



La prise en compte par le droit des contraintes de financement des marchés de partenariats : Concilier flexibilité et maîtrise des engagements

Frédéric Marty

► To cite this version:

Frédéric Marty. La prise en compte par le droit des contraintes de financement des marchés de partenariats : Concilier flexibilité et maîtrise des engagements. 2017. halshs-01659948

HAL Id: halshs-01659948

<https://shs.hal.science/halshs-01659948>

Submitted on 9 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



CHAIRE EPPP

ÉCONOMIE DES PARTENARIATS PUBLIC - PRIVÉ

DISCUSSION PAPER SERIES

EPPP DP No. 2017-8

***La prise en compte par le droit des contraintes de
financement des marchés de partenariats :
Concilier flexibilité et maîtrise des engagements***

Frédéric Marty

Décembre 2017

*La prise en compte par le droit des contraintes de financement des
marchés de partenariats :*

Concilier flexibilité et maîtrise des engagements¹

Frédéric MARTY

Université Côte d’Azur, GREDEG, CNRS

Chaire EPPP – Sorbonne Business School

Résumé

Le recours aux marchés de partenariat peut répondre à deux motivations distinctes. La première peut tenir à un préfinancement privé des investissements publics, la seconde à une recherche de gains d’efficacité résultant d’une répartition optimale des risques. Dans les deux cas, le surcoût du financement privé constitue le nœud gordien du contrat de partenariats public-privés. Minimiser le surcoût à des fins d’amélioration de la soutenabilité budgétaire des engagements peut se traduire par de moindres gains d’efficacité. Dans ce contexte, le droit applicable aux marchés de partenariat peut à la fois apparaître comme une ressource pouvant faciliter le bouclage financier des opérations et comme une force de rappel permettant d’évaluer l’équilibre entre soutenabilité et efficacité et de rendre compte des engagements de la personne publique. Notre objectif, dans le cadre des évolutions du cadre législatif et réglementaire des partenariats public-privé *strico sensu* (i.e. reposant sur des paiements à la disponibilité) entre 2004 et 2016, est de tracer de premières pistes quant à un bilan entre octrois d’une flexibilité nécessaire et sécurisation des dispositifs indispensables afin de garantir le bon usage des deniers publics et de permettre aux comptes publics de donner une image régulière, sincère et fidèle de la situation de la personne publique et de ses engagements de long terme.

¹ Une première version de ce texte a été présentée le 17 novembre 2017 à l’Université de Bordeaux dans le cadre du colloque organisé par l’Institut Léon Duguit : *L’économie du contrat de partenariat – les inflexions du droit sous l’influence de l’économie dans les marchés de partenariat*. L’auteur remercie l’ensemble des participants pour leurs remarques et notamment Julien Martin et Jean-Baptiste Vila, les organisateurs de cette manifestation. Toute erreur ou imprécision demeure de son exclusive responsabilité.

Mots clés : partenariat public-privé, marché de partenariat, financement privé, engagements budgétaires, redevabilité, comptes publics

Codes JEL: H57, M48, P43

For a procuring entity, opting for public-private partnership contracts may pertain to two different logics. A first one consists in a fiscal strategy consisting in a private financing of public investments, a second one in a search for economic efficiency, based on an optimal risks allocation. Whatever the motive, the additional cost of private finance, compared to sovereign bonds, appears as the Gordian knot of the public-private partnership contract economics. However, minimizing this additional cost may lead to alter the contractual incentives. A trade-off between value for money and contract fiscal affordability may be highlighted. In such a context, the legal and regulatory framework may appear both as a source of additional legal resources helping to reach the contract financial close and as a safeguard for maintaining the proper balance between these conflicting objectives and for guaranteeing public accountability. Our purpose consists in analysing the dynamics of the French legal regime of availability payments public-private partnership schemes from 2004 to 2016. First, we stress the growing margins of manoeuvre provided to procuring authorities. Second, we put the accent on the increasing requirements imposed to procuring authorities to guarantee a proper use of public funds and to enhance the disclosure of their commitments through their financial and budgetary statements.

Keywords: public-private partnerships, private financing, fiscal commitments, public accounts

JEL Codes: H57, M48, P43

La nature financière du marché de partenariat est une dimension d'autant plus cruciale à considérer qu'elle impose sa loi d'airain à sa structuration contractuelle. En termes économiques, elle apparaît consubstantielle au contrat et constitue l'une de ses premières motivations de mise en place. En effet, au-delà de déterminants tenant à l'incapacité de mener au sein de la sphère publique certains projets, faute d'expertise technique idoine, ou de choix

teintés d'idéologie, le recours aux marchés de partenariat (ci-après PPP) peut essentiellement être saisi selon une logique financière, sinon budgétaire.

Dans le mauvais sens, le PPP peut être saisi comme un outil de (pré)financement des investissements publics par le privé. Il s'agit du PPP utilisé comme une commodité budgétaire. Le PPP présente alors l'avantage de lisser les dépenses budgétaires tout au long du contrat, voire de les décaler dans le temps dès lors que les loyers ne sont versés qu'à la mise en service effective du bien. Une telle option est discutable en elle-même et ne devrait procéder que de l'extrême nécessité. En effet, au point de vue des règles de la commande publique, un tel préfinancement revient à un mécanisme de paiements différés – qui devraient en toute rigueur être prohibés. Au point de vue strictement économique, un préfinancement dans le cadre d'un contrat global revient à transférer la levée de la dette à un tiers privé. Ce tiers ne peut néanmoins bénéficier d'un taux d'intérêt aussi attractif que celui que supporterait la personne publique si elle allait elle-même sur les marchés financiers. En effet, le taux d'intérêt imposé par les prêteurs sera logiquement égal au risque spécifique de l'opération plus le risque propre à la qualité de signature de la personne publique qui versera les loyers.

Dans le bon sens, le marché de partenariat peut se concevoir comme un mécanisme assurantiel protégeant la personne publique contractante contre les dérives de coûts dans ses projets d'investissements ou dans la gestion de ses services. L'intérêt microéconomique du marché de partenariat repose sur le partage optimal des risques entre les deux co-contractants. Il ne s'agit pas d'un transfert indifférencié des risques vers le privé mais d'une répartition fine des risques en fonction de celui qui est le mieux à même d'en prévenir la matérialisation ou de gérer celle-ci au moindre coût. Le marché de partenariat est dans ce sens un outil de couverture de la personne publique contre les risques budgétaires. Les risques de dérives de délais dans la mise en service de l'équipement ou les risques de dérives de coûts dans la fourniture du service sont transférés (pour tout ou partie) au privé au travers d'un contrat à prix forfaitaire. Les loyers ne sont versés qu'à compter de la fourniture du service et ne doivent pas logiquement voir leurs montants révisés en cas d'accroissement des coûts d'exploitation ou de maintenance. A cette aune même, le mécanisme de paiements différés peut être admissible économiquement : il s'agit de maintenir en risques le contractant de l'administration en conditionnant sa récupération des capitaux investis à la bonne mise en œuvre de ses obligations contractuelles.

Cependant, ce dispositif assurantiel a un coût. Les gains d'efficience liés au recours au marché de partenariat ne doivent pas être annihilés par les surcoûts intrinsèques au financement privé. La structuration financière des contrats peut permettre de limiter ce coût additionnel. C'est notamment le cas des montages de financement sur projets qui sont utilisés pour monter les contrats dont la surface financière est suffisamment importante (en termes de capitaux investis par le privé). Il s'agit en d'autres termes de structurer le contrat pour en assurer la *bancabilité* (Sourzat, 2016), c'est-à-dire l'éligibilité à des financements privés externes, et en limiter le surcoût par rapport au financement public.

Cela peut se faire en retenant le risque du côté public. Il s'agit dès lors de réaliser un arbitrage entre l'efficacité économique du contrat, i.e. sa *value for money* et sa soutenabilité budgétaire, i.e. son *affordability* (Marty, 2016). Sacrifier les incitations produites par le marché de partenariat sur l'autel de la réduction du montant des loyers serait un non-sens au point de vue économique (quand bien même cela correspond à des réelles contraintes budgétaires). En effet, le caractère assurantiel du contrat repose sur le transfert de tout ou partie des risques et non essentiellement sur l'étalement des paiements². La prise en considération des enjeux de la *bancabilité* peut donc conduire à des ajustements des termes du contrat. Elle peut également conduire à des évolutions du cadre juridique dans lequel ses derniers sont appelés à se déployer.

Certains ajustements du cadre juridique, quelques relâchements de contraintes, peuvent permettre de boucler plus aisément les financements des marchés de partenariat. Cela peut être vu comme un nécessaire ajustement du droit aux faits. Les conditions particulières dans lesquelles les contrats sont appelés à être financés imposent que le droit offre quelques ressources additionnelles aux contractants publics et privés. Il en est par exemple ainsi en matière de paiements différés. L'article 96 de l'édition 2006 du code des marchés publics établissait qu'« est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé ». L'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics indique néanmoins dans son article 75 que « le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage [de nature à décider de s'engager dans un tel dispositif contractuel] ». Ainsi, l'interdiction de principe laisse place à un certain pragmatisme.

² Le mécanisme des paiements différés peut, dans une certaine mesure, jouer le rôle d'un dispositif incitatif. Le remboursement de l'investissement (la part du loyer correspondant au loyer financier) peut être conditionné à la réalisation des objectifs de performance contractuellement fixés.

Notre première partie porte sur ces adaptations du droit visant à faciliter le bouclage financier des marchés de partenariat (voire en réduire le surcoût). Nous illustrons ces dernières au travers de deux cas présentés dans deux sections. Le premier tient à la flexibilisation des clauses relatives au financement des contrats. Nous le déclinons au travers de trois procédures : les cessions de créances acceptées de type Dailly, les modalités de financement ajustable et enfin les procédures de cofinancement public-privé. Nous envisageons en termes économique le cas de ces assouplissements en regard de la préservation de la qualité incitative du contrat et du degré de certitude *ex ante* pouvant exister sur les loyers futurs, i.e. sur la préservation de son caractère de contrat à prix forfaitaire. Notre seconde section est consacrée à un deuxième cas dans lequel l'encadrement juridique des marchés de partenariat a évolué pour tenir compte des nécessités du bouclage financier tient à la protection contre les conséquences financières liées au risque de recours devant les juridictions administratives. Nous présentons alors la façon dont la question de l'accord autonome peut être reliée à la protection des tiers financeurs dans les montages partenariaux.

Notre seconde partie montre néanmoins que l'histoire juridique des PPP à la française ne saurait être exclusivement considérée sous l'angle de l'assouplissement de l'encadrement juridique pour s'ajuster aux contraintes imposées par les conditions de bouclage financier des contrats. En effet, si le rôle du droit est de rendre possible le financement dans les meilleures conditions possibles de ces contrats, en permettant les ajustements nécessaires et en offrant donc une certaine flexibilité aux deux cocontractants. Cependant, le rôle du droit est également de définir des garde-fous, de poser des limites garantissant le bon usage des deniers publics et de préserver la transparence des engagements, la sincérité des comptes publics et donc la redevabilité des décisions publiques. Nous montrons en effet dans nos deux sections que les règles ont également évolué dans un sens permettant de limiter les dérives possibles liées aux recours à ces contrats. Nous considérons dans une première section le cas de l'évaluation préalable en insistant sur l'intégration progressive de préoccupations liées à l'appréhension de la soutenabilité budgétaire des engagements liés aux marchés de partenariat. Nous nous attachons enfin dans notre seconde section à la reconnaissance et à l'évaluation de ces mêmes engagements dans la comptabilité d'engagements et dans la comptabilité budgétaire des personnes publiques concernées. Nous montrons que si en termes de comptabilité patrimoniale l'adoption de référentiels comptables basés sur les normes internationales privées a pour effet de conduire à la reconnaissance de la dette dans les comptes publics (les intérêts des prêteurs allant dans le sens de cette transparence), cela n'est guère réellement le cas en matière de

comptabilité budgétaire, pour laquelle au contraire un ressac semble s'esquisser pour certains montages bien particuliers.

In fine, nous souhaitons montrer dans cette contribution que la façon dont le droit tient compte des contraintes liées au financement des marchés de partenariat pourrait se ramener à une conciliation entre nécessaire flexibilité face aux contraintes financières et renforcement des garanties en termes de contrôle des engagements budgétaires publics et de redevabilité des choix.

I – Rendre possible un financement efficace

L'évolution de l'encadrement législatif et réglementaire des contrats (puis marché de partenariat) vise dans ce cadre à faciliter le bouclage financier des contrats voire à en améliorer la résilience au sens de Sourzat (2017).

A. Flexibilisation des clauses de financement

Depuis 2004, un ensemble de nouveaux degrés de liberté réglementaires a permis de faciliter le financement des PPP voire dans certains cas en réduire les coûts. Nous envisageons ce processus au travers de trois exemples : les cessions de créances acceptées de type Dailly (i), les ajustements apportés au plus fort de la crise de 2008 avec la loi Devedjian et la loi de finances rectificative de février 2009 (ii) et enfin l'ouverture à des montages associant fonds publics et fonds privés, à l'exemple de la loi n°2014-744 du 1^{er} juillet 2014 portant création des SEMOP (iii).

Ces différents ajustements ne vont pas d'eux-mêmes considérant l'économie des marchés de partenariat. Nous les envisageons sous l'angle de leurs impacts incitatifs et sous celui de leurs conséquences en termes de prévisibilité des débours budgétaires futurs.

Financement privé et qualité des incitations

Ceux-ci induisent inéluctablement des surcoûts pour la personne publique (National Audit Office, 2015). Tout d'abord, le PPP est à l'origine, une initiative de financement privé pour reprendre la dénomination même des contrats de PFI britanniques. Considérer que ces derniers

doivent reposer sur un financement privé ne participe pas d'une logique selon laquelle ce portage permettrait une déconsolidation de la dette afférente à l'investissement public, loin de là comme nous le verrons dans notre seconde partie. Bien au contraire, le financement privé peut apparaître comme un des leviers déterminants de l'efficacité des PPP. En effet, le mécanisme même d'un PPP fait que le partenaire privé doit d'abord mettre en place une infrastructure (à ses frais) puis rendre à son partenaire ou au public un service en contrepartie de la perception d'un loyer tout au long de la durée du contrat. Sa perception est liée à la satisfaction des exigences contractuelles en termes de performance et de qualité de service. En d'autres termes, la logique du PPP est celle d'un contrat avec paiement en fonction des résultats.

