'urgence, la carence d'un pouvoir adjudicateur ne lui soustrait pas la possibilité de recourir au contrat de partenariat sur ce motif. L'important est qu'une situation objective préjudiciable à l'intérêt général ou au service public soit constatée. Cette solution apporte une plus grande sécurité juridique aux contrats de partenariat en améliorant la lisibilité des conditions permettant d'y recourir.

⁶⁰ TA Orléans, 29 avril 2008, Lenoir et Syndicat national des entreprises du Second œuvre du bâtiment.

⁶¹ CAA Nantes, 23 janvier 2009, Département du Loiret.

⁶² CE 23 juillet 2010, Syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment.

Proposition n° 6 : Ne maintenir que les deux critères du bilan et de la complexité, en restreignant la définition de ce second critère à la complexité intrinsèque au projet.

La complexité découlant du mode de réalisation pressenti par la personne publique ne pourrait être une justification du recours au partenariat public-privé. Seraient par exemple exclus la justification par la complexité inhérente à tout montage global, à une localisation particulière mais non nécessaire à la réalisation du projet, ou d'un projet architectural particulier mais non plus nécessaire. Toute complexité détachable du cœur même du projet ne pourrait alors justifier le recours au partenariat public-privé.

Une telle définition de la complexité nécessiterait probablement une modification du texte de l'ordonnance, afin de ne conserver dans la définition de la complexité que celle découlant d'une impossibilité pour la personne publique à « *définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins* », et en supprimant la mention d'une complexité due à la difficulté « *d'établir le montage financier ou juridique du projet* ».

A défaut d'une telle modification du texte de l'ordonnance, la MAPPP devrait adopter une compréhension de cette difficulté juridique et financière conforme à l'esprit de la décision du Conseil constitutionnel de 2003 qui autorisait le recours au PPP pour une complexité due aux « *caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* ». Il s'agirait dans ce cas d'une complexité juridique et financière résultant du projet même, indépendamment de la forme contractuelle retenue.

Le renforcement de la définition juridique des critères d'accès aux PPP ne garantira pas toutefois, à elle seule, un meilleur usage de ce type de contrats par la personne publique. Encore faut-il que le respect de ces critères soit assuré par l'administration – le contrôle par le juge étant à ce stade plus hypothétique que réel, au regard du faible nombre de recours déposés.

L'annexe VII s'attache à présenter les conditions de renforcement du contrôle exercé par l'administration sur l'utilisation de ces types de contrats.

2.3. Les modalités de recours aux autres formes de partenariats public-privé ne sont pas toujours encadrées

Le recours aux autres formes de partenariats public-privé est moins encadré que le recours au contrat de partenariat. La loi du 28 juillet 2008 a néanmoins permis d'étendre certaines garanties du contrat de partenariat à ces contrats domaniaux. Ainsi, pour les BEA, la loi oblige désormais la personne publique à identifier les différentes composantes du loyer. Le législateur incite également les collectivités à avoir recours à l'évaluation préalable pour certains projets en BEA, d'un montant inférieur à 10 M€, afin d'être éligible au FCTVA⁶³.

Par ailleurs, depuis le décret n°2011-206 du 30 décembre 2011, les BEA des collectivités locales présentés pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ayant un loyer hors taxes supérieur à 1 M€ sont soumis obligatoirement la réalisation d'une évaluation préalable.

⁶³ Article L.1615-13 du CGCT.

Annexe VI

La loi du 28 juillet 2008 a étendu l'obligation d'évaluation préalable aux AOT de l'État et de ses établissements, pour les projets dont le loyer annuel hors taxes est supérieur à 1 M€⁶⁴. Néanmoins, dans un article publié dans *Le Moniteur* du 16 mars 2012, le directeur de projet de la mission d'appui aux PPP (MAPPP) écrit au sujet de ces contrats que « *l'avis sera rendu sur la base du bilan avantages/inconvénients interprété soupagement par la mission d'appui* »⁶⁵.

Enfin, depuis le décret du 29 avril 2010, une évaluation préalable doit également être réalisée pour les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH)⁶⁶.

Cet encadrement reste donc limité. L'évaluation préalable n'est que facultative pour les BEA de droit commun des collectivités locales, et n'est obligatoire pour les AOT de l'État et certains BEA des collectivités qu'au-delà d'un certain seuil. Les AOT locaux et les BEA de l'État sont ignorés par la loi de 2008. Or, les BEH, BEA-CMD et AOT-LOA représentent 44 % des projets de PPP lancés en 2011⁶⁷.

Tableau 3 : Récapitulatif des contrats soumis à évaluation préalable

CP	BEH	AOT		BEA		
		De l'État et des ses établissements (LOPSI, LOPJ)	Collectivités locales	Justice, police, gendarmerie des collectivités locale	Droit commun, pour les collectivités locales	Droit commun, d'État
Évaluation préalable obligatoire	Évaluation préalable obligatoire	Obligatoire pour les projets dont le loyer annuel hors taxes est supérieur à 1 M€	Aucune obligation	Obligatoire pour les projets dont le loyer HT est supérieur à 1 M€	Possibilité pour les projets dont le loyer est inférieur à 10 M€, et pour être éligible FCTVA	Aucune obligation

Source : IGF.

⁶⁴ Article 48 de la loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

⁶⁵ Article intitulé « Quel instrument choisir pour lancer un PPP en 2012 ? », p.48 du *Moniteur* du 16 mars 2012.

⁶⁶ Article R. 6148-1 du Code de la santé publique.

⁶⁷ Rapport du Centre d'expertise français pour l'observation des partenariats public-privé, *Le marché des contrats globaux des contrats de partenariat et assimilables (CPA)*, 11^{ème} édition, 31/12/2011.

3. Actuellement procédure dérogatoire de passation du contrat, le dialogue compétitif présente des avantages importants et pourrait être utilisé pour tous les contrats globaux

Initialement, l'ordonnance du 17 juin 2004 a été conçue par comme devant faire se superposer contrat de partenariat et procédure de passation dérogatoire (le dialogue compétitif). Pour cette raison, le critère initial de recours au contrat de partenariat devait être la complexité, calqué sur la définition communautaire de la complexité, telle que définie dans la directive 2004/18/CE sur le dialogue compétitif. Un projet complexe pouvait dans ce cadre avoir recours au cadre juridique du contrat de partenariat, et à la procédure du dialogue compétitif.

Le choix de la procédure de passation applicable a été déconnecté du critère d'éligibilité au contrat de partenariat. Un contrat de partenariat peut théoriquement être urgent, ou présenter un bilan coût avantage, et ne pas être justifié par la complexité du projet. Il peut alors être passé via une autre procédure que le dialogue compétitif.

De même, un contrat de partenariat complexe peut également être passé via une autre procédure. **La liberté laissée à la personne publique de ne pas recourir au dialogue compétitif pour un projet complexe peut nuire à la bonne réalisation du projet, et devrait donc être restreinte.**

Pour la passation d'un contrat de partenariat, la personne publique peut avoir recours au dialogue compétitif, qui est une des trois modalités de passation ouverte par la loi du 28 juillet 2008. Les deux autres modalités de passation d'un contrat de partenariat sont l'appel d'offre et la procédure négociée.

3.1. La procédure du dialogue compétitif présente un certain nombre d'avantages pour la personne publique

Il permet à la personne publique de bénéficier de l'expertise du secteur privé. Les candidats sont supposés formuler des idées innovantes et adaptées aux spécificités du projet.

La personne publique rédige, dans un premier temps, un programme fonctionnel, qui servira de base au dialogue compétitif. La négociation avec les candidats doit ensuite permettre à la personne publique de préciser les solutions techniques les mieux à même de répondre à son projet.

Le dialogue compétitif est le fruit d'une réflexion menée à l'échelon communautaire sur la manière d'introduire une certaine marge de négociation entre le pouvoir adjudicateur et les candidats dans le cadre d'un appel d'offres, afin d'aboutir à une « *procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché* »⁶⁸.

Le dialogue n'est enfermé dans aucun délai prédéterminé, mais doit pouvoir être mené dans un délai global n'excédant pas 12 mois jusqu'à la sélection de l'attributaire final, sauf circonstances particulières⁶⁹. Il est permis à la personne publique d'éliminer en cours de dialogue des solutions dont il est clair qu'elles sont inadéquates, à condition que cette élimination soit faite sur la base des critères de sélection affichés dans l'avis d'appel à concurrence ou le règlement de la consultation et qu'il ait été préalablement spécifié dans l'avis que le dialogue s'effectuait en phases successives.

⁶⁸ Article 26-II du code des marchés publics.

⁶⁹ Cf. à cet égard les recommandations de la Charte du dialogue compétitif du 18 janvier 2007 (disponible sur le site de la MAPP).

Annexe VI

La procédure prévoit une étape obligatoire dans le dialogue, celle de la remise de l'offre finale. En effet, lorsque la personne publique estime avoir identifié la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins, elle invite alors chacun des candidats encore en lice à lui remettre une offre finale sur la base de la ou des solutions qu'il a présentées au cours du dialogue, dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois. A cette occasion la personne publique définit les conditions d'exécution du contrat, dont les clauses relatives à son évolution et, éventuellement, précise les critères d'attribution du contrat, sans en changer la teneur et sans établir un programme reprenant tout ou partie des propositions qui lui ont été faites au cours du dialogue, car cela ne respecterait pas l'obligation de confidentialité.

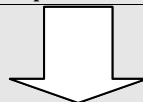
Si la procédure de dialogue compétitif est plus longue qu'une procédure d'appel d'offres classique, elle présente un réel intérêt pour la personne publique. En effet, elle permet d'associer les candidats à l'élaboration de certains éléments du programme fonctionnel et d'optimiser le projet qui fera, *in fine*, l'objet des offres finales des candidats.

Annexe VI

Encadré 11 : Principales étapes de la procédure de dialogue compétitif

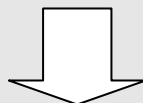
Préparation du dossier du dialogue :

- Règlement du dialogue (règlement de consultation).
- Programme fonctionnel rédigé.
- Éventuellement : avant-projet de contrat et proposition de matrice des risques.



Finalisation et envoi de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) :

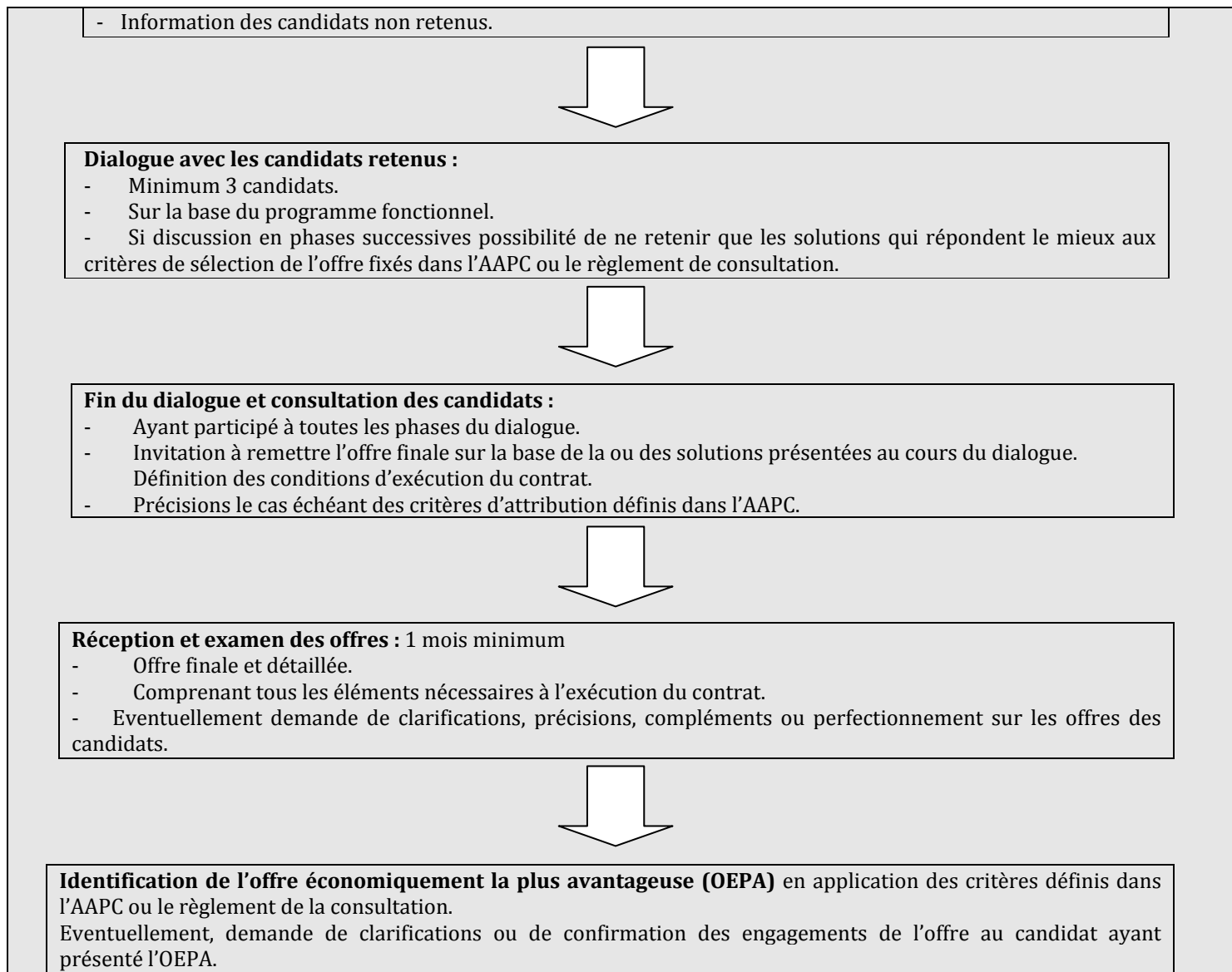
- Choix ou non d'un dialogue compétitif à phases successives.
- Possibilité de prévoir une indemnisation des candidats, en précisant si tous les candidats seront indemnisés ou seuls ceux qui seront parvenus jusqu'à un rang de classement à déterminer au préalable ou ceux qui auront été invités à remettre une offre finale. Lorsque les demandes de la personne publique impliquent un investissement significatif pour les candidats ayant participé au dialogue compétitif, une prime **doit** leur être versée.
- Si le montant du CP est supérieur au montant défini à l'article D.1414-1 du CGCT (200 000€ HT au 1^{er} janvier 2012), publication au bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au journal officiel de l'union européenne (JOUE) et le cas échéant publication dans une revue professionnelle et/ou généraliste à couverture nationale voire internationale.
- Critères de sélection des candidatures (D.1414-2 du CGCT et D.1414-3 du CGCT).
- Critères d'attribution du contrat pondérés (ou à défaut hiérarchisés) notamment le coût global de l'offre, les objectifs de performance, la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des PME et, le cas échéant, la qualité architecturale du projet (articles L.1414-9 et L.1414-13 du CGCT) / ou fixés dans le règlement de la consultation
- Date limite de réception des candidatures : 40 jours minimum à compter de la date d'envoi de l'AAPC à la publication



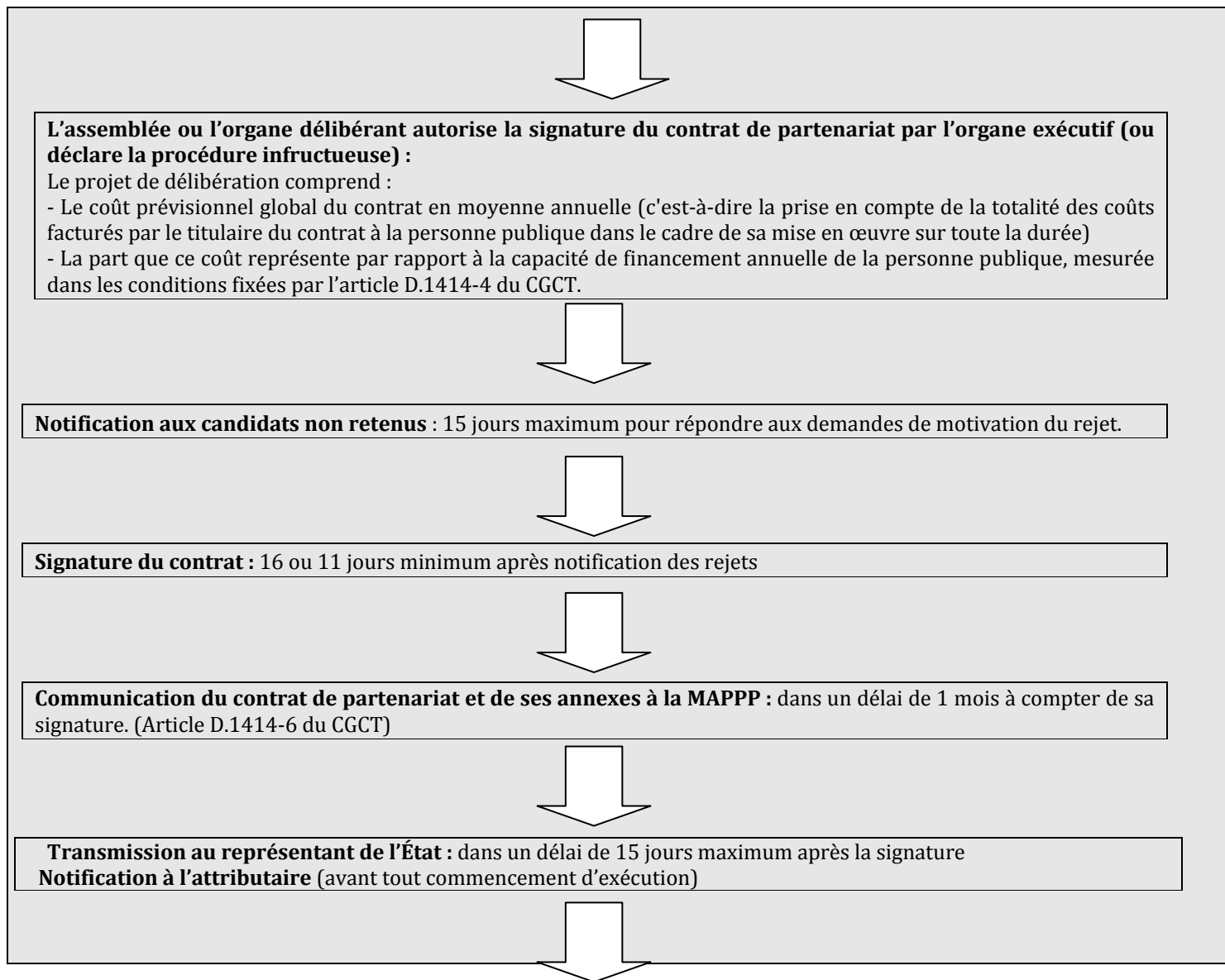
Réception, ouverture et sélection des candidatures :

- Établissement de la liste des candidats admis à participer au dialogue en fonction des critères définis dans l'AAPC par une commission dont la composition est la même que celle prévue à l'article L.1411-5 du CGCT pour les DSP.

Annexe VI

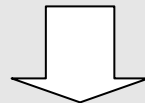


Annexe VI



Annexe VI

Publication d'un avis d'attribution au JOUE : 30 jours maximum après la notification.



Éventuelle indemnisation des candidats non retenus

3.2. Les autres procédures de passation des contrats ne présentent pas les mêmes avantages pour la personne publique

3.2.1. La procédure de l'appel d'offre ne permet pas à la personne publique de négocier avec les candidats

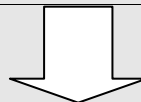
Cette procédure exclut toute négociation sur les offres remises, et est identique à celle existant en marché public. Les besoins sont fixés dès le début de la procédure, ce qui ne convient pas toujours aux projets les plus complexes, pour lesquels la personne publique n'est pas en mesure de définir *a priori* ses besoins et les réponses techniques à ses besoins.

Annexe VI

Encadré 12 : Principales étapes de la procédure de l'appel d'offres

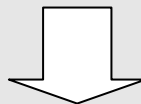
Finalisation et envoi de l'AAPC au BOAMP et au JOUE :

- Si le montant du CP est supérieur au montant défini à l'article D.1414-1 du CGCT (200 000€ HT au 1^{er} janvier 2012), publication au BOAMP et au JOUE et le cas échéant publication dans une revue professionnelle et/ou généraliste à couverture nationale voire internationale.
- Critères de sélection des candidatures (articles D.1414-2 et D.1414-3 du CGCT).
- Critères d'attribution du contrat pondérés (ou à défaut hiérarchisés) notamment le coût global de l'offre, les objectifs de performance, la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des PME et, le cas échéant, la qualité architecturale du projet (articles L.1414-9 et L.1414-13 du CGCT. / ou fixés dans le règlement de la consultation).
- Date limite de réception des candidatures : 40 jours minimum à compter de l'envoi de l'AAPC à la publication.



Réception, ouverture des plis et sélection des candidatures :

- Transmission des candidatures par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir leur confidentialité.
- L'ouverture des plis n'est pas publique.
- Établissement de la liste des candidats admis à présenter une offre en fonction des critères définis dans l'AAPC par une commission dont la composition est la même que celle prévue à l'article L.1411-5 du CGCT pour les DSP.
- Information des candidats non retenus.

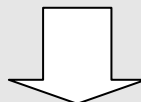


Envoi aux candidats retenus de la lettre de consultation contenant :

- L'invitation à déposer une offre.
- La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises (obligation de les rédiger en langue française).
- La référence à l'AAPC.

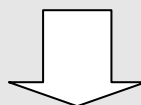
Annexe VI

être demandés et la date limite pour présenter cette demande.

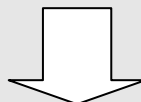


Après 40 jours minimum (15 jours si urgence) : **réception et examen des offres** :

- Transmission des offres par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir leur confidentialité.
- Offre finale et détaillée.
- Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats ; **la personne publique peut seulement demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.**



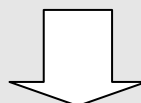
Identification de l'offre économiquement la plus avantageuse (OEPA) en application des critères définis dans l'AAPC ou le règlement de la consultation. Éventuellement, demande de clarification ou de confirmation des engagements de l'offre, au candidat ayant présenté l'OEPA.



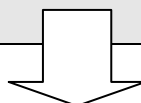
L'assemblée ou l'organe délibérant autorise la signature du contrat de partenariat par l'organe exécutif (ou déclare la procédure infructueuse) :

Le projet de délibération comprend :

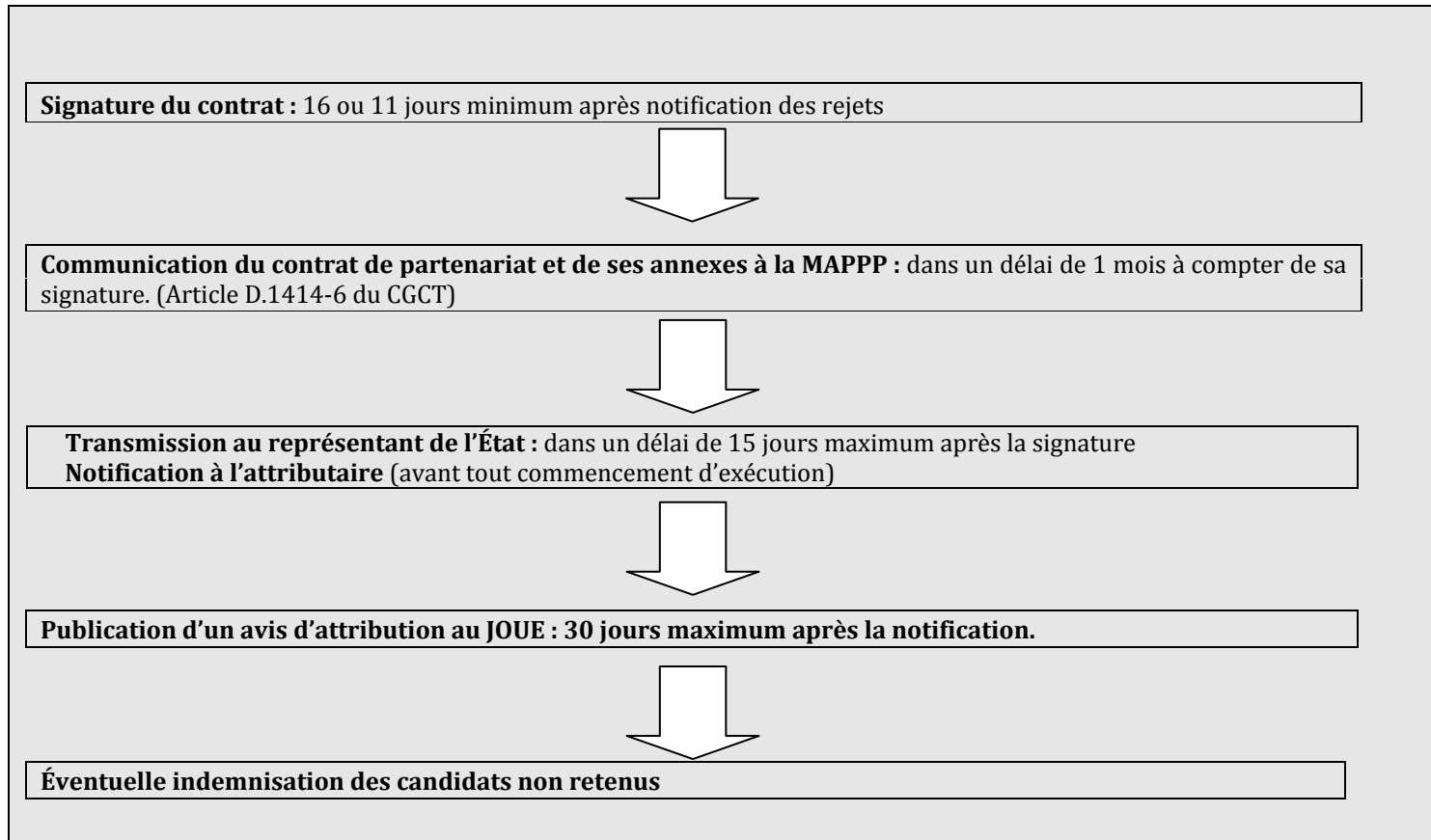
- Le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle (c'est-à-dire la prise en compte de la totalité des coûts facturés par le titulaire du contrat à la personne publique dans le cadre de sa mise en œuvre sur toute la durée)
- La part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la personne publique, mesurée dans les conditions fixées par l'article D.1414-4 du CGCT.



Notification aux candidats non retenus : 15 jours maximum pour répondre aux demandes de motivation du rejet.



Annexe VI



3.2.2. La loi du 28 juillet 2008 a introduit la possibilité de recourir à la procédure négociée, dans le cadre d'une passation d'un contrat de partenariat

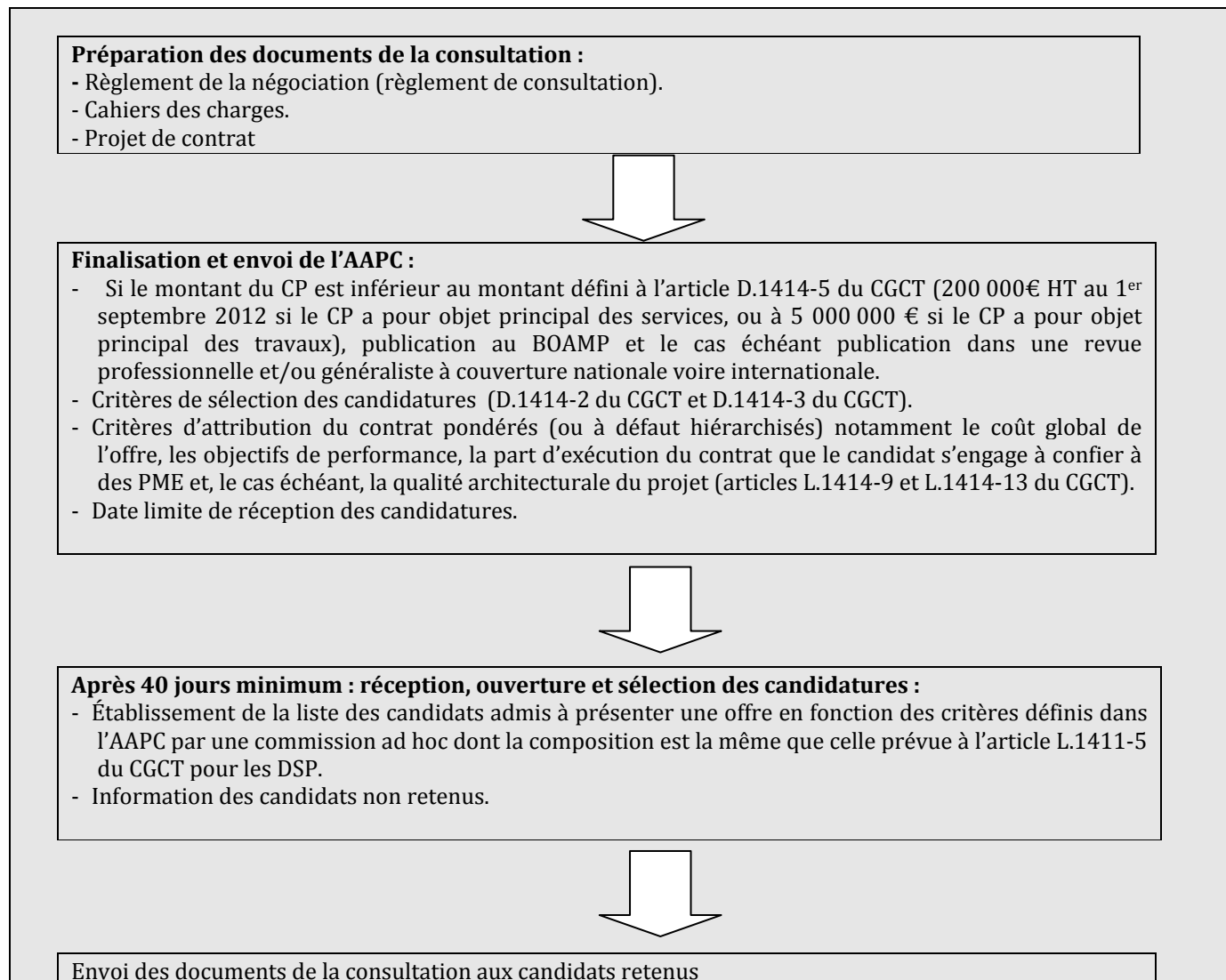
Cette procédure permet à la personne publique de négocier avec les candidats sans recourir à plusieurs phases de mise en concurrence, comme c'est le cas dans le cadre du dialogue compétitif. Cette procédure permet d'engager une négociation sur l'ensemble des aspects du dossier de consultation.

Cependant, l'accès à cette procédure est restreint aux marchés de travaux d'un montant inférieur à un seuil fixé par décret. Le décret n° 2011-2027 du 29 décembre 2011 (codifié pour les collectivités territoriales à l'article D.1414-5 du CGCT), fixe les seuils en vigueur au 1^{er} janvier 2012. Ainsi, les contrats de partenariat ayant pour objet principal des travaux peuvent être passés selon une procédure négociée avec publication d'un avis d'appel à la concurrence lorsque leur montant est inférieur à 5 000 000 € HT (État et collectivités territoriales). Les contrats de partenariat qui en revanche ont pour objet principal des services peuvent être passés selon une procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence lorsque leur montant est inférieur à 200 000 € HT (pour les collectivités territoriales) et 130 00 € HT (pour l'État).

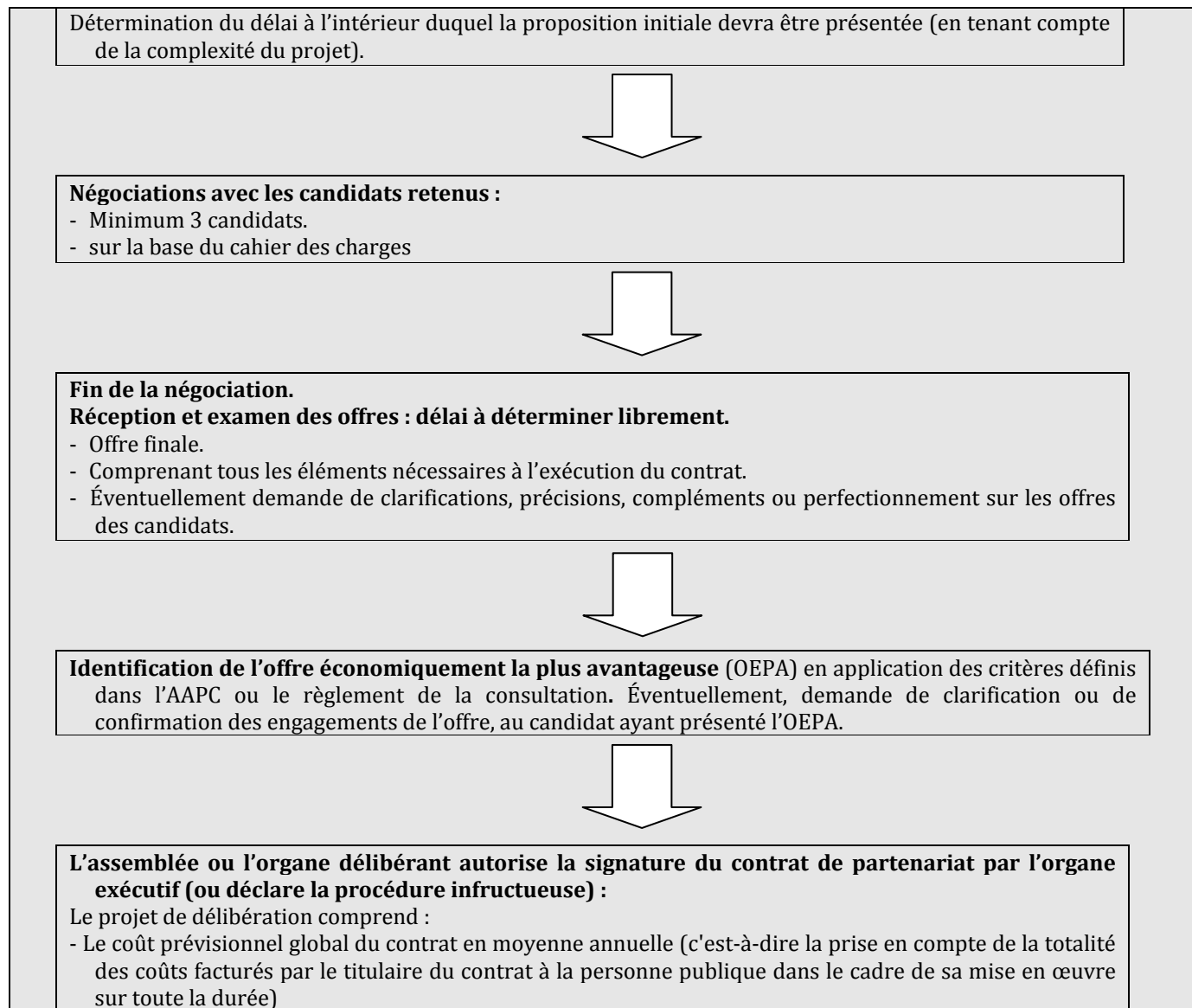
La négociation, dans le cadre de cette procédure, se fait sur la base d'un cahier des charges, ce qui nécessite que la personne publique ait pu définir ses besoins de façon précise.

