



Le risque dans les partenariats public-privé

Une approche microéconomique du couple risque/prix

Hicham RASSAFI

Master I

Directeur

Melle Carine ROUSSEL

Maître de Conférences

Université de Valenciennes

INTRODUCTION

L'objet de ce mémoire de Master I de Droit est d'approcher selon une méthode microéconomique le risque dans les partenariats public-privé.

I) Les mutations de l'administration

A) Le nouvel Etat régulateur

Les bouleversements tant micro que macroéconomiques des dernières décennies du XXème siècle, s'ils ont d'abord touché les entreprises privées, ne sont pas restés sans influence sur les administrations profondément insérées dans l'environnement économique. Les entreprises ont ainsi radicalement modifié leur organisation, leurs méthodes de travail, de management, de financement, de fund raising etc... Le recours aux partenaires extérieurs, l'externalisation des tâches a permis, en partie, d'optimiser la gestion des ressources, de maîtriser les coûts, de surmonter l'obstacle de la rareté. Ainsi, de nombreux contrats "spéciaux" se sont-ils développés pour accompagner ce nouvel essor de la relation contractuelle inter-entreprises. Il a fallu sécuriser sur le plan juridique les nouvelles transactions économiques, tout en laissant suffisamment de souplesse aux acteurs, évitant tantôt les règles trop protectrices, tantôt trop libérales. Ainsi, en droit du travail, a-t-on pu constater l'émergence du portage salarial, en droit des sûretés, les garanties autonomes, en droit civil, les contrats dits de "leasing", etc... L'environnement contractuel s'est ainsi largement modifié en rendant obsolètes certaines formes de contrat et en développant d'autres.

L'administration a suivi les mutations socio-économiques de cette période. Son rôle a également évolué. Les périodes de crises économiques et d'assèchement des ressources financières l'ont conduit à modifier ses missions, à désaxer ses centres d'intérêts, à repenser sa place dans l'action économique et sociale. Si l'Etat Régalien n'est plus, l'Etat providence non plus : les administrations se sont orientées vers une troisième voie : l'Etat régulateur, pourvoyeur de revenus sociaux, certes, au nom des droits acquis, régalien aussi, au nom de sa propre survivance, mais sous une forme nouvelle, l'un et l'autre modèles tronqués d'une partie de leurs caractères, diminués de leurs excès. Un nouveau terme se développe alors : "péréquation" : l'Etat régulateur est un Etat de la péréquation qui ne vise qu'à faire émerger le contexte le plus favorable au développement économique : *"Il lui incombe de créer les conditions favorables à la vie économique et sociale et non plus de la prendre effectivement en charge pour en diriger les objectifs et*

la mise en oeuvre”¹. La péréquation représente la répartition équitable des richesses. Plusieurs facteurs sont à l’origine de cette mutation profonde.

B) Les facteurs de mutation de l’Etat

Tout d’abord, le principe issu du droit communautaire de libre concurrence² s’est appuyé sur une doxa économique prônant le retrait de la prise en charge directe des activités économiques par les Etats et administrations: de fait, l’interventionnisme a courbé l’échine face au principe de liberté du commerce et de l’industrie qui a, lui, acquis ses lettres de constitutionnalité³. Les années 1970 ont vu émerger dans les pays anglo-saxons, au premier rang desquels, les Etats-Unis, une aversion pour la gestion en régie des activités de l’administration : les gestionnaires publics subirent des violentes attaques quant à l’efficacité de leur gestion des ressources: l’adage “Le gouvernement est le barreur et non le rameur” devint lieu commun dans un contexte où les contrôles s’appuient sur les résultats obtenus et non plus sur les ressources engagées. Le périmètre des activités de l’administration s’est largement resserré. L’approche renouvelée de la gestion publique, la primauté de l’initiative privée, la croyance économique aux bienfaits de la concurrence ont tout naturellement conduit l’administration à tirer profit de l’innovation du secteur concurrentiel. C’est en 1978 qu’apparaissent pour la première fois en France ces idées⁴

Ensuite, la loi du 2 mars 1982 et l’ensemble législatif et réglementaire qui en a découlé ont conduit à l’essor des collectivités territoriales dans le paysage économique local. L’attribution, en vertu du Code Général des Collectivités Territoriales⁵, de la clause générale de compétence a largement contribué à asseoir leur rôle économique. Le principe d’indépendance a bouleversé l’équilibre financier des rapports entre Etat et Collectivités, et l’on a pu observer une hausse massive des dépenses de fonctionnement de ces dernières, le tout dans un contexte de raréfaction des ressources budgétaires. De fait, le couplage de ces deux phénomènes, raréfaction des ressources et augmentation des dépenses de fonctionnement, a entraîné une diminution des budgets d’investissement. Les crises financières majeures de ces dernières décennies, si elles n’ont vidé les caisses par la mise en place de plan de relance, ont tout au moins réduit considé-

¹ F. FERRELL, *Contrat public et action publique : au coeur d’une administration régulatrice*, in Mélanges GUIBAL, UM1, Montpellier, 2006

² Articles 101 à 109 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne dans sa rédaction issue du Traité de Lisbonne

³ A tout le moins, selon le Conseil d’Etat, la liberté du commerce et de l’industrie est-elle comptée au nombre des « libertés publiques » relevant de la seule compétence du législateur selon l’article 34 de la Constitution : CE Sect. 28 Octobre 1960 : *Martial de Laboulaye*

⁴ J.CHEVALLIER et D.LOSCHAK, *Science Administrative*, Paris, L.G.D.J., 1978

⁵ Pour les Communes : L2121-29, pour les Départements : L3211-1 et pour les Régions : L4221-1

rablement les ressources financières : rien ne sort, mais rien ne rentre. L'administration s'est alors tournée vers le financement privé pour prendre en charge les missions qui lui incombent.

II) Le contrat comme solution

A) Le contractualisme dans la gestion administrative

L'apparition de nouvelles missions a engendré l'émergence de nouveaux outils.

Résumons-nous : l'administration a de nouvelles missions, au premier rang desquelles la péréquation des territoires, dans un contexte où les ressources financières sont fragilisées, l'innovation de l'entreprise privée est louée, son financement convoité.

L'ensemble de ces nouvelles contraintes a érigé la solution du partenariat entre secteur public et secteur privé en solution optimale de résolution des problèmes contemporains. Le domaine de l'acte administratif unilatéral s'est érodé progressivement, au profit du contrat, censé apporter plus de souplesse et garantir au mieux l'intérêt des parties en présence. Le rapport public 2008 du Conseil d'Etat⁶ prouve à quel point le contrat a acquis une place spécifique dans l'action de l'administration. Le temps où un Léon DUGUIT pouvait affirmer : “ *On accepte de plus en plus facilement [...] les manifestations unilatérales de la volonté gouvernante [...] parce qu'on a une notion chaque jour plus nette de la solidarité nationale*” faisant ainsi le constat d'une “ *diminution constante du rôle du contrat dans les sociétés modernes, et notamment dans les rapports entre gouvernants et gouvernés*”⁷ n'est plus.

Au contraire, c'est PROUDHON qui résume, avec 100 ans d'avance, le mieux la situation actuelle : “ *Le contrat résout tous les problèmes. Le producteur traite avec le consommateur, l'associé avec sa compagnie, le paysan avec la commune, la commune avec le canton, le canton avec le département*”⁸. Ce proudhonisme que Laurent RICHER qualifie de “diffus” est selon ce dernier l'un des déterminants inconscient du recours massif au contrat par l'administration⁹, recours que Pierre DELVOLVE a pu qualifier de “ *fureur contractuelle*”¹⁰.

⁶ Rapport du Conseil d'Etat, *Le contrat: mode d'action publique et de production des normes*, La Documentation française, Paris, 2008

⁷ *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, rééd. Dalloz, 2003.

⁸ *Idée générale de la Révolution au XIX^{ème} siècle*, Paris, éd. Rivière, 1851.

⁹ *Droit des contrats administratifs*, 6^{ème} édition, L.G.D.J. Paris, 2008

¹⁰ In *Rapport public 2008 Conseil d'Etat*, op.cit. p.329

L'autorité de l'Etat - ordre omniscient subit l'attaque des modes de gestion basés sur les réseaux. La norme est devenue coproduite par l'ensemble des acteurs concernés. Marcel POCHARD n'exclut d'ailleurs pas que les fonctionnaires, pourtant dans une situation légale et réglementaire puissent demain, se voir dotés "*de la dynamique du contrat comme source de la norme applicable*"¹¹. Et le Premier Ministre Michel ROCARD récemment nommé n'adressait-il pas aux membres de son gouvernement la recommandation suivante: "*nous devons préférer, toutes les fois que c'est possible, aux arguments d'autorité, des négociations réelles, loyales, méthodiques, et, s'il y a lieu, formalisées dans des conventions*"¹².

B) Spécificités du contrat public

Le contrat de l'administration se développe donc fortement, mais son apparition brutale ne s'est pas réalisée sans certains achoppements. Bien que les modes de gestion des activités publiques et privées tendent à se rapprocher, l'administration, oeuvrant dans l'intérêt général continue de disposer de prérogatives exorbitantes du droit privé. A tel point que certains ont pu parfois dénier le caractère contractuel du contrat public.

En effet, de nombreux auteurs ont pu soutenir que le contrat administratif ne serait en fait qu'un acte unilatéral déguisé. Ainsi en est-il de L'HUILLIER qui s'interrogeait sur le pouvoir de modification unilatérale¹³: si l'administration dispose d'un véritable pouvoir de modification unilatéral, alors, le contrat ne tient pas "lieu de loi", ce qui amène à douter du caractère obligatoire du contrat. (L'auteur conclura à l'absence de pouvoir unilatéral de l'administration, pour ensuite déduire l'applicabilité des règles fondamentales des contrats aux contrats publics. Néanmoins, la jurisprudence semble reconnaître expressément le pouvoir de modification unilatéral de l'administration.)

De même pour le Professeur PEQUIGNOT: "*Si le contrat administratif est un acte volontaire [...] la volonté dont il est issue n'a pas entièrement le caractère de la volonté contractuelle*"¹⁴. Justifiant cette analyse, dans la droite ligne de Gaston JEZE, il ajoute: "*le contrat administratif tire ses particularités de l'insertion dans son sein des règles propres du service public*"¹⁵. Ce

¹¹ M. POCHARD, *Un même grand timonier pour les fonctionnaires et les salariés: épisode ou symbole?*, AJDA 2010, P. 641

¹² Circulaire du 28 Mai 1988 relative à la méthode de travail du Gouvernement, JO 27 Mai 1988, p.7381

¹³ L'HUILLIER, *Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration?*, chron. D. 1953, 87

¹⁴ PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Pedone, 1945

¹⁵ PEQUIGNOT, op. cit.

sont donc les sujétions de service public qui créent l'inégalité entre les parties, inégalité où le cocontractant de l'administration se trouve en position de faiblesse. Et au delà du service public, terme dont l'emploi est toujours sujet à débats byzantins du fait de la grande malléabilité de la notion, c'est véritablement l'intérêt général ou la détention de la puissance publique qui fonde l'inégalité : *"L'inégalité entre les parties peut aussi bien être rattachée à la notion d'intérêt général ou de puissance publique"*¹⁶¹⁷.

Enfin, le contrat compris comme lieu immatériel de la rencontre des volontés se heurte à la question du consentement de l'administration. Le droit public reconnaît expressément cette définition : *"Un contrat administratif, comme tout contrat, suppose l'existence et la rencontre de deux consentements"*¹⁸. La question du consentement de la personne publique trouve tout d'abord à s'appliquer à la notion de la compétence. Cette simple question suffirait amplement à remplir plusieurs thèses¹⁹, aussi nous contenterons nous de rappeler que le consentement d'une personne morale de droit public doit combiner compétence de la personne publique dans le champ matériel du contrat²⁰ et compétence de l'autorité administrative à engager la collectivité. Cette dernière approche rejoint, *mutatis mutandis*, la notion de capacité en droit privé²¹. Mais, la question du consentement rejoint également celle de la liberté de choix du cocontractant. Daniel CHABANOL conclut au pouvoir lié de l'administration quant au choix du cocontractant : *"On fait semblant de chiffrer le subjectif, en croyant qu'ainsi il perdra sa subjectivité [...] On aimerait que ceux qui [...] ont la charge de juger les opérations de passation [...] admettent que l'exercice du choix se situe dans la zone du pouvoir discrétionnaire"*²². L'on pourrait objecter que l'auteur ne fait référence qu'aux marchés publics. Néanmoins, les principes de bon usage des deniers publics, ainsi que ceux issus du droit communautaire de transparence et concurrence sont en eux-mêmes de nature à restreindre fortement le choix de l'administration. Les manquements à ces règles peuvent conduire à des sanctions pénales²³, des sanctions financières, des sanctions administratives... Et, sans s'y tromper, lorsque le rapport public du Conseil

¹⁶ SALON, Gaston JEZE et la théorie générale des contrats administratifs, Rev. Hist. des Fac. de Droit, 1991, n°12

¹⁷ Voir à ce sujet M.E ANDRE et J.RAYNARD, *Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante*, in Mélanges GUIBAL, op. cit. Selon les auteurs, la clause exorbitante qui fonde l'inégalité entre les parties à un contrat public serait dévoyée, son utilité ne tendrait à se résumer qu'à l'évitement des règles de droit privées.

¹⁸ G. GUILLAUME, concl. sous CE sect. 11 février 1972, OPHLM du Calvados c/ Caisse franco-néerlandaise de cautionnement, AJDA 1972, p. 245

¹⁹ Voir à ce sujet l'article très documenté de G. CLAMOUR, *Esquisse d'une théorie générale des contrats publics*, conclusion, in Mélanges GUIBAL, op.cit.

²⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit. p140, notamment

²¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit. p.146

²² D. CHABANOL, *Le choix du cocontractant: pouvoir discrétionnaire ou lié?*, in Mélanges GUIBAL, op.cit.

²³ Art. 432-14 et 432-15 du Code Pénal, voire même, en cas de corruption ou de trafic d'influence 433-1 du Code pénal

d'Etat 2008²⁴ mentionne qu'il "*existe certains domaines où la négociation est très approfondie, celui de la délégation de service public, par exemple*", la reconnaissance des contraintes européennes obligent à comprendre le terme "négociation" comme une méthode d'accès au "mieux disant"²⁵. De même, le rapport expose que la contradiction apparente entre les principes constitutionnels de liberté contractuelle des personnes publiques²⁶ et d'égalité des citoyens (l'égalité des citoyens devant la loi se déclinant en égalité dans l'accès à la commande publique) ne se conçoit qu'en limitant le pouvoir de choix du cocontractant de la personne publique²⁷

En toute hypothèse, reste à remarquer que, quel que soit le contrat de l'administration, sa soumission aux règles fondamentales des contrats, ses sujétions exorbitantes, la liberté de choix du cocontractant, le recours à un tiers entraînent nécessairement la dévolution sur ce tiers d'un risque, dévolution dont l'impact sur les structures économiques est réel.

CHAPITRE II : Le contrat comme procédé de dévolution du risque et ses conséquences économiques.

I) *Le contrat comme procédé de dévolution du risque*

A) L'omniprésence du risque dans le contrat public

Entendons-nous bien: le contrat nécessite la réunion *a minima* de deux personnes. Le contrat fixe les obligations que doivent supporter les contractants et leur rétribution réciproques, du moins dans le cadre d'un contrat synallagmatique. Ainsi, le rapport public du Conseil d'Etat 2008 expose-t-il: "*Un contrat présuppose des engagements réciproques et un certain équilibre entre les droits et les obligations des parties*"²⁸. Mais dès lors qu'une obligation est mise au "débit" du cocontractant, celui-ci doit en assumer l'exécution, c'est à dire assumer également, le risque de son absence, ou de sa mauvaise exécution. En cas d'inexécution ou de mauvaise exécution, c'est bien la responsabilité du cocontractant qu'il faudra invoquer. *In fine*, nous pourrions dire que le risque inhérent à tout contrat est celui de la mise en cause de la responsabilité du titulaire.

²⁴ op.cit.

²⁵ *Liberté contractuelle et disciplines du marché unique*, in Rapport 2008 Conseil d'Etat, op.cit. p. 172

²⁶ Décision n°2000-437 DC du 19 Décembre 2000 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001

²⁷ Rapport 2008 Conseil d'Etat, op. cit. p.180

²⁸ Rapport 2008 Conseil d'Etat, op.cit. p.99

Tout contrat donc, parce qu'il transfère une charge sur le partenaire, induit un risque. Le risque correspond à l'aléa, à la probabilité que la situation de fait et de droit nouvelle issue du contrat ne soit pas celle envisagée par les parties au départ. Rappelons ici l'assertion de François LLORENS : *“Tout contrat suppose sans doute une prise de risque de la part de son titulaire”*²⁹.

Mais le risque dans le contrat public est multiforme. Le risque peut tout d'abord être un risque d'évaluation *a priori* de l'offre de soumission. C'est ce risque que LLORENS attribue aux marchés publics³⁰. En effet, le candidat devenu titulaire du marché, est tenu par son offre qui est elle-même intégrée aux documents contractuels par le biais de l'acte d'engagement³¹. En principe, les marchés publics sont à prix définitifs³², bien que le code des marchés publics de 2006 élargisse les recours aux prix provisoires. Le titulaire du marché ne peut donc se prévaloir d'une erreur d'évaluation du coût de réalisation du marché. Seule une erreur purement matérielle sur le prix telle que le pouvoir adjudicateur ne puisse l'invoquer de bonne foi ouvre droit à rectification par le juge³³. S'il en avait été autrement, le soumissionnaire proposerait un prix inférieur au coût de réalisation de la prestation, dans le seul but d'obtenir le marché, quitte à, par la suite, le faire modifier par le juge. Ainsi, le soumissionnaire se doit de trouver un équilibre dans la marge qu'il se propose de retenir pour l'exécution du marché, sans sous-estimer les coûts de réalisation de la prestation : il doit arbitrer entre risque et profit³⁴.

