

Réduction des dépenses et recours au partenariat public-privé : une fausse bonne idée ?

Face aux contraintes budgétaires, le recours au partenariat public-privé (PPP) est souvent présenté comme une solution d'optimisation des dépenses. Pourtant, ce montage contractuel engendre des coûts que l'acheteur public n'aurait pas assumés dans un autre montage et qui peuvent faire obstacle à ce qu'une opération, pourtant la plus opportune sur le papier, s'avère réellement « gagnante » pour l'acheteur public.

On sait que le marché de partenariat est un contrat qui permet de confier à un opérateur privé une mission globale couvrant « la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général »^[1], tout en lui transférant le financement de cette opération et en lui assignant des objectifs de performance.

Dès lors, le recours à ce montage représente fatalement un surcoût structurel pour l'acheteur public, qui doit assumer, outre le prix des prestations classiques, des prestations plus exceptionnelles, mais qui ont un coût : le poids du financement privé et le transfert global des risques au partenaire.

Ce constat, et les conséquences budgétaires et financières qu'il peut entraîner pour les acheteurs publics, n'est pas nouveau, loin de là.

On se souvient à cet égard du rapport d'évaluation des partenariats publics privés de l'inspection générale des finances, achevé en 2012 mais qui n'avait pas été immédiatement rendu public^[2], et dont les conclusions témoignaient davantage d'une augmentation que d'une réduction des dépenses publiques dans le cadre de ces montages : les contrats analysés auraient pour beaucoup été conclus en vue de la réalisation de projets « manifestement surcalibrés » et auraient incité l'acheteur public « à investir au-delà ce que ses ressources lui permettraient d'envisager », en lui faisant ainsi courir

Auteur

Gaëlle Collin
Avocate à la Cour
Seban & Associés

[1] CCP, art. L. 1112-1.

[2] S. Majerowicz, « Financement du projet dans le cadre des marchés de partenariat », *Contrats publics*, n° 159, novembre 2015.

« le risque de surpayer un investissement »⁽³⁾. Dans la même lignée, en 2014, c'est le Sénat qui se demandait si les contrats de partenariat ne devaient pas être qualifiés de « bombes à retardement budgétaires »⁽⁴⁾.

Depuis, les dispositions de l'ordonnance de 2015⁽⁵⁾ ont refondu le cadre applicable à ces montages en créant le marché de partenariat⁽⁶⁾, et en renforçant les « filtres » préalables à leur conclusion : le recours au marché de partenariat est maintenant soumis à la démonstration d'un bilan plus favorable, qui implique la rédaction d'une évaluation préalable des modes de réalisation du projet, soumise pour avis conforme à FinInfra⁽⁷⁾, et d'une étude de soutenabilité budgétaire, soumise pour avis conforme au ministère chargé du budget⁽⁸⁾.

Est-ce à dire pour autant que les marchés de partenariat mis en œuvre aujourd'hui – du reste en nombre bien plus faible qu'il y a une décennie – sont nécessairement « gagnants » pour l'acheteur public ? Pour le dire autrement, comment la « balance » entre (i) les coûts inhérents à la conclusion de ce contrat, et (ii) leur optimisation grâce à ses spécificités et aux mécanismes qu'il permet de mettre en place peut finalement s'avérer positive pour l'acheteur public ?

En théorie : optimisation/diminution des coûts attachés à la réalisation d'une opération d'ampleur

L'optimisation des coûts grâce à la combinaison du caractère global du marché et du recours au paiement différé

Déjà, il est entendu que le marché de partenariat, par son caractère global, permet d'éviter à l'acheteur public de conclure un grand nombre de contrats différents pour la conception, la construction ou la réhabilitation, puis l'exploitation, l'entretien et la maintenance d'un équipement, dans le cadre d'une opération d'ampleur.

Au regard de la complexité de l'opération envisagée, l'acheteur public s'économise ainsi le prix de procédures différentes ainsi que le coût humain et matériel d'un suivi de la maîtrise d'ouvrage qui, pour la réhabilitation énergétique de plusieurs établissements scolaires,

ou la construction d'un nouvel équipement sportif, peut conduire à mobiliser longtemps et en nombre les effectifs d'une collectivité ou d'un établissement public, et ce parfois au détriment de leur « cœur de métier ».