Annexe VI

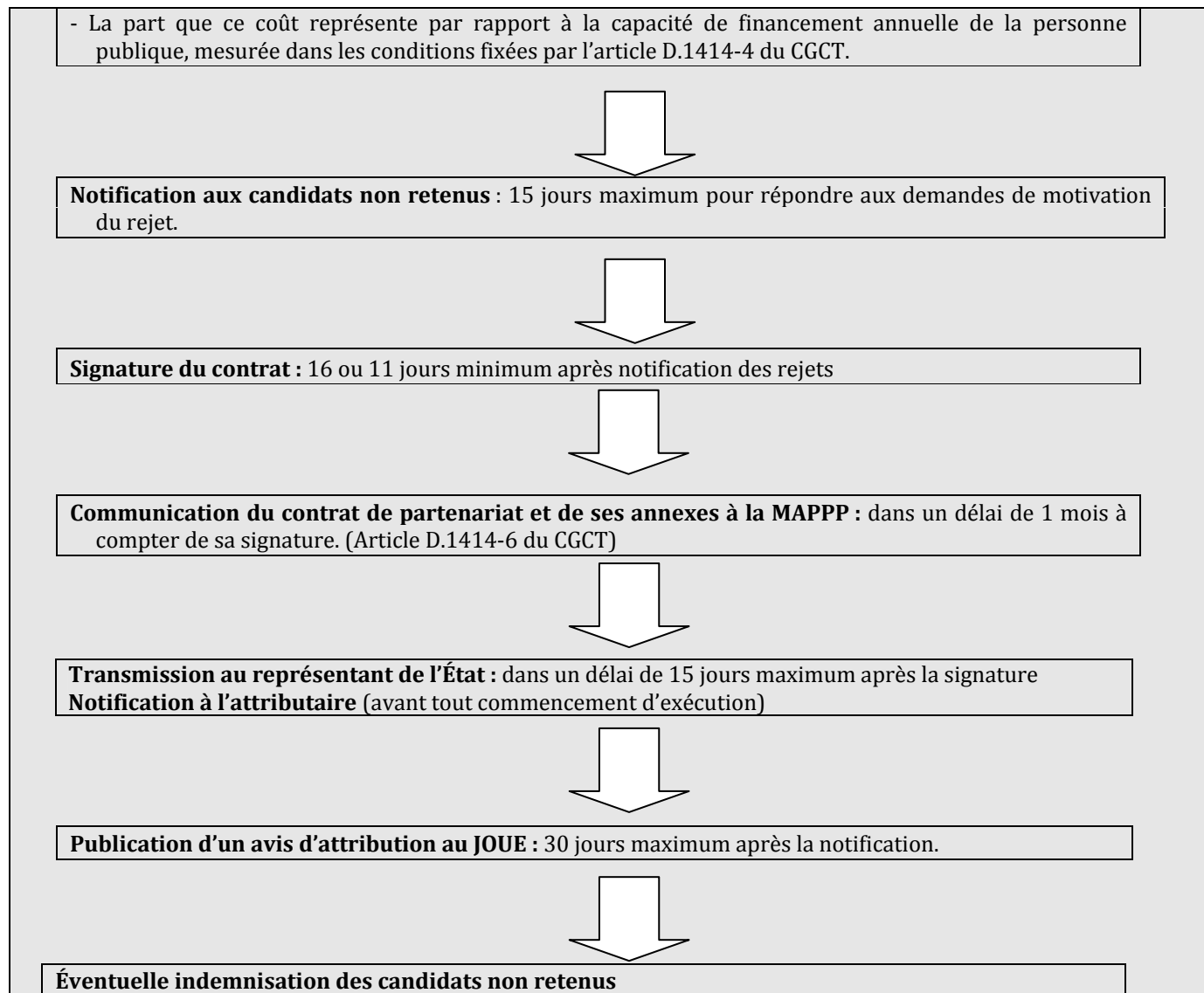
Encadré 13 : Principales étapes de la procédure négociée



Annexe VI



Annexe VI



Encadré 14 : Récapitulatif des procédures pour la passation d'un contrat de partenariat

- Projet complexe (quelque soit le fondement retenu pour justifier le choix d'un CP) → Possibilité du **dialogue compétitif**.
- Projet non complexe → Obligation de l'**appel d'offres**.
- Petits CP → **Négociation**.

Proposition n° 7 : Limiter le recours aux procédures d'appel d'offre et de procédure négociée à des projets relativement simples ; pour les projets les plus complexes, tels que les PPP ou les projets globaux, utiliser, sauf cas exceptionnels, le régime du dialogue compétitif.

Pour les projets les plus simples, pour lesquels la définition des besoins peut être faite aisément par la personne publique, les procédures d'appel d'offre et négociées apparaissent en effet comme les plus adéquates. A l'inverse, pour les projets les plus complexes, la puissance publique gagne à s'appuyer sur l'expertise du secteur privé, via la procédure de dialogue compétitif.

La MAPPP pourrait, lors de l'examen de l'évaluation préalable, vérifier que la procédure de passation envisagée par la personne publique est la plus adéquate au type de projet présenté.

3.3. Le dialogue compétitif peut être accessible à d'autres types de partenariat public privé, dans la mesure où ils remplissent le critère de complexité

Aujourd'hui, l'accès au dialogue compétitif est encadré par le droit communautaire (directive 2004/18/CE). **Alors que la Commission européenne avait, dans un premier temps, envisagé qu'il constitue « une nouvelle procédure de droit commun »⁷⁰, le dialogue compétitif a finalement été instauré comme une dérogation** au principe de la passation des marchés publics par appel d'offres ouvert ou restreint, concernant les hypothèses où le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure « *de définir [...] les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs, et/ou [...] d'établir le montage juridique et/ou financier [du] projet* »⁷¹. Cette définition limite la portée du dialogue compétitif.

Il pourrait être envisagé d'élargir l'accès au dialogue compétitif en retenant une définition de la complexité comme intrinsèque à tout montage global. De ce fait, tout partenariat public-privé pourrait ainsi recourir *a priori* au dialogue compétitif.

La révision en cours de la directive 2004/18/CE semble aller dans ce sens, puisque l'article 24 du projet de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics précise que les pouvoirs adjudicateurs peuvent avoir recours au dialogue compétitif « *en ce qui concerne les travaux, lorsque le marché de travaux a pour objet conjointement la conception et l'exécution des travaux* ».

⁷⁰ Commission européenne, Communication du 11 mars 1998, *Les marchés publics dans l'Union européenne*, COM(198) 143.

⁷¹ Article 1^{er} de la directive 2004/18/CE.

Encadré 15 : Classification comparée des contrats de PPP en droit français et communautaire

PPP contractuel Livre vert de la Commission sur les PPP			
droit français	MARCHÉ PUBLIC Code des marchés publics Décret n°2006-975 du 1 ^{er} août 2006	CONTRAT DE PARTENARIAT & CONTRATS ASSIMILÉS (CPA) Ordonnance du 17 juin 2004 Décrets d'application 2004-1119 et 2004-1145 des 19 et 27 octobre 2004 Initiatives sectorielles : <ul style="list-style-type: none"> • loi 'LOPSI' du 29 août 2002 • loi 'LOPJ' du 9 septembre 2002 • ordonnance 'Santé' du 4 septembre 2003 modifiée • loi de programmation militaire 2003-2008 du 27 janvier 2003 	DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC (concession, affermage, régie intéressée...) <ul style="list-style-type: none"> • Loi du 3 janvier 1991 Décret d'application 1992-311 du 31 mars 1992 • Loi 'Sapin' du 29 janvier 1993 Décret d'application 92-584 du 26 mars 1993 • Loi 'MURCEF' du 11 décembre 2001
	droit communautaire	MARCHÉ PUBLIC Directives 2004-17 et 2004-18 du 31 mars 2004 portant sur la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de travaux et de services	CONCESSION <ul style="list-style-type: none"> • Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 29 avril 2000 • Directives 2004-17 et 2004-18 du 31 mars 2004 • Communication interprétative de la Commission concernant les PPP et le droit communautaire des concessions du 15 novembre 2005

Source : IGD, *Les PPP en France, 2006*.

4. La complexité des PPP engendre pour l'acheteur public des risques juridiques et judiciaires qui doivent être mieux maîtrisés

4.1. Malgré l'existence de clauses obligatoires et d'un clausier-type, la personne publique n'a pas encore de doctrine uniforme sur le partage des risques

4.1.1. L'existence de clauses obligatoires pour les contrats de partenariat est protectrice de la personne publique

Une des spécificités des contrats de partenariat est qu'un certain nombre de clauses obligatoires est imposé à la personne publique par l'ordonnance du 17 juin 2004. Cet encadrement du contrat signé par la personne publique est une garantie, qui n'existe pas pour les autres contrats.

Sur ce point également, une uniformisation du cadre juridique des partenariats public-privé présenterait l'avantage de soumettre tous les contrats de ce type aux mêmes clauses obligatoires.

L'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 énonce treize clauses obligatoires, qui peuvent être réunies en **cinq grandes catégories de garanties** pour le service public.

La première catégorie regroupe les clauses portant sur la qualité de la performance des prestations fournies par la personne privée. Ce contrôle de la qualité et de la performance est effectué par la personne publique en fixant des objectifs qui peuvent porter sur la qualité des prestations de service, la qualité des équipements, la qualité architecturale des ouvrages, etc.

La deuxième catégorie de clauses doit garantir la transparence financière du contrat. Le texte de l'ordonnance précise que « les conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement [...], de fonctionnement et de financement » doivent être précisées. Ces clauses devaient permettre de répondre aux critiques formulées à l'encontre des marchés d'entreprises de travaux publics (METP). En effet, les METP conclus dans le cadre de la rénovation des lycées d'Île-de-France avaient permis la constitution d'ententes entre les entreprises cocontractantes de l'administration. L'assistant à maîtrise d'ouvrage, Patrimoine Ingénierie, donnait des informations aux entreprises sur les opérations à venir, et en aval, veillait à ce que l'entreprise pressentie obtienne bien le marché.

Le contrat doit également préciser les conditions de partage du risque entre personne privée et personne publique.

Encadré 16 : Les marchés d'entreprises de travaux publics (METP) : le cas des lycées d'Île-de-France

Le METP a été utilisé par le Conseil régional d'Île-de-France pour la rénovation des lycées de cette région. Il ne s'agissait pas de confier la gestion d'un service public à une personne privée mais uniquement de lui faire préfinancer, construire et entretenir des équipements publics moyennant un prix payé par la collectivité publique et étalé sur toute la longue durée de la convention, prix intégrant tout à la fois le coût de la construction et de la maintenance.

Le METP permettait également d'échapper aux contraintes du Code des marchés publics et de ses impératifs de mise en concurrence.

La doctrine a rapidement stigmatisé le METP et ses détournements de procédure. Après quelques controverses, la qualification de marché public a fini par s'imposer (CE 8 février 1999, *Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de la Ciotat* ; CE, 30 juin 1999, *Département de l'Orne*) ; ils doivent par conséquent être soumis aux Code des marchés publics.

Les réformes successives du Code ont maintenu le principe d'interdiction du paiement différé. Est rigoureusement interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé. Cette interdiction tire les conséquences des dérives survenues dans les METP et interdit à la collectivité publique de contracter un emprunt sous couvert d'une clause de paiement différé contenue dans un marché public.

La création du contrat de partenariat permet à la personne publique de contourner cette interdiction, après la disparition des METP.

Une troisième catégorie de clauses porte sur le respect des exigences du service public et le respect de l'affectation des ouvrages et des biens pendant la durée du contrat de partenariat.

Une quatrième catégorie de clauses porte sur la mutabilité et la continuité du service public. Ces clauses doivent préciser les conditions de modification du contrat, en cas notamment d'évolutions technologiques. Elles doivent également préciser les conditions de retrait du cocontractant, afin que ce retrait ne nuise pas à la continuité du service. Ces conditions sont particulièrement encadrées, depuis le rendu de l'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000⁷². Conformément à cet avis, l'autorisation de cession peut être légalement refusée si le nouveau titulaire ne présente pas de garanties professionnelles ou financières suffisantes.

⁷² CE, Section des finances, avis n°141654 du 8 juin 2000.

Annexe VI

Une dernière catégorie comprend les clauses relatives au règlement des différends, éventuellement par un recours à l'arbitrage. Elle contient également des clauses de contrôle et de sanctions afin de permettre à la personne publique de contrôler le respect par la personne privée de ses obligations.

Encadré 17 : Article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004

Article 11, modifié par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008

« Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :

a) A sa durée ;

b) Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ;

c) Aux 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 ;

d) A la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement-qui comprennent en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires-, les coûts de fonctionnement et les coûts de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être 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, aux motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment aux conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation ;

d bis) Aux conditions dans lesquelles, en application de l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, la personne publique constate que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat ;

e) Aux obligations du cocontractant ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages, équipements ou biens immatériels au service public dont la personne publique contractante est chargée et le respect des exigences du service public ;

f) Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance particulièrement en matière de développement durable, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

Le titulaire du contrat de partenariat constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues. Ces prestations sont payées dans un délai fixé par voie réglementaire ;

g) Aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de la part du cocontractant ;

h) Aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant ;

i) Au contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat ;

j) Aux conditions dans lesquelles, en cas de défaillance du cocontractant, la continuité du service public est assurée, notamment lorsque la résiliation du contrat est prononcée ;

k) Aux conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;

l) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française. »

4.1.2. Le clausier-type de la MAPPP doit encore être enrichi et modifié afin de renforcer la position de négociation de la personne publique dans le dialogue compétitif

La MAPPP est venue préciser ces clauses obligatoires par la rédaction d'un clausier-type, proposant une rédaction pour certaines clauses classiques et attirant l'attention de la personne publique sur certaines bonnes ou mauvaises pratiques en matière de rédaction des contrats.

L'objectif de ce clausier est de réduire l'asymétrie d'information existante entre la personne publique, dont c'est souvent la première expérience de mise en œuvre d'un contrat de partenariat, **et le partenaire privé**, qui bénéficie d'une certaine expérience dans le domaine.

Cet effort de standardisation est évidemment limité au regard de la diversité des projets et des montages. Par ailleurs, ce clausier se limite au seul contrat, et ne propose pas de rédaction pour les annexes. Seule une liste des annexes possibles est proposée au paragraphe 3.2.1 du clausier-type de la MAPPP. Or, ces annexes viennent préciser les clauses contenues dans le corps du contrat et s'imposent aux parties, même si, en cas de contradiction, le contrat prime sur les annexes.

Parmi ces annexes figurent notamment des annexes financières (bases de calcul de loyers, hypothèses de taux, plan d'assurance, ...). La MAPPP ne propose donc aucun modèle de rédaction des clauses financières. De même, le clausier prévoit la possibilité qu'une convention tripartite⁷³ entre la personne publique, les banques et la société de projet soit annexée au contrat, mais ne propose là non plus aucune rédaction de ce document. Elle ne précise pas les clauses souhaitables ou à éviter.

Proposition n° 8 : Charger la MAPPP de proposer aux administrations une ligne de conduite aux administrations pour la rédaction des annexes au contrat.

Encadré 18 : Les conventions tripartites

Les conventions triparties annexées aux contrats de partenariat précisent les conditions de remboursement des banques, en cas d'annulation du contrat. Elles se sont développées récemment, dans un contexte de défiance alimenté par la situation économique.

Cette convention, annexée au contrat, contient des clauses financières, et doit survivre au contrat. Cette convention prévoit souvent deux choses :

- 1) En cas d'annulation, les banques bénéficient d'une indemnité qui permettrait le remboursement au moins de la dette ;
- 2) En cas de résiliation pour cause d'intérêt général, l'indemnité de résiliation au bénéfice du partenaire privé sera versée en fait à la banque.

En Grande-Bretagne, le Trésor propose également un ensemble de clauses standardisées pour les PFI. La dernière version du document intitulé *Standardisation of PFI Contracts, Version 4* date de mars 2007.

⁷³ Sur les problèmes juridiques que soulèvent ces conventions, voir 4.2.

Ce document est bien plus précis que celui de la MAPPP, ce qui s'explique en partie par les spécificités du droit britannique. En effet, il n'y a pas de définition légale des PFI en Grande-Bretagne. La doctrine administrative confère ce terme de PFI aux contrats entre l'administration et le secteur privé pour la construction d'un équipement assorti d'un certain nombre de services, lorsque la personne publique n'est pas directement maître d'ouvrage. La notion anglaise de PFI est donc bien plus large que celle de PPP en France (voir encadré plus bas).

Le PFI britannique n'est pas encadré par la loi, ce qui explique que le Trésor ait jugé nécessaire d'approfondir la standardisation des contrats (SOPC4). En cela, le SOPC4 n'est pas comparable au clausier-type de la MAPPP. Le SOPC4 correspondrait en France à un document compilant l'ordonnance de 2004, les grands principes du droit de la commande publique, affinés par les jurisprudences, et les préconisations de rédaction de la MAPPP.

La principale différence entre le clausier de la MAPPP et le SOPC4 est que ce dernier s'impose aux administrations britanniques, qui doivent demander au Trésor une autorisation si elles souhaitent déroger à certaines de ses clauses. En France, le clausier de la MAPPP n'a aucune valeur contraignante, il est une simple aide à la décision des administrations.

Il n'y a donc pas en France de doctrine applicable à toute l'administration sur les principales clauses du contrat, chaque administration étant libre ou non d'appliquer le clausier-type de la MAPPP.

Par ailleurs, la doctrine de partage des risques retenue dans le clausier-type de la MAPPP peut parfois être moins favorable à la personne publique que ce qui aurait pu être obtenu en négociant avec le prestataire. Ces prises de position de la MAPPP sur le partage des risques peuvent parfois affaiblir la position de la personne publique lors d'un dialogue compétitif, celle-ci pouvant être amenée à justifier aux candidats sa volonté de s'éloigner des clauses prévues par la MAPPP. Il serait préférable que la doctrine de la MAPPP sur le partage des risques soit davantage favorable à la personne publique sur certains points, afin de renforcer son poids dans la négociation avec les candidats. A titre d'exemple :

- ◆ **article 1 - Définitions de changement de législation ou de réglementation:** si le clausier ne prend pas position sur qui, du Partenaire ou de la Personne Publique, doit porter ce risque, il propose cependant une définition plutôt large de la notion de changement de loi. Le changement de loi vise ceux « *ayant une incidence sur l'exécution du Contrat* ». Hors, entre potentiellement dans cette définition le risque lié à un changement de loi impactant la structure juridique, comptable et fiscale retenue par la société de projet. A titre d'exemple, les groupements sont sensibles aux changements de loi qui impacteraient la relation de l'emprunteur à son prêteur, et peuvent chercher à le faire porter par la personne publique (taxe sur les flux financiers par exemple) ;
Le clausier pourrait retenir une définition plus restrictive du changement de loi, en incluant uniquement les changements législatifs ayant un impact sur la consistance des travaux ou des prestations d'exploitation-maintenance ;
- ◆ **article 22 - Autorisations administratives :** le partenaire est, d'après cette clause, responsable des « démarches » en vue de l'obtention des autorisations, et non pas responsable de l'obtention de ces autorisations. La personne publique doit pouvoir demander au titulaire de prendre la responsabilité de l'obtention des autorisations, dans la mesure où il est maître d'ouvrage. En fonction de la spécificité des projets, certaines causes légitimes de retard pourraient être acceptées (le retard propre aux services instructeurs, par exemple).
- ◆ **article 38.4.2 - Fixation des taux :** en cas de fixation anticipée des instruments de couverture de taux, le clausier-type prévoit que la personne publique prend en charge les éventuels coûts de recalage/décalage pouvant en résulter ;

Annexe VI

S'il est logique que ce risque soit supporté par la personne publique en ce qui concerne les retards « légitimes », tel n'est pas nécessairement le cas pour les retards fautifs. Le dialogue compétitif peut parfois permettre à la personne publique de faire supporter les frais résultants de retards fautifs à la société de projet ;

- ◆ **Article 56.3 - Pénalités de retard en phase travaux** : cet article mentionne uniquement les pénalités de retard comme conséquences d'un retard fautif. Or, un retard peut induire d'autres coûts financiers (frais intercalaires, actualisation, frais directs supplémentaires) qui devraient rester à la charge de prestataire.

Par ailleurs, il conviendrait que le contrat support du partenariat public-privé prévoie des clauses limitatives de la responsabilité. De telles clauses reviennent à fixer un plafond de dommages et intérêts auxquels sera tenue une partie au contrat en cas d'inexécution de ses obligations. La jurisprudence du Conseil d'État admet les limitations de responsabilité et consacre le principe de bonne foi dans l'exécution des contrats. La personne publique peut ainsi difficilement s'exonérer des clauses de limitation de responsabilité du partenaire privé.

La limitation de la responsabilité pour des dommages liés à l'exécution de ses obligations au contrat peut constituer une revendication forte du partenaire privé lors de la négociation du contrat. **Certains contrats examinés par la mission prévoient des clauses de limitation de la responsabilité au seul bénéfice du cocontractant, sans que la personne publique bénéficie de la même garantie.** L'absence de clause de limitation de la responsabilité de la personne publique, alors que le partenaire privé en bénéficie, prive la personne publique d'une protection financière utile en cas de décision juridictionnelle défavorable, par exemple, à la suite d'une résiliation aux torts du contrat de partenariat. Elle affaiblit en outre la position de la personne publique dans une négociation visant à sortir du partenariat.

Encadré 19 : La limitation asymétrique de la responsabilité dans le contrat de partenariat de la billetterie du château de Versailles

Le contrat de partenariat conclu entre l'Établissement public du château, du musée et du domaine national de Versailles (EPV) et la société Logica (ex-Unilog) avait pour objet la mise en œuvre et l'exploitation d'un système d'information assurant la gestion des publics, la billetterie, les réservations et diverses prestations associées. **Le contrat de partenariat, conclu le 8 septembre 2007, a été résilié par l'EPV le 23 mai 2008 au titre de l'article 73 du contrat (résiliation pour faute).** Dans le cadre de la procédure contentieuse en cours, l'EPV et la société Logica avancent respectivement des préjudices de 25,8 M€ et 27,1 M€.

Les stipulations du contrat prévoient une limitation à 2 M€ de la responsabilité du partenaire privé en cas de manquement à ses obligations en phase de conception ou en phase d'exploitation. Aucune clause du contrat n'offre la même protection à l'EPV, créant ainsi **une situation asymétrique où la responsabilité du partenaire est limitée sans que celle de la personne publique soit plafonnée en retour.**

L'article 68 du contrat de partenariat relatif à la responsabilité stipule en effet que :

« Le Titulaire indemniserà selon le droit commun l'EPV pour tout dommage matériel et / ou immatériel résultant directement de l'exécution de ses obligations prévues au contrat.

La responsabilité du titulaire au titre du Contrat ne saurait excéder les montants suivants :

- Au titre des dommages matériels et / ou immatériels directs survenus dans le cadre de la réalisation et conception du système : 2.000.000 € HT ;

- Au titre des dommages matériels et / ou immatériels directs survenus pendant une année civile d'exploitation : 2.000.000 € HT ».

Proposition n° 9 : Le clausier-type de la MAPPP devrait être revu et enrichi et adossé à une circulaire du Premier ministre.

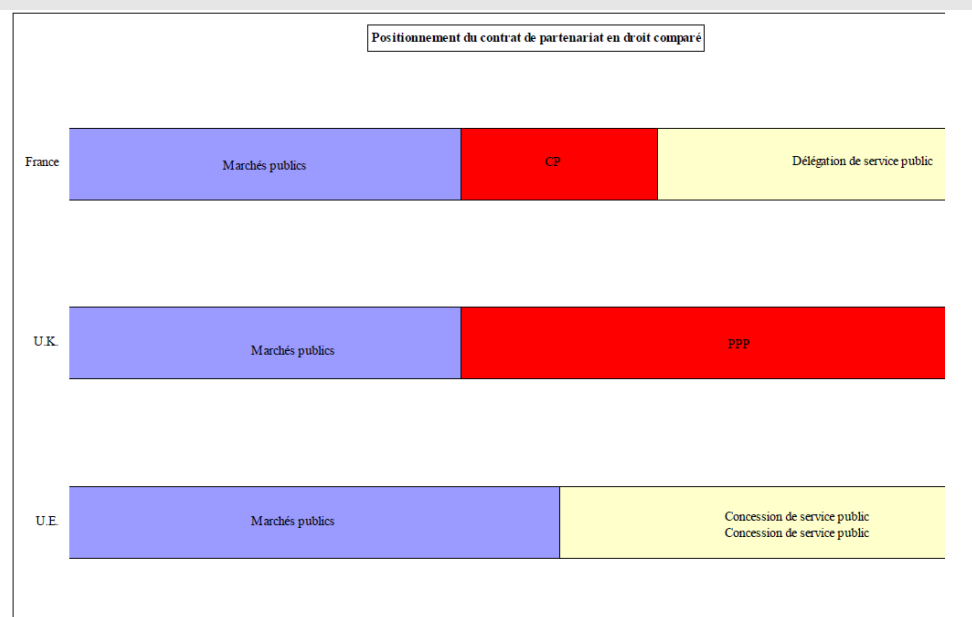
Au regard des expériences accumulées par la MAPPP, l'Agence publique pour l'immobilier de l'État (APIJ), l'Agence nationale d'appui à la performance des établissements de santé (ANAP) et des unités des ministères spécialisés dans les PPP, il apparaît en effet indispensable d'enrichir et d'améliorer le clausier-type de la MAPPP. Ce clausier, une fois revu, pourrait être adossé à une circulaire du premier ministre adressée à tous les ministères sur la passation des partenariats public-privé.

Encadré 20 : PPP et PFI

Quatre types de PFI peuvent être distingués :

- certaines opérations se rapprochent du modèle français de la concession de service public (délégation de service public à un opérateur qui assume les charges d'investissement ainsi que les risques et se rémunère par les péages versés par les usagers) ;
- d'autres mettent en place un partenariat public-privé sous la forme d'une *joint-venture* (co-entreprise, ce qui implique le partage des risques et des gains) ;
- d'autres encore portent sur des infrastructures publiques et visent à fournir des prestations à un acteur public ;
- enfin, certaines opérations associent à cette prestation un usage commercial pour compte de tiers.

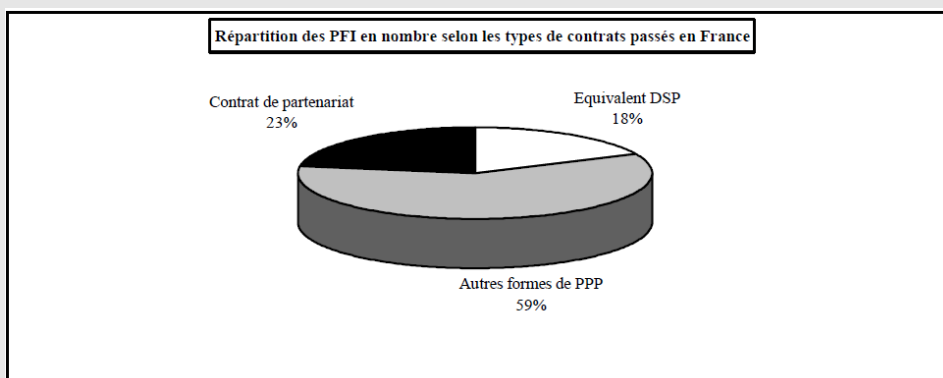
Graphique 2 : Le contrat de partenariat en droit européen, en droit français et en droit britannique



Source : Les partenariats public-privé, Frédéric Marty, Arnaud Voisin et Sylvie Trosa, 2006.

D'après Frédéric Marty, Arnaud Voisin et Sylvie Trosa, 59 % des PFI contractées au Royaume-Uni en 2006 pourraient donner lieu en France à des partenariats public-privé dérogatoires au code des marchés publics. Si on ajoute à ce résultat le fait que 18 % des PFI relèvent de délégations de services publics, seuls 23 % des contrats britanniques équivaldraient au contrat de partenariat créé par l'ordonnance du 17 juin 2004.

Graphique 3 : Ventilation des PFI selon les catégories contractuelles françaises



Source : Les partenariats public-privé, Frédéric Marty, Arnaud Voisin et Sylvie Trosa, 2006.

En termes d'investissement privé, les PPP britanniques relevant de la DSP drainent 55 % des capitaux

Annexe VI

investis, ceux équivalent à des partenariats public-privé dérogatoires au code des marchés publics 28 %. De ce fait, seuls 17 % des 61,4 Md€ investis par le secteur privé servent à financer des projets analogues au contrat de partenariat français.

4.1.3. Malgré l'existence de ce clausier, certains aspects des contrats de PPP, portant sur le partage du risque, ne sont pas encore pleinement encadrés

Pour un certain nombre de clauses, portant notamment sur le partage du risque entre personne publique et prestataire privé, il n'existe pas à ce jour de doctrine claire de l'administration. Le partage du risque, sur certaines clauses, semble évoluer au gré du rapport de force entre administration et secteur privé.

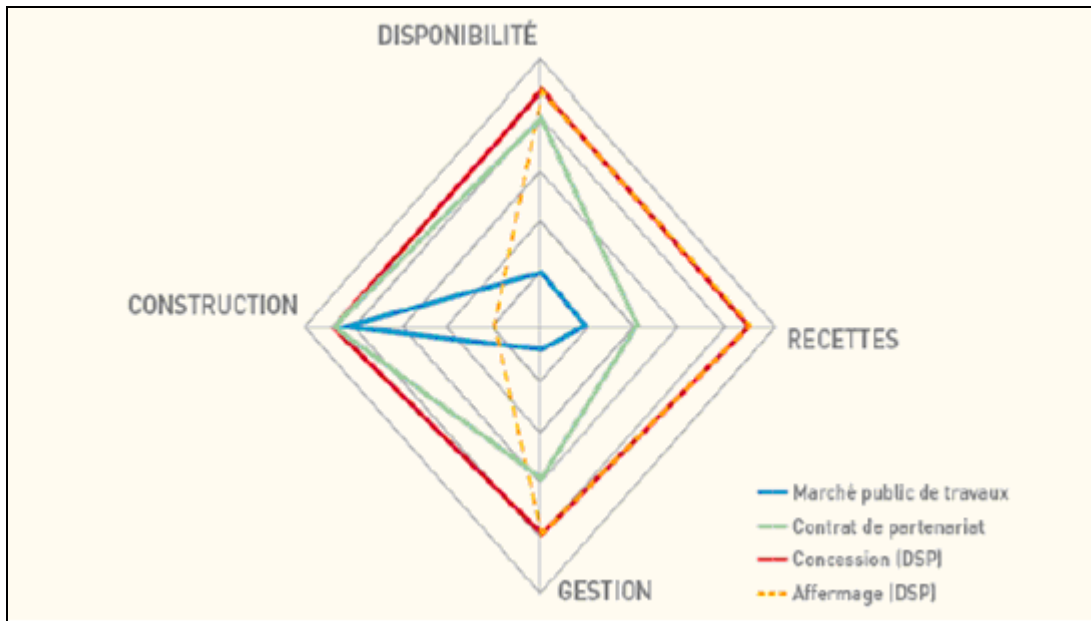
Le partage du risque est un des critères de différenciation du PPP des autres formes de contrats de l'administration (*cf. supra*). Les PPP sont une solution intermédiaire entre le marché public, où l'essentiel du risque est supporté par la personne publique, et la fourniture intégralement privée, où le prestataire privé supporte tout le risque.

Tableau 4 : Partage du risque entre personne publique et personne privée selon le type de contrat

	Marchés publics	BEA	Contrats de partenariat	DSP
Objet	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Objet monofonctionnel ▪ Courte durée 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Monofonctionnel ▪ Longue durée (18 ans <i>minimum</i>) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Objet multifonctionnel ▪ Longue durée 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Objet multifonctionnel ▪ Longue durée ▪ Délégation
Financement	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Pas de préfinancement ▪ Marchés successifs ▪ Service rendu à l'administration ▪ Paiement public 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Préfinancement par le privé ▪ Conception/construction ▪ Exploitation si convention supplémentaire ▪ Service rendu à l'administration ▪ Paiement public 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Préfinancement par le privé ▪ Conception/construction ▪ Maintenance et gestion ▪ Service rendu à l'administration ▪ Paiement public 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Financement par le privé ▪ Conception/construction ▪ Maintenance et gestion ▪ Exploitation du service ▪ Relation directe à l'utilisateur ▪ Paiement par l'utilisateur ou mixte
Risques	Risques portés par le privé : risque de construction.	Risques portés par le privé : risque de construction.	Risques portés par le privé : <ul style="list-style-type: none"> ▪ risque de construction ; ▪ risque de performance. 	Risques portés par le privé : <ul style="list-style-type: none"> ▪ risque de construction ▪ risque de performance ▪ risque demande.

Source : Présentation de Jean-Baptiste Morel, service juridique grands projets de Colas SA, École des partenariats public-privé : IGF.

Graphique 4 : Principaux risques transférés aux partenaires privés



Source : IGD.

Dans le cas d'un PPP, le partage du risque est en théorie partagé entre personne publique et personne privée, il leur revient de définir les modalités de ce partage lors de la rédaction du contrat.

Comme le souligne l'OCDE dans son projet de recommandation sur les principes applicables à la gouvernance publique des PPP en date du 23 avril 2012⁷⁴, **il convient de transférer les risques vers ceux qui les gèrent le mieux.** « Les risques devraient être définis, identifiés, mesurés et mis à la charge de la partie pour laquelle la prévention des risques ou les conséquences de leur réalisation sont les moins coûteuses ».

Il n'existe pas aujourd'hui de méthodologie d'identification et de doctrine de partage du risque pour les différentes administrations. Pour une administration disposant d'un fort pouvoir de négociation, la tentation peut être forte de faire peser l'essentiel des risques sur le cocontractant, alors même que celui-ci n'est pas toujours le plus à même d'y répondre, et qu'il fera en tout cas payer à l'administration le prix du provisionnement de ce risque.

⁷⁴ GOV/PGC(2011)19/FINAL, Direction de la gouvernance publique et du développement territorial, Comité de la Gouvernance publique.

