

FRILET

Société d'Avocats

LES CONTRATS DE CONCESSION : QUELS PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE ?

**L'équilibre des droits et obligations du Concédant
et du Concessionnaire : les principes directeurs
dégagés par l'expérience internationale et leur mise
en œuvre pratique**

**Centre de Conciliation et d'Arbitrage de Tunis
Vendredi 27 juin 2008**

Marc Frilet, Avocat au Barreau de Paris

Secrétaire Général de l'Institut Français d'Experts Juridiques Internationaux (IFEJI)

Responsable du Groupe de Travail PPP du Barreau de Paris

Co-responsable de la PPP Task Force, International Bar Association (IBA)

Administrateur de l'Institut de Gestion Déléguée (IGD)

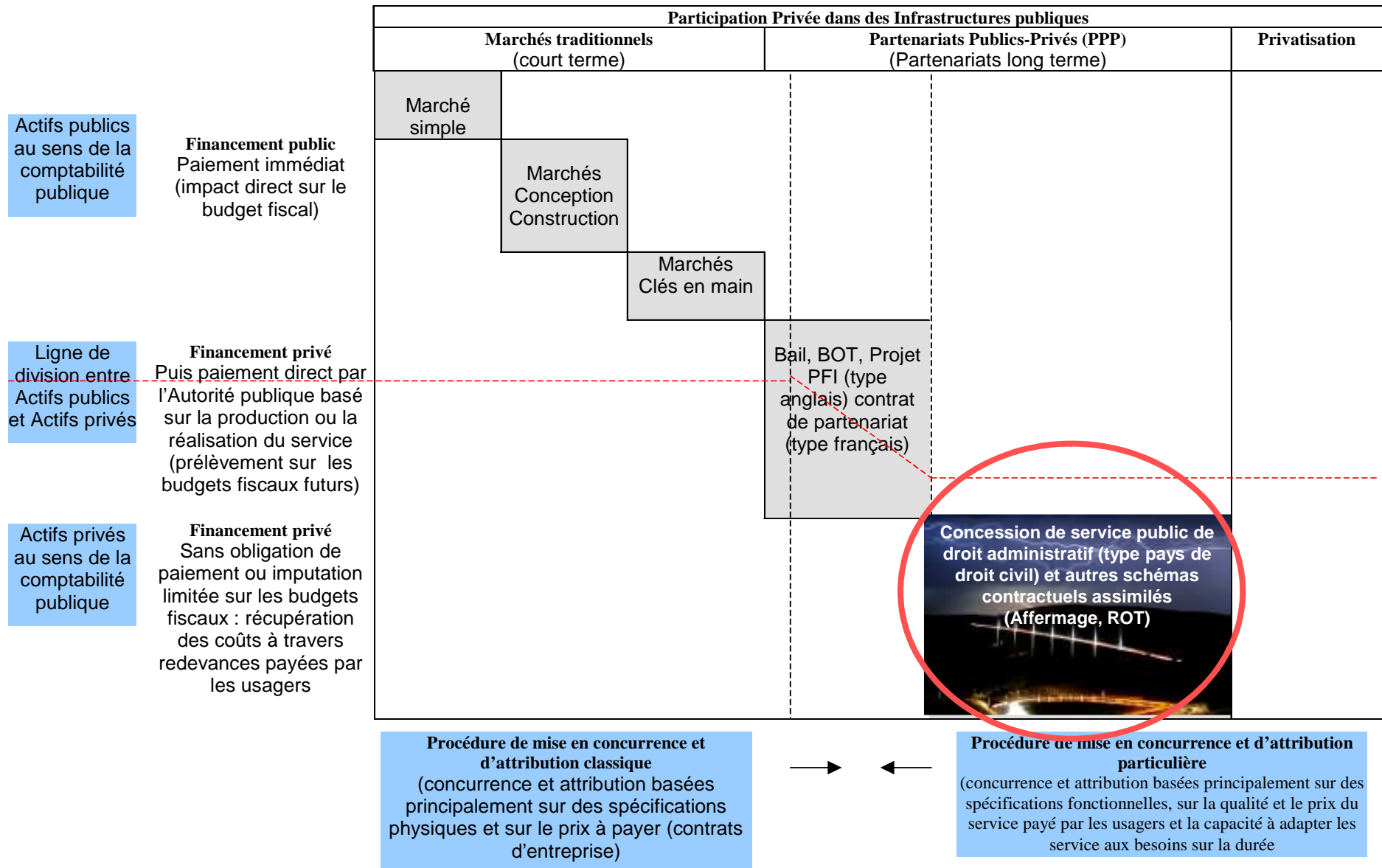
Chargé de cours, Université Paris V-René Descartes