Néanmoins, en marchés publics, d'autres risques existent. Le risque de la résiliation par exemple est toujours présent. Cependant, lorsqu'elle n'intervient pas à titre de sanction, la résiliation ouvre normalement droit à indemnisation, conformément aux règles régissant la résiliation pour motif d'intérêt général³⁵. Ce risque a donc un impact minime sur le cocontractant de l'administration, pour autant que le recouvrement de l'indemnisation se déroule normalement.

L'autre risque du marché public est celui de l'exécution matérielle du marché. Pèse sur le titulaire une obligation d'exécution conforme aux prescriptions techniques du marché. En cas de faute, le marché peut être résilié de façon unilatérale par l'administration et ce, sans indemnisa-

²⁹ F. LLORENS, *Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public*, in *Liber Amicorum Jean WALINE*, Gouverner, administrer, juger, Paris, ed. Dalloz, 2002

³⁰ F. LLORENS, *Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public*, in *Liber Amicorum Jean WALINE*, Gouverner, administrer, juger, Paris, ed. Dalloz, 2002

³¹ Art. 11 al.3 Code des Marchés publics.

³² Art 18-I CMP

³³ CAA Nancy, 30 Avril 1992, TIBE, n°90NC00357

³⁴ T. KIRAT (Dir.), *Economie et droit du contrat administratif*, Paris, La documentation française, 2005

³⁵ CE Ass. Distillerie de Magnac-Laval, 2 Mai 1958, Rec. p.246

tion³⁶. La faute est caractérisée par un manquement grave aux obligations du marché : par exemple, le refus d'exécuter un ordre de service, le non-respect des délais, ou encore l'interruption non justifiée de l'exécution. En cas de fautes moindres, l'administration pourra toujours se faire attribuer par le juge du contrat des dommages et intérêts en vue de la réparation du préjudice subie par elle. La solution est ancienne, et commune à l'ensemble des contrats administratifs³⁷. L'administration pourra également mettre en régie le marché, et ce aux frais et risques du titulaire³⁸

B) Le risque comme critère de distinction des contrats publics

Mais c'est dans le cadre des délégations de service public que la notion de risque prend toute son ampleur. Depuis l'arrêt Préfet des Bouches du Rhône c/ commune de Lambesc³⁹, le risque d'exploitation est devenu l'un des critères déterminant la qualification du contrat de DSP. En réalité, c'est le mode de rémunération qui intègre en lui la notion de risque. En effet, depuis cet arrêt, le délégataire doit être rémunéré de façon substantielle par les résultats d'exploitation. Comme le rappelle LLORENS⁴⁰, la rémunération par les résultats de l'exploitation représente l'expression financière du transfert de responsabilité du service, alors que le caractère substantielle de ce type de rémunération exprime lui le transfert du risque de l'exploitation. Cette dernière idée se retrouve expressément dans les conclusions de C. BERGEAL, sous l'arrêt SMITOM Centre Ouest et Marnais⁴¹: « Elle renvoie à la notion de prise de risque par le cocontractant, consubstantiel à la notion de concession qui, selon la formule traditionnelle, est exploitée « aux risques et périls du concessionnaire » ». Et elle ajoute: « nous ne concevons pas de délégation sans responsabilité ».

Le risque est envisagé sous son aspect financier et économique : il s'agit de vérifier que le contrat rende susceptible le cocontractant d'assumer les pertes liées à l'exploitation du service, et pas uniquement qu'il voie sa rémunération varier en fonction de cette exploitation, tout en restant toujours positive. Finalement, la notion de risque d'exploitation telle qu'interprétée par le Conseil d'Etat rejoint la position de M. WALINE selon qui il convient de se poser la ques-

³⁶ CE, Société d'études et de réalisation des applications du froid, 20 Janvier 1988, Rec. p.29

³⁷ CE, Delplanque, 31 Mai 1907, Rec. p. 513, concl. ROMIEU

³⁸ Prévue par l'article 49.2 du CCAG - Travaux, la sanction est applicable aux marchés de services ou de fournitures.

³⁹ CE, 15 Avril 1996, Rec. p. 137, concl. CHANTEPY

⁴⁰ art. précité

⁴¹ CE, 30 Juin 1999, concl. BERGEAL

tion : “*Qui supporte les risques de pertes? Qui, corrélativement, bénéficie des chances de profit? Qui, en résumé, joue le rôle économique de l’entrepreneur?*”⁴².

Enfin, en ce qui concerne les contrats de partenariats, l’article 11 de l’ordonnance du 17 Juin 2004⁴³ impose aux parties de prévoir les “*conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant*”. Selon N. SYMCHOWICZ : “*Il s’agit en fait, à travers un partage équilibré des risques, de parvenir à un meilleur rendement du contrat [...] de mettre en place une véritable gestion contractualisée d’un accord rationnel, et, ainsi, en un mot, une véritable dynamique contractuelle*”⁴⁴. Le partage doit s’opérer selon “*l’idée générale que chaque type de risque doit être imputé à la partie qui est le mieux à même de l’assurer*”⁴⁵.

Est alors opérée une classification des risques en trois classes : les risques de construction, les risques de disponibilité et les risques liés à la demande. Chaque classe se compose par la suite en sous risques. Le contrat de partenariat emprunte ainsi à la fois au marché public, en ce que le paiement provient directement de la personne publique (quoique cette assertion est à nuancer) et à la délégation de service public, en ce qu’il opère un transfert du risque d’exploitation.

Cette nouvelle appréhension du risque est intimement associée à une analyse économique et financière par les outils juridiques.

II) L’appréhension économique du risque.

A) La reconnaissance implicite de l’analyse économique du risque par la jurisprudence

Lorsque l’administration agit en relation avec des partenaires extérieurs privés, elle modifie nécessairement la structuration de son environnement économique. Cette assertion frappe par son évidence dès lors que, dans la délégation de la gestion d’activités qui devait normalement lui revenir, l’administration crée des droits exclusifs : soit d’abord des droits *stricto sensu* d’exclusivité d’exploitation, tel que compris par le droit communautaire, dans la gestion, par exemple, de services publics. L’octroi de tels droits est reconnu depuis longtemps en droit français, notamment par le biais des DSP. Mais la CJCE, garante de la bonne application des traités par les Etats, et notamment l’obligation de concurrence, a également reconnu la conventionna-

⁴² M. WALINE, *la régie intéressée*, RD Pub. 1948 p.337

⁴³ Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004, JORF 19 Juin 2004

⁴⁴ N. SYMCHOWICZ, *PPP et montages contractuels complexes*, Paris, ed. Le Moniteur, 2009

⁴⁵ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit.

lité de l'octroi de tels droits. Ainsi dans son célèbre arrêt "Corbeau"⁴⁶ la CJCE affirme, concernant les services d'intérêt économique généraux, que les Traités peuvent admettre que les Etats membres peuvent "conférer à des entreprises [...] des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité sur la concurrence". Soit, ensuite, par l'octroi de droits de créances, qui peuvent s'analyser en des droits exclusifs sur les deniers publics, dans le cadre par exemple de marchés publics : le prestataire fournit une prestation et obtient le droit d'être rémunéré en contre-partie, selon les modalités fixées par le marché⁴⁷. Ces droits de créances sont des droits que l'on peut analyser selon les catégories et notions développées en droit civil des contrats.

La difficile consécration du critère de la rémunération, adossée à la prise en charge du risque d'exploitation par le délégataire d'une DSP, est largement mise en avant par F. LLORENS⁴⁸. La prise en charge du risque par le délégataire a fait l'objet de définitions implicites et explicites différentes de la part du Conseil d'Etat.

B) Pertinence de l'approche économique du droit

Vu de l'autre côté de la barrière, les économistes ont aussi à apprendre aux juristes sur l'impact des contrats administratifs dans l'environnement économiques des personnes publiques.

D'une manière générale, l'association des deux disciplines provient d'un mouvement dénommé *Law and Economics*, né à l'Université de Chicago, université héritière d'une forte tradition de pluridisciplinarité. Il s'agit d'envisager les relations juridiques à la fois d'un point de vue positiviste et normativiste et également prospectif, en prenant en compte l'impact des structures juridiques sur les structures économiques. L'évolution des missions de l'Etat devenu régulateur de l'économie a conduit au développement d'un droit au sein duquel les deux matières se rencontrent frontalement : le droit de la concurrence. C'est d'ailleurs par ce biais que deux des professeurs les plus importants de l'analyse économique du droit l'ont développé : E.LEVI et A.DIRECTOR. Ce courant s'amplifiera par la suite sous l'impulsion de G.BECKER, R.POSNER et W.LANDES.

Dans le domaine des contrats administratifs plus particulièrement, deux approches microéconomiques au moins sont à signaler.

⁴⁶ CJCE, 19 Mai 1993, n° C320/91

⁴⁷ Art. 17 Code des Marchés Publics

⁴⁸ F.LLORENS, art. préc.

La première approche est celle de la théorie des incitations. Cette théorie se base sur une relations de type principal-agent. Dans une telle relation, le principal délègue une tâche à l'agent P. CAHUC propose ainsi d'analyser les PPP selon cette théorie⁴⁹. Dans ce cas, le principal ne peut être certain du bon accomplissement de la tâche par l'agent. Le problème central de cette relation est l'asymétrie informationnelle. Si l'agent détient une information dont ne dispose pas le principal, par exemple, concernant ses véritables coûts de production, l'agent pourra fausser les chiffres présentés, augmentant ainsi sa marge bénéficiaire ; il bénéficiera alors d'une rente informationnelle. Le problème de l'information complète et exacte du principal s'analyse en deux temps.

Le premier est celui de la détermination exacte de la performance des agents susceptibles de se voir déléguer la tâche. Il s'agit d'une asymétrie informationnelle *ex ante* : le problème ici est un problème d'antisélection. Le principal ne pourra pas sélectionner le meilleur agent. Le second problème réside dans l'évaluation des coûts observés *ex post*. Sans un audit fiable, le principal sera confronté à l'aléa moral de l'agent : l'agent a-t-il tout mis en œuvre pour réduire ses coûts ?

Pour compenser cette asymétrie d'information, le principal devra donc utiliser les modèles des contrats issus de la théorie des incitations. Les contrats incitatifs obligent les agents à dévoiler les informations dont ils disposent. Une fois l'information partagée, il est alors possible de définir un équilibre financier et ainsi d'optimiser l'achat public.

Cette théorie permettra ainsi d'établir, en fonction des caractéristiques connues du principal, les procédures les plus adaptées pour la passation des marchés publics. T.KIRAT et F.MARTY ont montré⁵⁰ qu'en fonction de la connaissance *ex ante* des caractéristiques du besoin de la personne publique, les procédure les plus incitatives ne sont pas toujours les mêmes. L'analyse économique rejoint ici le droit positif en prescrivant, dès lors que la personne publique n'est pas en mesure de définir elle même ses besoins, le recours au marché négocié⁵¹.

Il est également utile de recourir à la théorie des contrats incomplets pour comprendre les enjeux économiques des contrats publics. La théorie des contrats incomplets de O.HART et MOORE est une analyse en 3 temps, plaçant en son centre les relations de propriété et d'imprévision.

⁴⁹ P. CAHUC, *La nouvelle microéconomie*, Paris, Ed. La découverte, Repères, 1993

⁵⁰ T.KIRAT et F.MARTY, « *l'économie de la répartition des risques dans les contrats administratifs* », in T.KIRAT « *Economie et droit du contrat administratif : l'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public* », Paris, La documentation française, 2005

⁵¹ Voir également, une analyse des marchés publics selon la théorie des incitations : M.MOUGEOT et F.NAEGELEN : *Les marchés publics, Règles, stratégies, politique*, Paris, Economica, 1993

Les contrats d'une opération complexe sont nécessairement incomplets, ce qui signifie qu'il sont incapables de s'adapter à l'ensemble des situations futures inconnues et donc ne permettent pas une allocation optimale des risques et bénéfices dans une relation de coopération. Cet incomplétude résulte de trois facteurs principalement. Le premier est la rationalité limitée des parties. Le second est lié à l'existence de coûts de transaction. Le troisième est attribué aux imperfections du système judiciaire. Du fait de l'incomplétude connue des acteurs, la perspective de renégociation est de nature à favoriser l'éclosion d'un comportement opportuniste.

Ainsi dans le modèle de HART, il est possible de démontrer que le contrat de partenariat est efficace si et seulement si l'administration est capable de bien définir ses objectifs de qualité dès la négociation et d'insérer des clauses incitatives. Dans ce cas, le partenaire réduira ses investissements improductifs. A l'inverse, dès lors que l'administration possède une solide connaissance des cahiers des charges bâtiments, mais est incapable de définir les obligations de service, les contrats « traditionnels » séparés sont plus efficaces.

Nous avons compris comment le risque dans le contrat public est un donnée essentielle de son équilibre. Or, dans les contrats de partenariats public-privé, le risque en est une clef de montage. Nous pensons que l'analyse de la répartition optimale du risque dans les contrats de partenariats ne peut se départir d'une approche économique. Cette approche doit prendre en compte les caractères juridiques de complexité et d'indivisibilité des PPP afin d'en cerner toute la profondeur économique(I). Elle doit ensuite s'attacher à rechercher la transcription économique du risque partout où il est présent (II).

PARTIE I : Une complémentarité certaine des approches économiques et juridiques

CHAPITRE I : L'indivisibilité : pierre angulaire de l'appréhension économique des PPP

I) Typologie des PPP

Les partenariats public – privé (PPP) représentent une catégorie de contrats nommés ou plus souvent un assemblage de contrats établissant une formule contractuelle nouvelle devenue « complexe ». Les PPP peuvent servir soit à dévoluer la construction d'un ensemble immobilier techniquement complexe ou dont le coût financier est élevé : dans ce cas, la personne publique doit tirer bénéfice du savoir-faire des grands groupes de BTP, et du secteur privé en général. D'autres contrats peuvent couvrir un ensemble de besoins à satisfaire : il s'agit des formules contractuelles globales qui assignent à leur titulaire des tâches de financement, réalisation, d'exploitation, voire de gestion, d'entretien ou de maintenance, voire même d'autres tâches annexes au service public.

Les PPP ont trois acceptations possibles dans le langage juridique courant :

- ➔ Ils peuvent d'une part désigner tous les types de contrats qui associent une personne publique et une personne privée : le terme de PPP fait alors référence au mode concessif.
- ➔ Ils peuvent ensuite désigner les contrats qui sont aux fondements des montages complexes : il s'agit ici des contrats de BEA, AOT, AOTL, ainsi que leurs déclinaisons sectorielles
- ➔ D'une façon plus stricte, les PPP représentent la catégorie des Contrats de Partenariats issus de l'ordonnance du 17 juin 2004.

La doctrine est très floue sur la qualification des PPP, faute d'un régime commun. N. SYMCHOWICZ propose de nommer les contrats des deux derniers types « contrats globaux », dans la mesure où le terme PPP ferait plus référence à un modèle économique⁵². A l'opposé, le terme de contrats globaux désigne les contrats qui permettent une gestion globale du projet par le partenaire. Par ailleurs, suivant la thèse de B. TARDIVEL⁵³, il convient de différencier les contrats de partenariats *stricto sensu*, issus de l'ordonnance de 2004, des contrats portant partenariats qui « rassemblent la totalité des expériences contractuelles de type partenariales ayant

⁵² N. SYMCHOWICZ, *PPP et montages contractuels complexes*, Paris, Ed. Le Moniteur, 2009

⁵³ B. TARDIVEL, *La place du contrat de partenariat dans l'ordre des contrats publics*, in Mélanges GUIBAL, op. cit.

eu pour support les délégations de service public, les marchés publics, les montages complexes voire certains contrats de droit privé ».

La première définition adoptée en matière de PPP résulte du Livre Vert de la Commission européenne du 30 Avril 2004 (COM/2004/327). Cette définition très large entend rassembler les caractéristiques communes à tous les PPP. Le terme PPP est alors envisagé sous deux angles : le premier correspond aux PPP contractuels (ceux qui nous intéresseront ici) et le second aux PPP institutionnels, c'est-à-dire l'établissement d'une coopération entre secteurs public et privé au sein d'une structure juridique *ad hoc*, et notamment les SEM. Selon ce livre vert : « *les éléments suivants caractérisent normalement les opérations de PPP :*

- *la durée relativement longue de la relation impliquant une coopération entre le partenaire public et le partenaire privé sur différents aspects d'un projet à réaliser*
- *le mode de financement du projet assuré pour partie par le secteur privé, parfois par le biais de montages complexes entre divers acteurs. Des financements publics parfois très importants peuvent néanmoins venir s'ajouter aux financements privés*
- *le rôle important de l'opérateur économique, qui participe à différents stades du projet (conception, réalisation, mise en œuvre, financement). Le partenaire public se concentre essentiellement sur la définition des objectifs à atteindre en termes d'intérêt public, de qualité des services offerts, de politique des prix, et assure le contrôle du respect de ces objectifs.*
- *La répartition des risques entre le partenaire public et le partenaire privé, sur lequel sont transférés des aléas habituellement supportés par le secteur public. Les PPP n'impliquent toutefois pas nécessairement que le partenaire privé assume tous les risques, ou la part la plus importante des risques liés à l'opération. La répartition précise des risques s'effectue au cas par cas, en fonction des capacités respectives des parties en présence à évaluer, contrôler et gérer ceux-ci »*

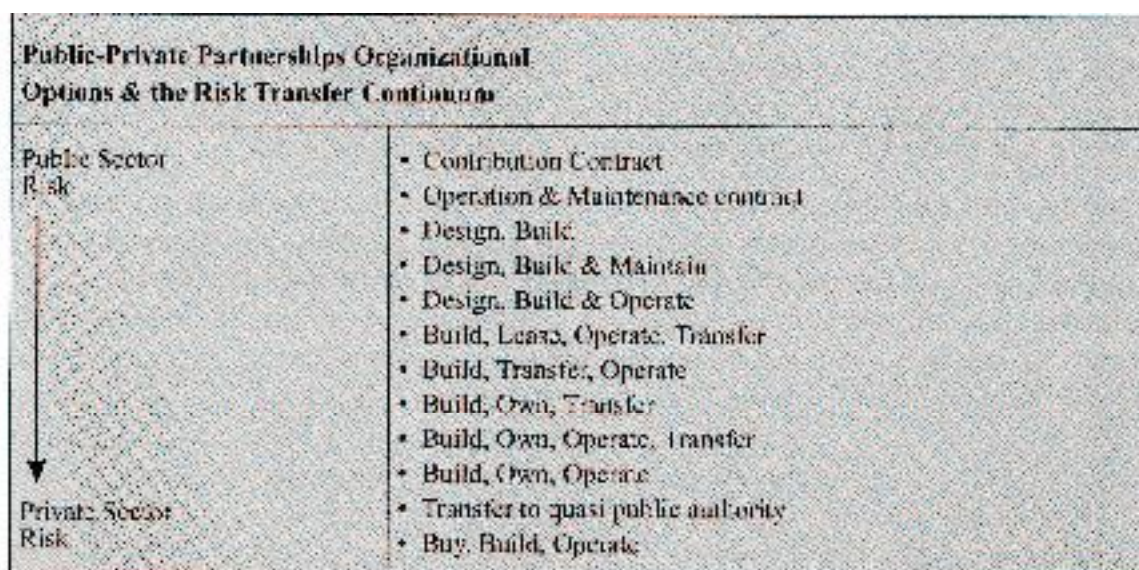
Les communications de la Commission du 15 Novembre 2005 (COM/2005/569) et 5 février 2008 (COM/2007/6661) ont refusé d'envisager pour le PPP la mise en place d'un nouveau régime de contrats communautaires : les PPP sont donc soit des marchés publics soit des concessions au sens du droit communautaire.