Ce point est d'autant plus crucial que la perception des loyers est la condition *sine qua non* pour la récupération des investissements initiaux et pour l'obtention d'un rendement financier. Dès que la surface financière de l'opération le permet (en regard des coûts de transaction induits) et du moment où le contrat suppose d'agréger des entreprises aux expertises complémentaires, les firmes qui ont constitué le groupement sélectionné à l'issue de la mise en concurrence constituent une société projet. Celle-ci pour se financer dispose de fonds propres – apportés par les sociétés qui l'ont créée (les sponsors) mais surtout de dette, que celle-ci soit levée sur les marchés financiers ou obtenue auprès d'établissements bancaires. Il est de l'intérêt bien compris de l'ensemble des intervenants de maximiser l'effet de levier financier, c'est-à-dire le ratio entre la dette et les fonds propres. En effet, la première est au point de vue financier bien plus onéreuse que les seconds (ils portent plus de risques dans la mesure où ils ne sont remboursés qu'en dernier et que leur rémunération est variable, car dépendante des résultats de la société et de sa politique de dividendes). Cependant, plus forte est la part de dette, plus élevé est le service de dette par rapport aux résultats de la société.

C'est sur ce point que le bouclage incitatif se fait. Le montage est un montage à *recours limité*. En d'autres termes, les financeurs n'ont pas d'autres garanties, en plus que les flux de revenus futurs, du bon remboursement de leur prêt que les fonds propres apportés par les sponsors. Or, un montage de ce type est souvent de fait un montage *sans recours*. En effet, les fonds propres sont « consommés » dès la phase de construction de l'actif. Ils ne sont à ce titre qu'une garantie additionnelle des plus théoriques. Cependant, cette dépendance aux résultats pour garantir le bon remboursement de la dette est des plus précieux pour le partenaire public. En effet, il permet l'alignement des intérêts entre le partenaire public et les prêteurs privés. La bonne exécution des obligations contractuelles conditionne le remboursement de la dette. Les prêteurs sont donc

incités à prendre en charge deux tâches essentielles à la bonne marche du marché de partenariat. Ces deux tâches visent à limiter les effets des asymétries d'informations *ex ante* et *ex post* dont bénéficie la société projet vis-à-vis des autres acteurs.

Il s'agit tout d'abord de l'anti-sélection qui porte sur la capacité de la société à s'acquitter de ses obligations (robustesse du contrat) et ensuite de l'aléa moral qui porte sur la vérification de ses efforts effectifs de la mise en œuvre du contrat (supervision des efforts). Le tiers financeur a comme le partenaire public tout intérêt à investir pour vérifier *ex ante* que le contrat ne soit pas trop déséquilibré et puisse conduire à un phénomène de type malédiction du vainqueur. De la même façon, les intérêts sont convergents dans la surveillance de la bonne exécution du contrat. Si jamais, la société projet n'atteint pas ses objectifs ou si elle laisse dangereusement filer ses coûts, les prêteurs pourraient voir les risques de défaut sur le service de la dette s'accroître.

Au final, le fait que le financement de l'opération soit privé permet d'aligner les intérêts des acteurs. Les coûts *ex ante* (*due diligence* ou vérification préalable de la robustesse du modèle financier) et *ex post* (supervision de l'exécution du contrat) peuvent être au moins pour partie externalisés à un acteur qui *a priori* souffre d'une moindre asymétrie informationnelle que la personne publique vis-à-vis de la société projet. Si la part de la dette est trop faible, notamment si une bonne partie des financements sont publics, ce qui est le cas dans les montages cofinancés et *a fortiori* dans un montage de type PPPI comme ceux des SEM à opération unique³, alors les investisseurs privés auront une moindre incitation à mettre en œuvre cet investissement initial pour jauger de la robustesse du montage. De la même façon, dans le cadre d'une structure de cofinancement public-privé⁴, le prêteur peut considérer que la société projet n'est guère exposée au risque de défaut sur le service de sa dette dans la mesure où elle est adossée à un actionnaire dont les *poches sont* (réputées) *profondes*, qui peut paraître peu regardant en matière de règles de gouvernance et d'exigence de redevabilité et qui en outre ne saurait politiquement accepter une défaillance de la société projet qui non seulement est en charge d'un service public mais

³ Notons que l'ordonnance de juillet 2015 prévoit dans son article 80 que la personne publique peut concourir au financement des investissements. Les sociétés projets créées dans le cadre des marchés de partenariats sont éligibles aux prises de participations financières.

⁴ L'article 14 de la loi Devedjian du 17 février 2009 (loi LAPCIPP) permet un financement privé partiel des contrats de partenariat. Pour les collectivités locales, l'article 1414 du CGCT impose que le financement du projet doit être majoritairement privé sauf pour des opérations dépassant un seuil donné. Ce seuil a été fixé à 40 millions d'euros HT par le décret n°2009-987 du 20 août 2009. Voir la note de la MAPPP n°12-14 : *Modalités de mise en œuvre du cofinancement d'un CP*.

qui en outre est considérée comme une émanation de la personne publique (de Brux et Marty, 2014).

Un même effet « contre » incitatif peut prévaloir dès lors que la personne publique apporte sa garantie à la société projet en matière de service de la dette ou en matière de plancher de revenus. Les prêteurs n'ont dès lors plus à évaluer et à contrôler l'équilibre financier du contrat. Or, octroyer de telles garanties peut ne pas être purement irrationnel de la part de la personne publique. En effet, les garanties permettent de réduire le risque pour les prêteurs. Ce faisant, elles réduisent le (sur)coût du financement privé et améliorent la *value for money* et la soutenabilité budgétaire du PPP. En outre, une garantie ne coûte que si elle est activée. Elle peut même donner lieu à une rentrée budgétaire si elle est octroyée dans des conditions conformes à celles que pratiquerait un garant privé en économie de marché.

Cependant, la garantie relâche le lien entre la capacité à honorer le service de sa dette et la capacité à atteindre ses objectifs contractuels. Le gain budgétaire pour la personne publique se paie par un affaiblissement de la structure incitative du contrat⁵. Il serait possible de s'interroger si la Dailly expose à ce risque.

L'enjeu de la créance Dailly dans le marché de partenariat tient au mode de financement même des contrats et à l'intérêt pour la personne publique de réduire le surcoût financier lié à la levée de la dette par le privé et à la chronologie des flux financiers. Il convient en effet de noter que le privé préfinance l'actif et ne sera remboursé que progressivement au travers des loyers. Tout ce qui peut réduire le coût de la dette privé renforce l'attractivité du PPP en termes de *value for money* (à condition que le transfert des risques ne soit pas négativement affecté) et améliore la soutenabilité budgétaire des engagements (en réduisant la composante financière des loyers).

Le contractant peut être tenté de faire refinancer les créances qu'il détient sur la personne publique (les loyers futurs) par des banques pour réduire son besoin de financement. La

⁵ Un même raisonnement pourrait s'appliquer pour les clauses par lesquelles le contractant est payé dès la signature du contrat et non à partir de la fourniture du service. Cela permet de réduire le besoin de financement du contractant et a donc un impact significatif en termes de coût budgétaire (et donc de montant des loyers) pour la personne publique. En d'autres termes, cela améliore la soutenabilité budgétaire de l'engagement. Pour autant cela a un prix. C'est celui de la réduction des incitations à délivrer le service en temps et en heure. Or, avec les dérives de coûts, les dérives de délais sont un des risques majeurs dans la gestion des projets publics... et l'une des raisons de recourir aux marchés de partenariat par rapport à des montages conventionnels de type loi MOP. Le respect des délais de construction semble – sauf exception – l'une des promesses des PPP les mieux tenues (voir Cour des comptes, 2015 ; p.173).

question est de savoir quels sont le périmètre et les effets de la cession de créances. A priori, une cession simple de créances ne limite en rien la capacité de la personne publique à appliquer des pénalités contractuelles. Cela correspond au principe selon lequel « le cédant ne peut pas transmettre plus de droits que ce qu'il n'en détient⁶ ». Les pénalités peuvent alors être défalquées du paiement versé au porteur de la créance. Cependant, les choses sont différentes quand la cession a été préalablement acceptée par l'administration. Dans cette situation, le paiement qui doit être opéré ne peut pas être réduit au titre des pénalités liées à une sous performance dans l'exécution du contrat.

A nouveau, cette cession peut poser questions en regard de principes de droit public tels le *service fait* ou l'*interdiction des libéralités*. Cependant, il convient de noter que l'acceptation de la cession de créances ne peut se faire que lorsque l'actif a été livré. L'aléa ne porte donc que sur la partie exploitation-maintenance du loyer et non sur la partie financière. Les éventuelles pénalités appliquées ne s'appliquent pas sur la part du loyer correspondant au préfinancement privé de l'investissement. Qui plus est la loi plafonne la cession de créances à 80% de la rémunération due au titre des coûts d'investissement et de financement (article L.313-29-2 du code monétaire et financier). L'effet incitatif est donc partiellement préservé⁷.

Il est cependant à noter que la cession de créances acceptée est en premier lieu un outil de financement des PPP. Si des pénalités frappent la société projet elles ne le font dans ce cadre que sur la partie maintenance. Elles affectent la rémunération des actionnaires, très éventuellement la dette projet (si elle existe) et non pas la dette Dailly. En effet, la dette Dailly constitue pour les prêteurs financiers une quasi-dette publique⁸. En d'autres termes, elle vient se substituer une fois l'ouvrage réceptionné à la dette bancaire initialement souscrite pour la première phase du projet (la phase de construction). Elle permet de limiter le poids de la dette projet qui est plus coûteuse car son remboursement ne bénéficie pas de telles garanties. La limitation du coût financier du PPP peut donc aller au détriment de la qualité incitative du contrat (Marty, 2016) mais l'impact est ici limité par le moment où la dette Dailly est émise.

⁶ Cour administrative d'appel de Paris, 28 avril 1992, Banque française commerciale Antilles – Guyane, req. n°300313.

⁷ Le recours à la cession de créances acceptée a été assez faible avant la loi de juillet 2008 sur les contrats de partenariat qui a accru la sécurité juridique liée au montage pour les prêteurs et qui a défini le seuil de 80%.

⁸ Elle sera remboursée quoiqu'il arrive avec un risque qui n'est pas celui du projet mais qui est celui du garant public (EPEC, 2012).

La question du prix forfaitaire

Le cas des assouplissements apportés en 2008-2009 soulève un second type de problème : celui du possible relâchement du caractère forfaitaire du prix du contrat de partenariat. En effet l'un des avantages du PPP est celui de la lisibilité des engagements de paiements tout au long du contrat⁹. Quand un consortium (i.e. un groupement d'entreprises) annonce son prix, celui-ci devrait en toute rigueur être ferme et ce sur l'ensemble du contrat¹⁰.

Le coût du financement constitue une composante importante de ce prix. Cependant, du fait des contraintes liées au montage même des projets, ce coût peut être difficile à annoncer dès le début de la mise en concurrence. En effet, la phase de dialogue compétitif est longue par nature et les conditions exactes de taux ne pourront qu'une fois les termes du contrat figés, principalement en termes d'allocation contractuelle des risques.

Au-delà même de ces difficultés intrinsèques au bouclage financier des contrats, les conditions dans lesquelles il était possible de réunir des financements dans le contexte de la crise financière de 2008-2009 donnèrent lieu à un certain nombre d'ajustements, tels que décrits *supra*, certes indispensables pour permettre le financement des contrats mais de nature à accroître le degré d'incertitude quant au coût final du financement au moment de l'attribution du contrat.

Il en était par exemple ainsi des clauses dites de *market flex* qui reliaient le taux de la dette aux évolutions de certains indicateurs des marchés financiers (le Libor ou l'Euribor). Le risque

⁹ La cristallisation des taux dans les marchés de partenariat illustre bien ces enjeux. La cristallisation désigne la couverture financière de la personne publique contre les risques d'évolution défavorable des taux d'intérêts appliqués sur les crédits bancaires. La cristallisation se fait au travers d'un contrat d'échange de taux (swap). Pour figer la partie financière des loyers, la personne publique demande à la société projet d'échanger le crédit à taux variable (taux de référence + marge de crédit) au profit d'un taux fixe (taux de référence fixé + marge de crédit). La marge de crédit elle-même ne variera plus sur l'ensemble de la durée du contrat. Ce qui est particulièrement intéressant pour notre propos est que la personne publique peut faire un arbitrage quant au moment où la cristallisation doit être faite en fonction de ses objectifs. Elle peut demander une cristallisation des taux dès la signature du contrat. Ce faisant, elle connaîtra d'emblée le montant de son loyer immobilier. Ce dispositif n'est pas sans risque. Par exemple, si le projet prend du retard pour une cause légitime, la personne publique sera exposée à un risque de taux. Elle prend également un risque si un recours venait annuler le contrat comme nous le verrons *infra*. Une seconde approche est possible pour la personne publique. Il ne s'agit plus de connaître le montant exact de ses loyers mais de connaître le montant maximum. Il est alors possible décaler dans le temps la cristallisation en acceptant de prendre en charge un certain niveau de risque de taux. Voir la fiche de la MAPPP 12-16 : *Cristallisation des taux- mécanismes de couverture du risque de taux en contrat de partenariat (CP)*.

¹⁰ Cela pose la question des avenants. Les renégociations sont inéluctables dans le cadre de contrats complexes de long terme conclus dans un environnement d'information imparfaite. Le rétablissement de l'équilibre économique du contrat ou encore l'ajout de nouvelles prestations dans le cadre de ce dernier peuvent se traduire par des augmentations de loyers pouvant compromettre la robustesse des évaluations réalisées *ex ante* en matière de soutenabilité budgétaire.

d'évolution défavorable des taux entre le moment du dépôt de l'offre et la clôture financière du contrat pesait dès lors sur le contractant public et non sur son partenaire privé.

