

**PARTENARIATS PUBLIC/PRIVE (PPP):**  
**UNE APPELLATION DE VALEUR QUE LE MONDE JURIDIQUE**  
**DEVRAIT CONTROLER D'URGENCE**  
*(A PARAITRE AU MOCI)*

Le Partenariat Public/Privé est à l'heure actuelle dans une passe délicate si l'on se réfère à des échecs internationaux ou nationaux largement médiatisés et pour les juristes praticiens de la matière, il est un peu victime de son succès. Cela est d'autant plus inquiétant que les PPP bien organisés sont reconnus comme un des outils majeurs du développement et même un préalable à la possibilité de réduction de la pauvreté dans de nombreux pays émergents où l'absence ou le mauvais état des infrastructures publiques limiteront l'augmentation du PIB au-delà de certains seuils.

On peut même dire que les vrais schémas de Partenariats Public/Privé, qui existent depuis des lustres, sont plus prometteurs que jamais dès lors qu'on en modernise certains de leurs aspects, ce qui est assez simple. De surcroît, les fondamentaux qui permettent la réussite des PPP sur le long terme ont été dégagés et valorisés principalement par la pensée juridique française et ces PPP ont été largement exportés à l'International. Les PPP sont de ce fait un vrai élément de compétitivité de la France à l'International et une chance pour nos entreprises.

Dans ce contexte, l'avocat conseil français de terrain, rompu aux PPP en France et à l'étranger, ne peut que souhaiter une meilleure promotion des PPP en s'interrogeant sur les causes de la crise actuelle des PPP et sur les solutions et actions à proposer.

En fait, il suffit d'avoir une bonne connaissance de ce qui a été promu sous le vocable PPP ou assimilé au cours de ces dix dernières années et de la comparer à la riche expérience antérieure de réalisation des infrastructures en Partenariat Public/Privé (en n'hésitant pas à remonter à la fin du XIX<sup>ème</sup> et début du XX<sup>ème</sup> qui ont été l'âge d'or des PPP) pour comprendre le sens de l'évolution d'un vocable qui, sur de nombreux points, a été malsaine et réductrice.

Il est intéressant de noter au passage que l'expérience mondiale des PPP depuis la révolution industrielle a concerné de très nombreux secteurs (chemins de fer, eau, autoroute à péage, électricité, ports, aéroports, etc.) et que cette expérience s'est développée dans de nombreux pays dont certains ont perdu cette culture

avant la dernière guerre mondiale (notamment les États-Unis et le Royaume-Uni).

## **I. Les fondamentaux d'un PPP**

Traditionnellement les Partenariats Public/Privé dans le domaine des infrastructures publiques recouvraient essentiellement les situations dans lesquelles une personne publique chargée de l'exécution d'un service public déléguait la réalisation de ce service sur une longue période à un partenaire privé. Cette délégation pouvait comprendre la conception et la construction initiale de ces infrastructures ou simplement la réhabilitation voire leur entretien dans le cadre d'une exploitation destinée à optimiser le service dans l'intérêt des usagers. Les principes qui sous-tendaient l'ensemble et les équilibres permettant à ce partenariat de fonctionner dans l'intérêt de tous, étaient basés sur le fait que la rémunération du partenaire privé provenait principalement de redevances payées par les usagers du service.

Au cours des dix dernières années, une partie de ces principes ont été perdus de vue et certains PPP, surtout ceux qui ont été promus par le monde anglo-saxon, ont principalement été imaginés comme une technique de financement de certaines infrastructures publiques, conçues, financées, réalisées et exploitées par le secteur privé. Dans ce cadre et dans les pays où les principes juridiques qui sous-tendent les PPP n'étaient pas suffisamment conceptualisés, les partenaires privés ont utilisé des trésors d'ingéniosité pour garantir le remboursement par l'autorité publique elle-même des financements apportés par le privé. En substance le risque de non-paiement par les usagers ou d'inadaptation et d'amélioration du service sur une longue période ont été progressivement transféré vers l'Autorité Politique. Cette tendance lourde a été notamment développée par la PFI anglaise, qui elle-même s'est largement inspirée de la formule METP en France.