Il est habituel en la matière d'affirmer que les PPP modernes trouvent leur origine, au moins en partie, dans les contrats de Private Finance Initiative (PFI) anglais datant de 1992. Ces PFI résultent des Public Private Partnerships américains des années 1970-80. Apportons une précision supplémentaire : les PFI sont des contrats, regroupés dans la catégorie fonctionnelle des

PPP anglais. Ainsi d'autres formes de PPP peuvent être mis en place : outre les contrats de PFI, deux hypothèses sont visées : les partenariats institutionnels, et les partenariats de conseil. Les PFI représentent une notion attractive et tendent à absorber toutes les anciennes formes de PPP contractuels nommés ou issus de la pratique⁵⁴.

Tous les auteurs reconnaissent que la pratique des PFI sont à l'origine des contrats de partenariats en France, dans lesquels le partage optimisé des risques et le préfinancement privé sont déterminants.

Les PFI, modèle des PPP français conçoivent de manière large le rôle des partenaires privés.



Adapté de J. R. Allan, "Public Private Partnerships : A Review of the Literature and Practices", *Public Policy Paper* n° 4, *SPP Public Policy Papers*, 1999

Figure 1 Tableau linéaire des risques dans les PPP

Ainsi peut-on remarquer que les formules contractuelles sont nombreuses et suffisamment souples pour s'adapter aux différents besoins des collectivités publiques. Le contrat de partenariat français *a minima* est un modèle de type BFO (Build, Finance, Operate), le transfert à l'expiration du contrat n'étant pas obligatoire.

Le renouveau des PPP insufflé par l'ordonnance de 2004 portant création des contrats de partenariats a permis de pallier à l'interdiction par la Conseil d'Etat⁵⁵ des anciens Marchés d'entreprise de travaux publics (METP). Les juges administratifs ont en effet estimé que le METP correspondait à un marché public, soumis au code des marchés publics alors applicable, et notamment à son article 350 qui interdisait expressément les paiements différés.

⁵⁴ F. LICHERE, op. cit. p. 3

⁵⁵ CE, 8 Février 1999, Préfet des Bouches du Rhône c/ commune de la Ciotat, n° 150931

Dés lors, la notion de PPP contrats globaux recouvre le champ d'application de plusieurs contrats nommés.

➔ il s'agit en premier lieu des BEA. Les BEA permettent l'occupation du domaine d'une collectivité territoriale avec constitution, sur le modèle du bail emphytéotique rural, de droits réels au profit du preneur (même si ces droits posent question au regard des règles de la domanialité publique⁵⁶) En application des articles L 1311-2 et suivants CGCT, une collectivité peut conclure un BEA qui peut tout d'abord être assorti d'une convention de location des ouvrages rénovés ou réalisés au profit de la collectivité⁵⁷. Ce premier type de convention est appelée convention « aller-retour » : la collectivité bailleur bénéficie, en retour de la dévolution, d'une location. Le BEA peut également être assorti d'une convention non détachable de gestion technique de l'ouvrage. Le BEA peut enfin être conclu assorti d'une convention non détachable de gestion du service public. Cette dernière hypothèse relève d'ailleurs de la liste des conditions de recours au BEA. A noter également le développement des BEA sectoriels, comme les BEH pour les Hôpitaux ou encore les opportunités offertes par les lois LOPPSI ou LOPJ.

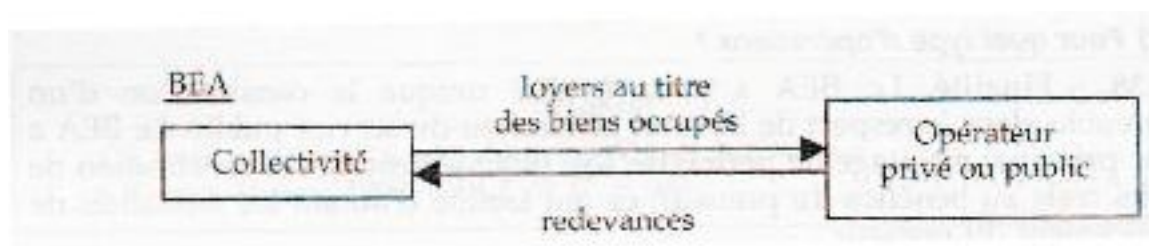


Figure 2 Convention « aller- retour » : formule BEA simple (source : F.LICHERE, pratique des PPP, Paris, LexisNexis, Litec Professionnels, 2ème édition, 2009)

⁵⁶ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op.cit.

⁵⁷ CE Sect., 25 Février 1994, SOFAP Marignan, n° 144641, Rec. P.94

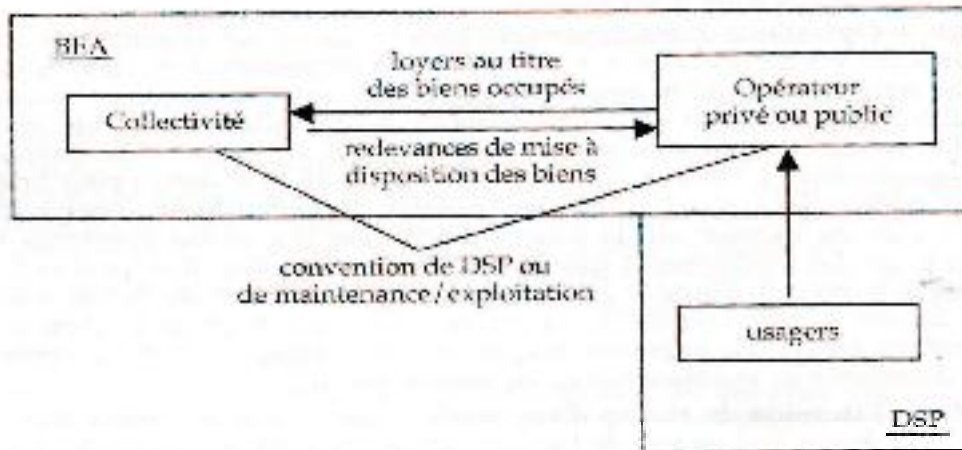


Figure 3 BEA avec convention non détachable (maintenance technique ou exploitation du service pu-blic) (source : F.LICHERE, Pratique des PPP, op.cit.)

➔ Le PPP peut ensuite s'appuyer sur les AOT/ AOTL - COT. Il s'agit là de conventions ou d'autorisations classiques d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat ou des collectivités territoriales à ce détail près qu'elles permettent la constitution de droits réels délivrés en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité concernée. L'AOT est prévu aux articles L 2122-5 et s. CG3P, l'AOTL aux articles L 1311-5 et s. CGCT. Il est possible de considérer que le BEA est une sous-catégorie d'autorisation d'occupation du domaine public. Les différences entre BEA et AOT nommés ne se retrouvent qu'à la marge : le BEA doit être conclu pour une durée allant de 18 ans minimum à 99 ans maximum, alors que l'AOT ne connaît qu'une limite haute de 70 ans. Le domaine public soumis aux champs de la contravention de voirie n'est pas accessible à un BEA, en revanche, un tel contrat peut être conclu sur le domaine privé, là où l'AOT couvre tout le domaine public, y compris relevant du champ de la contravention de voirie, mais uniquement le domaine public.

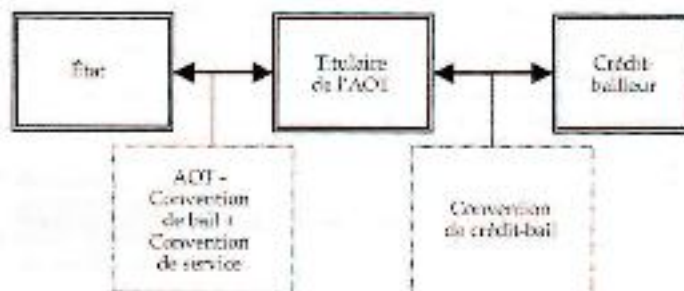


Figure 4 exemple d'AOT avec crédit-bail (source : F.LICHERE, Pratique des PPP, op.cit.)

➔ Enfin, le PPP peut trouver à son fondement un contrat de partenariat. Le CP se définit (pour l'Etat) comme suit : « *Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat 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.* ». En ce qui concerne les collectivités territoriales, la définition du CP est présentée à l'article L 1414-1 CGCT, et se contente de rajouter 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* ». Le partenaire privé doit être rémunéré en fonction d'objectifs de performances et peut se voir accorder la maîtrise d'ouvrage des biens immobiliers concernés. Catégorie *sui generis* donc, nouvelle forme contractuelle attractive à côté des marchés publics et des délégations de service publics selon la doctrine⁵⁸ et susceptible de recouvrir une multitude de formes contractuelles nommées ou innommées.

Ainsi tous les PPP- contrats globaux sont susceptibles de s'intégrer à l'une des trois catégories génériques de contrats, les critères traditionnels continuant de s'appliquer. Ce n'est à ce titre que récemment que le contrat de partenariat a été élevé au rang de catégories générique de contrats. En effet, les premières études s'échinaient à tenter de faire rentrer le contrat de partenariat dans la catégorie des marchés publics, tout en lui reconnaissant certaines analogies avec les contrats de mode concessif⁵⁹

Cette question de la qualification en droit interne revêt une importance certaine concernant non seulement le régime de passation des contrats mais également leur régime d'exécution et leur contenu. Les marchés publics comme les DSP, et, dans une moindre mesure, les contrats de partenariats, ainsi que tous les contrats nommés supposent l'applicabilité d'un certain nombre de règles indérogables. Qu'un contrat nommé par les parties de partenariat soit requalifié en marché public, et le contrat devient illégal du fait de l'interdiction, en droit des marchés publics, du paiement différé. Qu'un montage complexe avec BEA et convention non détachable d'exploitation du service public soit requalifié en DSP du fait du mode de rémunération et du risque pris en charge par le partenaire privé (suivant les règles de la jurisprudence Préfet des Bouches du Rhône⁶⁰ et SMITOM⁶¹) et s'applique *de facto* les règles relatives au régime des

⁵⁸ N. SYMCHOWICZ, op.cit, p.358

⁵⁹ Voir à ce propos l'étude du Pr LLORENS : *Typologie des contrats de la commande publique*, Contrats et marchés publics, Mai 2005, ou encore l'article de B. TARDIVEL prec.

⁶⁰ CE, 15 Avril 1996, Rec. p. 137, concl. CHANTEPY

biens.

Les PPP sont passés selon la procédure propre au contrat dont la procédure de passation est la plus contraignante⁶².

Les conditions de recours aux contrats de partenariats sont néanmoins limitées par l'urgence, la complexité ou la mise à jour d'un bilan coûts/avantages positif.

II) La notion d'indivisibilité dans les contrats globaux : un préalable à l'étude économique

Les PPP contrats – globaux sont des montages contractuels complexes. Le montage contractuel est un : « assemblage de contrats nommés ou innommés destiné à atteindre un objectif commun ou un contrat innommé caractérisé par la construction intellectuelle originale ou innovante qu'il comporte »⁶³. Nous avons effectivement pu constater, au travers des exemples vu *supra* que le montage contractuel présuppose l'existence de plusieurs contrats nommés (par exemple un BEA + une DSP), ou alors la dénaturation de contrats nommés destinés à contourner les règles d'ordre public (cas des METP), ou enfin des contrats purement issus de l'ingénierie contractuelle privée.

Néanmoins, nous remarquerons que le contrat de partenariat se suffit à lui-même. En effet, le contrat de partenariat a été pensé comme un contrat global auquel l'annexion d'autres formules contractuelles ne serait d'aucun intérêt : le contrat de partenariat *a minima* fait déjà pesé sur le partenaire la charge du préfinancement, de la construction et d'une forme ou d'une autre d'exploitation. On pourrait ainsi *a priori* affirmer que le contrat de partenariat ne représente donc pas un montage contractuel au sens de la définition donnée. Mais une fois dépassée l'analyse de la catégorie juridique des contrats de partenariat, et s'attaquant à l'analyse de leur mise en œuvre, nous ne pouvons que constater que le contrat de partenariat provoque une intense activité contractuelle connexe.

En effet, les acteurs du PPP sont nombreux et surtout juridiquement distincts. Ces acteurs se retrouvent autour de l'exécution d'un projet commun. Les relations entre ces acteurs devront

⁶¹ CE, 30 Juin 1999, n°198147

⁶² CE Ass, 10 Juin 1994, Commune de Cabourg

⁶³ N.SYMCHOWICZ, *PPP et montages contractuels complexes*, op.cit. p.32

donc être détaillées et prévues à l'avance, dès la phase de négociation⁶⁴. Voici un schéma de PPP français:

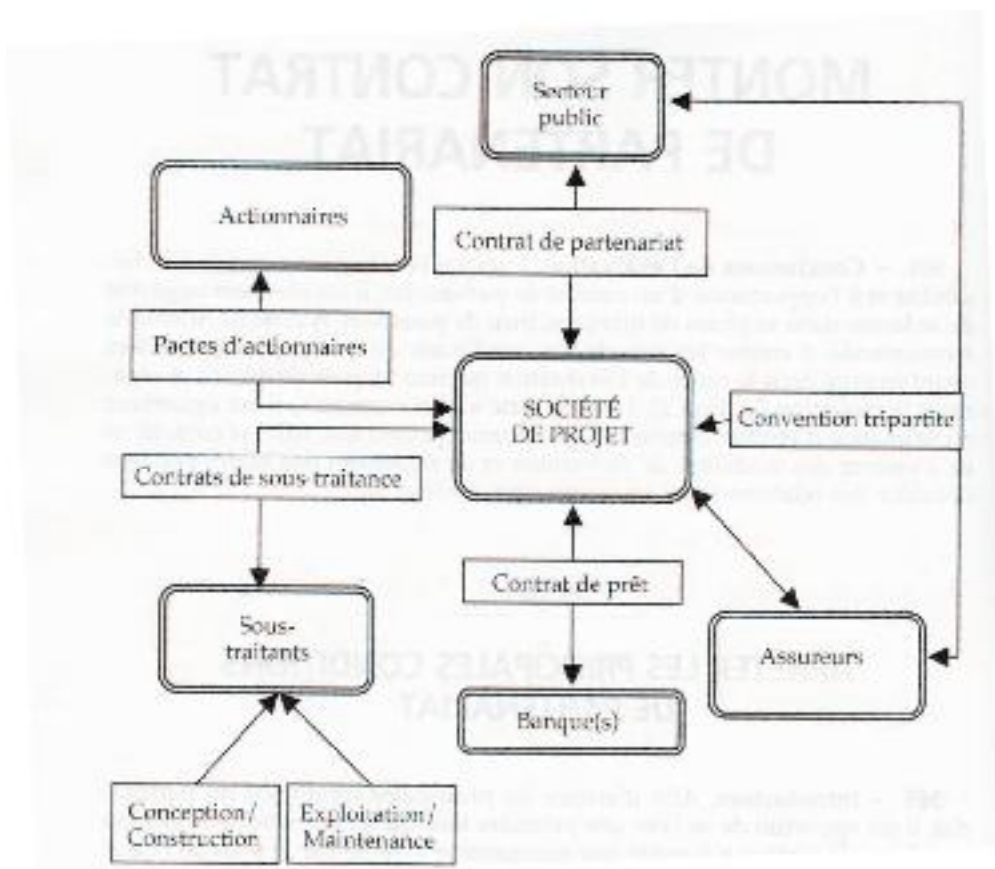


Figure 5 Montage contractuel complet d'un PPP – CP (source : F.LICHERE pratique des PPP, op.cit)

Ce modèle est parfaitement identique à celui des PFI anglais :

⁶⁴ art 5 et loi 2008 p 138 pratique des PPP

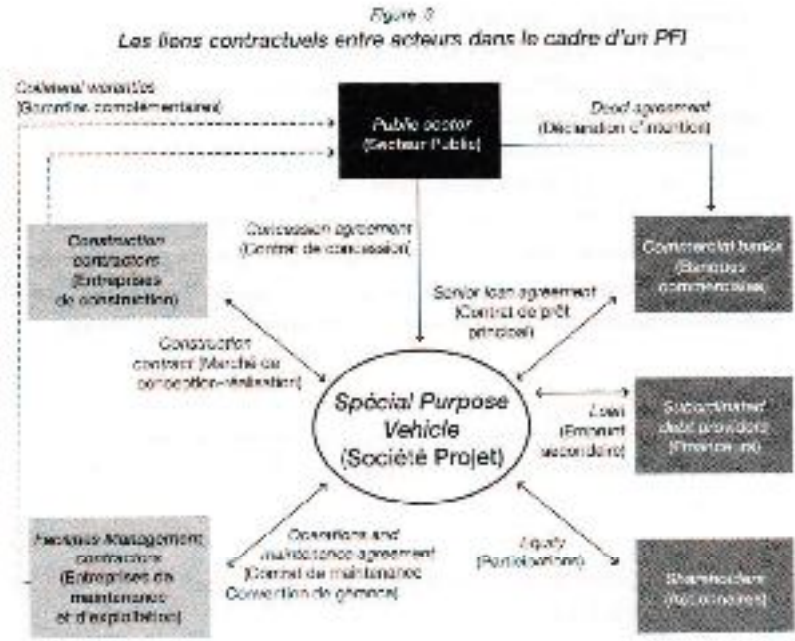


Figure 6 Montage contractuel d'un PFI (source : M.LAFITTE, Les PPP, Paris, Ed. Revue Banque, 2006)

Ces modèles sont basés sur la création d'une société de projet spécifique pour mener à terme le projet. Le partenaire peut également être une société préexistante, menant par ailleurs d'autres activités.