Pour ce qui était des clauses dites de *market disruption*, le principe était que l'offre de taux faite par le privé était non seulement limitée dans le temps mais également conditionnée à ce que des indicateurs de marché demeurent dans un tunnel donné, en d'autres termes que les taux ne franchissent pas un plafond ou un plancher qui sont déterminés par le contrat. La personne publique accepte dès lors que lui soit transféré le risque de non disponibilité des financements ou du moins que leurs conditions soient significativement modifiées.

Une même logique de transfert – au moins implicite – du risque financier résiduel était portée par l'acceptation de financements partiels au moment du dépôt de l'offre. En d'autres termes, le consortium n'apportait pas la garantie de disposer de la totalité des fonds nécessaires. Le contractant public en acceptant l'offre assumait le risque de voir sa contrepartie confrontée à des difficultés lors du bouclage financier, à la fois en matière de levée de fonds et de conditions de taux.

Les clauses permettant un financement ajustable des contrats de partenariat ont été introduites par la loi n°2009-179 du 17 février 2009. L'idée est de permettre aux *sponsors* de la société projet de préciser les modalités de financement non seulement au moment de l'offre finale mais éventuelle après même celle-ci. Pour autant, la personne publique doit dans son examen de l'offre financière s'assurer d'un minimum d'engagements fermes pour en jauger la crédibilité. Le prix défini lors du dépôt de l'offre finale doit également être ferme. Il pourra faire l'objet d'un ajustement. Il est à noter que le mécanisme même du financement sur projet conduit inexorablement à ce type de montage. En effet, dès lors que la société projet émet de la dette sur les marchés financiers, ses conditions de financement ne pourront être connues avant la clôture financière¹¹.

L'ensemble de ces ajustements était de nature à créer un risque pour la personne publique contractante au moment de la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse quant au coût financier final de l'opération, en d'autres termes quant au montant futur des loyers.

¹¹ Voir la fiche de la MAPPP 11-10 : *Confirmation des engagements financiers après remise de l'offre finale en contrat de partenariat*.

Il convenait, dans le contexte de la crise de 2008-2009, d'ajouter à cette incertitude, celle de dispositifs de type *mini-perms* qui se caractérisaient par des obligations de refinancement en cours de contrat. L'origine du problème était que la maturité des financements était devenue insuffisante pour couvrir l'ensemble de la durée du contrat¹². Il s'agissait soit de réduire celle-ci (au risque de contrats trop courts eu égard à la durée de vie économique des actifs couverts ou induisant des niveaux de loyers excessifs eu égard à la capacité de remboursement de la personne publique) soit d'accepter un risque de refinancement en cours de contrat. Ce risque ne pouvant être pris exclusivement par le partenaire privé¹³, il faisait l'objet d'un partage avec le contractant public.

Au final, la prise en compte des conditions de financement des contrats complexes de long terme et des difficultés conjoncturelles ou structurelles qui pouvaient affecter leur bouclage financier conduisit à un certain nombre d'assouplissements du cadre juridique. Certes ces derniers supposent une certaine ré-internalisation d'une partie des risques par la personne publique mais ils s'avèrent (ou ont pu s'avérer) indispensables au financement des contrats. Un même pragmatisme (potentiellement coûteux) a pu être observé non plus en regard du risque financier mais en regard du risque contentieux auquel peuvent être confrontés les acteurs des marchés de partenariat. Il s'agit de la question des accords autonomes que nous allons présenter dans notre seconde sous-partie.

B. La protection contre l'aléa judiciaire

Un second type d'ajustement du droit aux contraintes posées par la structuration financière des PPP peut être illustré par le mécanisme des accords autonomes. Comme nous l'avons noté *supra*

¹² Un refinancement au moins a souvent cours dans les contrats de PPP. Classiquement, la phase de construction fait l'objet d'un financement bancaire à court terme (le taux de base de référence est souvent l'Euribor 1 mois). Une fois la montée en puissance réalisée, la dette est refinancée au moins de prêts obligataires moins onéreux (il s'agit de dette Dailly et de dette projet). Il est à noter que l'une des tendances actuelles en matière de bouclage financier des contrats complexes de long terme est de faire intervenir un financement obligataire dès le montage pour éliminer cette phase de refinancement. Il n'en demeure pas moins que cette opération n'est guère évidente car les financeurs intervenant lors de la seconde phase ne peuvent guère accepter les profils de risque des projets lors de la phase de construction. Il s'agit de trouver des solutions de nature à permettre à ce type d'investisseurs longs de s'engager dans ces opérations malgré une nature et une distribution des risques non conforme à leur théorie d'investissement.

¹³ Deux limites à cette prise en charge doivent être relevées. Tout d'abord, la capacité d'absorption des surcoûts par la société projet est par nature non infinie. Ensuite, si une part des conditions de refinancement peut être expliquée par la performance intrinsèque de la société projet, une autre part – la plus significative – vient des conditions générales des marchés financiers, sur lesquelles la société projet n'a aucune prise. Le partage du risque est donc légitime.

le PPP n'est qu'en apparence un face-à-face entre contractant privé et contractant public. Il met en jeu de fait un équilibre tripartite entre partenaire public, partenaire privé et financeurs extérieurs.

Les contrats de partenariats ont pu faire l'objet de recours en justice que nous avons analysé par ailleurs (Kirat et Marty, 2017). Ces derniers peuvent tenir à des recours en contestation de la validité du contrat (recours dit *Tropic*¹⁴) émanant des candidats évincés ou à des recours venant de tierces parties sur la base de recours en excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat (voie fermée depuis avril 2014 par l'arrêt Tarn et Garonne du Conseil d'Etat¹⁵).

Le resserrement progressif des voies de recours en provenance de tiers n'est guère surprenant au vu des origines des contentieux et des résultats de la littérature académique (Moszoro et Spiller, 2014). Il témoigne des risques que font porter ces recours sur les contrats. Du fait de leurs montages, un retard par rapport aux prévisions, ou, pis, une annulation, peut conduire les trois acteurs vers des difficultés financières majeures. C'est particulièrement le cas quant aux engagements pris par la société projet vis-à-vis de ses financeurs extérieurs.

Ce dernier peut demander à sa contrepartie publique de lui apporter une garantie quant à ses engagements vis-à-vis des financeurs. Cette convention – qui a nouveau conduit à réinternaliser une partie des risques vers l'acteur public – est certes consubstantiellement liée au contrat de partenariat... à ceci près qu'elle doit survivre à son éventuelle annulation pour qu'elle puisse porter ses effets. Il s'agit de la question des accords autonomes.

Un exemple relatif au stade de Bordeaux peut nous servir pour présenter ce que sont les accords autonomes. Dans le cadre du contrat de partenariat en cause, une convention tripartite avait été signée entre les *sponsors* à l'origine de la constitution de la société projet, son contractant public et ses financeurs. Nous avons en effet souligné *supra* que les montages de PPP, dont la surface financière est la plus importante, sont basés sur des mécanismes de financement sur projet. Dans

¹⁴ Demeurent également les deux procédures d'urgence que sont le référé précontractuel et le référé contractuel.

¹⁵ Comme le relève le Conseil d'Etat lui-même, l'annulation d'un acte « détachable » ne débouchait qu'exceptionnellement sur l'annulation du contrat lui-même. Depuis l'arrêt Tarn et Garonne, les tiers ne pourront contester la légalité de l'acte que devant le juge du contrat. Recourir au juge administratif suppose d'apporter la démonstration que leurs intérêts sont lésés de façon suffisamment directe et certaine.

Voir le dossier thématique du Conseil d'Etat : *Le juge administratif et la commande publique*, 3 juin 2014
<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/Le-juge-administratif-et-la-commande-publique>

de tels montages sans recours, la société projet n'a qu'un seul moyen de générer des revenus pour rembourser de sa dette ; celui remplir ses obligations pour obtenir les flux de revenus liés à la réalisation du contrat de partenariat. Si le contrat venait à être annulé (ou même décalé), le remboursement de la dette serait impossible (ou ne pourrait pas être réalisé conformément au plan d'amortissement de la dette). Ainsi tout recours contre le contrat pourrait se traduire par la suspension du déblocage des crédits. Surtout l'anticipation d'un tel risque juridique pourrait amener les banques à refuser de financer le contrat ou du moins à exiger une prime de risque excessive de nature à compromettre son opportunité économique même ou du moins à accroître significativement la charge budgétaire pour la personne publique via sa répercussion dans les loyers.

L'accord autonome vise donc à organiser les conséquences de tels recours et à permettre la poursuite des travaux même si des actions en justice étaient engagées par des tiers. En d'autres termes, la personne publique apporte la garantie aux financeurs qu'elle se substituera à la société projet en cas d'annulation du contrat¹⁶. Il se définit comme un acte contractuel par lequel la collectivité publique contractante s'engage à rembourser aux prêteurs les financements externes apportés pour la réalisation de l'opération et les frais financiers qui leur sont attachés (Vanderpoorter, 2016).

Dans le cas considéré, l'enjeu juridique était de savoir si cet accord pouvait survivre à l'annulation d'un contrat dont il était pourtant une composante essentielle. Le Conseil d'État qui avait annulé le 11 mai 2016 la délibération du conseil municipal de Bordeaux du 24 octobre 2011 conduisant à la signature d'un contrat de PPP n'a pas remis cet accord autonome en cause (l'annulation ne recouvre de plus qu'une injonction pour une nouvelle délibération). L'accord autonome fait naître des obligations entre ses parties qui sont indépendantes du contrat de commande publique et qui peuvent donc lui survivre en cas d'annulation par les juridictions administratives.

Il est même à noter que les indemnités dues en cas d'annulation du contrat public – par exemple pour cause de recours devant les juridictions administratives – peuvent elles-mêmes faire l'objet de cession de créances acceptées de type Dailly. Bien qu'étrange de prime abord, cette

¹⁶ Il est possible de considérer que l'accord autonome peut se concevoir selon une logique transactionnelle. Il vise à définir *ex ante* les indemnités qui seraient versées aux financeurs en cas de recours contre le contrat (Braconnier, 2013).

possibilité de faire accepter des cessions de créances au titre d'un accord autonome peut s'expliquer en termes économiques. En effet, si les créances sur la personne publique ont été cédées la société projet pourra poursuivre l'exécution du contrat malgré les recours qui pourraient retarder les paiements de la personne publique par rapport au calendrier initialement établi (Vandepoorter, 2016).

Sécuriser les marchés de partenariats ne passe pas seulement par des dispositifs visant à leur assurer la flexibilité adéquate pour faire face aux aléas des marchés financiers ou leur donner les moyens effectifs d'une résilience face au risque contentieux. Si ces mécanismes permettent effectivement de préserver le contrat ou les intérêts des contractants dans une conjoncture défavorable, ils n'en induisent pas moins l'assumption de risques additionnels par la personne publique¹⁷. Les évolutions du droit face à l'économie du marché du partenariat se sont faites en ces domaines dans le sens d'une ré-internalisation de certains risques par la personne publique contractante. Economiquement cette évolution peut être saisie comme un arbitrage. Certes, la capacité du marché de partenariat à transférer des risques au privé est altérée mais l'économie même de ces contrats repose sur un partage optimal des risques entre les partenaires. En d'autres termes, si le privé ne peut gérer efficacement certains risques, il est préférable qu'ils soient réinternalisés au sein de la sphère publique.

Cependant, les évolutions ne se sont pas faites exclusivement dans le sens d'une assumption croissante des risques par les partenaires publics. L'encadrement juridique des marchés de partenariat a également évolué dans un sens protecteur de la personne publique (voire contre elle-même) au travers d'un certain nombre d'évolutions dont nous envisageons dans notre seconde partie les apports mais également les éventuelles limites. Il s'agit d'une part des règles afférentes à la décision d'opter pour un marché de partenariat et d'autre part des règles de reconnaissance comptable des engagements qui lui sont liés.

¹⁷ Nous avons noté dans notre précédente section qu'une personne publique soucieuse de connaître *ex ante* le coût de ses loyers financiers peut souhaiter cristalliser les taux dès la signature du contrat. Cela lui permet de se couvrir contre le risque de taux et de garantir la soutenabilité budgétaire des loyers. Cependant, si le contrat est annulé suite à un recours, il faudra résilier les instruments de couverture. Le débouclage des *swaps* aura alors un coût qui pèsera sur la personne publique.

II – Garantir des dispositifs de redevabilité

La décision du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel avait affirmé le caractère dérogatoire du contrat de partenariat en regard des règles de la commande publique. Ce caractère tenait notamment à la globalité du contrat et au mécanisme de paiements différés qu'il mettait en œuvre. Il était donc nécessaire de mettre en place des dispositifs de redevabilité¹⁸ de nature à garantir que la dérogation vis-à-vis des règles générales de la commande publique corresponde bien à une situation dans laquelle ce recours est susceptible d'être porteur de gains d'efficacité.

Une première traduction de ces exigences peut être trouvée au travers des règles relatives à l'évaluation préalable et à ses évolutions. Nous présentons celles-ci dans une première section. Il ne s'agit pas ici de produire un historique complet des évolutions ni de nous livrer à une évaluation de l'évaluation. Il s'agit simplement de mettre en évidence les évolutions du cadre juridique de l'évaluation en regard des problématiques économiques et des conditions effectives de recours aux PPP. En d'autres termes il s'agit de montrer comment l'évolution du droit a répondu aux limites constatées de l'évaluation préalable.