Quelles observations le juriste de terrain est-il amené à faire par rapport à ces évolutions ? Elles sont très simples car pour illustrer la problématique et proposer des axes de solution, il suffit de s'intéresser quelque peu à l'acception juridique des termes « Partenariat » et « Public/Privé ».

### **- « Partenariat »**

Dans le sens juridique commun, il s'agit d'un engagement réciproque, à long terme, aboutissant à « partager » les risques (ou les pertes) ainsi que les chances (ou les gains). Le partenariat est basé sur des principes juridiques très classiques incluant souvent une charte de partenariat, des procédures de réunions, des méthodes de règlement des difficultés rencontrées selon différents processus, etc.

Le partenariat se démarque ainsi sensiblement de la relation contractuelle à court terme, pour laquelle il est relativement facile (et en général recommandé) d'affecter les risques à l'une ou à l'autre des parties et dans lesquels il est tout à fait exceptionnel d'avoir à prendre en commun des décisions futures à échéance de cinq, dix ou vingt ans par exemple sur la base de « nouvelles données » (telles que, des changements par exemple dans le mode de vie du « public usager » qui en apparence est un tiers du contrat). Dans un contrat classique, à la différence d'un partenariat, le contrat peut prévoir précisément le règlement de la plupart des situations et même identifier la prise en charge de l'imprévu par l'un ou par l'autre. Cela n'est pas toujours possible et en général pas souhaitable dans un vrai « partenariat » qui, sur certains points, se rapproche plus du droit des sociétés que du droit des contrats.

- **« Public/Privé »**

La relation public/privé engendre généralement une série de conséquences que l'on ne retrouve pas dans les relations privé/privé (et ce, contrairement à une idée répandue, même dans des pays qui n'ont pas de droit administratif d'inspiration française).

Pour affiner le concept public/privé dans le cadre de la réalisation d'infrastructures publiques ou de service public, il reste à mon avis essentiel de distinguer l'achat ou la commande publique dans lequel l'Autorité Publique paie un prix (même à crédit) et qui ne comporte aucune des caractéristiques d'un Partenariat d'une part et la Délégation de Service Public d'autre part.

Une Délégation de service public à un opérateur privé représente en fait l'essence même d'un partenariat dont l'organisation doit être rigoureusement pensée avec une bonne perception des principaux enjeux. Quels sont ces enjeux ? Doit-on d'entrée de jeu « dogmatiser » le débat en s'interrogeant sur le contenu exact du concept « service public » (si l'on veut rester franco-français) ou encore « service public universel », (si l'on est plus européen) ou encore « public interest », (si l'on s'intéresse aux plus récents développements de la common law). Le juriste de terrain ne fera pas de ce type de réflexion conceptuelle une priorité tant il est vrai qu'il a pu constater que la notion de service public est en fait perçue de façon très proche par les usagers un peu partout dans le monde : ce qui compte le plus en réalité c'est la satisfaction des besoins des usagers sur le long terme. Ces derniers ne pourront qu'avoir raison de critiquer un PPP si dans dix à vingt ans ils estiment que la qualité et/ou le prix du service ne sont plus acceptables ou adaptés à la grande majorité d'entre eux.

Comme l'évolution des besoins et du nombre des usagers, tout comme l'évolution des techniques, dépasse évidemment sur divers aspects la capacité de prévision initiale des parties, il est donc essentiel d'encadrer ce vrai « Partenariat Public/Privé » d'un ensemble de principes aussi simples que possible à mettre en œuvre. A cet égard il est incontestable que l'effort de conceptualisation du droit administratif français depuis plus de cent ans et la pratique qui en découle est unique au monde et unanimement respecté par les spécialistes objectifs de la matière (exemple : continuité, adaptabilité, optimisation, imprévision, équation financière, cadre comptable, amortissement de caducité, rééquilibrage, fait du Prince, etc.).

La mise en œuvre de ces principes sur le terrain abouti au quotidien à des résultats pratiques et efficaces et gageons qu'il faudra de nombreuses années avant qu'une quelconque autorité de régulation puisse proposer concrètement l'équivalent dans des situations aussi variées.

