

## **20 ans de PFI : l'heure du bilan**

**Philippe Cossalter**

Professeur de droit public, Chaire de droit public français de l'Université de la Sarre

Co-directeur du Centre juridique franco-allemand

«Rien de trop» est un point  
Dont on parle sans cesse, et qu'on n'observe point.

La Fontaine, « Rien de trop », (Livre IX, fable 11)

Résumé : Après vingt années d'expérimentation, la PFI fait l'objet des critiques les plus vives au Royaume-Uni. L'endettement considérable qui a accompagné le programme PFI suscite des réactions excessives, qui sont le résultat des défauts congénitaux du modèle : un recours trop systématique à des contrats trop globaux.

Le modèle de la conception-réalisation est loin d'être condamné : la PFI en illustre certaines limites.

Citer cet article : Cossalter (Philippe), « 20 ans de PFI : l'heure du bilan », RGD, 2012, A1.

Faire le bilan de la PFI, c'est énoncer une oraison funèbre.

Le nouveau Premier ministre David Cameron propose de substituer au modèle unique de la PFI un recours accru au « Tiers secteur » (*Third Sector*), c'est-à-dire aux organismes à but non lucratif, pour l'exploitation des services publics non marchands : éducation et santé principalement <sup>1</sup>.

En comparaison avec ce nouveau modèle de coopération public-parapublic, le modèle public-privé incarné par la PFI sort terni de quinze ans d'utilisation maladroite. La PFI serait le symbole de dérives financières, d'engagements budgétaires démesurés faisant peser les investissements d'aujourd'hui sur les générations de demain. Les PFI créeraient une rigidité insupportable dans la gestion quotidienne des services publics, en particulier dans le domaine de la santé <sup>2</sup>.

Comment l'idole des gouvernements conservateurs et travaillistes a pu devenir en quelques années objet de scandale, et victime des plus abominables récriminations ? C'est que la passion déchaînée est à la mesure de l'enthousiasme créé <sup>3</sup>.

Il n'est plus temps de rappeler l'origine, et les objectifs de la PFI <sup>4</sup>. Le contrat de partenariat, avatar français de la PFI, en résume les principales caractéristiques : la PFI est un programme (et non un seul type de contrat) visant à promouvoir l'investissement privé dans les équipements publics.

Le cocontractant de l'administration se voit confier la conception, la réalisation, la maintenance et une partie de l'exploitation d'un équipement public. La rémunération est servie sous forme de loyers représentant le capital, les intérêts financiers et les services rendus ; cette dernière part fait l'objet d'incitations liées à la performance.

La PFI a permis au Royaume-Uni (et plus spécialement à l'Angleterre) d'entreprendre un pharaonique programme de construction et de modernisation de ses écoles, hôpitaux, prisons, bâtiments de bureaux.

Le recours massif à la PFI part du postulat de la meilleure performance du secteur privé et surtout des gains d'efficacité créés par la délégation globale d'un ensemble de fonctions.

L'analyse n'est pas condamnable en soi. Mais sa logique a été poussée à l'extrême, ce qui aboutit aux excès aujourd'hui dénoncés.

La logique de la PFI n'a pas seulement consisté à ouvrir aux pouvoirs publics la possibilité de recourir à la PFI : l'usage de ce contrat a été quasi-systématique. Ce recours systématique à la PFI s'est appuyé sur des outils de

---

<sup>1</sup> *Open Public Services White Paper*, juillet 2011, Cm 8145.

<sup>2</sup> V. pour un rappel d'une partie de ces critiques les débats devant la Chambre des communes, le 23 juin 2011,

<sup>3</sup> Pour une critique assez acerbe, mais bien documentée, v. Parker (David), dir., *The Private Finance Initiative and Intergenerational Equity*, Intergenerational Foundation, février 2012, [www.if.org.uk](http://www.if.org.uk).

The intergenerational foundation semble être un organe para-gouvernemental, destiné à distiller une analyse d'apparence scientifique, aux fins de soutien de l'action du gouvernement. Un beau sujet de recherche existe certainement (peut-il existe-t-il déjà) concernant les différentes politiques de communication des gouvernements britanniques.