Fellow American College of Construction Lawyers (ACCL)

INTRODUCTION

- **L'expérience dégagée en France et dans les pays de tradition civile / administrative doit représenter aujourd'hui 95% de l'expérience mondiale en matière de Concession de service public.**
- **Il existe plus de 10.000 contrats en cours dans un ensemble de secteurs, transports (autoroutes, tunnels, ponts à péage, aéroports, ports), services urbains (eau, déchets, etc.). Cette longue expérience ne s'est pas développée sans peine.**
- **Les bouquets de clauses contractuelles les plus significatifs se sont peu à peu adaptés à une jurisprudence pragmatique développée depuis plus de 150 ans par un tribunal spécialisé très prestigieux créateur d'un droit, qui peut s'affranchir du droit civil notamment dans l'intérêt de la bonne réalisation de contrats administratifs.**
- **Ce régulateur conseillant également l'Etat français est le Conseil d'Etat.**

PLACE DE LA CONCESSION DANS LE MONDE DES INFRASTRUCTURES PUBLIQUES



L 'EQUILIBRE DES DROITS ET OBLIGATIONS - INTRODUCTION

- **Ce n'est pas une ou deux clauses particulières savamment négociées, souvent sous la pression des banquiers, qui vont permettre de conclure un contrat. Les concessions de service public sont des conventions très particulières dans lesquelles l'obligation principale du partenaire privé n'est pas seulement de construire un immeuble ou une infrastructure, mais également de l'exploiter en se faisant rémunérer par l'Usager.**
- **L'obligation principale du Concessionnaire de service public est de rendre un service toujours optimisé et adapté aux besoins des usagers sur une très longue période.**
- **Le vrai juge de paix de la bonne réalisation du contrat de Concession est l'usager, et ce dernier a des exigences:**
 - ◆ le service doit être rendu dans les meilleures conditions possibles et à un prix que l'usager peut raisonnablement régler.
 - ◆ le service doit être rendu de façon non discriminatoire à tous
 - ◆ le service doit être en permanence adapté aux évolutions des besoins souvent à dix ou vingt ans. L'usager est le premier à reconnaître que cette évolution est difficile à prévoir aujourd'hui.

L 'EQUILIBRE DES DROITS ET OBLIGATIONS - PRINCIPES DIRECTEURS

- **La conclusion du contrat de Concession de service public**
 - ◆ **50% du succès d 'une Concession réside dans un processus de préparation et de conclusion du contrat adapté aux particularismes de la Concession**
 - ◆ **Les Codes des Marchés publics qui sont tous basés sur le fait que l 'Autorité publique paye un prix pour une infrastructure ou un service sont par définition inadaptés puisqu 'il n 'y a pas de prix à payer**
 - ◆ **Les principes directeurs se sont progressivement dégagés. Après de nombreuses années, ils ont été synthétisés en France dans un texte essentiel datant de 1993: la Loi Sapin.**

L 'EQUILIBRE DES DROITS ET OBLIGATIONS - PRINCIPES DIRECTEURS

● **La conclusion du contrat de Concession de service public**

◆ **La Loi Sapin**

L 'Autorité publique doit tout d 'abord justifier l 'intérêt économique à déléguer à un Concessionnaire privé la réalisation d 'un service public dont elle est responsable. Exemple: réalisation d 'un contournement urbain à péage, ou production et distribution de l 'eau

L 'Autorité publique doit en particulier réaliser un ensemble d 'études préalables (notamment en matière de trafic pour un contournement) justifiant l 'équilibre économique du projet sur une certaine période et un taux de rendement interne suffisant pour attirer les Concessionnaires de qualité

Si l 'équation économique est robuste, l 'Autorité publique lance un appel à candidatures en précisant non pas le descriptif technique, mais essentiellement les résultats à atteindre. Exemple: trafic, tarif maximum, et autres critères de performance, tels que l 'ouverture au trafic en permanence

L 'Autorité publique est ensuite autorisée à entrer en négociation transparente avec le candidat paraissant le mieux à même de respecter l 'ensemble des critères