Et à l'instar de ce qu'il advient des autres marchés qui dérogent à l'obligation de l'allotissement, les risques attachés à un retard de calendrier ou aux interfaces entre les différentes étapes du projet sont nécessairement réduits.

Mais le marché de partenariat se distingue toutefois d'un marché global de performance, bien que les montages soient proches – et qu'ils fassent sur le sujet du partage des risques l'objet d'une analyse quasi similaire dans l'étude préalable soumise à FinInfra – par une nuance essentielle, qui renforce l'opportunité de sa conclusion. Ce qui constitue en effet l'attractivité particulière du marché de partenariat, c'est la circonstance que le caractère global de la mission confiée au partenaire se combine avec le paiement différé⁽⁹⁾ : le partenaire est donc tenu de respecter les délais contractuellement fixés, dans la mesure où il ne sera payé qu'à compter de l'achèvement de l'ouvrage.

Et c'est précisément cette combinaison inédite, qu'on ne retrouve pas dans les autres montages⁽¹⁰⁾, qui permet à l'acheteur public de maintenir le partenaire, titulaire d'une mission globale et soumis à des objectifs de performance dont l'atteinte conditionne sa rémunération⁽¹¹⁾, en risque bien plus longtemps que dans un marché « classique ». Cette combinaison lui permettra en outre de s'assurer que l'opération qu'il paye est une opération efficace (c'est-à-dire bien gérée sur le long terme, et qui lui permettra de récupérer *in fine* en équipement en bon état).

Le recours à la valorisation pour diminuer le coût supporté par l'acheteur public

Au-delà de cette logique d'optimisation qu'offre le marché de partenariat, il faut souligner que ce montage permet désormais également de s'inscrire dans une logique de réduction des coûts pour l'acheteur public, *via* une valorisation immobilière.

On sait en effet que le partenaire peut être autorisé à exercer des activités annexes – comme l'installation de panneaux photovoltaïques sur les toits d'un équipement – et/ou à valoriser le domaine mis à sa disposition – par exemple *via* la construction d'un complexe hôtelier et commercial aux abords d'un nouvel équipement sportif –, ce qui va générer des revenus qui viendront « diminuer le montant de la rémunération versée par l'acheteur »⁽¹²⁾. Le partenaire peut ainsi être autorisé à (i) accorder des titres d'occupation du domaine public, (ii) conclure des baux de droit privé (qui peuvent être constitutifs de droits réels pour une durée limitée) ou (iii)

(3) Inspection générale des Finances, « Évaluation des Partenariats Public-Privé », décembre 2012.

(4) J.-P. Sueur et H. Portelli, « Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les partenariats publics-privés », 16 juillet 2014.

(5) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

(6) Aujourd'hui codifié par les articles L. 2200-1 à L. 2236-1 et R. 2200-1 à R. 2236-1 du Code de la commande publique.

(7) Soumission pour avis à FinInfra (CCP, art. L. 2212-1, R. 2212-4 et R. 2212-7).

(8) Soumission pour avis à la DGFIP ou à la DFRIP selon les acheteurs publics (CCP, art. L. 2212-3, R. 2212-9 et R. 2212-10).

(9) CCP, art. L. 2213-8.

(10) À l'exception du marché global de performance énergétique à paiement différé, mais qui demeure expérimental à ce stade.

(11) CCP, art. L. 2213-8.

(12) CCP, art. L. 2213-9.

procéder à la cession « en cascade »^[13] de dépendances que la personne publique lui aura cédées^[14].

