



IAE - PANTHEON-SORBONNE

DISCUSSION PAPER SERIES

EPPP DP No. 2014-09

***La renégociation dans les PPPs : risques
et opportunités***

Jean Beuve
Aude Le Lannier
Zoé Le Squeren

Septembre 2014

La renégociation dans les PPPs : risques et opportunités

Jean Beuve, Aude Le Lannier et Zoé Le Squeren

Introduction

De nombreux exemples mettent en évidence le caractère central des renégociations dans les contrats de Partenariats Public-Privé (PPPs) : résiliation anticipée du contrat du Centre Hospitalier Sud-Francilien entre les villes d'Evry et de Corbeil-Essonnes et le groupe Eiffage, renégociations et contentieux judiciaire entre la ville de Versailles et la SSII Logica pour l'informatisation du service de billetterie du château, blocages politiques et renégociations du contrat entre l'Etat et le consortium Ecomouv' pour la mise en place de l'écotaxe, tensions autour du retard de livraison du nouveau Pentagone français par Bouygues... Ces arrangements sont tous des PPPs (plus précisément des contrats de partenariat) conclus entre des municipalités (ou l'Etat) et des opérateurs privés, et tous ont été l'objet de renégociations plus ou moins conflictuelles. Cependant, des quantités d'exemples de renégociations existent aussi pour tous types de PPPs définis au sens large (DSP, marchés publics, ...), dès lors que l'on s'intéresse à des contrats complexes et de long terme.

Si ces exemples sont d'actualité, les renégociations des contrats de PPPs ne sont pas pour autant un phénomène nouveau. Bien au contraire, elles font partie intégrante de la vie de ces contrats. Durant leur phase d'exécution, il est quasiment systématique que les parties soient confrontées à des événements imprévus et doivent renégocier les termes du contrat initial. Plusieurs études empiriques, menées dans différents pays et secteurs, illustrent bien ce caractère « habituel » des renégociations des contrats de PPPs (cf. Tableau 1).

Tableau 1. Pourcentage des contrats de PPPs renégociés par pays et par secteurs

Zone géographique	Secteur	% contrats renégociés	Délai moyen de la première renégociation	Références
Amérique Latine et Caribéenne	Tous secteurs	68 %	1,8 ans	Guasch (2004)
	Electricité	41 %	2,1 ans	
	Transport	78 %	2,9 ans	
	Eau	92 %	1,3 ans	
Etats-Unis	Transport	40 %	-	Engel et al. (2011)
France	Stationnement urbain	74 %	3,8 ans	Beuve et al. (2012)
France	Autoroutes	50 %	-	Athias et Saussier (2010)
Royaume-Uni	Tous secteurs	55 %	-	N.A.O. (2001)

Le plus souvent, les renégociations sont considérées comme un signe d'inefficacité de la relation contractuelle, notamment en raison des allongements de délais et des augmentations de coûts qui les accompagnent. A titre d'exemple, des études empiriques menées sur des

données anglaises indiquent que seuls 30% des contrats de fourniture d'infrastructures de service public ont été livrés dans les délais initialement prévus, et seulement 27 % de ces contrats ne dépassent pas les coûts initiaux durant la phase de construction, ce qui suggère de nombreuses renégociations dans ces contrats¹. Aux Etats-Unis, les analyses réalisées font par ailleurs état de dépassements de coûts de 25% en moyenne et d'un dépassement de délai de 22 mois pour seulement 28% de projets livrés conformément aux dispositions du contrat initial². Toutefois, porter un regard objectif sur le phénomène est plus difficile qu'il n'y paraît car les renégociations présentent un caractère ambivalent. Théâtre de comportements opportunistes des parties prenantes, elles n'en demeurent pas moins inévitables et souvent bénéfiques au regard des caractéristiques particulières de ce type de contrats. Elles sont donc génératrices de risques et d'opportunités pour les contractants et plus largement pour l'ensemble des parties prenantes (i.e. consommateurs, citoyens, ...)

En premier lieu, les contrats de PPPs sont par nature incomplets : ils ne sont pas en mesure de prévoir avec précision toutes les contingences susceptibles d'intervenir durant leur phase d'exécution (Hart, 1995; Saussier and Farès, 2002; Williamson, 1985). En effet, les PPPs sont des arrangements de long terme (il est habituel qu'ils durent plusieurs décennies) qui portent sur des projets complexes englobant la construction d'une infrastructure, son exploitation et sa maintenance. Or, comme le montre la littérature théorique et empirique, l'incomplétude contractuelle est une fonction croissante de la durée du contrat et de la complexité du projet qu'il encadre (e.g. Masten and Saussier, 2000, Bajari et al. 2006). Ces contrats dits incomplets sont donc naturellement soumis à des renégociations, permettant d'adapter les termes du contrat initial aux contingences apparaissant ex post. Ces événements imprévus peuvent être exogènes (chocs économiques, innovations technologiques, changements législatifs, etc.) ou provenir de besoins internes (évolution des besoins pour une gestion plus efficace du service, design du contrat initial inadapté).