Une seconde traduction de ces exigences peut se déployer sur le terrain des règles comptables. En effet, malgré les prises de position réitérées du Trésor britannique depuis sa note technique de 1999 (Her Majesty Treasury Taskforce, 1999)) selon laquelle le but du recours aux PPP n'était pas et ne pouvait pas être une stratégie comptable et budgétaire visant à la déconsolidation de la dette, de nombreuses critiques ont été développées sur le thème des stratégies budgétaires opportunistes qui pouvaient sous-tendre le recours à ces contrats. Notre seconde section s'attache à la description d'un mouvement *a priori* inexorable de reconnaissance dans les comptes publics des engagements liés aux PPP. Néanmoins, nous

¹⁸ Il convient de noter que du fait de leur nature, les marchés de partenariats mettent simultanément en jeu des registres de redevabilité différents (Marty et Voisin, 2016). L'encadrement des marchés suppose que ces trois registres de redevabilité soient également pris en considération. Il s'agit tout d'abord d'une redevabilité de type parlementaire, axée sur le contrôle de la dépense publique. Il s'agit ensuite d'une redevabilité de service public axée sur les impacts du contrat sur les usagers finaux. Il s'agit enfin d'une redevabilité managériale, laquelle peut prendre des formes très différentes, allant d'une redevabilité purement financière à une redevabilité de type audit (fondée sur l'accompagnement de la gestion) en passant par une redevabilité purement quantitative fondée sur la mesure des écarts entre les objectifs contractuels et les réalisations. Considérer le suivi des marchés de partenariat exclusivement dans le cadre d'une redevabilité managériale – qui serait qui plus est de nature financière – conduirait à minorer la dimension publique des arrangements. Cela ferait du contractant public un contractant comme un autre. Ceci irait dans le sens d'une *microéconomisation* de l'action publique au travers de règles d'évaluation exclusivement basées sur des standards privés (Davies, 2016). Les PPP constituent néanmoins un cas d'action publique très particulier pour lequel la redevabilité financière peut avoir des effets positifs en termes de service rendu à l'utilisateur final.

montrons que ce mouvement n'est pas allé jusqu'à son terme et que certains retours en arrière sont même observables.

Il s'agit donc dans ces sections de mettre en évidence de quelle façon l'encadrement juridique des PPP a évolué pour faire face aux risques que font peser les pratiques des acteurs sur la redevabilité de la commande publique.

A. Des règles d'évaluation préalable évoluant vers des règles budgétaires permettant d'évaluer la soutenabilité des engagements

L'évaluation préalable des contrats de partenariat avait découlé de la décision du Conseil constitutionnel n°2003-473 DC du 26 juin 2003. Sa mise en œuvre a pu faire l'objet de légitimes critiques. De fait, elle ne saurait à elle seule certifier que le recours à un PPP est opportun comme mode de réalisation de la commande publique, sera efficace en termes d'usage des deniers publics ou de service rendu aux usagers et qu'il sera soutenable budgétairement.

Ces limites sont consubstantielles à sa nature même. Elle répond à la question du comment faire et non à la question du « faut-il faire ». En d'autres termes, elle répond à la question du financement et non de l'investissement. Elle peut donner des éléments de choix en matière de vecteur de commande publique le plus adapté à un projet ; elle ne peut rien dire de l'opportunité d'un projet donné. Cette question est celle du choix d'investissement public. Il est à noter qu'elle est désormais prise en charge pour les projets dépassant un certain seuil par les règles définies par le Conseil Général à l'Investissement. L'introduction de cette procédure a permis indubitablement de corriger un biais dans la commande publique en général et dans le recours au marché de partenariat en particulier ; celui qui procédait à conclure d'un avis positif de la MAPPP à un rapport d'évaluation préalable que celle-ci validait l'opportunité du projet. Elle ne faisait qu'approuver le choix d'un mode de réalisation donné.

La seconde remarque à apporter est que l'évaluation en elle-même ne peut garantir que le recours au marché de partenariat sera effectivement et inéluctablement le plus efficace.

Premièrement, l'évaluation est préalable à la mise en concurrence et à son résultat. Elle repose sur des hypothèses en termes de transfert des risques au privé qui seront peut-être et même sans doute démenties dans le cadre de la négociation contractuelle. Cela ne veut pas dire pour autant

que sa réalisation n'est que formelle ou dépourvue de sens. Elle permet d'identifier et de quantifier les risques, ce qui est une étape essentielle pour une négociation efficace. Ce n'est pas une règle de décision mais un outil d'aide à la négociation. De la même façon, il ne faut pas oublier que la performance d'un PPP ne peut pas se jauger *ex ante* mais dépend de son exécution.

Deuxièmement, les résultats de l'évaluation préalable sont hautement dépendants des hypothèses retenues que cela soit en termes de concurrence future pour le marché ou de lois de distribution des risques. En effet, la décision dans une évaluation préalable bascule habituellement au moment où l'on prend en compte les risques. En termes de coûts statiques, des modes traditionnels peuvent souvent apparaître comme moins coûteux (le coût additionnel du financement privé y est pour beaucoup). De façon incidente, le fait même que les résultats soient significativement dépendants des hypothèses retenues induit de possibles biais décisionnels. Si l'entité en charge de la réalisation de l'évaluation préalable sait que son contrat continuera si le choix du marché de partenariat est fait, il est fort possible qu'elle soit tentée de choisir des hypothèses qui ne sont pas d'emblée défavorable à ce montage.

Cependant, une telle évaluation est indispensable : elle permet de vérifier si au moins sur le principe le recours au PPP peut être efficace¹⁹ et dans sa dernière version elle peut permettre de s'assurer que le coût qui résulterait d'un transfert optimal de risque avec le partenaire privé soit soutenable budgétairement.

Ces limites étant posées, nous allons montrer comment les évolutions de cette évaluation ont selon les circonstances accompagné ou encadré prudemment le recours aux contrats puis aux marchés de partenariats.

Dans sa première époque, entre l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 et la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008, l'évaluation préalable se présentait déjà comme un processus en deux étapes. Cependant, la nature de chacune d'entre elles était bien distincte. La première était juridique. Le contrat de partenariat restait un contrat dérogatoire par rapport aux principes communs de la commande publique et y recourir supposait qu'il y ait des raisons juridiques légitimes de ce faire. Les deux critères de l'urgence et de la complexité trouvent ici leur origine. La seconde

¹⁹ Il s'agit de la logique de la value for money qui peut néanmoins elle aussi être critiquée

étape était d'ordre économique. Il s'agissait de comparer les coûts totaux pondérés par les risques de chaque mode possible de réalisation du contrat. Il à noter que les deux étapes, la juridique et l'économique étaient strictement séparées et qu'elles s'inscrivaient dans une séquence bien déterminée. Il était nécessaire d'être conforme aux critères juridiques ouvrant droit à une dérogation pour vérifier si le recours au contrat de partenariat était économiquement opportun.

Cette stricte séparation et séquentialisation entre contrôle de la régularité juridique et évaluation de l'opportunité économique fut abandonnée par la loi de juillet 2008. L'introduction d'un troisième critère permettant de déroger aux règles communes de la commande publique, celui de l'efficience économique, conduisit à rendre possible une telle dérogation sur une base autre que juridique. Ce faisant, le recours à un montage partenarial pouvait être fondé sur la seule logique de l'opportunité économique²⁰. Notons au passage que le projet de loi prévoyait une quatrième voie de dérogation. Il s'agissait dans certains domaines d'investissements publics de mettre en œuvre une présomption d'urgence qui permettait de recourir aux contrats de partenariat du moment où l'évaluation préalable n'était pas défavorable. Le Conseil constitutionnel a censuré cette voie de recours dans le cadre de sa décision DC n°2008-567 rendue le 24 juillet 2008.

La transposition des directives européennes du 26 février 2014 relative aux marchés et aux concessions conduisit à préciser la séparation entre d'une part les concessions (définies par le transfert d'une part substantielle du risque de demande) et les PPP *stricto sensu* dont l'appellation évolua significativement du contrat de partenariat au marché de partenariat. Le rattachement au périmètre des marchés de contrats dont les paiements peuvent essentiellement être liés à la disponibilité du service ne fut pas la seule modification introduite le 28 juillet 2015 par l'ordonnance n°2015-889 de transposition de la directive marchés.

L'évaluation préalable connut une évolution des plus significatives. Tout d'abord, sa première étape disparut. Il n'est désormais plus requis de démontrer la présence de critères permettant de justifier d'une urgence, de la complexité ou encore d'une supériorité économique du contrat. Cela pourrait paraître comme un affaiblissement des forces de rappel quant au recours à ces contrats ou du moins comme un effacement définitif des critères juridiques. Un tel point de vue

²⁰ Cette possibilité fut cependant peu utilisée en pratique par les personnes publiques.

doit être nuancé. Tout d'abord, si les critères juridiques avaient donné lieu à des contentieux devant les juridictions administratives (et constituaient donc un risque réel au vu des conditions de financement des contrats), leur définition était si large que la probabilité qu'ils puissent n'être satisfaits était des plus limitée²¹. Ensuite, l'évaluation préalable, réduite à la comparaison des modes de réalisation, fut complétée d'une seconde étape portant sur l'évaluation de la soutenabilité budgétaire des engagements²².

L'étude de soutenabilité budgétaire doit tout d'abord fournir appréciation quantifiée de l'impact du contrat sur les comptes de la collectivité ou de l'établissement public concernés, appréciation tenant compte des éventuels engagements hors bilan auquel il est susceptible de donner lieu. Elle doit ensuite évaluer l'impact net du projet sur la disponibilité des crédits, en tenant compte des éventuelles recettes générées. Elle doit, enfin, mesurer l'impact du projet sur les finances de l'entité concernée et sur son patrimoine. La Direction Générale des Finances Publiques (DGFIP) doit être obligatoirement saisie pour avis aux termes de l'article 154 du décret du 25 mars 2016.

L'article 148 du décret précise le périmètre de l'étude de soutenabilité budgétaire : « elle inclut notamment le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle, l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son effet sur sa situation financière, l'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de

²¹ L'arrêt Sueur du Conseil d'Etat du 24 octobre 2004 avait adopté une très large définition de l'urgence (englobant les situations dans lesquelles celle-ci pouvait procéder des décisions (ou de l'absence de décision) passées de l'administration. La complexité telle que définie par la directive européenne 2004/18/CE du 31 mars 2004 dépasse également la seule complexité technique pour recouvrir sur la complexité contractuelle et financière que les marchés de partenariats présentent souvent... Pour une discussion de la notion de complexité, se reporter à l'arrêt du Conseil d'Etat n°363007 du 30 juillet 2014 *Commune de Biarritz*. Le Conseil a en effet considéré « que la seule invocation de la complexité des procédés techniques à mettre en œuvre ne peut suffire à justifier légalement le recours au contrat de partenariat, en l'absence de circonstances particulières de nature à établir qu'il était impossible à la commune de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques propres à satisfaire ses besoins ». De la même façon, il est possible de relire la définition de la notion d'urgence à la lumière de la décision n°2008-567 du 24 juillet 2008 du Conseil constitutionnel qui valide une telle qualification pour des situations pour lesquelles « il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public ».

²² Formellement, la collectivité publique qui souhaite s'engager dans un marché de partenariat doit établir deux documents distincts. Le premier est l'étude comparée des modes de réalisation (ECMR). Le second est l'étude de soutenabilité budgétaire (ESB). Les deux documents doivent l'objet d'une validation mais par des instances administratives distinctes. Si la première est à l'instar des anciennes évaluations préalables à soumettre au contrôle de la MAPPP (devenue Finlfra avec le décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures et dont le nouveau périmètre dépasse celui de feux les contrats de partenariat), la seconde est à présenter à la Direction Générale des Finances Publiques. Ainsi, deux instances administratives distinctes ont à se prononcer sur le projet : l'une sur le registre de l'opportunité économique, l'autre sur celle de la faisabilité budgétaire.

l'acheteur, ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan ainsi qu'une analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat ».

Les éléments attendus par la DGFIP sont les suivants :

1. Coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle ;
2. Poids de ce coût par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son effet sur la situation financière ;
3. Impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur
4. Conséquences sur l'endettement et les engagements hors bilan de la collectivité publique considérée ;
5. Estimation des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat.

Nous reviendrons sur ces différents points dans le cadre de notre conclusion ; néanmoins nous avons souligné dans une précédente contribution que cette évaluation était tout sauf évidente et fortement dépendante de projections quant aux marges de manœuvres budgétaires futures de collectivités territoriales, ce sur plusieurs décennies (Marty, 2016). Elle permet néanmoins de livrer une première appréciation des risques budgétaires qu'induit un contrat donné. Elle conduit tout d'abord à mettre en évidence la part des loyers au commencement du contrat par rapport aux ressources budgétaires effectivement disponibles, c'est-à-dire celles qui ne correspondent pas à des services votés. Elle met en suite en lumière les risques budgétaires qui peuvent découler de la vie même du contrat. Certains de ces risques peuvent faire l'objet de projections budgétaires pour le moins aisées à réaliser. Il s'agit de l'évolution du montant des loyers au travers des clauses d'indexation prévues dans le contrat. D'autres risques à l'inverse sont plus difficiles à quantifier *ex ante* quand bien même lors probabilité d'occurrence est particulièrement élevée. C'est le cas des renégociations. Plus le marché de partenariat a une longue durée, plus il porte sur une prestation complexe, plus il repose sur des technologies évolutives, plus forte sera la probabilité qu'il soit renégocié dans le courant de son exécution.

Les renégociations sont souvent inéluctables et ne réduisent pas toujours la *value for money* du contrat. Cependant, elles se traduisent dans les deux cas de figure considérés *supra* par des hausses de prix. En effet, s'il s'agit de rétablir l'équilibre économique du contrat²³, la résultante

²³ Si cet équilibre est mis à mal par des circonstances imprévisibles ou des erreurs d'anticipation des parties d'une ampleur telle qu'elles sont susceptibles de remettre en cause la poursuite de son exécution

naturelle de la renégociation sera une hausse des loyers²⁴. De la même façon, s'il s'agit d'améliorer la qualité du service rendu, la renégociation conduira également à un ajustement à la hausse des loyers. La prise en compte des risques sur le montant des loyers peut également passer par une évaluation de la possibilité d'activation des demandes de garanties de la part de la personne publique contractante si celle-ci a, par exemple, offert à la société projet une garantie en termes de plancher de revenus ou de couverture du service de la dette (Marty, 2017).