<sup>4</sup> Pour cela, voir notamment : « Introduction à la Private Finance Initiative », in : Philippe Cossalter et Bertrand du Marais, *La Private Finance Initiative*, Institut de la gestion déléguée, 2001, pp. 11-74, préface Marceau Long.

comparaison des performances comparées des marchés publics classiques (public procurement contracts) et des contrats de Services sold to the public sector (contrats de prestations globales à paiement public) .

Le recours au Public Sector Comparator a permis de légitimer de manière quasi-systématique le recours à la PFI en démontrant, selon une méthodologie dont le caractère scientifique est contestable, que les surcoûts financiers générés par le contrat étaient compensés par des gains de performance.

Ces gains étaient eux-mêmes accrus par le caractère global des missions confiées.

Après vingt ans de PFI (plus exactement quinze ans, le programme ayant été annoncé en 1992 mais ayant vraiment commencé à être mis en œuvre en 1997), la PFI fait l'objet d'une critique généralisée, qui prend appui sur deux constats : le contrat n'est pas assez souple et rend difficile l'évolution du service en fonction des besoins évolutifs de l'administration ; le coût de la PFI est très élevé et les annuités de remboursement risquent de dépasser les capacités budgétaires des personnes publiques cocontractantes.

Cette dénonciation est elle-même excessive. Les pouvoirs publics britanniques ont eu ce qu'ils réclamaient : du neuf sans recours à l'emprunt. La difficulté aujourd'hui rencontrée provient du volume commandé. Le total, difficile à chiffrer (de nombreux chiffres existent, parfois divergents) serait aujourd'hui de 300 milliards de livres d'engagements cumulés .

Bien ou mal rédigés, les contrats de PFI ne peuvent régler le problème majeur de tout emprunt, qu'il soit bancaire ou converti en loyers : le surendettement. Celui-ci est tel aujourd'hui que la plupart des établissements hospitaliers frôlent la cessation de paiement.

La lecture des rapports de la NAO est parfois décevante. C'est peut-être l'effet de la distance culturelle considérable qui sépare les mondes juridiques anglo-saxons et continental. La NAO, comme les autorités administratives, réfléchissent en termes de procédures, de bonnes pratiques et de recommandations. Cet appareil scientifique confine parfois, aux yeux du juriste continental, à la vacuité.

Mais au moins la lecture de ces rapports, et en particulier du dernier en date concernant la PFI, qui fait la synthèse des 72 rapports précédents, permet-elle de porter un regard apaisé alors que le reste de la littérature récente n'est que passion déchaînée .

L'analyse des faiblesses de la PFI, et des moyens de l'améliorer, aboutit à certaines contradictions, qui semblent avoir échappé à l'organe de contrôle.

La NAO considère ainsi, d'une part, que toutes les économies d'échelle n'ont pas été faites, en ne regroupant pas les projets locaux au niveau national. Négociés localement, certains contrats ont souffert de la dissymétrie entre les parties.

D'un autre côté, la NAO juge que les contrats de PFI, d'une longue durée, sont peu flexibles ce qui entraîne des surcoûts financiers et une grande difficulté d'adaptation.

Les deux considérations sont exactes. Elles sont inconciliables : les contrats dont l'objet est vaste sont plus complexes, plus rigides et moins efficaces.

Le rapport a du moins l'avantage de pointer les principales faiblesses de la PFI : la rigidité des contrats de longue durée ; le surcoût engendré par le modèle.

C'est autour de ces deux axes qu'une analyse peut être menée.

La PFI souffre aujourd'hui des défauts du contrat complet (I) et sombre sur l'écueil des finances (II).

## I. LES DEFAUTS DU CONTRAT COMPLET

Les contrats de PFI sont des contrats rigides, aussi appelé « contrats complets », par opposition aux contrats incomplets du droit administratif continental.

Le défaut de ces contrats complets ne vient pas selon nous de leur régime. Très rapidement les autorités britanniques ont pallié les rigidités propres aux contrats de common law (qui sont aussi celles du contrat de droit privé en France et ailleurs) (A).