En second lieu, les PPPs portent traditionnellement sur des projets nécessitant des investissements importants. Ces investissements en actifs spécifiques (actifs difficilement redéployables sans coûts vers d'autres usages ou clients), donnent lieu à une « *transformation fondamentale* », i.e. au passage d'une relation de concurrence à une situation de dépendance bilatérale entre les parties signataires (Williamson 1985). Cette situation peut encourager les renégociations pour deux raisons. D'une part, elle peut favoriser les renégociations opportunistes: l'opérateur privé comme l'autorité publique peuvent tenter de renégocier les termes du contrat à leur avantage, sachant que l'autre partie est « prisonnière » de la relation. D'autre part, elle rend les ruptures de contrat plus complexes. En effet, ni le partenaire privé qui a investi dans des actifs spécifiques ni l'autorité publique qui a engagé des coûts importants pour attribuer le contrat (et pour qui il est difficile d'assumer une rupture de

¹ Pour des projets de construction d'infrastructures, (National Audit Office britannique 2003).

² Etude portant sur 96 grands projets d'approvisionnement dans le secteur de la Défense aux Etats-Unis, (Government Accountability Office 2009).

service public auprès des usagers) ne sont enclins à rompre le contrat. Ils préfèrent généralement en renégocier les termes plutôt que d'y mettre fin de façon conflictuelle.

Les PPPs présentent donc des spécificités qui font de leurs renégociations un sujet d'étude essentiel. Sources d'efficience par les nécessaires adaptations contractuelles qu'elles permettent ou au contraire d'inefficience de par leur nature opportuniste, les renégociations des contrats de PPPs recouvrent une réalité complexe. Ce chapitre décrit dans un premier temps les différents types de comportements opportunistes auxquels sont confrontés les PPPs (1.1). Ces comportements sont un argument pour l'élaboration de contrats plus rigides ou de mécanismes extra-contractuels visant à limiter l'occurrence des renégociations (1.2). Puis, nous présenterons les renégociations « souhaitables », qui permettent aux parties d'adapter les termes du contrat aux contingences apparaissant *ex post* (1.2). Ces renégociations sont un argument pour l'élaboration de contrats plus flexibles nécessitant toutefois un cadre réglementaire et institutionnel adapté (2.2).

1 Renégociations et comportements opportunistes

La littérature économique considère souvent les renégociations des PPPs comme provenant de comportements opportunistes des parties (1.1). Ce risque de comportements opportunistes peut conduire les parties, et plus particulièrement les pouvoirs publics, à mettre en place des contrats plus rigides et/ou à s'appuyer sur les préoccupations de réputation des opérateurs (1.2).

1.1 Les différents types d'opportunisme

La plupart des études souligne le rôle important que jouent les partenaires privés dans les stratégies opportunistes (1.1.1). Néanmoins, l'autorité publique peut également recourir à ce type de comportements (1.1.2) et, selon des théories plus récentes, les acteurs externes au contrat ont également la possibilité de chercher à influencer la partie publique et/ou le contrat à leur avantage (1.1.3).

1.1.1 Opportunisme de l'opérateur privé

L'opportunisme de la partie privée au contrat de PPP correspond à des comportements de recherche de rente : l'opérateur cherche à renégocier *ex post* les conditions contractuelles afin d'augmenter son bénéfice (*e.g. via* des hausses tarifaires, des baisses de la qualité du service ou de l'investissement mis en place). Il est relativement facile pour l'opérateur privé de mener de telles renégociations car il bénéficie d'un pouvoir de négociation supérieur à celui de la partie publique. En effet, en premier lieu, les opérateurs privés ont souvent une plus grande expérience de la contractualisation et des renégociations que les autorités publiques. Ceci crée une asymétrie de connaissances et de savoir-faire, qui est d'autant plus forte quand il s'agit de petites municipalités disposant de ressources financières et humaines limitées. En second lieu, lorsque l'autorité publique concède la construction et/ou la gestion d'une infrastructure à un

opérateur, elle se détache très souvent de sa gestion quotidienne et souffre donc d'une moins bonne maîtrise des informations liées au projet. Cet effet est renforcé par le roulement des conseillers et du personnel de la partie publique qui limite sa « mémoire institutionnelle » et, *de facto*, réduit sa capacité à superviser et à contrôler efficacement des contrats qui durent souvent plusieurs décennies. Il existe donc une double asymétrie en matière d'expertise et d'information qui favorise la partie privée. Celle-ci peut alors initier des renégociations opportunistes visant à s'approprier une plus grande partie de la rente (phénomène dit de « *hold-up* »). Il est cependant très difficile pour la partie publique de refuser ces renégociations, car le partenaire privé peut alors menacer « d'abandonner » le contrat de PPP. D'après Iossa *et al.* (2007), cela décroît à nouveau le pouvoir de la partie publique, car la sélection d'un nouveau partenaire entraînerait des coûts de transaction élevés ; coûts qui seront d'autant plus élevés que le marché est peu concurrentiel et que le nombre d'opérateurs éligibles est faible (Kerf 1998). Ainsi, la partie publique est relativement encline à accepter les demandes de renégociations contractuelles, même si elles sont potentiellement opportunistes, d'autant plus lorsqu'il y a un risque d'interruption du service contraire au principe de continuité des services publics (Williamson, 1976).