Malgré les limites de l'exercice, l'appréciation de la soutenabilité budgétaire des engagements liés au contrat de PPP permet de mettre en lumière avant même la mise en œuvre de l'appel à concurrence des montages qui exposeraient la personne publique à des risques budgétaires manifestement excessifs. A cette aune, l'évolution de l'évaluation préalable permet effectivement de mieux saisir les risques financiers liés aux PPP. Le contractant public peut aisément réaliser des projections budgétaires quant à l'évolution de la part des loyers consacrée à la maintenance et à l'exploitation au gré des mécanismes d'indexation. Il peut également estimer des espérances mathématiques d'appels de garanties.

Ainsi, l'évolution de l'évaluation préalable est de nature à permettre une meilleure prise en compte de l'impact budgétaire des clauses financières dans les montages partenariaux²⁵. Notons rapidement que cette évolution avait été amorcée bien avant 2015. Une circulaire du ministère de l'économie et des finances en date du 14 septembre 2005 imposait déjà une couverture des engagements par des autorisations d'engagements (pour le montant de l'investissement initial et celui de l'éventuel dédit) et celle des loyers annuels par des crédits de paiements. L'intention était déjà claire. La circulaire indiquait que son objet était de prévenir une « imputation au fil de l'eau de dépenses budgétaires [qui] ne permet pas de retracer correctement la réalité de l'engagement de l'État sur longue période ». La logique d'appréciation de la soutenabilité

²⁴ Une première évaluation des renégociations dans les contrats de partenariat français avait été réalisée par Saussier et Tran (2012). Celle-ci montre que les ajustements financiers ne sont présents que dans un tiers des cas, à l'instar de l'allongement des délais de livraison de l'ouvrage. A l'inverse, les révisions de périmètre se retrouvent dans près des trois quarts des cas. De telles révisions sont susceptibles d'induire des modifications substantielles de contrat qui auraient pu, conformément aux recommandations de Saussier et Tirole (2015) faire l'objet d'une procédure de publicité spécifique de type référé-avenant pour garantir la transparence de ceux-ci et ouvrir des voies d'action aux parties-prenantes, tout en permettant au travers des délais définis par la procédure (un mois par exemple) de garantir la sécurité juridique des contractants... notamment vis-à-vis des tiers financeurs.

²⁵ Il est également possible de considérer que la mise en œuvre de seuils en matière de recours aux marchés de partenariat (article 151 du Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics) participe de cette même logique d'insertion de forces de rappel quant à un recours efficace économiquement et maîtrisé budgétairement aux marchés de partenariat. Définir des conditions en termes de seuil permet d'éviter d'engager des marchés pour lesquels les montants d'investissements privés seraient insuffisants pour compenser les coûts de transaction spécifiques à ces montages. Pour une discussion de l'effet des seuils, voir Boullault (2016).

budgétaire des engagements liés aux PPP avait également été annoncée dans le domaine de l'immobilier hospitalier par un décret du 29 avril 2010²⁶. Après avoir réalisé son évaluation préalable, l'établissement devait démontrer que les loyers futurs n'allaient pas induire des charges avec ses ressources actuelles ou futures²⁷. De la même façon, la loi NOTRe du 7 août 2015 impose dans son article 107 (modifiant l'article L.1611-9 du code général des collectivités territoriales), l'obligation, pour toute opération exceptionnelle d'investissement dépassant un seuil donné, d'estimer son impact pluriannuel sur les dépenses de fonctionnement de la collectivité.

Le contrôle de l'impact budgétaire du recours au PPP s'est donc progressivement et significativement amélioré entre 2004 et 2015, permettant ainsi de circonscrire au moins pour partie les risques budgétaires qui lui sont attachés. Seules, comme nous l'avons vu, les garanties publiques sont difficiles à appréhender et à évaluer dans cette phase (Marty, 2017).

B. Des règles comptables permettant de rendre comptes des engagements

Nous avons noté dans notre introduction, que le doute a longtemps prévalu quant aux motivations essentielles qui président au recours à un marché de partenariat. Il s'agissait de s'assurer que le choix de ce vecteur contractuel n'était lié qu'à ses mérites propres (en termes d'incitations notamment) et non à sa capacité à améliorer artificiellement la situation financière de l'entité publique considérée ou à sa capacité à contribuer à une politique de pilotage opportuniste de ses équilibres budgétaires²⁸.

Il s'agit donc dans cette section de montrer comment les règles de droit comptable et budgétaire ont évolué pour encadrer le recours aux PPP et rendre plus vaines des stratégies opportunistes. Nous considérerons séparément – bien qu'ils soient liés – deux types d'informations sur les comptes des personnes publiques ; à savoir la comptabilité patrimoniale et la comptabilité

²⁶ L'article 5 du décret n° 2010-425 du 29 avril 2010 relatif à l'organisation financière et à l'investissement immobilier des établissements de santé modifie l'article R.6148-3 du code de la Santé Publique en imposant au directeur d'un établissement public désireux de s'engager dans un bail emphytéotique hospitalier ou un contrat de partenariat de transmettre pour accord au Directeur Général de l'Agence Régionale de Santé compétente, les engagements liés au PPP. Celui-ci a le pouvoir de faire connaître son opposition « si le projet comporte des engagements incompatibles avec la situation financière présente et future de l'établissement ».

²⁷ Au Royaume-Uni, une évaluation réalisée par la NHS en février 2012 montra que six contrats de PFI relatifs à des hôpitaux induisaient des loyers supérieurs aux capacités de paiements des établissements considérés. En 2013 deux d'entre eux durent recevoir des crédits budgétaires additionnels de 40 millions de £ (NAO, 2015).

²⁸ Voir, dans le cas britannique, la prise de position de l'Office for Budget Responsibility (2014).

budgétaire. Si la seconde doit théoriquement suivre les traitements de la première, il s'avère que les progrès réalisés en termes de comptabilité d'engagements ne se retrouvent que très partiellement en matière de comptabilité budgétaire.

La reconnaissance des engagements en matière de comptabilité d'engagements

Au point de vue de la comptabilité générale de l'Etat – introduite en France par la LOLF et au Royaume-Uni par le *Resource Accounting and Budgeting Act* – le principe qui prévaut doit être celui de la *substance over form*. En d'autres termes, ce n'est pas la propriété formelle de l'actif qui doit présider à sa reconnaissance comptable (et celle de la dette qui lui est liée) mais celle de son utilisation économique. Dans la mesure où l'actif est transféré à la personne publique en fin de contrat (formellement il ne s'agit pas d'acquérir un actif par des paiements étalés mais d'acheter un flux de services), la dette devrait être déconsolidée.

Formellement, la question comptable est équivalente à celle du leasing opérationnel et celle du leasing financier. Les contrats de PFI britanniques se caractérisèrent par de très faible taux de reconnaissance comptable (Hodges et Mellet, 2012). La raison en était qu'avaient été adoptées comme référentiels comptables publics des règles adaptées des UK GAAP. En matière d'engagement à long terme la norme qui prévalait était une adaptation de la norme FRS5 (Accounting Standard Board, 1998). Celle-ci mettait en œuvre un principe « risques et récompenses ». Celui des deux qui était le plus exposé aux aléas (positifs ou négatifs) liés à l'actif devait le consolider dans ses comptes. Ce critère en apparence logique posa cependant de nombreux problèmes. Tout d'abord, la répartition des risques – qui dans un PPP doit correspondre à une répartition optimale (chaque risque doit revenir à celui qui peut plus efficacement le maîtriser ou à en gérer les conséquences au moindre coût) – se faisait également en fonction de la stratégie comptable de l'entité publique. Une collectivité endettée pouvait trouver un intérêt à transférer trop de risques au privé (fusse au prix fort) pour obtenir un montage déconsolidant (Heald, 2003). Ensuite, l'évaluation de ces « risques et récompenses » sur des contrats de plusieurs décennies pouvait donner lieu à quelques choix arbitraires allant fort souvent dans le sens de la déconsolidation²⁹.

²⁹ “In principle the TN [Technical Note] was intended to apply FRS5A in the context of the public sector; in practice the wording of the TN created opportunities for PFI schemes to be off the public-sector balance sheet, even though FRS5A appeared to promote the on-balance sheet treatment” (Hodges and Mellet, 2012).

En effet, comme le montrent Hodges et Mellet (2012) sur la base des données du Trésor britannique de février 2010, une part très majoritaire des contrats de PFI était alors traitée en hors bilan (tableau *infra*). 82% des contrats n'apparaissaient pas dans les états financiers des personnes publiques contractantes et 72% de la *capital value*, c'est-à-dire de la valeur de l'investissement privé n'était pas reconnue dans les comptes.

Département ministériel	Nombre de contrats			Valeur de l'investissement privé (capital value en millions de £)			% de la valeur de l'investissement privé	
	consolidés	déconsolidés	total	consolidées	déconsolidées	total	consolidé	déconsolidé
Collectivités locales	0	60	60	0	2056	2056	0%	100%
Transports	23	29	52	9363	2666	12029	78%	22%
Santé	7	94	101	380	10864	11244	3%	97%
Défense	12	38	50	1150	7655	8805	13%	87%
Education	17	124	141	1101	5368	6469	17%	83%
Total	116	542	658	15464	40204	55668	28%	72%
		(soit 82%)						

Au point de vue comptable, le salut vint des normes privées. En effet, le normalisateur international des comptes publics, l'IPSASB³⁰, choisit pour traiter des contrats globaux de long terme d'adopter une norme miroir à celle utilisée dans le privé, l'IFRIC 12. Ainsi, l'IPSAS 32 « Service Concession Agreements – Grantor » reprend la logique des IFRS et son critère qui est celui du contrôle. Ce faisant, dans la mesure où la personne publique exerce une influence déterminante sur la conception de l'actif, sur la nature du service qu'il rend, sur ses destinataires, sur les prix et *in fine* va récupérer l'actif, on suppose qu'elle détient le contrôle et doit donc reconnaître l'actif et sa dette afférente dans ses comptes.

L'effet de l'application des IFRS par le Royaume-Uni, à partir de 2009, sur la reconnaissance des engagements liés aux PPP est particulièrement significatif. Par exemple Hodges et Mellet (2012) ont montré que l'application de ces critères était de nature à réduire (pour les PFI existantes) le taux de déconsolidation de 72 à 11% de la *capital value* comme le montre le tableau *infra*.

³⁰ Nous discuterons *infra* dans cette même sous-section le statut de l'IPSASB.

Département ministériel	Nombre de contrats			Valeur de l'investissement privé (capital value en millions de £)			% de la valeur de l'investissement privé	
	consolidés	déconsolidés	total	consolidées	déconsolidés	total	consolidé	déconsolidé
Collectivités locales	41	6	47	1298	40	1538	84%	16%
Transports	46	10	56	5574	1097	6644	83%	17%
Santé	111	4	115	11530	357	11887	97%	3%
Défense	46	0	46	9064	0	9064	100%	0%
Education	38	0	38	2190	0	2190	100%	0%
Total	483	63 (soit 11%)	546	41499	5101	46600	89%	11%

Si les britanniques ont choisi d'appliquer directement les IFRS, les choix français en matière de comptabilité d'engagements de l'Etat répondent à une logique spécifique mais convergente. Bien qu'il ne s'agisse pas d'adopter directement un référentiel privé, les normes françaises s'inscrivent dans une même philosophie en matière de conception de l'information comptable. Comme nous nous l'avons noté *supra* la décision de développer, aux côtés de la comptabilité budgétaire, une comptabilité patrimoniale remonte à 2001 avec la promulgation de la LOLF³¹. A partir de 2004 ont été éditées plusieurs versions du *Recueil des normes comptables de l'Etat*. Celui-ci définit à la fois le cadre conceptuel des comptes (hypothèses sous-jacentes, information sur les portées et limites des informations financières données par la comptabilité) et les dispositions normatives qui sont déclinées sur l'ensemble des informations comptables. La dernière mise à jour du recueil remonte à novembre 2016³².

En matière de cadre conceptuel tout d'abord, le principe est celui de l'harmonisation avec les standards privés tant que la spécificité de l'action de l'Etat le permet³³. Un des points déterminants tient au fait que les destinataires de l'information comptable se rattachent à deux ensembles. Le recueil indique tout d'abord que « les destinataires principaux de l'information sont les citoyens et leurs représentants ». Il souligne néanmoins immédiatement que « l'information comptable doit bien sûr répondre aux besoins des responsables et des gestionnaires des missions et des activités de l'Etat. Elle est également destinée aux institutions

³¹ Article 27 de la loi du 1er août 2001.

³²

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cnocp/RNCE/versions/RNCE_version_de_novembre_2016.pdf

³³ « En conséquence, la loi organique dispose que les règles comptables de l'Etat ne se distinguent de celles qu'appliquent les entreprises qu'en raison des spécificités de l'action de l'Etat. L'ensemble des règles et normes permettant d'appliquer la comptabilité d'exercice à l'Etat doit donc être construit en référence avec les dispositions applicables aux entreprises. Il est ainsi nécessaire de déterminer les règles de la comptabilité d'entreprise qui sont transposables directement, celles qui doivent être adaptées pour tenir compte de certaines particularités, et enfin celles qui doivent être créées pour comptabiliser des opérations pour lesquelles il n'existe pas de règles dans les référentiels comptables applicables aux entreprises » (Recueil des normes comptables de l'Etat, 2016, p.9).

publiques internationales, aux marchés financiers et aux investisseurs en titres de dettes ». Si le premier volet est tout à fait conforme aux principes comptables initiaux tels que définis par l'article 49 du décret n°62-1587 du 29 décembre 1962 (qui insistait sur le volet du contrôle comptable), le second s'inscrit dans une logique de convergence entre les normes publiques et les normes privées sur laquelle nous reviendrons *infra*. De façon significative, le recueil insiste sur le fait que le cadre conceptuel est conçu par référence privilégiée à trois standards (eux-mêmes présentés comme en voie de convergence) à savoir le plan comptable français, le référentiel, en cours de développement, élaboré par le Comité Secteur Public de l'IFAC et le référentiel de l'IASB.