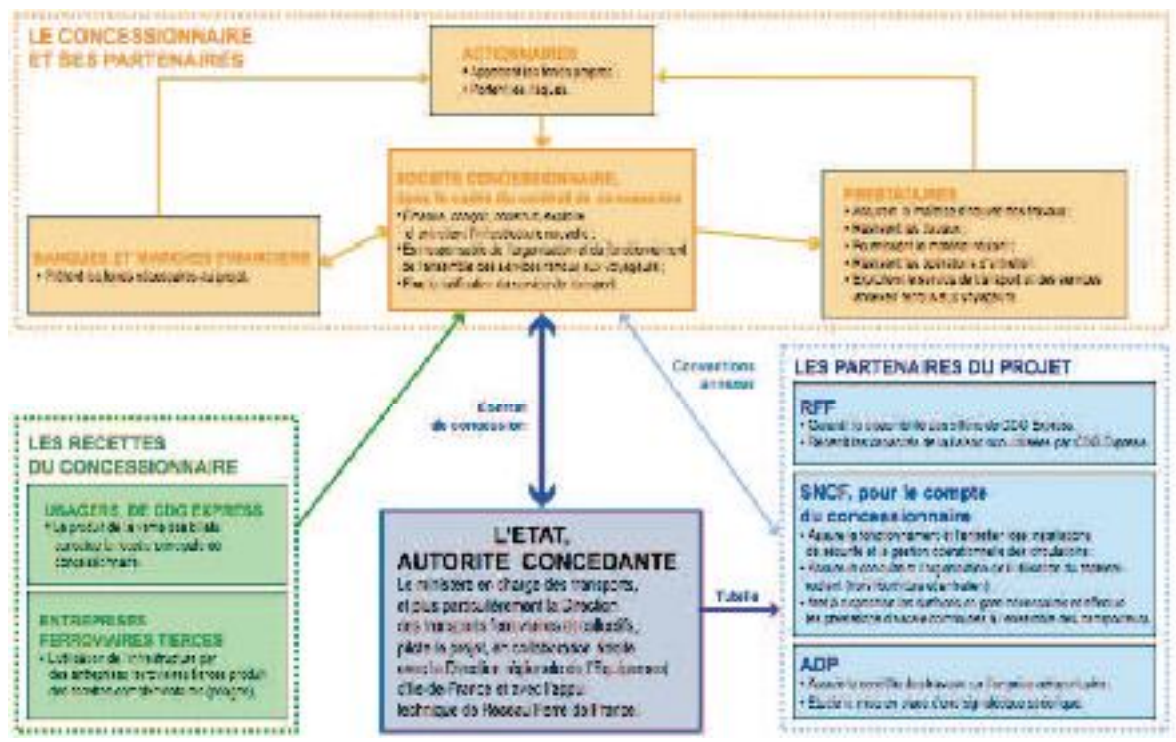


Figure 7 Schéma de la concession CDG (source : mission CDG express DTFC www.cdgexpress.equipement.gouv.fr)

D'autres montages⁶⁵ font intervenir un nombre plus important encore d'acteurs et intègrent le contrat de partenariat plus profondément dans l'environnement économique. C'est le cas, par exemple de la concession ADP, dont le schéma est ci-dessus présenté (d'autres exemples sont présentés en annexe I).

Ainsi, il est possible de considérer que ces montages contractuels forment des groupes de contrats. La notion n'est pas acceptée en droit administratif comme elle l'est en droit civil⁶⁶. Selon G. MOLLION⁶⁷, dans les montages complexes, il conviendrait d'employer la notion d'indivisibilité plutôt que de groupe de contrats, en ce que cette dernière fait référence, en droit civil, aux chaînes de contrats. Or, la fonction de la chaîne de contrats est de permettre à une partie à un contrat en amont de la chaîne de rechercher directement la responsabilité d'une partie en aval, certes sur un fondement extra-contractuel, mais passant outre le cocontractant commun⁶⁸. En revanche, dans les montages complexes, c'est bien un lien d'indivisibilité qui lie les différents contrats entre eux. L'indivisibilité conserve l'effet relatif des contrats tout en permettant le maintien de l'unité de l'opération projetée, et donc la cohérence du régime d'ensemble. Ainsi, comme dans le célèbre arrêt EUROLAT⁶⁹, la reconnaissance de l'indivisibilité des clauses, puis des conventions, permet l'annulation pour illégalité de l'ensemble des éléments contractuels du montage. Un contrat ne risque donc pas de perdurer alors même que le contrat principal du projet a été anéanti par le juge. Selon M. STAUB⁷⁰, ce qui est à la base du lien d'indivisibilité dans les contrats complexes, c'est « l'imbrication », le caractère de « tout indivisible ». Réfutant la pertinence de l'existence d'un lien subjectif, pourtant largement utilisé par le juge administratif et dont la reconnaissance amène à interroger l'équilibre de la convention, c'est bien l'approche objective que l'auteur consacre et décrit ainsi « *le rapport d'indivisibilité qui s'établit entre conventions multiples comme se situant non dans le « cœur » même de l'engagement réciproque des parties mais à la périphérie du noyau contractuel proprement dit* ».

Cette approche nous permet donc de comprendre que les PPP – contrats globaux sont agencés de telle sorte qu'il existe un « *noyau contractuel* », autour duquel gravite une kyrielle de contrats satellites, le tout formant l'opération économique projetée. C'est pour cette raison qu'il

⁶⁵ Voir annexes I

⁶⁶ N. FOULQUIER, *La notion de groupes de contrats en droit administratif : une consécration involontaire ?*, Droit administratif, n°5, Mai 2008, Etude n°11

⁶⁷ G. MOLLION, *La théorie de l'accessoire dans les contrats publics*, Contrats et Marchés publics, n°8, Août 2009, étude 10

⁶⁸ Cass. Ass., 12 Juillet 1991, n°90-13.602

⁶⁹ CE, 6 Mai 1985, Association EUROLAT, Rec. P. 141, concl. B. GENEVOIS

⁷⁰ M. STAUB, *L'indivisibilité en droit administratif*, Thèse, Paris, Bibliothèque de droit public, t. 197, 1999

convient d'analyser les PPP comme impactant fortement sur l'environnement économique direct à la fois du partenaire et de la collectivité publique. Or, comme nous l'avons vu plus haut, les différentes approches économiques du PPP ne prennent pas véritablement en compte cette disposition juridique. Le modèle des contrats incitatifs, par exemple, ne prennent pas en compte l'influence des contrats extérieurs au contrat de partenariat proprement dit qui pourtant concourent de façon indéniable à la réalisation de l'opération projetée.

CHAPITRE II : La nécessaire approche économique des fonctions risque et prix dans les PPP

Maintenant que nous avons compris le fonctionnement juridique des relations contractuelles dans les PPP, il convient de s'interroger sur leur interprétation économique, notamment à travers deux fonctions essentielles qui sont d'une part la fonction risque, et d'autre part la fonction prix.

I) Le risque : clef de voût du montage contractuel des PPP

Tout contrat administratif induit un risque. F.LLORENS le résume en ces termes : « *Tout contrat suppose sans doute une prise de risque de la part de son titulaire* »⁷¹. Nous pourrions déduire cette assertion du fait que « *le contrat présuppose des engagements réciproques et un certain équilibre entre les droits et les obligations des parties* »⁷². En effet, l'engagement d'une partie crée pour elle une obligation juridique : la partie est juridiquement liée. De sorte que cette partie se doit soit d'atteindre un résultat (s'il s'agit d'une obligation de résultat), soit de mettre en œuvre tous moyens nécessaires pour atteindre un but (s'il s'agit d'une obligation de moyens). La défaillance dans l'exécution de l'obligation représente donc un risque que la partie a accepté de prendre. Le risque est en réalité adossé à un aléa, une incertitude que la situation nouvelle de droit et de fait ne corresponde pas à celle envisagée au départ.

En micro-économie, un risque représente également l'état d'une situation dont on ne peut prévoir de façon effective qu'elle évoluera selon un schéma présumé.

En réalié, il conviendrait non pas de parler d'un risque mais des risques, tant leur nature et leur origine peuvent varier. Certains risques sont endogènes et juridiques, d'autres financiers et in-

⁷¹ F. LLORENS, *Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public*, in Liber Amicorum Jean WALINE, Gouverner, administrer, juger, Paris, ed. Dalloz, 2002

⁷² Rapport public du Conseil d'Etat 2008

variants, d'autres enfin sont écologiques et exogènes. La première définition du risque, donnée par le mathématicien BERNOULLI⁷³, se définit comme une espérance mathématique qu'un événement se produise. De fait, la première méthode d'évitement est l'anticipation supposée rationnelle issue de l'analyse d'une suite statistiques de différents événements. En analysant la notion de risque BERNOULLI a démontré l'aversion au risque des entrepreneurs économiques. Cette notion est à la base de nombreuses théories économiques, notamment en finance comportementale.

La prise en compte du risque joue un rôle décisif dans la prise de décision : un agent agira si et seulement si l'espérance mathématique EMj d'un gain issu du projet j se réalise. On obtient cette espérance mathématique en pondérant chaque gain xi résultant du projet par sa probabilité de réalisation pi :

$$EMj = \sum_i p_i \cdot x_i \quad (1)$$

Cette espérance permet de réaliser le calcul de la Valeur Actualisée Nette (VAN) des PPP : cette valeur représente *in fine* le coût global du projet selon tel mode de réalisation, et permet donc d'évaluer *a priori* la faisabilité et la pertinence.

$$VAN = \sum_{p=1}^n CF_p \cdot (1+t)^{-p} - I \quad (2)$$

Où p représente l'annuité, CF : le flux de trésorerie donné par le total du bénéfice diminué du besoin en fonds de roulement, t : le taux d'actualisation (lequel prend en compte l'espérance mathématique du gain) et I : l'investissement initial. A la VAN, on associe le Taux de Rendement Interne (TRI) c'est à dire le taux d'actualisation pour lequel la VAN est nulle. Tous les projets dont le TRI est supérieur au taux d'intérêts sont rentables.

F.KNIGHT⁷⁴ propose une approche différente du risque : il propose de désigner « risque » l'événement probabilisable et « incertitude » ce qui ne l'est pas. Seul le risque est assurable. M. BLAUG⁷⁵ revient sur cette approche. Il explique que l'anticipation de l'entrepreneur sur la demande future des consommateurs conditionne l'anticipation sur les besoins de production et donc les investissements. L'entrepreneur calcul alors un prix de vente intégrant cette anticipation. C'est sur cette base qu'il fait appel contractuellement aux facteurs de production. Si les gains sont supérieurs à la prévision de l'entrepreneur, il réalise un profit. Le profit représente

⁷³ BERNOULLI, *Specimen theoriae novae de mensura sortis*, 1738

⁷⁴ F.KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, New York, Harper and Row, 1965 (1^{er} ed. 1921)

⁷⁵ M.BLAUG, *La pensée économique, Origine et développements*, Paris, Economica, 1999

ici un revenu résiduel non contractuel né de l'incertitude. En effet, les facteurs de production ont été recrutés en fonction des besoins prévisibles et probabilisables : leur quantité est donc déterminée par le risque. Le profit représente ce résidu un fois le gain de l'espérance mathématique réalisé. C'est donc l'écart entre les recettes anticipées et les recettes réalisées. Reprenant l'expression de T. KIRAT⁷⁶ « *On est bien dans le domaine de l'incertitude, le profit rémunérant la faculté à l'affronter et à l'assumer* », qui montre ensuite comment cette notion a été adoptée par le Conseil d'Etat dans son analyse des risques dans les contrats administratifs. Ainsi, cette approche knightienne du risque et du profit a permis au Conseil d'Etat de délimiter le critère du risque assumé par l'entreprise privée dans les marchés publics et dans les délégations de service public : pour qu'une DSP existe, il est nécessaire que « *ce revenu [soit] analysé comme le résultat d'une action se déroulant dans un environnement incertain et non plus seulement risqué* »⁷⁷.

Nous avons vu que selon le Livre Vert de la Commission européenne le partage optimal des risques est un élément clé de la reconnaissance d'un PPP. Ce partage se réalise au travers d'une matrice des risques (voir annexe présentant la matrice sous forme de tableau et sous forme d'arborescence) Nous savons également (Figure 1) comment peut se concevoir le continuum de répartition des risques dans les PPP. Ainsi, le contrat de partenariat prévoit la dévolution *a minima* au partenaire privé des missions de préfinancement, de construction et d'exploitation ou de gestion ou d'entretien.

En réalité, il convient de s'arrêter un instant sur les définitions des risques dans les PPP. Le langage courant, lorsqu'il s'agit de PPP, tend à assimiler deux notions liées mais non identiques. Le terme de « risque » peut recouvrir deux réalités : l'activité et le risque *stricto sensu*. Dans la figure 1, nous voyons que les risques délégués correspondent en réalité aux obligations qui pèseront sur le partenaire. Ces obligations, même si elles induisent un risque ne sont pas à proprement parler, des risques : ce sont des activités. Mais tous les risques afférents ne sont pas nécessairement mis à la charge du partenaire. C'est d'ailleurs pour cela qu'est établie une matrice des risques (cf. Annexe II). Ainsi, en fonction des périodes et activités sont recensés un certain nombre de risques.

F.MARTY montre comment le recours au PPP permet de réduire les coûts en faisant supporter ces activités BFO (Build, Finance, Operate) au partenaire privé.

Dans un marché public classique, les risques de dérives des coûts sont importants :

⁷⁶ T.KIRAT, *Economie et droit du contrat administratif*, op. cit. p.88

⁷⁷ T.KIRAT, *Economie et droit du contrat administratif*, op. cit. p.88

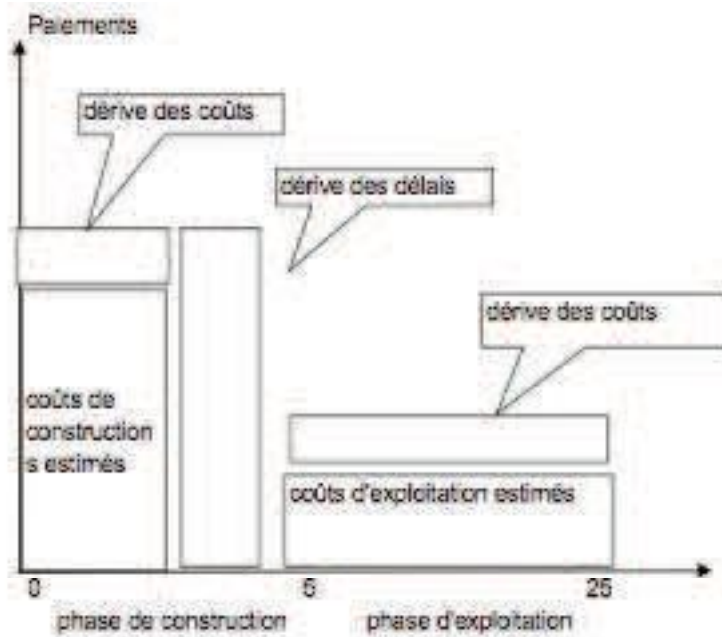


Figure 8 Les risques de dérives des coûts et des délais dans une acquisition traditionnelle (source : F.MARTY (coll.), Les PPP, Paris, Coll. Repère, Ed. La Découverte, 2006)

En revanche, dans un PPP, les coûts sont sécurisés

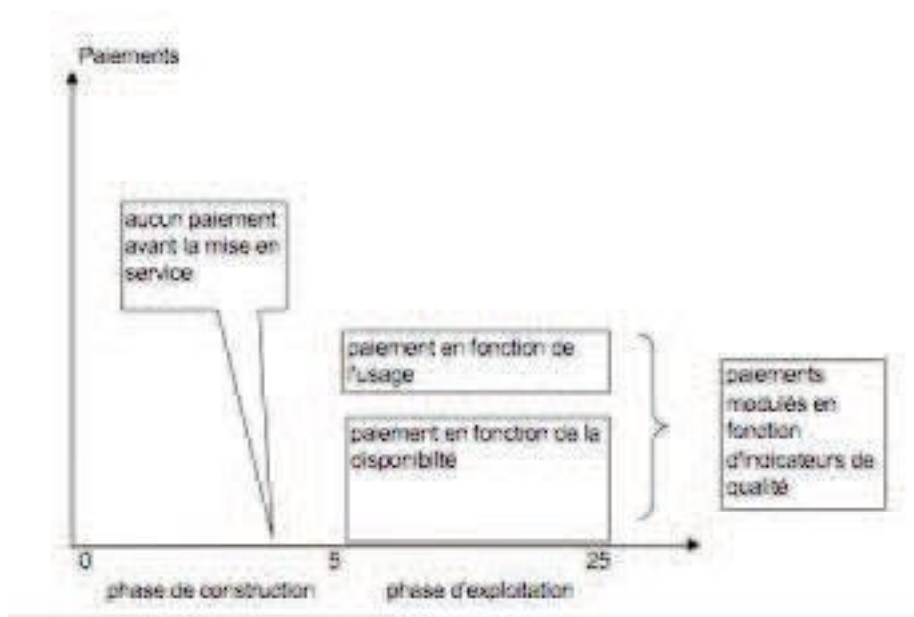


Figure 9 Les paiements théoriques dans le cadre d'un PPP (source : F.MARTY (coll.), Les PPP, op.cit.)

