

# **LA PRIVATE FINANCE INITIATIVE**

## **PUBLICATIONS DE L'INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE**

La délégation de service public comme mode de gestion  
du traitement des déchets ménagers et assimilés - *juin 1998*

Les problèmes actuels des concessions d'infrastructures :  
propositions de solution – Rapport du groupe de travail - *mars 1999*

La vérification des comptes des délégations  
par les Chambres régionales des comptes par Pierre Faisandier- *avril 1999*

Négocier, gérer et contrôler une délégation de service public -  
Guide pratique - Édition la Documentation française - *juin 1999*

La délégation de service public  
comme mode de gestion des activités funéraires - *décembre 1999*

La régulation des services publics locaux, table ronde du 10 février 2000  
à la Maison des Polytechniciens - *février 2000*

La Gestion Déléguée, un concept à promouvoir  
par Dominique Brault, avocat à la Cour - *juillet 2000*

Intercommunalité et délégation de service public - *décembre 2000*

Réseaux locaux de télécommunications -  
L'article L.1511-6 du code général des collectivités territoriales :  
rôle des collectivités locales et place des opérateurs -  
Rapport du Groupe de travail - *janvier 2001*

La place de la Gestion Déléguée dans le secteur de l'électricité  
au lendemain de la loi du 10 février 2000  
Rapport du Groupe de travail - *février 2001*

## **DOCUMENTS PARUS SOUS L'ÉGIDE ET AVEC LA PARTICIPATION DE L'INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE**

La gestion déléguée du service public :  
Actes du Colloque des 14 et 15 novembre 1996 au Sénat  
organisé par l'IFSA - Supplément à la RFDA n° 3 - *1997*

La gestion déléguée du local à l'international  
Actes du Colloque - *20 novembre 1997*, Salon des Maires de France

Essai sur les contrats de travaux et de services publics  
de Xavier Bezançon  
Préface de Marceau Long, Président de l'Institut de la Gestion Déléguée  
Edition LGDJ - *mars 1999*

Services urbains et développement durable, l'analyse de six expériences  
de gestion déléguée dans le monde -  
Ministère de l'Équipement, des transports et du logement,  
Institut de la Gestion Déléguée, ISTED - *décembre 1999*

# LA PRIVATE FINANCE INITIATIVE

**Philippe Cossalter  
et  
Bertrand du Marais**

MARS 2001

INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE

Dépôt légal : mars 2001

# SOMMAIRE

PRÉFACE	7
<b>INTRODUCTION À LA PRIVATE FINANCE INITIATIVE</b>	
PHILIPPE COSSALTER	11
1 - Définition de la PFI	11
2 - Sources et acteurs de la PFI	17
<b>I - LA PFI, PROCÉDÉ DE FINANCEMENT</b>	<b>22</b>
1.1 - Les précédents	23
1.1.1 - Généalogie de la PFI	23
1.1.2 - Les premières lois pour la délégation des activités publiques	26
1.2 - Les innovations	30
1.2.1 - La promotion de la PFI	31
1.2.2 - L'aplanissement des obstacles juridiques	39
<b>II - LA PFI, PROCÉDÉ CONTRACTUEL</b>	<b>49</b>
2.1 - Identification du contrat	49
2.1.1 - Le contrat de PFI, un contrat de common law	49
2.1.2 - La qualification des contrats de PFI en droit français	53
2.1.3 - La qualification des contrats de PFI en droit communautaire	62
2.2 - Régime de passation	65
2.2.1 - Les PFI sont qualifiés de marchés publics	66
2.2.2 - Les PFI sont passés de gré à gré	68
<b>III - CONCLUSION</b>	<b>71</b>

# QUELQUES OBSERVATIONS FRANÇAISES SUR LE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ EN GRANDE-BRETAGNE

BERTRAND DU MARAIS

75

## I - LE CONTEXTE GÉNÉRAL :

### LE DÉVELOPPEMENT DU FINANCEMENT PRIVÉ DES INFRASTRUCTURES PUBLIQUES SEMBLE LARGEMENT INÉLUCTABLE

75

1.1 - Un mouvement mondial

76

1.2 - Un enjeu commun : déplacer la contrainte budgétaire qui pèse  
sur les collectivités publiques

77

## II - QUELQUES OBSERVATIONS TIRÉES DU SUCCÈS DE LA PFI

78

2.1 - La PFI paraît solidement établie

78

2.2 - Une approche bi-partisane relativement centralisée

79

2.3 - Une industrie qui se crée : le financement de projets publics

80

2.4 - Une redéfinition en profondeur des modalités d'investissement,  
voire de l'intervention des collectivités publiques

82

2.5 - Une surprise : l'absence d'obligation de mise en concurrence

84

## III - QUELQUES ENSEIGNEMENTS À TIRER EN FRANCE

85

3.1 - Un défi : comment concilier l'uniformisation des opérateurs  
avec la nécessaire prise en compte des spécificités institutionnelles ?

85

3.2 - La nécessaire ouverture de l'éventail des outils juridiques  
disponibles en France

86

# PRÉFACE

*E*n novembre 1992, Norman Lamont, Chancelier de l'Échiquier, lançait officiellement la PFI. Trois mois plus tard était promulguée la loi française du 29 janvier 1993, créant le régime applicable aux "contrats de délégation de service public", sans toutefois les définir.

*La concomitance des dates est frappante. Le contenu des deux notions peut sembler très proche. La plupart des contrats de PFI sont des contrats de longue durée, par lesquels l'administration confie à un cocontractant le financement, la conception et la réalisation d'une ou plusieurs infrastructures et du service dont elles sont le support. Cette description fait immédiatement penser à la délégation de service public, et plus particulièrement à la concession.*

*Mais dans le cas de la PFI, le cocontractant est rémunéré essentiellement par un prix payé par l'administration, ce qui l'assimile à nos marchés d'entreprise de travaux publics.*

*Quelles que soient les équivalences pouvant être établies entre les contrats anglais et français, un fait, avant tout, retient l'attention des observateurs français : l'extraordinaire fortune du modèle de la PFI au-delà des frontières britanniques.*

*Fortune en France, où la PFI a fait l'objet de nombreux colloques. Fortune dans les autres États membres de l'Union européenne, où le modèle de la PFI est appliqué, sous la forme du péage fictif, système dans lequel la rémunération de l'exploitant d'une infrastructure routière est assurée par l'administration mais en fonction de la fréquentation réelle de l'ouvrage par les usagers. Le Portugal et l'Espagne construisent ponts et autoroutes sur ce modèle. Les Pays-Bas ont instauré des organes similaires aux groupes de travail du Trésor britannique qui dirigent, Outre-Manche, la réforme de la PFI.*

*En 1994, la Banque Mondiale saluait et promouvait le "modèle français" de la concession. Aujourd'hui, le terme à la mode est partenariat public-privé (Public-Private Partnership), l'exemple à suivre la PFI.*

*Quelles sont les divergences entre la gestion déléguée "à la française" et la PFI, qui puissent justifier une telle différence de traitement ?*

*L'Institut de la gestion déléguée a voulu se pencher sur le "cas anglais". La comparaison est un exercice difficile. Elle achoppe sur la diversité des systèmes juridiques, obstacle inhérent à toute étude comparative. Quoi de plus éloigné en effet que les systèmes britannique de common law et français de civil law ?*

*Cette différence de système juridique est l'élément principal qui distingue les "modèles" français et anglais, à tel point que l'on peut se demander si la PFI est transposable hors d'un système de common law. Plutôt que l'étude purement comparée, l'on a préféré porter un regard extérieur sur le système anglais, pour en tirer un certain nombre d'enseignements.*

*L'article de Philippe Cossalter aborde la question sous un angle essentiellement juridique, introduisant parfois des éléments comparés. Il en ressort que la PFI ne peut être présentée sur un plan purement économique et financier, comme cela a été le cas jusqu'à présent, et que son développement est fortement conditionné par des éléments de politique et de droit britanniques.*

*Adoptant une vision plus globale, l'article de Bertrand du Marais étudie les éléments saillants du système britannique. Il indique sans conteste que la principale différence avec la France est une différence d'approche, avec un traitement innovant par les britanniques de modèles écartés en France.*



*Ces deux études mettent en exergue l'extrême vitalité du système anglais et, qui s'en étonnera, les atouts d'une approche pragmatique par rapport à certaines raideurs de la construction théorique du système français.*

*Sans rechercher une transposition des systèmes, leur comparaison est riche d'enseignements ! Elle permettra un jour, sans doute, à chaque système d'apprendre de l'autre. C'est d'autant plus important dans la perspective communautaire. Le droit communautaire établit des passerelles, crée des notions juridiques facilitant la comparaison. Mais l'exemple de la gestion déléguée "à la française" et de la PFI nous montre bien que ce droit ne peut avoir pour objectif, ni pour effet, d'uniformiser les solutions.*

Marceau LONG  
*Président de l'Institut de la Gestion Déléguée  
Vice-Président honoraire du Conseil d'État*

# INTRODUCTION À LA PRIVATE FINANCE INITIATIVE

Philippe Cossalter

## 1 - Définition de la PFI

- *La PFI est un programme du gouvernement*

La Private Finance Initiative, littéralement “initiative pour le financement privé”, avant d’être une forme générique de contrats, est un programme du gouvernement britannique visant à encourager la réalisation de travaux et la gestion des services dont ils sont le support à l’aide d’un financement ou d’un préfinancement privé.

Ce programme a été inauguré en 1992 dans le discours du budget du Chancelier de l’Échiquier<sup>1</sup>.

La PFI désigne donc avant tout un programme du gouvernement. Ce programme a un triple objectif : augmenter la capacité de financement du

---

1 - Norman Lamont, Chancellor of the Exchequer, Autumn Statement, vol. 208, col. 996 (12 nov. 1992). Ce discours, *The Autumn Statement of the Chancellor of the Exchequer*, est le discours par lequel le Chancelier de l’Échiquier annonce, à l’automne de chaque année, les recettes et les dépenses prévues pour l’année à venir. Il comporte un exposé de politique économique générale. V. Charlot (Claire) et Charlot (Monica), *Glossaire des institutions politiques du Royaume-Uni*, Nathan Université, 1999, p. 11.

secteur public, en étalant les paiements liés à l'investissement sur la durée de vie du contrat ; améliorer la qualité des services publics, en imposant au secteur privé des critères de qualité dont le respect conditionnera le montant des paiements ; diminuer la dépense publique, en profitant de la compétence et de la capacité d'innovation du secteur privé et des économies réalisées par l'adéquation des infrastructures au service rendu.

L'outil de cette politique est un contrat. Si ce contrat peut être appelé contrat de PFI, c'est uniquement pour indiquer qu'il est promu par un programme du gouvernement. La PFI peut disparaître, le contrat restera.

● *Les contrats de PFI sont des contrats de travaux et de services à paiement public*

La PFI, en tant que forme générique de contrat, n'a pas fait l'objet d'un texte de loi, mais de "guides" du ministère des finances. Quatre guides ont, à ce jour, été publiés<sup>2</sup> que viennent compléter un très grand nombre de publications d'organes spécifiques, dont le groupe de travail du Trésor (*Treasury Taskforce*). Le premier de ces guides énonce clairement la volonté de donner un encadrement minimum aux contrats de PFI : "Il est maintenant clair que le gouvernement veut des accords, pas des règles"<sup>3</sup>.

Cependant existent certaines dispositions textuelles, éparses et de caractère contingent, prises dans des textes concernant certains aspects particuliers des contrats de PFI, et presque toujours à propos des contrats passés par les autorités locales. Elles ont été prises *a posteriori*, soit pour lever les risques d'annulation juridictionnelle des contrats, soit pour mettre en place un cadre permettant d'allouer aux autorités locales les aides du gouvernement.

---

2 - (1) *The PFI – Breaking New Ground* (BNG) (H.M. Treasury, novembre 1993). (2) *Private Opportunity, Public Benefit – Progressing the PFI* (POPB) (H.M. Treasury, Private Finance Panel, novembre 1995). (3) *Partnership for Prosperity – The PFI* (PFP) (Treasury Taskforce on Private Finance, novembre 1997). (4) *A Step-by-Step Guide to the PFI Procurement Process* (Treasury Taskforce on Private Finance, novembre 1997).

3 - "The Government has now made clear that it wants deals, not rules". *Breaking New Ground*, Private Finance Panel, H.M. Treasury, 1993, p. 7.

L'ensemble de ces textes, de valeur juridique et d'intérêt très divers, permet, étayé par les nombreuses études de cas publiées par le gouvernement britannique, de saisir la réalité naissante de la PFI.

Les contrats de PFI ont été classés, dès 1993, selon deux typologies, financière ou contractuelle.

La typologie financière distingue les contrats de PFI, selon le mode de rémunération, en deux catégories :

- les *services sold to the public sector* sont les contrats par lesquels un entrepreneur réalise une prestation contre une rémunération versée par l'administration ;
- les *financially freestanding* sont des contrats dans lesquels l'entrepreneur réalise une prestation et est rémunéré par un prix perçu sur l'usager.

Les deux formes les plus proches sont, en droit français, le METP et la concession de service public. Les premières publications du Trésor<sup>4</sup> classaient en outre les *joint-ventures* dans la catégorie de la PFI. Mais le gouvernement britannique, en mars 2000<sup>5</sup>, les en a exclus pour en faire une simple modalité de partenariat public-privé (PPP).

Une seconde typologie classe les contrats en fonction du sort des biens qui en sont l'objet. Si les biens sont destinés à devenir propriété de l'administration en fin de contrat, il s'agira d'un BOOT<sup>6</sup> ou d'un DCMF<sup>7</sup>. Si les biens doivent rester propriété de l'exploitant, il s'agit d'un BOO<sup>8</sup>. Le DBFO<sup>9</sup>, quatrième élément de cette typologie, est un contrat "neutre" : sa dénomination ne dépend pas de la propriété des biens en fin de contrat.

---

4 - POPB, *op. cit.*, p. 2.

5 - *Public Private Partnership – The Government's approach*, HM Treasury, mars 2000, p. 47.

6 - BOOT : "Build, Own, Operate and Transfer", littéralement "Construire, Posséder, Faire fonctionner et Transférer".

7 - DCMF : "Design, Construct, Manage and Finance", "Dessiner, Construire, Diriger et Financer".

8 - BOO : "Build, Own and Operate", "Construire, Posséder et Exploiter".

9 - DBFO : "Design, Build, Finance and Operate", "Dessiner, Construire, Financer et Gérer".

Cette seconde typologie est très faible. Les quatre termes sont en réalité quasiment synonymes. Par ailleurs, le terme DCMF semble exclusivement dédié aux contrats de prisons<sup>10</sup>.

Les diverses dénominations résument en tout cas l'objet de tous les contrats de PFI : le financement, la conception, la réalisation et la gestion d'une infrastructure et du service dont elle est le support. Le terme généralement utilisé est DBFO.

La seule typologie efficiente est donc celle fondée sur l'origine des ressources. Les contrats PFI, réduits la plupart du temps à la dénomination de DBFO, sont principalement des *services sold to the public sector*, des contrats dans lesquels le cocontractant est essentiellement rémunéré par un prix versé par l'administration. Le modèle concessif est réservé, pour l'instant, à de très grands projets, comme les ponts ou le métro de Londres. Aucune autoroute n'a à ce jour fait l'objet d'une concession.

Nous ne nous intéresserons qu'aux contrats DBFO de *services sold to the public sector*, que nous appellerons les contrats de PFI, suivant la métonymie généralement utilisée.

La seule définition légale des mécanismes des contrats PFI (dans le sens qui vient d'être défini) se trouve à l'article 16 du "décret" sur l'investissement des autorités locales (*Local Authorities (Capital Finance) Regulations 1997*). Les traits principaux de tels accords sont les suivants :

- Une autorité locale passe un contrat pour la réalisation d'ouvrages et la gestion des services dont ils sont le support.
- Le cocontractant est rémunéré par un prix payé régulièrement par l'administration.
- Le prix est basé sur des standards de performances effectuées et la disponibilité des ouvrages réalisés.
- Les paiements commencent uniquement lorsque le service reçoit un début d'exécution.

---

10 - Voir par exemple : *Report on the procurement of custodial services for the DCMF Prisons at Bridgend and Frakerley*; London, H.M. Prison Service, 1996.

Le projet de la *Colfox School*, dans le Dorset, illustre parfaitement ces principaux mécanismes<sup>11</sup>.

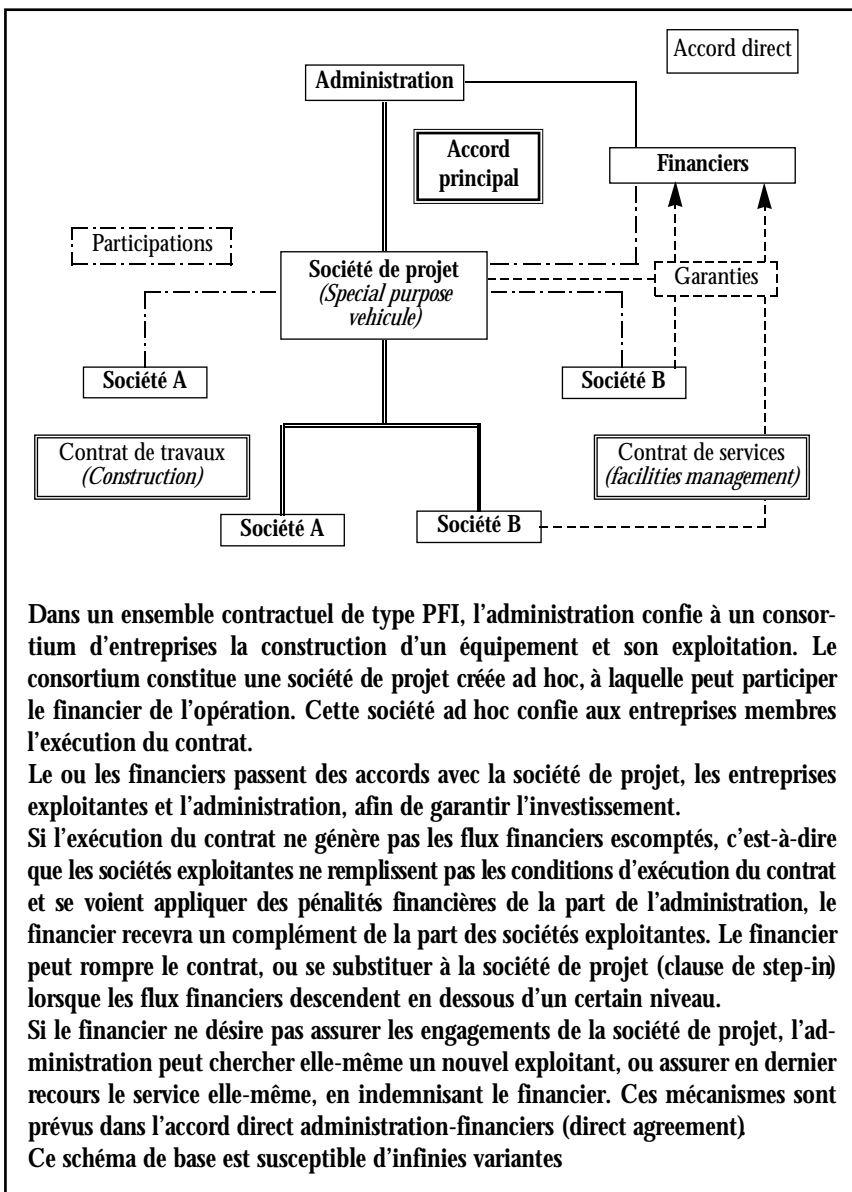
Le Comté du Dorset a signé, en 1998, un contrat d'une durée de trente ans pour le financement, la conception, la construction et la gestion d'une école d'enseignement secondaire. Une société de projet conçoit et réalise les bâtiments, puis gère tous les aspects de la vie administrative et scolaire, à l'exception de la gestion du cursus et de l'enseignement (fournitures, repas, chauffage, entretien des terrains de sport, secrétariat...). Le cocontractant reçoit un paiement du Comté à partir du jour d'ouverture des bâtiments au public. Ces paiements sont calculés en fonction d'indicateurs précis de qualité et d'unités de services disponibles (repas pouvant être servis, mètres carrés de classe disponibles par exemple). Certains événements entraînent l'indisponibilité totale des locaux touchés : température inférieure ou supérieure aux spécifications contractuelles, absence d'éclairage... Par ailleurs, le montant global des paiements est dégressif, le prestataire devant trouver des sources externes de financement par la mise à disposition des équipements à des tiers (principalement la location des terrains de sport). Les excès de revenus éventuellement générés sont partagés entre le gestionnaire et le Comté.