L'étude de Guasch (2004) permet de mettre en évidence ces comportements opportunistes. Sur plus de 1 300 contrats de concession étudiés, 61% des renégociations ont été initiées par l'opérateur privé, contre seulement 26% par la partie publique et 13% par un commun accord des parties. Ces renégociations aboutissent dans 60% des cas à des hausses de prix et à des réductions des investissements favorables à la partie privée (cf. Encadré 1). Ainsi, même s'il reconnaît que certaines renégociations permettent une gestion plus efficace du contrat, Guasch (2004) souligne qu'elles conduisent le plus souvent à une diminution du bien-être des usagers du service public considéré. Elles tendent donc à faire disparaître les bienfaits attendus des procédures concurrentielles d'attribution des contrats de PPPs³.

Par ailleurs, les renégociations opportunistes entravent la crédibilité de la concurrence. La concurrence pour le marché peut en effet être perturbée par des comportements d'« enchères agressives » (« *agressive bidding* ») où l'opérateur fait volontairement une offre faible en anticipant le fait qu'il renégociera le contrat durant la phase d'exécution. Le mécanisme ne conduit donc plus à sélectionner le meilleur candidat (*i.e.* le moins disant ou le mieux disant) mais celui qui a le plus confiance en son pouvoir de renégociation. A titre d'exemple, Alcazar *et al.* (2002) soulignent, dans le cas d'une concession dans le secteur de l'eau à Buenos Aires, que l'opérateur retenu était probablement le plus confiant dans sa capacité à renégocier le contrat *ex post*. Dans ce cas précis, il apparaît en effet que la renégociation semble avoir été anticipée par l'opérateur dans la mesure où ce dernier était dans l'incapacité d'assurer l'équilibre financier du contrat sans en renégocier les termes *ex post*.⁴ Un résultat identique est par ailleurs fourni par Athias et Nunez (2008) dans leur analyse des concessions autoroutières.

³ Voir le chapitre 1 de la partie 2 sur les processus d'attribution.

⁴ L'opérateur avait signé un accord de prêt nécessitant l'atteinte d'un ratio Dette/Valeur nette ne pouvant être atteint que grâce à une hausse des prix ou une réduction des investissements prévus contractuellement, ce qui semble suggérer une anticipation de renégociation de la part du partenaire privé.

S'appuyant sur une base de données originale de 49 contrats de concessions dans différents pays, les auteurs étudient la manière dont les opérateurs établissent leurs anticipations de trafic, desquelles dépend le niveau de leurs offres. Les résultats de leur étude indiquent que les opérateurs sont d'autant plus enclins à formuler des offres basses (*i.e.* à sciemment surestimer les prévisions de trafic) qu'ils anticipent une forte probabilité de pouvoir renégocier les contrats après leur attribution, s'assurant ainsi de remporter le contrat tout en évitant d'éventuelles pertes *ex post*.

Encadré 1. Les résultats de la renégociation.

En 2004, Guasch se livre à l'analyse de plus de 1 300 contrats de concession signés depuis les années 1980 dans les pays d'Amérique Latine et aux Caraïbes. Les secteurs étudiés concernent aussi bien les transports (réseaux routiers et ferroviaires, aéroports, ports) que l'énergie (électricité), l'eau (fourniture et traitement) ou encore les télécommunications. En regroupant et traitant toute l'information disponible sur ces contrats et leurs renégociations successives, l'auteur établit des statistiques descriptives sur les résultats des processus de renégociation et met en évidence que 30% des contrats étudiés ont été renégociés, en moyenne deux années après leur signature. Ce taux de renégociation monte même à 54,7% pour le secteur des transports, et à 74,4% pour le secteur de l'eau et de l'assainissement. Le tableau ci-dessous met en évidence le caractère bénéfique de ces renégociations pour les opérateurs privés (hausse des tarifs, réduction des investissements, baisse de la redevance, etc.).