L'évaluation préalable du PPP modélise selon la méthode de l'espérance mathématique du risque (1) la dérive potentielle des coûts :

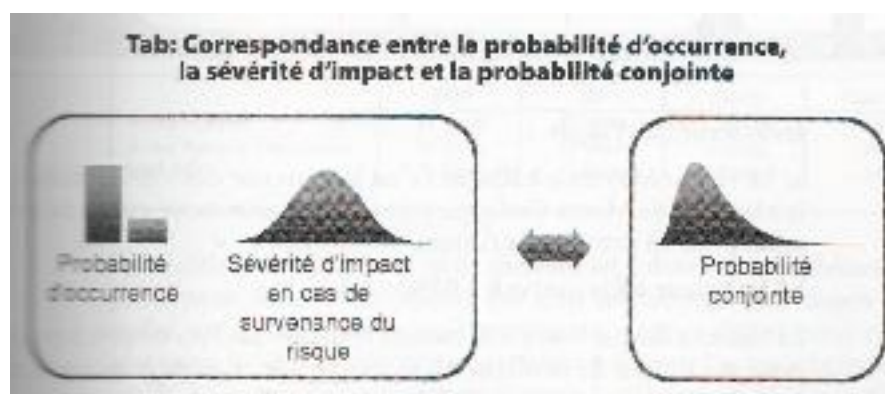


Figure 10 Espérance mathématique des risques (source : F.BERGERE (coll.), *Le guide opérationnel des PPP*, Paris, Ed. Le Moniteur, coll. Guides Juridiques, 3^{ème} ed. 2010)

Les espérances des risques calculées indépendamment les uns des autres sont ensuite agrégées selon la méthode de Monte-Carlo qui se base sur une répétition statistique de scénarii. Cette agrégation permet d'affiner la perception de l'espérance des risques.

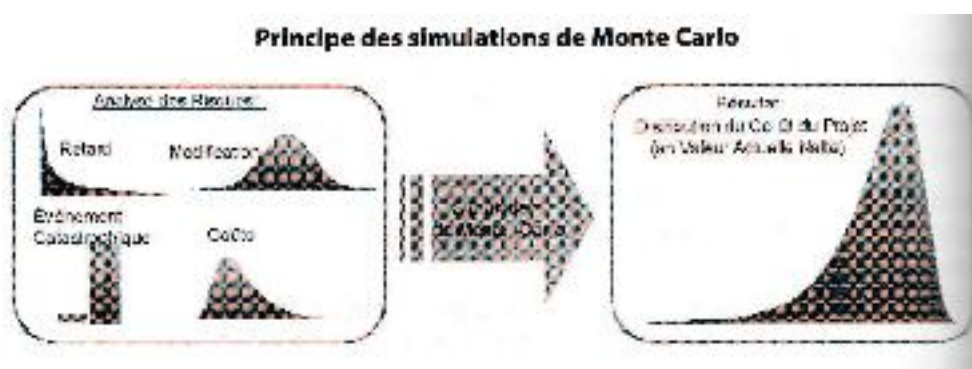


Figure 11 Méthode de Monte-Carlo (source : F.BERGERE (coll.), *Guide opérationnel des PPP*, op.cit.)

Cette sécurisation des coûts est l'un des déterminants du recours au PPP. Un autre déterminant est la possibilité de déconsolider, c'est à dire de ne pas intégrer les acquisitions comme immobilisations dans les comptes publics. Cette déconsolidation permet donc de ne pas augmenter le poids de la dette, permettant ainsi à l'Etat de rester dans les standards du pacte de stabilité : les investissements liés au contrat n'affecteront pas le solde budgétaire et les flux de paiement ne seront pas intégrés aux lignes d'achat et d'intérêts imputés.

Cette déconsolidation est autorisée par l'agence européenne de statistiques EUROSTAT si le partenaire privé prend à sa charge au moins trois risques : le risque de construction, le risque de disponibilité et/ou le risque de demande⁷⁸. La prise en charge du risque de construction permet la sécurisation des dérives de prix, tels que nous les avons explicités plus haut. Le risque de

⁷⁸ EUROSTAT, Communiqué de presse : *Nouvelle décision d'EUROSTAT sur le déficit et la dette. Traitement des PPP*, n°18/2004, 11 Février 2004.

disponibilité se base sur les standards de qualité du service définis par la personne publique. Pour que le risque soit effectif, il convient d'insérer des clauses incitatives, voire même des pénalités en cas de non respect par le partenaire privé de la disponibilité qualitative et quantitative attendue. Enfin, le risque de demande rejoint *mutatis mutandis*, le risque d'exploitation en ce qu'il est basé sur le niveau d'utilisation du service, et donc des recettes attendues.

II) Lissage du paiement et formules incitatives : des déterminants du recours au PPP

L'un des déterminants du recours à un contrat global est la possibilité du paiement différé du prix. En réalité, le PPP- contrat global permet le lissage du paiement du prix sur l'ensemble de la durée d'exécution, entraînant ainsi un lissage budgétaire. C'est ce que nous rappelle T.KIRAT, en prenant l'exemple d'un Etat ayant un besoin urgent de 4 hôpitaux. Le coût prévu, hors inflation, est de 800 millions d'euros sur trente ans pour l'ensemble des hôpitaux, maintenance comprise. Néanmoins, l'Etat ne peut disposer de plus de 30 millions d'euros d'investissement par an.

La dépense nécessaire à la réalisation du projet peut être défini graphiquement comme suit :



Figure 12 Répartition du coup d'un hôpital dans le temps (source : F.MARTY (coll.), Les PPP, op.cit.)

Nous pouvons observer que le pic de dépense initial, correspondant à la phase d'exécution des travaux reste sous la barre des 30 millions d'euros annuels dont dispose la collectivité. Le coût d'entretien commence à la mise en service de l'hôpital (ici 2011) et augmente ensuite progressivement compte tenu du vieillissement de la structure.

Dans la mesure où l'Etat a besoin des 4 hôpitaux de manière urgente, il pourrait être tenté de les construire en même temps. Du coup, la dépense budgétaire nécessaire pourra être modélisée comme suit :

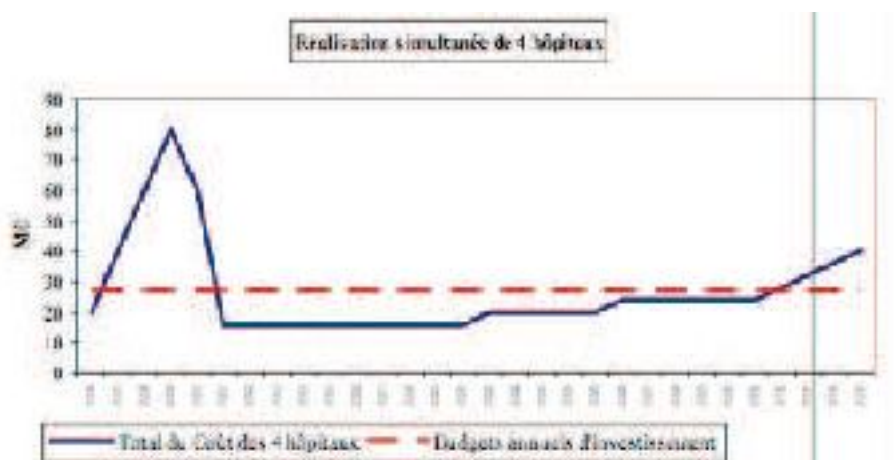


Figure 13 Répartition du coût de réalisation des 4 hôpitaux simultanément (source : F.MARTY (coll.), Les PPP, op.cit.)

Ici, l'Etat a construit en même temps les 4 hôpitaux. Evidemment, les ressources à mobiliser à la construction dépassent largement la capacité de financement à court terme de la collectivité publique.

L'Etat pourrait alors décider de réaliser de façon séquentielle les hôpitaux :



Figure 14 Répartition du coût de réalisation séquentielle des hôpitaux (source : F.MARTY (coll.), Les PPP, op.cit.)

Dans ce cas, la collectivité ne dépasse que très légèrement sa capacité budgétaire mais ne peut satisfaire au besoin urgent d'hôpitaux.

Dans le cadre d'un PPP, et en supposant le coût de réalisation d'un hôpital équivalent à 200 millions d'euros (en considérant que le surcoût représenté par le PPP est absorbé par les économies d'entretien réalisées), l'Etat ne s'acquittera que de 30 annuités de 6,75 millions d'euros, soit un coût total annuel pour les 4 hôpitaux de 27 millions d'euros, et disposera dès la fin de la phase de construction (ici, 2011) des 4 hôpitaux.

Le paiement du prix est donc décisif dans le choix du recours à un PPP, en ce qu'il permet le préfinancement des investissements par le partenaire.

Il nous reste maintenant à voir comment le prix est évalué.

En droit, le prix est « *l'étalon commun de la valeur due en contrepartie de la chose ou du service reçu*⁷⁹ ». Le prix fait l'objet d'un consensualisme et doit être librement fixé par les parties. L'ordonnance de 1986 a libéralisé les prix en France. Cette vision rejoint la définition classique en économie du prix comme l'équilibre entre l'offre et la demande sur un marché donné.

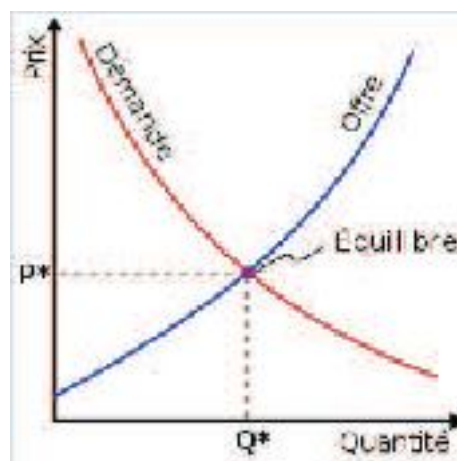


Figure 15 Courbe du prix d'équilibre

En tant qu'obligation mise à la charge d'un des contractants, le prix relève donc de la liberté contractuelle et nécessite un accord des deux parties. Les PPP intègrent cette notion, et, à la différence des procédures dites classiques de passation des marchés publics, le recours au dialogue compétitif ou à la procédure négociée selon les cas permet l'établissement d'un prix négocié.

Globalement, nous dirons que le prix est déterminé par l'entreprise en prenant en compte à la fois le coût nécessaire à la réalisation de la prestation et la marge bénéficiaire qu'elle souhaite réaliser. La marge se définit souvent comme un pourcentage du coût total de réalisation de la prestation. Elle peut soit se définir comme le prix de vente diminué du prix de revient, soit

⁷⁹ F. TERRE (coll.) *Droit civil, les obligations*, Paris, Précis Dalloz, 10^{ème} édition 2009

comme le chiffre d'affaire diminué du coût de fabrication total.

Le coût est une notion complexe qui doit intégrer tous les coûts directs et indirects. On distingue ainsi les coûts d'achat des matières premières nécessaires, les coûts des salaires, le coût de production strictement entendu (intégrant l'amortissement, par exemple, de l'investissement des outils nécessaires), les coût de distribution, les charges, les taxes et autres impôts.

Une fonction prix classique intègre donc les coûts de production (avec la marge) et la prime de risque :

$P = c + r$ (3) avec P : le prix, c : les coûts globaux de production, et r : la prime de risque.

Pour un même service sur un même marché, plusieurs prix peuvent être proposés par les entreprises, différenciés tant en fonction de facteurs internes (productivité, coût de revient des matières premières, etc...) que de facteurs externes (concurrence, situation du marché, etc...). De plus, dès lors que l'attribution du marché n'est pas soumise à une simple adjudication, c'est-à-dire lorsque les critères d'attribution ne sont pas basés que sur le prix, l'entreprise doit arbitrer de manière optimale entre le risque et la marge afin de remporter le marché. Cette souplesse d'établissement du prix est amplifiée dans le cadre de procédure négociée ou de dialogue compétitif.

Certains auteurs, comme nous l'avons vu dans l'introduction, se sont attachés à analyser la fonction prix des entreprises soumissionnaires, et ont établi un modèle de définition optimale du prix, arbitrant parfaitement entre le bénéfice et le risque pour l'entreprise, et la réduction maximale des prix pour la personne publique, gardienne des deniers publics.

Nous nous baserons sur l'analyse de McAFEE et McMILLAN⁸⁰ proposant une approche prescriptive de la répartition du risque dans les marchés publics (entendus au sens large, c'est à dire les contrats administratifs). Le modèle McAFEE et McMILLAN se base sur l'approche théorique « principal-agent » développée en introduction. Ce modèle donne un modèle de contrat optimal.

M. MOUGEOT et F. NAEGELEN⁸¹ expliquent parfaitement le sous-jacent du modèle. L'idée de base est que la personne publique est moins hostile au risque que l'entreprise privée. La personne publique, dans le but de réduire l'augmentation du coût lié à l'augmentation de la prime de risque quand ce risque délégué augmente, aurait plutôt intérêt à le prendre à sa charge. Mais

⁸⁰ R.P.McAFEE et J.McMILLAN, « *Bidding for contracts : A principal-agent analysis* », Rand Journal of Economics, vol. 17, n°3, 1986, p.326-338, cit. in, T.KIRAT (dir.), *Economie et droit du contrat administratif*, « perspectives sur la justice », Paris, La documentation française, 2005

⁸¹ M.MOUGEOAT et F.NAEGELEN, op.cit.

en agissant de la sorte, elle dégrade l'optimum prix né du contrat incitatif : elle n'incite pas l'entreprise à modérer ses coûts et à limiter les risques.

L'entreprise a une fonction coût de la forme :

$$C_i = c_i + \varepsilon - e_i \quad (4)$$

Avec c_i = le coût escompté, ε = la composante aléatoire, e_i = le montant de la réduction des coûts résultant de l'effort de l'agent. Plus l'effort de réduction est important, plus les coûts de cet effort augmenteront. La fonction $h(e_i)$ et ses dérivées première et seconde sont croissantes.

En supposant l'acheteur neutre au risque, le coût parfaitement observable *ex post*, les audits non coûteux, le modèle permet de définir la règle de paiement t permettant de minimiser le coût de passation pour l'acheteur public :

$$T = \alpha C + \beta b + \hat{\mu} \quad (5)$$

Avec b = le prix de l'offre, C = le coût observé *ex post*, c'est à dire le coût réel supporté par le titulaire du marché, α et β sont les coefficients à affecter aux valeurs, $\hat{\mu}$ représentant la prime de risque.

Nous remarquerons que si

$\alpha = \hat{\mu} = 0$, et $\beta = 1$ la personne publique se contente de payer un prix forfaitaire : le prix payé est exactement le prix proposé.

Dans ce cas, dans une procédure négociée, l'optimum de prix sera atteint si

$$P = C + \Psi (C^{\text{opt}} - C) + A(c) \quad (6)$$

Où p = prix, C^{opt} = le coût optimal escompté *ex ante*, C = le coût réalisé *ex post*, et A = un coefficient couplé à un paramètre d'efficacité : il s'agit ici de la formalisation d'une clause incitative prévue par le code des marchés publics⁸².

La formule (6) nous permet de constater que si $C > C^{\text{opt}}$ alors $\Psi (C^{\text{opt}} - C) < 0$, l'entreprise n'aura pas contrôlé les coûts et sera frappée d'une pénalité. Dans le cas inverse, c'est la personne publique qui versera une prime.

Dans la formule (5), si $\alpha = 1$, $\beta = 0$, $\hat{\mu} > 0$, alors l'entreprise recevra en paiement le remboursement des coûts et une prime de risque en plus. Il s'agit là d'un *cost plus*.

⁸² art. 17 Code des Marchés Publics

La situation optimale se retrouve dans ce modèle si et seulement si : $0 < \alpha < 1$, $\beta = 1 - \alpha$. Dans ce cas le modèle est véritablement incitatif, car justement l'entreprise aura intérêt à réduire ses coûts : seule une partie lui sera remboursée (dans la mesure où α est compris entre 0 et 1, cela signifie qu'elle n'est pas remboursée de tous ses coûts). Le coefficient β étant indexé sur α , et restant fixe (car ce n'est pas α qui varie mais bien C), pour que l'entreprise réalise un bénéfice il faut que :

$\beta \cdot b + \hat{\alpha} > \alpha \cdot C$ (7) : plus C diminuera, c'est à dire, plus l'entreprise réduira ses coûts, plus l'écart entre la partie fixe du prix (pourcentage β du prix et prime de risque) et la partie variable, celle sur laquelle peut impacter l'entreprise, les coûts, sera important, plus le bénéfice sera important. Ce modèle ne vaut évidemment que si $\alpha < 1$ et $\beta > 0$ car sinon la personne publique se contenterait de rembourser les coûts supportés par l'entreprise.

En supposant que tous les offreurs ont la même aversion au risque, supposition qui peut se traduire par le fait que les primes de risques soient équivalentes, la détermination du choix de l'entreprise ayant le prix optimal peut admettre que $\hat{\alpha} = 0$ (comme toutes les entreprises sont supposées avoir la même prime de risque car la même aversion, alors ce facteur ne permet pas de déterminer l'entreprise ayant l'offre la plus avantageuse. On peut donc l'assimiler à 0).

Le paiement devient alors :

$$t = \alpha \cdot C + (1 - \alpha) \cdot b \quad (8)$$

$$\text{soit : } t = b + \alpha \cdot (C - b) \quad (9)$$

Le coefficient α va donc déterminer le partage des risques entre les parties, partage qui sera apprécié par l'affectation des écarts éventuels entre prix annoncés et prix réalisés. Le coefficient α représentant la garantie de paiement par la personne publique des coûts engagés, plus il est important, moins la personne privée supporte de risques, car la possibilité d'enregistrer des pertes est diminuée. Ainsi, on voit que ce modèle rejoint parfaitement la définition du risque à faire supporter par la personne privée : le risque ne correspond pas à une variation de sa rémunération mais à la possibilité d'enregistrer des pertes financières.