Encadré 21 : Quelques exemples de pratiques en matière de partage du risque

A titre d'exemple, l'Agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ), qui dispose d'une expertise forte et ancienne dans le domaine de la contractualisation publique, a réussi dans certains de ses contrats à faire peser une très grande partie des risques sur la personne privée. Ainsi, pour le contrat de construction d'une prison à Nantes, le prestataire privé avait accepté de prendre la charge des risques de sous-sol. Ce risque devait être limité, dans la mesure l'administration avait fourni des certificats attestant que l'ancien terrain militaire sur lequel devait être construit la prison avait bien été déminé. Les premiers travaux ont révélé la présence d'explosifs dans le terrain, ce qui a nécessité l'arrêt du chantier pendant un an. Un tel partage des risques, en théorie favorable à la personne publique, n'était pas tenable, car il faisait peser sur le prestataire privé la gestion d'un risque face auquel il était démuné. L'administration est, en effet, mieux à même de traiter le déminage d'un terrain. De fait, malgré les clauses de partage des risques présentes dans le contrat, l'administration a dû renégocier le contrat avec l'entreprise Bouygues, afin de parvenir à une meilleure prise en compte de ce risque.

A l'inverse, d'autres administrations ont souhaité limiter le transfert de risque vers le prestataire privé. Ainsi, le ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche a accepté dans ses contrats d'assumer des risques classiques de constructeurs, liés notamment aux intempéries, au-delà d'un certain seuil. Pour le contrat de partenariat portant sur la rénovation de l'université de Paris VII, au-delà d'une durée moyenne d'intempéries pour la région, le retard ne devait pas pouvoir être imputé à partenaire privé. Le risque s'est réalisé, et l'ouvrage a été livré avec retard.

L'APIJ a été confrontée à une demande similaire de la part d'un prestataire privé lors de la rédaction du contrat de partenariat pour la construction du nouveau tribunal de grande instance de Paris. Le prestataire privé souhaitait que l'État prenne une partie des risques de constructeurs, afférents aux sous-sols et aux intempéries. L'APIJ a rejeté ces clauses.

L'APIJ considère désormais que le partage des risques qui a prévalu pour la signature du contrat pour la construction du tribunal de grande instance de Paris est adéquat, et sera la norme pour les prochains contrats de négociation l'agence. Il serait souhaitable que cette doctrine de partage du risque soit partagée avec les autres administrations contractantes.

Le partage du risque doit pouvoir être réalisé à partir de trois critères :

- ◆ **la capacité du prestataire privé à répondre à ce risque ;**
- ◆ **le différentiel de coût pour la personne publique entre le coût dû au retard de livraison de l'équipement et la prime payée pour le provisionnement du risque par le prestataire privé ;**
- ◆ **le risque qu'un transfert de risque pourrait occasionner pour la santé financière des entreprises et l'effet négatif qu'aurait ce transfert de risque sur la candidature d'entreprises de taille moyenne.**

Dans le cas du risque « intempérie » cité dans l'encadré *supra*, le prestataire privé est *a priori* apte à répondre à ce risque. Il s'agit d'un risque classique pour un constructeur, qui peut y être confronté sur tous ses chantiers. A l'inverse, le risque lié à un terrain miné sera probablement mieux traité par la personne publique, tout comme les risques de nature administrative.

Pour ce qui est du second point, si le risque d'intempérie peut être mieux pris en charge par le prestataire privé, le coût associé au provisionnement de ce risque peut être excessif pour la personne publique au regard du désagrément que causerait un retard dans la livraison du bâtiment. Si le retard dans la livraison importe peu à la personne publique, elle n'a donc pas intérêt à faire peser un risque trop important sur le prestataire privé, qui risquera d'en répercuter le coût dans le contrat.

Le troisième critère plaiderait en faveur d'un plafonnement des risques transférés au prestataire privé. Les risques trop importants pour être provisionnés correctement ne devraient donc pas être transférés à l'entreprise. C'est le cas du risque lié à un terrain miné.

Enfin, certains risques exceptionnels font l'objet d'un encadrement particulier en droit public français. Il s'agit notamment des cas de « force majeure », tels que les cataclysmes, séismes, guerres, ouragans, etc. Il est donc inutile de prévoir ces cas dans le contrat. **La personne publique doit en tout cas refuser de porter les risques s'assimilant à de la « force majeure ».**

Il serait possible d'établir une doctrine de partage du risque entre personne publique et prestataire privé, au regard de ces critères et des expériences contractuelles passées.

4.2. Le développement récent d'actes annexés au contrat réglant les conditions financières de son annulation est inutile et juridiquement incertain

Les contrats de PPP comprennent de plus en plus souvent des actes annexés, sous forme de conventions ou de lettres de couvertures, contenant des stipulations relatives au dénouement des contrats de couverture en cas d'annulation du contrat. Ces actes doivent permettre d'organiser la prise en charge du coût de dénouement des couvertures de taux mises en place au moment de la présentation des offres finales en cas de non entrée en vigueur du contrat suite à des recours de tiers.

Cette pratique s'est développée pour deux raisons :

- ◆ **la décision du Conseil d'État du 10 avril 2008, *JC Decaux*⁷⁵, a introduit une certaine incertitude juridique sur les clauses de remboursement en cas d'annulation du contrat.** Par cet arrêt, le Conseil d'État est venu préciser les contours du droit à indemnisation du cocontractant de l'administration dont le contrat est entaché de nullité en raison d'une faute de l'administration. Dans le cas où le contrat est entaché de nullité en l'absence de faute de l'administration il ne peut que prétendre sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement des dépenses prévues au contrat qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé. Les dépenses utiles s'entendent comme celles qui correspondent au coût de revient complet ;
Des interrogations peuvent persister sur la portée de cet arrêt, qui s'applique *a priori* aux marchés de travaux et aux concessions. L'application de ce principe aux contrats complexes n'est pas évidente, et la définition des dépenses utiles dans le cas de l'annulation d'un contrat complexe n'est pas fixée par la jurisprudence.
- ◆ **le contexte financier tendu a pu inciter les banques à limiter au minimum leur prise de risque dans ce type de montage ;** celles-ci ont pu exercer une pression sur le prestataire privé et la personne publique pour que des clauses prévoyant leur indemnisation en cas d'annulation du contrat soient annexées au contrat. Les banques ont souhaité que ces clauses ne soient pas introduites dans le corps même du contrat, afin d'éviter qu'une annulation du contrat n'entraîne l'annulation de tout le dispositif d'indemnisation.

Ces actes annexés au contrat soulèvent un problème quant à leur valeur juridique et à leur légalité. Ainsi, la rédaction de lettres de couvertures annexées, prévoyant les mécanismes de remboursement des banques en cas d'annulation du contrat. Paradoxalement, ces lettres comportent parfois des clauses prévoyant que ces actes relèvent de la juridiction du tribunal de commerce, alors même que le corps du contrat relève du juge administratif.

Au-delà de la question de la légalité de ce dispositif, il n'est probablement pas nécessaire de sortir ces clauses du reste du contrat. L'annulation d'un contrat n'entraîne pas nécessairement l'annulation des clauses d'indemnisation. Ces clauses pourraient être considérées comme détachables du corps du contrat en cas d'annulation de ce dernier.

⁷⁵ CE, S, 10 avril 2008, Lebon p.151 avec conclusion Da Costa.

Annexe VI

Surtout, une inflexion majeure a été apportée à la jurisprudence contentieuse sur la nullité des contrats par la décision du Conseil d'État du 16 juillet 2007 (*Tropic travaux signalisation*). Désormais, l'annulation totale du contrat devient la solution de dernier ressort et le juge du contrat doit toujours privilégier la régularisation ou la réfection du contrat entaché de nullité. On peut donc supposer que dans la droite ligne de cette jurisprudence, le juge laisserait subsister, précisément au nom de la sécurité juridique et de la loyauté des relations contractuelles, les clauses d'un contrat administratif par lesquelles les parties auraient d'avance convenu des conditions et modalités de son dénouement en cas d'annulation du contrat, alors même que le reste du contrat serait déclaré nul.

Enfin, l'inquiétude des banques quant au champ d'application de la jurisprudence *JC Decaux* n'est probablement pas justifiée. La notion de dépense utile pour un contrat de marché public, s'entend comme les frais exposés pour satisfaire la commande passée par la personne publique. Elle ne porte pas sur le préfinancement de ces achats, puisque ce préfinancement n'est pas en lui-même l'objet du contrat.

Or, dans le cas de contrats de PPP, l'objet principal du contrat est précisément de transférer du secteur public au secteur privé la charge du financement de l'infrastructure et de différer le paiement dans le temps sous forme de loyer. Dans ce cadre, les frais liés à la mise en place ou au dénouement du volet financement d'un contrat de PPP peuvent donc être considérées comme des dépenses utiles pour la collectivité publique.

Proposition n° 10 : Demander l'avis du Conseil d'État sur la valeur juridique des actes annexés au contrat, ainsi que sur les possibilités d'indemnisation du cocontractant en cas d'annulation d'un contrat de PPP.

Cette pratique consistant à annexer au contrat des actes à la valeur juridique incertaine devrait à terme être supprimée, et les clauses d'indemnisation introduites dans le corps du contrat, quitte à préciser qu'elles sont détachables en cas d'annulation.

4.3. Le droit pénal applicable aux contrats de partenariat doit désormais être clarifié

La difficulté de qualifier certains montages et la faculté pour le juge de les requalifier contribue à un sentiment global d'insécurité. A ce titre, **l'intervention du juge pénal en matière contractuelle, si elle n'est que résiduelle, n'est pas homogène selon les contrats et participe de l'insécurité juridique qui les entoure.**

Les lois du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public ont ainsi inscrit la notion de délit de favoritisme en matière de contrat public. L'article 432-14 du code pénal définit le délit de favoritisme comme le fait « *de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* ».

Sauf dans l'hypothèse peu probable où le juge administratif qualifierait les contrats de partenariat de marchés publics au sens du droit national, **le champ d'application du délit de favoritisme se limite aux marchés publics et aux délégations de service public.** Les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats en matière de partenariats public-privé ne sont pas, au même titre que les autres contrats de la commande publique, passibles de sanctions pénales.

Proposition n° 11 : Étendre le champ d'application du délit de favoritisme à l'ensemble des contrats de la commande publique et en particulier aux contrats de partenariat.

La non inclusion des contrats de partenariat dans le champ de l'article 432-14 du code pénal découlait notamment, lors de la rédaction de l'ordonnance du 17 juin 2004, de la nécessité de respecter la portée de la loi d'habilitation⁷⁶. Compte tenu des risques particuliers associés aux partenariats public-privé (paiement public sur la longue durée) et afin d'harmoniser le régime applicable aux différents contrats publics, il paraît opportun d'étendre **l'application des dispositions de l'article 432-14 du code pénal aux partenariats public-privé, et plus généralement** le champ d'application du délit de favoritisme à l'ensemble des contrats de la commande publique.

⁷⁶ Le Conseil d'État a considéré que les auteurs de l'ordonnance du 17 juin 2004 n'avaient pas méconnu la portée de la loi d'habilitation en s'abstenant de modifier le champ d'application de l'article 432-14 du code pénal (CE, 29 octobre 2004, *Sueur et autres*).

SYNTHESE DES PROPOSITIONS DE L'ANNEXE

Proposition n° 1 : Unifier progressivement le cadre juridique des partenariats public-privé autour du contrat de partenariat.

Proposition n° 2 : Faire de la MAPPP le seul « *organisme expert* » compétent au sens de l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004

Proposition n° 3 : Faciliter l'accès au contrat de partenariat par une réduction du périmètre obligatoire de son objet (préfinancement privé et construction ou transformation).

Proposition n° 4 : Élargir les conditions de recours aux marchés globaux soumis au code des marchés publics (conception-réalisation, conception-réalisation-exploitation-maintenance, réalisation-exploitation-maintenance).

Proposition n° 5 : Rendre obligatoire l'évaluation préalable et l'avis de la MAPPP à toutes les opérations d'acquisition d'infrastructure à partir d'un certain seuil quel que soit le type de contrat retenu (délégation de service public, marché public, contrats de la commande publique complexe...).

Proposition n° 6 : Ne maintenir que les deux critères du bilan et de la complexité, en restreignant la définition de ce second critère à la complexité intrinsèque au projet.

Proposition n° 7 : Limiter le recours aux procédures d'appel d'offre et de procédure négociée à des projets relativement simples ; pour les projets les plus complexes, tels que les PPP ou les projets globaux, utiliser, sauf cas exceptionnels, le régime du dialogue compétitif.

Proposition n° 8 : Charger la MAPPP de proposer aux administrations une ligne de conduite aux administrations pour la rédaction des annexes au contrat.

Proposition n° 9 : Le clausier-type de la MAPPP devrait être revu et enrichi et adossé à une circulaire du Premier ministre.

Proposition n° 10 : Demander l'avis du Conseil d'État sur la valeur juridique des actes annexés au contrat, ainsi que sur les possibilités d'indemnisation du cocontractant en cas d'annulation d'un contrat de PPP.

Proposition n° 11 : Étendre le champ d'application du délit de favoritisme à l'ensemble des contrats de la commande publique et en particulier aux contrats de partenariat.

ANNEXE VII

La gestion par la puissance publique des contrats de partenariats public-privé

SOMMAIRE

1. AFIN D’OPTIMISER L’UTILISATION DES DENIERS PUBLICS, LA DECISION DE REALISATION D’UN INVESTISSEMENT ET SON MONTAGE JURIDIQUE DOIVENT DAVANTAGE S’OPERER SUR DES FONDEMENTS OBJECTIFS ET RATIONNELS	1
1.1. Au stade de la décision d’investissement, l’analyse rigoureuse de la rentabilité socio-économique du projet doit être systématisée.....	2
1.2. Le rôle de la MAPPP doit être renforcé pour recourir au montage juridique le plus approprié pour réaliser l’investissement.....	4
1.2.1. <i>L’obligation de réaliser une évaluation préalable devrait être étendue à l’ensemble des contrats de la commande publique.....</i>	<i>7</i>
1.2.2. <i>La compétence de la MAPPP gagnerait à être élargie à l’ensemble de montages de type PPP</i>	<i>8</i>
1.2.3. <i>La compétence de conseil et de contrôle de la MAPPP devrait être étendue à toutes les formes d’investissement public.....</i>	<i>10</i>
1.2.4. <i>La MAPPP pourrait être transformée en une mission d’appui à la réalisation des investissements publics (MARIP).....</i>	<i>11</i>
1.2.5. <i>Des synergies entre la MARIP et d’autres organismes publics intervenant dans le champ de la commande publique pourraient être recherchées</i>	<i>13</i>
2. L’EXAMEN DES DIFFERENTES ORGANISATIONS ET DE LA NATURE DES PROJETS DE PPP MONTRE QUE CE MONTAGE CONTRACTUEL N’EST PAS ADAPTE A TOUS LES ACHETEURS PUBLICS.....	14
2.1. Pour être efficient, un PPP doit être conclu par un acheteur public expérimenté et puissant.....	14
2.1.1. <i>En cas de mauvaise expression initiale des besoins, le PPP peut se traduire par des surcoûts particulièrement importants.....</i>	<i>14</i>
2.1.2. <i>Bien que le succès du dialogue compétitif soit essentiel à l’efficience des contrats, sa conduite par les personnes publiques n’est pas encore satisfaisante</i>	<i>16</i>
2.2. Des services publics ou des types de projets semblent peu adaptés à la conclusion de PPP	19
2.2.1. <i>L’exigence de mutabilité inhérente à certains services publics est peu compatible avec la rigidité du cadre contractuel des PPP.....</i>	<i>19</i>
2.2.2. <i>L’absence de délégation effective de la maîtrise d’ouvrage au partenaire privé diminue l’intérêt d’un recours au partenariat public-privé.....</i>	<i>21</i>
2.3. Les acheteurs publics devraient se doter de structures centralisées capables de préciser l’expression des besoins, de fonctionner en « mode projet » et de conduire efficacement les dialogues compétitifs	23
2.3.1. <i>L’organisation des ministères pour la passation des PPP est très hétérogène</i>	<i>24</i>
2.3.2. <i>Les ministères doivent se doter de structures centralisées pour conduire leurs projets de PPP et, plus généralement, leurs projets d’investissement de taille significative</i>	<i>33</i>
2.3.3. <i>Les équipes projets des personnes publiques doivent être renforcées et professionnalisées.....</i>	<i>36</i>

2.4. Les exigences de déontologie envers les conseils des entités publiques gagneraient à être renforcées	37
3. APRES LA SIGNATURE D'UN CONTRAT DE PPP, LES ACHETEURS PUBLICS DOIVENT SE POSITIONNER EN CONTROLEUR DE LA PERFORMANCE.....	40
3.1. Une fois le PPP attribué, les personnes publiques doivent maintenir leurs compétences contractuelles	40
3.1.1. <i>Le contrat doit permettre un droit de regard effectif de la personne publique sur le projet dès la conception et la construction</i>	<i>41</i>
3.1.2. <i>L'acheteur public doit continuer de disposer dans la durée d'une capacité d'expertise et de suivi des projets.....</i>	<i>43</i>
3.2. Le suivi de l'exécution du PPP par les personnes publiques reste encore lacunaire	44
3.2.1. <i>Les obligations de qualité et de performance attendues du partenaire privé doivent être fixées en amont du contrat</i>	<i>44</i>
3.2.2. <i>L'acheteur public doit s'assurer du respect des obligations de performance.....</i>	<i>45</i>
3.2.3. <i>Les pénalités doivent être utilisées comme un levier d'action effectif sur le partenaire</i>	<i>47</i>
3.3. Pour limiter l'apparition de différends ou d'un éventuel contentieux, les modalités du recours à l'arbitrage gagneraient à être clarifiées.....	49
3.3.1. <i>Le principe d'interdiction du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques connaît des dérogations croissantes.....</i>	<i>49</i>
3.3.2. <i>Les conditions de recours à l'arbitrage gagneraient à être clarifiées</i>	<i>49</i>
3.4. En cas de défaillance grave du partenaire privé, une rupture du contrat doit pouvoir être envisagée.....	50

La problématique des partenariats public-privé (PPP) – et plus généralement de la commande publique – est autant une question de cadre juridique qu'une question de gestion publique. Plus encore que pour les autres formes de commande publique, les partenariats public-privé requièrent un art d'exécution. Le risque d'asymétrie entre la personne publique et son cocontractant dans la négociation et la gestion du contrat est accru. S'y ajoutent un risque d'insoutenabilité budgétaire et un risque de rigidification des prestations sur long terme qui peut être contraire aux exigences de mutabilité du service public.

La présente annexe est centrée sur l'utilisation des partenariats public-privé par l'État, ses établissements publics et les établissements publics de santé. L'analyse des partenariats public-privé relevant des collectivités territoriales figure dans l'annexe II.

1. Afin d'optimiser l'utilisation des deniers publics, la décision de réalisation d'un investissement et son montage juridique doivent davantage s'opérer sur des fondements objectifs et rationnels

La mission a pu constater, au cours de ses investigations, que **le processus de décision en matière d'investissement public, en particulier pour les grands projets d'infrastructures, ne permettait pas aux décideurs de prendre leurs décisions sur des fondements objectifs et rationnels et de s'assurer de l'efficacité de celles-ci.**

Ces constats ne sont pas nouveaux ; ils ont ainsi été établis à plusieurs reprises, en particulier par la mission d'évaluation des politiques publiques (MEPP)¹ et par l'inspection générale des finances².

Deux étapes correspondant aux deux choix clefs du projet d'investissement doivent être distinguées :

- ◆ **la décision quant à l'opportunité de réaliser l'investissement.** La décision doit se fonder sur une analyse rigoureuse des bénéfices socio-économiques attendus du projet et répondre à la question « *Faut-il réaliser l'investissement ?* » ;
- ◆ **la décision quant au mode de réalisation de l'investissement.** Une fois l'opportunité de l'investissement établie, l'analyse doit conduire au choix de la procédure contractuelle la plus adéquate pour réaliser l'investissement (maîtrise d'ouvrage publique -MOP-, partenariat public-privé -PPP-, délégations de service public -DSP- etc.), et doit répondre à la question « *Comment réaliser l'investissement ?* ».

Afin d'améliorer la politique et la conduite des investissements publics, **la mission estime indispensable d'objectiver à la fois les éléments servant de base à la décision d'investir et le choix du mode de réalisation de l'investissement.**

Pour assurer la robustesse du processus d'évaluation des projets d'investissement, il conviendrait que l'institution en charge d'analyser l'opportunité du projet soit distincte de celle chargée de vérifier que le mode contractuel retenu est le plus à même de garantir les intérêts de la personne publique.

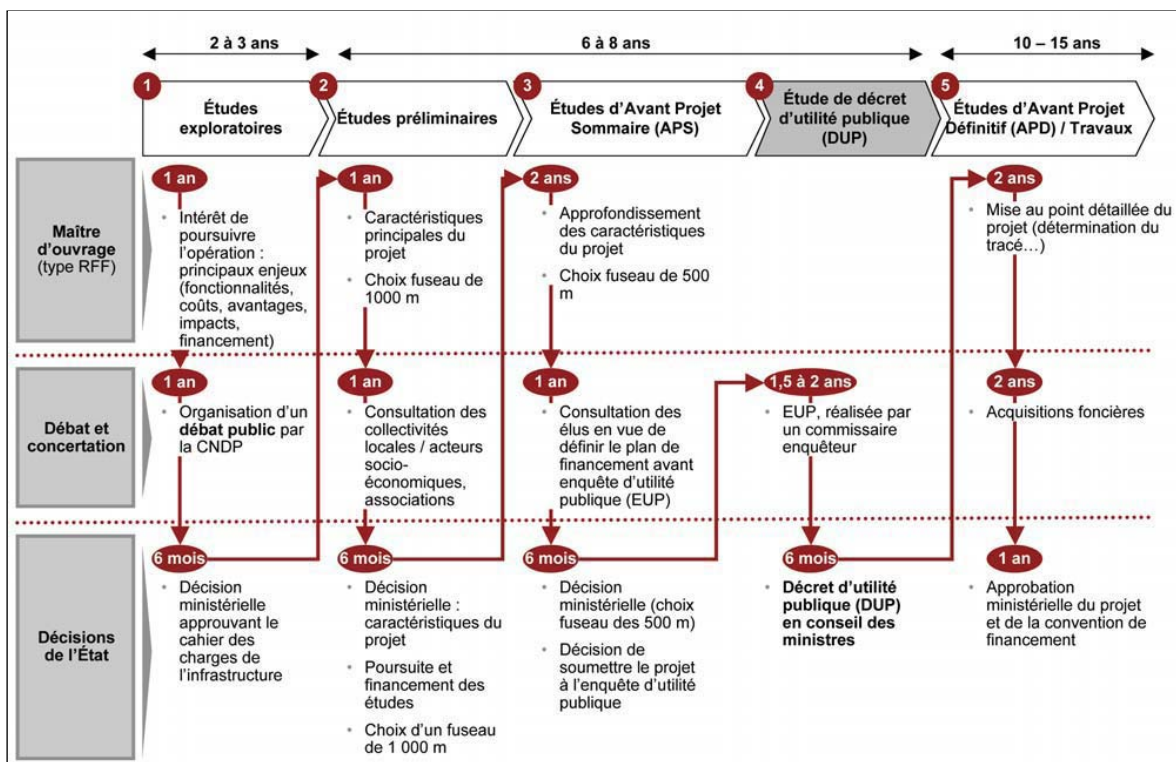
¹ *Évaluation des grands projets publics : diagnostic et propositions*, rapport remis par Eric Besson au Premier ministre, novembre 2008.

² *L'État et ses agences : le cas des agences de financement*, rapport IGF n° 2011-M-044-04, février 2012 ; cf. en particulier l'annexe sur l'Agence de financement des infrastructures de transport de France (AFITF).

1.1. Au stade de la décision d'investissement, l'analyse rigoureuse de la rentabilité socio-économique du projet doit être systématisée

Le processus de décision actuel, en matière d'investissement public, peut apparaître complexe, en particulier en matière d'infrastructures de transport ou d'installations classées pour la protection de l'environnement (cf. graphique suivant).

Graphique 1 : Procédure de mise en œuvre d'un projet d'infrastructure d'envergure nationale : exemple d'un projet ferroviaire



Source : Extrait du rapport au Premier ministre, Évaluation des grands projets publics : diagnostic et propositions, Éric Besson secrétariat d'État à la prospective, à l'évaluation des politiques publiques et au développement de l'économie numérique, novembre 2008.

Cependant, comme le soulignent les rapports précités, le processus de décision est insuffisant pour s'assurer d'une utilisation optimale des ressources de l'État, et de la pertinence des investissements :

- ♦ **l'analyse de la rentabilité socio-économique des projets**, c'est-à-dire l'analyse de l'utilité sociale d'un projet prenant en compte sa valeur actuelle nette et le coût d'opportunité des fonds publics, **n'entre que de manière très marginale dans la décision d'investissement** ;
- ♦ alors que le choix des grands projets d'investissements publics est désormais un choix sous contrainte budgétaire, aucune instance ni aucune procédure ne formalise la nécessité de comparer l'ensemble des projets possibles pour pouvoir établir un classement et identifier les plus prioritaires d'entre eux. **Les choix de financement de projets d'infrastructures de transport sont donc aujourd'hui réalisés au cas par cas** ;
- ♦ la forme et le contenu des documents de synthèse soumis à l'examen des décideurs publics et du grand public ne sont pas suffisamment adaptés à leurs besoins. En outre, ils ne permettent pas la comparaison entre les éléments d'instructions de projets différents ;

Annexe VII

- ◆ la procédure de décision ne fait pas apparaître de façon suffisamment claire les points d'engagement d'un investissement (« go/ no go »). **La prise de décision de l'État sur l'opportunité d'un projet n'est jamais formellement ni définitivement actée.** Ainsi, un projet ayant reçu l'approbation à un moment donné peut être suspendu, tandis qu'un projet apparemment suspendu peut être repris.

Dans un contexte où les ressources budgétaires sont rares, et où les investissements doivent être le plus efficaces pour avoir des effets positifs sur la croissance, il est indispensable de se doter de procédures permettant de prendre en compte l'évaluation socio-économique des projets.

Tous les projets d'investissements publics ne sont certes pas susceptibles de faire l'objet d'une évaluation socio-économique ; c'est par exemple le cas de bâtiments administratifs traditionnels, comme de bureaux. Toutefois, certains projets s'y prêtent, en particulier en matière d'infrastructures de transport ; de même, on pourrait imaginer que les prisons, ou les hôpitaux, puissent également faire l'objet d'une évaluation socio-économique.

La rationalisation du processus de décision pourrait s'envisager de la manière suivante :

- ◆ **un organisme pourrait se voir confier, pour les projets d'investissements les plus significatifs, un rôle de contre-expertise des évaluations socio-économiques proposées par les porteurs de projets ;**
- ◆ cet organisme pourrait proposer, à la suite de l'évaluation des études socio-économiques, une **hiérarchisation de la priorité des investissements**, en particulier en matière d'infrastructures de transport ;
- ◆ son avis pourrait être rendu public et pourrait intervenir à plusieurs étapes du projet afin de nourrir la concertation menée parallèlement dans les instances de débat public ;
- ◆ gage d'impartialité et de cohérence, cette instance constituerait un lieu de mise en commun et de diffusion des référentiels d'évaluation permettant d'homogénéiser les pratiques entre entités publiques (ministères, établissements publics, hôpitaux, collectivités...).

Cet organisme doit être placé à un niveau suffisamment éloigné des principaux maîtres d'ouvrage pour garantir sa neutralité et sa capacité d'expertise.

Proposition n° 1 : Confier au commissariat général à l'investissement (CGI) une mission d'expertise de la rentabilité socio-économique des projets d'investissement publics en amont de la décision de réaliser l'investissement

Ce rôle de contre-expertise pourrait être dévolu au commissariat général à l'investissement (CGI). Placé auprès du Premier ministre et actuellement en charge du grand emprunt, sa mission initiale était de veiller à la cohérence et à la qualité de la politique d'investissement de l'État. Ses pratiques en matière de sélectivité des investissements, et son expérience relative aux projets conduits par plusieurs ministères, en font *a priori* l'instance la plus légitime pour jouer ce rôle. **L'extinction progressive des missions actuelles du CGI permettrait d'envisager cette nouvelle fonction à effectif constant.**

Les projets de l'État et de ses établissements publics se prêtant à l'analyse socio-économique pourraient être systématiquement revus par le CGI. Le CGI pourrait ainsi soumettre aux décideurs publics **une liste de projets, hiérarchisés par ordre décroissant, sur la base d'une analyse coûts-bénéfices**, en vue de leur financement. Le plan pluriannuel d'investissement, qui serait ainsi tranché au niveau politique, clarifierait formellement les engagements publics retenus par le gouvernement. Il permettrait de sélectionner les projets les plus rentables d'un point de vue socio-économique, dans la limite d'une contrainte budgétaire pluriannuelle.

Le CGI pourrait ainsi éclairer la décision d'investissement sur une base technique ; son analyse ne comporterait pas de dimension normative dans la mesure où il ne se prononcerait pas sur d'autres critères d'appréciation du projet (opportunité politique, aménagement du territoire...).

1.2. Le rôle de la MAPPP doit être renforcé pour recourir au montage juridique le plus approprié pour réaliser l'investissement

Une fois la décision d'investissement actée, l'analyse doit porter sur le recours au mode contractuel le plus adéquat. Or, **plusieurs facteurs concourent à ce que l'instrument juridique de réalisation de l'investissement ne soit pas choisi sur des fondements rationnels.**

Afin d'accroître l'impartialité dans la détermination du format contractuel de réalisation des investissements publics, il conviendrait d'étendre l'obligation d'évaluation préalable aux autres formes de la commande publique à partir d'un certain seuil.

En premier lieu, le caractère unilatéral de l'obligation d'évaluation préalable dans le cadre des contrats de partenariat introduit des biais dans la procédure de sélection des modes de réalisation par la personne publique. Seuls les montages en contrat de partenariat et dans certaines conditions, les autorisations temporaires d'occupation (AOT) du domaine public de l'État et les baux emphytéotiques administratifs (BEA) sont soumis à l'obligation d'évaluation préalable. L'obligation d'évaluation préalable ne s'applique pas aux projets conduits en maîtrise d'ouvrage public (marchés publics classiques, marché global au sens de l'article 10 du code des marchés publics ou contrats de conception-réalisation) ou les délégations de service public (DSP). **La personne publique n'investit dans une évaluation préalable qu'après avoir acquis la certitude qu'elle souhaite réaliser l'investissement par le recours à un type particulier de montage.**

En second lieu, l'évaluation préalable est généralement réalisée par des conseils chargés de l'assistance technique et juridique ; les marges de ces assistants à maîtrise d'ouvrage (AMO) étant particulièrement importantes en cas d'aboutissement du projet, et de sa réalisation sous la forme la plus élaborée qu'il soit, il existe de ce fait un biais dans l'évaluation préalable.

Annexe VII

En troisième et dernier lieu, le triple rôle confié à la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) est problématique (*cf. encadré suivant*). Celle-ci exerce à la fois un rôle de promotion du CP, des fonctions de conseil aux acheteurs publics en matière d'élaboration de CP et une mission d'évaluation des projets portés par l'État et ses établissements publics et, si celles-ci le souhaitent, des collectivités locales. **Cette configuration met de facto la MAPPP en situation de potentiel conflit d'intérêt. En effet, dès lors qu'un projet de CP ne respecte pas les critères prévus par l'ordonnance** (*cf. annexe VI*), **la MAPPP doit alors arbitrer** entre sa fonction de promotion (soutien aux porteurs de projet visant à développer le recours aux CP), sa fonction de conseil (formulation de conseils de modification du projet de manière à lui permettre de respecter les critères de recours) et sa fonction d'évaluation (moindre rigueur dans l'analyse des projets ; introduction de biais favorables au projet).

Encadré 1 : La MAPPP

Créée par décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 en application de l'ordonnance du 17 juin 2004 instituant les contrats de partenariat, la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) a été installée le 27 mai 2005 par le ministre chargé de l'Économie, auquel elle était rattachée. Depuis juin 2011, elle est rattachée, sous forme de SCN, au directeur général du Trésor.

L'équipe de la MAPPP rassemble une demi-douzaine d'experts, venus des secteurs public et privé. Elle s'appuie également sur un comité d'orientation consultatif, composé de 37 membres, qui regroupe l'ensemble des acteurs institutionnels et professionnels intéressés au développement des PPP, ainsi que sur un comité de développement, qui rassemble notamment cinq parlementaires.

L'appellation « mission d'appui », renvoie à la vocation originelle de la MAPPP : celle-ci ne se limite pas à sa mission relative à l'évaluation préalable, mais constitue un outil d'information, de soutien et d'accompagnement pour toute administration publique engagée dans un projet de contrat de partenariat (CP).

À ce titre, la mission d'appui a un triple rôle :

1/ Information et promotion du contrat de partenariat (CP) :

- Publication (en ligne) de fiches pratiques et juridiques ;
- Participation à la rédaction de diverses lettres professionnelles (Journal du Club des PPP, Lettre des PPP,..) sur les Partenariats Public-Privé...
- Animation ou participation à des Colloques, conférences, manifestations diverses, en France et à l'étranger ;
- Participation à divers groupes de travail sectoriels ou professionnels ;
- Réponse aux demandes d'information et d'assistance émanant d'acteurs publics, mais aussi privés, sur les CP ;
- Participation à des actions de formation à destination des décideurs publics. La MAPPP a ainsi lancé, avec l'institut pour la gestion déléguée (IGD), et anime depuis 2008 l'école des PPP, qui est une association de la loi 1901 regroupant, outre la MAPPP et l'IGD, les universités Paris II Panthéon-Assas, et Paris Ouest, ainsi que l'opérateur de formation ParisTech/École des Ponts.

2/ Appui à la personne publique pour la préparation, la négociation et le suivi des CP :

La MAPPP apporte un appui méthodologique dans la préparation des contrats de partenariat (CP) : elle peut à ce titre rendre une expertise sur l'économie générale de l'opération, le périmètre des missions à confier au partenaire privé et aider la personne publique à procéder à l'étude d'évaluation requise, sans pour autant se substituer aux conseils que celle-ci a recrutés.

La MAPPP apporte également un concours lors des phases d'attribution et de finalisation des contrats. Elle a développé à cet effet des recommandations, diffusées sous forme de fiches méthodologiques sur son site internet, et d'un guide (« Les contrats de partenariats – Principes et méthodes »).

Enfin, elle assure le suivi et l'assistance à la conduite des contrats en cours (aide à la mise en œuvre de clauses de pénalités, à la négociation d'avenants...).

