

LE CADRE JURIDIQUE DES PPP TRANSPORT

LA NECESSITE D'UNE AUTORITE ORGANISATRICE AFFIRMEE

Régis PASSERIEUX intervention SHANGHAI- Forum THNS (Transports à Haut Niveau de Service) - Première Conférence Franco-Chinoise sur les Systèmes de Transport Urbains Durables (11-14 novembre)

- LES PPP CONNAISSENT UNE FAVEUR SANS PRECEDENT ET PARRAISSENT UN MODELE ATTRACTIF
 - Hérités de la forme française de la concession, ils ont connu, sous une forme alors traditionnelle, un développement considérable dans ce pays au XIXème siècle et au début du XXème siècle, permettant notamment l'équipement des nouveaux centres urbains, qui ne disposaient que de budgets faibles.
 - Aujourd'hui, exportés aux États-Unis, ils ont été relancés par le monde anglo-saxon, qui a contribué à leur apporter sa technologie financière. Ils ont été développés et popularisés au milieu des années 80 au Royaume-Uni pour rattraper un retard considérable d'infrastructures ; en particulier dans le domaine des transports publics et ferroviaires. C'est ainsi que KEOLIS et VEOLIA sont devenues respectivement le premier et le deuxième opérateur ferroviaire au Royaume-Uni. Ils sont de même utilisés pour de grands projets internationaux concernant plusieurs Etats en matière ferroviaire : pour l'eurotunnel hier, aujourd'hui pour liaison TGV France-Espagne, en cours de construction, et demain pour la liaison TGV et de « ferroutage » sous les Alpes entre la France-Italie. Le gouvernement français a d'ores et déjà décidé que les futures liaisons TGV intérieures ne seront plus désormais réalisées que sous ce régime juridique. Il est un mode courant de gestion des réseaux de transport urbain.
 - La Banque Mondiale recommande aujourd'hui le PPP comme la formule la plus pertinente et la plus efficace pour les investissements lourds et complexes dans les pays en émergence. Cependant, ces recommandations commencent à peine à se traduire dans les faits, et les PPP ne sont encore aujourd'hui usuels que dans les pays occidentaux. Certains PPP sont cependant déjà très importants et

notables, comme celui conclu par la ville de PEKIN pour la réalisation de sa nouvelle ligne de métro.

- MAIS IL CONVIENT DE MESURER QUE LES PPP NE CONSTITUENT PAS UN MIRACLE FINANCIER QUI PERMET D'ÉCHAPPER À LA CONTRAINTE DE FINANCEMENT POUR OBTENIR UNE SOLUTION CLEF EN MAIN PREFABRIQUÉE PAR DES GRANDS GROUPES INTERNATIONAUX.
 - **Les PPP sont des contrats complexes**, car ils recoupent des activités de conception, de génie civil et d'exploitation. Ils sont lourds financièrement, car il faut amortir sur une très longue durée des investissements considérables et mixer les charges d'investissement, de maintenance, de commercialisation, et les charges financières: **ce sont donc des contrats porteurs de lourds risques**, que les financiers apprécient avec rigueur, et dont il faut savoir gérer dans la durée les péripéties.
 - **Les PPP sont des contrats qui mêlent deux préoccupations** : d'une part, **l'intérêt général** qui implique que les Etats et les pouvoirs publics puissent garder la maîtrise sur le long terme du service public et du patrimoine public; d'autre part, **l'intérêt privé** du ou des entreprises qui amènent leur savoir-faire et de leurs financeurs, fonds d'investissement ou banques. Il faut que les deux intérêts soient pleinement garantis, ce qui implique une bonne rédaction juridique.
 - **Les montages des contrats de PPP sont donc très lourds et très délicats** : Le montage d'un PPP important peut prendre par exemple, de la définition du projet à la signature du contrat de deux à trois ans, ou plus, au Royaume-Uni ; c'est un peu moins long en France (de un an à deux ans). La réalisation est cependant ensuite très rapide, l'investisseur disposant d'une totale rapidité d'intervention et ayant financièrement intérêt à ce que son opération se concrétise très vite.
 - **Dans les pays en émergence, les risques sont plus importants et le montage encore plus délicat** : la connaissance des pratiques des consommateurs, sur une longue période, est difficile à évaluer dans des pays où la rapidité de la croissance modifie sur un cycle court les comportements; l'environnement juridique et institutionnel n'est pas

encore fixé et le système juridictionnel n'a pas encore établi de pratiques qui permettent d'anticiper le règlement des difficultés.