Avec π le profit de l'entreprise qui a proposé le prix b_i , C_i le coût total, et $h(e_i)$, la fonction coûts des efforts de l'entreprise pour réduire les coûts d'exécution de la prestation:

$$t = \pi + C_i + h(e_i) \quad (10) \text{ c'est à dire que le paiement est égal au remboursement des coûts plus la marge bénéficiaire augmentée du coût supporté par l'entreprise dans son effort de réduction}$$

des coûts de prestation.

En combinant (4), (9) et (10) on obtient

$$b_i + \alpha(C_i - b_i) = \pi_i + c_i + \epsilon - e_i + h(e_i) \quad (11)$$

$$\pi_i = b_i + \alpha(C_i - b_i) - c_i - \epsilon + e_i - h(e_i) \quad (12)$$

$$\pi_i = (1 - \alpha)(b_i - c_i - \epsilon + e_i) - h(e_i) \quad (13)$$

L'effort que devra faire l'entreprise pour réduire ses coûts (e) devra être choisi en fonction de l'incertitude (ϵ). Les auteurs démontrent que le niveau optimal d'effort est tel que :

$$EU'(\pi_i)(1 - \alpha) \cdot h'(e_i) = 0 \quad (14)$$

Comme le profit π_i ne peut être lui-même nul, il faut donc que $(1 - \alpha) \cdot h'(e_i)$ soit alors égal à 0. D'où, l'effort à consentir, en fonction de l'incertitude ϵ par l'entreprise est :

$$e_i = h'^{-1}(1 - \alpha) \quad (15)$$

Ainsi, on remarque que moins l'entreprise prend de risques, plus l'effort qu'elle consentira sera moindre. De sorte que la personne publique ne pourra pas inciter l'entreprise à réduire ses coûts. Or, le risque apparaît à de nombreuses reprises dans les PPP, et plus il se répète, plus son coût est important.

Partie II : Une relation de redondance du coût du risque sur le prix

Nous avons montré l'importance des montages financiers des PPP et de la notion de risques dans les contrats globaux. Il convient maintenant d'établir la relation négative qui peut exister entre ces facteurs, ainsi que la prise en charge du surcoût engendré par la surévaluation du risque.

CHAPITRE I : L'influence du risque dans les contrats annexes.

Comme nous l'avons montré plus haut, les contrats globaux peuvent être représentés comme le noyau d'une constellation d'autres contrats annexes, mais néanmoins liés. Cette liaison juridique nous permet de comprendre la logique économique de l'influence réciproque des contrats entre eux.

Nous avons également pu lier le risque et le prix dans l'établissement du contrat principal, selon le modèle de McAFEE et McMILLAN. En outre, nous savons désormais comment le risque est pris en compte en amont du projet à l'occasion du calcul de la VAN.

Nous devons désormais nous intéresser à la présence du risque dans les contrats satellites au contrat « cœur » et montrer comment se crée un effet de redondance du risque dans la relation entre risque et prix.

1) Un risque présent dans tous les contrats satellites

Pour les besoins de la modélisation, nous prendrons l'hypothèse d'un contrat de partenariat entraînant la création d'une société de projet (Special Purpose Vehicle). Le recours à la SPV permet d'isoler les risques au sein d'une structure *ad hoc*. Elle permet également d'avoir une vision nette du rendement du projet.

Dans une hypothèse classique mais minimaliste, nous isolerons 4 contrats sur le prix desquels influe le risque : il s'agit tout d'abord du contrat de partenariat, puis de 3 contrats satellites : le contrat de prêt, le contrat d'assurance et le pacte d'associés.

Nous rappellerons ensuite que nous parlons bien ici de dévolution de risques et non pas d'activités. Nous nous situons donc dans l'hypothèse de dévolution des risques associés à la même activité. Cette approche nous permettra de considérer le coût d'exécution comme une

constante.

Nous postulons enfin que les acteurs détiennent tous les mêmes informations : pour un risque donné, tous les acteurs envisagent de la même façon le coût de réalisation du risque et sa probabilité.

La fonction coût (4) du contrat principal, dans le modèle ci dessus développé, permet d'appréhender l'influence du risque de façon sommaire.

Reprenons la formule (4) :

$$C_i = c_i + \epsilon - e_i$$

Dans cette formule, ϵ représente la composante aléatoire du coût. Cette dernière correspond en réalité à la prime de risque exigée par le partenaire. Nous avons vu que selon le modèle de F.KNIGHT, le risque correspond à l'aléa probabilisable. Cette probabilisation correspond à l'espérance mathématique du risque, calculé selon la formule (4). A chaque risque est associé un coût (qui est en réalité un surcoût : par exemple : le retard d'un mois dans les travaux entraîne un surcoût de 200 000 €) et chaque coût est pondéré par la probabilité de survenance du risque (par exemple, nous savons que 40% des chantiers identiques à celui entrepris se terminent avec 1 mois de retard). L'espérance mathématique, selon les exemples donnés, sera donc de

$$EM_1 = 200\,000 \times 40\% = 80\,000. \text{ La prime de risque ainsi demandée sera de } 80\,000 \text{ euros.}$$

Dans la mesure où la prise en compte totale de l'aléa suppose une prise en compte globale de l'ensemble des risques possibles, leurs coûts respectifs et leurs probabilité de réalisation, plus les risques à la charge du cocontractant augmenteront, plus l'espérance mathématiques de ces risques augmentera. Par exemple pour un projet J, la personne publique propose de mettre à la charge du partenaire le risque 1, puis elle décide ensuite de lui déléguer le risque 2, puis le 3. De sorte que :

$$EM_j = EM_1 + EM_2 + EM_3. \text{ Or, puisque } EM_n = x_n \cdot p_n, \text{ avec } x_n > 0 \text{ puisqu'il s'agit d'un coût, et } p_n > 0, \text{ quelque infime que soit la probabilité de réalisation, } EM_n > 0.$$

D'où $EM_1 < EM_1 + EM_2 < EM_1 + EM_2 + EM_3$. Ainsi, plus le partenaire supporte de risques, plus l'espérance mathématique de ce risque est importante, et, par voie de conséquence, plus la prime de risque sera importante.

Toutes choses égales par ailleurs, le prix du projet I où la personne publique ne délègue qu'un

risque sera inférieur au prix du projet II où le partenaire supporte un nombre plus importants de risques $C_I < C_{II}$.

Cette augmentation se retrouve nécessairement dans la fonction paiement t (définie à la formule (2) où $\tilde{\pi}$ représente la prime de risque).

Dans les contrats satellites maintenant.

Dans l'hypothèse sus mentionnée où l'on a créé une société de projet, cette société devra s'assurer. L'assurance permet la mutualisation des risques. Nous déduisons de la théorie de F.KNIGHT que seuls les risques probabilisables sont assurables, l'incertitude, par défaut de probabilisation ne peut l'être.

L'assurance constitue donc une mutuelle. Cela signifie que les primes versées par chaque assuré permettront la prise en charge par la mutuelle du coût généré pour réparer la réalisation d'un risque⁸³.

La prime d'assurance se calcule exactement de la même façon que la prime de risque. Cette dernière peut donc correspondre à une forme d'autoassurance. Néanmoins, tous les risques ne sont pas assurables par un organisme d'assurance. Notons à ce titre que le maître d'ouvrage est tenu de souscrire une assurance dommage ouvrage prévue à l'article L 242-1 du code des assurances. Néanmoins, la loi du 28 Juillet 2008 a dispensé les partenaires de l'Etat et de ses établissements publics de souscrire une telle assurance. L'obligation demeure pour les partenaires des collectivités territoriales et leurs établissements publics.

La prime d'assurance constitue donc une variable à intégrer dans les coûts de l'entreprise partenaire. Nous reprendrons ici la démonstration effectuée plus haut pour la prime de risque. Nous jouterons simplement que le calcul de la probabilité se réalise en suivant la loi des grands nombres, ce qui permet de déduire plus précisément la probabilité de survenance d'un événement. En outre, les assureurs prennent généralement en compte la volatilité de la sinistralité ; c'est à dire le fait que, d'une année à l'autre, la survenance des risques assurés n'est pas la même. Hormis donc ces différences, le principe de base est le même.

Les PPP – contrats globaux mettent nécessairement à la charge des partenaires le préfinancement des investissements. Le partenaire de la collectivité publique doit donc opérer une levée

⁸³ E.MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Ed. Thémis, 2008

de fonds car il supportera *a minima* le paiement de la phase de construction telle que présentée à la figure 12. L'effet de levier financier dans les PPP est très important en termes quantitatifs.

Le partenaire privé possède le choix de prélever sur ses fonds propres ou de recourir à l'emprunt. F. MARTY⁸⁴ précise que les fonds proviennent essentiellement de l'emprunt, car le coût d'immobilisation des fonds propres est plus important que le taux d'intérêt. Le recours à l'emprunt n'est limité que par la soutenabilité financière de la SPV, c'est à dire globalement son taux supportable d'endettement, et, partant, sa capacité à rembourser l'emprunt. Selon l'auteur, en général, 90% des ressources des SPV proviennent de l'emprunt.

Le risque de crédit représente le risque d'insolvabilité du débiteur, risque qui s'exprimera par une perte sèche pour le prêteur. C'est la raison pour laquelle, le prêteur, banque ou consortium (pool) bancaire créé pour accompagner le projet, risque de surfacturer l'emprunt. L'espérance mathématique est ici au centre du calcul de l'établissement.

Prenons enfin le cas des pactes d'associés, contrat adossé à des flux financiers. En échange d'un investissement, les actionnaires attendent une rémunération. La loi de BERNOULLI sur l'aversion au profit suppose que plus le risque est important, plus la rentabilité doit être importante. Il s'agit d'inciter les agents économiques à investir. On établit donc une relation proportionnelle entre le risque et la rentabilité attendue de l'investissement de type :

$y = a.r$ (18) avec y : le revenu attendu, r : le risque entrepris et a un coefficient de proportionnalité.

Dans le cas de la SPV, le revenu attendu dépend de la VAN du projet. Plus la valeur sera importante, plus les agents investiront. Donc pour attirer les investisseurs, le gestionnaire du projet devra proposer une VAN élevée.

Reprenons la formule (2) :

$$VAN = \sum_{p=1}^n CF_p (1+t)^{-p} - I$$

Nous savons que le taux d'actualisation t est en partie basé sur l'espérance des risques et lui est lié par une relation de proportionnalité. D'où, plus l'espérance globale des risques augmente, plus la VAN diminue. Ainsi, les seules autres variables susceptibles d'être actionnées pour contrebalancer la diminution de la valeur de la VAN du fait de l'augmentation de l'espérance globale des risques due à la décharge supplémentaire de risques sur le partenaire sont

⁸⁴ F. MARTY (coll.), *Les PPP*, repères, la découverte.op. cit.

l'investissement, et le flux de trésorerie. Ce dernier est calculé à partir des recettes diminuées des besoins en fonds de roulement.

Ainsi, soit l'entreprise diminue ses investissements, soit elle augmente ses recettes, ce qui implique qu'elle optimise à nouveau ses facteurs de production.

Dans le cas particulier de l'investissement dans les parts sociales ou les actions, il convient cependant de prendre en considération l'appréhension subjective du risque par les investisseurs en fonction de leur situation financières et économiques. J.H von THUNEN⁸⁵ exprime ainsi les situations extrêmes de deux agents : les deux agents possèdent 1000 €. L'un investit 5. Le risque qu'il perde son capital n'obérera pas dangereusement sa situation financière. Il y aura équivalence entre la joie de gagner 5 en plus, et la crainte de perdre 5, ce d'autant plus, qu'en cas de perte, il possèdera les capacités financières pour réinvestir et, potentiellement, récupérer la somme perdue la première fois. La probabilité de gains et de pertes successives est de 50/50. D'où il parviendra à compenser ses pertes par les gains ultérieurs, en considérant une série statistique étoffée. En revanche, l'autre agent investit tout de suite 1000. Si l'investissement est fructueux, il doublera son capital. Si, *a contrario*, l'investissement se révèle mauvais, il aura perdu toute capacité financière. La théorie de Von THUNEN est donc de dire que l'appréhension du risque est différente selon l'investissement et la situation de l'investisseur. Bien que critiquée, cette approche a été corroborée par une étude empirique de M.ABDELLAOUI⁸⁶ qui montre que l'attitude des agents en situation de gains est indépendante de leurs attitudes en situation de pertes. Quand ils sont confrontés à des situations de choix risqués portant sur des pertes, les agents économiques raisonnent de façon irrationnelle en ne considérant que « *des catégories grossières de plausibilité au lieu de tenir compte des probabilités numériques à l'exemple des situations de gain* »⁸⁷. Donc plus les investisseurs risqueront une part importante de leur capacités financières, plus leur choix sera dicté par une attente de rémunération importante. Cette hypothèse reste toutefois à atténuer dans le cas de PPP, car, généralement, les investisseurs d'une SPV sont des établissements à forte capacité financière.

II) L'effet de redondance du risque dans le prix

Considérons le montage contractuel global d'un PPP comme une cuve, le risque comme un

⁸⁵ J.H. von THUNEN, *Le salaire naturel et son rapport au taux de l'intérêt*, trad. M.WOLKOFF, Paris 1857

⁸⁶ M. ABDELLAOUI, « *Comportements individuels devant le risque et transformation des probabilités* », REP, Vol. 105, n°1, 1995.

⁸⁷ T. KIRAT (dir.), op. cit. p.90

coup donné sur cette cuve, et le son qui sort de la cuve, le prix. La résonance du son à l'intérieur de la cuve amplifiera le son initial de l'impact sur les parois. Chaque unité de risque sera amplifiée par le montage contractuel, amplification qui se reportera sur le prix final payé par la personne publique.

Car en effet, tous les coûts liés aux risques concourront à établir le prix final présenté par le partenaire. Tous ces surcoûts annexes seront réintégrés dans le prix final du partenaire. Et ce justement parce qu'ils seront considérés comme des coûts par l'entreprise privée. Or, la fonction (4) nous démontre que tous les coûts sont pris en compte dans l'établissement du prix final.

Toutes les fonctions prix développées ci-dessus peuvent être modélisées comme suit :

Contrat principal :

$$C_i = c_i + \epsilon \quad (19)$$

Contrat d'assurance :

$$C_A = \sum x_a \cdot p_a, \quad (20) \text{ avec } C_A: \text{ le coût de l'assurance} = \text{la somme des espérances de chaque risque soit } C_A = EM_1$$

Contrat de prêt

$$C_E = K_E + Fg + i + \epsilon_{In} \quad (21) \text{ avec } C_E: \text{ le coût de l'emprunt, } K_E: \text{ le capital prêté, } Fg: \text{ les frais de gestion, } i: \text{ l'inflation, } \epsilon_I: \text{ le risque d'insolvabilité, correspondant à une espérance de risque } I \text{ d'où } f(\epsilon_I) = EM_2$$

Pactes d'associés

$$C_{In} = K + \tau_R \quad (22) \text{ avec } C_{In}: \text{ le coût de l'investissement, } K: \text{ le capital apporté, et } \tau_R: \text{ le taux de rendement attendu sachant que } \tau_R = f(R) \Leftrightarrow \tau_R = f(EM_R) \text{ (22 bis), c'est à dire que le taux rendement attendu par l'investisseur, est fonction du risque encouru, soit } \textit{in fine}, \text{ fonction de l'espérance mathématique du risque. (22 bis) peut être considérée comme équivalente à } \tau_R = s + EM_3 \text{ (22 ter) avec } s \text{ représentant les constantes en fonction du risque, et } EM_3, \text{ l'espérance mathématique du risque}$$

Nous allons dès lors tenter de réintégrer ces différents coûts dans la fonction prix basique du partenaire, c'est à dire, ici, en ne considérant pas les efforts de réduction des coûts entrepris.

Soit P, la fonction prix, χ : le coût total et E la prime de risque du partenaire ($E = \sum x.p$) (23) :

$$P = X + E \quad (24)$$

Soit : $P = (C + C_A + C_P + C_E + C_{In}) + E$ (25) avec C, le coût de réalisation matériel du projet.

En combinant (20), (21), (22), (22ter) (23) et (24)

$$\Leftrightarrow P = (C + (\sum x_a. pa) + (K_E + Fg + i + \epsilon_1) + (K + s + EM_3)) + (\sum x_e. pe) \quad (26)$$

Isolons maintenant les variables liées aux risques des invariantes :

$P = (C + K_E + Fg + i + K + s) + (\sum x_a. pa + \epsilon_1 + EM_3 + \sum x_e. pe)$ (27) Le groupe à gauche du « + » central regroupe les variables insoumises aux risques, le groupe de droite, celles qui lui sont liées.

Afin d'établir une fonction du prix P par rapport aux risques, nous considérerons le groupe de invariants comme une constante Z, ainsi

$$P = Z + (EM_1 + EM_2 + EM_3 + EM_4) \quad (28)$$

$$\Leftrightarrow P - Z + \sum_{j=1}^n EM_j \quad (29)$$

$$\Leftrightarrow P - Z + \sum_{j=1}^n (x_j. F_j) \quad (30)$$

Or, dans le nombre de risques liés à une activité donnée est limité. L'hypothèse centrale ici est de dire que les risques dévolus sont pris en compte de façon individuelle dans tous les contrats. Cela signifie que pour l'établissement des primes de risques associés à chaque contrat se reporte aux mêmes risques. De sorte que :

$$EM_1 = EM_2 = EM_3 = EM_4 \quad (31)$$

Ainsi :

$$P = Z + 4.EM_1 \quad (32)$$

Dans une fonction coût classique de type (3) :

$$P = c + r \Leftrightarrow (P - c)/r = 1$$

$$\text{Or, dans la formule (28) : } (P - Z)/EM = 4 \quad (33)$$

Par rapport à l'activité, le risque est donc surévalué. Cela résulte du fait que le coût probabilisable du risque est considéré et chiffré par 4 acteurs différents. En réalité, tous les acteurs ne

prennent pas nécessairement en compte les mêmes risques, ou ne calculent pas leur espérance mathématique de la même façon, en raison, notamment des informations dont ils disposent. Mais il s'agit toujours des mêmes risques pris en compte plusieurs fois dans les contrats principaux et satellites. Le coût des mêmes risques est donc pris en compte plusieurs fois.