L'avantage immédiat de cette valorisation est clair : diminuer le coût du contrat pour la personne publique, puisqu'une partie des recettes de valorisation qui vont être perçues par le partenaire, et sur lequel il se sera engagé, vont être réinjectées pour venir réduire le montant des « rémunérations » dues par la personne publique à partir de la mise à disposition de l'ouvrage^[15]. Deux voies peuvent être ainsi envisagées :

- un versement unique en début de contrat – à tout le moins avant la mise à disposition de l'ouvrage et le début de son exploitation – pour venir diminuer le montant à financer, et donc le poids du financement long terme, qui, on le verra, est fatalement supporté par la personne publique ;
- une compensation qui interviendrait cette fois pendant la phase d'exploitation, au fur et à mesure de la commercialisation des équipements réalisés par le partenaire au titre de la valorisation.

Et encore une fois, c'est la circonstance que le même opérateur soit tout à la fois chargé de réaliser la part « commande publique » et la part « valorisation » du marché de partenariat qui permet de le mettre en risque, et de promettre, à l'acheteur public, une réussite globale de l'opération.

Là encore, le marché de partenariat se détache des autres marchés globaux, qui ne permettent pas la mise en œuvre d'une telle valorisation du domaine. S'il est vrai que le marché global de performance énergétique à paiement différé prévoit cette possibilité – mais sans l'encadrer précisément^[16] – ce contrat, du reste encore expérimental, ne permet toutefois pas de transférer par ailleurs la maîtrise d'ouvrage de l'opération au cocontractant. Pour des opérations de rénovation énergétiques d'ampleur, le marché de partenariat semble ainsi être une voie plus opportune^[17].

La difficulté d'aboutir *in fine* à une opération économiquement gagnante pour la personne publique

Si le marché de partenariat permet donc, dans une certaine mesure, d'optimiser les coûts attachés à la réalisation d'une opération d'ampleur, il reste que le recours à ce montage fait peser sur l'acheteur public des coûts qu'il n'aurait pas assumés dans un autre montage : des coûts inhérents, clairement identifiés, et des coûts incidents, qu'il est parfois plus difficile d'anticiper.

[13] F. Tenailleau et S. Weill, « Les marchés de partenariat », *JCP A* n° 41, 12 octobre 2015, p. 2292.

[14] CCP, art. L. 2233-1.

[15] CCP, art. L. 2213-9, R. 2213-1 et R. 2213-2.

[16] Article 1^{er} de la loi n° 2023-222 du 30 mars 2023 visant à ouvrir le tiers financement à l'État, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique.

[17] A. Boullaut, « Le marché de partenariat de performance énergétique : un outil adapté à certains cas de figure », *Contrats publics*, n° 243, juin 2023.

Des coûts inhérents au marché de partenariat

Déjà, il est entendu que le recours au marché de partenariat représente un « coût d'entrée » non négligeable pour la personne publique. Soumettre, pour avis conformes, l'évaluation préalable des modes de réalisation du projet à Finlnfra et l'étude de soutenabilité budgétaire aux services du ministère chargé du budget suppose en effet d'avoir déjà bien délimité les enjeux du projet. En pratique cela implique, pour l'acheteur public, d'avoir conduit en amont des analyses poussées – sur les plans techniques, juridiques et financiers – qui représentent de nombreux mois de travail. Et il faut ensuite ajouter à ces coûts préparatoires le déroulement de la procédure de passation^[18], ainsi que le montant des primes à verser aux candidats évincés^[19]. Au total, les coûts de procédures pour l'acheteur public représentent ainsi un investissement de base sans doute bien plus élevé que pour les autres montages.

Ensuite, il est entendu que l'acheteur public « achète » le recours au paiement différé. Si l'acheteur public dispose de l'avantage de pouvoir étaler le coût de l'équipement sur la durée longue du contrat, s'ajoute ainsi au seul coût de l'équipement un surcoût attaché à la circonstance que le financement est d'abord porté par un opérateur privé, qui ne bénéficie pas de conditions de financement aussi attractives que l'acheteur public seul. Le financement privé introduit ainsi des coûts qui n'ont pas d'équivalents directs en marchés publics classiques, et que l'acheteur public n'aurait sinon pas supportés (constitution et fonctionnement d'une société de projet, coûts de préfinancement, rémunération de fonds propres...), qui interviennent sur une durée longue (jusqu'à l'acceptation des ouvrages).