	% de renégociations aboutissant à ce résultat
Allongement des délais dans les obligations d'investissement	69 %
Raccourcissement des délais dans les obligations d'investissement	18 %
Hausse des tarifs	62 %
Baisse des tarifs	19 %
Hausse du nombre de postes de coûts intégrés dans la hausse automatique des tarifs	59 %
Extension de la durée de la concession	38 %
Réduction des obligations d'investissement	62 %
Baisse de la redevance versée par l'opérateur à la partie publique	31 %
Hausse de la redevance versée par l'opérateur à la partie publique	17 %

1.1.2 Opportunisme de la partie publique

La renégociation opportuniste des termes de l'accord initial n'est pas l'apanage des opérateurs privés. L'incomplétude contractuelle inhérente aux PPPs peut également être exploitée par les pouvoirs publics.

En premier lieu, les autorités publiques peuvent décider d'avoir recours aux PPPs pour des raisons autres que l'efficacité économique. De « mauvaises raisons » peuvent ainsi inciter les acteurs publics à signer un PPP, telles que des objectifs électoraux, ou encore la volonté de contourner leur contrainte budgétaire sur le court terme (Engel et al. 2009). Dans leur analyse, Engel et al. 2009 considèrent que l'autorité publique en place a plus de chances d'être réélue si des dépenses importantes en infrastructures ont été réalisées durant son mandat. Dans cette optique, les autorités publiques ont intérêt à renégocier le contrat de PPP afin d'accroître le volume ou le montant des travaux, sans pour autant être contraintes de « supporter » les coûts supplémentaires liés à ces renégociations. En effet, une majeure partie de ces coûts sera comptabilisée dans les budgets des futures administrations qui seront élues. Afin de tester leurs propositions, les auteurs utilisent des données sur les renégociations ayant eu lieu dans le cadre de 50 concessions attribuées au Chili entre 1993 et 2006, pour la construction et l'exploitation de routes, d'aéroports, de prisons, de réservoirs d'eau et de projets d'infrastructure de transport public. Ils indiquent que les investissements totaux ont augmenté de 8,4 milliards de dollars à 11,3 milliards à travers 78 renégociations. Or, seuls 35% de ces coûts additionnels ont été supportés par l'autorité publique participant à la renégociation. En ne retenant dans leur analyse que les renégociations jugées comme « anormales », *i.e.* celles intervenant rapidement dans la vie du contrat et celles répondant à des événements faciles à anticiper, leur analyse fait ressortir deux types de renégociations. D'une part, celles qui visent à ajouter des travaux supplémentaires via des « contrats complémentaires » négociés de manière bilatérale avec les opérateurs sans publicité ni mise en concurrence. Ces renégociations ont permis d'accroître rapidement les dépenses en infrastructures avec pour objectif politique de montrer des résultats visibles à l'approche des élections. D'autre part, celles survenues suite aux anticipations de trafic trop optimistes des opérateurs qui ont alors demandé la renégociation des contrats à prix fixe (*fixed price*) qui leur faisaient subir des pertes. Le gouvernement a alors accepté de garantir aux opérateurs un revenu des péages (*toll revenue*) équivalent à celui qu'ils auraient obtenu si les prévisions de trafic s'étaient révélées exactes. Si le revenu des opérateurs était insuffisant, les renégociations ont également permis des extensions de la durée des contrats de concession pouvant aller jusque 10 années supplémentaires de manière à permettre aux opérateurs d'obtenir le revenu garanti. Enfin, si cette extension de contrat ne permettait pas d'atteindre le revenu garanti, le gouvernement s'est engagé à payer à l'opérateur la différence. Ces modifications ont ainsi profondément bouleversé le *design* contractuel initial, opérant au passage le transfert du financement des infrastructures actuelles aux administrations futures. Ainsi, les auteurs concluent que si ces renégociations ne s'apparentent pas à du « *hold-up* » (la partie publique ne renégocie pas le contrat à son avantage au détriment de l'opérateur privé), elles correspondent néanmoins à un comportement opportuniste de la partie publique qui cherche à maximiser ses chances de réélection.

Par ailleurs, l'encadré 2 montre, dans le cas des contrats de concessions étudiés par Guasch *et al.* (2008), que les cycles politiques et les intérêts électoraux peuvent impacter d'une autre manière la fréquence des renégociations : le partenaire public peut pratiquer un « *hold-up* ». La partie publique dispose en effet d'un fort pouvoir discrétionnaire car elle peut modifier les « règles du jeu » (*e.g.* dans le cas d'un gouvernement, en rendant un certain type de contrat