Le coût du risque se répercute donc de façon démultipliée dans les contrats globaux. De sorte que le coût final payé par la personne publique augmente plus vite que les risques dévolus. Si les risques n'étaient pris en compte qu'une fois par l'ensemble des acteurs nous aurions

$Cr = Cr_a + Cr_b + Cr_c \dots + Cr_n$ (30) avec Cr , le coût du risque les Cr représentent non pas les primes de risques issus de chaque contrat mais le coût de chaque risque pris distinctement.

Or, dans le cas précité nous sommes plutôt face à :

$Cr = xCr_a + yCr_b + zCr_c \dots wCr_n$ (31) où x, y, z et w sont des coefficients compris entre 1 et 4, selon notre hypothèse de départ.

C'est donc bien un effet de redondance du coût du risque dans le prix que supportent les PPP. Voyons maintenant que ce surcoût dégrade l'efficacité économique du contrat global et donc la situation financière à la fois de la personne publique et de la personne privée.

CHAPITRE II : Le coût de la redondance

Il est possible d'envisager la prise en charge de ce surcoût du risque soit par le secteur public, soit par le secteur privé.

I) Prise en charge du coût du risque par le secteur public

Le secteur public dispose grossièrement de deux sources de financement : l'impôt et l'emprunt.

A) Financement par l'impôt

L'impôt est le moyen le plus évident de se procurer des fonds pour la collectivité. Une fois le surcoût du PPP isolé, il pourra être budgétisé.

Les effets de ciseaux subis par les collectivités publiques (assèchement des ressources et aug-

mentation des besoins de financement dû à l'augmentation des besoins sociaux) poussent la Cour des Comptes à rappeler les collectivités publiques au respect du principe de bonne utilisation des deniers publics dans la quasi totalité de ses publications. L'argent public ne doit pas être gaspillé. Or, le surcoût dû à l'effet de redondance du risque dans le prix des PPP va en soi à l'encontre de ce principe.

Mais le besoin urgent de mobiliser des fonds conduit pourtant la collectivité à préférer ce mode de financement. Le calcul macroéconomique rappelle pourtant que l'évaluation du coût du financement public tend à omettre l'intégration du coût d'opportunité des fonds publics, c'est à dire « *l'impact des prélèvements obligatoires et de la dette sur l'investissement privé et l'activité économique en général* »⁸⁸. V. PIRON⁸⁹ montre que le prélèvement supplémentaire d'un euro entraîne une perte de bien-être pour la collectivité de $(1+x)$ euros, avec x le coût marginal des fonds publics, c'est à dire le coût induit par le dernier euro récolté. En allouant cette somme supplémentaire pour couvrir le surcoût du risque, la personne publique renonce donc à financer une autre activité. Dans l'analyse macroéconomique, un euro d'impôt récolté a donc un impact sur l'investissement privé : plus l'imposition augmente, plus l'épargne diminue, et avec lui l'investissement. Il n'est pas ici question de comparer la rentabilité entre l'investissement des fonds publics dans les domaines des activités d'intérêt général et celle de l'investissement privé. Notre propos est simplement de remarquer que le financement du surcoût du risque, non rentable pour la collectivité en termes de bien-être social, dégrade à la fois les finances du secteur public, par le coût d'opportunité lié à la levée supplémentaire d'impôt et celles du secteur privé en diminuant l'épargne. Certaines analyses (non exemptes de critiques) mettent à jour la corrélation négative entre imposition et investissement.⁹⁰ D'autres, comme A.LAFFER, se sont attachés à démontrer l'influence du taux d'imposition sur l'évolution des situations d'évitements. Au delà d'un certain taux d'imposition, les recettes fiscales de l'Etat diminuent, ainsi que le montre la courbe homonyme :

⁸⁸ F. MARTY (coll.), *Les PPP*, op.cit.

⁸⁹ V. PIRON, *La dimension économique du PPP dans les transports*, Transports, n°424, mars-avril 2004, p.93-103

⁹⁰ C et D ROMER, *The macroeconomics effects of tax changes : estimates based on an new measure of fiscal shocks*, National bureau of Economics Research, Working paper, n° 13264, Juillet 2007

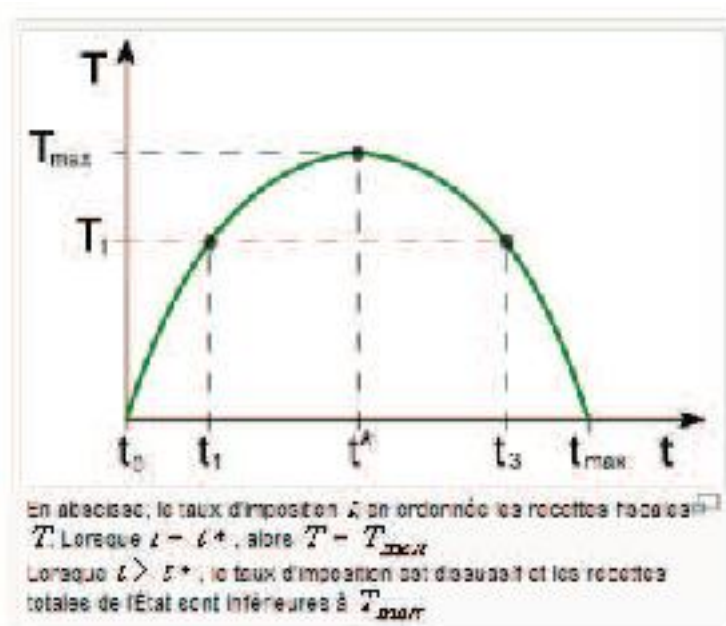


Figure 16 Courbe de LAFFER (source : www.crottaz-finance.ch)

D'autre part, le recours à l'impôt engendre qu'il faille recouvrer cet impôt : or, le recouvrement de l'impôt a un coût. Selon une analyse comparative de l'OCDE⁹¹, en 2007, le coût de gestion de l'impôt était de 1,20%. Cette somme peut paraître dérisoire, mais il n'en demeure pas moins présente et se répète à chaque fois qu'un PPP est conclu.

Ces risques de dérives, quelles que soient leurs critiques, tendent néanmoins à montrer que le financement du surcoût du risque par l'imposition entraîne à lui seul la formation d'effets néfastes supplémentaires sur l'environnement économique global.

B) Financement par le recours à l'emprunt

Depuis 1985, le régime juridique de l'emprunt public s'est aligné sur les conditions concurrentielles du marché de l'argent. Le recours à l'emprunt est devenu une modalité de financement importante, avec néanmoins quelques restrictions. Ainsi, les collectivités territoriales ne peuvent-elles recourir à l'emprunt que pour financer la section d'investissement.

Le rapport PEBEREAU de 2005⁹² mettait en garde contre l'explosion incontrôlée du déficit public. Le ratio d'endettement s'établissait fin 2007 à 63,9% du PIB⁹³. Ainsi, par exemple, le taux

⁹¹ OCDE, *L'administration fiscale dans les pays de l'OCDE et certains pays hors OCDE*, Février 2007

⁹² Rapport Officiel : *Rompre avec la facilité de la dette publique*, Commission présidée par M.PEBEREAU, Paris, La Documentation Française, 2005

⁹³ C.ROUSSEL, L.WEIL, *Finances Publiques*, Hachette, 2008

moyen des emprunts à 3 mois pour l'Etat, ainsi que des Obligations Assimilables au Trésor, était en 2007 de 4,3%. Aujourd'hui, la Cour des Comptes⁹⁴ prévoit que la simple charge d'intérêt sur la dette publique pourrait atteindre 3,7% du PIB, si la dette atteint 90 % du PIB, à taux moyen constant.

Les collectivités, dans le cadre de la gestion active de la dette ont largement eu recours aux swaps, emprunts à taux échangeables ou variables, qui permettent de réduire l'encours de la dette. Pourtant dans son rapport annuel 2009, la Cour des comptes⁹⁵ avait jugé le recours à ce type d'emprunt structurés « opaques et d'un intérêt financier discutable ».

Quoiqu'il en soit, le financement par l'emprunt engage également un coût supplémentaire pour les collectivités publiques. Dès lors, le financement du surcoût du risque par les collectivités dans les contrats de PPP entraîne lui aussi...un surcoût.

Ainsi, le secteur public ne peut financer le surcoût lié à la surévaluation financière du risque dans les PPP sans engager des dépenses qui auraient pu être évitées. L'effet multiplicateur est donc double ici. Le financement par le secteur privé induit également des effets négatifs, tant pour les usagers que sur l'incitativité du contrat.

II) Prise en charge du coût du risque par le secteur privé.

Pour tenter de résorber le surcoût lié à la surévaluation du risque et éviter qu'il ne se répercute sur le prix final, le partenaire peut décider de le faire supporter par les usagers du service dont il aura, potentiellement, la charge.

Dans ce cas, il convient de revenir à l'analyse de la VAN (2) :

$$VAN = \sum_{p=1}^n CF_p \cdot (1+i)^{-p} - I$$

Nous avons déjà vu que l'augmentation du coût du risque diminuait sensiblement la valeur totale de la VAN. Ainsi, pour résorber cet effet, le partenaire peut en premier lieu jouer sur les flux financiers du projet. Le flux financier CF correspond à l'excédent brut d'exploitation diminué des besoins en fonds de roulement. L'excédent brut d'exploitation correspond aux recettes perçues. Pour augmenter le flux financier, le partenaire pourra décider d'augmenter les recettes,

⁹⁴ Cour des Comptes, *Rapport sur les situations et les perspectives de la dette publique*, Juin 2009

⁹⁵ Cours des Comptes, *Rapport public 2009*,

c'est à dire, globalement, augmenter le prix du service. Mais ce faisant, à investissements constants, et au delà du niveau d'optimisation de la gestion des infrastructures, la qualité du service ne peut que se dégrader. De sorte que le rapport qualité/prix diminue. Le partenaire perd donc en compétitivité, son offre est moins attractive pour la personne publique. Le cercle n'est pas vertueux en ce cas.

Une autre possibilité offerte au partenaire est de réduire les investissements. Mais il est limité en cela par les besoins de la personne publique. En dessous d'un certain montant d'investissement, le partenaire ne sera plus en mesure de satisfaire aux besoins. Juste au dessus de ce montant limite, il est possible d'envisager les prestations fournies comme médiocres. Et en toute hypothèse, une diminution des investissements, à taux d'optimalisation constant, réduira la qualité. Encore une fois, la prise en charge par le partenaire dégradera la relation qualité/prix, avec les mêmes conséquences que celles vues précédemment.

Une autres approche possible est celle dégagée par l'analyse du modèle de McAFEE et McMILLIAN.

On pourrait de ce point de vue envisager que le partenaire tente de réduire ses coûts propres, afin de résorber, du moins en partie, le surcoût du risque.

Dans ce cas, il convient de revenir à la formule (12) :

$$e_i = h^{-1}(1-\alpha).$$

Les efforts de réduction des coûts par le partenaire privé dans les contrats incitatifs sont inversement proportionnels au risque à sa charge, α déterminant le partage des risques. Si la personne publique souhaite que le partenaire privé fasse des efforts, il faut qu'il augmente les risques à sa charge. Cependant, la fonction h est croissante. Ce qui signifie que les coûts augmentent avec l'augmentation des efforts consentis : plus l'entreprise fera d'efforts, plus le coût de ces efforts sera important.

Dans cette hypothèse, passer un certain niveau, les coûts des efforts seront supérieurs aux coûts des réductions. L'effort du partenaire est donc limité. N'oublions pas que plus les risques augmentent, plus le surcoût lié au risque augmente, et partant, plus le surcoût à résorber est important. Si ce surcoût doit être résorber par le partenaire dans le cadre d'un contrat incitatif, cette résorption sera limitée...sauf à induire des coûts plus importants encore.

D'un autre côté, plus la demande d'effort sera importante, plus le risque pour le partenaire de voir sa rémunération ne pas couvrir l'ensemble de ses coûts de production sera important. Le

contrat incitatif n'aura alors plus de sens, puisque cette formule reviendrait à faire supporter par le partenaire une partie au moins du financement de l'opération. Cette situation le conduirait alors à enregistrer une perte sèche. Dans cette configuration, il est fort à parier qu'aucune entreprise ne souhaitera candidater. Le projet ne sera donc pas réalisable.

CONCLUSION

L'idée centrale selon laquelle le risque est surfacturé dans les PPP –contrats globaux ne tire ses fondements que d'une approche théorique modeste et grossière. Faute de temps et de moyens matériels, un récollement et une analyse plus fine d'un nombre important de PPP n'a pas été possible. A ce titre, une étude empirique pourrait permettre de confronter la théorie à la réalité et, potentiellement, de valider cette constatation faite sur le papier.

Dans le cas où l'hypothèse s'avérerait exacte, plusieurs causes pourraient être mises à jour.

Tout d'abord, il serait possible de considérer que ce surcoût du risque est intrinséquement lié au montage contractuel complexe. En faisant intervenir un nombre important d'acteurs connexes, les PPP induisent nécessairement une surfacturation du coût du risque. La rémunération attendue par chaque acteur n'est pas établie en fonction des autres. De sorte qu'il s'avère difficile d'envisager une concertation des acteurs visant à réduire leurs coûts personnels afin d'optimiser le contrat global. Dans ce cas, pallier à cet écueil semble impossible. Il faudra alors croire aux vertus financières des PPP ainsi qu'à leur haute rentabilité en terme de bien-être social.

Ensuite, cette prise en compte multipliée du risque dans les contrats peut être issu d'un manque de cohérence et de négociation entre personnes privées. Il est concevable de créer un système de négociation qui tendrait à voir les risques pris en compte le plus petit nombre de fois, ce qui limiterait l'extension de son coût. Alors que de nombreuses études juridiques et financières se sont attachées à délimiter les contours du partage optimal des risques (activités et risques *stricto sensu*) entre personne publique et personne privée, à notre connaissance, il n'existe pas de travaux sur le partage optimal des risques entre les personnes privées associées aux PPP. S'engager dans cette voie permettrait sans doute de limiter l'effet pervers de la surfacturation du risque dans ces contrats. Il serait ainsi possible d'imaginer une structure complexe de garanties et contre garanties entre personnes privées.

ANNEXES I : Exemples de montages contractuels PPP

Montage contractuel du PPP de l'hôtel de police de Strasbourg

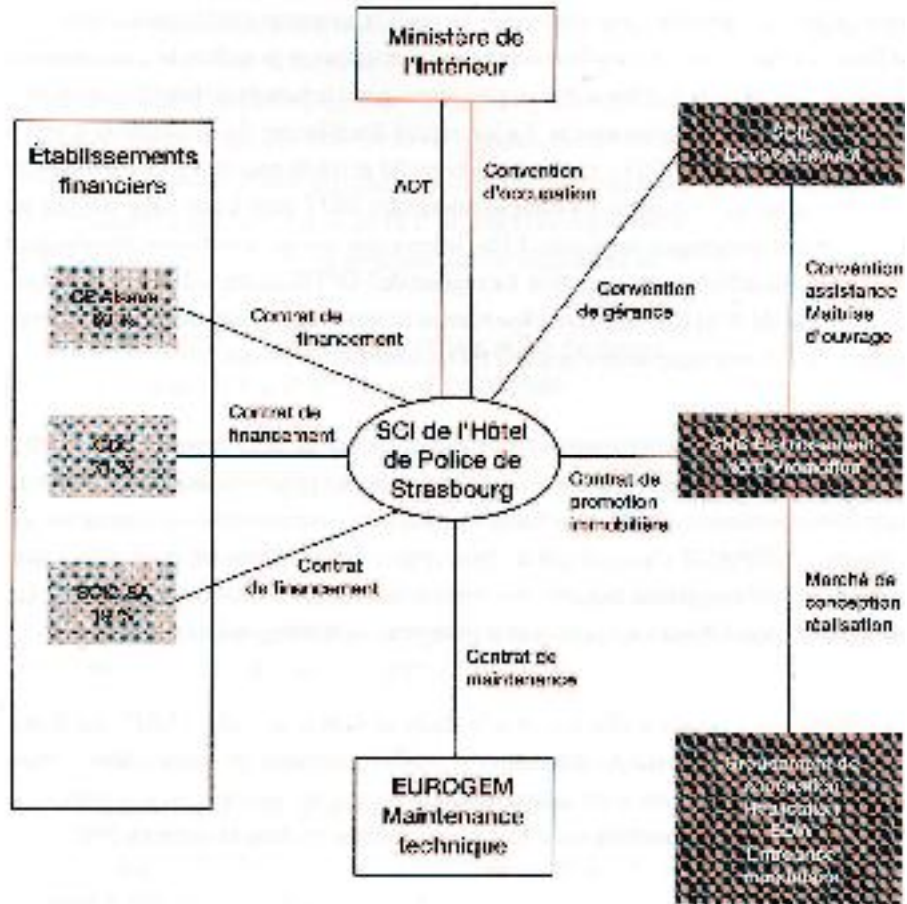
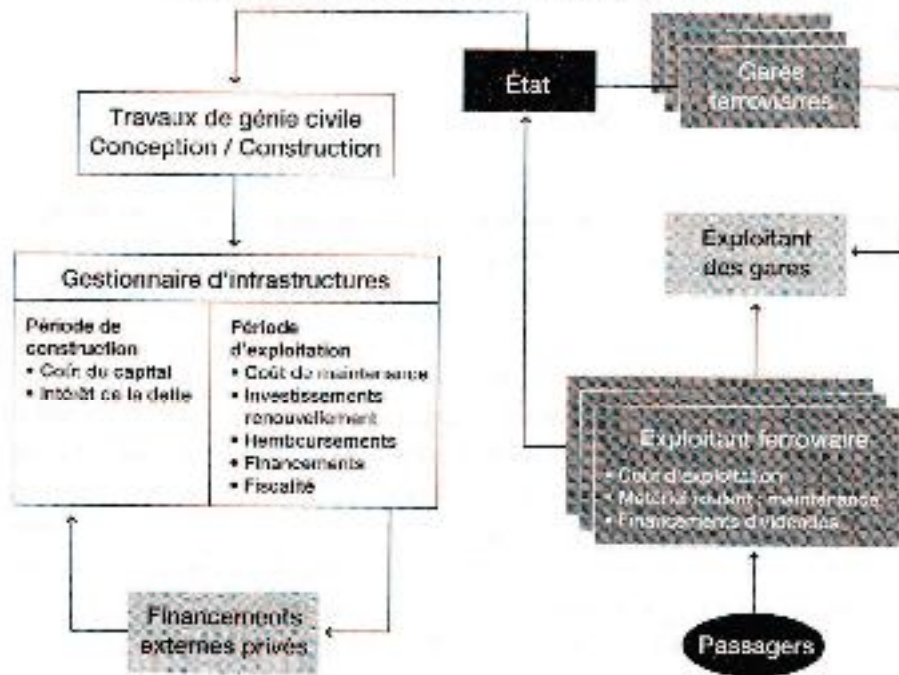