Le vrai problème du contrat complet ne provient pas de son régime, mais de son contenu : portant sur trop de choses à la fois, contractualisant ce qui relève habituellement du rapport hiérarchique, il crée des rigidités jusque dans le moindre détail de l'activité administrative (B).

### ***A./ La rigidité des contrats de common law***

C'est l'écueil de tout contrat de common law (mais également de tout contrat qui n'est pas soumis au régime du contrat administratif) : la rigidité.

La sanctity du contrat de common law, qui n'est qu'une manière d'exprimer le principe *pacta sunt servanda*, est peu compatible avec les exigences d'un engagement de longue durée.

Les faiblesses du contrat de common law illustreraient pour certains la supériorité du droit continental, et en particulier du droit administratif, dans ce domaine. L'hypothèse est séduisante, et propre à rassurer le juriste latin, bien malmené par le débat autour du rapport *Doing Business*. Elle n'est pas totalement inexacte.

Il convient cependant de noter que les contrats de PFI ne sont pas si rigides qu'on le pense ; les contrats administratifs ne sont pas si souples qu'on le croit.

Les PFI ne sont pas si rigides qu'on le pense, car ils répondent à des modèles publiés par le gouvernement. Or ces modèles contractualisent les mécanismes de modification unilatérale du contrat .

Une analyse détaillée permettrait peut-être de démontrer les limites du modèle, qui est essentiellement fondé sur le principe des clauses de *hardship*. Mais il existe dans les contrats de PFI signés depuis 2004 des clauses de modification « unilatérale ».

A l'inverse, le contrat administratif n'est pas si souple qu'on le pense . Le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats a réduit à la part congrue la liberté extracontractuelle de l'administration. La

proposition de directive concessions montre bien au demeurant comment les contrats réputés les plus souples devront, pour conserver cette souplesse, contractualiser minutieusement les changements futurs.

Les modèles de PFI pourraient sous peu devenir, sur ce type de questions, des modèles pour les contrats de concession.

La rigidité des contrats de PFI ne provient pas, pensons-nous, du régime de la common law.

Aucun contrat, quel que soit son régime, ne permet en réalité d'assurer la souplesse nécessaire à un engagement trop global.

## ***B./ L'objet trop global des contrats de PFI***

Les défauts de la PFI sont en partie ceux de tous les contrats à long terme.

Mais un aspect particulier de la PFI crée les inconvénients aujourd'hui dénoncés, et qui étaient pourtant prévisibles : la volonté d'attribuer des contrats globaux qui regroupent l'intégralité des prestations supports de l'activité des services publics.

Il est indéniable que les contrats globaux de conception-réalisation-maintenance sont susceptibles d'apporter des gains de performance. L'entrepreneur général auquel sont confiées les tâches de conception aura évidemment intérêt à optimiser l'ouvrage pour en assurer le caractère fonctionnel, la durabilité et donc l'économicité.

Il n'est pas évident qu'un quelconque bénéfice puisse résulter en revanche de la contractualisation à long terme d'un ensemble de services qui ne sont pas l'accessoire nécessaire de l'immeuble : blanchisseries, analyse médicale, sécurité, restauration, maintenance informatique, téléphonie, etc.

Aucune analyse sérieuse n'a, à nos yeux, jamais démontré la nécessité de regrouper ensemble des objets contractuels si divers.

La synthèse de l'expérience PFI nous enseigne au contraire les inconvénients des contrats à objet trop global.

La récurrence de constats convergents indique qu'il ne s'agit pas de simples positions partisans.

Il est surprenant au demeurant que l'analyse économique du droit, qui est en quelque sorte l'apanage des pays anglo-saxons pour la détermination des politiques publiques, n'ait pas constitué un frein au recours à des contrats trop globalisés.

La théorie des coûts de transaction, qui n'a plus de secrets pour les décideurs publics, nous enseigne que certaines fonctions ne doivent pas être contractualisées .