illégal ou en interdisant toute hausse tarifaire ; dans le cas d'une collectivité, en décidant unilatéralement d'une baisse des prix pour les usagers). Les opérateurs privés, face à ce risque de comportements opportunistes, peuvent refuser de mettre en place les investissements nécessaires ou demander une compensation financière au préalable. Cet exemple a notamment été illustré par Guasch (2004) dans le cas des concessions d'eau à Tucuman (Argentine) attribuées en 1994. L'auteur souligne les menaces de réductions de tarifs formulées par le gouvernement une fois les investissements réalisés par l'opérateur, couplées à des campagnes médiatiques incitant les usagers à ne pas payer leurs factures. Après une période de baisse des tarifs par l'opérateur, celui-ci a mis fin à la concession. Guasch (2004) illustre également ce type de situation dans le cas du secteur pétrolier vénézuélien où l'introduction du décret sur les nationalisations a totalement modifié les règles du jeu pour les opérateurs privés du secteur. En effet, en mai 2007, la compagnie pétrolière publique a pris le contrôle de l'ensemble des projets du secteur, après que les opérateurs privés aient investi plusieurs milliards de dollars dans le développement de leurs activités, les conduisant ainsi à la faillite. Ces exemples montrent que l'opportunisme de la partie publique a d'autant plus de chance de survenir que l'environnement politique et institutionnel est instable (cf. section 2.2).

Encadré 2. Les déterminants des renégociations

Dans leur article de 2008, Guasch, Laffont et Straub mènent une analyse économétrique des déterminants des renégociations. A partir d'une base de données constituée de 307 contrats de concessions dans le secteur de l'eau et des transports en Argentine, au Brésil, au Chili, en Colombie et au Mexique (1989-200), les auteurs cherchent à expliquer l'occurrence des renégociations. Sur la période étudiée, 162 des 307 contrats ont été renégociés au moins une fois. Les résultats de leurs estimations économétriques indiquent que :

La probabilité qu'un contrat de concession soit renégocié augmente

- Lorsque le contrat prévoit un niveau de revenu minimum pour l'opérateur ;
- Lorsque que le contrat est un *price-cap*⁵ ;
- Avec la durée écoulée depuis l'attribution du contrat ;
- Avec le niveau des obligations d'investissement ;
- Lorsque que le contrat comporte des clauses d'arbitrage ;
- Lors des années suivant les élections ;
- Lors des périodes de récessions économiques.

La probabilité qu'un contrat de concession soit renégocié diminue

- Lorsque la qualité institutionnelle est plus élevée (règle de droit, absence de corruption, qualité du fonctionnement bureaucratique) ;
- Lorsque qu'il existe une agence de régulation distincte de la partie publique ;
- Lors des périodes d'expansion économique.

⁵ Pour une distinction entre *price-cap* et *cost-plus*, Voir le chapitre 3 de la partie 1 sur la régulation des PPPs.

1.1.3 Opportunisme des tiers au contrat

Des théories plus récentes (Spiller 2008, Mozoro et Spiller 2012, Mozoro *et al.* 2013) mettent en avant l'opportunisme provenant des tiers au contrat de PPP. Il ne s'agit plus ici de l'opérateur ou de l'autorité publique mais de groupes d'intérêt ou de groupes politiques n'étant pas directement parties prenantes au contrat⁶. Comme le soulignent McCubbins et Schwartz (1984), les tierces parties peuvent s'avérer utiles lorsque la partie publique s'écarte du programme politique qu'elle avait annoncé. Toutefois, elles peuvent également constituer un frein au bon fonctionnement des PPPs lorsqu'elles cherchent à poursuivre leurs intérêts propres et non l'intérêt général. Par exemple, des concurrents de l'opérateur privé pourraient bénéficier d'une rupture du contrat de même que les opposants politiques de la partie publique. Dans ce cas, leur influence peut alors être négative pour la sphère économique et politique. Spiller (2008) parle alors d'opportunisme des tierce-parties au contrat, lesquelles ont un intérêt à superviser la relation contractuelle mais parfois aucun intérêt à sa réussite, bien au contraire.

D'un point de vue économique, les termes contractuels peuvent être modifiés de façon à satisfaire les intérêts des tiers, et, dans une situation extrême, cela peut mener au remplacement du partenaire privé ayant signé le PPP ou encore à la rupture du contrat. D'un point de vue politique, l'influence des tiers peut également mener au remplacement de la partie publique. L'exemple français des conflits politiques ayant retardé l'introduction de l'Ecotaxe fournit un bon exemple d'intérêts politiques extérieurs au contrat venant entraver son bon déroulement. En 2008, le Grenelle de l'environnement acte la mise en place d'une taxe spécifique sur les poids lourds, avec pour double objectif d'inciter l'usage de transports moins polluants et de faire participer ce secteur à l'entretien des moyens et infrastructures de transports. Cette Ecotaxe, qui fait alors l'unanimité à gauche comme à droite de l'échiquier politique, pose toutefois un certain nombre de défis techniques et financiers : capacité de taxer un certain type de camions et sur certaines routes uniquement, installation des portiques, mise en place d'un système compatible avec d'éventuels futurs télépéages européens, etc. L'Etat décide alors rapidement de mettre en place un PPP et un appel d'offres est lancé en mars 2009. Le consortium Ecomouv' qui a remporté l'enchère en 2011 procède alors aux premiers investissements⁷ et recrute 200 personnes pour le centre de gestion du dispositif devant permettre une mise en service en 2013. Toutefois, les transporteurs ainsi que de nombreux élus locaux remettent en cause plusieurs aspects du contrat : les prestataires de la collecte, le réseau routier concerné, etc. La contestation s'amplifie en mai 2013 quand soixante parlementaires de droite déposent un recours devant le conseil constitutionnel contre le projet de tarif forfaitaire du gouvernement, et en octobre 2013 lorsque les « bonnets rouges » bretons manifestent violemment et réclament la suppression pure et simple de l'Ecotaxe. Le gouvernement décide alors de suspendre sa mise en œuvre et d'ouvrir une commission