Ajoutons que les montages de PFI sont des accords tripartites : un contrat de PFI principal, un contrat de financement entre le gestionnaire du service et un financier, et un accord direct (*“direct agreement”*) entre ce dernier et l'administration. Ce mécanisme fait des montages PFI des exemples typiques de financement de projet (*project financing*), dans lesquels une société de crédit finance une activité en se remboursant uniquement sur les flux financiers, en l'occurrence les paiements de l'administration.

---

11 - Treasury Taskforce – Private Finance, *Colfox School, Dorset. A Case Study on The First DBFO School Project*, DFEE - 4 P's, 1998.

La structure financière d'un contrat de DBFO peut être ainsi schématisée :



Dans un ensemble contractuel de type PFI, l'administration confie à un consortium d'entreprises la construction d'un équipement et son exploitation. Le consortium constitue une société de projet créée ad hoc, à laquelle peut participer le financier de l'opération. Cette société ad hoc confie aux entreprises membres l'exécution du contrat.

Le ou les financiers passent des accords avec la société de projet, les entreprises exploitantes et l'administration, afin de garantir l'investissement.

Si l'exécution du contrat ne génère pas les flux financiers escomptés, c'est-à-dire que les sociétés exploitantes ne remplissent pas les conditions d'exécution du contrat et se voient appliquer des pénalités financières de la part de l'administration, le financier recevra un complément de la part des sociétés exploitantes. Le financier peut rompre le contrat, ou se substituer à la société de projet (clause de step-in) lorsque les flux financiers descendent en dessous d'un certain niveau.

Si le financier ne désire pas assurer les engagements de la société de projet, l'administration peut chercher elle-même un nouvel exploitant, ou assurer en dernier recours le service elle-même, en indemnisant le financier. Ces mécanismes sont prévus dans l'accord direct administration-financiers (direct agreement).

Ce schéma de base est susceptible d'infinies variantes

## 2 - Sources et acteurs de la PFI

### 2.1 - Sources de la PFI

*Common law* n'est pas synonyme de droit anglais, bien qu'une des acceptations du terme serve communément à désigner le droit anglo-saxon, principalement non écrit, par opposition aux systèmes de *civil law*, de droit écrit, dérivés du droit romain.

Les définitions du terme *common law* sont multiples ; elles varient en fonction du contexte dans lequel elles sont employées<sup>12</sup>.

Une distinction classique définit cependant la *common law* comme l'ensemble du droit non-écrit, et la *statute law* (de *statute*, loi), le droit écrit. C'est cette acception que nous utiliserons.

Si le terme de *common law* peut désigner indifféremment l'ensemble du droit anglo-saxon, ou le droit jurisprudentiel, c'est que l'importance de la jurisprudence (*case-law*) y est fondamentale. Cependant, le rôle croissant de la législation ne peut être négligé. Il serait erroné de croire que tout le droit anglais est jurisprudentiel.

Aucune jurisprudence ne porte spécifiquement sur la PFI. La *common law* forme le cadre juridique dans lequel évolue la PFI, mais tous ses aspects spécifiques ont été dessinés par le gouvernement et les lois du Parlement.

- *La statute law*

Conformément à la définition que nous avons adoptée, la *statute law* servira à désigner l'ensemble du droit écrit.

Toute législation est l'œuvre du Parlement, qui prend des *Acts of Parliament*.

La *statute law* peut déroger à la *common law*. Le Parlement est souverain, et les lois, ou *Acts of Parliament*, s'imposent au juge. Rien ne limite le pouvoir souverain du Parlement et il peut "en théorie, interdire de fumer

---

12 -Frison (Danièle), *Droit anglais, institutions britanniques*, Paris, Ellipses, 1993, p. 47.



à Paris, ou annuler l'octroi de l'indépendance aux anciennes colonies"<sup>13</sup>. Mais la loi est d'interprétation stricte et, dans la plupart des cas, elle ne fera qu'introduire des exceptions à la *common law*.

Il ne faudrait pas en déduire que la loi ne règle toujours que des points de détail. La structure et les fonctions du pouvoir local sont, par exemple, définies par la loi. La place de la loi dans le système juridique anglais ne doit donc pas être négligée. Et ce, d'autant plus que le gouvernement ne bénéficie en principe d'aucun pouvoir réglementaire autonome. Le gouvernement peut prendre de la législation déléguée (*delegated legislation*) ou subordonnée (*subordinated legislation*) en application d'une autorisation législative. Nous appellerons législation tous les textes d'origine parlementaire, que ce soit des *Acts of Parliament* ou de la législation déléguée. La législation n'a qu'une importance réduite en ce qui concerne la PFI, et quelques textes seulement lui sont directement ou indirectement liés, textes que nous étudierons plus en détail au cours de cette étude.

- *Les prerogative powers*

Si en principe tout pouvoir est conféré par le Parlement, ce qui exclut notamment le pouvoir réglementaire autonome, le gouvernement est tout de même investi d'un pouvoir autonome appelé prérogative royale (*royale prerogative*) ou *prerogative powers*.

Dicey définissait la prérogative royale comme étant "le résidu de pouvoir discrétionnaire qui est légalement laissé aux mains de la Couronne"<sup>14</sup> ou comme "tout acte que l'exécutif peut légalement prendre sans l'autorisation d'une loi".

Dès 1610, le juge reconnaissait à la Couronne les *prerogative powers*. Cette prérogative royale est aujourd'hui largement exercée par les ministres.

---

13 - Craig (P.P.), *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 4e édition, 1999, p. 4.

14 - Dicey, *Law of the Constitution*, p. 424. Cité par McEldowney (John F.), *Public Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2e édition, 1998, p. 76.

La prérogative royale concerne, traditionnellement, principalement la conduite des affaires étrangères, la guerre, la nomination des ministres, la dissolution du Parlement et la promulgation des lois.

Mais son objet peut et tend à être plus large. La mise en place du programme PFI, et notamment la délégation contractuelle des activités du gouvernement au secteur privé, en est un exemple.

L'observateur français pourra s'étonner que l'essentiel des règles concernant la PFI se trouve dans des guides édités par le Trésor britannique. Ces guides sont l'expression du large pouvoir d'organisation dont bénéficie le gouvernement, et des pouvoirs discrétionnaires issus des *prerogative powers*. L'ampleur du recours aux *prerogative powers* est assez exceptionnelle ; mais même les auteurs les plus circonspects, comme le professeur Freedland, reconnaissent que la conduite du programme PFI entre dans le cadre traditionnel de l'organisation des pouvoirs au Royaume-Uni. Plus précisément, les pouvoirs "statutaires" (de *statute*, loi) et "non-statutaires" (les *prerogative powers*) s'entremêlent, car les lois concernant la contractualisation des activités publiques sont des lois cadres, ou des lois d'habilitation, qui laissent ensuite un très large pouvoir d'organisation au gouvernement. "En fait, j'avance que la PFI est un exemple d'activité conduite en vertu d'un ensemble de pouvoirs qui, bien que consistant essentiellement en pouvoirs autonomes ou pouvoirs dérivés, ont cependant une structure normative relativement élaborée – de telle manière que nous pouvons la considérer à la convergence de pouvoirs statutaires et non-statutaires... Cette structure normative est actuellement basée sur le "manuel" POPB, complété par un certain nombre de guides... Du fait de la nature discursive de ce corps de règles, et parce qu'il ne distingue pas entre les principes, les règles et les cas illustratifs ayant la force du précédent, je trouve utile de le considérer comme un **discours normatif**"<sup>15</sup>.

---

15 - Freedland (Mark), " Public Law and Private Finance – Placing the Private Finance Initiative in a Public Law Frame ", *Public Law*, 1998, été, pp. 288-307, p. 294.

Ce qui ne confère pas même à ces règles le caractère de “quasi-législation”. Mais dans tous les cas, ce corps de règles sera respecté par tous les ministères, et par les autorités locales.

L'on ne sacrifie pas à la rigueur de l'analyse en considérant les guides du Trésor comme les principales sources juridiques de la PFI. Sans avoir de véritable force normative, ces guides ont posé les règles de la PFI.

## 2.2 - Acteurs de la PFI

Au sein du Trésor britannique a été constitué en 1997 un groupe de travail sur le financement privé (*Treasury Taskforce on Private Finance*), dont la mission est de promouvoir la PFI au sein de l'administration britannique. C'est à partir des publications de cet organe que l'on peut saisir les traits principaux de la PFI. Il a remplacé le *Private Finance Panel*, créé sous le gouvernement conservateur, et est aujourd'hui lui-même remplacé par *Partnership UK*, un organisme réunissant des représentants de l'administration, aussi bien que du secteur privé.

Pour les autorités locales a été créé le 4P's (*Public Private Partnership Programme*), qui a une fonction de promotion et de conseil.

En outre, au sein de chaque ministère ont été créées des unités spéciales, chargées de promouvoir les réalisations PFI dans leur domaine de compétence.

Les organes institutionnels déjà en place, comme le *National Audit Office* et l'*Audit Commission*<sup>16</sup>, ont pris une part active à la promotion de la PFI.

---

16 - L'*Audit Commission* a été créée en 1982 pour les autorités locales d'Angleterre et du Pays de Galles. Des contrôleurs de district (*District Auditors*) sont nommés par l'*Audit Commission* pour chaque autorité locale. Les auditeurs peuvent être, soit des fonctionnaires de l'*Audit Commission*, soit des sociétés privées de comptables. L'*Audit Commission* n'est pas sous la tutelle directe d'un ministère, mais rend des rapports annuels au Parlement. Des dispositions de l'*Act* de 1982 prévoient une coordination entre le NAO et l'*Audit Commission*. Depuis 1989, l'*Audit Commission* a le pouvoir d'engager une procédure juridictionnelle de droit public (*judicial review*) à l'encontre de toute décision d'une autorité locale. L'*Audit Commission* peut grossièrement être comparée aux Chambres régionales des comptes.

Sur l'*Audit Commission* : McEldowney (John F.), *Public Law*, London, Sweet & Maxwell, 1997, n° 12-82 s. ; Jones (Reginald), *Local Government Audit Law*, Londres, HMSO, 2e édition, 1985 et supplément à la deuxième édition, 1992.

Sans être des thuriféraires de la PFI, l'analyse portée sur les contrats signés, lors de rapports particuliers et des rapports annuels au Parlement, dénote une approche très favorable. La PFI représente en effet un mécanisme de contrôle de la dépense publique plus efficace que les systèmes de contrainte mis en place dans les années quatre-vingt, et que les autorités locales avaient tenté de contourner.

L'accueil favorable de l'autorité supérieure de contrôle est en outre une garantie, aux yeux du gouvernement, du Parlement et des acteurs locaux, du sérieux et de la viabilité du programme PFI.

Enfin, les autorités locales sont principales destinataires de la législation liée à la PFI. Mais, comme pour l'administration centrale, ce sont les guides du Trésor et ceux du 4P's, qui constituent la principale source de la PFI. Il convient de souligner la très faible autonomie des autorités locales anglaises par rapport au pouvoir central. Le montant des budgets et les autorisations d'emprunt, notamment, sont strictement contrôlés. L'Angleterre est, à tous les égards, l'État le plus centralisé de l'Union européenne. Ceci explique que la PFI ait pu être appliquée au niveau local par de simples guides.

\*

Les deux aspects de la PFI doivent être successivement examinés : le programme du gouvernement, puis le contrat qui en est l'instrument. L'étude portera essentiellement sur l'analyse juridique, et non sur l'analyse financière des contrats. Cette dernière peut, dans une large mesure, être abordée par une étude spécifique des financements de projet<sup>17</sup>.

L'essentiel du cadre juridique mis en place concerne la promotion du recours à la PFI (I). Les contrats qui en sont l'objet se caractérisent, comme tous les contrats de *Common Law*, par une grande liberté de

---

17 - Pour une approche générale, voir Perrot (Jean-Yves) et Chatelus (Gautier), dir., *Financement des infrastructures et des services collectifs – Le recours au partenariat public-privé*, Presses de l'école nationale des Ponts et chaussées, Paris, 2000, et en particulier Lécivain (Alain), "L'approche financière", pp. 101-117.

forme. Leur identification, inutile en droit anglais, mais essentielle au regard du droit communautaire et pour une comparaison avec le droit français, est donc difficile (II).

## **I - LA PFI, PROCÉDÉ DE FINANCEMENT**

Le terme de *Private Finance Initiative* ne laisse aucune équivoque sur ses objectifs : c'est une initiative du gouvernement destinée à faire financer les infrastructures et les services publics par le secteur privé.

La politique britannique de réduction drastique des déficits a poussé le gouvernement à contenir les dépenses d'investissement durant les vingt dernières années, dans une telle mesure que le Chancelier de l'Échiquier a pu annoncer, dans son discours sur la stratégie économique et fiscale du 11 juin 1997, un doublement des dépenses d'investissement sur trois ans<sup>18</sup>. La vétusté des équipements collectifs ne permet plus de repousser un vaste programme de modernisation.

Ce programme, la PFI, s'insère dans un mouvement plus large, engagé par Margaret Thatcher, de modernisation de l'administration anglaise, s'accompagnant justement d'une réduction des dépenses publiques. Le programme PFI s'inscrit dans le prolongement de cette politique de modernisation et d'économies, tout en devant paradoxalement corriger le vieillissement des infrastructures qui en est résultat.

**La principale caractéristique de la PFI est l'objectif d'un recours systématique à la délégation des activités publiques, par le moyen de contrats à la structure financière normalisée.**

Des programmes de contractualisation des activités publiques avaient déjà été entrepris dans les années quatre-vingt. Mais alors la mise en

---

18 - Voir le Livre blanc du ministère de l'environnement, du transports et des régions, *Modern Local Government. In Touch with the People*, mars 1998, paragraphe 9.2.

concurrence avec le secteur privé était surtout une incitation, une sorte de menace latente, destinée à améliorer la qualité et la compétitivité des services publics organiques, menacés de disparition. Certains textes avaient en outre été pris pour permettre la passation de contrats de travaux et de services. Mais seul le principe était adopté, il n'avait pas de caractère systématique et la structure des contrats n'était pas définie (1.1). Par l'initiative pour le financement privé, le gouvernement britannique s'engage dans une politique volontariste. Il définit la structure type de contrats à financement privé, et tente de développer son utilisation par l'incitation, y compris au moyen de subventions (1.2).

## 1.1 - Les précédents

L'une des conditions de la passation de contrats avec le secteur privé est un bénéfice en termes de coûts et de qualité. Cette recherche de la *Best Value for Money*, le meilleur rapport qualité-prix, doit évidemment se faire entre plusieurs offres du secteur privé, mais surtout entre les offres du secteur privé et du secteur public.

La généalogie du mécanisme de recherche de la *Best Value* peut être trouvée, d'abord dans les règles Ryrie, ensuite dans deux lois, de 1980 et 1988 (1.1.1).

Parallèlement à ces initiatives, et pour faciliter le recours à la délégation des activités publiques, des lois sectorielles ont été prises, qui permettent de déléguer la construction et l'exploitation des hôpitaux, des autoroutes et des ponts, ainsi que des prisons (1.1.2).

### 1.1.1 - Généalogie de la PFI

#### 1.1.1.1 - Les règles Ryrie

Dans les années quatre-vingt, la délégation contractuelle des activités publiques était soumise aux règles Ryrie (*Ryrie Rules*), exprimées en 1981. Les règles posées par Sir William Ryrie, alors haut responsable de l'administration des finances n'avaient aucun caractère contraignant. Elles ont été introduites dans un guide, adressé par le Trésor à tous les ministères.

Les règles Ryrie posaient deux conditions principales à la passation de contrats par l'administration :

- l'administration ne devait pas garantir plus de sécurité commerciale à son cocontractant que ne l'aurait fait un acheteur privé. En d'autres termes, elle ne devait subventionner ni garantir les risques financiers de son cocontractant plus que ne le veulent les pratiques commerciales habituelles.

- Par ailleurs, le contrat devait apporter des bénéfices en termes d'efficacité, une *cost-effectiveness* (efficacité des coûts). En effet, dans le cadre d'un contrat de délégation, c'est le partenaire privé qui emprunte les fonds nécessaires au financement du projet. Le prix de l'argent étant plus élevé pour le privé que pour l'administration, ce surcoût devait être compensé par une meilleure qualité de service.

Dans le contexte de l'époque, les règles Ryrie visaient à limiter le nombre des contrats, en posant des conditions restrictives à leur passation. Mais apparaît déjà le principe de *Best Value* : le recours au contrat n'est pas soumis à une décision discrétionnaire de l'administration. Il doit être justifié par un gain en qualité.

#### *1.1.1.2 - Le CCT*

Une loi de 1980<sup>19</sup> imposait déjà aux collectivités locales une mise en concurrence de leurs services internes (*Direct Labour Organisations DLO*) avec des entreprises privées pour la construction et la maintenance des immeubles et des autoroutes, la distribution d'eau et l'évacuation des eaux usées notamment.

La loi sur le gouvernement local de 1988 (*Local Government Act 1988*<sup>20</sup>) a introduit le principe du *Compulsory Competitive Tendering (CCT)* (mise en concurrence obligatoire), en étendant l'obligation de mise en

---

19 - *Local Government Planning and Land Act 1980*.

20 - *Local Government Act 1988 (1988 c 9)*, *Halsbury's Statutes of England and Wales*, volume 25 (*Local Government*), 4e édition, Londres, Butterworths, 1996, pp. 869-919.

concurrence à un certain nombre d'autres services, comme le nettoyage, les cantines, la collecte des déchets, la réparation et la maintenance des véhicules. Les autorités concernées par la mise en concurrence n'étaient plus les DLO de la loi de 1980, mais des DSO : *Direct Service Organisations*, dont la définition était plus large.

Ces obligations de mise en concurrence comprenaient notamment :

- la publication de l'offre dans au moins un journal local et un journal économique ;
- la mise en concurrence d'au moins trois entreprises plus le service en régie ;
- éviter les comportements ayant pour effet de restreindre, distordre ou empêcher la concurrence.

Mais, et là réside le point essentiel, ces obligations de mise en concurrence ne s'appliquaient que si l'administration comptait confier le contrat à une organisation interne. Le *CCT* ne s'appliquait pas lorsque les candidats étaient tous issus du secteur privé. Le *CCT* n'est donc pas tant un régime de mise en concurrence de la passation des contrats de l'administration qu'un mode de mise en concurrence avec l'administration.

La durée des contrats variait de trois à dix ans, en vertu des multiples textes d'application pris pour chaque secteur.

Le respect des obligations du *CCT* n'était pas sanctionné par un possible recours juridictionnel, mais par une possible "mise sous tutelle" de la part du ministre compétent. Après l'envoi d'une notification demandant à l'autorité de justifier un éventuel manquement aux obligations de mise en concurrence, le ministre pouvait retirer à l'autorité locale la gestion de l'activité concernée, ou la soumettre à conditions. En 1995, huit "mises sous tutelle" ont été prononcées<sup>21</sup>. Cette sanction était elle-même susceptible de recours juridictionnel. Mais aucun n'a, à ce jour, abouti.

---

21 - Chiffre fourni par Craig (P.P.), *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 4e édition, 1999, p. 139.



La loi de 1988 n'eut pas l'effet escompté d'ouverture des services publics locaux au secteur privé.

L'*Audit Commission* donne plusieurs raisons à cet insuccès, dû principalement à la réticence du secteur privé<sup>22</sup>:

- les marges de profit semblaient trop faibles, car l'administration mettait l'accent sur les coûts plutôt que sur les bénéfices ;
- la faible durée des contrats, qui ne permettait pas de rentabiliser suffisamment les investissements ;
- de mauvaises performances auraient apporté une mauvaise publicité, préjudiciable à d'autres activités des opérateurs ;
- les cocontractants n'avaient pas les compétences nécessaires en management ou en gestion du capital ;
- le risque de discrimination en faveur des services en régie, qui pouvait entraîner la perte des coûts de préparation des offres.