Par ailleurs, il est clair que le caractère « all inclusive » de la mission portée par le partenaire, par ailleurs tenu à des objectifs de performance permettant de garantir la qualité de l'équipement et de son exploitation, renchérit son coût, par comparaison avec la réalisation d'un ouvrage en marché classique, et dont l'entretien et la maintenance feraient l'objet de prestations séparées, qui auraient été remises en concurrence.

Enfin, le transfert des risques au partenaire suppose évidemment un coût, mais un coût qui peut finalement s'avérer « gagnant » pour l'acheteur public. Le partenaire qui accepte par exemple d'assumer le risque attaché à la découverte de pollutions en sous-sol du terrain d'assiette va évidemment provisionner le coût des études supplémentaires, des travaux de dépollution, des éventuels arrêts du chantier... et intégrer ces coûts dans son offre ; coûts que l'acheteur public pourrait supporter à perte si aucune pollution ne devait être découverte.

[18] Le plus souvent sous la forme d'un dialogue compétitif (CCP, art. L. 2124-4 et R. 2124-5).

[19] Montant qu'il convient de ne pas sous-estimer, comme avait pu le relever le TA de Marseille à propos de l'accord-cadre de partenariat conclu pour la démolition et la construction d'écoles marseillaises (TA Marseille 12 février 2019, req. n° 1709848, 709963 et 1710044).

Mais si ce risque devait se réaliser, on retrouverait alors les avantages précédemment exposés du marché de partenariat, qui permettra à l'acheteur public d'être assuré de la poursuite de l'opération par le partenaire dans les conditions déjà fixées, sans dérapage de coûts supplémentaires ni de délais, malgré les conséquences du risque assumé par le partenaire.

Des coûts incidents à raison de la rigidité du marché de partenariat

Au-delà de ces coûts inhérents, le marché de partenariat, à raison de sa rigidité, peut faire peser sur l'acheteur public des coûts incidents non négligeables.

La rigidité du montage tient tout d'abord à ce que l'acheteur public est tenu par la démonstration du bilan favorable qu'il aura exposée, dans l'étude préalable des modes de réalisation du projet et dans l'étude de soutenabilité budgétaire, et sur la base de laquelle il aura été autorisé à engager la procédure de passation du marché de partenariat. L'acheteur public doit ainsi veiller, pendant la procédure de passation, à rester dans le cadre fixé par ces études, pour que le contrat qu'il va finalement signer, et qui sera l'aboutissement de longs mois de travail et de négociations avec les candidats, présente toujours l'opportunité qui aura justifié sa conclusion (en termes de coût des travaux, de VAN...), pour que la signature du contrat puisse être autorisée^[20].

À l'intérieur de ce cadre, c'est ensuite et surtout le contrat lui-même qui présente un manque de souplesse majeur, à raison de ce qu'il est assis sur un financement privé, et donc sur des enveloppes et des mécanismes financiers (comme les cessions de créances) qui doivent être définis avant la signature, et qui ne peuvent pas évoluer après sans conséquence.

Dit autrement, la modification non prévue avant la signature du contrat des paramètres contractuels, sur la base desquels l'équilibre et la « bancabilité » de l'opération auront été fixés va nécessairement entraîner des surcoûts conséquents, qui devront être assumés par l'acheteur public. Et l'acheteur public perdra alors le bénéfice des avantages que présentait la réalisation de l'opération par la voie d'un marché de partenariat, par rapport à d'autres montages. Le constat est de bon sens, puisqu'une telle modification correspond le plus souvent à une nouvelle prestation qui va devoir être réalisée par le partenaire et qui contrairement à ce qui est advenu pour le reste, n'aura pas été soumise au jeu de la compétition.