⁶ Dès lors qu'il concerne la fourniture d'un service public, un PPP concerne la société dans son ensemble.

⁷ 600 millions d'euros pour l'installation de 183 portiques et de 800 000 boîtiers intégrés aux camions.

d'enquête pour sortir de l'impasse. Il faudra attendre juin 2014 pour connaître l'issue des renégociations entre Ecomouv', le gouvernement et les tierces parties (transporteurs, « bonnets rouges »). Finalement, le périmètre d'application de la taxe est divisé par quatre (avec un seul axe en Bretagne !), conduisant ainsi à une diminution conséquente des bénéfices attendus de 900 à 300 millions d'euros à partir de 2015 qui s'ajoute au manque à gagner fiscal de 900 millions pour l'année 2014. La renégociation des termes du contrat a donc été provoquée par la contestation de parties extérieures, et s'est faite au détriment de ses signataires, l'Etat et Ecomouv'.

1.2 Les limites aux risques de comportements opportunistes

La mise en place de contrats rigides permet de limiter l'occurrence des renégociations, et ainsi les risques de comportements opportunistes (1.2.1). Les préoccupations en termes de réputation limitent par ailleurs les risques de comportements opportunistes des parties privées, ce qui plaide en faveur du regroupement de contrats (1.2.2).

1.2.1 Contrats rigides

Afin de décourager les « mauvaises » renégociations initiées par des partenaires opportunistes, la solution peut être de mettre en place des contrats à la fois plus complets et plus rigides. L'intuition est qu'un contrat complet qui définit précisément toutes les contingences ainsi que les engagements et obligations des parties, bien que plus coûteux, permet de réduire significativement le nombre de renégociations et, *de facto*, la possibilité de comportements opportunistes. Dans le même temps, il est possible de rendre les contrats plus rigides en limitant les possibilités d'interprétation et de modifications contractuelles *ex post*. L'objectif est ainsi de laisser le moins de latitude possible à la renégociation. Attention toutefois, un contrat rigide n'est pas nécessairement un contrat complet sans défaut, et *vice versa* (cf. encadré 3). Plusieurs études font état d'une corrélation positive entre la probabilité d'observer des comportements opportunistes et la plus grande rigidité du contrat (plus les parties anticipent un risque de comportement opportuniste, plus elles mettent en place des contrats rigides). Empiriquement, la plus ou moins grande rigidité des contrats de PPPs est souvent analysée au regard des mécanismes d'ajustements des prix prévus par le contrat initial. Dans leurs études respectives des contrats d'armement aux Etats-Unis et des contrats de concessions autoroutières en France, Crocker et Reynolds (1993) et Athias et Saussier (2010) utilisent cette variable pour estimer le niveau de rigidité contractuelle choisie par les autorités publiques. Ainsi, un contrat rigide fixe le prix *ex ante* et n'autorise aucune forme de renégociation *ex post* tandis qu'un contrat flexible ne définit pas de prix *ex ante* mais reporte la fixation du prix à une date ultérieure, *i.e.* quand les informations nécessaires à sa détermination sont connues des parties. Ces deux études mettent en lumière l'impact des expériences passées sur le niveau de rigidité du contrat. Athias et Saussier (2010) montrent que les mécanismes d'ajustement des prix tendent à être moins rigides lorsque les parties ont déjà eu plusieurs relations contractuelles par le passé tandis que Crocker et Reynolds (1993), à l'aide d'une mesure plus qualitative, obtiennent une corrélation positive entre le nombre de conflits passés et le niveau de rigidité du contrat.

Des travaux plus récents soulignent également une corrélation positive entre la rigidité des contrats et l'opportunisme potentiel des parties tiers au contrat. En proposant une mesure différente de la rigidité de celles des études précédemment citées⁸, Beuve *et al.* (2014) montrent, dans le secteur du stationnement, que les contrats signés par les municipalités où la contestabilité politique est plus grande ont tendance à être plus rigides. En effet, les équipes dirigeantes en place auront tendance à vouloir éviter des renégociations potentiellement coûteuses pour leur image si la concurrence politique au sein de la municipalité est élevée.