### **1.1.2 - Les premières lois pour la délégation des activités publiques**

Parallèlement à ces initiatives, trois lois marquent la volonté du gouvernement de déléguer certaines activités au secteur privé. Contrairement aux règles *Ryrie* et au système du *CCT*, ces lois concernent la délégation d'un ensemble de fonctions dans un secteur particulier, et non plus des contrats ponctuels de construction ou d'entretien.

#### *1.1.2.1 - La loi sur le service national de santé*

La loi sur le service national de santé de 1990 (*National Health Service and Community Care Act 1990*<sup>23</sup>) apporte une réforme importante au service national de santé instauré en 1946. Elle permet la création de trusts, se voyant confier les attributions des structures existantes. Ces trusts (*National Health Service Trusts*) ont la possibilité de passer tout contrat

---

22 - *Audit Commission, Competitiveness Tendering for Local Authority Services : Initial Experiences* et Jackson (P.M.), *Competitive Tendering for Local Government Services : Recent British Experience*, deuxième colloque international des services publics, Université de Paris Dauphine, 21 octobre 1992.

23 - *Halsbury's Statutes of England and Wales*, 3e édition, volume 30 (NHS), 1991, pp. 1005 s.

qui semble nécessaire ou utile à l'accomplissement de leurs fonctions<sup>24</sup>. Cette disposition, d'apparence anodine, va permettre en pratique de passer des contrats avec le secteur privé pour la conception, la construction ou la rénovation, l'entretien et la gestion d'hôpitaux.

L'on verra plus loin combien cette disposition, et les dispositions similaires d'habilitation, sont importantes. Les trusts, comme toutes les personnes autres que la Couronne, ne peuvent déléguer une fonction publique que si le Parlement l'autorise.

### 1.1.2.2 - La loi sur la justice criminelle

La quatrième partie et les annexes de la loi sur la justice criminelle de 1991 (*Criminal Justice Act 1991*<sup>25</sup>) permettent la délégation contractuelle (*contracting out*) à une personne privée de la réalisation et la gestion de prisons.

En vertu de l'article 84(1) de la loi, le ministre de l'intérieur peut passer un contrat avec une autre personne pour la réalisation et la gestion d'une prison, ou la gestion par un sous-contractant de la personne, d'une prison ou d'une de ses parties<sup>26</sup>.

La loi ne règle aucune des modalités de paiement, mais uniquement la distribution des pouvoirs entre l'administration et le contractant.

Une loi similaire, datant de 1994, la loi sur la justice criminelle et l'ordre public (*Criminal Justice and Public Order Act 1994*<sup>27</sup>) autorise la délégation contractuelle, excepté le pouvoir disciplinaire, des centres d'entraî-

---

24 - Article 16(1)(b) de la seconde partie de l'annexe deux de la loi : "*Subject to Schedule 3 of this Act, an NHS trust shall have power to do anything which appears to it to be necessary or expedient for the purpose of or in connection with the discharge of its functions, including in particular power... (b) to enter into such contracts as seem to the trust to be appropriate*". *Halsbury's Statutes of England and Wales*, volume 30, op. cit., pp. 1039-1040.

25 - *Halsbury's Statutes of England and Wales*, 4e édition, volume 34 (*Ports and Harbours, Post Office, Prisons and Prisoners, Prize*), 1997, pp. 795-815.

26 - "*The Secretary of State may enter into a contract with another person for the provision or running (or the provision and running) by him, or (if the contract so provides) for the running buy sub-contractors of his, of any part of a prison*".

27 - *Halsbury's Statutes of England and Wales*, 4e édition, volume 34, 1997, pp. 831-866.

nement de sûreté (*Secure Training Centers*) définis comme “les lieux dans lesquels les délinquants de plus de douze ans, et moins de dix-sept ans... peuvent être détenus, entraînés, éduqués et préparés à leur libération”<sup>28</sup>.

### 1.1.2.3 - Les lois sur les concessions

- La loi générale sur les routes à péage

Une loi de 1991, la loi sur les nouvelles routes et les travaux de voirie (*New Roads and Street Works Act 1991*<sup>29</sup>), définit le régime des accords de concession (*concession agreements*), qui sont rendus possibles par l'adoption d'une autorisation de péage (*toll order*) par le ministre des transports.

**En vertu de l'article 1 de la loi, il y a accord de concession lorsqu'une personne, en contrepartie de la conception, la réalisation, la maintenance et l'exploitation ou l'amélioration d'une route, se voit conférer le droit de percevoir des péages pour son usage**<sup>30</sup>.

Le montant des péages ne peut être limité que si l'infrastructure traverse un cours d'eau et qu'il n'existe pas d'alternative de passage proche (article 8). Ce qui signifie, *a priori*, que la fixation du montant du péage est libre si le projet ne comprend pas un pont.

Les autres dispositions de la loi règlent le transfert exact des pouvoirs au concessionnaire. Celui-ci ne bénéficie que d'un pouvoir de gestion de l'infrastructure, mais d'aucun pouvoir réglementaire (article 2(2)). L'administration conserve le pouvoir de direction, notamment sur la politique de sécurité routière, et peut imposer, aux frais et risques (le terme est de nous) du concessionnaire l'installation de toute signalisation.

---

28 - Article 43 de la loi sur la justice criminelle de 1952 (*Criminal Justice Act 1952*), *Halsbury's Statutes of England and Wales*, volume 34, p. 700.

29 - *Halsbury's Statute of England and Wales*, 4e édition, volume 20 (*Highways, Streets and Bridges*), Londres, Butterworths, 1999, pp. 481 s

30 - "...concession agreement means an agreement entered into by a highway authority under which a person (the 'concessionaire'), in return for undertaking such obligations as may be specified in the agreement with respect to the design, construction, maintenance, operation or improvement of a special road, is appointed to enjoy the right (conferred or to be conferred by a toll order under this Part) to charge tolls in respect of the use of the road".

En fin de contrat, les infrastructures retournent gratuitement au concédant (article 1(3)).

- Les lois spéciales sur les ponts à péage

Des lois particulières ont en outre été prises pour l'établissement de deux concessions de ponts à péage : le pont sur le Severn, pont à péage de cinq kilomètres reliant le Pays de Galles et l'Angleterre et qui fut achevé en 1996, et le Pont Dartford-Thurrock, dit Pont Élisabeth II.

La loi sur les Ponts sur le Severn (*Severn Bridges Act 1992*<sup>31</sup>), fut adoptée en 1992, réglant les mécanismes de l'accord de concession. Une première loi, datant de 1965, réglait déjà les conditions du contrat pour le premier pont sur le Severn.

Par la loi de 1992, le ministre des transports est autorisé à confier à des tiers la perception de péages en contrepartie de la construction du pont<sup>32</sup>.

\*  
\* \*

Ces lois sur la délégation de la construction et la gestion des hôpitaux, des prisons et des autoroutes et ponts, sauf dans le dernier cas, ne prévoient aucun des mécanismes du contrat. Elles ne rentrent pas, par ailleurs, dans le cadre d'une politique de délégation systématique. Aucune autoroute à péage n'a été réalisée depuis 1991, et la délégation des hôpitaux et des prisons n'a pris corps qu'après le lancement du programme PFI.

---

31 - *Severn Bridges Act 1992 (1992 c 3)*, *Current Law Statutes Annotated*, 1992, volume 1, chapitres 1-9, chapitre 3.

32 - Article 4 : "Where ... the Secretary of State enters into an agreement with a person for the construction by that person of the new bridge... the agreement may also provide - (a) for the power to levy tolls in respect of use of the bridges which is conferred on the Secretary of State ... to be exercisable by the person ...".

## 1.2 - Les innovations

Nous verrons que la PFI, en tant que procédé contractuel, n'introduit aucune catégorie juridique nouvelle dans le droit des contrats. Ce qui change avec la PFI par rapport aux programmes de modernisation et de réduction des dépenses qui l'ont précédée, **c'est le caractère systématique du recours à la contractualisation.**

**La délégation d'activités publiques n'est plus un mode de gestion comme un autre des activités publiques, mais le moyen privilégié par le gouvernement.** Par ailleurs l'objectif n'est plus simplement la passation de contrats, mais la passation dans des conditions nécessaires, et suffisantes à la réalisation d'économies.

Ces conditions sont les suivantes :

- avant de passer un contrat de PFI, l'administration doit définir précisément ses besoins en termes de services (ou de résultats, *outputs*), sans se préoccuper de la manière de les produire (*inputs*).
- L'administration paiera le cocontractant en fonction du service rendu (nombre de lits, qualité des repas, propreté...). Les paiements ne débutent donc que lorsque le service reçoit un commencement d'exécution, une fois l'infrastructure achevée.
- L'administration achetant en principe un service, les paiements comprendront indistinctement le remboursement de l'investissement et le prix du service. Ces paiements seront le résultat du cumul de prix unitaires appliqués à chaque type, ou unité de service. Mais le contrat peut cependant prévoir une partie fixe représentant l'investissement, et une partie variable représentant le service.

Ces mécanismes imposent un contrat de longue durée, nécessaire à l'amortissement des infrastructures.

Nous verrons qu'une loi de 1994 limite la durée des contrats de délégation d'activités publiques à dix ans. Mais, par des mécanismes qui seront exposés plus loin, les contrats de PFI des collectivités locales peuvent avoir une durée de quarante ans, et les contrats de l'administration cen-

trale et des organismes du Service National de Santé ne sont formellement soumis à aucune limite de durée.

Par exemple, le contrat DBFO pour la conception, la construction et la fourniture des services du *Barnet Hospital* (Hôpital Barnet) à Londres, signé en 1999, est d'une durée de trente-trois ans, reconductibles une fois.

Pour développer le recours à ce type de contrats, le gouvernement a mis en place un système de promotion, d'incitation, puis de contrainte.

La promotion, basée sur le principe de *Best Value for Money*, a consisté à faire la plus large publicité possible en faveur de la PFI.

L'incitation a principalement concerné les autorités locales. Depuis 1996, leurs projets peuvent bénéficier de subventions.

La contrainte, enfin, est rendue possible par le biais d'une loi sur le gouvernement local de 1999 (1.2.1).

Trois lois ont eu pour fonction d'éliminer les obstacles juridiques à la PFI : la loi sur la déréglementation et la délégation de 1994, la loi sur les contrats des autorités locales et la loi sur le financement privé du service national de santé en 1997. Ces trois lois sont incidentes à la PFI, mais leur analyse permet de constater que le système mis en place est d'une extrême stabilité. Aucune incertitude sur l'étendue du pouvoir de contracter des administrations centrale, ou locales, ne peut remettre en cause le programme PFI (1.2.2).

## **1.2.1 - La promotion de la PFI**

### *1.2.1.1 - La rhétorique de la Best Value*

Le fondement de la *Best Value* réside dans la certitude que la gestion privée entraîne des économies à long terme. Cette approche repose sur l'analyse prévisionnelle des coûts. L'administration peut, théoriquement, réaliser une infrastructure pour un coût inférieur au secteur privé, du fait notamment de taux d'emprunt plus réduits. Mais le gouvernement britannique considère que des surcoûts sont inévitables, surcoûts dus à des délais d'exécution des infrastructures, une mauvaise gestion latente, un manque d'ini-

tiative et d'innovation, l'impossibilité de réaliser des économies d'échelle.

Le but de la notion de *Best Value* est notamment de comparer gestion publique et gestion privée, au profit de cette dernière. Dans l'article suivant, Bertrand du Marais souligne à juste titre l'intérêt de la recherche d'une *Value for Money* préalablement à la passation des contrats de PFI. Mais l'analyse du gouvernement britannique semble avoir manqué d'objectivité, dans un premier temps, lorsque la comparaison entre gestion publique et gestion privée était impossible, du fait de l'absence d'indicateurs et d'exemples concrets.

Le caractère informel des règles Ryrie a permis au Trésor de les modifier en toute latitude, d'abord par le guide *Breaking New Ground* en 1993, puis par les trois guides qui l'ont suivi. Les guides se sont superposés, sans grande cohérence.

Une ligne directrice structure cependant ces différentes publications : la recherche de la *best value for money* par un transfert optimum des risques.

La notion de *best value* a remplacé la *cost-effectiveness* des règles Ryrie. Le glissement sémantique s'accompagne d'un changement de rhétorique.

La démonstration prend pour axe un instrument de comparaison entre offre publique et offre privée : le *Public Sector Comparator*<sup>33</sup> (littéralement le comparateur du secteur public ou CSP).

Le comparateur du secteur public est un indicateur du coût global de la réalisation de travaux ou de la gestion d'un service par l'administration. La recherche de la *Value for Money* consistera à comparer le CSP avec les coûts prévisibles d'un contrat de PFI.

Il est nécessaire ici de distinguer deux notions : la *Value for Money* et la *Best Value for Money*.

La distinction peut sembler *a priori* artificielle, mais elle met en lumière la dualité fonctionnelle de la notion de *Value for Money*.

---

33 - Sur le PSC, voir Treasury Taskforce, note technique n° 5, *How to construct a Public Sector Comparator*, Londres, 1999 et *Policy Statement n° 2, Public Sector Comparator and Value for Money*, Londres, 1999.

- La *Value for Money* est l'objectif fondamental de la PFI, et plus généralement de l'administration publique britannique. Elle est synonyme de meilleure utilisation des fonds publics. Il faudra prouver la *Value for Money* d'un accord PFI avant de le passer.

- La *Best Value for Money* est la recherche, une fois que la décision de contracter a été prise, du meilleur contrat possible. Cette recherche du meilleur contrat se fait par une attribution optimale des risques.

**La *Value for Money* est une étape d'audit préalable à la décision de contracter, la *Best Value for Money* est l'objectif à atteindre lors de la négociation du contrat.** Dans les publications du Trésor, les deux expressions se confondent. On peut y voir l'expression de l'*a priori* selon lequel la PFI apporte forcément une *Value for Money*.

En effet, la *Value for Money* n'est pas vue comme une condition à la passation des contrats de PFI, mais comme l'un de ses caractères inhérents. Le guide du Trésor de 1995, *Private Opportunity, Public Benefit* prend comme point de départ "la présomption claire que l'approche par le PFI sera généralement meilleure qu'une gestion selon les modes traditionnels : le meilleur management inhérent aux projets de PFI apportera un meilleur rapport qualité prix"<sup>34</sup>.

- Le transfert des risques

La notion de risque correspond à la prise en compte des conséquences d'événements éventuels, pouvant augmenter le coût de l'exécution d'un contrat. Ces risques peuvent être l'augmentation des délais de réalisation, les surcoûts liés à une mauvaise gestion, une législation imposant des règles de sécurité plus strictes...

Le transfert optimal des risques doit être le garant de la *Best Value for Money*.

---

34 - "The starting point is a clear presumption that PFI approach will generally be better than a traditional procurement ; the better management inherent in a PFI project will give better value for money". POPB, p. 18, paragraphe 3.30.

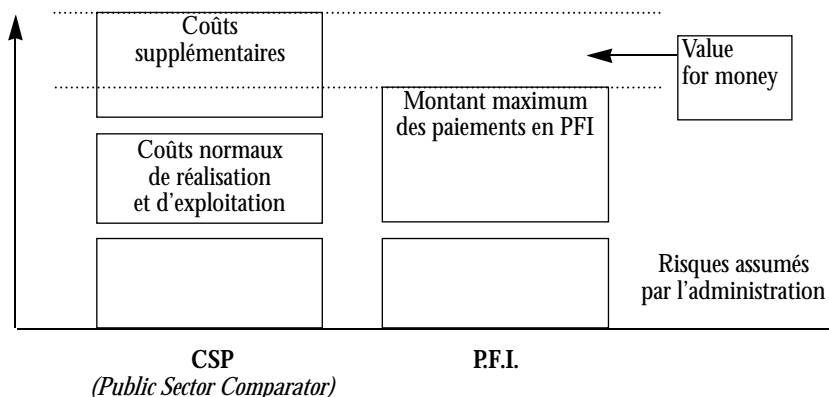


La rhétorique “ justificative ” du transfert des risques est très bien exprimée dans le chapitre 3 du guide *Private Opportunity, Public Benefit* “Transfert des risques et meilleur rapport qualité prix”.

Dans ce chapitre est développée l'idée selon laquelle le transfert de risques ne doit pas être total, mais faire l'objet d'un compromis : chaque type de risque doit être transféré à la partie la mieux adaptée pour l'assumer. Par ailleurs, un transfert de risques optimal entraîne le meilleur rapport qualité prix. Cette règle générale ne s'applique pas seulement à la comparaison de différents contrats entre eux, mais à la comparaison de la gestion de type PFI avec la “régie”. Ainsi, la recherche du transfert optimal des risques justifie automatiquement tous les contrats de PFI.

La politique de promotion du PFI a créé un axiome inattaquable.

Cet axiome est synthétisé dans un schéma, constamment reproduit.



Le guide du Trésor de 1995 établissait par exemple que, **lorsque le capital nécessaire à financer un projet selon la méthode traditionnelle était indisponible, les ministères n'avaient pas besoin de construire de CSP**<sup>35</sup>. Ce fut le cas pour la réalisation du projet immobilier de *Newcastle*, consistant au financement, à la conception, à la construction et à l'entretien intégral de bâtiments devant accueillir 13 000 agents du ministère

de la sécurité sociale. Selon le *NAO*, l'option PFI n'apporte, dans ce cas, aucune économie. Mais la *Best Value* est atteinte, car les conditions de travail se sont nettement améliorées<sup>36</sup>.

Cette succincte analyse ne doit pas laisser penser que la *Value for Money* et le CSP ne sont que des façades devant servir à justifier, sans fondement réel, les économies entraînées par les contrats PFI. Mais la distinction entre les deux aspects de la *Value for Money* semble essentielle : si la négociation contractuelle a pour fonction réelle de minimiser les coûts du contrat pour l'administration (*Best Value for Money*), la décision de contracter est dans la plupart des cas un véritable exercice de style (*Value for Money*).

### 1.2.1.2 - De l'incitation à la contrainte

#### 1.2.1.2.1 - L'incitation par des subventions

Les projets de contrats PFI développés par les autorités locales peuvent obtenir, depuis octobre 1996<sup>37</sup> le soutien financier de l'État, après examen par la Commission d'examen des projets (*Project review group, PRG*). Sur les bases des articles 16 et 40 du "décret" sur l'investissement des autorités locales (*Local Authorities (Capital Finance) Regulations 1997*), et suivant des critères fixés par le Trésor, et chaque ministère de tutelle, la commission rendra le contrat éligible à un système de subventions spécifiques destinées à couvrir la part des dépenses en capital d'un contrat de PFI.

- Les dépenses d'investissement des autorités locales

Les autorités locales financent un tiers environ de leurs dépenses de fonctionnement par des ressources propres : *Council tax* et redevances<sup>38</sup>. Le

---

35 - *Private Opportunity, Public Benefit*, op. cit., pp. 19-21.

36 - Report by the Comptroller and Auditor General, *The Newcastle Estate Development Project*, HC 16 Session 1999-2000, 25 novembre 1999, pp. 50-54.

37 - 4P's, *Calculating the PFI Credit and Revenue Support for Local Authority PFI Schemes*, mars 2000, p.3.

38 - Livre vert du ministère de l'environnement, du transport et des régions, *Modernising Local Government Finance : A Green Paper*, septembre 2000, p. 10.

reste est versé par le gouvernement, par redistribution d'un impôt sur les entreprises<sup>39</sup> et l'allocation de subventions.

Les dépenses d'investissement sont financées pour une part moins importante (18 %) par des subventions. Les autorités locales doivent donc recourir, pour un tiers de ces dépenses, à l'emprunt.

Le recours à l'emprunt est soumis à autorisation du gouvernement (*Credit approval*). C'est pour compenser la réduction des subventions et contourner les limitations de dépenses que les autorités locales ont recouru, dans les années quatre-vingt, aux techniques de créativité comptable (voir p 44). Le Royaume-Uni est reconnu pour la grande liberté laissée aux autorités locales dans l'utilisation de leur trésorerie<sup>40</sup>. Mais, d'une part, la liberté de recourir aux marchés financiers en dehors du financement spécifique d'une activité connaît des limites, d'autre part le recours à l'emprunt est strictement contrôlé par le pouvoir central.