Au-delà de l'information donnée par le cadre conceptuel, le recueil des normes comptables de l'Etat fournit des règles normatives relatives à l'enregistrement d'un certain nombre d'informations comptables. La norme n°18 s'applique à nos marchés de partenariat en ce qu'elle porte sur *les contrats concourant à la réalisation d'un service public*.

La règle est alors clairement celle du contrôle : « Un bien, objet de l'un de ces contrats, est inscrit dans les comptes de l'Etat dès lors qu'il répond aux conditions cumulatives de comptabilisation qui sont les suivantes : (i) le bien est contrôlé par l'Etat et (ii) son coût ou sa valeur peut être évalué avec une fiabilité suffisante » (Recueil des normes comptables de l'Etat, 2016, p.261).

Les critères du contrôle tels que définis par le Recueil des normes comptables expliquent les raisons pour lesquelles les marchés de partenariat appellent *a priori* une consolidation comptable :

- ✓ Impossibilité pour le contractant privé de vendre ou de donner en garantie le bien
- ✓ Occupation du domaine public
- ✓ Détermination des caractéristiques principales du bien par l'Etat
- ✓ Détermination des modalités de gestion de l'ouvrage et des caractéristiques du service rendu par l'Etat
- ✓ Encadrement par l'Etat du revenu tiré de l'exploitation du bien par le contractant privé (applicable quand l'Etat rémunère le contractant)
- ✓ Transfert du bien à l'issue du contrat

La règle comptable est alors claire : « Un bien comptabilisé à l'actif du bilan de l'Etat et faisant l'objet d'un contrat concourant à la réalisation d'un service public, peut faire l'objet de dépenses ultérieures. Ces dépenses sont immobilisables si elles sont la contrepartie de dispositions contractuelles rétablissant l'équilibre financier entre les parties » (p.263 du Recueil)³⁴. Dès lors, les loyers futurs doivent être reconnus en dette financière³⁵. Comme le souligne le Recueil (p. 267) la norme applicable aux marchés de partenariat est *convergente* avec l'IPAS 32 (elle ne s'en distingue dans un cas précis pour lequel la contrepartie de l'actif n'est pas intégralement une dette financière). La consolidation est à ce titre la norme³⁶.

Pour autant, tous les risques budgétaires liés aux PPP ne sont pas obligatoirement traduits dans les comptes publics. Il en est par exemple ici des garanties apportées par la personne publique à son partenaire privé qui sont traitées comme des passifs éventuels (des engagements conditionnels). Dans la mesure où on ne sait si elles seront appelées, quand elles le seront et pour quel montant, il est logiquement impossible de constituer une provision pour risque. Il convient alors de noter l'engagement en hors bilan. Or, le poids des garanties publiques dans le bouclage financier des opérations de PPP (et donc les risques pris) est devenu très significatif depuis la crise de 2008 et pourrait être appelé à encore s'accroître au travers des soutiens apportés pour l'éligibilité de certains projets aux règles internes des investisseurs en capital patient. D'autres limites à la reconnaissance comptable des engagements pourraient être soulignées. Par exemple, la Cour des comptes (2015 ; p.173) met en exergue que la totalité des coûts de financement, de maintenance et d'exploitation sur la durée résiduelle du contrat (au-delà de la durée d'amortissement de la dette) n'ont pas à être reconnues y compris en hors bilan bien qu'il s'agisse de dépenses qui seront inéluctablement liées à l'engagement contractuel de la personne publique.

Une discussion : de l'alignement des préoccupations des investisseurs financiers et des partenaires publics dans les marchés de partenariat et la question de la convergence des normes comptables vers des référentiels publics

³⁴ Ou « s'il est probable que l'Etat en retirera des avantages économiques futurs ou un potentiel de service, au-delà de l'estimation la plus récente du niveau de performance défini à l'origine de l'actif existant ou au moment où les dépenses sont engagées ».

³⁵ Cette norme a évolué au travers d'un arrêté du 21 août 2012 reprenant l'avis n° 2011-11 du 8 décembre 2011 du Conseil de normalisation des comptes publics relatif au traitement dans les comptes des entités publiques des contrats concourant à la réalisation d'un service public.

³⁶ Voir pour les collectivités territoriales les arrêtés du 16 décembre 2010 portant modifications des M14, M52 et M71.

Pour autant, il serait possible de conclure de l'analyse du cadre comptable que la convergence vers les référentiels privés est conforme aux intérêts de la personne publique. C'est le fruit de l'alignement des intérêts entre le contractant public et les apporteurs de ressources externes dans le bouclage des opérations de PPP financées au travers de la création d'une société projet. Cependant, cette convergence peut rapidement être discutée en matière de fondements théoriques et en matière d'impact sur la conception même de l'action publique.

Il convient en effet de noter que si la convergence des normes comptables publiques vers des référentiels privés permet ici d'accroître significativement les garanties en termes de contrôle de la dépense publique – notamment en matière d'appréhension des risques budgétaires de long terme – cette convergence peut par certains égards être questionnée quant à l'influence qu'elle peut exercer en matière de conception même des finalités de l'action publique.

Le concepteur des standards comptables internationaux publics, l'IPSASB, lui-même, est un organisme privé. Il s'agit d'un sous-comité de l'IFAC, l'*International Federation of Accountants*, en d'autres termes l'association professionnelle des commissaires aux comptes (Calmel, 2013). L'IPSASB n'est composé que pour une part très minoritaire de représentants du secteur public. Statutairement, sur 18 membres seuls 3 doivent être issus du secteur public (Tirard, 2017). Même si les évolutions du cadre conceptuel de l'IPSASB tendent à l'acceptation d'adaptations plus larges vis-à-vis des IFRS, comme le montre sa dernière version en date publiée en octobre 2014³⁷, il n'en demeure pas moins que celles-ci demeurent le principal point d'ancrage des normes comptables publiques internationales. Ce lien est d'autant plus fort que l'objectif affiché demeure celui de la convergence des deux standards comptables.

Cette convergence du public vers le privé et le caractère « privé » des instances de normalisation comptable a pu également être observée aux Etats-Unis. Le FASAB, Federal Accounting Standards Advisory Board, était purement public au moment de sa création en 1990. En 2002, sa constitution évolua vers un équilibre de 6 représentants du privé contre 3 du public.

Cet alignement du public vers le privé ne se retrouve pas en France, du moins en matière institutionnelle. Le CNoCP (Comité de Normalisation des Comptes Publics) a été dissocié de

³⁷ IPSASB, (2014), *The conceptual framework for general purpose financial reporting by public sector entities*, October.

l'ANC, l'Autorité des Normes Comptables³⁸, et son collège est essentiellement composé de membres de la fonction publique³⁹. Bien que la décision en matière d'édiction de normes appartienne toujours à l'Etat, le CNoCP donne un avis préalable sur les projets de normes comptables et peut faire des propositions de nouvelles normes ou de modifications ou d'interprétation de normes existantes. Cependant, malgré cette structure essentiellement publique, les règles comptables publiques sont résolument orientées vers les IFRS.

La logique des IFRS est pleinement cohérente avec un débat économique et une évaluation des politiques publiques axés sur la soutenabilité de la dette : l'Etat, vu comme un emprunteur comme un autre est-il à même de faire face au service de sa dette (Eyraud, 2017). Une telle logique est conforme avec la mise en marché de la dette publique, c'est-à-dire son placement auprès d'investisseurs étrangers (Lemoine, 2016). Une telle conception est questionnable mais du fait même du montage financier des PPP, elle produit dans le cas de figure étudié des résultats que l'on pourrait qualifier de souhaitables et de vertueux en matière de contrôle du bon usage des deniers publics. Nous verrons *infra* que la comptabilité budgétaire, en laissant plus de place au politique, ne permet pas de donner au public une information d'une aussi bonne qualité en matière d'évaluation des risques budgétaires liés aux PPP.

La reconnaissance en matière de comptabilité budgétaire

Qu'en est-il en matière budgétaire ? Il s'agit d'un domaine où le contrôle collectif est bien plus direct que sur celui de la comptabilité patrimoniale de l'Etat. En toute rigueur, l'enregistrement budgétaire devrait être lié à l'enregistrement comptable⁴⁰. Par exemple le recueil des normes comptables de l'Etat (2016) insiste sur la nécessaire articulation entre comptabilité patrimoniale et comptabilité budgétaire et met exergue le fait que la comptabilité générale doit servir de socle à l'information budgétaire⁴¹. Cependant, les deux systèmes répondent à des logiques et à des

³⁸ Créée par l'ordonnance n°2009-79 du 22 janvier 2009 2 et du décret n°2010-56 du 15 janvier 2010

³⁹ Voir l'article 8 de l'arrêté du 28 mai 2015 relatif au Conseil de normalisation des comptes publics

⁴⁰ Lors de l'examen du projet de loi relatif au PPP de juillet 2008, cette recommandation avait été formulée par la Commission des Finances du Sénat. En regard de la plus grande rigueur du critère comptable (basé sur le contrôle) que le critère des risques et récompenses, utilisé par Eurostat, le rapport de la Commission des finances préconisait que le traitement des contrats réalisé par l'INSEE à des fins de calcul de la dette publique au sens des critères de Maastricht (Guéné, 2008).

⁴¹ « Le principe retenu est que les différents systèmes doivent être intégrés d'un point de vue conceptuel, et que la cohérence de leurs architectures doit permettre d'articuler les différents systèmes de suivi de l'exécution budgétaire » (Recueil des normes comptables de l'Etat, 2016, p.13).

règles spécifiques et il est possible que les deux informations comptables ne soient pas cohérentes.

Dans les faits des marges existent et longtemps les règles définies par Eurostat permirent de mettre en œuvre de larges déconsolidations. Cependant, l'adoption par la France ou le Royaume-Uni de normes comptables publiques basées sur les IFRS devait permettre une convergence inexorable des choix de consolidation au travers de la mise en œuvre d'un seul et même critère, celui du contrôle. La partie est cependant loin d'être jouée comme nous allons le voir *infra*. Sur la reconnaissance des engagements budgétaires liés aux PPP, Eurostat privilégie toujours le critère des risques et récompenses. Sur la comptabilisation budgétaire des contrats de performance énergétique dont la logique est proche de celle des PPP (logique de paiement en fonction des résultats), le mouvement inverse a même été relevé. Entre 2015 et 2017, le critère du contrôle s'est vu substituer le critère des risques et récompenses, bien plus propice aux déconsolidations.

La Commission du Trésor de la Chambre des Communes avait souligné que le recours aux PFI reposait souvent sur une logique de pilotage des agrégats budgétaires, notamment de la dette⁴², sur laquelle le débat public se focalise, et non sur une logique d'efficacité économique⁴³, rejoignant ainsi la position soutenue en 2008 par Maskin et Tirole. Pour ces derniers, “[...] the marked increase in PPP contracts worldwide is often attributed less to the intrinsic qualities of such contracts than to governments’ attempts to evade budget constraints by taking liabilities off the balance sheet”.

Le principe des risques et récompenses était à l'origine des déconsolidations massives de PFI britanniques. Abandonné en comptabilité patrimoniale avec l'adoption des IFRS, il a permis une reconnaissance de l'immense majorité des engagements liés aux contrats de PFI. Il demeure cependant toujours appliqué en matière de comptabilité budgétaire (c'est-à-dire d'établissement des comptes publics au sens du Pacte de Stabilité »). Cela était déjà le cas dans le cadre du SEC 95 (système européen de comptes nationaux) et cela est également le cas avec le SEC 2010.

⁴² House of Commons Treasury Select Committee, (2011), Private Finance Initiative, 17th Report, Session 2010-12, HC 1146, August

⁴³ « efforts to meet fiscal rules at a national and European level may have contributed to the misuse of PFI [...] Given the salience of the public debt statistics in the current political climate, the attractiveness of the PFI method for any government has been evident whether it provides value for money or not ».

Les directives d'Eurostat (2016) relatives au traitement budgétaire des PPP

Eurostat, dont la première décision relative aux PPP en 2004 avait permis une forte déconsolidation des contrats au point de vue budgétaire, a publié en septembre 2016 un nouveau guide relatif au traitement des contrats de PPP dans les comptes publics au sens du Pacte de Stabilité et de Croissance.

L'analyse de ce document permet d'éclairer les divergences entre approche comptable et approche budgétaire mais également de prendre en considération comment les mécanismes financiers de flexibilisation du bouclage des contrats de PPP, que nous avons présenté en première partie, peuvent affecter la consolidation budgétaire des contrats.

Les directives d'Eurostat reposent sur la mise en œuvre aux comptes des Etats Membres des règles posées par la nouvelle version du SEC. Elles s'intègrent donc dans le cadre de la *Clarification note on the statistical treatment of PPP contracts* basée sur la version 2016 du MGDD, soit le *manual on government deficit and debt – implantation of ESA 2010*. Les directives portent spécifiquement sur les PPP dont les mécanismes de paiement reposent sur la disponibilité du service, en d'autres termes nos marchés de partenariats. Elles n'intègrent pas à ce titre les PPP institutionnalisés, les montages concessifs et les contrats de performance énergétique, sur lesquels nous reviendrons *infra*.

Le traitement des marchés de partenariat par le SEC 2010 (points 20.276 à 20.290). A l'inverse du mouvement entamé pour la comptabilité d'engagements, la comptabilité budgétaire demeure arc-boutée sur le critère des risques et récompenses. Le point 20.283 de la norme précise en effet que « [c]omme dans le cas du crédit-bail, le propriétaire économique des actifs relatifs à un PPP est déterminé en évaluant quelle est l'unité qui supporte la majorité des risques et quelle est celle qui devrait profiter de la majorité des avantages conférés par ces actifs ».