Le Conseil d'État a validé dans un arrêt de 2006³ les missions de conseil confiées par décret à la MAPPP au regard du droit de la concurrence au motif que ces fonctions ne faisaient pas intervenir la structure sur un marché et constituaient au contraire le prolongement de l'action régalienne de l'État. Bien que la Cour de justice de l'Union européenne ait validé la création de l'homologue anglais de la MAPPP, *Partnerships UK*, la légalité de ces organismes publics de conseil demeure incertaine au regard du droit communautaire,

3/ Validation des projets menés au niveau par l'État ou ses établissements publics :

La MAPPP doit obligatoirement être saisie sur les projets de CP proposés par les administrations de l'État ou ses établissements publics, mais n'a qu'un rôle consultatif pour les collectivités territoriales.

Ainsi, seuls les contrats de partenariat de l'État sont obligatoirement soumis à l'avis de la MAPPP. Les autres formes de PPP ne sont pas soumis, et les CP des collectivités locales peuvent être signés sans avis préalable de cet organisme.

Son avis est une condition nécessaire, mais non suffisante, à l'engagement d'une procédure de CP. Elle a également la responsabilité, en application de l'art 9 de l'ordonnance et du décret du 2 mars 2009,

³ CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de paris*.

d'apprécier à l'issue de la procédure d'attribution les conséquences sur les finances publiques d'un projet de contrat de partenariat de l'État et de recommander au ministre de l'économie de donner son accord à la signature du contrat ou, le cas échéant, de refuser celui-ci.

Source : MAPPP ; Mission.

Dans les faits, ce positionnement n'est pas satisfaisant :

- ◆ six avis d'avis négatifs ont été rendus par la MAPP depuis 2005 (sur un total d'environ 180 avis) ;
- ◆ pour la MAPPP, cet indicateur n'est pas pertinent, car il ne prend pas en compte les projets inadaptés au CP qu'elle réussirait à faire abandonner ; la mission relève néanmoins :
 - que la MAPPP n'a pas été en mesure de fournir une liste des projets qui auraient été, suite à son intervention, abandonnés en CP ;
 - que, pour la plupart des acheteurs publics qu'elle a consultés, la MAPPP fait systématiquement la promotion du CP lors des échanges portant sur des projets, y compris lorsque le CP n'est a priori pas le projet le plus adapté ;
- ◆ enfin, les instruments de type PPP alternatifs au CP (BEH, BEA, etc.) n'entrent pas directement dans son champ de compétence.

1.2.1. L'obligation de réaliser une évaluation préalable devrait être étendue à l'ensemble des contrats de la commande publique

Dans les faits, l'évaluation préalable constitue donc davantage une étude technique préalable à la réalisation d'un projet en contrat de partenariat qu'un véritable outil d'aide à la définition du meilleur montage juridique possible. En vertu des textes, l'évaluation doit d'ailleurs contenir des indications utiles pour la budgétisation du projet et pour les négociations ultérieures avec les candidats à la signature du contrat de partenariat ; l'évaluation préalable est ainsi censée servir de support à l'évaluation finale des offres reçues⁴.

Proposition n° 2 : Rendre obligatoire l'évaluation préalable pour toutes les opérations d'investissement public de plus de 80 M€ et pour tous les acheteurs publics, quel que soit l'instrument de commande publique envisagé

Afin d'éviter qu'une évaluation préalable ne se traduise systématiquement par un recours au PPP, la mission recommande que les exigences méthodologiques et procédurales du contrat de partenariat soient étendues à tous les instruments de la commande publique (délégation de service public, marché public, contrats de la commande publique complexe...), dès lors que le coût du projet serait supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire (par exemple 80 M€ d'investissement pour les marchés publics⁵). Cette obligation porterait sur l'ensemble des acheteurs publics (État, établissements publics, hôpitaux, collectivités locales).

⁴ La circulaire du 9 mai 2012 prévoit ainsi que l'analyse comparative « établit l'ordre de grandeur en coût complet en euros de l'opération envisagée et donne une indication sur le montant de la rémunération périodique que devra acquitter la personne publique (hors prise en compte de l'analyse socio-économique) ; sert de base de référence aux échanges futurs avec les candidats. » « Le document se présentera alors comme un outil d'aide à l'analyse des offres. Il devra vérifier que l'offre finale retenue permet des économies ou présente des avantages pour la personne publique, à qualité au moins égale du service rendu. Il permettra également de comparer entre elles les offres des candidats. »

⁵ Un régime d'évaluation préalable simplifié pourrait être envisagé pour les projets d'un montant compris entre 50 M€ et 80 M€.

L'extension de cette obligation d'évaluation préalable aurait un effet vertueux sur l'ensemble de la commande publique :

- ◆ elle permettrait de replacer l'évaluation préalable comme un outil d'aide à la décision quant aux différents schémas de réalisation possibles de l'investissement ;
- ◆ en rendant obligatoire la conception des projets en coûts complets (c'est-à-dire en prenant en compte l'ensemble des dépenses induites par un projet, tout au long de son exploitation), elle permettrait aux acheteurs publics de se professionnaliser et de prendre leurs décisions sur des bases rationnelles.

1.2.2. La compétence de la MAPPP gagnerait à être élargie à l'ensemble de montages de type PPP

Dans les sphères hospitalières et médico-social, les projets de PPP sont élaborés par les établissements eux-mêmes, puis transmis pour avis à l'agence nationale d'appui à la performance des établissements de santé et médico-sociaux (ANAP) depuis le décret du 29 avril 2010. Celle-ci joue, pour le ministère de la santé, un rôle similaire à celui de la MAPPP pour les CP (cf. encadré suivant). Au total :

- ◆ seuls les CP hospitaliers et médico-sociaux sont obligatoirement transmis à la MAPPP ;
- ◆ les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH), montages de type PPP spécifiques au domaine hospitalier et médico-social, ne sont ainsi pas soumis à l'examen de la MAPPP mais à celui de l'ANAP

Encadré 2 : Historique et fonctions de l'agence nationale d'appui à la performance des établissements de santé et médico-sociaux (ANAP)

L'ANAP est un groupement d'intérêt public créé en 2009. D'après l'article 18 de la loi du 21 juillet 2009, dite loi HPST, elle résulte de la fusion de trois entités préexistantes dont elle reprend les missions :

- le groupement pour la modernisation du système d'information hospitalier (GMSIH) ;
- la mission d'appui à l'investissement hospitalier (Mainh) ;
- la mission nationale d'expertise et d'audit hospitaliers (Meah).

La création de l'ANAP répond à la volonté de substituer une vision transversale, que l'on espère génératrice de synergies, à une approche « en silo » des différentes thématiques. L'ANAP voit également son champ d'action étendu au secteur médico-social, alors que les GMSIH, Mainh et Meah étaient limités au seul secteur sanitaire.

L'ANAP a pour objet d'aider les établissements de santé et médico-sociaux à améliorer le service rendu aux patients et aux usagers, en élaborant et en diffusant des recommandations et des outils. Ils doivent permettant aux établissements de **moderniser leur gestion, d'optimiser leur patrimoine immobilier et de suivre et d'accroître leur performance, afin de maîtriser leurs dépenses** (d'après l'article 18 de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009).

L'ANAP assure notamment les missions suivantes (article L 6113-10 du code de la santé publique) :

- la conception et la diffusion d'outils et de services permettant aux établissements de santé et médico-sociaux **d'améliorer leur performance** et, en particulier, la qualité de leur service aux patients et aux personnes ;
- l'appui et l'accompagnement des établissements, notamment dans le cadre de missions de **réorganisation interne, de redressement, de gestion immobilière** ou de projets de recompositions hospitalières ou médico-sociales ;
- l'évaluation, **l'audit et l'expertise des projets hospitaliers ou médico-sociaux, notamment dans le domaine immobilier** et des systèmes d'information ;
- le pilotage et la conduite d'audits sur la performance des établissements de santé et médico-sociaux ;
- l'appui aux agences régionales de santé dans leur mission de pilotage opérationnel et

Annexe VII

d'amélioration de la performance des établissements ;

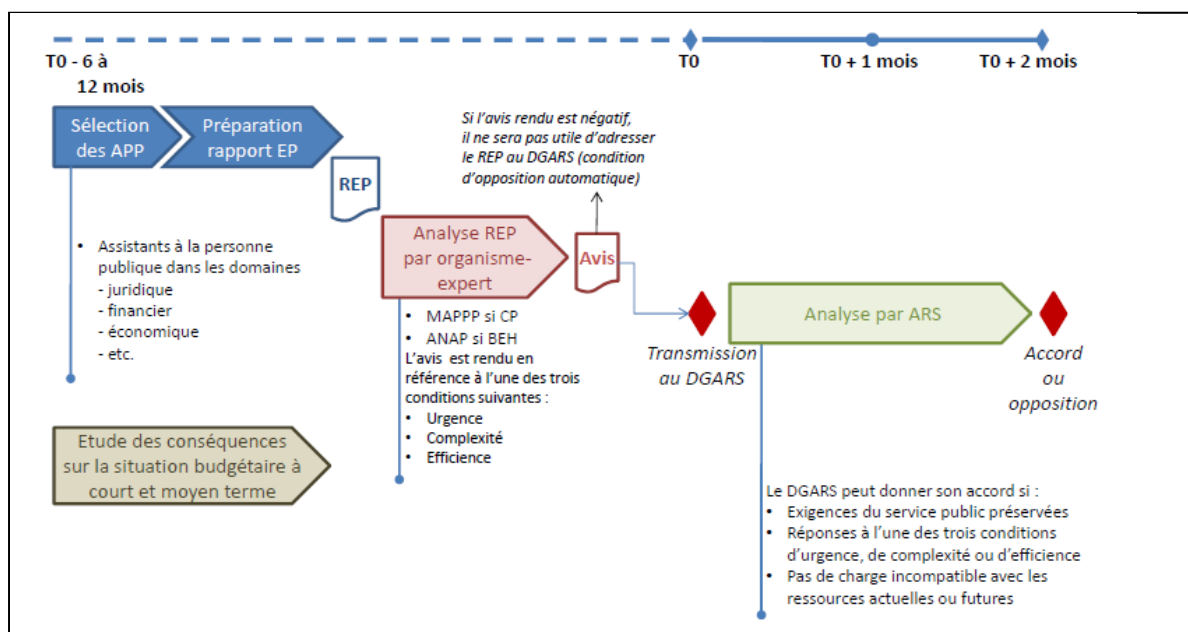
- l'appui de l'administration centrale dans sa mission de pilotage stratégique de l'offre de soins et médico-sociale.

Le décret n° 2010-425 du 29 avril 2010 relatif à l'organisation financière et à l'investissement immobilier des établissements de santé **confie à l'ANAP, concernant les partenariats public-privé, le rôle d'organisme expert tel que prévu à l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004.**

Ces avis de la MAPPP et/ou de l'ANAP se doublent d'un avis de l'ARS :

- ◆ l'ARS est saisie après que la MAPPP ou l'ANAP ont rendu un premier avis sur l'évaluation préalable ;
- ◆ elle s'intéresse alors plus spécifiquement à **l'équilibre budgétaire** du projet et aux charges qu'il peut faire peser sur le budget de l'établissement. Il lui revient de rejeter tout contrat induisant des charges incompatibles avec ses ressources actuelles ou futures.

Graphique 2 : Processus de validation des projets de PPP dans le domaine hospitalier et médico-social



Source : ANAP.

Encadré 3 : Agréments nécessaires à la signature d'un contrat de partenariat par un établissement public de santé

Il résulte des textes applicables **depuis le 1^{er} mai 2010** que les établissements publics de santé doivent recueillir avant la signature d'un projet de contrat de partenariat **l'agrément à la fois du directeur général de l'Agence régionale de santé (ARS) compétente, du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé du budget.**

D'une part, l'article R. 6148-3 du code de la santé publique, créé par le décret n° 2010-425 du 29 avril 2010 relatif à l'organisation financière et à l'investissement immobilier des établissements de santé, dispose que « le directeur de l'établissement public de santé transmet au directeur général de l'agence régionale de santé le projet de contrat en vue de recueillir son accord avant sa signature. Le directeur général de l'agence fait connaître au directeur de l'établissement soit son accord, soit, si le projet comporte des engagements incompatibles avec la situation financière présente et future de l'établissement, son opposition dans un délai de deux mois. »

D'autre part, l'article 9 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats dispose en son sixième alinéa qu' « un contrat de partenariat ne peut être signé par l'État ou un

Annexe VII

établissement public doté d'un comptable public qu'après accord de l'autorité administrative dans des conditions fixées par décret, qui apprécie ses conséquences sur les finances publiques et la disponibilité des crédits. » Or, cet article est applicable aux établissements publics de santé en vertu de l'article 19 de l'ordonnance du 17 juin 2004, modifié par l'article 5 de l'ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010.

Le décret n° 2009-242 du 2 mars 2009 complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics et au compte rendu de leur exécution, pris pour l'application de l'article 9 de l'ordonnance, dispose en son article 3 qu' « un contrat de partenariat ne peut être signé pour l'État ou un établissement public national doté d'un comptable public qu'après accord du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé du budget. L'accord de chacun des deux ministres est réputé acquis à défaut de réponse expresse dans un délai d'un mois à compter de la transmission qui lui a été faite du contrat. »

Dès lors, il convient pour l'établissement public de santé de faire parvenir le projet de contrat de partenariat à **trois autorités avant signature** :

- l'ARS dont il dépend ;
- la MAPPP pour l'avis du ministre chargé de l'économie ;
- le bureau des comptes sociaux et de la santé (BCS) de la direction du budget (6e sous-direction), pour l'avis du ministre chargé du budget.

On peut s'interroger sur la pertinence de la dichotomie existante entre, d'une part, les CP soumis à l'avis de la MAPPP et, d'autre part, les BEH, soumis à l'avis de l'ANAP, alors même que ces deux types de montages sont très proches.

Proposition n° 3 : Soumettre toutes les évaluations préalables réalisées pour des PPP dans le domaine hospitalier ou médico-social – que ce soit pour des projets de BEH ou de CP – à l'avis de la seule MAPPP

Sur 50 PPP signés dans le secteur hospitalier et médico-social en juin 2012, 15 sont des CP, les autres sont des BEH. Recentrer le contrôle de ces PPP sous une seule structure permettrait à la fois d'uniformiser le processus de contrôle et de renforcer l'expertise de cette structure. La MAPPP ayant comme mission de rendre un avis sur les montages de type PPP d'autres ministères, il serait logique de capitaliser sur son expertise. L'ANAP serait déchargée de cette fonction et pourrait se recentrer sur les autres leviers d'amélioration de performance des établissements dont elle a la charge.

1.2.3. La compétence de conseil et de contrôle de la MAPPP devrait être étendue à toutes les formes d'investissement public

La MAPPP pourrait également être chargée d'assurer l'examen des évaluations préalables réalisées par les personnes publiques, quelle que soit la nature du montage retenu. Elle pourrait ainsi mettre à profit sa méthodologie et ses capacités de contrôle pour des montages d'investissement en loi MOP et mutualiser les bonnes pratiques entre les différents modes de commande publique en agrégeant les données relatives aux différents contrats.

Proposition n° 4 : Élargir les missions d'assistance et de contrôle des évaluations préalables de la MAPPP à toutes les modalités juridiques de réalisation des investissements publics

Afin de garantir la neutralité de son analyse, il conviendrait cependant de retirer à la MAPPP le rôle de promotion des contrats de partenariat qu'elle a assumé depuis sa création, et d'élargir sa compétence de conseil à tous les types de montages juridiques.

La mission d'assistance à la mise en œuvre de contrats de partenariat a permis au contrat de partenariat de gagner en visibilité auprès des personnes publiques. Cette mission exclusive est désormais moins justifiée, le contrat de partenariat étant aujourd'hui bien connu des donneurs d'ordre. En outre, elle est susceptible de nuire à la crédibilité des contrôles exercés par la MAPPP sur l'opportunité du recours au contrat de partenariat.

Afin de conserver au partenariat public-privé son caractère dérogatoire, et de garantir le principe de libre administration des collectivités locales prévue par l'article 72 de la Constitution, l'avis de la MAPPP n'aurait pas les mêmes conséquences selon les acheteurs publics et les projets :

- ◆ pour les projets de PPP de l'État, de ses établissements publics et des hôpitaux, l'avis devrait être, comme actuellement, favorable ;
- ◆ en revanche, pour leurs projets réalisés sous d'autres formes juridiques, ou pour les projets des collectivités locales, l'avis de la MAPPP ne serait pas « liant ». Le pouvoir adjudicateur resterait donc libre de son choix final.

1.2.4. La MAPPP pourrait être transformée en une mission d'appui à la réalisation des investissements publics (MARIP)

1.2.4.1. Ancrer la MAPPP au sein de Bercy et renforcer ses moyens

L'extension des compétences de la MAPPP à tous les modes de commande publique et son intervention plus fréquente en appui d'autres entités publiques (collectivités locales, établissements publics...) **nécessite de transformer cette structure, et de renforcer ses moyens.** Le renforcement des ressources à la disposition de la MAPPP constituerait en outre une réponse à certaines difficultés relevées par la mission en matière de suivi en synthèse des projets. Un changement d'échelle de la MAPPP permettrait une capitalisation plus importante d'expériences dans le suivi des projets (meilleure connaissance des coûts, développement de méthodes d'analyse quantitative, expertise accrue sur les clauses contractuelles...) et une plus grande professionnalisation et spécialisation des équipes.

Proposition n° 5 : Transformer la MAPPP en mission d'appui à la réalisation des investissements publics (MARIP) et la doter de moyens humains plus importants par prélèvement d'effectifs sur les plafonds d'emplois des ministères porteurs de projets
--

Un objectif cible de 30 à 35 ETP pourrait être retenu pour la MARIP afin d'assurer ses nouvelles missions. Cet effectif cible pourrait être atteint, **à coût constant pour les finances publiques :**

- ◆ d'une part, par prélèvement d'ETP sur les plafonds d'emplois des ministères porteurs de projets d'investissement (Justice ; Intérieur ; équipement ; enseignement supérieur etc.) ;

Annexe VII

- ◆ d'autre part, en recherchant des synergies avec d'autres organismes publics intervenant dans le champ des partenariats public-privé et des marchés publics, (cf. *infra* : secrétariat général de l'observatoire économique de l'achat public, agence nationale d'appui à la performance des établissements de santé et médico-sociaux...). Des rationalisations pourraient en particulier avoir lieu sur les fonctions de suivi statistique des contrats.

À titre indicatif, le tableau *infra* mentionne les effectifs des unités consacrées aux partenariats public-privé en 2008 dans quelques pays de l'Organisme de coopération et de développement économique (OCDE) ou pays partenaires de l'engagement renforcé de l'OCDE (Afrique du Sud).

Tableau 1 : Effectifs des unités consacrées aux partenariats public-privé en 2008

Pays (État fédéré / province)	Nom de l'organisme	Effectifs de la structure
Afrique du Sud	<i>PPP Unit</i>	20
Allemagne	<i>Partnerships Germany</i>	21
Canada (Québec)	<i>Agence des PPP du Québec</i>	35
Corée	<i>PIMAC</i>	77
Royaume-Uni	<i>PPP Policy Team</i>	13
Australie (Victoria)	<i>Partnships Victoria</i>	12

Source : OCDE⁶.

L'interprétation des chiffres doit être faite avec prudence, car les compétences fonctionnelles et géographiques des unités ne sont pas équivalentes entre les pays. Dans les pays fédéraux (Allemagne, Australie, Canada), il existe des unités consacrées aux partenariats public-privé à plusieurs niveaux :

- ◆ des équipes spécialisées dans les partenariats public-privé existent dans d'autres provinces canadiennes comme la Colombie britannique (*Partnerships British Columbia* compte 40 personnes), ou en Australie dans d'autres États (8 personnes en Nouvelle-Galles du Sud) ;
- ◆ des *Länder* disposent de leur propre unité PPP et *Partnerships Germany* n'est associée qu'à leur demande.

Proposition n° 6 : Confirmer l'ancrage de la MARIP au sein de la direction générale du Trésor

En revanche, la transformation de la MAPPP ne doit pas remettre en cause son positionnement au sein de la direction générale du Trésor, qui avait été préconisé par l'Inspection générale des finances dans un rapport récent⁷. L'adossement de la MAPPP à cette direction générale se révèle bénéfique à plusieurs titres :

- ◆ la mission est davantage pilotée par un directeur d'administration centrale qu'elle ne le serait en cas de rattachement direct au ministre ;
- ◆ l'expertise relative à l'investissement public et aux questions de son financement peut être partagée entre la MAPPP et la direction générale du Trésor ;
- ◆ la MAPPP bénéficie d'une visibilité utile pour ses activités internationales et les partages d'expériences avec ses homologues ;

⁶ *Les partenariats public-privé, partager les risques et optimiser les ressources*, OCDE, juillet 2008.

⁷ Cf. *Audit sur l'organisation de la MAPPP*, rapport IGF n° 2010-M-069-02.

Annexe VII

- ◆ la gestion des moyens, des ressources humaines et des compétences peut être plus efficiente et facilitée grâce à l'adossement à une direction générale sous forme de SCN ;
- ◆ le positionnement de la MAPPP au sein de la direction générale du Trésor n'est effectif que depuis 2011 et une stabilité serait souhaitable afin que les bénéfices attendus de ce rapprochement se manifestent pleinement.

1.2.5. Des synergies entre la MARIP et d'autres organismes publics intervenant dans le champ de la commande publique pourraient être recherchées

Afin que la création de la MARIP se fasse à effectifs constants pour l'État, des synergies pourraient également être recherchées avec les organismes suivants :

- ◆ l'ANAP (*cf. supra*) ;
- ◆ l'observatoire économique de l'achat public (OEAP).

Encadré 4 : L'observatoire économique de l'achat public (OEAP)

L'observatoire économique de l'achat public (OEAP) a été créé par l'arrêté du 10 novembre 2005 en application de l'article 130 du code des marchés publics. L'OEAP rassemble, sous la présidence du ministre chargé de l'économie, les responsables au niveau central de la mise en œuvre des politiques économiques, des représentants du monde de l'entreprise, des représentants de toutes les catégories d'acheteurs publics (association d'élus, CCI, secteur hospitalier, entreprises publiques...). **L'OEAP compte ainsi entre 47 et 59 membres** (18 membres de droit et de 29 à 41 membres)⁸.

Trois missions sont assignées à l'OEAP :

- **rassembler les données comptables, financières et économiques relatives à l'achat public.** L'OEAP répond aux obligations statistiques européennes⁹ et assure le traitement des données issues du recensement des marchés publics prévu à l'article 131 du code des marchés publics ;
- sur la base de ces données, établir des analyses économiques pertinentes ;
- constituer un lieu de dialogue entre acteurs de la commande publique sur les aspects techniques et économiques de l'achat public :
 - les onze groupes d'étude des marchés élaborent des publications à l'attention des acheteurs publics (cahier des clauses techniques, guides destinés à faciliter la passation et l'exécution des marchés publics, recommandations techniques...);
 - les ateliers de réflexion proposent des contributions sur des thèmes liés à l'achat public (implication des PME, dématérialisation de l'achat public, aspects sociaux dans la commande publique, achat public durable...).
 - des groupes de travail peuvent être créés ponctuellement.

Le secrétariat général de l'OEAP est assuré par la direction des affaires juridiques du ministère des Finances.

⁸ Article 3 de l'arrêté du 10 novembre 2005 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

⁹ L'OEAP prend en compte les marchés publics, les baux emphytéotiques, les délégations de service public et les contrats de partenariat.

2. L'examen des différentes organisations et de la nature des projets de PPP montre que ce montage contractuel n'est pas adapté à tous les acheteurs publics

2.1. Pour être efficient, un PPP doit être conclu par un acheteur public expérimenté et puissant

Le PPP n'est pas un mode de commande publique comme les autres ; par rapport à un achat en loi MOP, il présente en effet, pour l'acheteur public, deux risques importants :

- ♦ d'une part, **en cas de mauvaise définition initiale du besoin fonctionnel, il se traduit inévitablement par des surcoûts importants, des risques juridiques** et une potentielle inadéquation avec les besoins du service public ;
- ♦ d'autre part, son caractère de contrat global, qui implique des asymétries d'informations importantes avec les candidats privés, et son financement bancaire entraînent un **risque de surcoût, qui ne peut être compensé que dans le cas où l'acheteur public conduit le dialogue compétitif de manière optimale.**

2.1.1. En cas de mauvaise expression initiale des besoins, le PPP peut se traduire par des surcoûts particulièrement importants

Le programme fonctionnel est la base sur laquelle s'engage la négociation entre la personne publique et les prestataires privés lors du dialogue compétitif. Il doit respecter un équilibre délicat :

- ♦ la personne publique doit préciser ses exigences, notamment ce qu'elle ne veut pas ; le programme doit donc correspondre à des besoins identifiés avec précision ;
- ♦ néanmoins, il doit laisser suffisamment de marges de manœuvre aux candidats privés, afin que ceux-ci puissent proposer des solutions innovantes génératrices d'économies. Le programme fonctionnel ne doit donc pas être aussi détaillé qu'un cahier des charges.

Par rapport à des marchés publics traditionnels, les contrats de type PPP ont l'inconvénient de figer les besoins auxquels doit répondre le prestataire sur la durée du bail. Toute modification du contrat, et *a fortiori* du programme fonctionnel, sera ainsi facturée par le prestataire à la personne publique signataire. **Une fois inclus dans le contrat final, le programme fonctionnel ne pourra donc plus être modifié sans engendrer potentiellement un surcoût pour la personne publique.** Cette dernière doit donc s'assurer avant la signature du contrat que tous ses besoins futurs sont expressément définis.

Pour certains projets conduits en PPP, les insuffisances du programme fonctionnel ont des conséquences financières et judiciaires très fortes, tout en nuisant à la qualité du service public. C'est notamment le cas du **centre hospitalier sud-francilien (CHSF)**, comme l'a récemment montré un rapport conjoint de l'inspection générale des finances (IGF) et de l'inspection générale des affaires sociales (IGAS) de mai 2011¹⁰. L'insuffisante précision du programme fonctionnel des besoins de l'établissement a en effet été à l'origine de nombreuses controverses sur les obligations du constructeur du nouvel hôpital du sud francilien (*cf. encadré suivant*).

¹⁰ Évaluation du bail emphytéotique hospitalier du centre hospitalier sud-francilien, rapport IGF-IGAS n° 2011-M-028-01, mai 2011.

Encadré 5 : Évaluation du bail emphytéotique hospitalier (BEH) du centre hospitalier sud-francilien (CHSF)

Le centre hospitalier sud-francilien (CHSF) fait l'objet d'un BEH signé en juillet 2006 entre la direction de l'établissement et le groupe Eiffage. Il prévoit la conception, la construction, la maintenance et l'exploitation de l'établissement hospitalier pour une durée de 30 ans, en contrepartie d'un loyer versé annuellement. Les locaux, qui ont nécessité un investissement de 344 M€, ont été mis à disposition le 17 janvier 2011, conformément au calendrier prévu contractuellement.

Le BEH de cet établissement soulève de nombreuses difficultés :

- près de la moitié des blocs étaient non ouverts à l'été 2012 ; près de 200 lits, sur un total d'environ 800, étaient non armés ;
- le plan de financement du BEH a été sous-estimé, ce qui place aujourd'hui l'établissement dans une situation financière tendue. Alors que les loyers anticipés en 2003 par l'établissement s'élevaient à 31 M€ par an, le loyer effectif pouvait, dès cette époque, être estimé à plus de 40 M€ :
- la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) portant sur la partie immobilière du loyer n'avait pas été prise en compte dans les estimations initiales ;
- les effets de l'indexation annuelle (1 % par an pour la partie immobilière, et 3 % prévisionnellement pour la partie maintenance-exploitation) n'étaient pas pris en compte. Le loyer anticipé pour 2012 s'élève ainsi à 43 M€ (23,6 M€ pour le loyer immobilier ; 17 M€ pour le loyer maintenance-exploitation et 2,4 M€ pour l'énergie) ;
- l'impasse financière, supérieure à 10 M€, ne pourra que s'accroître mécaniquement avec le temps en l'absence de mesures correctrices ;
- à la fin du mois de mars 2011, Eiffage a produit une réclamation auprès du CHSF, au titre de l'ensemble des préjudices que le groupe estime avoir subis ; la réclamation chiffre ce préjudice à 184,8 M€ (en valeur 2011), soit 54 % de l'investissement initial. Selon Eiffage, le préjudice résulte des coûts liés à la désorganisation de la gestion du projet, puis du chantier du fait des retards dans la mise au point du programme fonctionnel et des perturbations induites par les demandes de modification inopinées.

La dérive financière du bail emphytéotique hospitalier du centre hospitalier sud-francilien (CHSF) résulte en grande partie des demandes de modification du contrat initial, et qui ont donc été facturées par Eiffage en sus du loyer initialement prévu. Ces modifications du contrat résultent en partie des insuffisances du programme fonctionnel, qui **a été rédigé de manière insuffisamment précise**. Cette imprécision occasionne aujourd'hui des incertitudes sur les obligations effectives du preneur et provoque des différends sur les limites des prestations dues par lui au CHSF :

- ainsi, Eiffage a-t-il pu considérer que le programme fonctionnel ne l'obligeait pas à livrer un réseau utilisateur « voix données images » (VDI). Or, le CHSF considère de son côté qu'un tel réseau est à l'évidence obligatoire pour le bon fonctionnement d'un hôpital de cette taille, mais peine à trouver dans le programme fonctionnel un fondement à son exigence. L'absence de VDI rendrait impossible l'installation des équipements et applications informatiques et de communication hospitalières et pourrait provoquer une panne totale des communications internes et externes ;
- le CHSF est confronté sur d'autres points techniques essentiels à cette ambiguïté sur ce qui relève ou non des « règles de l'art », considérées par lui comme s'imposant de fait au constructeur, comme l'installation des équipements en salle de réanimation ou la sécurité des installations électriques ;
- de façon générale, l'imprécision du programme fonctionnel peut permettre sur de nombreux points à Eiffage de minorer ou d'éluder les obligations que le CHSF considère être les siennes.

Source : IGF-IGAS.

Du fait des lacunes du programme fonctionnel, le CHSF a donc dû procéder par avenants au contrat. **Or, celui-ci ne permettait pas de gérer les adaptations du projet à coût optimisé pour l'établissement :**

Annexe VII

- ◆ l'article 9 du BEH du CHSF prévoit les conditions dans lesquelles les caractéristiques de l'ouvrage peuvent être modifiées : « *le bailleur dispose à tout moment à compter de la date de notification de la possibilité de procéder à la modification des caractéristiques de l'ouvrage. Dans une telle hypothèse, les parties se rapprochent afin de déterminer les modalités de réalisation des travaux relatifs à de telles modifications, ainsi que leurs incidences sur les obligations du preneur au titre des prestations* ». Le bailleur propose une modification, le preneur donne ses conditions pour leur réalisation ;
- ◆ en cas de désaccord sur les évaluations du preneur (article 9.3 du bail), les parties font appel à un expert désigné à la majorité des membres d'un collège d'experts, composé de trois experts désignés par le bailleur et de trois experts désignés par le preneur (article 32.2) ;
- ◆ à défaut d'accord amiable, les contestations sont de la compétence du tribunal administratif.

Il n'est donc pas aisé de remédier à une mauvaise rédaction du programme fonctionnel une fois le contrat signé ; toute modification se traduit par des surcoûts financiers importants et un accroissement du risque contentieux. **Il est donc particulièrement important :**

- ◆ **de veiller à la bonne rédaction des programmes fonctionnels**, en associant à sa rédaction, dans la mesure du possible, les différents usagers futurs du bâtiment ou du service (personnels médicaux, paramédicaux et administratifs dans le cas d'un hôpital, surveillants de prison, services de maintenance et de restauration, etc.) ;
- ◆ **pour ce faire, que l'acheteur public soit suffisamment expert et aguerri, d'une part, à la négociation avec des groupements privés** disposant d'une abondance de conseils et, d'autre part, à la définition de ses besoins et de l'évolution de ceux-ci.

Afin de rendre plus souple le cadre contractuel des PPP et de remédier aux éventuelles oublis ou imprécisions des programmes fonctionnels, **certains acheteurs publics ont introduits dans leurs contrats des clauses visant à les protéger.**

<p>Proposition n° 7 : Généraliser les clauses autorisant la personne publique à modifier le programme fonctionnel après signature du contrat dans la limite de 2 % à 3 % du coût d'investissement</p>
--

Ainsi, l'APIJ intègre désormais dans les contrats de PPP une **clause permettant à la personne publique de modifier le programme initial sans surcoût, dans la limite de 2 % à 3 % du coût d'investissement. Ce type de clause, qui permet de réduire le risque lié à une évolution du programme fonctionnelle, pourrait être généralisé.** Cependant, il doit être relevé, d'une part, que ce type de clause, qui s'apparente à une assurance, est nécessairement refacturée par le partenaire privé dans le montant global du contrat et, d'autre part, qu'elle n'élimine pas le risque en cas de défaillance importante du programme fonctionnel initial.

2.1.2. Bien que le succès du dialogue compétitif soit essentiel à l'efficacité des contrats, sa conduite par les personnes publiques n'est pas encore satisfaisante

Après avoir déterminé ses besoins et objectifs dans le programme fonctionnel, la personne publique entame un dialogue avec les candidats, généralement sous forme de dialogue compétitif. Cette discussion porte sur tous les aspects du futur contrat, jusqu'à ce que la personne publique estime être en mesure d'identifier la ou les solutions répondant à ses besoins.

Afin de retenir la meilleure solution possible, et d'aboutir à une rédaction du contrat précise et préservant les intérêts de la personne publique, la bonne conduite du dialogue compétitif par le pouvoir adjudicateur est donc essentielle :

- ◆ **le dialogue doit permettre au pouvoir adjudicateur d'affiner son projet**, de se voir formuler des idées innovantes et de bénéficier d'offres bien adaptées ;
- ◆ **le rapport de force doit être aussi favorable que possible à la personne publique** : les asymétries d'informations en faveur des candidats doivent ainsi être faibles :
 - la personne publique doit être en mesure de contre-expertiser les offres qui sont faites, en particulier les coûts ;
 - inversement, la personne publique ne doit pas afficher trop clairement ses objectifs de prix, de manière à ne pas instaurer un seuil « plancher » pour les offres des candidats ;
- ◆ le niveau de concurrence doit être suffisamment élevé et effectif, de manière à faire baisser les prix et à augmenter la qualité des offres.

Or, deux dysfonctionnements majeurs ont été relevés par la mission sur l'échantillon des contrats qu'elle a étudié.

D'une part, certains acheteurs publics communiquent aux candidats un montant prévisionnel de loyer qu'ils sont prêts à payer :

- ◆ c'est notamment le cas de l'avis d'appel public à la concurrence publié par la direction générale des infrastructures de transport et de la mer (DGITM) et la direction générale des douanes et des droits indirects (DGDDI) pour la passation du contrat de partenariat sur l'éco-taxe poids lourd. L'équipe en charge de ce projet a révélé cette cible prévisionnelle afin de calibrer les offres, et d'éviter que les concurrents ne présentent des projets trop ambitieux financièrement ;
- ◆ c'est également le cas dans la sphère de l'enseignement supérieur, où les montants des enveloppes financières allouées par universités sont connus des candidats.