Ces fondamentaux des PPP, qui nécessitent de posséder une réelle culture et pratique du partenariat, se retrouvent réunis dans le concept de Concession et contrats assimilés tel que développé en France et dans divers pays de tradition administrative française (plus de quarante dans le monde sur divers continents) mais également dans les pays de l'Europe du Sud (Espagne et Italie).

Notre expérience pratique depuis plus de vingt-cinq ans nous permet de témoigner que les fondamentaux de ce modèle, à la fois au plan de la théorie juridique et de la pratique quotidienne demeurent pour l'essentiel très modernes même si en France, en particulier, ils nécessitent certaines adaptations pour pallier à certaines dérives franco-françaises.

## **II. La nécessaire clarification de l'appellation PPP**

C'est ce modèle (Concession et contrats assimilés) que la Banque Mondiale, l'Europe et de nombreuses organisations internationales (par exemple le NEPAD) cherchent à mieux comprendre et à promouvoir. Il est, à notre avis, le seul qui permette la réalisation ou la réhabilitation et en tout état de cause l'exploitation optimisée et en permanence adaptée de certaines infrastructures essentielles dans toute société et qui sont à la base de services publics de qualité en utilisant les meilleures ressources du privé, sans hypothéquer pour autant les budgets fiscaux pour de nombreuses années. C'est le seul modèle dont le potentiel moderne est à la fois exceptionnel est encore trop peu connu dans toutes ses composantes (comme le reconnaissent de façon unanime les spécialistes). Nous ne donnerons qu'un seul élément quantitatif de ce potentiel : la Commission Européenne, dans son projet de communication interprétative de 1999 sur les concessions en droit communautaire des Marchés Publics, constatait déjà que les PPP, et en particulier le régime de la Concession qui est

en plein essor, présentent un intérêt de premier plan dans le cadre de la réalisation du marché unique. La Commission poursuit : « *Ce type de relation porte sur des enjeux économiques considérables dont les montants dépassent très souvent ceux des Marchés Publics traditionnels les plus importants* ».

Bien entendu, d'autres formes de financement et d'exploitation privés d'infrastructures publiques qui sont susceptibles de se situer entre Marché Public et PPP peuvent être envisagées. Mais outre le fait que l'analyse des résultats de la PFI anglaise révèle que ces autres formes ne peuvent se développer que pour un nombre limité de projets du fait qu'elles hypothèquent le plus souvent directement les ressources fiscales, elles ne doivent surtout pas être assimilées aux PPP (même et peut-être surtout en communication vis-à-vis des administrations et du public).

Si tel n'était pas le cas, l'image des PPP serait profondément affectée car les PPP seraient assimilés à des modes contractuels encore en devenir et souvent problématiques surtout lorsqu'ils sont essentiellement inspirés par des considérations financières et développées au moyen des techniques de financement de projets.

On ne peut donc que souhaiter que l'appellation PPP demeure limitée à un modèle d'inspiration française où la notion de service public, dont le prix est essentiellement payé par les usagers, est prédominante. Cette forme contractuelle, qui ne peut fonctionner que dans un cadre juridique à la fois précis et souple et dans une relation partenariale à long terme, bien encadrée, est une forme que les institutions internationales et de nombreux pays commencent à découvrir ou à redécouvrir. Elle a toutes les chances si elle est correctement appréhendée, dans toutes ses composantes, de devenir un instrument privilégié du développement économique et de la bonne gouvernance aussi bien dans les pays développés que dans les pays en voie de développement.

Septembre 2003

**Marc Frilet**

- *Avocat au Barreau de Paris*
  - *Secrétaire Général Adjoint,*  
*International Bar Association (IBA)*
  - *Président Section Internationale,*  
*Association des Avocats Conseils*  
*d'Entreprise (ACE)*
  - *Secrétaire général,*  
*Institut des Experts Juridiques*  
*Internationaux, IFEJI*
- E-mail : [avocats@frilet.com](mailto:avocats@frilet.com)