L 'EQUILIBRE DES DROITS ET OBLIGATIONS - PRINCIPES DIRECTEURS

- **Le contenu du contrat de Concession de service public - Généralités**
 - ◆ Principe: puisqu 'il s 'agit de la bonne réalisation de service public dont l 'Autorité publique aurait dû normalement rendre aux usagers, l 'Autorité publique possèdera un ensemble de droits généralement exorbitants du droit commun tant au niveau de l 'investissement, de l 'exploitation, de l 'adaptation du service que de la résiliation. En contrepartie, le Concessionnaire privé possèdera également un ensemble de droits exorbitants du droit commun
 - ◆ Régulation: Le contrat qui organise lui-même largement une régulation interne avec des références précises sera lui-même soumis à un droit particulier, le droit des Concessions de service public, qui est un droit essentiellement jurisprudentiel mais précis et équilibré, mis en œuvre au quotidien par un système de régulation de grande qualité, que représente en France l 'ordre des tribunaux administratifs et, *in fine*, le Conseil d 'Etat.

L 'EQUILIBRE DES DROITS ET OBLIGATIONS - PRINCIPES DIRECTEURS

● Le contenu du contrat de Concession de service public

◆ L 'investissement

Le Concessionnaire est libre de proposer des solutions techniques optimisées à son niveau pour autant qu 'il justifie d 'être en mesure de respecter l 'ensemble des obligations de résultat et de performance

Il peut ainsi mettre en valeur ses meilleures techniques et son know-how pour rendre un service qui séduit les usagers. Exemple: Viaduc de Millau.

Il peut, à condition de respecter ses obligations fonctionnelles, choisir un investissement initial moins coûteux et des coûts de maintenance et d 'exploitation plus élevés. Exemple: couche de roulement pour l 'autoroute dont la durée de vie peut varier dans certaines limites.

En contrepartie, il est tenu de soumettre tous ses programmes et plans à l 'approbation de l 'Autorité publique dans une pleine transparence financière, et le tout assorti de garanties de bonne fin.

L 'EQUILIBRE DES DROITS ET OBLIGATIONS - PRINCIPES DIRECTEURS

- **Le contenu du contrat de Concession de service public**
 - ◆ **L 'exploitation: Les obligations de service public**
 - Le contenu des obligations de service public et le détail des obligations de résultat à atteindre
 - Les critères de qualité du service
 - Les conditions de continuité du service
 - Les obligations de non-discrimination entre les usagers du service
 - Les obligations d 'optimisation du service
 - Les obligations d 'adaptation du service
 - Les délégations d 'Autorité publique au Concessionnaire et à son personnel

L 'EQUILIBRE DES DROITS ET OBLIGATIONS - PRINCIPES DIRECTEURS

- **Le contenu du contrat de Concession de service public**
 - ◆ **L 'exploitation: Le contrôle de l 'exploitation**
 - Contrôle documentaire**
 - ✓ Rappports trimestriels
 - ✓ Obligation de déclarer les incidents ou difficultés
 - ✓ Rappports annuels sur les conditions générales de l 'exploitation
 - ✓ Rappports financiers et présentations de comptes de la Concession selon un modèle pré-établi
 - Contrôle sur le terrain**
 - ✓ Droit pour l 'Autorité publique d 'opérer toute investigation sur le terrain à tout moment pour vérifier le bon respect du contrat

L 'EQUILIBRE DES DROITS ET OBLIGATIONS - PRINCIPES DIRECTEURS

● Le contenu du contrat de Concession de service public

◆ L 'exploitation : Les conditions financières

La référence aux comptes de la Concession validés par les deux parties lors de la conclusion du contrat : l 'importance de l 'équation financière de base qui correspond à leur commune prévisibilité et qui inclut la fixation initiale des tarifs pour les usagers

L 'évolution des conditions financières : les clauses automatiques de révision des tarifs

L 'évolution des conditions financières: les clauses de rendez-vous

Les clauses de paysage

Le droit à réviser les conditions financières dans un ensemble de situations

- ✓ Bouleversement des conditions économiques : Imprévision**
- ✓ Fait de l 'Autorité publique**
- ✓ Sujétions imprévues**