AFIN D'ANALYSER LES CONDITIONS OPTIMALES DE CE MONTAGE, NOUS ALLONS PROCEDER EN TROIS ETAPES SUCCESSIVES :

- **Bien appréhender ce qu'est un PPP pour ne pas se tromper de direction et savoir à quoi chaque partie, la partie publique et la partie privée, va s'engager.**

- **Bien déterminer et évaluer les conditions essentielles de réussite du contrat, ce qui appelle de part et d'autre à un grand réalisme dans l'appréciation du dossier : chacun s'engage en effet pour une très longue durée.**

- **Parmi ces conditions, les pouvoirs publics doivent se concentrer sur une organisation cohérente de leurs fonctions de régulation, autour d'un concept essentiel : celui d'Autorité Organisatrice de Transport**

1. LA DEFINITION DU PPP.

Le PPP n'est pas un contrat d'investissement classique et pour le réussir chacun doit bien comprendre à quoi il s'engage.

a. CE QUE NE DOIT PAS ETRE UN PPP : UNE MANIERE DE CONTOURNER LA CONTRAINTE DE FINANCEMENT

- En effet, s'il permet de réaliser des économies en fusionnant l'investissement et le fonctionnement, et de faire le pari du développement d'une clientèle future pour amortir l'investissement de base, cet

investissement doit cependant faire l'objet d'un emprunt dont le calcul de rentabilité et de risque est complexe.

- Si l'on ne juge pas souhaitable, et optimale, d'intégrer l'investissement et le fonctionnement sous la responsabilité d'un seul opérateur et de son savoir-faire, alors mieux vaut recourir à l'appel d'offre classique pour l'investissement et à un contrat de maintenance et d'exploitation pour la gestion.

b. CE QU'EST UN PPP : UNE INTEGRATION DU SAVOIR-FAIRE.

- **C'est un contrat global Investissement + Gestion + Financement.**
 - Les investissements sont conçus par ceux qui vont exploiter : cela permet de mieux anticiper et maîtriser leurs coûts de fonctionnement.
 - La conception des investissements, leur réalisation et la gestion sont confiées à des spécialistes, qui peuvent combiner plusieurs métiers allant des travaux à l'exploitation. Le savoir-faire est garanti au-delà de la phase initiale d'investissement.
 - Le financement peut combiner plusieurs ressources :
 - Les subventions publiques : elles sont toujours nécessaires dans le domaine

des transports publics, qui sont toujours structurellement déficitaires.

- Les fonds propres
- Les emprunts.
- Les recettes d'exploitation futures : elles permettent d'anticiper le développement de la consommation et de l'usage du service dans une économie développement.
- Les recettes complémentaires, et en particulier les ressources immobilières produites par la valorisation du foncier. Mais aussi par exemple les réseaux haut-débit.

➤ Cette globalité explique la nécessité de création d'une société spécialisée pour chaque projet (Special Purpose Vehicule, SPV) qui rassemblent les différents partenaires privés réunis pour le projet. C'est elle qui, au-delà de la part de fonds propres amenés par chaque partenaire, va s'adosser à un partenaire financier.

- **C'est un contrat de très longue durée.**

➤ Il permet ainsi d'amortir un équipement lourd sur plusieurs générations d'usagers et de contributeurs.

➤ C'est particulièrement utile pour les pays en développement rapide qui peuvent accélérer leur croissance en mettant immédiatement à disposition de l'économie du pays une infrastructure financée en partie sur les recettes futures provenant de l'élévation du niveau de vie résultant de cette croissance.

Au total, c'est un outil remarquable de développement, surtout dans une économie en croissance devant disposer d'infrastructures pour appuyer cette croissance, et dont les résultats de cette croissance apporteront les financements en recettes d'un contrat de long terme.

Mais il faut bâtir chaque PPP avec la plus grande rigueur, les plus grandes précautions et surtout le plus grand réalisme.

2. LES CONDITIONS DU SUCCES

a. IL NE FAUT SE LANCER DANS UN PPP QUE LORSQUE L'ON S'EST ASSURE QUE C'EST LA MEILLEURE FORMULE ET APRES AVOIR BIEN DEFINI LE PROJET.