Cette situation explique l'intérêt fondamental, pour les autorités locales, de la perception de subventions. Elle ne sont versées que si le contrat projeté est qualifié de "transaction de financement privé". Cette qualification est soumise à deux conditions : correspondre à la définition des transactions de financement privé de l'article 16 du décret sur l'investissement des autorités locales et remplir le test de la structure du contrat imposé par son article 40.

- Les transactions de financement privé

Selon l'article 16 de ce texte, déjà évoqué en introduction, sont qualifiables de transactions de financement privé les contrats par lesquels :

- le cocontractant fournit un bien devant être utilisé pour l'accomplisse-

---

39 - *La Business Tax*, impôt perçu sur les entreprises en fonction de la valeur locative de leurs locaux. Cet impôt, collecté par les autorités locales, est reversé à l'État qui procède ensuite à sa redistribution aux autorités locales *pro capita*.

40 - Cour des comptes, *La gestion de la trésorerie et de la dette des collectivités territoriales*, rapport au président de la République, novembre 1991, p. 39.

ment d'une fonction de l'autorité ;

- le cocontractant fournit les services dont le bien est le support ;
- l'administration paie un prix selon une fréquence au moins annuelle ;
- le prix payé varie en fonction de standards de qualité du service ou du taux d'usage de l'infrastructure ;
- le premier versement intervient lorsque l'administration a commencé à utiliser le bien.

On reconnaît, dans cet article, l'exacte définition des contrats de PFI.

#### ● Test de la structure du contrat

L'article 40 du décret impose le respect du "test de structure du contrat" (*Contract structure test*). Pour remplir les conditions du test, un contrat doit présenter une marge de variation potentielle du prix versé par l'administration d'au moins 20 %. En d'autres termes, les indicateurs de qualité et les échelles de disponibilité des infrastructures doivent permettre à l'administration de réduire le montant des versements à 80 % de leur maximum en cas de mauvaise exécution de la part du contractant privé. Ce test doit être le garant que les versements sont effectivement conditionnés par la qualité du service rendu ou la disponibilité des infrastructures, comme l'impose l'article 16 du même texte.

Depuis le début de l'année 2000, le test de la structure du contrat n'est plus une condition d'octroi des subventions<sup>41</sup>. Mais il est conseillé, pour être subventionné, de continuer à le remplir.

#### 1.2.1.2.2 - La contrainte par la *Best Value* ?

La *best value*, objectif à caractère général appliqué aux dépenses de l'administration, est devenue la clef de voûte du PFI. Il est maintenant un pilier du système de finances locales. La loi sur le gouvernement local (*Local Government Act 1999*), promulguée le 27 juillet 1999, remplace le système du *CCT* par celui de la *best value*.

---

41 - Local Authorities (Capital Finance) (Amendment) (England) Regulations 1999, S.I. n° 3423, regulation 2, modifiant la regulation 40 des Local Authorities (Capital Finance) Regulations 1997.

Cette loi fait de la plupart des autorités locales des autorités *best value* (*best value authorities*), soumises à l'obligation d'établir un plan annuel d'amélioration de la qualité (*best value performance plan*), résumant leurs réalisations et leurs objectifs. Ces plans doivent programmer l'accomplissement du "devoir général" des autorités best value, défini à l'article 3 : "réaliser des arrangements destinés à assurer une continuelle amélioration de la manière par laquelle [leurs] fonctions sont exercées, dans le respect des principes d'économie, d'efficacité et d'efficacité"<sup>42</sup>. Cet article 3 n'est pas une simple déclaration programmatique, mais le principe directeur d'un véritable système de contrôle de la gestion des services des autorités locales par le gouvernement. En effet, les plans annuels doivent respecter des standards de qualité fixés par le ministre de l'environnement, du transport et des régions. Ils peuvent faire l'objet d'un audit par *l'auditor*<sup>43</sup> de l'autorité, qui envoie un rapport à *l'Audit Commission* et au ministre. Ce dernier peut en outre commander une inspection, réalisée par un agent de *l'Audit Commission*. Le ministre est investi d'un pouvoir d'"injonction" ou de substitution pour l'exercice des activités des autorités locales<sup>44</sup>.

Dans toute la loi, le terme PFI n'est jamais utilisé, ni même évoqué. Mais l'on ne peut manquer de voir planer son ombre. Le terme "arrangements", utilisé à l'article 3, évoque des accords externes, et non simplement une amélioration des procédures internes. Selon la terminologie officielle du ministère de l'environnement, du transport et des régions, un "*Credit arrangement*" est "une forme de crédit qui n'implique pas l'emprunt d'argent", par exemple un "contrat apportant un crédit externe (dans le sens où il existe un délai supérieur à un an entre l'apport d'une valeur à une autorité et le paiement de cette valeur)"<sup>45</sup>. L'une des formes de *credit*

---

42 - "A best value authority must make arrangements to secure continuous improvement in the way in which its functions are exercised, having regard to a combination of economy, efficiency and effectiveness".

43 - Désigné par *l'Audit Commission* ; voir note n° 16.

44 - Article 15(6) du *Local Government Act 1999*.

45 - Ministère de l'environnement, du transport et des régions, Local Government Finance Glossary of Terms, <http://www.local.detr.gov.uk/finance/general/glossary.htm>.

*arrangement* sont les *private finance transactions*, les accords PFI définis à l'article 16 des *Local Authorities (Capital Finance) Regulations 1997*<sup>46</sup>. Par analogie, l'on peut imaginer qu'un "arrangement" destiné à réaliser des économies puisse être un contrat apportant une *best value*, comme la PFI<sup>47</sup>. Seul l'avenir pourra nous dire dans quelle mesure la *Local Government Act 1999* peut permettre de systématiser le recours à la PFI par ce qui ressemble fort à une contrainte légale.

### 1.2.2 - L'aplanissement des obstacles juridiques

Certains obstacles, d'ordre constitutionnel, ont pu entraver le développement de la PFI. Trois lois sont venues stabiliser la situation, en permettant la contractualisation de toutes les activités publiques, excepté certaines fonctions régaliennes, comme le pouvoir législatif dérivé et la justice. Il en résulte une exceptionnelle stabilité des contrats. Ces lois ont une double fonction : permettre, sur le plan constitutionnel, la délégation de toutes les fonctions publiques ; rassurer les investisseurs sur la légalité des contrats de PFI, et les mettre à l'abri d'une annulation juridictionnelle.

Nous parlons, à propos des lois qui vont être analysées, de droit constitutionnel. Ces lois concernent en effet l'organisation des pouvoirs des différentes composantes de l'administration publique anglaise.

L'exercice des pouvoirs répond au principe selon lequel tout organe autre que la Couronne (personnifiée par la Reine d'Angleterre) ne peut exercer que les pouvoirs qui lui sont expressément conférés par le Parlement.

Cette règle implique qu'il faut une autorisation du Parlement pour déléguer une fonction.

Selon Paul Craig, "**L'un des principes fondamentaux du droit administratif au Royaume-Uni est la règle interdisant la délégation des fonc-**

---

46 - *Local Authorities (Capital Finance) Regulations 1997*, art. 17.

47 - Dans ce sens, voir la circulaire 10/99 du ministère de l'environnement, du transport et des régions, *Local Government Act 1999 : Part I. Best Value*, 14 décembre 1999, spécialement les pages 45 à 49.

tions à un corps autre que celui auquel un pouvoir a été conféré par la loi (...) *delegatus non potest delegare*<sup>48</sup>.

Les contrats de PFI peuvent entraîner la délégation de fonctions publiques, conférées au gouvernement ou aux autorités locales par le Parlement. C'est pour permettre cette délégation qu'a été prise une loi de 1994. Remarquons que c'était déjà l'objet principal des trois lois évoquées de 1990 et 1991 : la préoccupation principale du gouvernement était d'autoriser, sur un plan constitutionnel, la délégation des activités publiques.

### *1.2.2.1 - La délégation des activités publiques*

Le Parlement a pris, en 1994, la loi sur la déréglementation et la délégation<sup>49</sup> : cette loi lève la plupart des obstacles légaux à la contractualisation des fonctions publiques<sup>50</sup>.

Comme nous l'avons vu, des lois antérieures, dans des domaines spécifiques, avaient déjà autorisé la contractualisation des activités publiques. Mais par son caractère général, la loi de 1994 est le texte fondamental en la matière.

Cette loi n'autorise pas directement la contractualisation des activités publiques, mais habilite les ministres à prendre un acte réglementaire (*order*) autorisant leur délégation contractuelle.

Ces autorisations peuvent concerner les fonctions des agents de l'administration centrale, comme de ceux des autorités locales.

---

48 - Craig (Paul), "The Contract State : Administrative Law Revisited", in : Fortin (Yvonne), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, Paris, L'Harmattan, 1999, pp. 359-374, p. 368.

49 - *Deregulation and Contracting Out Act 1994. Current Law Statutes* Londres, Sweet & Maxwell, 1994, vol. 3, chapitre 40.

50 - Sur cette loi, voir : Arrowsmith (Sue), *The Law of Public and Utilities Procurement*, op. cit., pp. 26-27 ; Freedland (Mark), "Privatising *Carltona* : Part II of the Deregulation and Contracting Out Act 1994", *Public Law*, 1995, pp. 21 s. Voir en outre Craig (P.P.), *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 4e édition, 1999, pp. 125-133.

Certaines fonctions, cependant, sont exclues de toute possibilité de contractualisation. Ces exclusions, énumérées à l'article (*section*) 71, sont les suivantes :

- l'exercice d'une fonction juridictionnelle ;
- lorsque l'exercice ou l'échec dans l'exercice d'une fonction interférerait nécessairement avec, ou affecterait une liberté individuelle ;
- l'exercice des pouvoirs ou droits d'entrer, chercher ou saisir et confisquer une propriété, à l'exception de certains pouvoirs de lever des taxes, charges, etc. limitativement énumérés ;
- le pouvoir ou le devoir d'émettre de la législation dérivée, c'est-à-dire l'exercice du pouvoir réglementaire.

La durée de l'autorisation de déléguer ne peut excéder dix ans<sup>51</sup>. Mais nous avons vu que les contrats de PFI sont d'une durée bien supérieure. Un texte réglementaire permet aux autorités locales, dans des conditions que nous allons examiner, de passer des contrats certifiés par l'administration centrale, d'une durée de quarante ans. Par ailleurs, la limite de dix ans fixée par la loi de 1994 ne concerne que les contrats ayant fait l'objet d'un *order* ministériel. Or l'édition d'un tel acte n'est nullement obligatoire. C'est une garantie, qui ne sera utilisée que pour s'assurer que des services régaliens sont légalement délégués. La plupart du temps, l'administration centrale passe les contrats de PFI en vertu de ses *prerogative powers*.

Aucune jurisprudence n'est venue préciser les limites exactes des activités pouvant faire l'objet d'un *order* ministériel. Ainsi, les activités de gardiennage des prisons ne sont pas considérées comme affectant une liberté individuelle. Ce qui est certain, c'est que **toutes les activités qui peuvent faire aujourd'hui l'objet d'une délégation au secteur privé en France, peuvent a fortiori être déléguées en Angleterre**. Par exemple, tandis que la loi française n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pén-

---

51 - Sauf si le contrat est certifié, en vertu de l'article 9(1) du *Local Governmenet (Contracts) Act 1997*. Voir infra, pp. 45 s.



tentaire permet la création de contrats de conception-construction, et que le service de cantine ou le fonctionnement des bâtiments peuvent être confiés au secteur privé, au Royaume-Uni peut être délégué le gardiennage des prisons, avec le financement, la conception, la construction et surtout la gestion de l'établissement<sup>52</sup>, en vertu de la loi sur la justice criminelle (*Criminal Justice Act 1991*), que la loi de 1994 ne remet pas en cause.

Ou encore, en France, l'hébergement médicalisé des malades ne peut être assuré, en "vertu des articles L. 711-1, L. 711-2 et L. 712-8 du code de la santé publique, que par un établissement de santé, public ou privé, dûment autorisé, et non par une personne privée quelconque"<sup>53</sup>. Par contre en Angleterre, la loi de 1990 sur le système national de santé et la loi sur le financement privé du système national de santé de 1997 (voir p.48, dernier paragraphe), ainsi que la loi générale de 1994, sont autant de garanties de la délégabilité des fonctions.

Présentée comme un ensemble de dispositions purement techniques lors des débats parlementaires, la seconde partie du *Deregulation and Contracting out Act 1994* soulève cependant les inquiétudes d'une partie de la doctrine britannique<sup>54</sup>. Selon Mark Freedland<sup>55</sup>, rien n'empêche désormais de confier au secteur privé la gestion du registre du commerce ou de l'état civil. En termes français, l'auteur y voit une possibilité de dislocation de la puissance publique.

Ce qui compte, pour la délégation des activités publiques, n'est pas la nature de l'activité, mais l'origine du pouvoir de déléguer. La doctrine, et

---

52- C'est déjà le cas, par exemple, des prisons d'Agecroft, Bridgend et Fazarkley. Voir Private Finance Panel, *Report on the procurement of custodial services for the DCMF Prisons at Bridgend and Frakerley*, Londres, H.M. Prison Service, 1996.

53 - CE, section sociale, avis du 16 juin 1994, *EDCE*, 1994, p. 369.

54 - Freedland (Mark), "Privatising *Carltona*", *op. cit.* ; Craig (Paul), "The Contract State : Administrative Law Revisited", *in* : Fortin (Yvonne), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, Paris, L'Harmattan, 1999, pp. 359-374.

55 - *op. cit.*, p. 23.

une partie du Parlement, soulignent qu'existe un ensemble de pouvoirs régaliens (*core functions*) dont la nature même semble exclure la délégation. Mais cette exclusion, si elle est inscrite dans la loi de 1994, n'a aucun caractère intangible. Un simple amendement suffirait à rendre déléguables toutes les fonctions juridictionnelles, y compris celles de la Chambre de Lords. Paul Craig aborde cette hypothèse, et évoque l'idée d'un refus d'application de la loi par le juge. Le caractère extrême de la solution s'accorde avec le caractère extrême de l'hypothèse.

Au-delà des craintes, juridiquement fondées, que font naître ces cas limites, il faut noter par ailleurs la limpidité de la loi anglaise. Aucune incertitude ne pèse sur le pouvoir de déléguer.

#### 1.2.2.2 - *Rassurer les investisseurs*

Deux lois ont cependant été nécessaires afin de "colmater" les brèches juridiques qui subsistaient. Ces lois ont été nécessaires pour rassurer un milieu financier, inquiet des conséquences d'une annulation juridictionnelle sur le sort des garanties financières qui leur étaient accordées.

##### 1.2.2.2.1 - Les contrats des autorités locales

Une série de décisions de la Chambre des Lords a posé des limites à la liberté contractuelle des autorités locales.

Les décisions *Hammersmith*<sup>56</sup>, puis *Waltham Forest*<sup>57</sup> et *Allerdale*<sup>58</sup> ont annulé trois contrats, passés en excès de pouvoir<sup>59</sup>. Ces trois décisions

---

56 - *Hazell v. Hammersmith and Fulham L.B.C.*, *All England Law Reports*, 1991, 1, pp. 545 s.

57 - *Crédit Suisse V. Waltham Forest London Borough Council*, *All England Law Reports*, 1996, 4, pp. 176 s.

58 - *Crédit Suisse v. Allerdale Borough Council*, *All England Law Reports*, 1996, 4, pp. 129 s.

59 - C'est-à-dire *ultra vires*. L'analyse des recours juridictionnels de droit public en droit anglais dépasse largement le cadre de cette étude. Pour une étude du *judicial review*, "contentieux de droit public", voir notamment Flogaïtis (Spyridon), *Administrative Law et Droit Administratif*, Paris, L.G.D.J., 1986, pp. 137-235 ; Fredman (Sandra) et Morris (Gillian S.), "The Costs of Exclusivity : Public and Private Re-examined", *Public Law*, 1994, Printemps, pp. 69 s. ; Kinder-Gest (Patricia), *Droit anglais - Institutions politiques et judiciaires*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 343-346 ; McEldowney (John F.), *Public Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2e édition, 1998, pp. 502 s. ; Tanney (Anthony), "Procedural exclusivity in Administrative Law", *Public Law*, 1994, Printemps, pp. 51-68.

sont intervenues pour mettre fin aux pratiques comptables douteuses d'un grand nombre d'autorités locales qui, sans être illégales, contournaient les limitations de dépenses imposées par le gouvernement. L'ensemble de ces pratiques a été réuni sous le vocable de "comptabilité créative"<sup>60</sup>.

Dans l'affaire *Hammersmith*, la Chambre des Lords a annulé un accord d'"échange de taux d'intérêts dans un but spéculatif" (*interest rate swap*). Lord Tempelman, suivant la position du juge de première instance, a considéré que des accords financiers ne peuvent se rattacher à aucune des fonctions d'une autorité locale, même s'ils ont pour objectif d'augmenter leurs ressources.

Cette première jurisprudence ne remettait pas en cause les contrats de travaux et de services passés par les autorités locales. Les affaires *Allerdale* et *Waltham Forest* sont, par contre, beaucoup plus restrictives. Dans l'affaire *Allerdale*, l'autorité locale avait créé une société à responsabilité limitée pour construire et gérer une piscine municipale, garantissant ses emprunts. Cette technique lui permettait d'échapper au contrôle des dépenses et d'obtenir cependant les meilleurs taux d'intérêt. Les emprunts de la compagnie ainsi créée devaient être remboursés par la vente et la location d'emplacements. Mais la commercialisation d'espaces n'eut pas le succès escompté, et la compagnie fut mise en liquidation en 1990. La banque prêteuse, le Crédit Suisse, se retourna contre l'autorité locale. La Chambre de Lords considéra que le Conseil *d'Allerdale* ne pouvait garantir les emprunts contractés par la société à responsabilité limitée, même si elle gérait un service entrant dans les attributions de l'autorité locale. Cette jurisprudence, ainsi que l'arrêt *Waltham*, du même jour, rendaient illégales la plupart des garanties d'emprunts accordées par les autorités locales.

Ces jurisprudences mettent en lumière deux points fondamentaux.

---

60 - V. Loughlin (Martin), "Innovative financing in local government : the limits of legal instrumentalism", *Public Law*, 1990, 1ère partie pp. 372-408, 2e partie pp. 568-599.

D'une part, la liberté d'emprunter des collectivités locales est limitée. Si les accords financiers, dans les affaires *Allerdale* et *Waltham Forest* ont été annulés, c'est parce qu'ils représentaient un détournement du mécanisme des autorisations d'emprunt, accordées par un ministre (*secretary of state*), en fonction des autorisations de dépenses, elles-mêmes limitées. Ces jurisprudences illustrent donc plus les mécanismes budgétaires des collectivités locales que leur liberté contractuelle.

Mais, et c'est le deuxième point, si la jurisprudence de la Chambre des Lords a permis de juguler les pratiques de comptabilité créative, les conséquences de ces annulations pouvaient être paradoxalement plus gênantes pour les finances locales que l'assainissement qu'elles imposaient. En effet, l'origine exacte des illégalités importe peu aux prêteurs. Seules comptent les conséquences de l'annulation. Or la reconnaissance de l'incapacité de l'autorité locale à contracter entraîne l'inapplicabilité de la garantie accordée. **C'est cette conséquence, préjudiciable à l'image des autorités locales auprès des milieux financiers, qui a préoccupé les autorités britanniques.**

- Une loi de garantie des apports de fonds

C'est pour rassurer les milieux financiers qu'ont été pris la loi sur les contrats du gouvernement local de 1997 et ses "décrets" d'application<sup>61</sup>.

L'article 1(1) de la loi sur les contrats du gouvernement local confère aux autorités locales une compétence générale pour contracter afin d'accomplir toutes leurs missions statutaires. L'article 1(2) confère également une compétence expresse aux autorités locales en ce qui concerne les relations avec les sociétés de financement (*financier*). Les termes de cet article sont très précis et visent exclusivement les accords :

- entre une collectivité locale et un établissement de crédit ;
- lorsque cet établissement de crédit réalise un prêt au profit exclusif du cocontractant de l'administration.

---

61 - *Local Government (Contracts) Act et les Local Authorities (Contracts) Regulations 1997* S.I. 1997, n° 2862.