L 'EQUILIBRE DES DROITS ET OBLIGATIONS - PRINCIPES DIRECTEURS

● Le contenu du contrat de Concession de service public

◆ L 'expiration du contrat de Concession

L 'arrivée du terme: obligations et conséquences

- ✓ Obligation de transférer l 'infrastructure en bon état de fonctionnement pour que l 'Autorité publique puisse continuer à réaliser le service : transfert à titre gratuit (biens de retour)
- ✓ Obligation si l 'Autorité publique le demande de transférer l 'ensemble des moyens d 'exploitation du service moyennant paiement (biens de reprise)

La résiliation anticipée

- ✓ Résiliation toujours possible si l 'intérêt public supérieur l 'exige et si cet intérêt est justifié: dans ce cas, indemnisation pleine et entière sur la base de la valeur non amortie des biens de retour, incluant les autres chefs d 'indemnisation justifiés, ainsi qu 'une part du bénéfice futur non réalisé
- ✓ Résiliation pour faute du Concessionnaire : possible après une mise en demeure motivée. Dans ce cas, le Concessionnaire a droit à être indemnisé de la valeur non amortie des biens de retour, dont sera déduit l 'indemnisation dont il est redevable à raison de sa faute

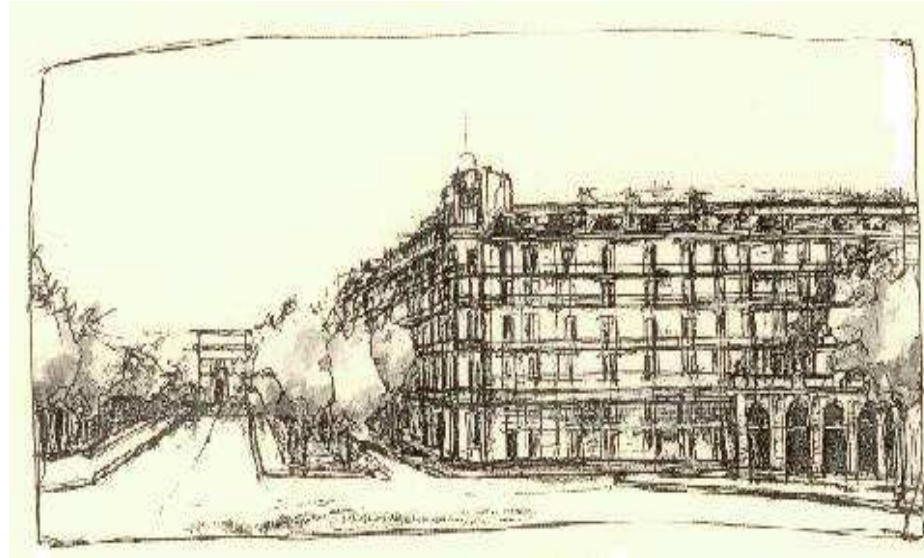
CONCLUSION

- **Les Concessions de service public sont basées sur un équilibre des droits et obligations du Concédant et du Concessionnaire qui est très original et qui forme un tout. Il est essentiel de ne pas s'en tenir à certains types de clauses, par exemple sur le partage ou la répartition des risques, en oubliant d'autres clauses sans lesquelles l'ensemble est déséquilibré.**
- **Contrairement à la plupart des contrats, on sait en début de contrat, qu'il est impossible de tout prévoir et c'est donc la référence à l'équation économique initiale qui, en glissant et en étant en permanence actualisée dans le temps, est à la base du succès de ce contrat.**

CONCLUSION

- Il est au moins aussi important de comprendre l'économie d'une obligation de service public et des droits et obligations qui en résultent, que de proposer des clauses sophistiquées et de savoir les négocier.
- Ces contrats sont en apparence des contrats incomplets. Ils sont en réalité extrêmement complets et sécurisant grâce à un régulateur en France très pragmatique et respecté, qui a conçu et développé un droit des Concessions très adapté aux enjeux.
- Si les plus grandes sociétés françaises se sont développées grâce à des portefeuilles de Concessions de service public, ce n'est sûrement pas un hasard. Et cela met à mal, au passage, bien des théories à la mode sur les financements de projets.

MERCI



Marc Frilet

**Frilet - Société d'Avocats
94 boulevard Flandrin
75016 Paris
France**

**Tél : 00 33 1 56 26 00 40
Fax : 00 33 1 56 26 50 21
e-mail : avocats@frilet.com**