Le critère du contrôle n'apparaît qu'à titre subsidiaire dans le point 20.284 : « En outre, en raison de la spécificité des contrats de PPP, qui concernent des actifs complexes, et lorsque l'évaluation des risques et des avantages n'est pas concluante, l'une des questions à se poser est de savoir quelle est l'unité qui exerce une influence décisive sur la nature de l'actif et comment les conditions des services produits avec cet actif sont déterminées, en particulier :

- a) le niveau de contrôle de la conception, de la qualité, du volume et de l'entretien des actifs exercé par l'administration publique,
- b) la mesure dans laquelle l'administration publique peut déterminer les services produits, les unités auxquelles les services sont fournis et les prix des services produits ».

Or, nous avons noté que la pratique britannique a montré que l'évaluation de ces « risques et récompenses » pouvait être discrétionnaire et que la prise en compte de ce critère pouvait même conduire à des répartitions sous optimales des risques, l'objectif de pilotage du niveau de la dette pouvant l'emporter sur la recherche d'efficacité économique en matière de commande publique⁴⁴. Le paradoxe est qu'Eurostat souligne dans ses directives de 2016 les risques de recours aux PPP basés sur leur traitement budgétaire et non sur leurs mérites intrinsèques et qu'il décrit une *affordability illusion*, basée sur le décalage des paiements budgétaires dans le temps et sur leur étalement sur l'ensemble de la durée du contrat. Cependant, comme nous le verrons le critère des risques et récompenses adopté par le SEC 2010 ne va guère dans le sens d'une reconnaissance quasi-automatique des engagements liés aux PPP.

Pour autant, l'analyse des directives de 2016 est du plus grand intérêt considérant les points soulevés en première partie pour favoriser le bouclage financier des marchés de partenariat.

Premièrement, nous avons vu que sans aller jusqu'au modèle du PPP institutionnalisé, il était possible, pour le contractant public de prendre une participation au capital de la société projet en charge de la réalisation du marché de partenariat. Dans un tel cas, Eurostat emploie le critère du contrôle pour décider si la société (et sa dette) doit être consolidée dans les comptes publics. Plusieurs critères peuvent être utilisés pour caractériser un tel contrôle notamment une détention

⁴⁴ Une évaluation réalisée par le National Audit Office (2009) illustre les biais que peuvent induire dans la conception des contrats les arbitrages liés aux considérations de déconsolidation budgétaire. Les pratiques relevées par la cour des comptes britanniques – qui résident dans des options choisies sans lien avec la nature du contrat ou dans des allocations sous optimales des risques – étaient notamment les suivantes :

- Limitation à 49% de la part publique dans les montages à cofinancement public,
- Jeux sur le transfert du risque de demande ou sur les risques liés à la valeur résiduelle de l'actif en fin de contrat,
- Accroissement de la durée du contrat en vue de réduire la valeur résiduelle de l'actif à son issue,
- Réduction de la part de la dette projet pour que le contrat se rapproche plus d'un leasing opérationnel que d'un leasing financier,
- Non-insertion de clauses de *value testing* (*market testing* ou *benchmarking*) pour les services de maintenance en cours de contrat pour prémunir le partenaire du risque malgré son transfert formel
- Transfert du risque d'inflation systématique vers les contractants privés.

de 51% des parts ou encore la possibilité d'exercice d'un droit de veto appuyée ou pas sur une participation significative (25%)⁴⁵.

Deuxièmement, certains éléments importants dans le cadre du critère du contrôle peuvent ne pas être pris en considération pour la consolidation budgétaire. C'est par exemple le cas de la détention de la propriété des terrains ou du bâtiment support du service dans un marché de partenariat avec une dimension immobilière. Dans la mesure où pour Eurostat, la substance l'emporte sur la forme, la détention des droits de propriétés par la personne publique n'implique pas la reconnaissance de l'actif dans ses comptes. Les normes comptables fondées sur les IFRS conduisent à une option inverse en termes de consolidation. Il s'agit en l'espèce de protéger les intérêts des prêteurs. Dans la mesure où il est impossible de céder les actifs considérés pour rembourser la dette, ces derniers ne sauraient être réputés contrôlés par le privé. La logique est alors celle d'une consolidation dans les comptes publics.

Le critère des risques et récompenses retenu par Eurostat conduit néanmoins à une appréhension équilibrée de certains risques. Par exemple, si on considère la construction de l'infrastructure, la protection accordée au contractant privé contre les conséquences de délais dans la mise en service, de surcoûts, d'incapacité à tenir les obligations en termes de coûts d'exploitation ou de maintenance ou encore de satisfaire aux obligations en termes de qualité, conduit à une consolidation dans les comptes publics. Les exigences de ce même critère peuvent également être mises en exergue quant à la capacité de la personne publique à moduler les paiements (par exemple en cas de sous-performance). Si celle-ci ne peut procéder à des déductions « automatiques » (sans renégociations) si des objectifs contractuels ne sont pas remplis, le transfert du risque de disponibilité n'est pas satisfait. La balance des risques reste déséquilibrée au détriment du public. La consolidation est alors recommandée au point de vue budgétaire. En ce, la logique du traitement des marchés de partenariat par Eurostat et le SEC 2010 répond à la distinction classique entre crédit-bail opérationnel et crédit-bail financier.

De façon convergente, si les paiements de la personne publique débutent avant la mise en service de l'actif, le traitement budgétaire préconisé est celui d'une consolidation. Or nous avons noté que la prise en compte du coût financier du montage partenarial pouvait conduire à sacrifier ce principe essentiel en termes d'incitations à l'efficacité sur l'autel de la minimisation

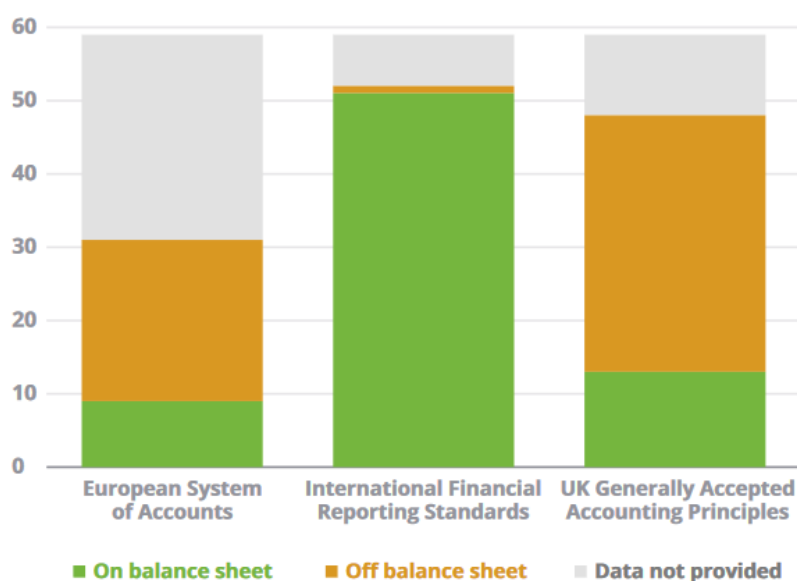
⁴⁵ Une même logique s'applique pour les prêts accordés par le partenaire public.

du surcoût du financement privé. Cet exemple permet de mettre en exergue le fait que les conditions de financement sont prises en considérations par Eurostat pour déterminer la consolidation budgétaire des marchés de partenariat. Par exemple, si la personne publique est la partie la plus exposée au risque de taux d'intérêts (si la cristallisation intervient tard), cela plaidera en faveur de la consolidation. Il en est également ainsi dans le cas où si la personne publique prend à sa charge le risque de disponibilité des financements ou de leurs coûts après la phase de clôture financière. En d'autres termes, si la personne publique s'engage à apporter les fonds qui pourraient manquer à la société projet et si elle accepte de réviser le montant des loyers peut tenir des comptes des surcoûts financiers, ces clauses peuvent être de nature à conduire à une consolidation au point de vue budgétaire. Il serait également possible de décliner ce pragmatisme pour les octrois de garanties publiques qui jouent comme nous l'avons noté un rôle significatif dans le bouclage des contrats de PPP. En fonction de l'adéquation du niveau de garantie publique au profil de risque, Eurostat pourrait opter pour une consolidation.

Cependant, le critère des risques et récompenses présente deux limites intrinsèques. La première tient à la relative subjectivité des évaluations ; la seconde à la difficulté de faire la balance des différentes dimensions dans le cadre d'une décision de consolidation budgétaire qui est par essence une décision binaire.

Une illustration de la divergence entre les traitements comptables résultant du critère du contrôle et ceux procédant du critère des risques et récompenses a été récemment fourni par Atkins et al. (2017) pour le cas du Royaume-Uni. La figure infra, basée sur les données fournies par le Trésor britannique pour l'année 2016 quant à la *capital value* des contrats de PFI en cours illustre les impacts des différents comptables sur leur consolidation ou leur déconsolidation (HM Treasury, 2016). La première colonne donne le traitement qui dériverait des critères d'Eurostat (selon le SEC 2010), la deuxième celle en fonction des IFRS et la troisième, celle en fonction des UK GAAP, en d'autres termes de l'ancienne norme FRS5.

Figure 2: Private finance projects' balance sheet classification, by capital value, 2016 (£ billion)



Source: Institute for Government analysis of HM Treasury and Infrastructure and Projects Authority (2016) *Private Finance Initiative and Private Finance 2 Projects: 2016 summary data*, GOV.UK, retrieved 3 November 2017, www.gov.uk/government/publications/private-finance-initiative-and-private-finance-2-projects-2016-summary-data

Figure 1 : source Atkins et al. 2017

Le cas des contrats de performance énergétique

En guise de conclusion, il serait possible de mettre en exergue la nature moins tranchée des traitements découlant de la comptabilité budgétaire par rapport à ceux qui procèdent de la comptabilité d'engagements au travers d'un exemple spécifique, celui des contrats de performance énergétique. Ceux-ci peuvent prendre la forme de marchés publics globaux ou de marchés de partenariat. Une première directive relative à ces contrats avait été publiée le 7 avril 2015. Elle imposait que tout investissement additionnel réalisé par un contractant privé sur un actif immobilier public soit reconnu en comptabilité budgétaire et que la dette afférente le soit également. Une telle conception était conforme au critère du contrôle comme présenté *supra*. Economiquement, le choix de consolidation revenait à considérer que le contrat public consistait en une acquisition d'actif couplé avec une prestation de service.

Eurostat révisa néanmoins sa directive le 19 septembre 2017 pour faire droit à la demande de certains Etats membres considérant le traitement en comptabilité budgétaire de ces contrats trop complexe et *trop strict*. La conséquence fut le retour en la matière du critère des risques et récompenses : « If the EPC-contractor bears the majority of the risks and rewards associated

with the use of the EPC asset, the former should be considered as the economic owner of the asset and should record it on its balance sheet ».

La logique est la suivante : dans la mesure où le remboursement des investissements initiaux réalisés par le contractant de l'administration dépend de sa capacité à réaliser les économies d'énergie auxquelles il s'est engagé, il est réputé porter l'essentiel du risqué. En conséquence, c'est lui qui doit reconnaître la dette dans ses comptes et non le contractant public. Ainsi, l'accent mis sur le critère du risque revient-il à minorer l'importance de la notion de contrôle (basée ici sur la propriété des actifs) et conduit donc à une déconsolidation au point de vue budgétaire. Le contrat de performance énergétique est alors traité comme un crédit-bail opérationnel ou un montage de *buy and lease back*. Par conséquent, les investissements réalisés par le prestataire privé sur l'actif public n'ont pas à être traduits dans les comptes publics et ce d'autant que le mécanisme contractuel n'induit pas de débours budgétaire au profit du contractant.

Le critère des risques et récompenses est sans doute justifiable en termes économiques, notamment en ce qu'il conduit sur le principe à une évaluation des contrats au cas par cas. Cependant, il se caractérise par sa complexité et par la prise qu'il offre à des arbitrages sur lesquels une redevabilité est difficile à mettre en œuvre. Ainsi, il procure moins de garanties que le critère du contrôle qui a l'avantage de reposer sur des règles certes plus formelles, plus juridiques, mais qui ont le mérite de reposer sur des principes clairs dont l'application ne peut qu'être qu'homogène et qui facilitent le contrôle des engagements publics.

C'est tout le paradoxe que nous voulions illustrer. Un contrat public – qui repose indubitablement sur des motivations économiques – ne peut être engagé avec toutes les garanties nécessaires en termes de contrôle de la dépense publique que dans un cadre formel à la fois en termes de conditions juridiques de recours et en termes de reconnaissance comptable. Les règles IFRS dont la logique est purement orientée vers les apporteurs de ressources financières externes peuvent avoir des effets contestables sur la présentation des comptes publics et sur les politiques que cette présentation peut induire. Cependant, elles présentent du fait de l'alignement très particulier des intérêts entre le partenaire public et les financeurs externes propre au PPP reposant sur des financements de projet, la garantie la plus efficace qui soit en matière de transparence des conséquences des choix publics. Ainsi les contraintes

financières sur les marchés de partenariat ne conduisent pas inéluctablement à la prise de risques additionnels et non maîtrisés pour le partenaire public.

Conclusion

Au terme de cette revue des ajustements des règles juridiques pour accompagner le développement des marchés de partenariat et en maîtriser les risques, il serait intéressant de confronter les dispositifs de contrôle présentés dans notre seconde partie avec les retours d'expériences français tels qu'ils ressortent des évaluations menées par la Cour des comptes et ses Chambres régionales mais également par les corps d'inspection de l'administration et les deux chambres du Parlement.

Une première dimension tient au contrôle de la soutenabilité budgétaire des investissements et une seconde dans la reconnaissance comptable des engagements.