Cette dernière précision exclut donc du champ d'application de la loi les accords financiers passés entre un établissement de crédit et une collectivité locale en dehors de la réalisation d'une de ses missions statutaires. Cette exclusion permet de ne pas légaliser les pratiques purement spéculatives qui ont été sanctionnées par la jurisprudence *Hammersmith* et ne vise que les accords tripartites dans lesquels l'administration n'est pas directement bénéficiaire des prêts, comme dans le cas *Allerdale*.

L'article 2, le plus original, établit un système de certification des contrats.

- Le principe de certification

Par le certificat, l'autorité locale garantit qu'elle avait les pouvoirs de passer le contrat. Aux termes de l'article 2(1), lorsqu'une autorité locale passe un contrat, ce contrat, s'il est certifié dans les six semaines de sa passation, a effet, et est réputé avoir toujours eu effet, dans le cadre des compétences légales de l'autorité.

Aux termes de l'article 3(2), le certificat doit :

- (a) contenir les détails de la période d'exécution du contrat,
- (b) contenir l'objet du contrat,
- (d) établir que l'autorité avait ou a le pouvoir de contracter et préciser les dispositions statutaires (légales et réglementaires) qui lui confèrent ce pouvoir.

Une copie du certificat doit notamment être envoyée à "l'officier" de contrôle de l'autorité et à l'auditeur. Ce mécanisme crée une sorte de contrôle de légalité *a priori* des contrats de PFI, qui se cumule avec le contrôle financier réalisé par la commission de sélection chargée de l'attribution des subventions (voir *supra*).

- Les effets de la certification

La certification a des effets sur le régime des contrats de l'administration. En effet, l'article 9(1) pose une dérogation expresse à la limite de durée des contrats portant délégation à une personne privée de fonctions publiques établie par l'article 70 du *Deregulation and Contracting Act*

**1994. La durée posée par cette loi est de dix ans. L'article 9(1) du Government (Contract) Act 1997 permet de passer des contrats certifiés d'une durée de quarante ans.**

Sur le plan contentieux, les effets donnés à la certification ne bloquent pas tout recours à l'encontre des contrats passés par les autorités locales, mais ils répondent point par point aux risques que faisaient peser sur les sociétés de financement la jurisprudence *Allerdale*.

La "validation" des compétences de l'autorité locale ne s'applique qu'aux parties au contrat principal ou au contrat accessoire de financement. En effet, aux termes de l'article 2(7), la certification n'a pas d'effet à l'égard des parties étrangères au contrat, notamment en ce qui concerne les obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire. **Le certificat a une fonction de protection des apporteurs de fonds.** La position de ces derniers, dans le cadre d'un contrat annulé pour excès de pouvoir était inconfortable. Aucun mécanisme précis n'était prévu pour l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause à l'encontre des personnes publiques.

Aux termes de l'article 6(1), aucune décision prise par un juge dans le cadre d'un recours contentieux de droit public (*judicial review*) ne peut affecter la validité des clauses d'indemnisation d'un contrat certifié.

Cependant, au cas où le juge aurait tout de même annulé les clauses d'indemnisation, l'article 7 pose un principe légal d'indemnisation. **Cet article est l'un des sommets du dispositif défensif imaginé par le législateur britannique pour garantir la sécurité des cocontractants de l'administration.** La loi donne aux accords financiers annexes aux contrats de travaux et services des autorités locales une stabilité remarquable.

**Bien plus, la loi laisse au juge l'opportunité de ne pas annuler le contrat.** Aux termes de l'article 5(3), si une cour constate que l'autorité locale était incompétente, elle a l'opportunité de ne pas annuler le contrat, en raison des conséquences que pourrait avoir cette annulation.

Cet article fait application de la suggestion, rejetée par le juge de pre-

mière instance dans l'affaire *Allerdale*, d'une *judicial discretion*, c'est-à-dire du pouvoir discrétionnaire laissé au juge de décider qu'un contrat passé en excès de pouvoir ne doit pas être annulé.

1.2.2.2.2 - La loi sur le financement privé du service national de santé de 1997

La jurisprudence *Allerdale* ne semble pas avoir inquiété que les cocontractants des autorités locales. La méfiance des investisseurs s'est étendue aux trusts du service national de santé qui, comme toutes personnes créées par la loi, ne peuvent bénéficier que d'une autorisation législative pour exercer, et déléguer une fonction publique.

La situation est très bien résumée par une note sous le texte qui a été pris pour rassurer les investisseurs, la loi sur le financement privé du service national de santé (*National Health Service (Private Finance) Act 1997*<sup>62</sup>) : "Cette loi remplit un engagement du manifeste du parti travailliste à l'élection générale de 1997 de lever tout doute sur les pouvoirs d'un trust *NHS* pour passer un contrat sous l'initiative pour le financement privé (PFI), qui a été introduite en 1992 pour assurer une source supplémentaire de financement pour le service national de santé... Le pouvoir de passer des contrats PFI n'est pas explicitement mentionné par la législation instituant les trusts *NHS*, ce qui avait été un sujet d'inquiétude pour ceux-ci et pour les pourvoyeurs de fonds. La possibilité de prendre un acte réglementaire a été explorée [en vertu de l'habilitation générale de déléguer de la loi sur la déréglementation et la délégation de 1994], **mais les banques et autres établissements de crédit ont fait clairement savoir que seule une loi effacerait leurs inquiétudes**"<sup>63</sup>.

---

62 - *Halsbury's Statutes of England and Wales*, supplémentaire, volume 30, pp. 175-176.

63 - *op. cit.*, note générale, p. 176.

## II - LA PFI, PROCÉDÉ CONTRACTUEL

Le système juridique anglais n'a nécessité que peu d'adaptations pour accueillir la PFI. Des soubresauts jurisprudentiels vite jugulés, quelques dispositions budgétaires ; voilà toutes les modifications qui ont été apportées. Cet ascétisme légal s'explique par l'unicité du droit anglais. Les contrats de DBFO sont des contrats de *Common Law* ; leur régime d'exécution ne permet donc pas de les distinguer des contrats passés entre deux personnes privées. Les particularités de la PFI au regard du droit français sont avant tout celles du contrat de *Common Law*. Le contrat en lui-même est un sanctuaire, dans lequel ni l'expansion constante des règles de droit public (*public law*), ni l'initiative pour le financement privé n'ont mis le pied.

### 2.1 - Identification du contrat

Si nous utilisons le terme DBFO, c'est que la majeure partie des contrats de PFI sont des contrats de conception, réalisation, financement et gestion d'une infrastructure et du service dont elle est le support. Cette qualification ne préjuge en rien le contenu de tous les contrats de PFI, qui peuvent aussi bien être des contrats RFO (rénover, financer, exploiter : *Renovate, Finance, Operate*). Le contrat de PFI est un contrat fonctionnel : son régime juridique ne dépend d'aucune catégorie déterminée ; les règles qui lui sont appliquées sont les règles de droit commun ; sa dénomination reflète exactement son contenu. La description des contrats PFI est donc avant tout pragmatique : il n'existe pas de régime juridique préétabli, dont on pourrait donner une définition *in abstracto*. Décrire le contrat PFI revient à décrire les contrats déjà signés, avec l'aide des guides du Trésor qui en déterminent les clauses essentielles.

#### 2.1.1 - Le contrat de PFI, un contrat de common law

Il n'existe pas, en *Common Law*, de distinction entre contrats de droit public et de droit privé. Cependant, la doctrine britannique analyse de plus en plus attentivement l'influence des règles de droit public (*public*



*law*) sur le droit des contrats<sup>64</sup>. Cette analyse concerne notamment le régime contentieux, dont l'étude dépasse amplement le cadre de cet article. Mais, dans tous les cas, les influences du droit public anglais sur le contrat ne signifient pas que se constitue un régime du contrat public. Le régime général des contrats de l'administration est le régime de droit commun, régi par deux règles : la liberté de contracter, l'inviolabilité du contrat (*freedom of contract* et *sanctity of contract*).

La qualité particulière de l'administration avait, avant les lois d'habilitation évoquées en première partie, une conséquence sur la liberté de contracter : les fonctions publiques ne pouvaient pas être déléguées en l'absence d'une autorisation législative. La *Freedom of contract* est désormais entière, en dehors des domaines strictement régaliens.

La *Sanctity of Contract*, l'inviolabilité du contrat, est absolue. N'ont aucune influence sur le régime du contrat la qualité particulière de l'administration, et la longue durée du contrat.

L'inviolabilité impose que toutes les circonstances pouvant altérer les conditions d'exécution du contrat soient prévues. Les mécanismes qui, en France, sont appliqués aux contrats administratifs par le juge administratif, doivent être prévus, au Royaume-Uni, dans le contrat. C'est l'une des raisons pour lesquelles la *Common Law* est marquée par la pratique du contrat complet, par opposition aux contrats incomplets élaborés en France.

L'inviolabilité a des conséquences à l'égard des deux parties :

- tout comme la Cour de cassation<sup>65</sup>, le juge anglais s'est toujours refusé

---

64 - Sur l'immixtion croissante de la *public law* dans la *contract law*, voir Arrowsmith (Sue), "Judicial Review and the Contractual Powers of Public Authorities", *The Law Quarterly Review*, vol. 106, avril 1990, pp. 277-292 ; Beatson (Jack), "Finessing substantive 'public law' principles into 'private law' relations", *Acta Juridica* (Cape Town), 1997, pp. 1-25 ; "Public Law influences in Contract Law", in : Beatson (Jack) et Friedmann (Daniel) (éd.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 263-288.

65 - Cass. Civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, D. 1876.I.193, S. 1876.I.161 : "l'article 1134 étant un texte général et absolu, il n'appartient pas aux tribunaux, quelle qu'équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties".

à modifier les conditions financières d'exécution d'un contrat en cas de renchérissement pour l'une des parties<sup>66</sup>. Il n'existe pas, en droit anglais, de théorie de l'imprévision, ni de théorie de fait du prince ou des sujétions imprévues.

- Mais surtout, l'administration ne peut pas modifier le contrat de manière unilatérale. Il n'existe pas de mutabilité des contrats de *Common Law*.

- L'immutabilité des contrats anglais

Par deux arrêts, *Gaz de Deville-lès-Rouen* de 1902<sup>67</sup> et *Compagnie générale française des tramways* de 1910<sup>68</sup>, le Conseil d'État français a établi la théorie de la mutabilité des contrats administratifs. Selon le principe de mutabilité, l'administration possède un pouvoir de modification unilatérale, dans l'intérêt du service public, mais toujours avec l'indemnisation au profit du concessionnaire des pertes subies et du manque à gagner.

Le contrat de *common law* étant inviolable, le principe de mutabilité n'existe pas au Royaume-Uni.

Les modifications des conditions d'exécution du contrat peuvent être négociées lors de rencontres régulières entre les parties. Mais rien ne garantit alors que les besoins nouveaux de l'administration seront satisfaits. **Les prévisions de l'évolution technique ou des besoins du service devront être intégrées au contrat.**

Par exemple, une clause de modification est incluse dans le contrat d'éclairage public du quartier londonien de Brent<sup>69</sup>, qui permet l'adaptation des spécifications aux besoins. Les changements sont répercutés dans

---

66 - Lamberterie (I. de), "Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée - Rapport français", in : Tallon (Denis) et Harris (Donald) (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises* Paris, LGDJ, 1987, pp. 223-224 ; Marsh (P.D.V.), *Comparative contract law. England, France, Germany* Gower, 1993, pp. 332-334.

67 - C.E., 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, S., 1902.3.17 ; *GAJA*, 12e édition, pp. 54 s.

68 - C.E., 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, D. 1912.3.49 ; *GAJA*, 12e édition, pp. 134 s.

69 - 4P's, Brent Council, *A case study on the first street lighting PFI scheme*, Londres, LGA, 1999.

le prix unitaire. Des conditions similaires sont prévues dans le contrat DCMF de la prison d'Agecroft<sup>70</sup>.

Dans ce cas, la mutabilité est contractualisée.

Par contre, dans le contrat de l'école de Colfox, dans le Dorset, la clause de révision prévoit que le cocontractant de l'administration n'est pas obligé d'accepter les modifications, et que l'administration n'est pas liée, en cas d'acceptation, par le nouveau tarif demandé. Les conflits sont soumis à un expert désigné en commun par les parties.

- Le contrat anglais, un contrat fonctionnel

L'exemple de la théorie de la mutabilité n'épuise pas les différences entre les contrats de l'administration britannique et les contrats administratifs français.

Ces différences pourraient être résumées dans l'idée selon laquelle l'équilibre économique du contrat et les contraintes d'intérêt général doivent être intégrées au contrat.

En effet, quelle que soit la force du principe d'inviolabilité, l'administration n'est pas un contractant comme les autres et "Malgré l'absence d'une construction originale des contrats administratifs, la gestion des services publics pose nécessairement en Grande-Bretagne les mêmes problèmes pratiques qu'en France"<sup>71</sup>.

L'analyse attentive des contrats de PFI pourrait démontrer que de nombreuses clauses ont pour objet de pallier l'absence d'un régime juridique de droit public.

Les clauses de répartition des risques législatifs et réglementaires, en particulier, font apparaître des similitudes flagrantes avec la théorie du fait du prince, en ce que les conséquences pécuniaires des textes spécifiquement liés à l'activité concernée sont prises en charge par l'administration.

70 - Ministère de l'intérieur (*Home Department*), conditions essentielles du contrat DCMF pour le gardiennage de la prison de Agecroft (document sans valeur contractuelle).

71 - Flamme (Maurice-André), *Traité théorique et pratiques des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, tome 1, 1969, p. 109.

Par contre, les conséquences pécuniaires des textes de portée générale seront à la charge de l'exploitant.

Nous avons vu, par ailleurs, que les contrats de PFI tendent à insérer des clauses attribuant à l'administration anglaise un pouvoir de modification unilatérale des conditions d'exécution du contrat, contre une juste indemnisation du cocontractant.

Le Conseil d'État a conçu l'équilibre économique du contrat comme la contrepartie des contraintes entraînées par l'obligation de continuité du service public mais aussi comme la condition même de cette continuité.

La pratique de la PFI tend à assurer une répartition équilibrée des risques, et aménage des clauses spécifiques permettant à l'administration d'imposer des modifications aux conditions d'exécution du contrat, moyennant compensation du cocontractant (la plupart du temps par l'augmentation des tarifs).

La préoccupation de continuité du service public rejoint le souci d'efficacité économique. L'objectif final est toujours le même : ne pas décourager le partenaire privé.

Mais aussi loin que l'on puisse pousser la comparaison, une distinction fondamentale sépare le régime juridique des contrats administratifs français et celui des contrats de PFI : **les contrats français doivent être construits dans les limites d'un cadre juridique préétabli, tandis que le régime juridique des contrats de PFI s'adapte très exactement à leurs besoins.** C'est pourquoi les contrats de PFI ne sont jamais appelés par les parties "PFI".

Nous l'avons assez rappelé, la PFI n'est qu'un programme. Les contrats qui en sont l'objet sont souvent des DBFO. Mais toute autre qualification peut leur être donnée, en fonction de leur objet exact.

### **2.1.2 - La qualification des contrats de PFI en droit français**

Les contrats de PFI sont souvent analysés comme le versant anglais du METP<sup>72</sup>. La filiation est évidente ; il semblerait même que Margaret

---

72 - Voir par exemple : "PFI : le METP à la mode britannique", Le Moniteur des travaux publics, 18 février 2000.

Thatcher ait décidé de lancer le programme PFI sur les conseils de spécialistes de grands groupes français de la gestion des services publics<sup>73</sup>. Au-delà de l'anecdote, les points de comparaison sont multiples, et principalement :

- PFI et METP sont des contrats de longue durée à paiement public ;
- le partenaire privé se voit confier la construction ou la rénovation d'une infrastructure et la gestion d'un service (service public en France) dont elle est le support.

Mais il existe, nous l'avons vu, autant de contrats de PFI que de montages juridiques et financiers permis par le droit anglais.

Les PFI peuvent être des *financially freestanding* comme les ponts à péage sur le Severn ou le pont Élisabeth II. La qualification de concession en droit français est assez évidente, nous ne nous y attarderons pas.

Par contre la question est plus délicate en ce qui concerne les contrats à paiement public.

Il existe, au sein de ces contrats de PFI, deux catégories distinctes : les contrats dont le paiement est directement lié à la fréquentation de l'infrastructure (ou, autrement analysé, au niveau d'utilisation du service), et les contrats dont les résultats sont conditionnés par la qualité du service rendu.

Dans la première catégorie, nous pouvons ranger les autoroutes à péage fictif.

Dans la seconde catégorie se trouvent tous les autres contrats de PFI, notamment les DCMF de prisons et les DBFO ou RFO d'écoles, d'hôpitaux et d'éclairage public.

Ces deux types de contrats pourraient se voir appliquée une qualification différente : conventions de délégation de service public ou marchés d'entreprise de travaux publics.

### 2.1.2.1 - PFI et conventions de délégation de service public

#### 2.1.2.1.1 - Les PFI à risque de fréquentation

Dans un article récent, Didier Linotte et Bruno Cantier analysent la nature des contrats d'autoroutes à péage fictif (*Shadow Toll*) en droit communautaire et français<sup>74</sup>. Les contrats de *Shadow Toll* seraient qualifiés, en droit français, de conventions de délégation de service public.

Le contrat de *Shadow Toll* est le contrat par lequel l'administration confie à son cocontractant la réalisation et la construction, ou la rénovation, ainsi que l'exploitation d'une infrastructure (pont ou autoroute), et dont la rémunération est versée directement par l'administration, en fonction de l'usage réel de l'ouvrage<sup>75</sup>. Toutes les autoroutes ou tronçons d'autoroutes réalisés dans le cadre du programme PFI (au moins huit à ce jour) sont des DBFO à paiement par péage fictif.

La définition de la notion de convention de délégation de service public donnée par les arrêts du Conseil d'État *Commune de Guilhaud-Granges*<sup>76</sup> et *SMITOM*<sup>77</sup>, fait d'une rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation le critère essentiel de la convention de délégation de service public, dès lors que l'objet du contrat est bien l'exploitation d'un service public (ce qui est le cas d'une autoroute).

Il subsiste une ambiguïté sur le sens exact de "résultats d'exploitation". Prise dans un sens étroit, l'expression pourrait signifier qu'il n'y a risque d'exploitation que si les résultats sont liés aux recettes directement perçues sur l'usager. Mais, comme le soulignent Didier Linotte et Bruno Cantier, dans le cas du péage fictif, l'administration joue très exactement

---

74 - Linotte (Didier) et Cantier (Bruno), " 'Shadow Tolls' : le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels ", *AIDA* 2000, n° 11, pp. 863-872.

75 - Pour une description complète, voir : Private Finance Panel - Highways Agency, *DBFO - Value in roads - A case study on the first eight DBFO road contracts and their development*, Londres, Highways Agency, 1997.

76 - CE 7 avril 1999, *Commune de Guilhaud-Granges*, *BJCP* 1999, p. 456, concl. Bergeal (C.), note Rémy Schwartz.

77 - CE 30 juin 1999, *Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères du centre-ouest seine-et-marnais* ; *CJEG* 1999, p. 344, concl. Bergeal (C.).

le rôle des usagers, en ne versant des péages que pour un trajet effectivement effectué sur l'infrastructure.

Une rémunération exclusivement versée par l'administration ne semble pas constituer un obstacle à la qualification de convention de délégation de service public. Comme l'indique Catherine Bergeal, dans ses conclusions sur l'arrêt *Guilherand-Granges*, "un transporteur assume un risque dès lors que sa rémunération, qu'elle soit directe ou qu'elle transite par la collectivité, dépend directement du nombre de voyageurs qu'il prend en charge"<sup>78</sup>.

Dès lors que la rémunération dépend directement de la fréquentation de l'infrastructure, l'exploitant assume une véritable risque d'exploitation, bien que sa rémunération soit intégralement versée par l'administration et ne provienne pas, même indirectement, d'un prix payé par l'utilisateur.