Cette pratique fait néanmoins courir le risque que les offres soient d'un montant trop élevé par rapport à la qualité des prestations fournies, ou qu'elles comportent des prestations superfétatoires. Les candidats ayant connaissance de la capacité financière de la personne publique n'ont en effet pas intérêt à réduire le coût de leur offre, mais plutôt à jouer sur l'éventail des services proposés.

De fait, dans le cas du projet de PPP passé pour la mise en œuvre de la taxe poids lourd, un montant cible de 1,9 Md€ pour la totalité du contrat apparaissait dans l'appel public à la concurrence publié le 2 mai 2009 au Journal officiel des Communautés européennes. La redevance totale proposée par le candidat retenu est de 2 Md€, ce qui peut suggérer que la concurrence entre candidats a été faible sur les prix.

<p>Proposition n° 8 : Maximiser les gains du dialogue compétitif en ne rendant pas publics les objectifs de coûts et de loyers des projets.</p>
--

Les pouvoirs adjudicateurs devraient à l'avenir éviter de communiquer le montant prévisionnel de loyer qu'ils seraient en capacité de payer pour le financement d'un contrat de PPP, et ce à fin de laisser jouer pleinement la concurrence, notamment sur le prix des offres finales proposées. De même, le coût prévisionnel apparaissant dans l'évaluation préalable ne devrait pas être rendu public.

Annexe VII

D'autre part, l'absence de concurrence pour certains projets peut *in fine* annuler l'intérêt de recourir à un PPP. La présence d'un seul candidat pose en effet un problème réel en termes de concurrence et de coût final de l'offre, comme le montre l'exemple de la rénovation du zoo de Vincennes (*cf. encadré suivant*).

Encadré 6 : La rénovation du zoo de Vincennes

Pour le projet de contrat de partenariat passé par le Muséum national d'histoire naturelle (MNHN) pour la rénovation du zoo de Vincennes, un seul candidat a répondu à l'appel à la concurrence. D'après l'équipe du MNHN chargée de ce projet, une pression à la baisse du prix de l'offre finale a pu être exercée, dans la mesure où il existait une menace d'abandon du projet si le coût de l'offre demeurait trop élevé.

Néanmoins, le candidat a pu douter de la réalité de cette menace : le projet de rénovation du zoo de Vincennes étant un projet ancien, bénéficiant d'un portage politique fort, et dont la réalisation par un contrat classique sous maîtrise d'ouvrage publique avait été rejetée par le ministère de l'enseignement supérieur pour des raisons budgétaires (impossibilité pour le ministère de financer par subvention budgétaire tout l'investissement nécessaire).

De fait, on constate une hausse du total des redevances entre l'offre intermédiaire et l'offre finale de 59 804 000 €.

D'après le cabinet de conseil Grant Thornton, conseil de la personne publique pour la conclusion de ce contrat, cette augmentation du montant total des redevances entre les deux tours s'explique par :

- l'augmentation des coûts de financement pour 28,7 M€ du fait d'une augmentation des taux (légèrement compensée par une baisse des marges des banques) et du TRI actionnaire ;
- l'augmentation des coûts d'entretien maintenance pour 22 M€ du fait du transfert de certaines charges de maintenance au titulaire du contrat. Ces charges ne sont en contrepartie plus assumées par le muséum.

Cette hausse des coûts de financement et des coûts d'entretien n'explique pas la totalité de la hausse des redevances constatée entre les deux tours. Un reliquat de 8 millions € de hausse reste inexpliqué à ce stade.

Tableau 2 : Écart entre l'offre intermédiaire et l'offre finale pour le projet de rénovation du zoo de Vincennes

	Offre intermédiaire (en k€)	Offre finale (en k€)	Variation (en k€)
Redevance 1 (redevance d'investissement)	126 995	133 807	+6 812
Redevance 2 (redevance de financement et d'impôts sur les sociétés)	96 041	124 830	+28 789
impôts et taxes	12 103	13 950	+1 847
Redevance 3 (entretien, maintenance et frais de gestion de la société)	38 623	60 583	+21 960
Redevance 4 (gros entretien, renouvellement,)	38 849	38 710	-139
Redevance 5 (recettes annexes ou loyer négatif)	-45 095	-44 558	+537
Total redevance cumulée	267 517	327 321	+59 804

Source : Musée national d'histoire naturel et cabinet de conseil Grant Thornton, 23 novembre 2009.

Proposition n° 9 : Annuler la procédure d'attribution lorsqu'un appel public à la concurrence publié pour la passation d'un PPP ne provoque le dépôt que d'une seule offre

Dans le cas où un seul candidat est en mesure de participer au dialogue compétitif, le recours au PPP perd de son intérêt, et devient trop risqué. Dès lors, la mission recommande que la procédure d'attribution soit annulée, que le projet soit reconfiguré et qu'une nouvelle procédure soit initiée de manière à ce qu'une concurrence effective puisse s'exercer.

2.2. Des services publics ou des types de projets semblent peu adaptés à la conclusion de PPP

2.2.1. L'exigence de mutabilité inhérente à certains services publics est peu compatible avec la rigidité du cadre contractuel des PPP

La très longue durée des contrats nécessite, d'une part, que les besoins fonctionnels de la personne publique soient bien définis, et d'autre part qu'ils évoluent peu sur la durée du contrat. Tout changement du contrat donnera lieu à la rédaction d'un avenant et sera facturé à la personne publique par le titulaire du contrat (*cf. supra*).

Cette rigidité inhérente aux contrats de partenariats public-privé rend cet outil peu approprié à certains services publics trop évolutifs. C'est notamment le cas des domaines hospitalier et médico-social, où les besoins évoluent rapidement. En effet, non seulement les pratiques médicales changent rapidement, mais en outre les hôpitaux doivent sans cesse adapter leur offre de soin pour améliorer leur rentabilité. Ces évolutions peuvent avoir un impact important sur l'organisation physique des structures (nombre de lit, localisation des salles d'opération, ouverture ou fermeture de services). **Dans le domaine de la santé, la rigidité juridique du PPP risque donc de figer le bâtiment et son exploitation, de générer des surcoûts importants ou de limiter les possibilités d'économies.**

Cette rigidité du contrat de PPP, confrontée à la nécessaire évolution des structures hospitalières, expliquent en partie les difficultés financières rencontrées aujourd'hui par le CHSF :

- ◆ alors même que l'immeuble construit par Eiffage va devoir fréquemment être adapté pour permettre la mise en place de coopérations opérationnelles avec d'autres établissements et d'autres professionnels, qui seules permettront à terme au CHSF d'atteindre l'équilibre d'exploitation, les procédures permettant d'encadrer et de gérer ces adaptations ne font pas l'objet de développements spécifiques dans le contrat. Il n'existe en particulier pas de bordereau de prix unitaire permettant d'encadrer la tarification de travaux futurs ;
- ◆ or, Héveil, groupement mis en place par Eiffage pour la réalisation du BEH, étant pour 30 ans propriétaire de l'immeuble, toute modification de celui-ci requiert nécessairement son aval et en fait son intervention. Dans ce cadre, Héveil n'est en rien incité à maîtriser le coût de ses prestations, d'autant plus que la procédure prévue en cas de contestation est lourde (*cf. supra*) ;
- ◆ par ailleurs, si le CHSF décidait de recourir à une entreprise extérieure, il se placerait en situation de risque, Héveil pouvant dès lors se considérer comme affranchi de l'obligation qu'il a aux termes du contrat d'exploiter et maintenir l'immeuble pendant 30 ans et de le remettre en bon état de fonctionnement au bailleur à l'issue du bail.

Ce constat ne condamne pas tout PPP dans la sphère hospitalière et médico-sociale. Pour certains besoins standards, autres que la construction des bâtiments, le PPP peut encore trouver sa place. Il en est ainsi des contrats de gestion des fluides, par exemple. Cependant, il en réduit cependant fortement l'utilisation ; **la mission estime en effet que le recours à un PPP global portant sur la conception, la construction, la maintenance et l'exploitation d'un établissement de santé présente des risques qui sont difficilement maîtrisables.**

De même, dans le domaine de l'enseignement supérieur, les besoins des universités seront amenés à évoluer dans les prochaines années. L'autonomisation des établissements, la probabilité de regroupements entre établissements et les modifications des besoins résultant de l'utilisation croissante des nouvelles technologies pourraient avoir des effets importants sur les besoins des établissements. **Dans ce contexte mouvant, la construction et l'exploitation d'équipements figés sur très longue période peut poser problème.** À ce stade, très peu d'universités ont conduit des PPP, ce qui explique que les demandes de modification du programme fonctionnel sont encore peu nombreuses. Néanmoins, la question de la mutabilité de ces équipements est bien réelle.

Proposition n° 10 : Ne pas utiliser les PPP dans les domaines où l'exigence de mutabilité du service public est forte

Au total, la mission recommande que dans les domaines où, comme dans la santé et dans l'enseignement supérieur, l'exigence de mutabilité du service public est forte, les investissements soient réalisés avec d'autres instruments de commande publique que les PPP. Dans ces services publics, il est souhaitable que seuls les projets relatifs à la gestion des fluides ou à des besoins non évolutifs ne puissent faire, le cas échéant, l'objet d'un PPP.

Proposition n° 11 : Prévoir dans tout contrat de PPP des clauses de mutabilité permettant d'adapter le contrat aux évolutions du service public

Dans les secteurs de l'action publique où les besoins évoluent peu, des clauses de mutabilité devraient néanmoins être prévues dans le contrat de PPP. Ces clauses de mutabilité devraient prévoir :

- ◆ **des clauses d'escalade** permettant de mesurer régulièrement la qualité et le coût des prestations au regard des évolutions technologiques et du prix du marché ;
- ◆ en annexe au contrat, **un bordereau des prix fixant à l'avance le prix qui sera facturé par le titulaire du contrat pour une modification non-substantielle du contrat initial ;**
- ◆ **des rendez-vous réguliers et surtout des mécanismes de parangonnage ou « benchmark » afin de vérifier si les prix pratiqués et la technologie offerte correspondent au prix du marché.**

Le contrat de partenariat signé par le ministère de la Défense en mai 2011 pour le regroupement des états majors et services centraux sur le site de Balard contient ainsi une clause dite d' « escalade », qui gagnerait à être répliquée (*cf. encadré suivant*).

Encadré 7 : La clause « d'escalade » du projet Balard

L'article 43 du contrat prévoit un mécanisme permettant au ministère de la Défense de s'assurer de l'adéquation du prix et/ou de la qualité des prestations au regard des évolutions du marché et des technologies. Il est procédé à une vérification du rapport prix/qualité tous les cinq ans, à la date anniversaire de la date effective de fin des travaux, pour toutes les prestations de services, à l'exclusion de la prestation de nettoyage. Pour cette dernière, le contrôle est effectué tous les trois ans.

Si une évolution de la prestation, dans son périmètre et/ou son prix, s'avère nécessaire, le prestataire effectue, de sa propre initiative ou sur demande de l'État, propose un nouveau format pour cette prestation. Si le prestataire et l'État n'arrivent pas à un accord sur le prix ou le périmètre nouveau de cette prestation, trois mécanismes de calibrage sont prévus :

- un premier contrôle de la qualité des prestations est effectué sous la forme d'un **étalonnage ou « benchmarking »**, visant à déterminer si le chiffrage établi par le titulaire se situe dans un niveau correct et cohérent compte tenu de la technologie employée et des niveaux de service attendus. Il doit notamment permettre au ministère de se prononcer, sur l'opportunité de la mise en œuvre d'une évolution. Faute pour les parties d'agréer les conclusions de l'expert et de parvenir, au vu de ses conclusions, à la détermination du périmètre et du coût de l'évolution à mettre en œuvre, le titulaire effectue un test de marché selon les modalités indiquées ci-après ;
- un second type de contrôle consiste en un **test de marché**. Le titulaire doit alors obtenir, pour chacune des prestations objet d'évolutions, trois devis auprès de professionnels des prestations en cause. Faute pour les parties de parvenir, sur la base des devis ainsi obtenus par le titulaire, à un accord sur le périmètre et le coût de l'évolution concernée, le titulaire organise une mise en concurrence comme indiqué ci-après ;
- le **ministère peut procéder à une mise en concurrence**. A l'issue de cette mise en concurrence, si un candidat propose une prestation de meilleure qualité ou à un prix plus faible, le ministère peut retenir son offre au détriment de celle proposée initialement par le prestataire.

2.2.2. L'absence de délégation effective de la maîtrise d'ouvrage au partenaire privé diminue l'intérêt d'un recours au partenariat public-privé

Avec la globalité de la mission confiée, le paiement public différé et le préfinancement privé, **le transfert de la maîtrise d'ouvrage au cocontractant constitue l'un des éléments fondamentaux d'un partenariat public-privé**. Il doit permettre d'assurer l'adéquation entre les besoins et les choix techniques arrêtés, de confier la gestion des interfaces entre les prestataires au cocontractant et d'être source d'économies pour la personne publique. Le transfert de la maîtrise d'ouvrage au partenaire privé implique que la personne publique, destinataire final de l'ouvrage, n'assure pas la direction technique des opérations et ne fournisse au maître d'ouvrage que des éléments de programme. La délégation de la maîtrise d'ouvrage suppose une connaissance des enjeux du métier de la personne publique par le cocontractant.

Or, l'effectivité du transfert de la maîtrise d'ouvrage au cocontractant est remise en cause dans plusieurs des projets analysés par la mission.

♦ **Une délégation de maîtrise d'ouvrage risquée dans le cadre de projets SI :**

Le transfert de la maîtrise d'ouvrage peut être délicat en matière de projets de système d'information (SI). La conception de SI liés au cœur de métier de la personne publique constitue souvent un projet sur-mesure et implique une connaissance fine de son environnement et des spécificités de son activité. Le niveau de détail d'un programme fonctionnel ne suffit pas à garantir que les choix techniques retenus seront adaptés. Le transfert de la maîtrise d'ouvrage au cocontractant doit alors s'accompagner, plus encore que pour d'autres projets, d'un suivi très étroit par la personne publique lors des revues d'avancement pour **assurer la cohérence entre le SI et la stratégie de réorganisation des processus opérationnels**.

La mission appelle à une grande prudence quant au recours au partenariat public-privé pour la réalisation de projets SI. Dans l'examen de l'évaluation préalable, la MAPPP devra être particulièrement vigilante sur ce point. La forte difficulté technique des projets SI, notamment liée à la fonction d'intégration, peut trouver une réponse dans des modes d'investissement alternatifs comme les contrats globaux ou les marchés publics non allotés.

Encadré 8 : La délicate délégation de la maîtrise d'ouvrage dans le projet de la billetterie du château de Versailles

Le contrat de partenariat signé entre l'établissement public du château, du musée et du domaine national de Versailles (EPV) et la société Logica (ex-Unilog) le 8 février 2007 **illustre la difficulté de déléguer la maîtrise d'ouvrage pour un projet informatique de grande ampleur touchant les métiers clés de la personne publique.** Le contrat de partenariat visait à confier à Logica, dans le cadre du projet stratégique du « Grand Versailles », la conception et l'exploitation d'un système d'informations assurant la gestion des publics, la billetterie, les réservations et diverses prestations associées. Le recours au partenariat public-privé était notamment motivé par la complexité du projet liée à l'importance de la fonction d'intégration et à la multiplicité des interfaces à gérer.

Environ 130 personnes, sur les 900 que compte l'EPV, étaient concernées par la réorganisation des métiers liée au projet de système d'informations. La compréhension des besoins de l'EPV par Logica ne pouvait se limiter au programme fonctionnel. Des spécifications détaillées devaient être fournies par l'EPV à Logica, ce qui a conduit à une organisation en « mode projet » de la part de l'EPV pour préciser les contraintes des directions utilisatrices. Le cocontractant n'assumait que partiellement la maîtrise d'ouvrage et s'en remettait trop fréquemment à des choix et à un soutien de l'EPV pour l'avancement du projet. La difficulté de Logica à prendre la mesure des besoins et à saisir les spécificités de l'activité de l'EPV expliquent en partie l'échec du projet et la résiliation unilatérale du contrat par l'EPV le 23 mai 2008. Un projet SI d'ampleur plus limitée a par la suite été repris de façon segmentée (billetterie, centre de contact, site internet...) via des marchés publics classiques et a abouti à la mi-2009.

◆ **Un transfert de la maîtrise d'ouvrage artificiel pour certaines activités atypiques :**

La connaissance par le cocontractant du métier de la personne publique s'avère imparfaite dans plusieurs des projets examinés par la mission (métier d'un hôpital dans le cadre du BEH du centre hospitalier sud-francilien, modalités de travail de la douane française dans le projet de taxe poids lourd...). **Cette connaissance du métier de la personne publique apparaît parfois superficielle pour des activités associant un caractère exceptionnel et une grande spécificité technique. Le transfert de la maîtrise d'ouvrage s'avère alors artificiel :** la réalité des connaissances métiers et, *in fine*, du travail de conception demeurent dans les mains de la personne publique.

La mission de conception dévolue au cocontractant ne peut pas être pleinement assumée par le cocontractant et la personne publique mobilise des ressources pour le seconder, ce qui réduit les bénéfices attendus d'un recours au partenariat public-privé. La valeur ajoutée du cocontractant tient alors pour l'essentiel à la gestion des interfaces avec l'ensemble des prestataires privés concernés par le projet.

Encadré 9 : Un transfert incomplet de la maîtrise d'ouvrage dans le cadre du projet de rénovation parc zoologique de Paris (PZP)

Le muséum national d'histoire naturelle (MNHN), gestionnaire du parc zoologique de Paris (PZP), a conclu le 24 février 2010 avec la société Chrysalis un contrat de partenariat à l'issue d'un dialogue compétitif pour lequel une seule offre finale a été déposée. Le contrat a été conclu pour une durée de 25 ans à compter de la réouverture du zoo de Vincennes prévue en 2014. Il a pour objet **la rénovation du zoo de Vincennes pour un montant d'investissement initial d'environ 130 M€.** Le cocontractant se voit confier une mission de conception et de réalisation des ouvrages (serre, enclos...), de préfinancement, de maintenance, d'entretien, de gestion des fluides et de nettoyage.

L'activité du parc zoologique de Paris est d'une très grande technicité et son expertise apparaît unique

sur le marché français et rare en Europe. La conception et la réalisation des ouvrages prévus au contrat doivent favoriser « *la conservation et le bien être des espèces vivantes* ». **L'état de l'art concernant la conservation de plantes ou d'animaux extrêmement rares et fragiles ne se trouve qu'au sein du PZP** et peut faire l'objet d'interprétation entre les équipes du PZP et les conseils du cocontractant.

La connaissance des exigences du métier du PZP par le cocontractant est ainsi assez faible et les spécifications du projet technique révisé (annexe T2 bis du contrat) ne suffisent pas orienter le cocontractant vers les choix techniques les plus appropriés. **Le cocontractant, même assisté de conseils zoologiques, n'est pas en mesure d'assumer sa mission de conception sans un appui permanent des équipes zoologique du PZP.** Le programme zootechnique est ainsi affiné très fréquemment ce qui mobilise les ressources du muséum. **L'absence de transfert effectif de la maîtrise d'ouvrage au cocontractant est ainsi inhérente à la spécificité de l'activité du PZP.**

Proposition n° 12 : Déterminer, lors de l'examen de l'évaluation préalable par la MAPPP, si le projet de partenariat public-privé s'avère compatible avec un véritable transfert de la maîtrise d'ouvrage au cocontractant

Dans ces conditions, la mission recommande que la MAPPP porte une plus grande attention, dans son avis préalable, sur la réalité du transfert de la maîtrise d'ouvrage au candidat qui sera *in fine* retenu (connaissance du métier de l'entité publique par les candidats potentiels, importance des spécificités de l'environnement de la personne publique...). L'effectivité de ce transfert devrait être un élément clé de l'avis rendu sur l'évaluation préalable, ainsi que de l'avis de conformité.

2.3. Les acheteurs publics devraient se doter de structures centralisées capables de préciser l'expression des besoins, de fonctionner en « mode projet » et de conduire efficacement les dialogues compétitifs

L'organisation retenue par les acheteurs publics pour conduire une procédure de passation de partenariats public-privé varie selon le type de montage retenu, la personne publique concernée (État, collectivité locale, hôpital, etc.) et même, au sein de l'État, selon le ministère (cf. *infra*) :

- ◆ pour l'État, deux modèles dominant :
 - dans la plupart des cas, une cellule est constituée, au sein de l'administration centrale, de manière à conduire la procédure en « mode projet », en partenariat avec les directions techniques de l'administration (directions des finances, des affaires juridiques, etc.), et les utilisateurs finaux de l'investissement ;
 - parfois, les projets peuvent être conduits par un établissement public dédié, comme l'Agence pour l'immobilier du ministère de la Justice (APIJ) ;
- ◆ pour les établissements publics de l'État (Réseau ferré de France, les universités etc.), le projet est conduit par une équipe dédiée, parfois avec l'appui technique de l'administration centrale ;
- ◆ pour les collectivités locales, les modalités d'organisation dépendent de leur taille. Si l'organisation en « gestion de projet » domine, dans les plus petites collectivités, l'équipe en charge de la négociation peut être réduite à un agent, voire être *de facto* externalisée à l'assistance maîtrise d'ouvrage (AMO) ;
- ◆ enfin, pour la sphère hospitalière, les projets sont instruits localement par les établissements de santé, le cas échéant avec l'appui des agences régionales de santé (ARS). Ils sont ensuite soumis ensuite au contrôle de l'ANAP.

Les développements suivants portent sur l'organisation retenue par les acheteurs publics de l'État et de ses établissements publics ; ils montrent que cette organisation est importante, et qu'elle explique souvent les succès, ou les échecs, rencontrés dans les projets de PPP.

2.3.1. L'organisation des ministères pour la passation des PPP est très hétérogène

2.3.1.1. Certains ministères se sont pourvus de structures performantes chargées de conduire la passation des contrats de PPP

- ♦ Au sein du ministère de la Justice, les grands projets de PPP sont élaborés puis négociés par une agence spécifique : l'Agence pour l'immobilier de la justice (APIJ) :

Le ministère de la justice a recours, pour toutes les grandes constructions neuves, les rénovations importantes ainsi qu'aux investissements d'un montant supérieur à 7 M€ à l'Agence pour l'immobilier de la justice (APIJ), opérateur immobilier constitué en établissement public.

Encadré 10 : L'APIJ

Créé sous le nom d'Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la Justice (AMOTMJ), l'opérateur est rapidement monté en charge, à partir du 1^{er} janvier 2002, pour permettre notamment la mise en œuvre de la loi de programmation pour la justice (LOPJ), couvrant la période 2002-2007. Ses missions ont été élargies en 2004 au montage de contrats et projets en partenariat public-privé¹¹. Cet élargissement du champ des missions de l'agence a été concrétisé par le décret n°2006-208 du 22 février 2006 modifié relatif au statut de l'AMOTMJ.

Au 1^{er} janvier 2011, les effectifs gérés par l'agence sont budgétairement fixés à 110 équivalents temps plein (ETP), répartis comme suit :

- 95 ETP au titre de l'APIJ ;
- 15 ETP au titre de l'Établissement public du palais de justice de paris (EPPJP), spécifiquement chargé de la réalisation du futur tribunal de grande instance de la capitale.

Le montant des dépenses de fonctionnement qu'elle gère est de 11,9 M€ HT, dont 7,7 M€ HT au titre du personnel et 3,9 M€ HT au titre des moyens de fonctionnement.

Opérateur spécialisé, l'APIJ a accumulé depuis sa création un savoir-faire technique, qui lui permet de prendre en charge les procédures d'investissement les plus complexes. Elle a porté le développement du PPP dans le champ pénitentiaire et judiciaire.

Un des objectifs premier de l'APIJ, fixé par son contrat de performance 2011-2013, est de sécuriser les montages juridico-financiers, et en particulier les PPP. Pour ce faire, l'APIJ a créé en son sein un comité de pilotage PPP, piloté par le directeur général. Des **journées de formation** sont organisées afin de permettre la diffusion des savoirs en la matière au sein des équipes.

Cette agence a su capitaliser et diffuser l'expérience acquise en matière de négociation et de conduite des PPP. Elle a ainsi **produit des guides et référentiels permettant d'affirmer une doctrine immobilière et de faciliter la programmation de toute nouvelle opération de rénovation ou de construction,** en définissant les principes généraux d'organisation et d'installation technique.

¹¹ Article 205 de la loi du 9 mars 2004 relative aux adaptations de la justice aux évolutions de la criminalité.

L'expertise accumulée par cette agence en matière de négociation des contrats se reflète dans l'équilibre des risques particulièrement favorable à la personne publique retenu dans certains des PPP qu'elle contracte. Ainsi, l'APIJ refuse de faire peser sur la personne publique le risque lié aux intempéries, alors même que d'autres ministères, et notamment le ministère en charge de l'enseignement supérieur, acceptent de partager ce risque avec le prestataire privé.

Une amélioration qui pourrait être apportée au fonctionnement de l'APIJ concerne le lien qu'elle entretient avec les établissements pénitentiaires et les palais de justice construits en PPP. Lors de la négociation du contrat puis de la construction des bâtiments, le projet est intégralement suivi par l'APIJ. Une fois le bâtiment construit, le suivi de l'exécution du contrat, dans sa partie maintenance, relève directement des directeurs des établissements concernés. Ces derniers font remonter assez peu d'information à ce stade à l'APIJ sur la qualité des prestations de maintenance et les éventuelles difficultés rencontrées. Or, ces informations pourraient venir enrichir l'analyse de l'APIJ en matière de contractualisation, et notamment dans sa négociation des clauses d'exploitation-maintenance avec les prestataires privés.

◆ **Au sein du ministère de la Défense, le suivi des contrats de PPP est en partie déconcentré, au sein d'équipes projets :**

Le ministère de la Défense a choisi de ne pas concentrer toutes les compétences au sein d'une même structure :

- ◆ chaque grande entité du ministère reste compétente pour définir, décider et réaliser ses projets, que ce soit en MOP ou en PPP ;
- ◆ **une « mission partenariats public-privé » a été constituée au sein du secrétariat général pour l'administration (SGA), mais elle ne peut que conseiller les entités responsables des projets sans pouvoir leur imposer le moindre choix ;**
- ◆ en dépit de cette mission, les structures de gestion du secrétariat général pour l'administration (la direction financière et la direction juridique) se sont dotées de spécialistes des PPP qui interviennent à qualité lors du montage des dossiers ;
- ◆ **une entité spécifique, la délégation pour le regroupement des États-majors et services de la Défense (DRESD) a été créée en octobre 2008 par arrêté ministériel pour s'occuper spécifiquement du projet de regroupement des services sur le site de Balard.** Elle est placée sous l'autorité directe du ministre et de son cabinet. La DRESD regroupe une équipe de douze personnes, qui a rédigé le programme fonctionnel, conduit le dialogue compétitif avec les trois candidats, et finalisé la rédaction du contrat avec le candidat retenu. Cette équipe est directement rattachée au ministre et à son cabinet. Cette délégation avait des compétences allant au-delà du PPP *stricto sensu* puisqu'elle avait pour mission, non seulement de choisir l'offre et de négocier le contrat, mais aussi de déterminer en amont le détail du programme après avoir arrêté les effectifs de chacune des entités regroupées sur le site.

Néanmoins, toutes les grandes décisions relatives aux projets d'investissement du ministère sont prises au sein du comité ministériel d'investissement (CMI).

Encadré 11 : Le comité ministériel d'investissement (CMI) du ministère de la Défense

Le CMI est compétent pour les programmes d'armement, les projets d'infrastructures, le maintien en condition opérationnelle (MCO), les systèmes d'information et de communication (SIC), les études de défense, etc. Le CMI se réunit tous les mois, sous présidence du ministre et rassemble :

- des membres permanents, que sont le chef d'état-major des armées (CEMA), le directeur général de l'armement (DGA), le secrétaire général pour l'administration (SGA) ;
- des invités permanents, que sont le chef du contrôle général des armées (CGA), le directeur des affaires financières (DAF).

Les projets passent devant le CMI à chaque changement de stade (étude, exploitation etc.). Ainsi, pour le projet de contrat de partenariat pour la construction du nouveau ministère de la défense à Balard, le CMI du 26 avril 2011 a approuvé le lancement du projet et la libération de 1,2 Md€ d'autorisations d'engagement.

Le CMI regarde essentiellement les aspects budgétaires du projet, et n'est pas chargé du montage juridique du contrat.

L'organisation retenue pour le projet Balard est particulièrement intéressante, en ce qu'elle ébauche une tentative de concentration au sein d'une seule équipe des compétences juridiques, techniques et financières permettant de bâtir le projet et de négocier le contrat. En effet, **dans le cas du contrat de Balard, celui-ci a préalablement été négocié au cours d'un dialogue compétitif mené par la DRES**, même si le contrat de partenariat a été signé par le secrétaire général pour l'administration.

◆ **L'essentiel des compétences du ministère en charge de l'équipement est centralisé au sein de la direction générale des infrastructures de transport et de la mer (DGITM) :**

Le ministère de l'environnement, du développement durable et de l'énergie (MEDDE) assure la tutelle des plus grands programmes réalisés en PPP, mais le plus souvent par l'intermédiaire des établissements publics concernés : réseau ferré de France (RFF) pour les lignes grande vitesse (LGV), Voies navigables de France (VNF) pour les canaux. L'organisation actuelle du MEDDE pour les PPP a été mise en place lors de la réalisation des premiers programmes de construction des autoroutes. **L'essentiel des compétences en matière de PPP est, selon la nature des projets, plus ou moins centralisé au sein de la DGITM.**

Encadré 12 : L'organisation de la DGITM pour la réalisation de PPP

Comme le rappelle le rapport du Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) dans son rapport n°007604-33 d'août 2011 sur l'organisation du MEDDTL pour les PPP, **un Département PPP infrastructures et transports (DPPP-IT) a été créé, au début de l'année 2010, au sein de la DGITM.** Le DPPP-IT comprend lui-même trois pôles :

- un pôle « procédures et contrats », chargé des questions juridiques ;
- un pôle « économique et financier » ;
- un pôle « conduite des projets ».

L'idée était d'associer à chaque responsable de projet un spécialiste juridique appartenant au premier pôle et un spécialiste financier appartenant au deuxième pôle.

Le dispositif de suivi par DPPP-IT des projets relevant de la maîtrise d'ouvrage d'établissements publics sous tutelle, essentiellement Réseau ferré de France (RFF) et Voies navigables de France (VNF) est plus léger. En effet, ces établissements sont, juridiquement, responsables de la conduite de ces projets. À cette fin ils ont constitué des équipes spécialisées. Ainsi, le pilotage opérationnel des projets de RFF et VNF est intégralement porté par ces deux établissements publics, et le DPPP-IT désigne seulement un de ses membres pour en assurer le suivi sans disposer de fonctions exécutives et opérationnelles.

Cependant, d'autres cellules que le DPPP-IT peuvent encore exister et s'occuper de PPP.

D'une part, la centralisation des attributions relatives aux PPP n'est pas complète au sein même de la DGITM :

- ◆ la direction des services de transport (DST) est compétente pour certains projets, en particulier les autoroutes de la mer et le projet de liaison ferroviaire directe entre le centre de Paris et l'aéroport de Roissy (« CDG express ») ;
- ◆ au sein même de la DIT, certains projets sont pilotés en dehors du DPPP-IT : tel est le cas pour l'éco-taxe poids lourds qui a été confiée à une équipe directement rattachée au directeur général.

Plusieurs directions sectorielles du ministère ont également conservé en leur sein des équipes susceptibles de suivre des dossiers de PPP. Ainsi, la direction générale de l'aviation civile (DGAC) comporte une sous-direction chargée d'exercer la tutelle des aéroports et, à ce titre, de suivre l'exécution de concessions aéroportuaires. De même, la direction générale de l'énergie et du climat (DGEC) dispose, au sein de la sous-direction compétente pour les systèmes électriques et énergies renouvelables, d'une équipe chargée de préparer les nombreux appels d'offres qu'entraînera le renouvellement des concessions hydroélectriques, lesquelles viendront à échéance durant les prochaines années.

2.3.1.2. Certains ministères ont adopté une structure de passation des contrats de PPP fortement déconcentrée

- ◆ **La décision de passation d'un PPP est prise au niveau des établissements de santé, sans que l'ANAP ou le ministère de la santé soit en capacité d'exercer un véritable contrôle :**

Le ministère de la santé bénéficie de l'expertise d'une agence spécialisée pour la conduite des projets de PPP. Il s'agit de l'ANAP. **Cependant, son positionnement dans le processus de construction des projets de PPP hospitaliers et son niveau d'expertise sont très différents de ceux de l'APIJ.**

D'une part, l'ANAP ne conduit pas les projets de PPP dans le domaine hospitalier, à l'inverse de l'APIJ au ministère de la Justice. Comme indiqué *supra*, ces projets sont montés par les établissements hospitaliers et médico-sociaux eux-mêmes, puis transmis pour avis à l'ANAP, qui joue, pour le ministère de la santé, un rôle similaire à celui de la MAPPP et n'a donc aucune fonction opérationnelle.

D'autre part, l'expertise de l'ANAP en matière de PPP est limitée. La fonction première de l'ANAP est de veiller à l'amélioration des performances financières des établissements hospitaliers et médico-sociaux, et c'est donc à ce titre qu'elle s'intéresse aux projets immobiliers menés par ces établissements.

D'ailleurs, le rôle d'accompagnement par l'ANAP des projets de PPP par les établissements de santé n'apparaît pas en tant que tel parmi les objectifs fixés dans son contrat de performance¹².

¹² Ce contrat fixe cinq objectifs stratégiques à l'ANAP :

- objectif 1 : promouvoir la performance interne des établissements sanitaires et médico-sociaux ;
- objectif 2 : piloter les projets performance en accompagnant les établissements et assurer le transfert de la mise en œuvre des expériences et des outils aux ARS ;
- objectif 3 : accompagner les établissements de santé et médico-sociaux dans leur ouverture sur les territoires ;
- objectif 4 : diffuser à grande échelle la culture et les outils de la performance ;
- objectif 5 : renforcer la performance interne de l'ANAP.

Pour ce qui est du montage des projets PPP et de la négociation du contrat, il n'existe donc pas d'équivalent de l'APIJ dans les champs hospitalier et médico-social. Chaque établissement construit son projet et négocie le contrat avec le prestataire privé. Cette situation n'est pas satisfaisante, les établissements n'ayant que peu de connaissance de ce type de montage. Ils ont donc un pouvoir de négociation plus faible face à des prestataires privé qu'une unité centralisée, spécialisée dans ce domaine, et capitalisant sur l'expérience passée de plusieurs projets.