- Pour certains projets simples, mieux vaut recourir à l'appel d'offre classique, puis à un contrat d'exploitation, que de se lancer dans une procédure lourde, détaillée et complexe.
- Pour le choix, on utilise des modèles économiques dits « comparateurs » :
 - « Best Value for Money » pour les PFI au Royaume-Uni.

- Etude d'évaluation comparative obligatoire en France.

- Enfin, une fois le choix du PPP réalisé, il faut garder la maîtrise publique de l'étude de programmation. Il est absolument sain et nécessaire que la définition précise de la programmation soit arrêtée par l'autorité publique avant la négociation du contrat avec la personne privée. De même, toutes les études devront avoir validé les conditions de réalisation du projet (disponibilité du foncier ; règles d'urbanisme ; études de sols, etc..).

b. IL FAUT BIEN RECENSER LES RISQUES ET LES AFFECTER A L'UNE OU L'AUTRE DES PARTIES.

Un contrat de longue durée mêlant des activités différentes est par définition porteur d'événements nombreux, générateurs de risques multiples : le contrat doit les anticiper et définir leur traitement pour conjurer un conflit global sur le contrat.

- Il faut recenser et classer les risques.

A titre d'exemples :

- Risque de changement de réglementation.
- Risque de refus d'autorisation administrative.
- Risque de tremblement de terre.
- Risque de découverte archéologique.
- Risque de vandalisme.
- Risque de changement de normes de sécurité.
- Risque d'évolution brutale des couts de l'énergie.

- Il faut précisément affecter les risques.
 - Règle de base : affecter les risques à celui qui les maîtrise le mieux.
 - Lorsqu'un risque survient, il est évalué en termes de conséquences financières, et imputé à une partie ou réparti entre les deux parties en fonction d'un pourcentage prédéterminé au contrat.
 - Il faut que l'autorité publique veille à ce que les partenaires privés soient solidaires pour faire face aux risques : l'autorité publique ne doit avoir qu'un seul et unique interlocuteur.

c. IL FAUT BIEN ORGANISER LA GESTION DES EVOLUTIONS.

Un PPP est un contrat de très longue durée ; il doit être donc adaptable, sans que ces adaptations aux besoins ou aux conditions externes ne nécessitent une renégociation globale.

- A cette fin doit être construite une clause dite **clause de revoyure**, précisant les règles selon lesquelles sont intégrés aux éléments financiers du contrat :
 - Les modifications du service effectué.
 - L'obsolescence et l'intégration des innovations technologiques.
 - Le changement souhaité des tarifs.
 - L'évolution des coûts d'exploitation de base.

- Sommairement, si l'autorité publique veut changer les conditions d'exercice du service public, en améliorant les fréquences par exemples, elle devra prendre en charge les dépenses supplémentaires nécessaires et le contrat devra prévoir selon quels modes et procédures de calcul. A l'inverse, la collectivité publique doit pouvoir bénéficier du gain financier résultant de l'amélioration des gains de productivité générés par les innovations technologiques.

d. IL FAUT GARANTIR LA BONNE EVOLUTION DES REGLES D'URBANISMES ET DE GESTION FONCIERE.

- Un développement d'un réseau de transport a des conséquences considérables en termes d'urbanisme : il faut préparer les règles de constructibilité en même temps que la planification des réseaux de transport.
- Si l'opération peut être financée en partie par des opérations foncières sur des terrains entourant les lignes de transport public urbain, et qui connaîtront valorisation avec son installation, il convient d'assurer la réalité de disponibilité du foncier et la garantie des droits à construire.
- Dans tous les cas, la garantie des conditions de constructibilité devra être supportée par la partie publique, qui, si elles sont modifiés ou si les autorisations ne sont pas délivrées, devra apporter compensation financière.
- De même, les règles de police de circulation devront garantir la facilité de circulation sur la voirie externe.

e. IL FAUT ASSURER LA COHERENCE GLOBALE DU RESEAU DE TRANSPORT.

- Dans le domaine des réseaux de transport, l'interconnexion entre les lignes détermine le succès de fréquentation de chacune d'entre elle ; il est donc nécessaire de concevoir l'exploitation d'une ligne dans le cadre pré-étudié d'un système global pour déterminer les conditions d'équilibre financier du contrat.
- L'organisation de l'intermodalité est donc essentielle et doit être conçue en amont du projet.

f. IL FAUT ENFIN ASSURER LA REGULATION JURIDIQUE DU CONTRAT.