Selon la théorie des coûts de transaction, l'économie possède trois institutions: le marché, la hiérarchie et le contrat . Le choix entre ces modes de gouvernance dépendra principalement de la spécificité des actifs. Plus un actif est spécifique, plus la hiérarchie sera une forme opportune d'organisation.

Il existe différents types de spécificité des actifs, la spécificité de site, physique, dédiée et humaine . La spécificité de site se rapporte à la localisation d'un outil de production qui ne peut pas être modifié ou déplacé sans des coûts excessifs. La spécificité physique correspond à la particularité d'un actif ou d'un processus de production qui ne peut pas être réutilisé pour un autre objet sans modifications. La spécificité dédiée regroupe la spécificité de site et physique. Enfin, la spécificité humaine tient à la formation des agents .

Les arrangements faits sur le marché (au moyen d'un contrat) sont adaptés à des transactions portant sur des actifs non spécifiques, organisées par des contrats classiques, de court terme et à exécution immédiate.

Par contre, dès lors qu'une relation prend appui sur un actif spécifique, il sera plus efficient de recourir à des formes alternatives au marché, la hiérarchie (la firme) ou des formes hybrides comme des contrats de longue durée . Selon la majorité des auteurs, l'intégration verticale peut aussi s'avérer une solution efficace dès lors que la transaction est incertaine et que des adaptations s'avèrent nécessaires .

En d'autres termes, le contrat quel que soit son régime n'est pas une bonne solution lorsque le contenu de l'exécution est incertain.

De ces enseignements, que confirment le simple bon sens, le contrat ne devrait pas être choisi pour assurer des missions qui font entrer en jeu des décisions humaines non contractualisables, ou portent sur des actifs dont les caractéristiques sont amenées à changer au cours du temps.

La PFI a péché pour ne pas avoir respecté cette double spécificité.

Au demeurant, même si le contrat prévoyait exactement toutes les hypothèses d'évolution future, sa rédaction serait tout bonnement impossible pour des humains normalement constitués. Voilà encore une réflexion de bon sens, qui reçoit le soutien scientifique de l'analyse économique du droit.

Selon Oliver Williamson, qui se fonde sur les travaux de Simon , les agents économiques sont dotés d'une rationalité limitée d'une part en raison de leurs limites propres comme leur incapacité à résoudre les problèmes de calcul et d'interprétation de l'information, mais également en raison de leur environnement. L'avenir est incertain car il dépend des réactions d'autres acteurs. La rationalité limitée et l'incertitude de l'environnement rendent impossibles la rédaction de contrats complets, c'est-à-dire l'établissement de relations dont tous les éléments sont déterminés à l'avance. En effet, si les agents économiques n'avaient qu'une rationalité limitée, mais que l'avenir était certain, il leur suffirait de préciser dans un contrat toutes les éventualités selon les différentes branches des hypothèses envisagées. Les contrats seront nécessairement incomplets car ils transcrivent les limites de la rationalité de leurs rédacteurs et l'incertitude de l'environnement .

Résumons-nous : l'échec de la PFI n'est pas le résultat d'une mauvaise gestion par les agents publics chargés des négociations, ni de la fourberie des acteurs économiques qui auraient conclu, à dessein, des contrats déséquilibrés .

L'échec de la PFI provient de l'ambition prométhéenne des promoteurs du programme, qui ont voulu remplacer la hiérarchie par le contrat.

## II. L'ECUEIL DES FINANCES

Les PFI, et d'une manière générale les partenariats public-privé seraient dangereux parce qu'ils favoriseraient le recours à des « emprunts cachés ». La critique a été faite très tôt aux marchés d'entreprise de travaux publics.

Dans son rapport public 1993 le Conseil d'Etat, évoquant les METP, souligne les inconvénients de la formule, qui sont un endettement déguisé, un renchérissement de l'investissement, un engagement pluriannuel réduisant « l'autonomie de la collectivité publique dans la conduite ultérieure de sa politique de travaux et de sa politique budgétaire », l'encouragement à la réalisation de travaux non indispensables et le risque d'insuffisance de mise en concurrence .