#### 2.1.2.1.2 - Les PFI à risque de qualité

Une autre catégorie de contrats de PFI, les plus nombreux, ne font pas à proprement parler courir au cocontractant un risque d'exploitation. Ses résultats d'exploitation ne sont pas liés à la fréquentation de l'infrastructure ou à l'utilisation du service. Comme nous l'avons déjà exposé, la fréquentation des écoles ou des prisons ne dépendant pas directement de l'exploitant mais du pouvoir de direction de l'administration, ce risque ne sera pas assumé par l'exploitant : **les paiements ne seront pas liés à l'utilisation réelle du service, mais à son utilisation potentielle. Mais, sur un plan purement comptable, le résultat de l'exploitant est soumis à des variations qui dépendent directement de la qualité du service rendu.**

Ces contrats à risque de qualité font peser sur l'exploitant un risque très lourd, lié à l'importance des pénalités pouvant être appliquées par l'administration.

Par ailleurs, pèse sur l'exploitant le risque d'indisponibilité (*unavailability*) : l'infrastructure ou le service indisponibles ne seront pas payés.

---

78 - Conclusions Bergeal sur CE 7 avril 1999, Commune de Guilherand-Granges, loc. cit., citées par Linotte (D.), op. cit.

Ces deux règles sont appliquées avec une rigueur extrême, car chaque surface d'un bâtiment présentant une unité fonctionnelle propre se voit appliquer l'*unavailability*. Chaque service est lui-même divisé en unités. Les sanctions, quant à elles, portent sur chaque élément identifié dans le contrat.

Ainsi, si une salle de classe ou un bureau ne sont pas éclairés, leur surface sera retranchée du total des paiements. Chaque ampoule doit être changée dans un délai précis, dont le dépassement entraîne l'application d'une sanction forfaitaire. Le cumul de ces sanctions peut représenter une diminution des paiements importante.

L'on a vu que les autorités locales britanniques ne pouvaient, jusqu'à très récemment, être élues au système de subvention que si leur contrat présentait une variation potentielle du montant des versements d'au moins 20 %<sup>79</sup>.

L'on peut considérer qu'il y a risque d'exploitation pour le cocontractant, dans le sens où son résultat d'exploitation peut connaître des variations importantes. Mais ce type de risque ne lie pas, à moins d'une interprétation excessivement extensive, la rémunération aux résultats de l'exploitation au sens où semble l'entendre le Conseil d'État.

Pour reprendre les conclusions de Catherine Bergeal sur l'arrêt *Guilherand-Granges*, il semblerait que la notion de résultats soit une notion fonctionnelle, permettant de reconnaître – à défaut de meilleur critère – l'existence d'un risque lié à l'exploitation.

Cette approche est liée à l'existence d'un simple risque de fréquentation, ou d'un risque volume (pour le retraitement des déchets, la distribution d'eau et l'assainissement...). L'absence d'autres variations possibles du montant des rémunérations n'a pas soumis le Conseil d'État à la question du rôle du risque de qualité sur l'existence du risque d'exploitation.



En l'état actuel de la jurisprudence, il est très difficile de faire une analogie. Remarquons simplement que le risque de qualité n'a jamais été pris en compte dans la recherche d'une distinction entre marché public et délégation de service public. Il est très probable que l'existence d'indicateurs de qualité, dont le non respect ferait l'objet de sanctions pécuniaires, serait indifférente à la qualification de marché public ou de délégation de service public. Par ailleurs, le cocontractant étant rémunéré exclusivement par un prix payé par l'administration, les contrats de type PFI à risque de qualité seraient très certainement des marchés publics.

### 2.1.2.2 - PFI et METP

Si les contrats de PFI à risque de qualité sont qualifiés de marchés publics, la question se pose de savoir s'ils peuvent être des marchés d'entreprise de travaux publics.

En effet, les marchés d'entreprise de travaux publics ont été qualifiés par le Conseil d'État de marchés publics dans l'arrêt *Commune de La Ciotat*<sup>80</sup>.

Le METP est un contrat portant sur la réalisation d'un ouvrage public et la prestation de services consistant en son exploitation, moyennant une rémunération principalement assurée par un prix payé à échéances régulières par l'administration.

#### • L'objet des METP

Pour être qualifié de METP, un contrat doit confier l'exploitation même d'un ouvrage public au cocontractant.

Il résulte d'un avis de la section des finances du Conseil d'État du 18 juin 1991<sup>81</sup> qu'"un contrat ayant pour objet la réalisation ou la réhabilitation ainsi que le gros entretien ultérieur d'un bâtiment public affecté au service public de l'enseignement et prévoyant le versement, au profit du titulaire du contrat, d'une rémunération forfaitaire périodique par la personne publique contractante...", contrat qui ne réunit pas "l'ensemble

80 - CE, 8 février 1999, *Commune de La Ciotat, BJCP*, n° 4, 1999, pp. 352-360, concl. Bergeal (C.).

81 - EDCE 1991, n° 43, pp. 385-388 ; *Grands avis du Conseil d'État*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 331 s.

des critères retenus par la jurisprudence pour caractériser un marché d'entreprise de travaux publics, doit être regardé comme un marché de travaux”.

De même, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand juge-t-il que “s’agissant de voies publiques, l’entrepreneur chargé de l’exécution de telles prestations de surveillance et de tels travaux d’entretien ne peut être regardé comme assurant l’exploitation des voies publiques ni non plus, et par voie de conséquence, comme exécutant des prestations de service en vue de cette exploitation<sup>82</sup>”; le contrat litigieux se voit refuser la qualification de marché d’entreprise de travaux publics.

Par contre, un contrat par lequel une commune confie la réalisation de travaux de modernisation, d’extension du réseau d’éclairage public et de signalisation tricolore pour une durée de seize ans pourrait être un METP<sup>83</sup>.

#### ● L’objet des PFI

**L’objet d’un contrat PFI est généralement plus large que celui d’un contrat de METP.**

Si l’entretien d’un bâtiment affecté au service public de l’enseignement ne fait pas participer le cocontractant au service public de l’enseignement, la question se pose lorsque le partenaire privé se voit confier la gestion de tous les services courants, de la cantine au secrétariat. Dans le cas de la *Colfox School*, déjà évoqué, seul l’enseignement et la gestion du cursus des élèves ne sont pas confiés au cocontractant. Si les contrats pour la rénovation des lycées d’Ile-de-France n’ont pas été considérés par la section des finances du Conseil d’État comme des METP, c’est que les travaux d’entretien des bâtiments ne font pas participer l’entreprise au service public de l’enseignement. C’est par leur objet même que certains contrats ne peuvent être qualifiés de METP. Il faut en somme que l’exploitation du bâtiment fasse participer le cocontractant à l’exercice même

---

82 - TA Clermont-Ferrand, 30 mars 1993, Préfet de l’Allier c/ Commune de Vichy ; AJDA 1994, p. 231, note Dufau (J.).

83 - CE, 8 février 1999, *Commune de La Ciotat*, *BJCP*, précité.

de la fonction à laquelle le bâtiment est destiné : entretenir le réseau d'éclairage public fait participer l'exploitant à la fonction même du réseau ; exploiter une usine de retraitement des déchets se confond avec l'exploitation même du service<sup>84</sup>.

Les contrats qui se sont trouvés "à la frange" de la qualification de METP, du fait du simple entretien, même sur une longue durée, des infrastructures sans réelle exploitation, n'ont pas beaucoup d'équivalents au Royaume-Uni. **Presque tous les contrats de PFI comprennent l'exploitation du service dont l'infrastructure est le support, et non seulement l'entretien de l'ouvrage.** Ils seraient très certainement qualifiés de METP en droit français.

Certains contrats ont un mode de rémunération assez équivalent et un objet identique en France et au Royaume-Uni. C'est le cas des contrats anglais de Brent et français de La Ciotat.

Le quartier londonien de Brent a signé un contrat d'une durée de vingt ans pour la remise à niveau et l'amélioration de tout son éclairage public, l'entretien et le remplacement des équipements<sup>85</sup>. L'objet de ce contrat fait apparaître une similitude flagrante avec le contrat de l'arrêt *Commune de La Ciotat*<sup>86</sup>.

2.1.2.3 - La PFI se laisse difficilement saisir par les catégories françaises  
Les deux grands types de PFI qui viennent d'être évoqués étaient pris dans leur forme idéale. Mais la plupart du temps, les contrats à paiement public comprennent une partie de rémunérations externes, appelées revenus annexes. Le montant de ces revenus annexes est parfois prévu au contrat, et la rémunération assurée par l'autorité publique en sera diminuée d'autant<sup>87</sup>. L'importance de ces revenus annexes peut faire basculer un contrat

---

84 - Voir par exemple : CE 26 novembre 1971, SIMA, RDP 1972, p. 239, concl. Gentot.

85 - 4P's, Brent Council. *A case study on the first street lighting PFI scheme*, op. cit..

86 - CE, 8 février 1999, *Commune de La Ciotat*, BICP, précité.

87 - Voir, par exemple, le contrat DBFO de la *Colfox School*, op. cit.

qualifié de marché public dans la catégorie des conventions de délégation de service public, mais uniquement en cours d'exécution, car leur montant minimum, imposé par le contrat, est progressif.

D'autres contrats peuvent changer de nature en cours d'exécution. C'est le cas des Shadow Tolls, qui peuvent généralement se transformer en concessions (à péage réel) sur décision discrétionnaire de l'administration<sup>88</sup>.

D'une manière générale, les contrats de PFI ne correspondent que partiellement aux grandes typologies françaises. D'une part, leur objet est parfois totalement exclu de la délégation en droit français comme l'hébergement médicalisé, ou partiellement, comme la surveillance des prisonniers et des élèves.

D'autre part leur étendue est souvent plus importante, l'entretien des ouvrages s'accompagnant de l'exploitation des services.

Enfin, le schéma général des contrats de PFI s'adapte sans difficulté à de nombreux contrats complexes du droit français, car il n'est pas restreint dans les mêmes limites. L'enlèvement et le retraitement des déchets sera souvent assuré, en France, au moyen de baux emphytéotiques administratifs avec convention d'exploitation non détachable. Le schéma général de la PFI, légèrement adapté, conviendra très bien à l'exploitation d'un service similaire<sup>89</sup>.

En conclusion, il apparaît clairement que la PFI peut, selon sa structure de financement, correspondre à toutes les catégories du droit français, et même en changer en cours d'exécution. L'analyse doit se faire au cas par cas. Dans tous les cas, assimiler la PFI au METP est réducteur.

---

88 - Voir, notamment, les annexes du modèle de contrat pour l'autoroute Alconbury-Peterborough, document de consultation numéro 4 (DBFO Invitation to tender - Volume 4 - Conditions of contract), bibliothèque du Treasury Taskforce on Private Finance (fermée pour transfert à Partnership UK).

89 - V. Curci (Jean-François), *Financement privé des activités publiques dans le secteur des déchets - Analyse du mode de financement britannique : le Private Finance Initiative*, rapport ENGREF / CGEA-ONYX, novembre 2000.

### 2.1.3 - La qualification des contrats de PFI en droit communautaire

La distinction des contrats de PFI à risque de fréquentation et à risque de qualité semble pouvoir également rendre compte des différences de qualification en droit communautaire.

La communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000<sup>90</sup> reconnaît dans les contrats de travaux rémunérés en *Shadow Toll* des concessions de travaux<sup>91</sup>.

En effet, la communication interprétative fait de l'existence d'un risque d'exploitation l'élément déterminant de la qualification de concession de travaux : "Même si dans la plupart des cas l'origine de la ressource – prélevée directement sur l'utilisateur de l'ouvrage – est un élément significatif, c'est la présence du risque d'exploitation, liée à l'investissement réalisé ou aux capitaux investis, qui reste déterminante, en particulier lorsqu'un prix est payé par l'autorité concédante"<sup>92</sup>.

Cette interprétation est en accord avec les conclusions des avocats généraux La Pergola dans l'affaire *BFI Holding*<sup>93</sup> et Fennely dans l'affaire *Telaustria*<sup>94</sup>.

L'avocat général La Pergola propose, dans une analyse incidente aux questions de l'affaire *BFI Holding*, un critère de distinction entre marchés et concessions basé sur le transfert du risque économique lié à la gestion du service.

Par ailleurs, selon les conclusions de l'avocat général Nial Fennely sur l'affaire *Telaustria*, une concession de service est identifiée à l'aide d'un ensemble de critères, "le plus important étant de savoir si la supposée concession consiste en la délégation d'un droit d'exploiter un service

---

90 - JOCEC 121/2 du 29 avril 2000.

91 - *op. cit.*, paragraphe 2.1.2, note 13.

92 - *op. cit.*, paragraphe 2.1.2.

93 - CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c/ BFI Holding BV*, affaire C-360/96, *BJCP* 1999, n° 2, pp. 155-170.

94 - Conclusions Fennely sur l'affaire *Telaustria Verlags GmbH*, C-324/98, rendues le 18 mai 2000.

**particulier ainsi qu'en un transfert simultané au concessionnaire d'une proportion significative du risque associé à ce transfert**<sup>95</sup>.

Un point doit attirer notre attention : si la communication interprétative précitée semble avoir une conception très large du risque d'exploitation, les conclusions Fennely sont peut-être plus restrictives.

En effet, l'avocat général examine la qualification de concession à la lumière de quatre critères : deux critères sont retenus, le transfert de l'exploitation et le transfert du risque économique lié à cette exploitation ; deux critères sont écartés : le caractère d'intérêt économique général et le fait que le service soit rendu à des tiers à l'administration.

Cependant, dans son analyse de ce dernier critère, l'avocat général Fennely indique que "Si, en réalité, l'entité concédante devait dès le départ être [l'unique client du cocontractant], par opposition à des tiers, on conçoit difficilement que l'accord conclu entre ces parties puisse ne pas être qualifié de 'contrat à titre onéreux'" et donc de marché public<sup>96</sup>.

Cette analyse ferait d'une rémunération perçue substantiellement sur l'usager l'un des critères du risque d'exploitation. Cela ne semble pas devoir empêcher les *Shadow Tolls* d'être qualifiés de concessions de travaux, puisque les clients de l'exploitant sont des tiers à l'administration et que la rémunération reproduit fidèlement le mécanisme d'un péage réel, et fait donc courir un risque économique lié aux résultats de l'exploitation. Par ailleurs, l'analyse fait abstraction des mécanismes de paiement dont la variation ne dépendrait pas de la fréquentation, mais d'autres indicateurs.

Dans tous les cas, et comme le note l'avocat général Fennely, la signification exacte du "droit d'exploiter le service", posé comme critère déterminant de la concession, doit encore être précisée. Malheureusement, la CJCE dans cette affaire, n'a pas jugé utile de préciser les critères de dis-

---

95 - Conclusions précitées, point 37.

96 - Conclusions précitées, point 33.

inction entre marché public et concession, et se contente de préciser que le contrat en cause est une concession “du fait notamment que la contre-prestation fournie par [le concédant à l’entreprise concessionnaire] consiste en ce que cette dernière obtient le droit d’exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation”<sup>97</sup>.

À s’en tenir à la Communication interprétative, le risque de fréquentation n’est qu’un élément devant déterminer si l’exploitant assume effectivement un risque économique.

“Le droit d’exploitation implique aussi le transfert de la responsabilité d’exploitation. Une telle responsabilité couvre à la fois les **aspects techniques, financiers et de gestion de l’ouvrage**.

Ainsi, par exemple, c’est au concessionnaire qu’incombe la tâche d’effectuer les investissements nécessaires pour que son ouvrage puisse être utilement mis à la disposition des usagers. C’est aussi à lui qu’incombe le poids de l’amortissement de l’ouvrage. En outre, le concessionnaire assume non seulement les risques liés à toute construction mais il devra supporter également les risques inhérents à la gestion et à la fréquentation de l’équipement”.

Les aléas de l’exploitation peuvent donc, *a priori*, provenir d’une variation des paiements liée au risque de qualité, et à l’absence de garantie du résultat apportée par l’autorité adjudicatrice.

La CJCE n’ayant pas eu à se prononcer sur un contrat de PFI, il est malaisé de déterminer quelle serait son analyse d’un tel montage. La jurisprudence communautaire semble se diriger, à l’instar du droit français, vers l’application d’un “faisceau d’indices”, dont aucun n’est, à lui seul, déterminant. Mais rien n’exclut que les contrats de PFI à risque de qualité soient qualifiés de concession de travaux ou de service public, au regard des risques économiques que supporte l’exploitant.

## 2.2 - Régime de passation

La complexité des montages PFI nécessite une triple série de négociations, entre l'administration et son cocontractant, entre le cocontractant et ses financiers, entre les financiers et l'administration. Si la négociation avec les financiers est libre de toute contrainte (dans le cadre des règles de droit privé régissant les relations purement commerciales), les négociations entre l'administration et son cocontractant doivent se faire dans le respect des procédures de passation d'origine communautaire.

La passation d'un contrat de PFI se fait en quatorze étapes, de la conception du projet jusqu'à la signature du contrat.

La "partie publique" de ce processus, c'est à dire à partir de la publication de l'appel d'offres au JOCE, se décompose en huit étapes, comprenant essentiellement un appel à candidatures, aboutissant à l'établissement d'une première liste de candidats présentant les garanties professionnelles et financières requises. Une sélection à partir des offres est effectuée, qui aboutit à une *short list*, une liste restreinte de candidats. Cette liste comprend en général trois candidats. Une phase de négociation s'engage alors avec chacun d'eux. À l'issue de cette phase, chacun présente une nouvelle offre, qui aboutit à la sélection définitive et à la signature.

Les temps de négociation sont extrêmement longs et coûteux. Les négociations du célèbre contrat PRIME, par exemple, portant sur l'acquisition de plusieurs centaines de bâtiments de la sécurité sociale, leur rénovation, la gestion de tous les services courants sur plus de vingt ans, ont coûté plusieurs dizaines de millions de francs d'études au consortium vainqueur, et la "partie publique" de la passation s'est étalée sur 18 mois.

Il s'est écoulé trois ans entre la publication au journal officiel et la signature du contrat pour le projet *Newcastle*<sup>98</sup>. Le coût de présentation des offres pose les mêmes problèmes en France et au Royaume-Uni. Aucune solution concluante n'a été trouvée. Tout au plus une indemnisation des

---

98 - Report by the Comptroller and Auditor General, *op. cit.*, p. 69.



offres est-elle versée lorsque l'administration abandonne purement et simplement le projet.

La liberté de négociation nécessaire à la mise en œuvre d'un contrat PFI est peu compatible avec les procédures de passation des marchés publics. C'est pourtant l'option qui a, *a priori*, été choisie (2.2.1). Mais ce choix est "neutralisé" par l'utilisation systématique de la procédure négociée (2.2.2).

### 2.2.1 - Les PFI sont qualifiés de marchés publics

Dans une énorme majorité des cas, les PFI sont passés selon la procédure des marchés de services.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes *Gestion Hotelera Internacional*<sup>99</sup>, un contrat "mixte", portant à la fois sur des travaux et des services, est un contrat de services lorsque les travaux sont accessoires. L'interprétation du caractère accessoire des travaux porte à discussion : selon certains, les travaux sont accessoires lorsqu'ils ne représentent pas l'objectif principal du contrat ; pour d'autres, c'est la valeur économique respective des travaux et des services qui constitue le critère de distinction.

Le Trésor britannique a opté pour le critère de "l'objet principal" ("*main object*")<sup>100</sup> comme clé de répartition entre les contrats de travaux et de services. Ce critère amène à prendre en considération, non pas la valeur respective des services et des travaux, dans une application stricte du critère du principal et de l'accessoire, mais l'objet principal en vue duquel est passé le contrat<sup>101</sup>. Étant donné que la PFI est essentiellement considérée comme un contrat d'achat de services, les infrastructures, même

---

99 - CJCE, 19 avril 1994, *Gestion Hotelera Internacional SA v. Comunidad Autonoma de Canarias*, affaire C-331/92, Recueil I-1329.

100 - H.M. Treasury, *An Introduction to the E.C. Procurement Rules*.

101 - Voir, par exemple, *Private Finance Panel - Highways Agency, DBFO - Value in roads - A case study on the first eight DBFO road contracts and their development*, Londres, Highways Agency, 1997, paragraphe 4.4 " ...Les projets [d'autoroutes] ont été classés comme contrats de travaux car, bien que le contrat de DBFO soit un contrat mixte de travaux et de services, l'objet principal (predominant purpose) de chaque contrat était l'exécution des infrastructures incluses dans le projet".

d'un montant considérable, n'en étant que le support, la procédure adoptée dans l'écrasante majorité des cas sera celle de la directive 92/50/CEE.