Deux inconvénients à la mise en place de contrats rigides doivent toutefois être soulignés. D'une part, de tels contrats sont particulièrement coûteux. En effet, les coûts de transaction supplémentaires que cela implique, aussi bien pour la partie publique (recherche d'information *ex ante*, rédaction détaillée du cahier des charges, etc.) que pour la partie privée (procédures de réponses aux appels d'offre plus longues et complexes) peuvent entraîner un surcoût qui ferait perdre les avantages potentiels d'un contrat rigide⁹. D'autre part, des contrats trop rigides peuvent réduire la capacité du contrat de PPP à s'adapter aux évolutions de l'environnement (réglementaire, technologique, financier, etc.) inévitables dans le cas de contrats de long terme (cf. section 2).

Encadré 3. Contrat incomplet vs. incomplet et contrat flexible vs. rigide

Un contrat est dit incomplet lorsqu'il ne décrit pas de façon exhaustive toutes les contingences pouvant survenir lors de la phase d'exécution du contrat et les engagements et obligations des parties dans chacune de ces contingences. L'incomplétude contractuelle est due, d'une part, aux coûts d'écriture de contrats contingents, et d'autre part à la non-vérifiabilité de l'information par des parties extérieures au contrat, en particulier par les juges (Grossman, et Hart 1986, Hart et Moore 1988). Il est en effet quasiment impossible – et très coûteux – de prévoir dès la rédaction du contrat tous les événements pouvant survenir après sa signature. De plus, il serait inutile de rédiger un tel contrat (*i.e.* un contrat complet), car ce contrat ne serait « compris » que par les deux parties signataires. Ainsi, les parties extérieures au contrat – et en particulier les juges, en cas de litige – ne sont pas assez qualifiées et/ou ne disposent pas de l'information nécessaire pour comprendre toutes les clauses d'un contrat complet.

L'analogie est parfois faite avec ce que l'on appelle des contrats flexibles, par opposition à des contrats rigides. Les contrats rigides sont ceux qui ont pour objectif de laisser le moins de latitude possible à la renégociation *ex post*. Leur objectif est de définir un maximum de dimensions contractuelles en amont, que cela concerne les clauses de prix, les obligations

⁸ Les auteurs utilisent une mesure de la rigidité contractuelle inspirée de Schwartz and Watson (2012) en introduisant des catégories de rigidité contractuelle (certification, évaluation, litiges, pénalités, contingences, design et résiliation) et en procédant à une lecture automatisée de ces dimensions dans les contrats. Ces catégories capturent les clauses contractuelles qui ont pour objectif de diminuer la probabilité de contestation provenant de parties tiers au contrat.

⁹ Iacobacci (2010) évalue ce surcoût lié aux coûts de transaction à 3,5% du coût d'investissement initial du projet dans le cas des PPPs au Canada.

d'investissements, le montant des redevances, etc. A ce titre, ils se rapprochent de la définition des contrats complets. A l'inverse, les contrats flexibles autorisent volontairement des renégociations *ex post* censées permettre d'adapter le contrat aux événements qui ne deviennent observables qu'au cours de la relation contractuelle. Ainsi, les clauses de rendez-vous, les clauses de révisions de tarifs ou encore les clauses d'insertion sont autant de moyens utilisés pour rendre les contrats flexibles, c'est-à-dire adaptables à un environnement économique changeant.

1.2.2 Effets de réputation

Une autre façon de limiter les éventuels comportements opportunistes, dans le cas spécifique où ceux-ci émanent des opérateurs privés, est de s'appuyer sur l'intérêt que ces derniers portent à leur réputation. Les comportements opportunistes portent en effet atteinte à la réputation des opérateurs privés, et peuvent ainsi dissuader les autorités publiques de leur accorder des contrats dans le futur. Les travaux de Zupan (1989a,b) et Prager (1990) sur les concessions de télévision par câble aux Etats-Unis mettent en évidence cet effet. Les résultats de leurs études empiriques montrent ainsi que les opérateurs sortants ne profitent pas de leur avantage à des fins opportunistes lors de la remise en concurrence des contrats. Ils préfèrent conserver voire améliorer leur capital de réputation plutôt que d'adopter un comportement opportuniste générant des gains à court terme mais compromettant leurs relations avec leur(s) interlocuteur(s) actuel(s) et futur(s). En s'appuyant sur une base de données de 3 516 renouvellements de contrats de concession de télévision par câble, Zupan (1989b) compare les termes de l'échange (*e.g.* nombre de chaînes, redevance, chaînes dédiées aux programmes communautaires, base de prix, gamme de prix par service offert) entre les contrats renouvelés et les contrats initiaux. Les résultats qu'il obtient indiquent qu'en dépit d'un pouvoir de négociation plus fort des opérateurs sortants (qui ont une plus grande expertise du projet et ont déjà développé des actifs spécifiques dans le cadre de la relation contractuelle précédente), il n'y a pas de différence entre les contrats renouvelés et les contrats initiaux. Il explique ce résultat par la volonté des opérateurs de préserver leur capital réputationnel.