◆ **Dans la sphère de l'enseignement supérieur et la recherche, la passation des PPP relève essentiellement des universités :**

Le lancement du plan campus a multiplié le recours aux PPP dans la sphère de l'enseignement supérieur et de la recherche. Antérieurement à l'« opération campus », cinq contrats de partenariats avaient été signés. Ces contrats de partenariat concernent les universités et établissements publics suivants :

- ◆ Paris IV pour le campus de Clignancourt pour (2009) ;
- ◆ Paris-Diderot (Paris VII) (2009) ;
- ◆ Université de Versailles Saint-Quentin pour la construction d'une UFR médicale (signé en novembre 2009) ;
- ◆ Université de Versailles Saint-Quentin pour un contrat de performance énergétique (signé le 23 juin 2011) ;
- ◆ Muséum nationale d'histoire naturelle pour la rénovation du zoo de Vincennes (2010).

Le lancement du plan campus s'est traduit pas le lancement de 11 projets en PPP, dont :

- ◆ 10 contrats de partenariats ;
- ◆ 1 montage dit « innovant », fondé sur une autorisation d'occupation temporaire (AOT) (pôle de recherche et d'enseignement supérieur –PRES- de Bordeaux).

Encadré 13 : Le Plan campus

L'opération campus est un plan d'une ampleur exceptionnelle en faveur de l'immobilier universitaire, visant à faire émerger des campus d'excellence qui renforceront l'attractivité de l'université française.

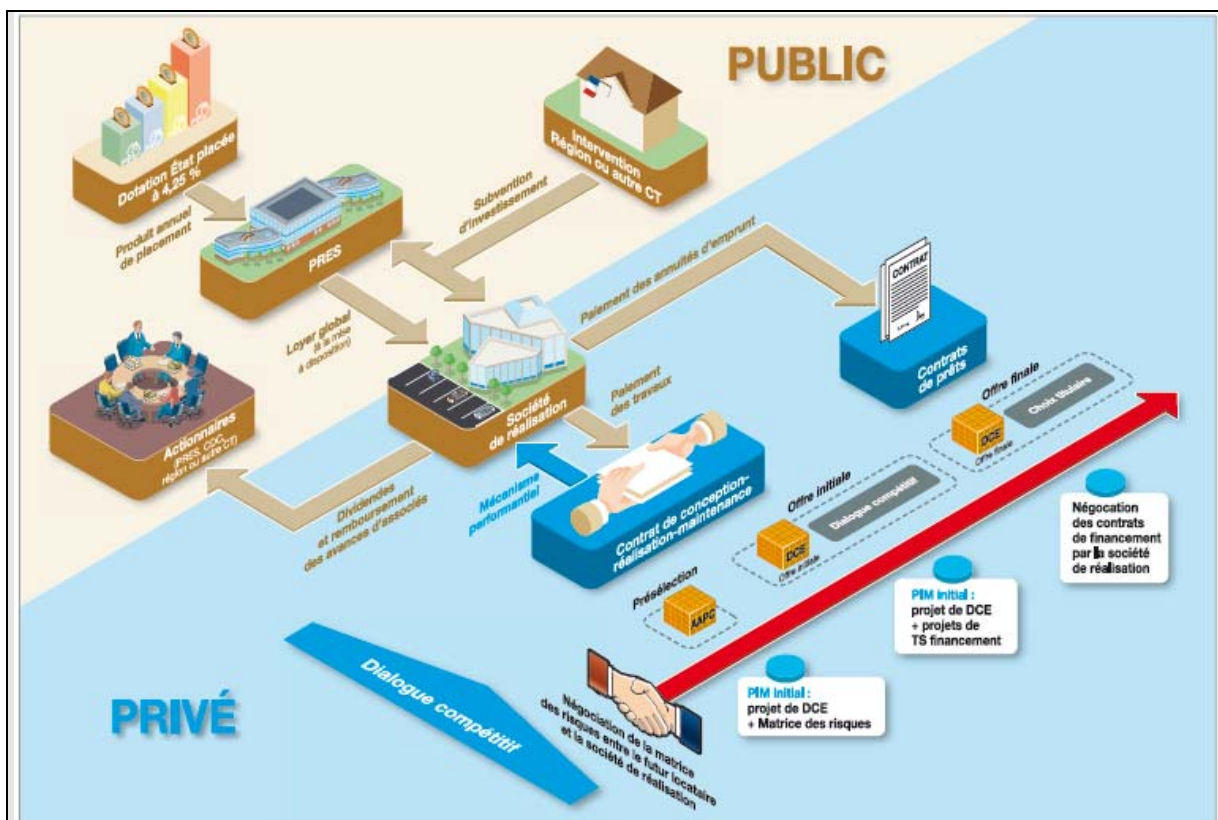
Lancée en février 2008, l'opération campus a pour objectif de rénover largement l'immobilier universitaire :

- **dix campus ont été sélectionnés**, sur concours, en deux vagues (mai et juillet 2008) ;
- **deux sites supplémentaires** sont venus se rajouter dans le cadre du plan de relance ;
- **9 campus prometteurs et innovants** ont été distingués.

L'opération est financée par les revenus d'une dotation non consommable de 5 Md€ placée au Trésor et rémunérée au taux de 4,032 %. Chaque campus s'est vu attribué une part de cette dotation. Actuellement confiée à l'ANR, la dotation sera transférée à chaque PRES (ou université à Strasbourg) lors de la signature du premier contrat de projet. La dotation restera néanmoins sur un compte au Trésor qui assurera sa non-consomptibilité. Les rémunérations seront versées trimestriellement par le Trésor à l'établissement. Compte tenu du mode de financement, le recours au contrat de partenariat est le mode de commande publique qui a été privilégié par les campus.

Devant le refus de certaines collectivités locales d'apporter un financement complémentaire à des projets qui seraient réalisés en partenariat public-privé (PPP), la Caisse des Dépôts a mis au point un montage (dit « innovant ») qui réplique le principe de fonctionnement d'un PPP mais avec une société de réalisation détenue uniquement par des personnes publiques.

Le schéma initial du montage CDC est le suivant :



Source : Caisse des Dépôts.

1. Création d'une société de réalisation détenue par des personnes publiques

Une société de réalisation (SR) est créée, avec pour actionnaire majoritaire le PRES (ou Agro ParisTech) et pour actionnaires minoritaires la Caisse des dépôts et consignations et dans le cas de Bordeaux, la région Aquitaine, dans le cas de l'Agro, l'INRA. Le modèle retenu est celui de la société par actions simplifiée, de droit privé.

2. Deux contrats sont prévus par le montage : une AOT-CMD entre le PRES et la SR, et des contrats de financement et de réalisation-maintenance entre la SR et les prestataires privés.

L'établissement conclut avec la société de réalisation une AOT assortie d'une CMD (convention de mise à disposition) qui prévoit la mise à disposition du PRES (ou de l'Agro) de locaux entretenus et rénovés sur 25 à 30 ans, en contrepartie du versement de loyers par le PRES (ou l'Agro) à la SR, loyers financés notamment par les revenus de la dotation campus.

Afin d'éviter la mise en concurrence de l'attribution de l'AOT-CMD, le montage prévoit que la SR soit en quasi-régie (*in house*) avec le PRES / l'Agro.

Ensuite, la société de réalisation conclut avec des partenaires privés un contrat global de CRM (conception-réalisation-maintenance) dans le cadre de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. Ce contrat global se rapproche très fortement d'un contrat de partenariat, à ceci près qu'il ne prévoit pas le financement dont la SR fait son affaire par ailleurs. Ce contrat global est conclu dans le cadre d'un dialogue compétitif.

Dans le schéma initial, la SR, dont le capital apporté par les actionnaires est réduit au minimum (30 000 € pour l'Agro), devait s'endetter auprès de banques. En raison notamment de ses activités, la SR est un organisme divers d'administration centrale (ODAC), qui ne peut donc plus s'endetter depuis la promulgation de la loi de programmation pluriannuelle des finances publiques 2011-2014.

Un arbitrage interministériel a ouvert la possibilité à la société de réalisation de recourir aux fonds d'épargne pour 80 % de sa dette, le reste devant être apporté par la section générale de la CDC (ces dispositions sont compatibles avec l'interdiction d'emprunt). Des difficultés, notamment en termes de

Annexe VII

garantie à apporter sur la partie fonds d'épargne, faisaient l'objet à la date de la mission d'un travail interministériel visant à les résoudre.

Encadré 14 : Le montage « innovant » du PRES de Bordeaux

Le 4 février 2008, le ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche publiait le « Cahier des charges de l'Opération Campus » avec une remise des notes d'intention pour le 30 avril 2008.

Le cahier des charges disposait que les réalisations seraient « *volontairement innovantes* » en reposant sur des « *contrats de partenariats, dans le triple objectif de rapidité de mise en œuvre, d'encouragement des relations entre les établissements d'enseignement supérieur et le secteur privé, de responsabilisation des équipes dirigeantes des universités conformément à la logique de la loi votée en août 2007* ». En outre, le financement devait assurer l'investissement et la maintenance, « *qui est trop souvent négligée par les propriétaires publics* », sur 25 ans après la mise en service. Enfin, le financement de l'État prétendait n'avoir qu'un effet de levier et le cahier des charges incitait les universités candidates à « *réfléchir (...) soit à la manière d'attirer des partenaires investisseurs qui partagent le même projet, soit à la possibilité d'intégrer dans leur projet de campus des activités économiques dont elles peuvent attendre des retours sur investissement* ».

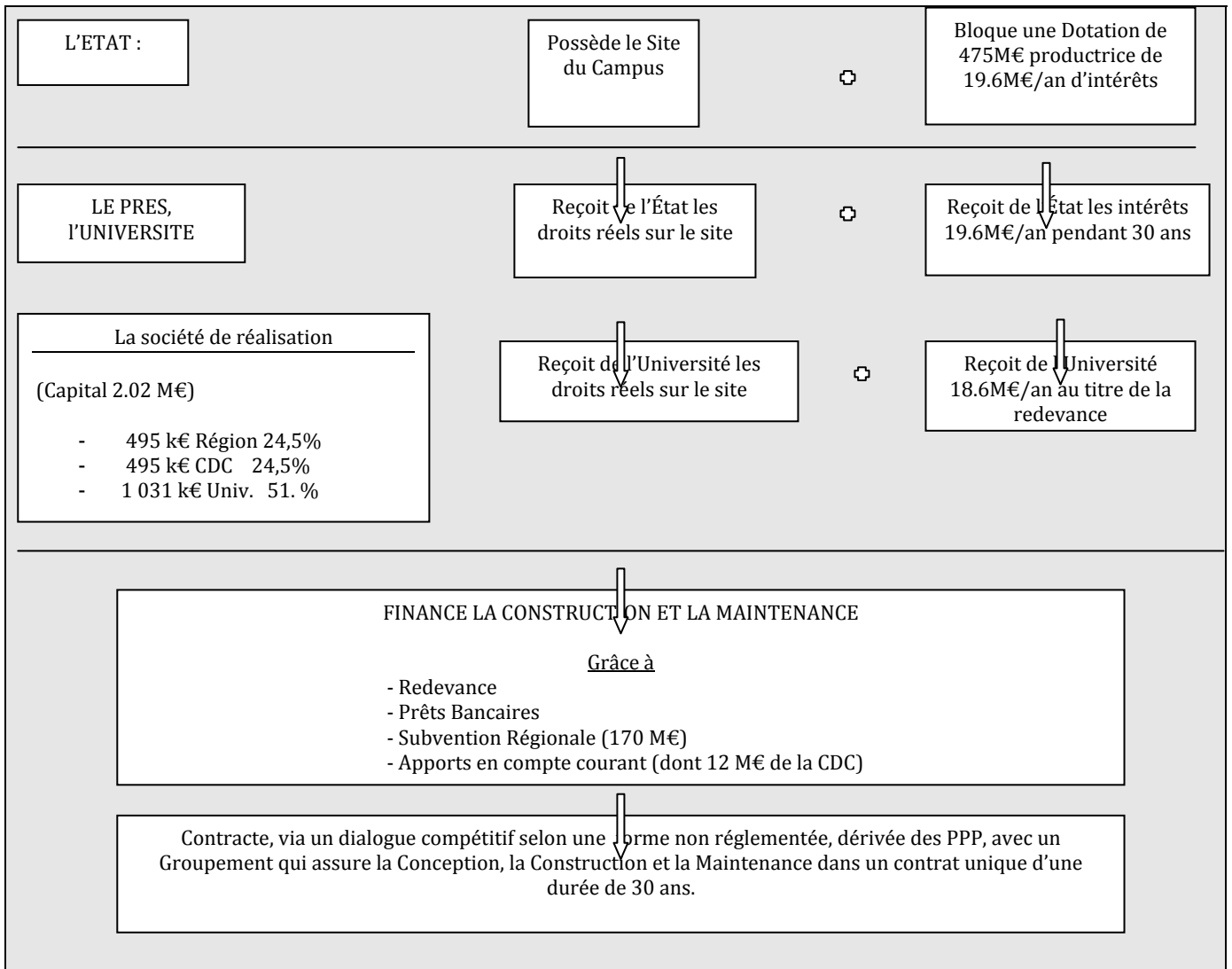
Le Conseil régional d'Aquitaine, n'étant pas favorable au développement des PPP mais souhaitait une rénovation du campus, a approuvé en novembre 2008 un protocole d'accord le liant avec le PRES et la Caisse des dépôts et consignations, dans la mise en place d'une structure partenariale. Une société de droit privé mais d'actionnariat intégralement public s'est substituée à l'opérateur privé des PPP dans toutes ses obligations (financement, réalisation, maintien en état d'usage des immeubles),

Le montage « innovant » est ainsi, dès son origine, un compromis, en substitution aux contrats de partenariats qui constituaient le moyen privilégié de réaliser les projets immobiliers « campus ».

Le montage « innovant » présente les caractéristiques d'un montage contractuel complexe et non réglementé. Son principal avantage résulte du fait que la société de réalisation est maître d'ouvrage, qu'elle finance et fait réaliser les prestations nécessaires au respect de son engagement contractuel avec l'Université de Bordeaux pour la conception, la réalisation et le maintien en état des programmes d'immeubles et d'aménagements que lui confie l'Université.

Annexe VII

Encadré 15 : Schéma de financement du montage « innovant » du PRES de Bordeaux



L'organisation du ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche (MESR) pour la conduite de PPP se situe à mi-chemin entre l'organisation de retenue au ministère de la justice et celle retenue au ministère de la santé.

Tout comme dans les établissements de santé, les universités sont autonomes dans leur décision de lancer un projet de PPP. Les universités sont les pouvoirs adjudicateurs. Elles rédigent l'évaluation préalable, le programme fonctionnel et mènent le dialogue compétitif.

Le MESR a créé récemment un établissement public spécialisé, l'établissement public d'aménagement universitaire de la région Île-de-France (EPAURIF). Celui-ci n'est pas chargé de réaliser les nouveaux investissements immobiliers des universités, mais seulement d'aider s'ils le souhaitent les responsables des universités, qui restent en toute hypothèse maîtres d'ouvrage des projets.

Cependant, il existe également au sein du MESR un service ayant des compétences en matière de PPP : il s'agit du service des grands projets immobiliers de l'État (SGPI). Les équipes projet des universités travaillent en lien avec ce service. Au sein du SGPI, un responsable spécifique à chaque projet est désigné pour le suivi de l'exécution du contrat.

Le SGPI a essentiellement un rôle de conseil des universités pour la conduite de leurs projets de PPP :

- ◆ ce service conseille les établissements sur l'ingénierie de projet et le financement. Il a publié des référentiels techniques sur l'organisation de projet, sur le recrutement des aides à la maîtrise d'ouvrage, sur la rédaction d'un programme performantiel ;
- ◆ pour tous les PPP signés, une convention est conclue entre l'État, représenté par le SGPI, et l'université, porteur du projet. Cette convention permet de régler la question du financement du projet. L'État y fixe une limite financière à son engagement ;
- ◆ le contrôle du SGPI sur les projets s'exerce essentiellement au travers des comités de pilotage, où il est représenté. Il s'agit néanmoins d'un contrôle limité, le SGPI ne pouvant imposer ses vues contre celles du reste des membres du comité.

◆ **L'organisation du ministère de la culture est également fortement déconcentrée. la décision de passation d'un PPP relevant en grande partie de ses opérateurs :**

Dans la sphère culturelle, les projets de PPP sont élaborés par les établissements publics relevant de la tutelle du ministère de la culture. Ces établissements bénéficient d'une autonomie financière, au titre de laquelle le ministère les laisse prendre l'initiative de la rédaction de l'évaluation préalable, du programme fonctionnel et les laisse ensuite mener le dialogue compétitif. Dans le cas, par exemple, du contrat de partenariat signé pour la refonte du système informatique de la billetterie et du comptage du château de Versailles (contrat signé le 8 février 2007), le projet et l'évaluation préalable ont été présentés à la MAPPP par l'établissement public.

Cette large autonomie des établissements publics ne signifie pas que le ministère ne leur apporte pas une aide technique pour l'élaboration du projet et l'élaboration du contrat. Au sein du ministère, le bureau des opérateurs suit ainsi les projets. Cependant, ce bureau, tout comme sa sous-direction, n'ont de compétence spécifique dans le domaine des PPP. **Le suivi est essentiellement budgétaire**, le bureau des opérateurs regardant l'impact d'un tel projet sur le budget de l'établissement et du ministère.

L'expérience du contrat de partenariat signé pour la rénovation de la billetterie du château de Versailles révèle un manque d'expertise juridique, au sein de l'établissement public comme au sein du ministère, pour la rédaction de ce type de contrats.

Encadré 16 : Les problèmes juridiques posés par le contrat de PPP de la billetterie du château de Versailles

Le prestataire avec lequel l'établissement public du château de Versailles avait contracté s'est vite révélé être défaillant. En mai 2008, l'établissement public s'est rendu compte que le prestataire ne serait pas en mesure de livrer le système d'information à échéance. La décision de résilier le contrat a donc été prise.

C'est alors qu'un certain nombre de clauses, contenues dans le contrat, se sont révélées être particulièrement défavorables à la personne publique. Il en est ainsi, notamment, d'une clause limitant la responsabilité du prestataire à 2 M€. Cette clause n'est pas accompagnée d'une clause similaire limitant la responsabilité de la personne publique, si bien qu'aujourd'hui, alors que le prestataire a attaqué devant le juge administratif la décision de résiliation, les risques indemnitaires pour les deux parties sont déséquilibrés. Le prestataire demande des indemnités de résiliation de 27,1 M€, et utilise cette clause de limitation de responsabilité pour n'être pas inquiété au-delà de 2 M€ en cas d'indemnités devant être versées au ministère.

2.3.2. Les ministères doivent se doter de structures centralisées pour conduire leurs projets de PPP et, plus généralement, leurs projets d'investissement de taille significative

Les ministères ayant retenu une organisation centralisée apparaissent comme moins soumis aux risques inhérents à tout investissement immobilier. La conduite des opérations immobilières est, en effet, un domaine éminemment technique, dans lequel de nombreuses prescriptions sont à prendre en compte. Dès lors, la capitalisation des connaissances métiers est indispensable pour éviter des risques potentiellement lourds de conséquences. **Compte tenu de leurs risques intrinsèques (cf. supra), les PPP renforcent cette nécessité. Même s'il est exceptionnel, l'exemple du CHSF montre qu'une mauvaise organisation peut avoir des conséquences dramatiques pour un PPP.**

Encadré 17 : Les défaillances organisationnelles dans la préparation du BEH du CHSF

L'analyse des conditions organisationnelles dans lesquelles a été décidé, préparé, négocié et suivi le BEH du CHSF révèle un certain nombre d'insuffisances :

- l'absence d'« équipe projet » dédiée, stable dans le temps, suffisamment structurée sur le plan technique et juridique pour constituer un interlocuteur de poids face au partenaire privé, a joué un rôle central dans l'échec du PPP ;
- la très grande instabilité dans le temps de l'équipe de direction, couplée à l'absence d'une équipe *ad hoc* disposant immédiatement d'appuis extérieurs, a également conduit à l'élaboration d'un programme fonctionnel insuffisamment précis ;
- enfin, le dualisme de l'hôpital public entre, d'une part, le personnel administratif et, d'autre part, le personnel médical, rend encore plus complexe la rédaction d'un programme fonctionnel. Si le programme fonctionnel du CHSF a bien été élaboré en lien avec des représentants des médecins, les travaux des différents groupes de travail n'ont pas permis d'éviter certains « oublis », comme, par exemple, le secteur médical de l'endoscopie sans anesthésie, non prévue dans le programme fonctionnel initial.

Source : IGF-IGAS.

À ce titre, le choix du ministère de la justice de centraliser dans une structure spécialisée dans le domaine des décisions d'investissement et de passation des PPP est particulièrement judicieux. **Il doit néanmoins être souligné que la nature juridique de la structure importe peu : si le fonctionnement actuel de l'APIJ sous forme d'établissement public est satisfaisant, elle aurait également pu être constituée sous forme de service à compétence nationale (SCN)¹³, rattaché directement au secrétariat général du ministère.**

Proposition n° 13 : Spécialiser, dans des structures aussi centralisées que possible au sein des différents ministères, la décision, la définition des besoins et la négociation des contrats de PPP

La structuration d'une « équipe projet » dédiée au niveau d'un ministère et rassemblant des compétences publiques et privées diverses, tant juridique que financière, doit en effet permettre de négocier dans de bonnes conditions avec les prestataires privés.

Cette recommandation emporte les conséquences suivantes pour les principaux acheteurs publics de l'État :

- ◆ **pour le ministère de la Défense** : il pourrait être envisagé de pérenniser la DRESO pour la négociation d'autres contrats importants. Cela permettrait notamment de centraliser au sein d'une structure unique l'expertise en ce domaine, et de capitaliser sur l'expérience des contrats passés.
- ◆ **pour le MEDDE** : il pourrait être envisagé de créer une structure centrale compétente pour l'ensemble des PPP du ministère :
 - une telle structure pourrait être rattachée au secrétariat général (SG) du ministère ;
 - une autre solution, préconisée notamment par le CGEDD dans son rapport d'août 2011 sur l'organisation du ministère pour les PPP, serait de maintenir la prééminence de la DGITM dans la procédure de passation de ces contrats. Toutes les autres directions générales devraient avoir l'obligation de faire appel à la DGITM pour les grands projets d'investissement entraînant la passation d'un contrat avec un prestataire privé. La DGITM serait de fait chargée de formaliser la doctrine du ministère en matière de passation de ces contrats et centraliserait les retours d'expérience sur les contrats récents.
- ◆ **pour les établissements de santé** : comme mentionné *supra*, **le recours au PPP pour les grands projets d'investissement dans le domaine de la santé semble devoir être limité**, car la rigidité de ce cadre contractuel n'est pas adaptée aux mutations rapides de ce secteur. **Pour les quelques projets de ce secteur qui ne nécessitent pas de souplesse particulière, et qui pourraient être réalisés sous forme de PPP** :
 - les établissements ne sont pas le bon niveau de conduite d'un PPP :

¹³ Les services à compétences nationales (SCN) ont été créés par le décret du 9 mai 1997. Non dotés de la personnalité juridique, ils sont rattachés à un directeur d'administration centrale ou à un ministre. Bien que relevant de l'administration centrale, ils sont proches, dans leur fonctionnement, des « agences » exécutives britanniques et peuvent bénéficier d'une souplesse de gestion.

Annexe VII

- **il aurait pu être envisagé de faire remonter au niveau de l'ARS l'élaboration du projet de PPP et sa négociation avec le prestataire privé. Néanmoins, force est de constater que les ARS connaissent encore très peu ces montages.** Elles ne les regardent pour le moment que sous l'angle de la soutenabilité budgétaire, et ne s'intéressent pas à la rédaction même des clauses du contrat. Par ailleurs, les projets en CP ou en BEH restent encore peu nombreux, ce qui signifie que certaines ARS ne peuvent pas accumuler d'expérience dans ce domaine¹⁴ ;
- **il serait donc préférable de faire remonter au niveau du ministère même leur élaboration et la négociation de leur contrat**, en lien naturellement avec l'établissement¹⁵. La mission recommande donc la remontée, par exemple au niveau du secrétariat général du ministère de la santé, des grandes décisions d'investissement dans le domaine hospitalier et médico-social. Le choix de passer par une loi MOP ou un PPP serait validé par cette structure, qui serait également chargée de la réalisation de l'évaluation préalable, de la validation du programme fonctionnel et de la négociation des contrats de PPP, en lien avec l'établissement concerné. Une telle centralisation des grandes décisions d'investissement permettrait également d'accroître le contrôle national sur ces investissements qui ont présenté, et présentent encore, des risques récurrents de surcapacités ;
- ◆ **pour le MESR :**
 - **comme dans le secteur de la santé, l'utilisation même du PPP pour ce secteur présente des risques importants.** Pour les PPP qui seraient néanmoins réalisés, le service des grands projets immobiliers (SGPI) pourrait utilement mener le dialogue compétitif et négocier le contrat de partenariat, en lien avec les établissements concernés ;
 - il pourrait ainsi être envisagé de renforcer le rôle et l'expertise du SGPI pour en faire un service à compétence nationale expert en procédures de passation de contrats de PPP ou de marchés publics importants relevant de la tutelle du ministère. Le SGPI devrait également rédiger l'évaluation préalable et s'assurer de la pertinence du choix du PPP.
- ◆ **enfin, pour le ministère de la culture :**
 - une structure spécifique, compétence en droit contractuel et pour la passation des PPP, pourrait être située au sein du secrétariat général, et disposer de l'expertise juridique de la direction des affaires juridiques ainsi que de l'expertise technique des bureaux de tutelle, le cas échéant ;
 - cette structure respecterait l'autonomie des établissements publics du ministère de la culture, mais pourrait apporter son aide aux équipes projets. Il est également nécessaire que cette structure ait un droit de regard sur l'opportunité des choix contractuels et sur l'équilibre général des projets avant leur soumission pour avis à la MAPPP, afin de les améliorer si nécessaire.

¹⁴ À titre d'exemple, l'ARS Aquitaine n'a eu à connaître que d'une seule évaluation préalable jusqu'à aujourd'hui : il s'agit de celle déposée pour un projet de contrat de partenariat pour la construction d'une chaufferie à l'hôpital de Périgueux.

¹⁵ Ce type de pilotage en central d'un projet de construction d'un hôpital existe déjà, puisque le projet d'hôpital de Pointe-à-Pitre est conduit par une équipe située au sein de la direction générale à l'offre de soins (DGOS).

2.3.3. Les équipes projets des personnes publiques doivent être renforcées et professionnalisées

Si le recours à des conseils extérieurs dans les domaines juridique, financier et technique s'avère indispensable, il n'exonère pas le pouvoir adjudicateur de ses responsabilités d'acheteur public. **Il lui incombe en effet de piloter l'ensemble de la procédure pendant la phase de négociation et d'examen des offres, et ce jusqu'à la signature du contrat, ce qui nécessite des compétences en interne.**

Au-delà du positionnement des structures chargées de négocier les PPP et les investissements les plus importants, la professionnalisation des pratiques en la matière est donc prioritaire.

Elle peut s'appuyer, tout d'abord, sur une formalisation des retours d'expérience. En plus du clausier-type de la MAPPP, chaque structure ministérielle en charge des PPP devrait ainsi établir un document récapitulatif de manière claire, pour son domaine spécifique :

- ◆ les sujets susceptibles de donner lieu à des difficultés et, le cas échéant, l'attitude à adopter ;
- ◆ les points de doctrine donnant lieu à débat.

Proposition n° 14 : Constituer des équipes projets stables, avec un chef ayant une réelle capacité décisionnelle, chargé de coordonner la consultation des acteurs pour la définition des besoins

Proposition n° 15 : Mettre en place un plan ambitieux de formation de directeurs de projet en agissant au sein de la formation initiale et continue ; développer la reconnaissance de cette compétence, tant au niveau central que local

La professionnalisation passe, ensuite, par une réflexion sur la composition de ces structures :

- ◆ **il est souhaitable que les équipes soient stables.** De même, il est préférable que l'équipe en charge du suivi de l'exécution du contrat soit en grande partie la même que l'équipe ayant négocié le contrat : il est en effet plus facile de faire respecter les clauses d'un contrat que l'on connaît parfaitement et que l'on a contribué à rédiger ;
- ◆ **La personne publique doit également veiller à s'entourer d'une équipe projet multidisciplinaire.** Cette équipe projet multidisciplinaire doit être constituée dès le stade de l'évaluation préalable afin de centraliser les informations nécessaires à la définition de ses besoins et de piloter les conseils ;
- ◆ il s'agit également, au sein de ces structures, de **mieux utiliser les compétences individuelles.** Les PPP sont des dispositifs complexes qui font appel à des compétences précises dans les domaines juridiques, économique et financiers. La maîtrise de ces compétences ne va pas de soi et suppose une acquisition préalable des connaissances requises. Il est donc nécessaire que les membres de ces structures bénéficient d'une formation, au sein par exemple de la nouvelle école des PPP mise en place par l'Institut de la gestion déléguée (IGD) et la MAPPP.

Encadré 18 : L'école des PPP

L'école des PPP est une association de la loi de 1901, fruit d'un partenariat entre la MAPPP, l'IGD, les universités Paris II (Panthéon-Assas) et Paris X (Paris-ouest-Nanterre), ainsi que l'École nationale des Ponts et Chaussées (Paris Tech).

Cette association permet à ses participants de **mettre en commun leur savoir-faire et leur**

expérience sur les contrats de long terme pour contribuer à la montée en compétence des acteurs publics et privés souhaitant s'engager dans la voie du partenariat public-privé.

Les publics visés sont :

- les directeurs juridiques, financiers, immobiliers et techniques des administrations d'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;
- les responsables immobiliers des structures hospitalières, d'enseignement secondaire et supérieur et du logement social.

- ◆ **or, l'effort de formation demeure insuffisant.** Alors que la première promotion de l'école des PPP compte une trentaine de personnes, 25 % des personnels en poste de responsabilité en matière d'achat public en Grande-Bretagne ont suivi la formation qualifiante de « l'Institut de la fonction achat et fourniture ». Il conviendrait de favoriser au sein des programmes des écoles de la fonction publique¹⁶ l'intégration de modules relatifs à la commande publique complexe, élaborés conjointement par l'IGD et la MAPPF sur la base de cas concrets. S'agissant de la formation continue, il conviendrait d'approfondir les initiatives existantes, notamment de favoriser une croissance rapide des promotions de « l'école des PPP » ;
- ◆ **cet effort doit s'accompagner de la reconnaissance au sein des administrations de ces compétences par la création de véritables filières de directeurs de projet.** Au niveau central, il convient de favoriser les parcours des agents dans les structures dédiées aux contrats de partenariat et de valoriser ces fonctions. S'agissant des collectivités territoriales, le Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) pourrait regrouper les directeurs de projet de manière fonctionnelle dans une nouvelle « famille professionnelle » intégrée au répertoire des métiers territoriaux.

Enfin, l'équipe projet doit savoir s'entourer de conseils compétents, en matière financière, juridique et technique, et accepter le principe d'une rétribution adéquate de ceux-ci. Elle **doit piloter de manière efficace les conseils**, qui, en l'absence de capacités décisionnelles suffisante chez la personne publique, ont tendance à jouer un rôle excessif, voire à « déposséder » la personne publique de ces choix. Les assistants à la maîtrise d'ouvrage (AMO) doivent en effet être des aides de l'administration, celle-ci ne saurait leur transférer ses responsabilités.

2.4. Les exigences de déontologie envers les conseils des entités publiques gagneraient à être renforcées

La complexité de conception et de rédaction de l'évaluation préalable, du programme fonctionnel puis du contrat conduit les pouvoirs adjudicateurs à s'adjoindre l'aide de conseils techniques, juridiques et financiers. Ce recours est nécessaire, notamment pour rétablir un équilibre contractuel par rapport aux partenaires privés, qui disposent d'une expertise interne ou externe abondante.

L'intérêt de ces conseils peut néanmoins diverger partiellement de celui de la personne publique. **Il existe un double risque de conflit d'intérêt dans la passation des contrats de PPP, du fait de la présence de conseils aux côtés de la personne publique :**

- ◆ les conseils ont intérêt, dans un premier temps, à ce que l'évaluation préalable conduise au lancement d'un projet en PPP, ce qui renforce leurs chances d'être sollicités sur une plus longue période par la personne publique, c'est-à-dire pour toute la phase de rédaction du programme fonctionnel et du contrat, au-delà de la seule conception de l'évaluation préalable ;

¹⁶ École nationale d'administration (ENA), Institut national des études territoriales (INET), instituts régionaux d'administration (IRA).

Annexe VII

- ◆ par ailleurs, ces conseils travaillent rarement pour des seules personnes publiques. Ils conseillent aussi souvent des prestataires privés, et peuvent donc être amenés à préserver les intérêts des candidats afin de se garantir la possibilité de les conseiller sur d'autres projets.

En l'état actuel du droit public français, le conflit d'intérêt n'est pas en lui-même un délit civil ou pénal. Il existe des textes prohibant les conflits d'intérêts dans certains secteurs particuliers. Chaque ordre professionnel (avocats, médecins, architectes...) connaît des dispositions déontologiques qui permettent de limiter les risques de conflit d'intérêts. Cependant, aucun texte juridique ne permet **d'écarter une offre pour motif de conflit d'intérêt ; il serait même a priori contraire au principe d'égalité de traitement des candidats.** Seule la prise illégale d'intérêt, pouvant découler de ce conflit d'intérêt, est un délit pénal en droit français.

La commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique proposait, dans son rapport remis au Président de la République le 26 janvier 2011, d'inscrire dans la loi la définition des conflits d'intérêts (cf. Encadré 19 : Définition du conflit d'intérêts) et le principe de leur prévention.

Encadré 19 : Définition du conflit d'intérêts

Le conflit d'intérêts doit être distingué du délit de prise illégale d'intérêts, ainsi défini par l'article 432-12 du Code pénal : « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende* ».

Le délit de prise illégale d'intérêt sanctionne le fait d'avoir un intérêt propre dans une entreprise ou une opération dont la gestion relève au moins partiellement de l'agent public ou de l'élu concerné. Dans cette hypothèse, l'agent public ou l'élu exerce uniquement sa fonction « publique », sans nécessairement participer aux activités de l'entreprise qu'il contrôle, mais en sachant que, de son activité de contrôle, il pourra tirer bénéfice.

Cette hypothèse est moins large que celle que recouvre le conflit d'intérêts, qui existe potentiellement dès lors qu'une même personne est simultanément en charge de deux fonctions, voire même de deux intérêts (l'intérêt public et son intérêt personnel), de manière directe ou indirecte. Un cercle plus large que celui des agents publics ou des élus est concerné par le conflit d'intérêts.

La Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique définit le conflit d'intérêt comme suit :

« Un conflit d'intérêts est une situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions ¹⁷ ».

Ainsi entendu, le conflit d'intérêts englobe le délit spécifique de prise illégale d'intérêts, qui est une manifestation particulière du premier.

En l'absence d'une telle réforme législative, la seule possibilité de limiter les conflits d'intérêts lors de la passation d'un marché est de les prendre en compte dans la conception même des offres.

¹⁷ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, rapport remis au Président de la République le 26 janvier 2011.

Proposition n° 16 : Généraliser la passation de marchés avec les cabinets de conseil afin de fidéliser ceux-ci et inclure des clauses leur interdisant de travailler en parallèle avec les prestataires privés candidats aux marchés lancés par la personne publique

Une première possibilité, mise en œuvre par l'APIJ, est d'attribuer un marché de conseil à un cabinet, et **d'introduire dans le contrat signé avec ce cabinet une clause l'empêchant de travailler parallèlement avec un candidat** à un marché passé par la personne publique. Ainsi, l'APIJ a choisi de n'avoir recours qu'aux seuls conseils du cabinet KPMG pour tous ses marchés, et a signé avec ce cabinet un contrat obligeant ce dernier à ne participer à aucune des consultations du côté des prestataires privés.

- ◆ par l'article 5 du marché public de prestation intellectuelle du 19 juin 2009 passé entre l'APIJ et le cabinet de conseil KPMG, le cabinet de conseil s'engage, sous peine de résiliation à ses torts, « à ne pas participer à une consultation ultérieure relative à l'attribution de contrats étudiés dans le cadre du présent marché » ;
- ◆ KPMG s'engage également à « signaler au pouvoir adjudicateur, en cours de consultation mais également pendant la durée du marché toute situation ou tout événement susceptible de faire naître un conflit d'intérêt entre l'exécution des missions faisant l'objet du marché et sa structure capitalistique, ses liens avec d'autres entreprises et/ou sa politique commerciale. »

Ce type de contrat répond au second risque de conflit d'intérêt identifié plus haut, mais pas au premier. Le cabinet de conseil peut avoir un intérêt à pousser la personne publique à réaliser un PPP afin d'augmenter son chiffre d'affaires. D'ailleurs, l'article 1^{er} du marché public de prestation intellectuelle du 19 juin 2009 passé entre l'APIJ et le cabinet de conseil KPMG dispose que : « le titulaire du présent marché intervient depuis la réalisation des études préalables nécessaires à l'élaboration de l'évaluation préalable et à la détermination des conditions de réalisation des programmes immobiliers envisagés jusqu'à la passation des contrats ». Or, chaque mission donne lieu à l'émission d'un bon de commande et au paiement d'une prestation séparée. Le cabinet de conseil peut donc avoir intérêt à ce que l'évaluation préalable débouche sur le lancement d'une procédure de passation d'un PPP, et que cette procédure aboutisse bien à la rédaction d'un contrat.

Proposition n° 17 : Recourir de préférence à un conseil différent pour la phase de réalisation de l'évaluation préalable et la procédure de passation du marché

Afin de limiter ce deuxième type de conflit d'intérêt, il est possible **d'allotir le marché de conseil passé par la personne publique, en prenant un conseil différent, au moins pour la réalisation de l'évaluation préalable et le reste de la procédure de passation**. Cela devrait garantir l'honnêteté intellectuelle du conseil élaborant l'évaluation préalable, celui-ci n'ayant pas d'intérêt particulier à préconiser une forme de contractualisation plutôt qu'une autre.

Encadré 20 : Le juge administratif et le contrôle de l'impartialité du conseil du pouvoir adjudicateur

Le contrat de partenariat signé pour la mise en œuvre de la taxe poids lourd a donné lieu à un contentieux portant, entre autres, sur l'impartialité du cabinet de conseil recruté par la personne publique pour la conduite du dialogue compétitif.

Par une décision du 8 février 2011, la société Autostrade per l'Italia avait été désignée attributaire du contrat de partenariat, prévu pour une durée de treize ans et un montant de plus de 2 Md€, portant sur le financement, la conception, la réalisation, l'entretien, l'exploitation et la maintenance du dispositif

nécessaire à la collecte, à la liquidation et au recouvrement de l'éco-taxe poids lourds.

Le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a annulé le 8 mars 2011, par ordonnance, la procédure de passation du contrat de partenariat. Il a considéré qu'il existait un **doute sur l'impartialité de la société ayant servi de conseil technique à l'État, ce groupe ayant collaboré en Autriche et en Pologne avec Autostrade sur un projet de télépéage poids-lourd**. Le juge soulignait ainsi dans son ordonnance que « *l'impartialité des conseils de l'État n'est pas suffisamment établie en l'espèce* ».

Le Conseil d'État, dans un arrêt du 24 juin 2011¹⁸, a donné tort au juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise. Il a validé le processus de désignation intervenu en février 2011. Le Conseil d'État **note toutefois que le principe d'impartialité n'a pas été respecté** car il reconnaît que les cabinets conseil dont s'est entouré l'État dans ce dossier étaient bel et bien liés au groupe suisse Rapp AG, en lien commercial avec Autostrade pour les appels d'offres autrichien et polonais liés à la mise en œuvre de télépéages pour poids lourds. Mais cette **collaboration n'étant que ponctuelle**, le juge a estimé que cela « *ne saurait caractériser, à lui seul, un manquement à l'impartialité de la part de ces conseils extérieurs* ». « *Les éléments relevés par les sociétés requérantes ne suffisaient pas à caractériser un défaut effectif d'impartialité de la procédure* », conclut le Conseil d'État.

3. Après la signature d'un contrat de PPP, les acheteurs publics doivent se positionner en contrôleur de la performance

3.1. Une fois le PPP attribué, les personnes publiques doivent maintenir leurs compétences contractuelles

L'achèvement de la phase de dialogue compétitif, et l'attribution du contrat à l'un des candidats ne signifie que l'acheteur public doit réduire son implication dans le projet. Au contraire, son attention doit être renforcée vis-à-vis du partenaire privé, et son rôle doit évoluer de manière à garantir une application efficiente d'un contrat.

L'acheteur public doit ainsi prévenir les deux risques suivants :

- ◆ d'une part, une faible exécution du contrat par l'acheteur public ;
- ◆ d'autre part, une dégradation de la relation avec le cocontractant et d'une éventuelle rupture du contrat.

Ces risques sont souvent sous-estimés - voire ignorés - par certains des acheteurs publics rencontrés par la mission. Ceux-ci considèrent parfois que le risque d'image encouru par le cocontractant, en cas d'échec du projet, constitue une corde de rappel efficace et suffisante pour le discipliner : la perspective d'une détérioration de la réputation du partenaire est en particulier considérée comme dissuasive pour les institutions bénéficiant d'un prestige et d'une certaine notoriété (Muséum national d'histoire naturelle, Université Paris-Sorbonne...).

Cette approche traduit néanmoins une conception naïve de la relation contractuelle. La renommée d'une institution et le risque réputationnel qu'elle pourrait faire courir au cocontractant ne constituent en rien une protection contre d'éventuels manquements du partenaire, pour deux raisons :

¹⁸ CE, 24 juin 2011, Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement et Société Autostrade per l'Italia S.P.A.

Annexe VII

- ◆ sur les très grands projets, les concurrents capables de répondre aux attentes de l'administration sont peu nombreux. Ainsi, quant bien même l'image d'un opérateur économique serait altérée par la rupture d'un partenariat public-privé, **d'autres administrations pourraient être contraintes de recruter le même opérateur économique, faute d'un niveau de concurrence suffisant** ;
- ◆ juridiquement, la jurisprudence administrative est réticente à admettre que l'inexécution fautive d'un contrat puisse constituer à elle seule **un motif suffisant d'éviction de la candidature de l'opérateur concerné dans une autre procédure de mise en concurrence**, y compris si cette procédure est lancée par le même pouvoir adjudicateur¹⁹.

L'échec du contrat de partenariat relatif à la billetterie du château de Versailles illustre le caractère illusoire du caractère disciplinant du risque d'image encouru par le partenaire privé. La société Logica n'a pas craint la résiliation à ses torts du contrat de partenariat prononcée par l'établissement public du château de Versailles (EPV) le 23 mai 2008, ni le contentieux actuellement en cours. L'État a d'ailleurs conclu avec Logica d'autres marchés publics, y compris après la résiliation du contrat de partenariat, dans le cadre de procédures de mise en concurrence dont il ne pouvait pas légalement évincer Logica.

3.1.1. Le contrat doit permettre un droit de regard effectif de la personne publique sur le projet dès la conception et la construction

En amont de la livraison de l'ouvrage, la personne publique doit pouvoir contrôler l'avancement des travaux, et demander, le cas échéant, au partenaire privé de corriger des anomalies. En effet, il est plus aisé au constructeur d'ajuster un bâtiment non encore achevé. Pour ce faire, les représentants de la personne publique doivent pouvoir accéder au chantier avant l'achèvement de l'ouvrage.

Proposition n° 18 : Prévoir dans tous contrat de PPP la possibilité pour la personne publique de demander des documents sur l'état d'avancement du projet avant la livraison finale, et la possibilité d'accéder au chantier avant la livraison finale de l'ouvrage

La mission recommande donc que des clauses permettant à la personne publique d'accéder au chantier soient prévues dans le contrat. Les projets de PPP examinés par la mission, en particulier ceux du centre hospitalier du sud-francilien et de Balard confirment l'importance de ce type de clause (cf. encadré suivant)

¹⁹ Cf. CE, 10 juin 2009, *Région Lorraine*, req. 324153 ; CE, 15 décembre 2011, *Société Blanchisserie Roncaglia*, req. 348110 : l'administration ne peut se fonder sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés pour écarter sa candidature, sans rechercher si d'autres éléments de son dossier de candidature lui permettent de justifier des garanties d'exécution. Or, en pratique, les principaux candidats ont toujours d'autres références, qui neutralisent l'impact négatif d'une inexécution fautive.

Encadré 21 : Quatre exemples de modalités de suivi des projets de PPP lors de la phase de construction

1/ Dans le cas du centre hospitalier du sud-francilien (CHSF), l'absence de contrôle précis de l'ouvrage avant sa livraison explique une partie de l'ampleur des dysfonctionnements, pour certains substantiels, constatés au stade de la mise à disposition. À titre d'exemple, la direction a constaté qu'un certain nombre d'accès extérieurs de l'établissement ne pouvaient être verrouillés, que les bras articulés dans les salles de réanimation touchaient le plafond, ce qui ne permettait pas une rotation complète. De même, les groupes électrogènes s'effondraient lors d'un basculement de l'alimentation électrique sur ces groupes et le système d'alimentation électrique du bâtiment de réanimation n'était pas conforme à la norme en vigueur, l'ensemble des prises électriques étant branchées sur le même différentiel.

Certains des dysfonctionnements constatés lors de la mise à disposition de l'ouvrage résultent, selon le CHSF, d'un non respect par le prestataire du programme fonctionnel. Il en est ainsi, notamment, des installations électriques du plateau technique. De même, le transport automatisé lourd et léger (TALL) ne répond pas aux exigences du programme fonctionnel, car livré avec un nombre de chariots et des zones de stockage insuffisants. Enfin, les renvois d'alarme prévus au programme fonctionnel pour les points à surveiller n'est pas non plus effectif.

Un contrôle plus précis par l'équipe du CHSF des travaux réalisés par le titulaire lui aurait probablement permis de détecter certains dysfonctionnements en amont de la livraison du bâtiment, et de demander leur correction immédiate, sans que cela n'engendre un surcoût important.

2/ À l'inverse, le contrat de partenariat signé par le ministère de la défense en mai 2011 pour le regroupement des états majors et services centraux sur le site de Balard contient un dispositif autorisant la personne publique à contrôler l'avancement des travaux. Ainsi, l'annexe 16, intitulée « Suivi de l'exécution du contrat », précise dans son point 6 que « *le titulaire met à disposition du ministère un accès documenté à l'ensemble des informations, brutes ou retraitées, dont il dispose pour l'exécution du contrat* » et que ces informations « *sont consultables à tout moment par la personne publique* ». La liste et le descriptif des documents pouvant être demandés à tout moment par le ministère sont ensuite précisés.

3/ Pour le contrat de partenariat signé pour la rénovation du zoo de Vincennes, l'équipe du Muséum national d'histoire naturel est autorisée par le contrat à procéder à des revues de chantier hebdomadaires.

4/ De même, le contrat de partenariat signé pour la mise en place de la taxe poids lourd confère à la personne publique un droit de regard sur le processus d'élaboration des équipements. Elle peut exiger à tout moment un certain nombre de documents, notamment concernant l'état d'avancement détaillé de la conception de l'instrument. Un comité d'avancement se réunit tous les 15 jours. Le contrat prévoit également la possibilité pour la personne publique d'effectuer des visites, y compris dans les usines fabriquant l'équipement.

Par ailleurs, l'administration doit également veiller, lors de la négociation du contrat, à la précision de la rédaction des clauses de mise à disposition. Dans le cas du BEH signé par le CHSF, les clauses encadrant la mise à disposition se sont révélées être trop légères au regard de la complexité et de la surface du bâtiment (cf. encadré suivant).

Encadré 22 : Les clauses encadrant la mise à disposition du centre hospitalier du sud-francilien

L'article 13 du BEH du CHSF stipule que « *le preneur, en qualité de maître d'ouvrage, procède seul à la réception de l'ouvrage, et fait son affaire, le cas échéant, de la levée des réserves* ».

La réception et la mise à disposition de l'ouvrage étaient soumises à deux conditions :

- la réalisation par le preneur d'une marche à blanc, d'une durée de 21 jours calendaires, en présence du bailleur. Cette marche à blanc, dont les modalités de réalisation sont définies dans l'annexe 2 de la convention devait permettre « *la vérification des fonctionnalités de l'ouvrage, réalisée dans des conditions normales d'exploitation* » ;
- ensuite, la réalisation de tests de conformité par un expert indépendant désigné d'un commun accord. Ces tests, qui figurent en annexe 15 du bail, sont au nombre de 42. Le rapport réalisé à l'issue des tests est soumis à approbation d'un expert indépendant, et le bailleur « *sauf erreur manifeste dans les conditions de réalisation ou d'approbation des tests essentiels* » entérine le rapport et le notifie au preneur.

L'article 13.3 du bail précise que « *les procédures de réception et de récolement (...) n'ont pour effet ni d'engager la responsabilité du bailleur ni de dégager celle du preneur au titre des conséquences que pourrait avoir la mauvaise conception ou la conception déficiente de l'ouvrage, la mauvaise exécution des travaux ou le fonctionnement défectueux ou non-conforme aux performances contractuellement convenues de l'ouvrage ou de ses éléments* ».

Les clauses encadrant la mise à disposition ont montré leur faiblesse. A l'évidence, la batterie de tests contractuels a été déterminée de façon beaucoup trop limitée et sommaire pour un bâtiment de cette surface (100 000 m²) et de cette complexité. **Les 42 tests de conformité ont été satisfaits, et dès lors la direction du CHSF n'a eu d'autre choix que de prendre les clés de l'immeuble le 17 janvier 2011, alors même que de sérieux dysfonctionnements devaient être décelés ensuite,** qu'un processus de tests plus exhaustifs et plus structurés aurait permis de mettre en évidence. **Au total, le CHSF a émis plus de 7 000 réserves, constatées par huissier.**

Source : IGF-IGAS.

3.1.2. L'acheteur public doit continuer de disposer dans la durée d'une capacité d'expertise et de suivi des projets

Même si la relation contractuelle s'avère de qualité, l'acheteur public doit être organisé de manière à :

- ◆ s'assurer que le partenaire privé remplit toutes ses obligations contractuelles ;
- ◆ négocier dans des conditions optimales d'éventuels avenants, à caractère transactionnel ou non ;
- ◆ faire face à l'éventualité d'un contentieux d'exécution sur une partie du contrat ou de la rupture de ce dernier.

Une telle organisation implique naturellement que l'acheteur public dispose d'une réelle capacité d'expertise et de suivi des projets. La mission insiste également sur l'importance, pour les personnes publiques, du développement d'une culture de la preuve. Les désaccords pouvant surgir durant la phase de conception quant à l'interprétation des prescriptions du programme fonctionnel ou à l'opportunité d'un choix technique doivent pouvoir être retracés afin d'être produits, le cas échéant, devant le juge administratif :

- ◆ **la rédaction des procès verbaux à l'issue des réunions des instances de suivi du contrat (comité de pilotage, comité d'avancement, comité de suivi...) revêt une importance essentielle,** à la fois lorsqu'il s'agit de négocier un avenant ou une transaction – pour éviter d'excessives revendications du prestataire – et, en cas de contentieux ;
- ◆ **leur rédaction doit soit être à la charge de la personne publique ou de ses conseils, soit au minimum systématiquement contrôlée par celle-ci ;**

Annexe VII

- ◆ **les comptes-rendus et les relevés de décisions doivent être signés par les deux parties.**

Par ailleurs, dans les contrats de partenariat comme dans les marchés publics classiques, les demandes de travaux modificatifs doivent faire l'objet d'une instruction préalable pour en mesurer l'impact en termes techniques et financiers. Les observations sur l'état d'avancement de la conception et des travaux doivent être consignées par écrit par la personne publique.

Outre que la traçabilité des échanges avec le partenaire n'est pas toujours assurée, pour plusieurs projets examinés dans l'échantillon (projet Clignancourt de l'université Paris IV Sorbonne, taxe poids lourd de la DGITM et de la douane...), les comptes-rendus des revues de projet ou des comités d'avancement sont rédigés par le partenaire privé et ne sont pas signés. L'effectivité du contrôle exercé par les représentants de la personne publique sur ces documents n'est donc pas garantie.

Encadré 23 : L'attention portée au fonctionnement des instances de suivi du contrat de partenariat du projet Balard

Le point 5 de l'annexe n° 16 du contrat de partenariat relatif au projet Balard traite des structures de pilotage et de suivi du contrat (comité de pilotage, comité financier, comités de suivi opérationnels). Les modes de fonctionnement de ces instances, la rédaction des comptes-rendus, les délais de transmission des corrections ou observations écrites sont détaillés.

Ainsi, l'article 5.1. de l'annexe n° 16 prévoit par exemple : « *La convocation des membres, l'élaboration de l'ordre du jour ainsi que la rédaction du compte-rendu [du comité de pilotage] sont à la charge du ministère (...). Le compte-rendu de réunion est fourni dans le délai d'une semaine sous réserve des corrections pour observations demandées par le Titulaire* ».

3.2. Le suivi de l'exécution du PPP par les personnes publiques reste encore lacunaire

Le suivi de l'exécution des contrats appelle une attention particulière. **Dans le cadre d'un contrat de partenariat, c'est en effet le partenaire privé, et non la personne publique, qui aura la qualité de maître d'ouvrage.** C'est donc sur lui que pèseront les responsabilités liées à la conception et à la construction des ouvrages, ainsi que, tout au long de la durée du contrat, celles liées à la maintenance et à l'entretien des ouvrages réalisés.

3.2.1. Les obligations de qualité et de performance attendues du partenaire privé doivent être fixées en amont du contrat

Dans la mesure où la qualité du service rendu aux usagers dépendra très largement des ouvrages sièges du service, il importe pour la personne publique de fixer en amont, et de manière quantifiable, les obligations de qualité et de performance attendues de son partenaire.

Les contrats de PPP fixent ainsi au prestataire privé une obligation de communication d'un certain nombre d'informations. Le code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit ainsi, depuis 2004, que le titulaire du contrat de partenariat établisse un rapport annuel permettant le suivi de l'exécution du contrat. La loi du 28 juillet 2008 a utilement étendu cette obligation à toutes les personnes publiques. Ce document permettra à la personne publique d'effectuer une comparaison, entre l'année en cours et l'année précédente, des données comptables²⁰ et des indicateurs relatifs aux objectifs de performance, aux pénalités et, enfin, aux recettes annexes. S'agissant des collectivités territoriales et de leurs établissements, l'article L. 1414-14 du CGCT prévoit la présentation de ce rapport à l'assemblée ou l'organe délibérant. Celui-ci donne alors lieu à un débat.

Proposition n° 19 : Prévoir dans tout contrat de PPP une clause organisant la transmission d'information entre le prestataire privé et la personne publique avant l'extinction du contrat

En plus de cette obligation d'information annuelle, la mission recommande que la personne publique veille à ce que le prestataire privé lui remette toutes les informations nécessaires à la bonne gestion de l'équipement lors de la fin du contrat. À titre d'exemple, l'annexe 16 (« Suivi de l'exécution du contrat ») du contrat de partenariat signé pour le projet de regroupement des services sur le site de Balard prévoit ainsi la négociation d'un accord pour régir la période de passage de relais entre le titulaire et le ministère en phase de fin de contrat (36 mois avant la fin du contrat).

3.2.2. L'acheteur public doit s'assurer du respect des obligations de performance

Si les prestataires privés ont l'obligation de respecter ces critères de performance, il revient à la personne publique de contrôler la qualité des prestations fournies. Dans ce cadre, il est indispensable que la personne publique ait pu déterminer avec précision, avec l'aide de ses services techniques et d'un assistant technique, ses besoins ainsi que la qualité et les performances attendues des ouvrages. La détermination de ces aspects est fondamentale notamment s'agissant des obligations d'entretien-maintenance, la période d'exploitation représentant dans la plupart des cas près de 70 % de la durée totale du contrat.

Ce point constitue aujourd'hui l'une des grandes faiblesses des contrats de partenariat signés depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 17 juin 2004. En effet, les performances attendues du partenaire privé en matière d'entretien et de maintenance sont le plus souvent moins détaillées et moins sévèrement sanctionnées que celles attendues en matière de construction. Ce phénomène trouve bien sûr son explication dans le fait qu'il est souvent complexe de déterminer, dès la phase d'élaboration du contrat, des obligations en termes de qualité et de performance sur des ouvrages non encore construits, et ce pour une période très longue.

Proposition n° 20 : Mettre en place dans les administrations de systèmes de suivi des performances pour les prestations de maintenance effectuées dans le cadre d'un PPP

²⁰ Compte annuel de résultat de l'exploitation, état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du contrat, état des autres dépenses de renouvellement, des engagements à incidence financière liés au contrat et nécessaires à la continuité du service public, ratio de rentabilité économique et de rentabilité interne du projet, répartition entre coûts des fonds propres et coût de la dette.

Pour éviter que le service fourni par le prestataire ne corresponde pas à la qualité prévue dans le contrat, le contrôle du respect des performances par les administrations nécessite un suivi régulier et précis des différents indicateurs. La personne publique doit pouvoir contrôler ces performances en accédant aux sites et aux données brutes éventuellement entrées dans un SI par la société prestataire. Dans le cas de la création d'un SI calculant automatiquement les pénalités, la modélisation de ce SI devra avoir été testée et vérifiée par la personne publique préalablement à sa mise en marche.

Ce contrôle, s'il se veut précis, peut être fortement consommateur en temps et en effectifs. C'est la raison pour laquelle certaines administrations sont amenées à déléguer le contrôle des performances à des prestataires extérieurs ou à construire un système d'information qui calculera automatiquement les pénalités en fonction des écarts recensés.

Cette réticence de l'administration à contrôler la qualité des prestations peut avoir des effets néfastes sur l'équilibre du contrat :

- ◆ dans le cas du CHSF, le groupement Opéveil, filiale d'Eiffage en charge de la maintenance, a lui-même conçu le système d'information contrôlant le respect des prestations de maintenance et calculant les pénalités. La demande d'intervention est entrée dans le SI par le personnel de l'établissement, mais Opéveil a la main sur la clôture de l'incident, et peut donc être tenté de clôturer l'incident avant sa résolution réelle ;
- ◆ de même, l'outil de suivi de la qualité des prestations pour les nouveaux bâtiments construits à Clignancourt pour le compte de l'université de Paris IV – Sorbonne a été conçu par le prestataire et sera rempli par ses soins.

Si l'on peut comprendre l'intérêt pour la personne publique de déléguer ce contrôle à un prestataire privé et/ou de l'automatiser via un système d'information, il doit néanmoins être en mesure de contrôler les données que celui-ci contient. À titre d'exemple, le ministère de la Défense a mis en place quatre niveaux de contrôles sur la qualité des prestations qui seront fournies par la société de projet Opale sur le site de Balard :

- ◆ au sein de la société prestataire d'Opale, en charge des prestations de maintenance, une personne sera chargée de vérifier que les tâches sont bien remplies. Il s'agit d'un simple autocontrôle par la société de maintenance ;
- ◆ la société de projet Opale exerce un second contrôle sur ces prestations de maintenance, en effectuant des contrôles sur place ;
- ◆ **le ministère exerce un troisième niveau de contrôle**, en vérifiant que la société procède bien à des autocontrôles, en posant des questions, et surtout **en se déplaçant sur le site pour procéder à des contrôles inopinés. Les dysfonctionnements constatés lors de tels contrôles donne lieu à des pénalités doublées ;**
- ◆ enfin, les **usagers** du site ont accès à un portail et peuvent ainsi **signaler tout dysfonctionnement.**

De manière générale, la mission a pu constater que l'évaluation *ex post* des PPP, et de l'efficacité de leur mise en œuvre, était très insuffisante.

Proposition n° 21 : Prévoir des audits ponctuels des corps d'inspection afin de vérifier l'efficacité des contrats, et de disposer de retours d'expérience

Il serait donc utile que les corps d'inspection des différents acheteurs publics procèdent, de manière ponctuelle, à des audits s'assurant de l'efficacité des PPP conclus. De tels audits auraient en outre l'avantage de renforcer la connaissance, par les pouvoirs adjudicateurs, des coûts de construction et de maintenance, et de l'effectivité des politiques de pénalités (cf. annexe IV).

3.2.3. Les pénalités doivent être utilisées comme un levier d'action effectif sur le partenaire

◆ **Définir un niveau de pénalités adéquat :**

Le niveau des pénalités, qu'elles soient liées à un retard dans la mise à disposition des ouvrages ou à la phase d'exploitation, doit faire l'objet d'une attention particulière lors de la mise au point du contrat puis lors de son exécution. **L'absence de lignes directrices claires concernant la méthode de détermination des pénalités conduit à une très forte hétérogénéité dans leur niveau et aboutit à des niveaux de pénalités critiquables.**

Dans la mesure du possible, les pénalités doivent être calculées en fonction de la perte de recettes liée à l'indisponibilité d'un ouvrage ou d'un équipement, ou à un retard dans leur livraison. Cette approche n'est envisageable que pour les entités publiques générant des recettes (recettes de billetterie au parc zoologique de Paris, actes médicaux relevant de la tarification à l'activité -T2A...). Elle nécessite que **les personnes publiques analysent leurs processus, identifient les risques potentiels et évaluent les préjudices liés à leur interruption.** Le centre hospitalier universitaire (CHU) de Rennes a ainsi analysé ses processus et établi un système de pénalités en fonction des pertes de recettes liées à l'indisponibilité de l'outil.

La pénalité journalière en cas de retard de la livraison des ouvrages ou équipements construits par le cocontractant est fréquemment fixée à 1/365^{ème} de la redevance de la phase de conception-réalisation, c'est-à-dire à la somme des redevances correspondant à l'investissement et à son financement. Les montants de pénalité par jour de retard apparaissent cependant :

- ◆ **particulièrement faibles dans certains contrats examinés par la mission.** Ainsi, le contrat de partenariat signé le 30 mai 2011 par le ministère de la Défense avec la société Opale prévoit, pour un investissement d'environ 780 M€, une pénalité de 86 703 € jusqu'au 30^{ème} jour, puis de 130 055 € par jour de retard par rapport à la date contractuelle de livraison de la phase 1 du projet. La pénalité représente ainsi 3/10 000^{èmes} de la fraction des coûts d'investissement, conformément à l'article 16 du contrat ;
- ◆ **hétérogènes suivant les contrats.**

Encadré 24 : L'hétérogénéité des pénalités en cas de retard de la livraison des bâtiments dans les partenariats public-privé

En l'absence de cause légitime de retard dans la livraison des bâtiments :

- le contrat de partenariat attribué le 24 février 2010 par le Muséum national d'histoire naturelle (MHNH) pour la rénovation du parc zoologique de Paris prévoit, pour un investissement d'environ 135 M€ HT, une pénalité de 27 000 € HT par jour de retard ;
- le contrat de partenariat attribué le 2 octobre 2009 par l'université de Versailles Saint-Quentin prévoit, pour un investissement d'environ 50 M€ HT, une pénalité de 33 000 € HT par jour de retard.

Pour un montant d'investissement initial de près de trois fois supérieur, le contrat du MHNH prévoit ainsi une pénalité journalière en cas de retard dans la livraison des bâtiments inférieure de près de 20 % à celle prévue dans le contrat de l'université de Versailles Saint-Quentin.

Pour l'ensemble des personnes publiques, il convient de veiller à ce que les pénalités puissent être imputées sur tout type de paiement, sans mise en demeure préalable, et à ce que la partie de la dette ne faisant pas l'objet d'une cession Dailly demeure suffisamment élevée (20 % au minimum aujourd'hui) afin qu'elles aient un effet véritablement disciplinant.

◆ **Assurer un suivi effectif des pénalités :**

En phase d'exploitation, la pénalité financière constitue l'incitation principale au respect des engagements du partenaire privé. Alors que pour les concessions, il existe une forme d'autorégulation de la qualité du service en raison du risque d'exploitation porté par le délégataire²¹, l'incitation à la performance pour les PPP ne peut venir que marginalement de l'utilisateur.

Le retour d'expérience sur les pénalités en phase d'exploitation demeure fragmentaire en raison du nombre limité de projets en phase d'exploitation ou du faible recul dans le temps sur la qualité de l'exploitation assurée par les cocontractants. Néanmoins, il apparaît que l'efficacité des pénalités dépend, outre de leur niveau, de la rapidité avec laquelle elles sont utilisées. La crédibilité de la personne publique, notamment en cas de négociation d'avenant ou de contentieux ultérieurs, tient pour partie à sa capacité à sanctionner les manquements du cocontractant en activant les pénalités. Il peut ainsi être difficile pour l'administration de justifier certains griefs, notamment des retards dans l'exécution du contrat, si, tout au long de son exécution, les pénalités encourues par le partenaire n'ont pas été systématiquement calculées, notifiées et appliquées.

Il convient ainsi de prévoir et d'activer des pénalités pour des retards dans la remise de documents, pour des remises de documents incomplets²², pour des défauts d'information de la part du cocontractant ou pour la non-participation à des réunions avec la personne publique. Ces manquements, en apparence bénins, peuvent **alerter la personne publique sur un manque d'engagement et une possible défaillance du partenaire privé.**

Pour l'administration pénitentiaire, le montant des pénalités infligées au titre du contrôle des prestations des gestionnaires délégués et des bailleurs (AOT-LOA) s'élevaient en 2010 à 0,33 % du montant des loyers²³. Malgré la faiblesse apparente de ces pénalités, la Cour des comptes notait que le système suffisait à mettre réellement le cocontractant sous tension et proposait d'encadrer le système de remise des pénalités de la part des directeurs d'établissement.

²¹ Cette autorégulation résulte du risque de sanction potentielle par l'utilisateur, qui entraînerait des pertes de recettes commerciales pour le délégataire. Néanmoins, certaines concessions peuvent également prévoir des sanctions relatives à la qualité des ouvrages ou du service.

²² Comme le propose l'article 56.2.4 du clausier-type de la MAPPP.

²³ Source : rapport de la Cour des comptes, *Les partenariats public-privé pénitentiaires*, octobre 2011.

3.3. Pour limiter l'apparition de différends ou d'un éventuel contentieux, les modalités du recours à l'arbitrage gagneraient à être clarifiées

3.3.1. Le principe d'interdiction du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques connaît des dérogations croissantes

L'article 2060 du code civil²⁴ exclut le recours à l'arbitrage pour les personnes publiques. Plusieurs exceptions existent cependant pour :

- ◆ l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux concernant des litiges relatifs à des marchés de travaux ou de fournitures (article 128 du code des marchés publics) ;
- ◆ des EPIC opérant dans le secteur des mines, de l'électricité et du gaz et des personnes publiques (la SNCF, la Poste, RFF) ;
- ◆ des entités soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

Le recours à l'arbitrage a également été ouvert dans le cadre du contrat de partenariat.

L'article 11 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat²⁵ dispose : « *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives à : (...) l) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française* ». Cependant les règles de procédure et les voies de recours qui devraient être mises en œuvre manquent de précision, par exemple en ce qui concerne l'articulation entre les recours qui peuvent être exercés contre les actes détachables du contrat et la procédure d'arbitrage elle-même. Aucun contrat de partenariat conclu ne comporterait à ce jour de clause compromissoire²⁶.

3.3.2. Les conditions de recours à l'arbitrage gagneraient à être clarifiées

Les modes alternatifs de règlement des différends, qui privilégient la poursuite du contrat, pourraient être développés. Le Conseil d'État s'était prononcé pour un recours accru aux modes non juridictionnels de règlement des conflits²⁷. Il recommandait également dans le rapport de M. Labetoulle²⁸ d'autoriser les personnes morales de droit public à recourir à l'arbitrage pour tout litige opposant les parties au contrat, y compris lorsque le contrat est déclaré nul ; cette possibilité s'appliquant à tous les contrats administratifs à l'exclusion de ceux liant l'administration à son personnel.

L'intérêt de l'arbitrage en matière de commande publique s'avère substantiel et réside essentiellement dans trois éléments :

²⁴ Article 2060 du code civil : « *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre* ».

²⁵ Repris pour les collectivités territoriales à l'article 1414-12 du code général des collectivités territoriales.

²⁶ Une clause compromissoire traduit l'engagement des parties *ab initio* de régler par voie d'arbitrage un litige qui pourrait naître à raison du contrat (l'autre hypothèse de recours à l'arbitrage étant un compromis des parties pour soumettre le litige à un tiers une fois qu'il est né).

²⁷ Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, 2008.

²⁸ Rapport rendu le 13 mars 2007 au Garde des Sceaux par le groupe de travail sur l'arbitrage, présidé par Daniel Labetoulle, constitué par le Vice-président du Conseil d'État.

- ◆ **la rapidité avec laquelle la sentence peut être rendue** (le prononcé peut être contraint par les parties par des délais impératifs) ;
- ◆ **la souplesse concernant la procédure** dont les parties peuvent déterminer certains aspects ;
- ◆ **l'expertise technique** dont peut faire preuve le tribunal, selon les compétences recherchées par les parties dans leur choix des arbitres.

En outre, le recours à l'arbitrage peut contribuer à limiter la dégradation de la relation contractuelle en cas de litige par rapport à un recours juridictionnel et favoriser ainsi la poursuite de cette relation.