Cette analyse est apparue à certains comme excessivement conservatrice. Avouons aujourd'hui qu'elle pourrait très bien s'appliquer à la PFI, et qu'elle résume en langue française plusieurs milliers de pages de littérature britannique sur le sujet.

La critique de l'emprunt déguisé a fait long feu. Nombreux sont les mécanismes qui permettent, en Angleterre comme en France, de mettre en lumière les engagements pluriannuels des personnes publiques.

Une autre part de ces critiques très actuelles garde tout sa pertinence : le renchérissement de l'investissement (A) et la limitation de l'autonomie budgétaire (B).

### ***A./ Le pari perdant du transfert des risques***

Les surcoûts et dépassements de délais liés à la construction en régie des bâtiments publics sont connus, et indiscutables .

C'est sur ce constat classique qu'a été construit le mécanisme du Public Sector Comparator. Ce procédé d'analyse consiste à soumettre l'ensemble des choix public à une analyse en termes de risques : le risque de surcoûts d'un côté, la certitude du prix de l'autre.

Selon ce modèle d'analyse, que nous ne pouvons exposer en détail, un certain nombre de risques doivent être transférés au secteur privé, qui serait mieux à même de les assumer.

Il en va ainsi des surcoûts liés à un dépassement de délai dans la conception et la construction des bâtiments, mais également des surcoûts liés à la performance.

S'est développée autour du transfert de risques toute une littérature, aux prétentions parfois scientifiques , destinées à établir des « matrices » de risques. Ces matrices ont été d'autant plus importantes qu'elles ont commandé par ailleurs les modalités de rémunération du partenaire privé, rémunération liée à la performance de l'exploitation des services.

Un dogme a vite été établi : le transfert de risques ne doit pas être complet ; il doit être réparti et maîtrisé.

Un exemple suffira à illustrer le propos. Dans le cadre de l'exploitation d'une prison, l'ensemble des activités (surveillance et sécurité, restauration, nettoyage, blanchisseries, etc.) a pu être transféré au secteur privé. La rémunération versée dépend pour une part des résultats de l'exploitation : nombre de cellules disponibles, qualité des repas, nombre d'évasions ou de tentatives d'évasions.

La rémunération du cocontractant était donc variable.

Mais un autre risque, beaucoup plus considérable, pèse sur le cocontractant : ce risque est lié à la durée du contrat, et aux possibles surcoûts résultants d'une mauvaise évaluation des charges réelles du service.

Ces deux types de risques (variabilité de la rémunération et incertitude des charges) ont créé un effet de prime qui a vite été identifié dans les contrats de PFI.

Cette prime est liée à la part de rémunération qui est exigée par les banquiers ou par les entreprises investissant leurs fonds propres en contrepartie du risques qu'elles courent.

Cette prime, surestimée dès le départ, a créé des surcoûts considérables.

Ces surcoûts ont provenu de deux mécanismes concordants.

En premier lieu, dans la plupart des contrats de PFI, le risque a été surévalué par les opérateurs privés : il leur a été aisé de limiter les charges, ce qui leur a assuré un taux de rentabilité important.

En second lieu, ce taux de rentabilité important a été accru de manière drastique par la rapide renégociation de leur dette auprès des établissements bancaires.

Cette question a émergé lors de la renégociation de la dette du consortium ayant réalisé la première prison en PFI . En novembre 1999, la société de projet Fazakerley Prison Services Limited a renégocié les conditions de sa dette liée au contrat qu'elle avait obtenu en 1995 pour la construction, l'entretien et l'exploitation de la prison de Fazakerley .

Cette renégociation de la dette a généré des « super-profits » au profit du consortium, super-profits qui ont semblé tellement extravagants qu'une commission parlementaire s'est penchée sur la question .

Le consortium, afin certainement de ne pas tuer la poule aux œufs d'or, a accepté de réduire le prix réclamé à l'administration, abandonnant ainsi une partie de son surplus . Des règles ont été introduites dans les nouveaux contrats de PFI afin d'imposer la redistribution des super-profits résultant d'une renégociation de la dette .

Cette standardisation progressive des clauses de refinancement laissent entières deux questions.