- Un contrat ne peut prévoir toutes les situations et toutes les évolutions, surtout sur un très long terme. Devront donc être prévues les règles de résolution des divergences. C'est notamment un point essentiel pour la « bancabilité » du projet.
- Traditionnellement, parce que les projets sont des projets stratégiques de service public, pour l'exécution du contrat, c'est le droit national local qui s'appliquait, soit expressément, soit dans le silence des parties. Il n'existe pas en effet encore de droit international des contrats publics des affaires, comme il existe un droit du commerce international. Les financiers internationaux appréhendent néanmoins la référence exclusive au droit national, ce qui peut faire échouer les

projets ou en renchérir considérablement le coût de financement.

- En cas de divergences sur l'application des règles du contrat se développe en conséquence très rapidement l'arbitrage international. Il paraît aujourd'hui une condition essentielle à la réussite d'un PPP dans le domaine des grandes infrastructures. La Convention Européenne de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international a prévu dans son article 2 le recours par les personnes morales de droit public à l'arbitrage ; la Convention de Washington du 18 mars 1965 a institué par ailleurs le Centre international pour le règlement des différends liés aux investissements (CIRDI). En pratique, on pourra recourir à deux formules : la CCI internationale ou le CIRDI.
- L'arbitrage est aujourd'hui couramment pratiqué en la matière quel que soient les Etats : ainsi, les droits d'utilisation tunnel sur la Manche par SNCF et British Railways ont fait l'objet d'un arbitrage rendu dans le cadre de ce PPP. En droit intérieur français, l'arbitrage va être autorisé et encouragé par une prochaine loi, notamment pour les PPP.
- Il convient néanmoins de prendre garde à bien articuler les droits applicables et l'arbitrage : les arbitres internationaux, comme l'a démontré la décision Eurotunnel, ne privilégient pas spontanément les prérogatives de puissance publique ; inversement, l'article 7 de la convention de Rome réserve au droit interne la gestion des droits immobiliers de propriété, et donc des prises de garanties possibles, et donc de la bancabilité. En conséquence, la référence à l'arbitrage n'exonère pas d'une rédaction précise du contrat sur toutes les hypothèses d'événements qui peuvent l'affecter.

3. Gouverner un PPP transport : le rôle de l'Autorité Organisatrice de Transport.

Associer le privé et son savoir-faire pour faire réussir un réseau de transport, ce ne doit pas être se dessaisir de ses responsabilités publiques : en même temps qu'ils confient de larges prérogatives et responsabilités au privé, les pouvoirs publics doivent en contrepartie consolider et améliorer leur capacité de régulation et de contrôle. Cette consolidation et cette mise en cohérence ont abouti en France au concept fonctionnel et juridique d'Autorité Organisatrice de Transport.

a. ASSOCIER LE PRIVE REND ENCORE PLUS NECESSAIRE DE CONSOLIDER LA REGULATION PUBLIQUE DU SERVICE.

- Le privé ne se voit attribuer que l'exécution de la mission : il ne doit pas en fixer les objectifs et il ne lui appartient pas de procéder à la réorientation de ces missions au fur et à mesure de la vie du contrat.
- La vision de long terme et l'organisation cohérente du service doivent être conservées par l'autorité publique. Il appartient en particulier à elle et elle seule de concilier les objectifs économiques, urbanistiques, sociaux et environnementaux.
- Les pouvoirs publics doivent donc se doter des moyens pour conserver l'information la plus complète sur le fonctionnement du réseau de transport, doivent veiller à conserver la maîtrise de

la définition des objectifs, et doivent se doter des moyens pour contrôler leur bonne exécution.

- Cependant, les autorités publiques doivent prendre garde à trouver le bon équilibre entre un contrôle trop éloigné et un contrôle trop tatillon, qui pourrait déresponsabiliser le partenaire privé : dans un partenariat bien construit, le public doit occuper tout son espace mais rien que son espace.
- De même, toute les modifications qu'il est en droit de demander à tout moment pour le service doit trouver juste compensation financière pour le partenaire.