Proposition n° 22 : Relancer l'adoption d'un texte élargissant les possibilités de recours à l'arbitrage pour les personnes publiques et clarifiant le régime procédural de l'arbitrage, en particulier en matière de commande publique

Le projet de texte relatif à l'arbitrage issu du rapport Labetoulle n'a pas été adopté pour des raisons de procédure²⁹. La direction des affaires juridiques de Bercy avait également rédigé un projet de loi et un projet de décret en 2010 visant à préciser le régime juridique de l'arbitrage en matière de commande publique ; ce projet n'a pas abouti pour des motifs d'opportunité politique³⁰. **La mission recommande donc de reprendre ses travaux permettant d'élargir les possibilités d'arbitrage en matière de commande publique.**

3.4. En cas de défaillance grave du partenaire privé, une rupture du contrat doit pouvoir être envisagée

Dès lors que l'exécution du contrat porte atteinte au service public et à l'intérêt général, l'acheteur public doit envisager sa résiliation.

La négociation des clauses relatives à une rupture du contrat (résiliation, déchéance) doit faire l'objet d'une très grande attention de la part de la personne publique et de ses conseils. Le clausier-type de la MAPPP énumère quatre possibilités de résiliation du contrat : pour faute du partenaire (art. 60), pour motif d'intérêt général (article 61), pour force majeure prolongée (art. 62) ou résiliation d'un commun accord (art.63).

Encadré 25 : Les hypothèses de résiliation d'un partenariat public-privé prévues par le clausier type

Le clausier type de la MAPPP envisage quatre motifs de résiliation du contrat associés à des conséquences financières différentes selon les cas. Les modalités du calcul de l'indemnisation ne sont pas prescrites par le clausier type et doivent être arrêtées par les parties lors de la négociation. Elles peuvent être l'un des éléments d'évaluation des offres des candidats.

- **la résiliation pour faute du partenaire.** Les hypothèses de résiliation pour faute peuvent être précisées par les parties. Le clausier prévoit qu'elle peut être prononcée lorsque le manquement du partenaire à ses obligations est d'une particulière gravité ou présente un caractère récurrent, de nature à compromettre la sécurité, la continuité du service public ou la bonne mise en œuvre

²⁹ Le Conseil constitutionnel a censuré en 2007 un amendement habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures relatives au recours à l'arbitrage par les personnes publiques (décision n° 2007-552 DC du 1^{er} mars 2007) pour défaut de tout lien avec le projet de texte en discussion.

³⁰ Enquête de la Cour de justice de la République dans le cadre de l'arbitrage entre le Crédit lyonnais et M. Bernard Tapie.

de l'exploitation de l'ouvrage. Le partenaire a droit au remboursement de la valeur non amortie de l'ouvrage s'il a déjà réalisé des investissements³¹. Le préjudice réel, direct et certain de la personne publique du fait du manquement du partenaire vient en déduction de l'indemnisation à laquelle il a droit selon les stipulations du contrat.

- **la résiliation pour motif d'intérêt général.** Elle peut être prononcée à tout moment par la personne publique. Le partenaire privé a le droit à l'indemnisation intégrale du préjudice subi et du manque à gagner.
- **la résiliation pour force majeure prolongée.** La personne publique doit indemniser le partenaire privé sans que l'indemnité couvre le manque à gagner. Les modalités de l'indemnisation relèvent de la négociation.
- **la résiliation d'un commun accord.** Les modalités d'indemnisation doivent être définies entre les parties dans le contrat ou à la suite d'un accord.

Proposition n° 23 : Sécuriser les conditions dans lesquelles la personne publique peut résilier le contrat de PPP

Deux évolutions pourraient permettre de sécuriser les modalités de résiliation du contrat :

D'une part, **dans certains cas, l'accumulation de pénalités de façon répétée peut caractériser une défaillance générale du cocontractant. Il conviendrait de prévoir, dans les clauses, la possibilité de résilier le contrat aux frais et torts du partenaire lorsque les pénalités encourues atteignent un certain seuil, sans avoir à caractériser une inexécution fautive du cocontractant.**

Encadré 26 : La déchéance du cocontractant en phase d'exploitation dans le contrat du projet Balard

Le contrat de partenariat signé le 30 mai 2012 entre le ministère de la Défense et la société Opale dans le cadre du projet Balard prévoit la possibilité de prononcer la déchéance du cocontractant lorsque le montant des pénalités infligées atteint un certain seuil.

Ainsi, l'article 48 du contrat de partenariat stipule :

« (...) le Ministère peut prononcer la déchéance du Titulaire en cas de manquement grave ou répété à ses obligations au titre du Contrat de nature à compromettre la poursuite de l'exécution du Contrat, et notamment dans les cas suivants : (...)

(j) lorsque,

(i) sur une période de douze mois consécutifs, 90 % de la somme des plafonds de pénalités annuels (...) a été atteint [au titre d'un type de prestations : SIC, exploitation-maintenance, services...] ou lorsque,

(ii) sur une période de vingt-quatre mois, 70 % de l'une de ces sommes de plafonds annuel, rapportés sur une période de vingt-quatre mois, a été atteint ».

D'autre part, la faute de nature à ouvrir droit à la résiliation aux torts - et éventuellement aux frais et risques - doit être mieux définie.

Avant de prononcer la résiliation du contrat pour faute du partenaire, la personne publique est tenue de respecter une procédure contradictoire en application du principe des droits de la défense. Une mise en demeure doit être adressée au partenaire. Cet avertissement peut consister en une mise en demeure de correction demandant au partenaire de remédier à ses manquements ou en une mise en demeure d'explication demandant au partenaire de présenter ses observations.

³¹ CE, 20 mars 1957, Société des Établissements thermaux d'Ussat-les-Bains

Annexe VII

Enfin, **en cas de soupçons de fraude concernant le comportement du cocontractant, il est nécessaire de prononcer au plus vite la résiliation du contrat afin d'éviter que le titulaire ne puisse masquer ses agissements frauduleux. L'existence exclusive d'une obligation de mise en demeure *de correction*, en accordant au titulaire du contrat un délai lui permettant de se mettre en conformité avec ses obligations, rend ineffective une résiliation pour tentative de fraude. La rédaction de l'article 60.4 du clausier-type de la MAPPP relatif à la procédure de résiliation pour faute du partenaire devrait être modifiée en conséquence. En cas de résiliation pour tentative de fraude, il pourrait ainsi être envisagé que la personne publique ne soit tenue d'adresser au titulaire qu'une mise en demeure de présenter des observations.**

Encadré 27 : L'ineffectivité d'une résiliation pour tentative de fraude dans le cadre du BEH du centre hospitalier sud-francilien

L'article 28 du bail emphytéotique hospitalier (BEH) conclu entre le centre hospitalier sud-francilien (CHSF) et la société Héveil prévoit plusieurs cas de déchéance :

« La déchéance du Preneur au titre du Bail ou de la Convention, peut être prononcée, sauf cas de force majeure, si, notamment :

(...) - le Preneur manque gravement ou de manière répétée à ses obligations au titre des Contrats dès lors que ce manquement est de nature à compromettre la poursuite du Projet dans des conditions acceptables pour le Bailleur ; ».

L'article 28 du BEH prévoit qu'avant de prononcer la déchéance, le Bailleur adresse au Preneur *« une mise en demeure de remédier au(x) manquement(s) dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la réception de la mise en demeure par le Preneur »*. La déchéance n'est alors possible que si le Preneur *« ne s'est pas conformé à ses obligations au titre des Contrats dans le délai indiqué dans la mise en demeure (...) »*.

SYNTHÈSE DES PROPOSITIONS DE L'ANNEXE

Proposition n° 1 : Confier au commissariat général à l'investissement (CGI) une mission d'expertise de la rentabilité socio-économique des projets d'investissement publics en amont de la décision de réaliser l'investissement

Proposition n° 2 : Rendre obligatoire l'évaluation préalable pour toutes les opérations d'investissement public de plus de 80 M€ et pour tous les acheteurs publics, quel que soit l'instrument de commande publique envisagé

Proposition n° 3 : Soumettre toutes les évaluations préalables réalisées pour des PPP dans le domaine hospitalier ou médico-social – que ce soit pour des projets de BEH ou de CP – à l'avis de la seule MAPPP

Proposition n° 4 : Élargir les missions d'assistance et de contrôle des évaluations préalables de la MAPPP à toutes les modalités juridiques de réalisation des investissements publics

Proposition n° 5 : Transformer la MAPPP en mission d'appui à la réalisation des investissements publics (MARIP) et la doter de moyens humains plus importants par prélèvement d'effectifs sur les plafonds d'emplois des ministères porteurs de projets

Proposition n° 6 : Confirmer l'ancrage de la MARIP au sein de la direction générale du Trésor

Proposition n° 7 : Généraliser les clauses autorisant la personne publique à modifier le programme fonctionnel après signature du contrat dans la limite de 2 % à 3 % du coût d'investissement

Proposition n° 8 : Maximiser les gains du dialogue compétitif en ne rendant pas publics les objectifs de coûts et de loyers des projets.

Proposition n° 9 : Annuler la procédure d'attribution lorsqu'un appel public à la concurrence publié pour la passation d'un PPP ne provoque le dépôt que d'une seule offre

Proposition n° 10 : Ne pas utiliser les PPP dans les domaines où l'exigence de mutabilité du service public est forte

Proposition n° 11 : Prévoir dans tout contrat de PPP des clauses de mutabilité permettant d'adapter le contrat aux évolutions du service public

Proposition n° 12 : Déterminer, lors de l'examen de l'évaluation préalable par la MAPPP, si le projet de partenariat public-privé s'avère compatible avec un véritable transfert de la maîtrise d'ouvrage au cocontractant

Proposition n° 13 : Spécialiser, dans des structures aussi centralisées que possible au sein des différents ministères, la décision, la définition des besoins et la négociation des contrats de PPP

Proposition n° 14 : Constituer des équipes projets stables, avec un chef ayant une réelle capacité décisionnelle, chargé de coordonner la consultation des acteurs pour la définition des besoins

Proposition n° 15 : Mettre en place un plan ambitieux de formation de directeurs de projet en agissant au sein de la formation initiale et continue ; développer la reconnaissance de cette compétence, tant au niveau central que local

Proposition n° 16 : Généraliser la passation de marchés avec les cabinets de conseil afin de fidéliser ceux-ci et inclure des clauses leur interdisant de travailler en parallèle avec les prestataires privés candidats aux marchés lancés par la personne publique

Proposition n° 17 : Recourir de préférence à un conseil différent pour la phase de réalisation de l'évaluation préalable et la procédure de passation du marché

Annexe VII

Proposition n° 18 : Prévoir dans tous contrat de PPP la possibilité pour la personne publique de demander des documents sur l'état d'avancement du projet avant la livraison finale, et la possibilité d'accéder au chantier avant la livraison finale de l'ouvrage

Proposition n° 19 : Prévoir dans tout contrat de PPP une clause organisant la transmission d'information entre le prestataire privé et la personne publique avant l'extinction du contrat

Proposition n° 20 : Mettre en place dans les administrations de systèmes de suivi des performances pour les prestations de maintenance effectuées dans le cadre d'un PPP

Proposition n° 21 : Prévoir des audits ponctuels des corps d'inspection afin de vérifier l'efficience des contrats, et de disposer de retours d'expérience

Proposition n° 22 : Relancer l'adoption d'un texte élargissant les possibilités de recours à l'arbitrage pour les personnes publiques et clarifiant le régime procédural de l'arbitrage, en particulier en matière de commande publique

Proposition n° 23 : Sécuriser les conditions dans lesquelles la personne publique peut résilier le contrat de PPP

ANNEXE VIII

Liste des personnes rencontrées

1. Administrations centrales de l'État

1.1. Ministère de l'économie et des Finances

1.1.1. Direction des affaires juridiques (DAJ)

Catherine Delort, sous-directrice -Droit de la commande publique

Sonia Beurier, chef du bureau réglementation générale de la commande publique

Guillaume Delalalay, adjoint au chef du bureau réglementation générale de la commande publique

1.1.2. Direction du budget (DB)

Julien Dubertret, directeur

Alexandre Grosse, sous-directeur – 4^{ème} sous-direction

Mélanie Joder, sous-directrice – 1^e sous-direction

Arnaud Phelep, sous-directeur – 5^{ème} sous-direction

Marine Camiade, chef du bureau de la politique budgétaire

Grégory Cazalet, ex-chef du bureau de la recherche et de l'enseignement supérieur

Eric Ginesy, chef du bureau Défense et de la mémoire

Nicolas Noiriél, chef du bureau des comptes sociaux et de la santé

François Pouget, chef du bureau de la recherche et de l'enseignement supérieur

Antoine Seillan, chef du bureau des transports

Edouard Bloch-Escoffier, adjoint au chef de bureau de la politique budgétaire

Nicolas Pfohl, adjoint au chef de bureau Défense et de la mémoire

1.1.3. Direction générale des finances publiques (DGFIP)

1.1.3.1. France Domaine

Daniel Dubost, chef du service

1.1.3.2. Service des collectivités locales

Frédéric Iannucci, chef du service

Jean-Luc Brenner, sous-directeur gestion comptable et financière des collectivités locales

Sandra Bourgau, rédactrice au bureau CL1A « expertises juridiques »

Nathalie Gréban, rédactrice au bureau CL1B « comptabilités locales »

Annexe VIII

1.1.3.3. Service comptable de l'État

David Litvan, chef du service

Patrick Augeraud, chef du bureau CE1C « comptes nationaux »

Philippe Poulain, adjoint au chef de bureau CE1B « réglementation comptable »

Delphine Angée-François, chef de secteur immobilisations stocks au bureau CE1B « réglementation comptable »

Stéphanie Ledoux, mission doctrine comptable et contrôle interne comptable

1.1.4. Direction générale des douanes et des droits indirects (DGDDI)

Aurélié Arnaud, inspectrice - Mission taxe poids lourds

1.1.5. Direction générale du Trésor (DG Trésor)

1.1.5.1. Agence France Trésor (AFT)

Antony Requin, directeur adjoint

Arnaud Delaunay, responsable de la cellule trésorerie de l'État

1.1.5.2. Services

Maya Atig, sous-directrice des assurances

Christophe Boriès, chef du bureau Europe 3 relations bilatérales et instruments financiers européens

Thomas Revial, chef du bureau financement du logement et activités d'intérêt général

Nicolas Riedinger, chef du bureau de l'économie des réseaux

William Roos, chef du bureau de synthèse des finances publiques

Hugues Maignan, adjoint au chef de bureau des entreprises et intermédiaires d'assurance

Emmanuel Betry, adjoint au chef de bureau de synthèse des finances publiques

1.1.5.3. Mission d'appui pour les partenariats publics et privés (MAPPP)

François Bergère, directeur

Jean-Yves Gacon, directeur de projet

Michel Scialom, directeur de projet

Antoine Tardivo, directeur de projet

Laurence Van Prooijen, directeur de projet

1.1.6. Inspection générale des finances (IGF)

Christophe Baulinet, inspecteur général des Finances

Annexe VIII

Noël de Saint-Pulgent, inspecteur général des Finances

1.1.7. Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE)

Ronan Mahieu, chef du département des comptes nationaux

Jacques Magniez, adjoint au chef du département des comptes nationaux

1.2. Ministère de l'Intérieur

1.2.1. Direction générale des collectivités locales (DGCL)

Patrick Amoussou-Adéblé, adjoint au sous-directeur des finances locales et de l'action économique

Yvan Cordier, adjoint au sous-directeur des compétences et des institutions locales

Claude Dumont, chef du bureau du contrôle de légalité et du conseil juridique

Frédéric Garnier, chef du bureau des budgets locaux et de l'analyse financière

1.3. Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie

1.3.1. Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD)

Jean-Philippe Duranthon, inspecteur général de l'administration du développement durable

1.3.2. Direction générale des infrastructures, des transports et de la mer (DGITM)

Christophe Saintillan, directeur des infrastructures de transport

Alain Costille, adjoint au sous-directeur du réseau routier non concédé et du trafic

Michel Hersemul, chef du département des PPP

Antoine Maucorps, chef de la mission tarification - Direction générale des infrastructures, de transports et de la mer

Olivier Quoy, adjoint au chef de la mission tarification - Direction générale des infrastructures, des transports et de la mer

1.4. Ministère de la culture

Franck Vallet, bureau des opérateurs

1.5. Ministère de la Défense

Jean-Paul Bodin, secrétaire général pour l'administration

Hugues Bied-Charreton, directeur des affaires financières

Annexe VIII

1.6. Ministère de la Justice

André Gariazzo, secrétaire général

Henri Masse, directeur de l'administration pénitentiaire

Francis Le Gallou, sous-directeur de l'organisation et du fonctionnement des services déconcentrés

René Sève, contrôleur budgétaire et comptable ministériel

1.7. Ministère de la santé

1.7.1. Cabinet

Aurélie Lorrain-Itty, directeur de cabinet adjointe

Jérôme Clerc, conseiller

1.7.2. Direction générale de l'offre de soins (DGOS)

Yannick Le Guen, sous-directeur du pilotage de la performance des acteurs de l'offre de soins

1.8. Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche

Alain Neveü, chef du service des grands projets immobiliers

1.9. Ministère des affaires étrangères

1.9.1. Ambassade de France au Royaume-Uni

Bénédicte Genthon, conseillère

2. Conseil d'État

Alain Ménéménis, président de la 3ème sous section du Conseil d'État

Frédéric Tiberghien, conseiller d'État

3. Caisse des dépôts et consignations(CDC)

Benjamin Dubertret, directeur des fonds d'épargne

Magali Joëssel, directrice des investissements, direction du réseau

Xavier Roland-Billecart, directeur régional Aquitaine

4. Agences de l'État

4.1. Agence nationale d'appui à la performance (ANAP)

Christian Anastasy, directeur général

Christian Berehouc, directeur du pôle "Outils"

Alain Arnaud, chef de projet

Anabelle Billy

4.2. Agence pour l'immobilier de la justice (APIJ)

Jean-Pierre Weiss, directeur général

Marie-Luce Bousseton, directrice, adjointe au directeur général

Alexandre Bernusset, directeur

4.3. Agence régionale de santé d'Aquitaine

Anne Bouygard-Baron, directrice générale adjointe

4.4. Agence régionale de santé d'Île-de-France

Claude Evin, directeur général

4.5. Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires

Victor Haïm, président, magistrat administratif

4.6. Autorité de contrôle prudentiel (ACP)

Frédéric Visnovski, secrétaire général adjoint

4.7. Autorité de la concurrence

Virginie Beaumeunier, rapporteur générale

4.8. Établissement public du château de Versailles (EPCV)

Mikaël Hautchamp, administrateur général adjoint

4.9. Muséum national d'Histoire naturelle (MNHN)

Thomas Grenon, directeur général délégué

Guillaume d'Abbadie, adjoint au directeur général

4.10. Pôle de recherche et d'enseignement supérieur (PRES) de Bordeaux

4.10.1.1. Université de Bordeaux

Alain Boudou, président

Jérôme Goze, directeur de projet Opération Campus

4.10.1.2. Société de réalisation immobilière d'aménagement de l'Université de Bordeaux

Daniel Hickel, président

Jean-Philippe Moll Heger, directeur financier

4.11. Réseau Ferré de France (RFF)

Alain Quinet, directeur général délégué

Vincent Gaillard, directeur finance et trésorerie

Xavier Roche, directeur financier

4.12. Université Paris Sorbonne

Bathélémy Jobert, président

Sylvie Nguyen, directrice générale des services

Pascal Pain, agent comptable

5. Établissements de santé

5.1. Centre hospitalier du sud-francilien (CHSF)

Jean-Michel Toulouse, directeur

Dominique Delpech, directeur délégué

6. Administrations déconcentrées de l'État

6.1. Centre

6.1.1. Préfecture du Loiret

Antoine Guérin, secrétaire général

Pascal Marcot, directeur des collectivités locales et de l'aménagement

Vincent Laurenchet, chef du bureau des finances locales

Sandrine Patry, chef du bureau des relations avec les collectivités

Annexe VIII

6.1.2. Direction régionale des finances publiques du Centre

Philippe Dufresnoy, directeur régional

6.2. Provence Alpes Côte d'Azur

6.2.1. Préfecture des Alpes maritimes

Gérard Gavory, secrétaire général

Jean-Pierre Blazy, directeur des relations avec les collectivités locales

Sylvie Falco, chef du bureau des affaires juridiques et de la légalité

Victor Koskas, agent du bureau des affaires juridiques et de la légalité

6.2.2. Direction départementale des finances publiques des Alpes maritimes

Bernard Peiclier, directeur départemental

Gérald Demey, directeur du pôle gestion publique

Jean-François Reynaud, directeur adjoint du pôle gestion publique

6.3. Aquitaine

6.3.1. Préfecture de la Gironde

Isabelle Dilhac, secrétaire générale

Jean-Pierre Hamon, sous préfet d'Arcachon

Jérôme Burckel, sous préfet de Blaye

Patrick Neveux, chef du bureau du contrôle de légalité et de l'intercommunalité

Valérie Solé, chef du bureau du contrôle budgétaire et des dotations

6.3.2. Direction régionale des finances publiques d'Aquitaine

Jean-Claude Faure, chef de la division secteur public local

Christelle Braun-Timoner, responsable de la mission expertise économique et financière (MEEF)

Cécile Ullrich, responsable de la division domaine

6.4. Guyane

6.4.1. Préfecture de Guyane

Vincent Niquet, secrétaire général des affaires régionales

Annexe VIII

Raymond Horth, directeur des collectivités locales

Marie-Yolaine Metellus, agent du bureau des collectivités locales

6.4.2. Direction régionale des finances publiques de Guyane

Jean-Claude Hernandez, directeur

Catherine Dagusé, directrice adjointe du pôle gestion publique

Guy Vaissière, responsable de la division collectivités et établissements publics locaux

Ida Ali, rédactrice à la division collectivités et établissements publics locaux

6.5. Guadeloupe

6.5.1. Préfecture de Guadeloupe

David Tibilan, secrétaire général pour les affaires régionales

Bernard Guérin, sous-préfet de Pointe-à-Pitre

Gaëtan Girard, directeur des collectivités territoriales et des affaires juridiques

6.5.2. Direction régionale des finances publiques de Guadeloupe

Carl Killius, directeur du pôle gestion publique

Jean-Michel Jouffret, contrôleur budgétaire régional

Jean-Marie Schmider, responsable de la division domaines

Patrick Zamore, responsable de la division des affaires économiques

7. Collectivités locales

7.1. Loiret

7.1.1. Conseil général du Loiret

Michel Grillon, vice-président du Conseil général du Loiret

Pascal Réthoré, directeur général des services adjoint

Francine Moronvalle, chargée de projets, pôle ressources et synergie

Sylvain Martin, chargé de projets, pôle bâtiments

7.1.2. Ville d'Orléans

Patrick Pilot, directeur général des services

Dominique Guy, directeur général du développement urbain

Annexe VIII

Nabila Cherair, directrice de la commande publique
Olivier Rouet, chef de projet ARENA

7.1.3. Ville de Chécy

Alfred Hourdoux, directeur général des services
Virginie Moissonnier, direction des finances

7.2. Alpes maritimes

7.2.1. Conseil général des Alpes maritimes

Christian Oliveres, directeur général des services
Marie-Claude Santini, directrice générale adjointe, chargée des finances, de la commande publique, de la documentation et des archives
Christophe Picard, directeur des finances, de l'achat et de la commande publique

7.2.2. Communauté d'agglomération de la Riviera française

Dominique Dufrenne, directeur général des services
Yann Guerrier, directeur général adjoint des services

7.2.3. Ville de Nice

Maurice Tubul, secrétaire général
Patrick Guevel, directeur général des services
Arnaud Menguy, directeur général des services adjoint, chargé des finances et de l'Europe
Thierry Bossert, directeur des projets urbains

7.2.4. Ville d'Antibes

Jean Leonetti, député-maire d'Antibes
Josette Balden, présidente d'UNIVALOM, adjointe au maire du Cannet
Stéphane Pintre, directeur général des services techniques
Laurent Carrié, directeur général des services de la communauté d'agglomération Sophia-Antipolis
Dominique Laurent, directeur d'UNIVALOM

7.2.5. Ville de Vallauris

Alain Gumiel, maire de Vallauris, conseiller général des Alpes maritimes, vice-président de la communauté d'agglomération de Sophia Antipolis

Annexe VIII

Marc Ardisson, directeur général des services

Eliane Tombarel, directrice générale des services adjointe, chargée des finances

Pierre Giacomina-Rosa, directeur des services techniques

Michaël Hébert, responsable du service affaires juridiques et commande publique

7.3. Aquitaine

7.3.1. Conseil régional Aquitaine

Anne-Marie Cocula, vice-présidente chargée de l'éducation, de l'enseignement supérieur, de la culture et de l'apprentissage

Sylvain Auvray, directeur de cabinet du président du conseil régional

7.3.2. Conseil général de Gironde

Gérard Marty, directeur général des services

Emmanuelle Baudoin, directrice générale adjointe chargée des services techniques

Pierre Mathieu, directeur du patrimoine

7.3.3. Communauté d'agglomération du bassin d'Arcachon sud (COBAS)

Dominique Levy-Druon, directeur général des services

Gaële Chamming's, ancienne directrice juridique et des achats

7.3.4. Ville de Bordeaux

Alain de Bouteiller, secrétaire général

Christophe Leuret, directeur général des finances et de la gestion

Astrid Bideault, chargée de mission pour le projet cité municipale

Thierry Guichard, chef de projet nouveau stade

7.3.5. Ville d'Arcachon

Stéphane Massonnet, directeur général des services

Franck Laugier, directeur de cabinet du maire

Stéphanie Gouhier, responsable des affaires financières

Jean-Paul Archer, responsable des services techniques

7.3.6. Ville de La Teste de Buch

Jean-Jacques Eroles, maire de La Teste de Buch

Marc Murel, directeur de cabinet du maire

Annexe VIII

Laurent Argueyrolles, directeur général des services techniques

7.4. Guyane

7.4.1. Conseil régional de Guyane

François Mengin-Lecreulx, directeur général des services

Patricia Glaudin, chef du département technique

7.4.2. Communauté d'agglomération des communes du littoral

Ahmed Houssein Youssouf, directeur général des services par intérim

7.4.3. Ville de Matoury

Jean-Pierre-Théodore Roumillac, maire de Matoury

Nestor Radjou, conseiller du maire pour l'expertise, le développement et l'analyse stratégique

Line Raphaël, responsable de l'aménagement du territoire

7.5. Guadeloupe

7.5.1. Conseil régional de Guadeloupe

Christian Jean-Charles, vice-président du conseil régional en charge de l'aménagement du territoire

David Janky, directeur des services financiers

Fred Nobyn, directeur général adjoint des affaires administratives et financières

Thierry Abelli, directeur général adjoint des infrastructures, du cadre de vie et de l'aménagement du territoire

7.5.2. Ville de Basse-Terre

Lucette Michaux-Chevry, maire de Basse-Terre

7.5.3. Ville de Pointe-à-Pitre

Jacques Bangou, maire de Pointe-à-Pitre, vice-président du conseil régional

Sébastien Manlius, directeur des services techniques et de l'environnement

8. Élus et administrations britanniques

8.1. Parlement (House of Commons)

Michael Fallon, Member of Parliament (MP), Member of the Treasury Select Committee, and Deputy Chairman of the Conservative party

8.2. Department of Health

M. Brian Saunders, Head of the Private Finance Unit (PFU)

8.3. Department for Transport

Nick Joyce, Deputy Director of Asset Sales and PFI
Peter Audemars, Corporate Finance Directorate

8.4. HM Treasury

Jo Fox, Head of PPP Policy Infrastructure UK

8.5. National Audit Office (NAO)

David Finley, Director, Private Finance Practice
Vikki Keilthy, Director, Private Finance Practice
Richard Wade, Audit manager for Public Private Partnerships

9. Assistants à maîtrise d'ouvrage

9.1. Consultants financiers

Michel Bonetto, expert-comptable, conseiller financier de la ville d'Antibes
Michel Klopfer, président fondateur du cabinet Michel-Klopfer

9.2. Conseils juridiques

9.2.1. Cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre

François Tenailleau, avocat associé

9.2.2. Cabinet Salans

Marc Fornacciari, avocat à la Cour, associé

Dorothee Griveaux, avocat à la Cour

9.2.3. Cabinet UGGC

Thierry Dal Farra, avocat à la Cour

9.2.4. Chamming's avocats

Gaële Chamming's, avocat à la Cour

9.2.5. Mayer Brown

Guillaume Fonouni-Farde, avocat à la Cour

10. Établissements financiers et fédérations professionnelles

10.1. Banque postale asset management

René Kassis, responsable du fonds de dette Infrastructure et immobilier

10.2. Barclays Infrastructure Fund

Stéphane Grandguillaume

10.3. CNP Assurances

Mickael Cohen

10.4. Crédit agricole assurances

Christophe Aubin, directeur adjoint des investissements

10.5. Crédit foncier

Bruno Deletré, directeur général

Hélène Baudru

10.6. Fédération française bancaire

Ariane Obolensky, directrice générale

10.7. HSBC

Pierre Sorbets, Managing directeur Public Sector

10.8. Natixis

Benjamin Sirgue, head of project finance

Patrick Brault, head of public affairs

Franck Mouly, responsable du développement Natixis Lease

Nathalie Renaud, Natixis Lease

10.9. Société générale

Laurent Chabot, directeur, Société générale CIB

11. Investisseurs

Noelle Cazalis, credit analyst, Rathbones

Bryn Jones, Fixed Income Investment Director, Rathbones

Bruno Deschamps, chairman & CEO, Entrepreneurs Partners

12. Opérateurs privés et fédérations professionnelles

12.1. Bouygues construction

Pascal Grangé, directeur général délégué

Philippe Bonnave

Jean-Marc Kiviatkowski, directeur des affaires juridiques, de l'audit et du contrôle interne

12.2. Bouygues construction UK

Alexis Grolin, Head of Project Finance UK

Arnaud Bekaert, Deputy Managing Director

12.3. EGF BTP

Xavier Bezançon, délégué général

12.4. Eiffage concession

Max Roche, directeur général adjoint

Olivier Miens, directeur adjoint, directeur du développement

Yves-Eric François, directeur administratif et financier

12.5. Établissements Pignatta

Alex Pellegrino, directeur commercial des établissements Pignatta

12.6. Fédération française du bâtiment

Didier Ridoret, président de la fédération française du bâtiment

Bernard Coolos, directeur des affaires économiques, financières et internationales

Séverin Abbatuci, directeur des affaires juridiques et fiscales

12.7. Fédération nationale des travaux publics

Patrick Bernasconi, président

Emmanuelle Perron, vice-présidente de la commission des marchés

Dominique Devilder, directrice des affaires juridiques

12.8. SPIE Batignolles

Philippe Bamas, directeur du développement commercial

12.9. Syndicat national du second œuvre

Renaud Marquié, délégué national

12.10. Vinci Construction

Christian Germa, directeur des PPP

12.11. Vinci Concessions UK

Phil Jackson, Development director UK

Andrew Percival

13. Autres

13.1. Institut de la gestion déléguée (IGD)

Pierre-Emeric Chabanne, délégué général

13.2. Personnalité qualifiée

Christian Cleret, directeur général, Post Immo

13.3. Universitaires

Michel Lyonnet du Moutier, professeur à l'université de Paris Ouest

Richard Laughlin, professeur de gestion, King's College London

Jane Broadbent, professeur de gestion, Royal Holloway, University of London

Etienne Müller, auteur de la thèse *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*

Stéphane Saussier, directeur de la chaire E-PPP de l'Université de Paris-I

ANNEXE IX

Lettre de mission



Paris, le

Le Ministre de l'Economie,
des Finances et de l'Industrie

à

Madame le Chef du service
de l'Inspection générale des finances

La réalisation de partenariats public-privé (PPP) en France s'appuie sur le dispositif générique des contrats de partenariat, prévu par l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 et complété par la loi 2008-735 du 28 juillet 2008. Avec une centaine de contrats de partenariat déjà signés, représentant près de 9 milliards d'euros, la France se place au premier rang européen en 2011 pour les investissements publics réalisés sous cette forme de commande publique.

Ce constat ne rend pas compte de l'ensemble des développements des PPP, dont certaines formes juridiques ne relèvent pas de l'ordonnance de 2004 mais s'appuient sur de multiples textes sectoriels, parmi lesquels les autorisations d'occupation temporaire couplées à des locations avec option d'achat (AOT-LOA), notamment au titre du dispositif prévu par les lois d'orientation et programmation pour la sécurité intérieure et pour la justice (LOPPSI-LOPJ), les baux emphytéotiques hospitaliers ou encore les baux emphytéotiques administratifs (BEA) d'Etat pour la réalisation de logements sociaux.

Plus de sept ans après la mise en place des contrats de partenariat et dans le contexte économique du resserrement du volume des financements de long terme sur les marchés, le moment paraît venu d'établir un premier bilan du dispositif et d'examiner les freins juridiques, économiques et financiers au développement de ces contrats dans de bonnes conditions.

En conséquence, je souhaite que l'inspection générale des finances dresse le bilan du dispositif, en identifiant ses avantages et ses inconvénients, les difficultés rencontrées sur les plans juridique, économique et financier qui peuvent avoir une influence sur leur futur développement et en formulant des propositions d'évolution des dispositifs actuels.

Pour cela, vous établirez un état des lieux sur les différentes formes de PPP, et principalement sur les contrats de partenariats :

- vous porterez une attention particulière à leurs avantages présumés tant en matière de délais de réalisation des investissements que de maîtrise des coûts ;
- vous analyserez les facteurs qui nuisent à la transparence du marché des PPP et à la lisibilité du dispositif, notamment sur le plan juridique et comptable, et les moyens de faire évoluer le cadre légal dans son ensemble ;

À
MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE
DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE

139, rue de Bercy - Télédéc 144 - 75572 Paris Cedex 12

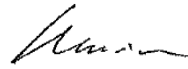
Annexe IX

- vous examinerez l'impact, sur le marché des PPP, du resserrement des volumes de financements disponibles ; vous proposerez, le cas échéant, des actions de mobilisation des financements de long terme, pour le lancement des projets comme pour leur refinancement.

Enfin, vous identifierez les pratiques contractuelles qui ne permettent pas d'optimiser l'intérêt des contrats de partenariat, notamment au regard des conditions dans lesquelles sont fixées les conditions de taux, de l'utilisation des options légales permettant de réduire les financements privés par l'apport de financements publics directs aux projets.

Dans la conduite de votre mission, vous pourrez vous appuyer sur la direction générale du Trésor, sur la mission d'appui aux PPP (MAPPP), qui lui est désormais rattachée, et sur la direction des affaires juridiques. En tant que de besoin, votre mission vous conduira également à consulter des acteurs industriels et financiers, ainsi que des porteurs publics de projets.

La mission conduira ses travaux d'ici à la fin du deuxième trimestre 2012.



François BAROIN