En premier lieu de très nombreux contrats de PFI ont été conclus sans clauses de refinancement, ce qui laisse subsister le problème lorsque le cocontractant, contrairement au consortium Fazakerley, n'a pas souhaité procéder à une modification du contrat par avenant.

En second lieu, la « sur-rémunération » peut provenir de la structuration même du contrat, qui permet potentiellement une rémunération du capital investi supérieure à la moyenne.



La longue durée du contrat a elle-même produit un effet pervers. Comme nous l'avons vu supra, la longue durée augmente l'incertitude ; or l'incertitude se paie comme une prime d'assurance. En second lieu la signature de contrats de trop longue durée diminue l'effet incitatif des mises en concurrence régulières.

La question du « sur-financement » des contrats de PFI n'est peut-être, enfin, que l'un des aspects d'une problématique plus générale, qui est celle du bénéfice dans les contrats de l'administration. La question est prégnante, et devrait dans les prochaines années constituer l'un des enjeux majeurs du droit des contrats publics .

## ***B./ Le mirage de l'externalisation de la dette***

Peut-être les contrats de PFI ne sont-ils pas si « chers » que cela. Le bénéfice semble, en période de rigueur budgétaire, de plus en plus difficile à accepter. Les contrats de PFI sont peut-être victimes d'un mouvement plus vaste, qui voit consacrée l'idée d'une vertu de la gestion en régie, opposée à l'anormalité d'une gestion privée axée sur la réalisation d'un bénéfice.

Ce mouvement touche tous les pays d'Europe, et toutes les formes de contrats, tant et si bien qu'il semble désormais normal qu'une personne publique soit prestataire d'une autre personne publique sans respecter les règles du marché, à condition qu'elle abandonne toute marge bénéficiaire . Mais ce n'est pas le lieu ici de faire la nécrologie de la liberté du commerce et de l'industrie. Seule nous intéresse la dépouille du programme PFI.

Les contrats de PFI, outre les défauts congénitaux que nous avons soulignés, sont certainement victimes de l'acharnement du gouvernement travailliste, qui a recouru au système de la PFI pour mettre en œuvre, en à peine plus de dix ans, le programme d'investissement public le plus ambitieux depuis la seconde guerre mondiale.

Or tout investissement a un coût, quelle que soient les modalités de l'engagement budgétaire des personnes publiques. Les autorités publiques britanniques paient aujourd'hui le prix de la dette.

Mais cette dette s'exprime selon des formes inédites.

Tandis qu'il est possible de réduire un programme public d'investissements, de réduire le nombre d'agents publics, d'abandonner certains programmes, de diminuer la rémunération des agents nouvellement recrutés ; alors qu'il est possible en somme de jouer sur les faibles leviers budgétaires qui restent aux mains des gouvernements en augmentant un peu les ressources et en réduisant surtout les dépenses, il n'est pas possible de réduire les dépenses contractualisées.

Le principe d'annualité budgétaire est réduit à néant par les contrats PFI de longue durée, qui obligent les autorités publiques britanniques à entretenir leurs bâtiments, à moderniser leur informatique, à servir des repas équilibrés, bien qu'elles n'en aient plus les moyens.

En un mot, la PFI impose de mettre en œuvre des politiques de riches, en asséchant les caisses d'un pays pauvre.

Cette politique d'abondance n'est pas condamnable en soi ; elle vise à la mise en place de services publics modernes et la disparition des bâtiments vétustes. Mais elle ne permet plus de faire ce que font si bien les personnes publiques, surtout en période de restrictions budgétaires : laisser leurs bâtiments à l'abandon, prolonger la durée de vie d'installations vétustes, fournir à leurs agents des matériels obsolètes.

Un seul levier semble encore pouvoir fonctionner, celui de la dernière chance : rogner sur les marges, en les supprimant. Ne pas abandonner l'objectif de réduction du nombre d'agents publics, mais confier la gestion des services publics à des opérateurs désintéressés : le tiers secteur invoqué d'une manière quelque peu chamanique par David Cameron.

La question des investissements immobiliers, elle, reste entière.