Ce qui compte, lors de la qualification des contrats de PFI est l'affectation et non le montant des travaux. Le *Private Finance Panel* a, par exemple, établi un tableau expliquant qu'il ne faut plus parler de "prison", mais de "services de surveillance", d'"hôpitaux" mais de "services non cliniques", de route mais de "services de voie rapide"<sup>102</sup>.

Selon Sue Arrowsmith<sup>103</sup>, lors de l'application de ce critère du "test de l'objet principal", si des ouvrages sont destinés à devenir propriété de l'administration en fin de contrat, il s'agit d'un marché de travaux. Ce sera le cas dans la plupart des contrats d'infrastructures de transports. Inversement, lorsque les ouvrages réalisés restent la propriété du cocontractant en fin de contrat, il s'agit d'un contrat de services.

Comme pour l'établissement de la typologie des contrats de PFI, le critère de la destination des biens en fin de contrat est insatisfaisant. Par exemple, le contrat d'éclairage du quartier de Brent a été passé selon la procédure des marchés de service, bien que les installations d'éclairage deviennent propriété de l'administration en fin de contrat. Le critère de l'objet principal laisse une très grande marge d'appréciation, car il n'est fondé sur aucun instrument de mesure (coût des travaux, montant des revenus, durée...). L'on peut y voir un pouvoir quasi discrétionnaire de qualification.

L'application du critère de l'objet principal peut se résumer dans l'idée qu'il existe une forte présomption en faveur de la qualification de contrat de services, mais que cette présomption pourra être renversée en raison du montant des travaux et du fait que la gestion de l'infrastructure s'assimile à la prestation du service (pont et autoroutes par exemple).

---

102 - Private Finance Panel, Risk and Reward in PFI contracts ("Guide pratique sur le partage du risque et la structuration des contrats de PFI"), mai 1996, p. 5.

103 - Arrowsmith (Sue), *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 1996, pp. 354-355.

## 2.2.2 - Les PFI sont passés de gré à gré

Aucun débat ne semble avoir eu lieu sur une éventuelle qualification des contrats de PFI de concessions de service public en droit communautaire, ce qui les aurait dispensés du respect des procédures de mise en concurrence. Les *financially freestanding* sont qualifiés de “concessions”, les *services sold to the public sector* de “marchés publics”.

De manière paradoxale, c'est en Angleterre, où le système concessif est l'un des moins développés d'Europe, que la concession est la mieux définie. Rappelons que l'article 1 du *New Roads and Street Works Act 1991* définit l'accord de concession comme le contrat par lequel une personne, en contrepartie de la conception, la réalisation, la maintenance et l'exploitation ou l'amélioration d'une route, se voit conférer le droit de percevoir des péages pour son usage. Cette définition, certes sectorielle, est plus restreinte que la définition de la délégation de service public en droit français et de la concession en droit communautaire. Elle est simple, car elle n'a pas été, peut-être, assez confrontée à l'épreuve de la pratique.

Si les britanniques ne se sont pas encombrés d'un débat sur l'éventuelle qualification des contrats de PFI, et en particulier des *services sold to the public sector*, c'est que le régime de passation des marchés publics a été interprété avec une très grande souplesse. Ce régime ne permet en principe que dans des cas exceptionnels le recours à la procédure négociée<sup>104</sup>. Mais la plupart des contrats de PFI sont passés de gré à gré, sans même qu'une procédure restreinte ait précédemment échoué.

Pourtant, l'article 10(2) du “décret” sur les contrats de services de 1993 (*Public Services Contracts Regulations 1993*) a fidèlement transposé les dispositions de l'article 11 de la directive 92/50/CEE<sup>105</sup>. Mais dès

---

104 - Directive du Conseil n° 92/50, du 18 juin 1992, art. 11.

105 - Les directives travaux ont été transposées par les *Public Works Regulations 1991* (S.I. 1991 n° 2680), amendés par les *Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992* (S.I. 1992 n° 3279), le *Public Supply Contracts Regulations 1995* (S.I. 1995 n° 201) et le *Utilities Contracts Regulations 1996*. Les directives services ont été transposées par le *Public Services Contracts Regulations 1993* (S.I. 1993 n° 3228), amendé par le *Public Supply Contracts Regulations 1995* (S.I. 1995 n° 201) et le *Utilities Contracts Regulations 1996*.

novembre 1995, le Private Finance Panel, organe du Trésor britannique (*HM Treasury*) recommandait l'utilisation de la procédure négociée, aussi souvent que cela était possible. Après avoir souligné les limites encadrant le recours à cette procédure, le *Private Finance Panel* souligne qu'« il est peu probable que ces limites fassent obstacle à [son] utilisation dans la plupart des contrats de PFI »<sup>106</sup>.

Pour le *Private Finance Panel*, la procédure négociée devra être employée «...jusqu'à ce que l'utilisation du financement privé soit bien établie et que les nouveaux contrats suivent une procédure fixée par des précédents... La négociation avec les candidats est un élément critique des projets de PFI et il est fortement recommandé aux autorités publiques de suivre la procédure négociée lorsque les conditions de son utilisation sont remplies »<sup>107</sup>.

L'on retrouve ce conseil, moins détaillé, dans *Partnerships for Prosperity* en 1997<sup>108</sup>.

L'argumentation est plus détaillée dans la note technique du *Treasury Taskforce* consacrée aux procédures communautaires. «Le 'exceptionnelle' attaché aux circonstances [permettant de recourir à la procédure négociée] ne doit pas causer trop d'inquiétude. Cette exigence a été posée par l'article 7(2)(b) de la directive travaux, qui a été négociée dans les années soixante-dix, avant l'élaboration du concept de PFI. Les contrats de PFI auraient très bien pu être considérés comme exceptionnels à l'époque de la rédaction de la directive »<sup>109</sup>.

---

106 - "The use of the negotiated procedure for all PFI projects is strongly recommended where the conditions for using it are met. Although there are restrictions on the use of this procedure, they are unlikely to prevent its use for most PFI projects. Experience has shown that the restricted procedure provides inadequate scope for negotiations with bidders". Private Finance Panel, Private opportunity, public benefit, Londres, 1995, p. 41, paragraphe 5.22.

107 - POPB, *op. cit.*, pp. 62-63, paragraphe 9.

108 - Au chapitre 5, consacré à la procédure de passation des contrats de PFI, le paragraphe 5 "Publication au JOCE" contient l'indication suivante : "La procédure négociée avec 'appel à compétition' est généralement appropriée, car elle apporte plus de flexibilité au client [l'administration]". Treasury Taskforce on Private Finance, *Partnerships for Prosperity - The Private Finance Initiative (PFI)*, Londres, novembre 1997, p. 18.

109 - Treasury Taskforce - Private Finance, note technique n° 2, *How to follow EC Procurement Procedure and Advertise in the OJEC*, 1999, p. 10.

En août 1999, tous les contrats de PFI dans le domaine scolaire avaient été passés selon la procédure négociée<sup>110</sup>.

Comme l'ensemble du régime de la PFI, le choix de la procédure négociée peut être assimilé à une véritable règle de droit, dont la sanction ne se fera pas par le voie juridictionnelle, mais par une autre forme d'*accountability*, la responsabilité politique.

Sir Robert Walmsley, responsable des achats au ministère de la défense (*Chief of Defence Procurement*), a ainsi dû justifier le choix de la procédure restreinte pour l'achat de 2800 véhicules non blindés pour son ministère devant la Commission des comptes publics de la Chambre des Communes<sup>111</sup>.

Il ressort des débats que le choix de la procédure restreinte a été fait car le ministère était incapable à l'époque de la passation du contrat de définir ses besoins autrement qu'en termes de véhicules. Autrement dit, la demande a été faite aux candidats en termes d'*inputs*, de matériel et non d'*outputs*, de services. Le principal argument de Sir Walmsley a été que le ministère ne bénéficiait pas à l'époque des informations nécessaires pour mener une négociation en termes d'*outputs*.

Il s'agissait en l'occurrence d'un simple contrat de fournitures. Mais l'approche est identique à tous les autres contrats. Remarquons d'ailleurs comment un contrat de fournitures est traité par les ministères, le *NAO* et la Chambre des Communes comme un contrat de PFI, qui se définit pourtant essentiellement comme un contrat de services.

Cette approche inverse complètement l'appréhension des conditions de recours à la procédure négociée. Celle-ci est devenue, en Angleterre, un instrument destiné à atteindre la meilleur *Value for Money* par un transfert de risque optimum. Mais pour réaliser ce transfert de risques, les administrations ont besoin de données pour définir exactement leurs

110 - Schools Private Finance Team, *New Deal for Schools PPP Pilots — Interim Progress Report*, Londres, Department for Education and Employment, août 1999, p. 32.

111 - *Public Accounts Committee*, minutes des débats concernant le rapport du *Comptroller and Auditor General* sur l'achat de véhicules non militaires pour la RAF (HC 738), session 1998-99, 17 janvier 2000.

besoins, et d'une maîtrise de la procédure de négociation par l'étude des précédents.

Contrairement à ce que ne le laissait supposer le guide *Private Opportunity, Public Benefit* en 1995, **une plus grande maîtrise de la procédure du PFI ne semble pas devoir entraîner un abandon du recours systématique à la procédure négociée, mais au contraire une amélioration de ses techniques.**

### III - CONCLUSION

“Conçu pour un univers juridique stable et régulé, caractérisé par une spécificité et une autonomie du droit administratif, [le modèle français de délégation de service public] s'adapte bien aux univers juridiques ayant des caractéristiques comparables, c'est-à-dire les pays de droit latin. (...). Ce mode de gestion s'adapte par contre moins aisément aux univers juridiques d'essence différente”<sup>112</sup>.

L'affirmation de Jean-François Auby fonde la différence des modes (traditionnels) de gestion des services publics sur l'environnement juridique. La gestion déléguée “à la française” aurait prospéré grâce à un environnement juridique favorable. Cette considération n'inverse-t-elle pas l'enchaînement logique de l'élaboration du droit ? Monsieur le président Marceau Long, dans sa préface au même ouvrage, soulignait pourtant que “C'est précisément sur des litiges en matière de concession, qui fut l'instrument juridique de la plupart de nos infrastructures et de nos réseaux, que le Conseil d'État a dégagé les principes du service public – l'égalité d'accès, la continuité, la mutabilité – au début de ce siècle...”<sup>113</sup>. C'est parce que la concession avait prospéré, au début du siècle, que son régime a été élaboré. Le socialisme municipal a par contre dessiné un modèle de gestion directe des services publics en Angleterre, qui n'a pas nécessité

---

112 - Auby (Jean-François), *La délégation de service public – Guide pratique*, Paris, Dalloz (Collection Dalloz Service), 1997, p. 141.

113 - Long (Marceau), préface à Auby (Jean-François), op. cit., p. X.

l'élaboration d'un régime particulier pour les contrats de l'administration, qui se réduisaient au *Public Procurement*, les "simples" marchés publics. La "conversion" aujourd'hui engagée en Angleterre nécessite une politique volontariste du gouvernement britannique, qui caractérise tous les aspects du programme PFI. Mais nous avons vu qu'en dehors de la technique du contrat complet, qui pose des problèmes d'adaptation aux exigences du service, l'environnement juridique anglais est un terreau fertile pour la gestion déléguée.

Les premières analyses des résultats de la PFI ont été menées en décembre 1999, avec un rapport rendu par Arthur Andersen au Treasury Taskforce. Cette étude menée sur 29 projets en cours d'exécution fait état d'une économie estimée à 17 % par rapport à une réalisation en "régie" (*in house*)<sup>114</sup>. Ce résultat doit être relativisé. D'une part, les méthodes de comparaison peuvent être soumises à caution car, comme pour le *Public Sector Comparator*, l'évaluation de la performance publique est un exercice difficile et les données ne sont jamais que des extrapolations. Par ailleurs, les économies attendues de la PFI portent essentiellement sur la phase d'exploitation. Or celle-ci a à peine débuté dans la plupart des cas.

Dans ses rapports avec les règles d'origine communautaire, la PFI développe un véritable paradoxe. Le paradoxe britannique réside dans le fait que, si les moyens du droit communautaire sont détournés, ses objectifs sont remplis. Le système de la PFI se caractérise en effet par une très large pénétration des grands groupes français, qui sont les premiers, du fait de leur taille et de leur expérience, à bénéficier de la gestion déléguée à l'anglaise. Si la procédure négociée domine, elle n'a nullement pour conséquence de privilégier les capitaux nationaux.

La Commission des communautés européennes ne semble pas vouloir obstruer l'approche anglaise.

La Commission a engagé une procédure en manquement en mai 1999 et

---

114 - *Value for Money Drivers in the Private Finance Initiative*, Rapport d'Arthur Andersen and Enterprise LES commandé par le Treasury Taskforce on Private Finance, 17 janvier 2000.

a traduit le Royaume-Uni devant la Cour de justice des communautés européennes en juillet 2000. Elle a émis un avis motivé en mai 1999 à la suite de la parution du livre blanc “*Setting new Standards a strategy for Government Procurement*”<sup>115</sup>. Selon la Commission “ce document semble (...) indiquer que le nombre de candidats devant être invités à prendre part à une procédure restreinte peut toujours, quelles que soient les circonstances, être limité à trois, alors que les règles relatives aux marchés publics exigent, dans certaines conditions, au moins cinq candidats”<sup>116</sup>.

Or, si le Royaume-Uni peut faire l’objet d’une procédure en manquement, ce n’est pas pour la fixation d’un nombre insuffisant de candidats admis à faire une offre dans le cadre d’une procédure restreinte, mais plutôt pour l’incitation au recours systématique à la procédure négociée.

Peut-on voir là une acceptation tacite par les autorités communautaires du système PFI, qui contournerait les moyens d’une application effective des règles de concurrence aux contrats de l’administration, mais en remplirait les objectifs ? Il serait hasardeux de l’affirmer.

Cependant, l’orientation de la réglementation communautaire des marchés publics semble aller dans le sens d’un recours accru à la procédure négociée pour la passation de marchés publics<sup>117</sup>.

Les directives 92/50, 93/36 et 93/37 permettent le recours à la procédure négociée après publication d’un avis de marché, dans un nombre d’hypothèses limitativement énumérées.

La proposition de directive du 10 mai 2000, ajoute la possibilité d’un “dialogue technique” pour les marchés publics particulièrement complexes. Le *Treasury Taskforce* a d’ailleurs tiré argument, dans sa note technique n° 2,

---

115 - “Fixer de nouvelles normes: une stratégie en matière de marchés publics”. Traduction de la Commission.

116 - Lettre d’information sur les procédures en manquement engagées par la Commission, <http://www.europa.eu.int>.

117 - Proposition de directive du Parlement et du Conseil, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux, Bruxelles, COM(2000) 275 final, présentée le 10 mai 2000.



de la communication de la Commission du 11 mars 1998<sup>118</sup> qui évoquait cet assouplissement des procédures à travers un “dialogue compétitif”, pour justifier le recours à la procédure négociée. Le gouvernement britannique aurait, en quelque sorte, précédé une réforme inévitable.

Aux termes de l'article 29, alinéa 2, b), de la proposition de directive, un marché est considéré comme particulièrement complexe lorsque le pouvoir adjudicateur :

- n'est pas objectivement en mesure de définir les moyens techniques ou autres pouvant satisfaire ses besoins ou
- n'est objectivement pas en mesure d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques ou financières.

La possibilité de recourir au “dialogue technique” lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions financières est particulièrement intéressante. Elle prend en compte la nécessaire négociation financière, pour la définition de l'exacte répartition des risques entre l'administration et son cocontractant.

Si l'exposé des motifs indique que le recours au dialogue technique a été imaginé surtout pour les contrats de haute technologie (imagerie médicale par exemple), les termes mêmes de l'article 29 rendent possible une application jurisprudentielle plus compréhensive. Ils laissent ouverte en tout cas une possibilité, souhaitable, d'assouplissement des procédures de passation des contrats à paiement public.

# QUELQUES OBSERVATIONS FRANÇAISES SUR LE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ EN GRANDE-BRETAGNE

Bertrand du Marais\*  
Maitre des Requêtes au Conseil d'État

Parallèlement à l'analyse rigoureuse des instruments juridiques utilisés, que fait par ailleurs P. Cossalter, il peut être utile de tirer, à l'attention des praticiens, mais aussi des pouvoirs publics français, quelques leçons de l'expérience britannique de la PFI (*Private Finance Initiative*), intégrée dans le mouvement plus vaste du PPP (*Public Private Partnership*). A la lumière des enseignements que l'on peut tirer de la PFI, cette contribution s'attachera à analyser la stratégie juridique, l'effet économique et la dimension politique (dans le sens anglo-saxon de "*policy*") du partenariat entre secteurs public et privé pour la fourniture des services publics.

## **I - LE CONTEXTE GÉNÉRAL : LE DÉVELOPPEMENT DU FINANCEMENT PRIVÉ DES INFRASTRUCTURES PUBLIQUES SEMBLE LARGEMENT INÉLUCTABLE**

Le premier constat, qu'il faut rappeler, est celui de la forte croissance de ce type d'opérations. Dans une certaine mesure, la fourniture des services publics selon des modalités partenariales avec le secteur privé paraît inéluctable.

---

\* Les propos tenus dans le présent article n'engagent que leur auteur et non les institutions auxquelles il apporte son concours.

## 1.1 - Un mouvement mondial

Le mouvement est mondial : il touche tant les pays développés que les PVD et, bien sûr, les pays en transition. Il va s'accroître, à l'exception de l'année 1998. Celle-ci peut cependant s'analyser comme un accident conjoncturel dû aux crises asiatique et du rouble.

Dans les PVD et les pays en transition, le montant total des projets d'infrastructure publique faisant l'objet d'un financement privé a été presque multiplié par dix en huit ans.

Tableau 1 : Montant des investissements dans les infrastructures publiques faisant l'objet d'un partenariat financier avec le secteur privé, dans les PVD et pays en transition

Années :	1990	1992	1994	1996	1997	1998
Total (en Mds USD)	15.6	26.6	44.9	83.3	120.4	95.3

Source : Neil Roger, "Recent trends in Private Participation in Infrastructure", *Private Sector Note*, 196, Banque Mondiale, septembre 1999.

Le partenariat public-privé devient un mode normal de réalisation des infrastructures : en 1997, année d'activité maximale, 40 % des projets d'infrastructures publics se sont réalisés en partenariat. La part du financement privé devient significative et représente 15 à 20 % de la valeur total des investissements en infrastructures.

La croissance est sans doute équivalente dans les pays de l'OCDE. L'expérience menée en Grande-Bretagne est à cet égard significative.

En France, et cela est sans doute symptomatique d'un certain état d'esprit, il est difficile d'obtenir une vision agrégée des investissements publics réalisés en partenariat avec le secteur privé, notamment sous la forme de la gestion déléguée, contrairement au montant de la commande publique relativement bien connu par type de collectivité. La base de données établie par l'Institut de la gestion déléguée constitue à cet égard l'un des rares instruments à donner quelques indications.

## **1.2 - Un enjeu commun : déplacer la contrainte budgétaire qui pèse sur les collectivités publiques**

Les raisons qui expliquent le développement du partenariat dans les pays en voie de développement se rencontrent également dans les pays développés : libéralisation des services publics en réseau mais aussi contrainte financière sur les collectivités publiques.

À cet égard, et pour la France, le développement du partenariat public-privé peut paraître inéluctable, tant au niveau de l'État que des collectivités locales.

Pour l'État, le recours au partenariat public-privé apparaîtra de plus en plus comme le moyen le plus facile de financer des équipements nouveaux ou des politiques nouvelles tout en respectant les critères de convergence de l'UEM. En effet, le déficit budgétaire ne pourra être résorbé, ni par augmentation de la pression fiscale, faute de coordination avec nos partenaires européens, ni par une réduction aisée des dépenses compte tenu de la dynamique d'absorption des moyens budgétaires disponibles par les automatismes de la fonction publique. Enfin, contrairement à la privatisation pure et simple, la délégation de service public permet de conserver un contrôle en principe plus étroit sur l'activité de l'opérateur privé. La problématique du contrôle par l'autorité publique peut être cruciale pour permettre l'intervention d'opérateurs privés dans des activités de service public qui leur étaient jusqu'alors traditionnellement fermées et qui revêtent aux yeux de la collectivité publique un caractère stratégique. Cet aspect peut être déterminant dans certains secteurs de haute technologie ou dans le domaine de la Défense, comme le montre l'exemple britannique du PFI.