b. LE CONCEPT D'AUTORITE ORGANISATRICE DE TRANSPORT

- **Constat** : aujourd'hui, dans les pays soumis à de nouveaux défis en termes de réseaux de transport, aucun service spécialisé n'est véritablement dédié à la conception et à la gestion du système. Les services de planification des projets d'infrastructure des transports pratiquent peu l'harmonisation de leurs projets avec les services de l'urbanisme et de la planification urbaine. Les services intervenants sont a minima : le service d'urbanisme et de planification urbaine ; les services des transports publics ; les services de sécurité dans les transports ; les services en charge de la construction.
- **Conséquence** : il y a émiettement de l'analyse et de la décision à chaque étape (conception du réseau, financement, planification des travaux,

exploitation, contrôle). Or, un réseau de transport est un système particulièrement complexe, interactif et systémique. Croire qu'un opérateur privé va amener cette cohérence est l'erreur à ne pas commettre : son efficacité implique qu'il soit en correspondance avec un interlocuteur unique.

- **L'Autorité Organisatrice de Transport :**

- Assure le cadre de l'analyse : étude d'urbanisme opérationnel ; élaboration et actualisation d'un Plan de Déplacement Urbain ; réalisation d'enquêtes ménages déplacement.
- Définit les grandes orientations et planifie les investissements : tramways, métro, trolleybus, bus. Elle réalise tout ou partie de ces investissements.
- Détermine l'offre de transport : itinéraires, fréquences, etc....
- Décide d'une politique tarifaire adapté et solidaire.
- Définit et contrôle les normes de qualité de service ; régularité, disponibilité, propreté, sécurité, lutte contre la fraude, etc....
- Décide ou non de confier tout ou partie de l'exécution au Privé, définit les conditions contractuelles et assure le contrôle.

CETTE TRANSVERSALITE FONCTIONNELLE EXIGE UNE UNIFICATION DES SERVICES CONCERNES,
VOIR UN RASSEMBLEMENT DES COLLECTIVITES SI PLUSIEURS ORGANISMES PUBLICS SONT
CONCERNES SUR UN ESPACE DONNE.

CONCLUSION :

- Les PPP peuvent prendre des formes très variées et notamment être financés soit en redevance globale, soit en recettes d'exploitation directement perçues par l'entreprise, mais obéissent à des règles de constitution communes. Ces règles doivent essentiellement prévoir le traitement des risques et des conditions d'exercice du contrat.

- Mieux les risques sont appréciés, plus précis est le contrat sur les traitements des évolutions susceptibles de survenir, meilleures sont les conditions de financement du contrat, et en conséquence les avantages économiques pour les deux parties.

- Si ces conditions sont réunies, le PPP est sans aucun doute le meilleur instrument de développement de grandes infrastructures de transports car :
 - Il garantit le meilleur savoir-faire à la fois en investissement et en exploitation.

- Il oblige le cocontractant à s'engager d'un seul bloc sur les deux composantes.
- Il assure la plus grande rapidité d'exécution et la cohérence du projet.
- Il permet de gager l'investissement initial en large partie sur les futures recettes d'exploitation.

Il est sans nul doute l'instrument d'avenir en matière d'infrastructures de transport.

CEPENDANT, IL Y A TROIS ECUEILS MAJEURS A EVITER :

- **CONFONDRE PARTENARIAT AVEC PRIVATISATION**

La prise de participation au capital n'est pas en soi un vrai partenariat : elle amène des financements et des éléments de savoir faire mais ne constitue pas un vrai PPP. Celui-ci suppose un contrat fonctionnel à partir d'un projet de transport global préalablement défini. Une société Joint Venture à soi seule avec une société publique locale n'est pas un PPP.

- **DELEGUER SANS COHERENCE**

Déléguer des parties de réseau ou des lignes sans cohérence préétablie n'est pas la bonne voie pour garantir un équilibre entre le privé et le public. Le réseau perd en efficacité : l'équilibre avec le privé doit se trouver dans la bonne organisation de l'Autorité Organisatrice et une bonne méthodologie contractuelle.

- **FAIRE PASSER L'INVESTISSEMENT AVANT L'EXPLOITATION**

C'est la bonne conception d'un réseau en termes d'exploitation qui doit déterminer l'investissement, et non l'inverse. Trop souvent le

PPP est vécu comme un accélérateur d'investissement, non comme un outil qui lie efficacement investissement et exploitation.

Un bon partenariat c'est la rencontre d'une entreprise privée pleinement responsable et d'une autorité publique active, présente et efficace.

Régis PASSERIEUX ©
Avocat
Paris
18 septembre 2008