Cette rigidité s'illustre autrement, une fois l'ouvrage terminé, pour les marchés de partenariat bâtimentaires : la circonstance que les coûts d'entretien et de maintenance sont fixés très en amont peut conduire la personne publique à assumer des coûts élevés. Ces coûts sont bien souvent supérieurs à ceux qu'elle aurait supportés en dehors du marché de partenariat, et parfois « disproportionnés » par rapport à la vie d'un équipement relativement standard

(une cité administrative ou un lycée). On peut par exemple penser au cas où le partenaire va venir facturer des interventions pour dégradations, là où l'acheteur public aurait considéré qu'il s'agissait seulement d'usures normales, ne justifiant pas un tel niveau de prestations.

Cette difficulté se pose encore d'une autre manière pour les équipements dont le dimensionnement doit être établi en considération d'usages non encore connus. C'est ce qu'a relevé la Cour des comptes européenne dans un rapport de 2018 portant sur le bilan de marchés de partenariat d'infrastructures (notamment autoroutières ou de télécommunication), en pointant la difficulté de bien « calibrer » ces équipements, pour éviter qu'ils s'avèrent finalement sous-utilisés^[21].

La mise en œuvre de l'opération de valorisation témoigne autrement de cette rigidité, en renfermant pour l'acheteur public, un risque qui repose sur la réalité de la mise en œuvre de l'opération. Le partenaire va en effet devoir s'engager fermement avant la signature du marché sur un montant de recettes de valorisation. Mais cet engagement interviendra bien en amont de la réussite d'une opération qui sera, par définition, livrée au mieux en même temps que l'ouvrage « principal » du marché de partenariat, ou plus probablement plusieurs années après. Si la valorisation représente donc un gain pour l'acheteur public, elle peut incidemment se présenter sous forme de perte, dans le cas où les recettes que le partenaire va réellement retirer de cette opération s'avèreraient finalement bien supérieures au montant qu'il se sera engagé à injecter dans le contrat, pour permettre la diminution des « rémunérations » versées par l'acheteur public.

Il est vrai que des solutions existent pour tenter d'anticiper certaines évolutions et éviter ainsi des surcoûts ou une inadaptation des prestations dans le temps : on peut ainsi penser à l'encadrement des modifications technologiques et à leurs conséquences, à la possibilité de mettre en œuvre une procédure de « benchmark » sur les prestations d'exploitation et de maintenance – pour permettre à l'acheteur public de les résilier partiellement en cas de trop grande différence entre les prestations du partenaire et l'état du marché – ou encore à la possibilité de prévoir une clause de complément de recettes de valorisation, en cas de commercialisation plus avantageuse de l'opération. L'efficacité de ces solutions peut cependant s'avérer toute relative, dans la mesure où les conditions attachées à la mise en œuvre de ces clauses de réexamen^[22] en font des dispositifs qui manquent bien souvent de souplesse et d'adaptabilité.

Dit autrement, et pour conclure, la conclusion d'un marché de partenariat repose finalement toujours sur une

[20] CCP, art. L. 2223-1 et s. et R. 2223-1 et s.

[21] Cour des comptes Européenne, « Les partenariats public-privé dans l'UE : de multiples insuffisances et des avantages limités », 2018.

[22] L'article R. 2194-1 du CCP prévoit que ces clauses doivent être « claires, précises et sans équivoque » et indiquer « le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ».

forme de pari sur l'avenir. Il ne fait pas de doute que la réalisation d'une opération d'ampleur par la voie d'un marché de partenariat présente des avantages indéniables pour l'acheteur public et lui permet d'optimiser les coûts attachés à l'opération, voire de les diminuer ; ce qui justifie du reste la possibilité de s'inscrire dans ce montage. Mais il n'est pas possible d'écarter les coûts qui pourraient advenir à raison de la rigidité inhérente à ce montage, et qui peuvent faire obstacle à ce

qu'une opération, pourtant la plus opportune sur le papier, s'avère réellement « gagnante » pour l'acheteur public. Cette conclusion pourra sans doute être éclairée en pratique par la publication du nouveau rapport de l'Inspection Générale des Finances, dressant le bilan des vingt premières années des marchés de partenariat en France, dont les conclusions ne sont pas encore connues, bien qu'il ait été apparemment achevé très récemment.