La situation des collectivités locales françaises est apparemment plus enviable. En effet, l'augmentation de leur pression fiscale semble se ralentir et leur situation d'endettement est relativement satisfaisante. Cependant, le recours au partenariat public-privé sera sans doute indispensable à terme pour restaurer une certaine autonomie de choix en matière d'investissements. En effet, la concurrence politique limite les possibilités

d'accroître la pression fiscale ou de recourir à l'endettement. Or, au même moment, soucieux de partager davantage avec les collectivités locales le poids de l'ajustement aux critères de convergence, l'État accroît ses transferts auprès des collectivités sous couvert de compensation de l'allègement de la fiscalité locale. Il reprend donc peu à peu le pouvoir sur leurs arbitrages financiers.

Dans les deux cas de figure, il semble donc que la gestion déléguée puisse constituer un moyen de redonner un degré de liberté aux collectivités publiques.

## **II- QUELQUES OBSERVATIONS TIRÉES DU SUCCÈS DE LA PFI**

Compte tenu de cette évolution qui paraît, selon le point de vue adopté, prometteuse ou inéluctable, quels sont les points saillants de l'expérience en cours en Grande-Bretagne ?

### **2.1 - La PFI paraît solidement établie**

Il est certes toujours difficile d'évaluer une politique publique et de définir les critères de son succès. Néanmoins, il semble, *ad minima*, que la PFI soit solidement ancrée dans les pratiques britanniques, ce qui constitue déjà un gage de succès. Quelques indices permettent de le démontrer.

Le montant des projets réalisés à la fin de l'année 1999 s'élevait à 23 Mds Euros (ou environ 150 Mds F)<sup>1</sup>. Le rythme des opérations va s'accéléralant, avec 4 Mds £ de contrats signés pour les seuls 18 mois séparant mai 1997 (l'arrivée au pouvoir du Gouvernement BLAIR) et début 1999, contre 11 Mds £ pour les six ans séparant 1992 à fin 1998.

L'éventail des opérations ainsi réalisées s'élargit : des routes à péage et de la construction de prisons au bénéfice de l'État, jusqu'à la construction d'hôpitaux et d'écoles pour les collectivités locales en passant par la fourniture du centre de formation des pilotes d'hélicoptères de combat.

---

1 - "PFI : le METP à la mode britannique", *Le Moniteur*, 18 février 2000.

Depuis la création en avril 1996 du "Public Private Partnerships Programme" par l'Association des autorités locales d'Angleterre et du Pays de Galles, les collectivités locales s'intéressent également à la PFI et peuvent librement contracter selon cette formule.

Cette technique concerne donc aujourd'hui tous les secteurs et tous les niveaux d'administration, sans exclusive.

Enfin, les économies budgétaires réalisées sont substantielles. Certes, comme toute politique gouvernementale, la PFI fait l'objet d'un discours qui fait apparaître – notamment pour l'observateur extérieur – les réalisations sous un jour flatteur. Les études du National Audit Office (NAO), organisme indépendant comparable à notre Cour des Comptes, sont donc peu suspectes de parti pris. Le NAO a mis en évidence une économie moyenne de 10 % sur le coût des prisons financées selon la PFI<sup>2</sup>. Une évaluation indépendante sur 29 projets fait apparaître une économie moyenne de 17 %<sup>3</sup>.

## **2.2 - Une approche bi-partisane relativement centralisée**

Deux éléments notables pour un observateur français se dégagent des modalités de formulation de cette politique.

Le premier point est son caractère politiquement neutre. Elle a été lancée en 1992, par un Chancelier de l'Échiquier conservateur et au plus fort de la vague de libéralisation et de privatisation des services publics commencée par Mme Thatcher<sup>4</sup>. Dès son arrivée au pouvoir<sup>5</sup>, et à partir du mois de novembre 1997, le nouveau gouvernement travailliste a fait bien davantage que simplement perpétuer ou endosser cette politique : il l'a réinventée et développée<sup>6</sup>.

---

2 - Cf. KPMG, *The benefits of PFI*, décembre 1998.

3 - Cf. " PFI : le METP à la mode britannique ", art. cité.

4 - Cf. Norman LAMONT, Chancellor of the Exchequer, *Autumn Statement*, 12 novembre 1992.

5 - Un rapport d'évaluation de la PFI a été commandé par le nouveau gouvernement travailliste dès le mois de mai 1997 à M. BATES, soit quelques jours après les élections.

6 - Cf. Treasury Taskforce - Private Finance, *Partnerships for Prosperity – the Private Finance Initiative*, Londres, novembre 1997.

Le second point surprend davantage un observateur français sensibilisé au "pragmatisme" britannique : le caractère centralisé et *a priori* de l'élaboration et de la mise en œuvre de cette politique. En France, des textes généraux sont certes intervenus régulièrement pour encadrer les opérations de partenariat public-privé, et notamment la loi de 1993 dite "loi Sapin". Cependant, ce sont principalement les pratiques locales, les décisions jurisprudentielles et les besoins financiers conjoncturels, qui régissent cette activité. Les principales notions résultent souvent de la conceptualisation de la pratique, davantage qu'elles ne lui préexistent.

Il semble au contraire que les analyses et les documents issues du Trésor britannique, et notamment de la Taskforce créée en septembre 1997, aient été déterminants pour le développement de ces partenariats. À cet égard, un observateur français noterait que cette équipe *ad hoc* a été principalement recrutée parmi les praticiens du secteur privé. En tout état de cause, il s'agit d'une politique volontariste, voire interventionniste.

Les lieux de naissance respectifs des deux courants – la PFI et la gestion déléguée – ne sont ainsi pas neutres sur l'analyse de sociologie politique que l'on en peut faire : d'un côté de la Manche, le Treasury, et donc la prédominance de l'analyse économique et financière, de l'autre côté, le juge et l'élu local, et donc la prédominance de l'analyse juridique et institutionnelle.

La sociologie administrative étant par essence science de la complexité, cette différence de paternité explique sans doute en partie que le partenariat public-privé soit en Grande-Bretagne moins chargé de connotations partisanses...

### **2.3 - Une industrie qui se crée : le financement de projets publics**

Un autre point notable, vu de ce côté de la Manche, est l'apparition d'une nouvelle industrie, mêlant finances et industries de la construction et des travaux publics.

Dans les deux pays, le partenariat public-privé dans les infrastructures relève largement du financement de projet. Il s'agit en général de mon-

tages juridico-financiers dont les financements sont garantis par les seuls résultats tirés de l'exploitation de l'infrastructure elle-même, tout au long de sa durée de vie, que ce soit sous la forme de contributions budgétaires récurrentes ou de paiements directs de l'usager.

En Grande-Bretagne, avec le PFI, c'est d'abord toute une ingénierie financière privée de l'investissement public qui se développe. Ceci est sans doute le résultat de la tradition d'intermédiation financière de la City. Plus précisément, l'investissement public est considéré d'abord à travers le prisme financier, par l'évaluation de la capacité du projet à réunir des financements privés.

La "bancabilité" du projet est d'ailleurs un des paramètres considérés par la Taskforce gouvernementale dans son activité de certification des projets<sup>7</sup>.

Corollaire sans doute de cette influence du raisonnement financier, la PFI utilise officiellement, dans le domaine des politiques publiques, des notions qui, en France, y restent relativement marginales : le calcul actuariel et le cycle de vie.

Ces notions sont bien sûr connues en France, notamment des collectivités publiques lorsqu'elles préparent un projet d'investissement. Tous les opérateurs également établissent leurs propositions financières sur ces calculs avant de conclure un contrat de gestion déléguée. Le calcul de la valeur actualisée suppose de prévoir les événements qui interviendront pendant la durée de vie de l'infrastructure et donc de spécifier clairement dans le contrat les obligations de chacune des parties tout au long de cette période.

Cependant, ces paramètres ne semblent pas faire l'objet d'une objectivation aussi poussée que dans la démarche britannique.

Cette évaluation dans le temps ne répond pas seulement à une obligation juridique, mais également à une stratégie d'optimisation des coûts sur le long terme. Dans l'approche britannique, c'est en quelque sorte le financement

---

7 - La Taskforce gouvernementale doit ainsi, parmi trois critères, évaluer "les chances de conclure dans un délai raisonnable", notamment à travers la notion de "acceptance to bankers" (*Partnerships for Prosperity – The Private Finance Initiative*, précité).



privé qui discrimine les projets, ou tout au moins leur mode de financement. Elle remplit ainsi le rôle que devait tenir autrefois l'application du taux d'actualisation défini par le Commissariat Général du Plan. Ce taux n'a d'ailleurs pas fait l'objet de réévaluation depuis de nombreuses années...

Ce type de considérations renvoie alors à une autre dimension qui paraît, dans une certaine mesure, "révolutionnaire" pour le gestionnaire public français.

## **2.4 - Une redéfinition en profondeur des modalités d'investissement, voire de l'intervention des collectivités publiques**

Même si l'observateur extérieur ne doit pas être dupe du discours volontariste qui l'accompagne, la PFI recourt à des instruments intéressants dans une perspective de modernisation de la gestion publique et d'amélioration de l'efficacité du service public. Il s'agit des notions de "*Value for Money*", et de son corollaire, le "*Public Sector Comparator*"<sup>8</sup>.

Certains analystes britanniques se sont demandés si la PFI résultait de la démarche générale de contractualisation de la gestion publique entre Agences gouvernementales, ouverte dans les années 1980 avec le programme "*Next Steps*", ou si au contraire cette démarche de contractualisation trouvait son aboutissement et recouvrait toute sa valeur dans la PFI<sup>9</sup>.

Dans une optique britannique, ces questions sont évidemment cruciales, de même que celle de la base légale de ces notions ainsi que le contrôle juridictionnel sur leur mise en œuvre. Pour un observateur français, ces débats semblent cependant quelque peu ésotériques tant la contractualisation de la gestion publique avec le secteur privé en est à un stade de balbutiement au sein de l'État.

---

8 - Cf. Treasury Taskforce - Private Finance, *Public Sector Comparators and Value for Money, Policy Statement* n° 2, février 1998.

9 - Professeur Mark Freedland, "Public Law and Private Finance : Placing the Private Finance Initiative in a Public Law Frame", *Public Law*, été 1998, p. 288-307.

Les mêmes analystes britanniques se demandent également si les notions de "*Value for Money*" notamment, initialement appréhendées dans leur acception restrictive pour préserver les finances publiques et la qualité du service public, ne sont pas maintenant utilisées dans un sens permissif. Elles serviraient à justifier *a priori* une approche idéologique en faveur de la privatisation accrue de l'activité publique.

Si la notion de "*Value for Money*" se comprend d'elle-même, elle prend toute sa dimension opérationnelle par la comparaison des offres des candidats avec un "*Public Sector Comparator*" (PSC). Celui-ci peut se définir comme le calcul financier du coût de la fourniture du service par le secteur public lui-même (éventuellement, selon une certaine dose d'implication du secteur privé)<sup>10</sup>. Il s'agit donc d'un point de comparaison, d'un compte de référence qui sera raffiné tout au long de la phase de préparation des négociations, et avec lequel le délégant va pouvoir comparer les offres et vérifier l'utilité de la participation privée. Dans certains cas, le PSC peut être communiqué aux candidats, avant l'appel à projet.

La notion de "*Public Sector Comparator*" paraît ainsi riche de possibilités, notamment en termes :

- De transparence de la décision d'externaliser ;
- D'objectivation des avantages et des inconvénients financiers, mais aussi organisationnels, techniques, etc. de l'opération d'externalisation ;
- D'incitation à l'efficacité du service public, qu'il soit fourni en partenariat ou reste finalement en régie.

Le droit administratif français connaît dans une certaine mesure cette notion de comparaison. On peut la retrouver, par exemple, dans le cours de la procédure réglementaire, sous la forme du volet financier des études d'impact qui accompagnent les principaux projets de décrets. Elle apparaît encore dans le domaine des déclarations d'utilité publique, à travers la théorie du bilan et la mise à l'enquête publique des variantes d'un projet.

---

10 - Cf. *Partnerships for Prosperity – the Private Finance Initiative*, op. cité, pp. 9-10.

En France cependant, l'efficacité économique d'un projet d'infrastructure, et la comparaison financière entre gestion publique et gestion privée, ne sont pas évaluées d'une façon systématique et homogène.

## 2.5 - Une surprise : l'absence d'obligation de mise en concurrence

Un aspect ne laisse pas de surprendre l'observateur français, toujours inquiet du respect de l'obligation de concurrence, et en particulier de l'application des directives communautaires relatives aux marchés publics. Ainsi, la doctrine officielle sur la PFI impose la publicité de l'offre pour la présélection des candidats. Cependant, de façon assez proche du système que nous connaissons en France depuis la loi "Sapin" du 29 janvier 1993, la sélection du candidat se fait par négociation, et non par appel d'offres <sup>11</sup>.

Non sans un certain doute, la doctrine britannique<sup>12</sup> considère en effet que les projets menés selon la procédure de PFI échappent aux prescriptions du droit communautaire relatif aux marchés de travaux. Cette dérogation est justifiée sur deux terrains : d'une part, la qualification en opération de service, et d'autre part, le caractère exceptionnel, voire de prototype, qui permet d'appliquer le régime dérogatoire prévu par les directives elles-mêmes. Selon les instructions administratives du Treasury, ces opérations sont en effet trop complexes pour qu'elles puissent faire l'objet de spécifications suffisamment précises et permettre ainsi l'attribution par appel d'offres, sur un nombre de critères de comparaison donc nécessairement limité.

Il sera évidemment intéressant de voir comment cette doctrine se combine avec l'approche des institutions de Bruxelles, telle qu'elle a été notamment rappelée dans la récente Communication interprétative de la Commission.

11 - Treasury Taskforce - Private Finance, *Step by Step Guide to the PFI Procurement Process*, édition avril 1998.

12 - Cf. par exemple John REDMOND, " L'expérience britannique ", Les marchés publics de travaux à l'heure de la réforme, *Revue de droit immobilier*, 4, octobre - décembre 1998.

### **III - QUELQUES ENSEIGNEMENTS À TIRER EN FRANCE**

Au-delà de ces quelques éléments qui paraissent plus particulièrement saillants à l'observateur français, l'expérience de la PFI peut ouvrir quelques pistes de réflexions pour développer le système français de gestion déléguée.

#### **3.1 - Un défi : comment concilier l'uniformisation des opérateurs avec la nécessaire prise en compte des spécificités institutionnelles ?**

Au préalable, il faut clairement rappeler qu'il est illusoire de vouloir trouver à tout prix une équivalence entre les deux systèmes ou chercher à les uniformiser. Chacun reflète le système juridique ou la tradition institutionnelle dont il émane.

Cependant, si les règles juridiques ne peuvent qu'être artificiellement rapprochées, il n'en est pas de même des objectifs et des résultats, qui sont finalement assez similaires. Il est également un autre mouvement d'uniformisation qui mérite attention : celle des opérateurs privés eux-mêmes.

Un des défis qui se posent aux juristes et praticiens dans la période actuelle réside, justement, dans la capacité à maintenir certaines spécificités institutionnelles et juridiques locales alors que les opérateurs ont, au contraire, tendance à se concentrer tout en se diversifiant géographiquement et sectoriellement. Ce mouvement d'uniformisation du droit et des pratiques trouve également un puissant moteur dans l'intervention du secteur financier. Celui-ci est par définition globalisé, et recherche donc une certaine homogénéité de son terrain d'intervention.

Or, les spécificités locales, si elles ne sont pas nécessairement issues d'une rationalité très solide, sont du moins l'émanation de facteurs traditionnels, culturels qui constituent souvent des conditions de l'effectivité du droit. À cet égard, on peut penser aux différences en matière de régime de domanialité, au rôle différent des financiers et des constructeurs, à la conception différente du pouvoir local élu et de sa fonction de régulation, etc.

Répondre à cette question apparaît ainsi comme un terrain d'investigation privilégié pour la communauté universitaire.

### **3.2 - La nécessaire ouverture de l'éventail des outils juridiques disponibles en France**

Plus pratiquement, et par rapport à la situation qui prévaut en France, cette comparaison montre l'intérêt qu'il y a à ouvrir l'éventail des instruments juridiques et financiers disponibles pour réaliser un partenariat public-privé dont on entrevoit le développement potentiel. Or, des obstacles subsistent en France alors paradoxalement que notre système juridique connaît depuis de nombreuses décennies, avec la gestion déléguée, un mode de partenariat public-privé pour la fourniture des services publics.

Ces obstacles sont encore trop souvent juridiques. On peut citer, tout d'abord, la grande difficulté que va rencontrer le recours au METP, après la récente décision du Conseil d'État<sup>13</sup>.

Certes, la jurisprudence n'a pas formellement interdit le METP dans sa forme originelle, c'est à dire un marché combinant travaux et services. De même, la pratique avait fait apparaître de nombreux inconvénients, voire des dévoiements: création d'engagements "hors bilan" affectant la sincérité de la situation financière globale des collectivités publiques, contournement des procédures transparentes de sélection des partenaires privés. Cependant, le METP n'a malheureusement pas l'exclusivité de tels dévoiements, qui frappent également des contrats pourtant régis dès l'origine par le très rigoureux code des marchés publics. Par ailleurs, en interprétant de façon restrictive le code des marchés publics comme interdisant le paiement différé, le juge administratif a supprimé un instrument de réalisation des infrastructures publiques qui présentaient en gestion de nombreux avantages et qui répondaient clairement au besoin des collectivités de disposer d'instruments financiers souples et variés. Concrètement,

---

13 - CE, 8 février 1999, *Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de la Ciotat*, AJDA, 20 avril 1999, p. 364, conclusions C. Bergeal et note D. Chabanol.

cette décision revient à contraindre les collectivités publiques à ne disposer que de deux moyens de financement : l'emprunt – principalement bancaire, compte tenu du faible recours des collectivités locales aux marchés obligataires – et l'impôt. Au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle, ce mouvement est un peu anachronique et dans de nombreux cas, contraire à l'efficacité économique, voire à l'intérêt général.

Si l'on veut pouvoir recourir de nouveau à un régime similaire, il faut aujourd'hui attendre d'une intervention législative qu'elle fixe les conditions de sa transparence.

De même, une réflexion particulière doit être menée sur les dispositifs permettant de valoriser le domaine public. L'utilisation du domaine pour lever les capitaux considérables qui sont aujourd'hui nécessaires à la réalisation des infrastructures publiques représente un enjeu majeur pour l'avenir du partenariat public-privé, comme le montrent les travaux du groupe de réflexion animé par l'Institut de la Gestion Déléguée au cours de l'année 2000 sur ce sujet.

Cependant, il ne faut pas se leurrer : de nombreuses réticences politiques et psychologiques demeurent pour s'opposer à un développement de la gestion déléguée en France, comme celle-ci se développe en Grande-Bretagne. Tout travail de pédagogie suppose un effort d'identification des problèmes, d'objectivation des enjeux et d'évaluation d'expériences concrètes.

L'information représente donc non seulement un enjeu crucial, mais aussi un atout efficace, dans cette quête d'un environnement favorable au partenariat public-privé.

Multiplier les instruments juridiques ne signifie néanmoins pas dévaloriser ceux qui existent ou improviser des solutions *ad hoc*. Trop souvent, le discrédit social, ou les obstacles juridiques qui freinent le développement du partenariat public-privé dans notre pays ont pour causes objectives des dévoiements. Il faut donc d'abord identifier et reconnaître ces pratiques répréhensibles. Ensuite, il faut poser comme préalable à toutes réflexions sur de nouveaux instruments, le respect de deux principes, qui sont d'ailleurs communément admis :

- **La transparence** des transactions et des négociations, qui constitue un devoir démocratique. Si le choix de l'opérateur doit préserver au profit de la collectivité publique une certaine marge d'appréciation, compte tenu de la complexité et de la durée des montages, la publicité des offres et la transparence des critères de sélection sont indispensables ;
- **Le respect de la concurrence**, qui apparaît comme un impératif économique et une obligation communautaire, que personne ne vient plus guère contester.

C'est en fondant leurs discussions sur ces deux principes que les différentes parties prenantes pourront améliorer les dispositifs actuels, et rassurer usagers et citoyens.