En matière budgétaire, les exigences de l'étude de soutenabilité budgétaire (ESB) font écho à de nombreuses observations réalisées au fil des rapports des institutions supérieures des comptes publics. La DGFIP requiert notamment des personnes publiques désireuses de s'engager dans un marché de partenariat de fournir une évaluation du poids relatif des loyers par rapport à leur capacité d'autofinancement annuelle et de leurs effets sur leur situation financière. Une telle évaluation peut en effet s'avérer déterminante pour apprécier les risques de fragilisation budgétaire des collectivités concernées. Le Rapport public 2015 illustre de tels risques au travers du cas d'un conseil général dont les deux contrats de partenariat ont eu à eux seuls l'effet d'accroître le stock de dette de 120% et d'augmenter les charges annuelles de remboursement de la dette de 46% dès la première année (Cour des comptes, 2015 ; p.175). De la même façon, l'importance de la prise en considération de l'impact sur la capacité d'autofinancement de la collectivité publique considérée peut être illustrée par une évaluation réalisée par la Chambre régionale des comptes du Centre (2013 ; p.21) qui mettait en exergue le poids des remboursements liés au contrat de partenariat dans la dégradation de la capacité du contractant public à dégager des ressources propres pour financer ses investissements futurs. L'exemple le plus caractéristique est celui du contrat de partenariat relatif au Tribunal de Grande Instance de Paris pour lequel l'Inspection Générale des Finances (2012, p.58) a estimé

que le loyer annuel moyen lié au contrat représentera l'équivalent de 11% des crédits de paiements (hors dépenses de personnels) pour la mission « justice judiciaire »⁴⁶.

Toujours en écho à ce même rapport, l'exigence introduite par l'étude de soutenabilité budgétaire de mesurer l'impact du contrat sur l'endettement peut être illustrée dans le cas d'espèce par l'accroissement du stock de dette en valeur absolue et par le rallongement concomitant de la capacité de désendettement (mesurée en nombre d'années). Pour la Chambre régionale des comptes (2013, p.27), en réintégrant les investissements réalisés en contrats de partenariat⁴⁷, la capacité de désendettement potentielle réelle (douze ans) du département considéré représenterait le double de sa capacité de désendettement affichée pour 2011 (six ans).

De la même façon, l'exigence de la DGFIP de se voir transmettre dans le cadre de son avis sur l'étude de soutenabilité budgétaire une évaluation de l'impact sur l'évolution des dépenses obligatoires de la personne publique désireuse de s'engager dans un marché de partenariat peut également être relue sous le prisme des conclusions de la Cour des comptes dans son *Rapport public* de février 2015 (Cour des comptes, 2015 ; p.175). Celle-ci met en exergue les effets de rigidification de la dépense publique qui découlent de l'engagement contractuel et les effets d'éviction qui peuvent en procéder au détriment d'autres dépenses. Si l'engagement lié au marché de partenariat révèle le coût de possession effectif d'un actif public et permet de ne pas sacrifier comme trop souvent les dépenses de maintenance⁴⁸, il n'en demeure pas moins que ces engagements sont autant de quasi services votés qui obèrent les marges de manœuvres budgétaires des collectivités publiques (Inspection Générale des Finances, 2012 ; p.60). Cet effet de rigidification des dépenses publiques est un enjeu majeur pour les collectivités publiques (Siné, 2006). Les budgets peuvent faire l'objet d'une *pétrification* croissante faisant que les dépenses dépendent de plus en plus de décisions passées et de moins en moins de la mise en œuvre des décisions politiques de l'heure. Deux conséquences néfastes peuvent en

⁴⁶ Voir également le rapport de la Commission des finances de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de Finances pour 2018 (Hetzel, 2017) mettant en regard les capacités budgétaires du ministère de la Justice avec les engagements budgétaires liés aux contrats de partenariat (p.33).

⁴⁷ L'évaluation porte sur le département du Loiret qui avait déjà réalisé plusieurs opérations de ce type pour des collèges et des casernes de gendarmerie (Chambre régionale des comptes du Centre, 2013 ; p.26).

⁴⁸ La sanctuarisation des dépenses de maintenance est l'un des avantages théoriques des PPP par rapport à des montages traditionnels. Pour autant, du fait des asymétries d'informations et des déséquilibres en matière de pouvoirs de négociation entre les deux contractants, ces dépenses peuvent s'établir à des niveaux excessifs (voir par exemple le rapport de la Chambre régionale des comptes d'Ile de France sur l'hôpital Sud Francilien (2014 ; p.26) et un rapport du National Audit Office abordant la question de l'efficacité des contractants privés en matière de maîtrise des coûts de maintenance (National Audit Office, 2011 ; p.28).

résulter. La première est celle d'une vulnérabilisation budgétaire croissante et la seconde celle d'une réduction tendancielle des politiques publiques à peser au travers des choix budgétaires, laquelle peut être des plus dommageables en termes d'efficacité économique et de traduction des préférences exprimées par le corps politique (Wildavlsky, 1979 ; Rose et Davies, 1994).

Un dernier point commun aux exigences de l'étude de soutenabilité budgétaire et aux retours d'expériences français réside en l'évaluation des coûts pouvant résulter d'une rupture anticipée du contrat. De nombreux cas, à l'instar du contrat de partenariat relatif à l'écotaxe poids-lourds (Cour des comptes, 2017 ; p.215) et de celui portant sur le Tribunal de Grande Instance de Paris, ont montré l'impact que pouvait avoir un éventuel dédit sur les finances publiques et les éventuelles irréversibilités que ces derniers pouvaient induire sur les choix publics. Leur estimation *ex ante* permet donc d'apprécier l'un des risques majeurs de tels engagements de long terme.

Ces progrès en matière budgétaire, même s'ils sont relatifs, permettent de consolider ceux enregistrés en matière de reconnaissance comptable des engagements pris par les personnes publiques. En matière comptable, en effet, les arrêtés du 16 décembre 2010 en appliquant le critère du contrôle ont *a priori* résolu le problème du recours opportuniste aux marchés de partenariat dans la cadre de stratégies de hors bilan, bien que la littérature académique puisse parfois souligner que l'évaluation des critères de contrôle puisse s'avérer également difficile et donc relativement discrétionnaire (Heald et Georgiou, 2011). Cependant, malgré la mise en œuvre du critère du contrôle, des collectivités publiques peuvent créer des structures de portage en charge de l'exécution du contrat qui sont susceptibles d'altérer la reconnaissance des engagements dans leurs propres états financiers. La Cour des comptes (2015 ; p.174) relève que de tels montages ont pu être mis en place par l'intermédiaire d'établissements publics de coopération culturelle (EPCC) ou de sociétés d'économie mixte. L'analyse de tels dispositifs peut constituer une piste de réflexion intéressante en matière d'évaluation et de suivis des risques budgétaires liés aux contrats publics complexes de long terme.

Le dernier point déterminant en matière d'effectivité de la transparence et de la supervision des engagements dans les PPP demeure la déconnexion entre les critères utilisés en matière de comptabilité d'engagements et ceux utilisés pour établir les comptes nationaux au sens du Pacte de Stabilité et de Croissance. Dans la mesure où le débat sur l'efficacité des politiques publiques accorde une large part à l'évolution de la dette publique et que celle-ci est appréciée

essentiellement à partir des informations diffusées par Eurostat, il est possible que l'information délivrée par la comptabilité patrimoniale de l'Etat – dont pourtant les critères sont plus satisfaisants – ne reçoive pas l'attention nécessaire.

Références

Accounting Standard Board, (1998), *Amendment to FRS 5 'reporting the substance of transactions' – Private Finance Initiative and Similar Contracts*, September.

<https://www.frc.org.uk/getattachment/07905b23-e51a-41d9-807a-9d1f782be85b/Amendment-to-FRS-5-Reporting-the-Substance-Sept-1998.pdf>

Atkins G., Davies N. and Kidney Bishop T., (2017), *Public versus private; How to pick the best infrastructure finance option*, Government Institute, London.

Boullault A., (2016), « Les dispositions réglementaires spécifiques au marché de partenariat », *Contrats Publics*, n°166, juin, pp. 71-74.

Braconnier S., (2013), « L'accord autonome dans les contrats de partenariat public-privé », *Actualité Juridique Droit Administratif*, p.529 et s.

Brux (de) J. and Marty F., (2014), "IPPP Risks and Opportunities – An Economic Perspective", *European Procurement and Public Private Partnerships Law Review*, n°2-2014, pp.113-125

Calmel M.-P., (2013), « Les enjeux de la normalisation comptable du secteur public au niveau international et national », *Politiques et management public*, n°30-3, juillet-septembre.

Chambre régionale des comptes du Centre, Limousin, (2013), *Rapport d'observations définitives de la chambre régionale des comptes sur la gestion du département du Loiret*, juillet, 33p. <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/CLR2013024.pdf>

Chambre régionale des comptes Ile de France, (2014), *Rapport d'observations définitives - Centre hospitalier Sud Francilien*, juillet, 64p.

Cour des comptes, (2015), *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser*, Rapport Public annuel 2015, février, pp.147-217.

Cour des comptes, (2017), *L'écotaxe poids-lourds : un échec stratégique, un abandon coûteux*, Rapport Public annuel 2017, février, pp.199-223.

Davies W., (2016), *The Limits of Neoliberalism: Authority, Sovereignty and the Logic of Competition*, Sage.

Eurostat, (2016), *A Guide to the Statistical Treatment of PPPs*, September.

EPEC, (2012), *Monographies : cadre institutionnel et unités de PPP – France*, avril, 52p.

Eyraud C., (2017), « Les usages d'une comptabilité d'entreprise pour l'Etat », in Kott S., ed., *Droit et comptabilité – La spécificité des comptes publics*, Economica, Paris, pp.194-208.

Guéné C., (2008), *Avis de la Commission des Finances n°243 (2007-2008) sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat*, 26 mars, 77p., <https://www.senat.fr/rap/a07-243/a07-2431.pdf>

Heald D., (2003), “Value for Money Tests and Accounting Treatment of PFI Schemes”, *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, volume 16, n°3, pp.342-371.

Heald D. and Georgiou G., (2011), “The Substance of Accounting for Public-Private Partnerships”, *Financial Accountability & Management*, 27(2), May, pp.217-247.

Her Majesty Treasury, (2016), *Private Finance Initiative and Private Finance 2 projects: 2016 Summary Data*, December.

Her Majesty Treasury Taskforce, (1999), *How to account for PFI transactions?*, Technical Note n°1.

Hetzel R., (2017), *Rapport au nom de la Commission des Finances, de l'Economie Générale et du Contrôle Budgétaire sur le Projet de Loi de Finances pour 2018 – annexe n°29 « Justice »*, Rapport n°273, 12 octobre.

Hodges R. and Mellet H., (2012), “The UK Private Finance Initiative: An Accounting Retrospective”, *The British Accounting Review*, vol.44, pp.235-247.

Inspection Générale des Finances, (2012), *Evaluation des Partenariats Public-Privé*, Rapport n°2012-M-027, décembre, 594p.

[http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.Rapport sPublics/2012/2012-M-027.pdf](http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.Rapport%20sPublics/2012/2012-M-027.pdf)

Kirat T. et Marty F., (2017), « Le contrat de PPP à l'épreuve des contentieux : Retours d'expérience sur le cas français », *Chaire EPPP Discussion Paper*, n°2017-1, mars, 22p.

Lemoine B., (2016), *L'ordre de la dette : Enquête sur les infortunes de l'État et la prospérité du marché*, La Découverte, Paris

Marty F., (2016), « Les partenariats public-privé sont-ils réellement des instruments de maîtrise des risques budgétaires ? », in Regourd Serge et Rapp Lucien, s.d., *Du contrat de partenariat au marché de partenariat*, Bruylant, Bruxelles, février, p. 37-52.

Marty F., (2017), « Le diable est-il dans l'annexe ? Les risques budgétaires des PPP saisis par le traitement des passifs éventuels », *Revue Française de Finances Publiques*, n°138, mai, pp.211-231.

Marty F. et Voisin A., (2016), « La redevabilité des partenariats public-privé », *Revue Française d'Administration Publique*, 2016/4, n°160, pp.1123-1138.

Maskin E. and Tirole J., (2008), “Public-Private Partnerships and Government Spending Limits”, *International Journal of Industrial Organization*, 26 (2), March, pp. 412-420.

Moszoro M. and Spiller P., (2014), « “Third-party opportunism and the theory of public contracts: operationalization and applications”, », in Brousseau E. and Glachant J.-M., eds,

Manufacturing Markets: Legal, Political and Economic Dynamics, Cambridge University Press.

National Audit Office, (2009), *Private Finance Projects – Paper for the Lords Economic Affairs Committee*, October.

National Audit Office, (2011), *Lessons from PFI and other projects*, HC 920, session 2010-2011, April.

National Audit Office, (2015), *The choice of finance for capital investment*, March.

Office for Budget Responsibility, (2014), *Fiscal Sustainability Report*.

Rose R. and P.L Davies, (1994), *Inheritance in Public Policy. Change without Choice in Britain*, New Haven, Yale University Press.

Saussier S. et Tirole J., (2015), *Renforcer l'efficacité de la commande publique*, Note du Conseil d'Analyse Economique, n°22, avril.

Saussier S. et Tran T.P., (2012), « L'efficacité des contrats de partenariat en France : une première évaluation quantitative », *Revue d'Economie Industrielle*, n°140, 4^{ème} trimestre, pp.81-110.

Siné A., (2006), *L'ordre budgétaire. L'économie politique des dépenses de l'État*, Paris, Economica, 405 p.

Sourzat L., (2016), « Du contrat au marché de partenariat : vers un renforcement de la bancabilité », in Regourd Serge et Rapp Lucien, s.d., *Du contrat de partenariat au marché de partenariat*, Bruylant, Bruxelles, février, pp. 55-74.

Sourzat L., (2017), *Le contrat administratif résilient*, Thèse de doctorat de Droit Public, Université Toulouse 1 Capitole, novembre.

Tirard M., (2017), « La comptabilité publique à la lumière du droit comparé : approche franco-américaine », in Kott S., ed., *Droit et comptabilité – La spécificité des comptes publics*, Economica, Paris, pp.32-46

Vandepoorter A., (2016), « La cession de créances attachée à un contrat public », *Contrats Publics*, n°169, octobre, pp.43-47.

Wildavsky A., (1979), *The Politics of the Budgetary Process*, Boston Little Brown.