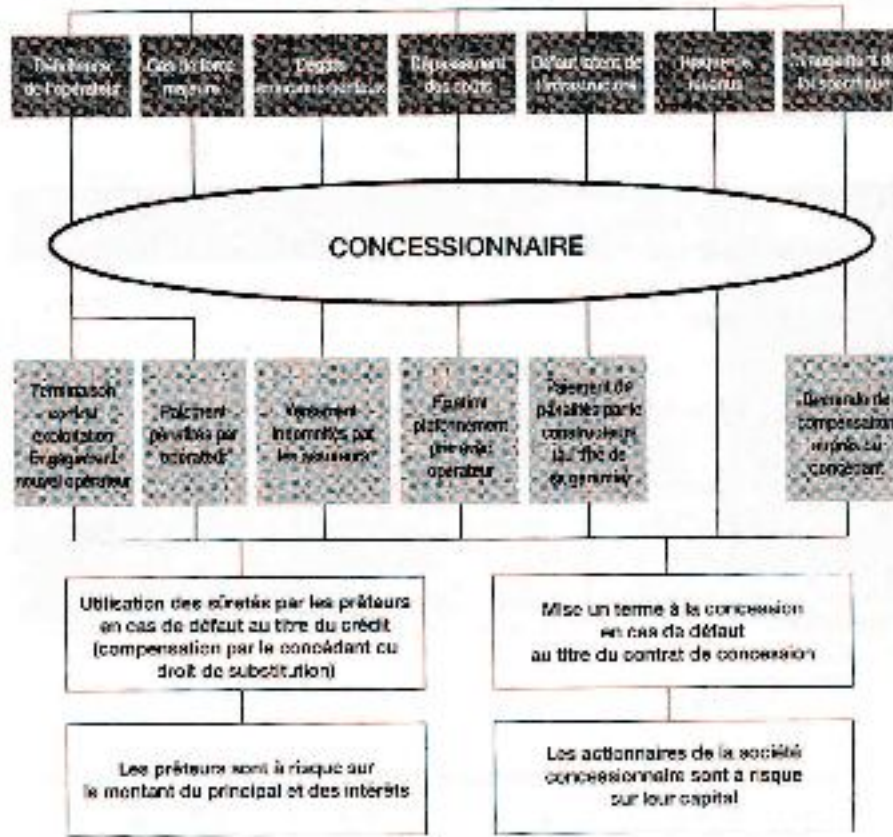
Figure 1

Montage juridico-financier du projet néerlandais HSL ZUID



ANNEXE II : les risques : tableau, matrice et arborescence

Analyse des risques pendant la phase de construction d'un contrat PPP
 (Partie haute, trame sombre : les risques – Partie basse, trame claire : les actions correspondantes)



Représentation du partage des risques entre concédants et concédés en fonction des différentes catégories de contrats

RISQUE	Phase de construction	Phase d'exploitation	PPP	Reg / PH
Construction	Public	Privé	Public	Public
Financier	Public	Public	Privé	Privé
Exploitation	Public	Public	Privé ou Public (*)	Privé ou Public (*)
Responsabilité civile	Public	Public	Privé ou Public (**)	Privé (**)

(*) Période de concession
 (**) Après période de concession
 (***) Fonction du modèle

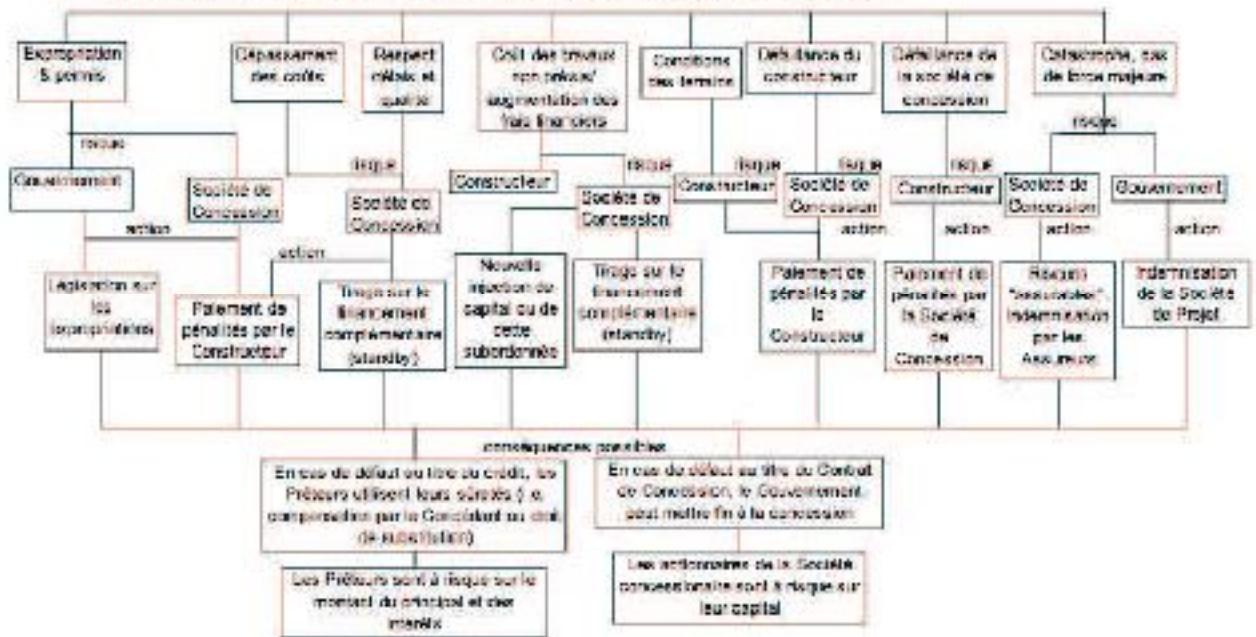
Exemple de matrice de risques

Risques	Porteur du risque		Commentaires
	Personne publique	Personne privée	
Période préliminaire			
Défaillance de la conception			
Modification du projet : - reprise des projets rendue nécessaire par difficultés (études de sols...) - reprise des projets du fait de modifications			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			
Période de développement et de construction			
Mauvaise estimation des coûts de construction - répercutables sur entreprises travaux - non répercutables			Selon surcoûts et/ou retards
Mauvaise estimation du calendrier			
Risque archéologique			
Risque géologique			
Risque météorologique			
Retard dans l'accès au site et dans la mise à disposition du foncier			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 contrats
Défaillance technique d'un constructeur			
Défaillance d'un financeur			
Retard à la livraison			
Malfaçons résultant ou non les ouvrages impropres à leur destination			
Risque d'interface entre conception, construction et exploitation			
Période d'exploitation			
Risques de performance			
Défauts du partenaire privé ou de ses sous-traitants (en 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

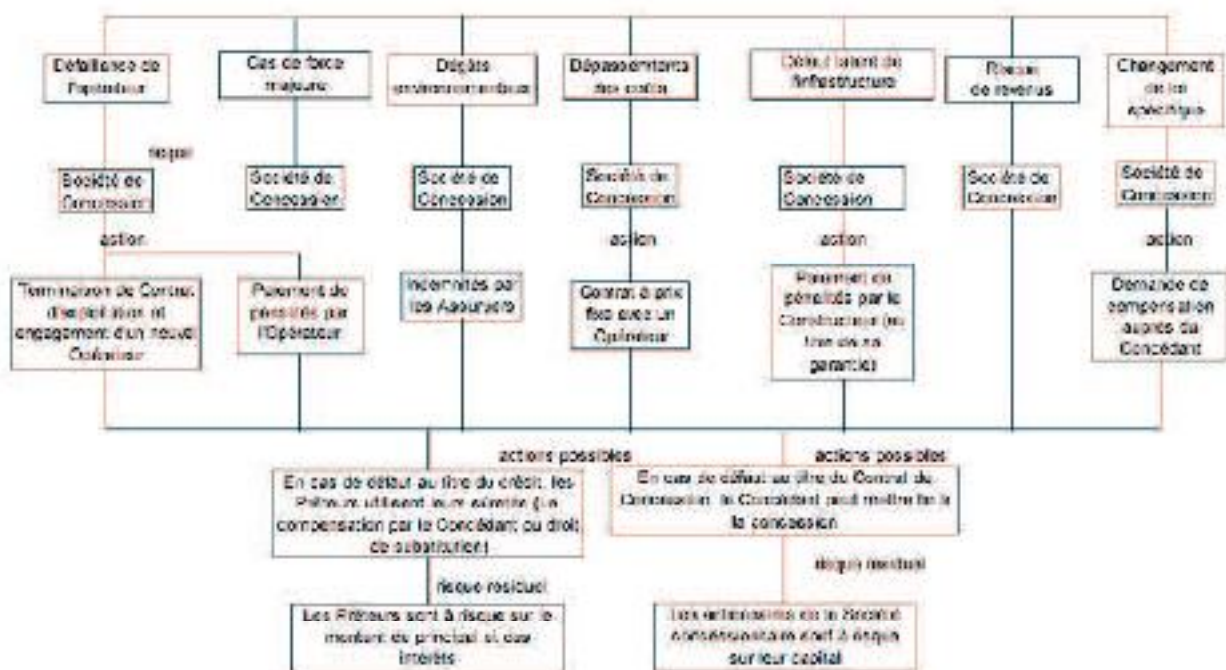
Risques	Porteur du risque		Commentaires
	Personne publique	Personne privée	
Grève			Selon l'origine
Défaut intents des ouvrages			
Modifications des applications du fait de l'évolution législative et réglementaire			
Disponibilité de l'énergie			
Risques sur les coûts d'exploitation			
Mauvaise estimation des coûts de fourniture des services (eau, de la maintenance, de structure,			
Risques de mauvais investissement de fait d'un défaut des ouvrages sur conception ou réalisation			
Modifications législatives et réglementaires spécifiques au secteur			
Modifications législatives et réglementaires non spécifiques au secteur			
Risques de mauvais du fait d'une mauvaise qualité (non prévu) des matériaux intervenant, remplacement, renouvellement accru)			
Mauvaise estimation du coût de gestion des déchets			
Variation des ressources liées à l'exploitation du service			
Mauvaise estimation des revenus potentiels			
Modifications fiscale			
Risques spécifiques			
Risques de déchéance et de fin anticipée de contrat			
Restation ou non de la personne publique			
Défaut de construction privé			
Déchéance du contractant privé			
Défaut de la personne publique			
Risques technologiques et d'obsolescence			
Obsolescence de l'équipement			
Modifications des applications technologiques			
Risques de valeur résiduelle (coût de démantèlement ou de réaffectation)			
Risques d'assurance			
Variation des primes			
Risques non couverts			
Risques financiers			

Risques	Porteur du risque		Commentaires
	Personne publique	Personne privée	
Variation des taux			
Risques de change			
Inflation			
Autres risques			
Risque environnemental			
Force majeure et autres risques non assurés			

• Analyse des risques : période de construction



• Analyse des risques : période d'exploitation



BIBLIOGRAPHIE

Le contrat public

- S. BRACONNIER, *Précis du droit des Marchés Publics*, Paris, ed. Le Moniteur, 2009
- C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF Thémis Droit, 2008
- T. KIRAT (dir.), *Economie et droit du contrat administratif*, Paris, La documentation française, 2005
- L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 6ème édition, L.G.D.J. Paris, 2008
- M. STAUB, *L'indivisibilité en droit administratif*, Thèse, Paris, Bibliothèque de droit public, t. 197, 1999
- Contrats Publics*, Mélanges en l'honneur du Professeur M. GUIBAL, Montpellier, UM1, 2 tomes 2006
- Gouverner, administrer, juger*, Liber amicorum J. WALINE, Paris, Ed. Dalloz, 2002
- Rapport du Conseil d'Etat, *Le contrat: mode d'action publique et de production des normes*, La Documentation française, Paris, 2008

Les PPP

- F. BERGERE (coll.), *Le guide opérationnel des Partenariats Public-Privé*, Paris, Ed. Le Moniteur, 3ème édition, 2010
- X. BEZANCON (coll.), *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé*, Paris, Ed. Le Moniteur, 2005
- M. LAFITTE, *Les PPP*, Paris, Ed. Revue Banque, 2006
- F. LICHERE (coll.), *Pratique des Partenariats Public-Privé*, Paris, LexisNexis, Litec Professionnels, 2ème édition, 2009
- N. SYMCHOWICZ, *PPP et montages contractuels complexes*, Paris, ed. Le Moniteur, 2009
- F. MARTY (coll.), *Les partenariats public-privé*, Paris, Ed. La découverte, coll. Repères, 2006

Economie et finances publiques

- M. BLAUG, *La pensée économique, Origine et développements*, Paris, Economica, 1999
- J-Y. CAPUL et O. GARNIER, *Dictionnaire d'économie*, Paris, Hatier, 2005
- T. KIRAT, *Economie du Droit*, Paris, Ed. La découverte, coll. Repères, 1999

E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Ed. Thémis, 2008

C. ROUSSEL et L. WEILL, *Finances Publiques*, Paris, Ed. Hachette éducation, 2008

Revue

N. FOULQUIER, *La notion de groupes de contrats en droit administratif : une consécration involontaire ?*, Droit administratif, n°5, Mai 2008, Etude n°11

F. LLORENS : *Typologie des contrats de la commande publique*, Contrats et marchés publics, Mai 2005

G. MOLLION, *La théorie de l'accessoire dans les contrats publics*, Contrats et Marchés publics, n°8, Août 2009, étude 10

M. POCHARD, *Un même grand timonier pour les fonctionnaires et les salariés : épisode ou symbole?*, AJDA 2010, P. 641

Sites internet

www.dalloz.fr

www.lexisnexis.fr

www.ppp.minefi.gouv.fr

www.equipement.gouv.fr

INTRODUCTION	3
CHAPITRE I: L'EMERGENCE DE LA FORME CONTRACTUELLE COMME MODE DE GESTION ADMINISTRATIVE	4
I) LES MUTATIONS DE L'ADMINISTRATION	4
A) <i>LE NOUVEL ETAT REGULATEUR</i>	4
B) <i>LES FACTEURS DE MUTATION DE L'ETAT</i>	5
II) LE CONTRAT COMME SOLUTION	6
A) <i>LE CONTRACTUALISME DANS LA GESTION ADMINISTRATIVE</i>	6
B) <i>SPECIFICITES DU CONTRAT PUBLIC</i>	7
CHAPITRE II: LE CONTRAT COMME PROCEDE DE DEVOLUTION DU RISQUE ET SES CONSEQUENCES ECONOMIQUES.	9
I) LE CONTRAT COMME PROCEDE DE DEVOLUTION DU RISQUE	9
A) <i>L'OMNIPRESENCE DU RISQUE DANS LE CONTRAT PUBLIC</i>	9
B) <i>LE RISQUE COMME CRITERE DE DISTINCTION DES CONTRATS PUBLICS</i>	11
II) L'APPREHENSION ECONOMIQUE DU RISQUE.	12
A) <i>LA RECONNAISSANCE IMPLICITE DE L'ANALYSE ECONOMIQUE DU RISQUE PAR LA JURISPRUDENCE</i>	12
B) <i>PERTINENCE DE L'APPROCHE ECONOMIQUE DU DROIT</i>	13
PARTIE I: UNE COMPLEMENTARITE CERTAINE DES APPROCHES ECONOMIQUES ET JURIDIQUES	16
CHAPITRE I: L'INDIVISIBILITE: PIERRE ANGULAIRE DE L'APPREHENSION ECONOMIQUE DES PPP	16
I) <i>TYPLOGIE DES PPP</i>	16
II) <i>LA NOTION D'INDIVISIBILITE DANS LES CONTRATS GLOBAUX: UN PREALABLE A L'ETUDE ECONOMIQUE</i>	22
CHAPITRE II: LA NECESSAIRE APPROCHE ECONOMIQUE DES FONCTIONS RISQUE ET PRIX DANS LES PPP	26
I) <i>LE RISQUE: CLEF DE VOUT DU MONTAGE CONTRACTUEL DES PPP</i>	26
II) <i>LISSAGE DU PAIEMENT ET FORMULES INCITATIVES: DES DETERMINANTS DU RECOURS AU PPP</i>	31
PARTIE II: UNE RELATION DE REDONDANCE DU COUT DU RISQUE SUR LE PRIX	38
CHAPITRE I: L'INFLUENCE DU RISQUE DANS LES CONTRATS ANNEXES.	38
I) <i>UN RISQUE PRESENT DANS TOUS LES CONTRATS SATELLITES</i>	38
II) <i>L'EFFET DE REDONDANCE DU RISQUE DANS LE PRIX</i>	42
CHAPITRE II: LE COUT DE LA REDONDANCE	45
I) <i>PRISE EN CHARGE DU COUT DU RISQUE PAR LE SECTEUR PUBLIC</i>	45
II) <i>PRISE EN CHARGE DU COUT DU RISQUE PAR LE SECTEUR PRIVE.</i>	48
CONCLUSION	51
ANNEXES I: EXEMPLES DE MONTAGES CONTRACTUELS PPP	52
ANNEXE II: LES RISQUES: TABLEAU, MATRICE ET ARBORESENCE	54
BIBLIOGRAPHIE	58