Ceci étant, les effets des comportements opportunistes sur la réputation des opérateurs privés ne sont pas toujours suffisamment dissuasifs car ils sont évidemment fonction de la capacité des parties publiques à détecter et sanctionner les comportements déviants (Guasch, 2004). Il est donc nécessaire de mettre en place des mécanismes incitant les parties à adapter de manière efficace les contrats au cours des renégociations bilatérales, plutôt qu'à agir de façon opportuniste. Cela peut passer par la perspective de remporter des marchés futurs si l'opérateur agit de manière adéquate. Ce premier point implique de laisser un certain pouvoir discrétionnaire à la partie publique dans les modes d'attribution des PPPs afin de rendre crédible une telle promesse. Dans cette optique, les taux de renouvellement élevés dans les secteurs de l'eau et des transports urbains peuvent être interprétés comme le résultat de comportements coopératifs entre les acteurs. Outre l'importance des clauses de pénalité (voir le chapitre 3 de la partie 1 sur la régulation des PPPs), une autre stratégie possible pour les

collectivités locales consiste à signer plusieurs contrats de PPPs pour différents services avec un même opérateur (par exemple un opérateur unique pour la gestion des services d'eau et de transport). Ainsi, le risque de non renouvellement portant sur plusieurs contrats, l'opérateur a plus à perdre en adoptant un comportement opportuniste lors des renégociations. Dans leur analyse du secteur de l'eau en France, Desrieux *et al.* (2008) montrent que les prix pratiqués pour l'eau potable sont inférieurs lorsque l'opérateur est également en charge de l'assainissement (effet net des effets de synergie entre les deux types d'activité). Par extension, on peut supposer que ces opérateurs seraient également moins enclins à s'engager dans des stratégies de renégociations opportunistes.

2 Les renégociations comme outils d'adaptation des contrats de LT

L'efficacité des PPPs est conditionnée par la capacité des parties à promouvoir l'adaptabilité des contrats (2.1). Pour relever un tel défi, des solutions existent et des voies d'amélioration sont encore à explorer. Les *designs* contractuel et institutionnel peuvent ainsi agir en faveur d'une exécution efficace des contrats de PPPs (2.2).

2.1 Les renégociations nécessaires à la bonne exécution du contrat

Si la majeure partie de la littérature économique considère que les renégociations résultent de comportements opportunistes des acteurs, les taux élevés de renégociations dans les PPPs ne peuvent se résumer à ce type de comportements stratégiques. En raison des caractéristiques spécifiques des contrats de PPPs énoncées en introduction, les renégociations sont inévitables voire conditionnent la viabilité et la bonne exécution du contrat. C'est précisément le cas lorsque le contrat initial nécessite d'être revu en raisons d'erreurs initiales dans sa conception (2.1.1), de chocs exogènes difficilement prévisibles, qu'ils soient politiques, technologiques ou autres (2.1.2) ou encore d'évolutions des besoins de la partie publique (2.1.3).

2.1.1 Renégociations et maladaptions contractuelles

Il convient de distinguer les changements de circonstances prévus dans le contrat initial et ceux qui ne le sont pas. La majorité des risques liés au projet sont généralement prévus par le contrat de PPP et sont répartis entre les signataires. Par exemple, les risques liés au financement du projet ou aux conditions géotechniques sont le plus souvent assumés par le partenaire privé. De fait, toute modification de circonstance qui affecte ces éléments (dégradation des conditions financières qui a pour effet d'augmenter le coût de financement et/ou de refinancement du projet, découverte de conditions géotechniques défavorables, etc.) est du ressort du partenaire privé et ne doit pas être compensée par une renégociation des clauses du contrat. Toutefois, sous l'effet conjugué de la complexité de l'environnement et de la rationalité limitée des acteurs économiques, certains risques ne sont pas prévus. De la même façon, certaines opportunités peuvent survenir durant l'exécution du contrat et permettre l'amélioration de la qualité et/ou du fonctionnement du service et/ou des

infrastructures. Par exemple, le progrès technologique peut permettre à l'opérateur de mettre en place des améliorations qui nécessitent la renégociation de certaines dispositions du contrat. Face à des risques ou à des opportunités non anticipés, les renégociations sont alors considérées comme nécessaires pour pallier les coûts de maladaptation inhérents aux contrats de long terme et « réaligner » le contrat avec son environnement économique (cf Encadré 4).

Ces problèmes de maladaptation des PPPs ont notamment été soulignés par les travaux de Guasch. Parmi les différents secteurs étudiés par Guasch dans son ouvrage de 2004, le cas des autoroutes mexicaines est à ce titre très parlant. Au début des années 1990, le gouvernement mexicain a attribué 52 projets de rénovation et d'exploitation d'autoroutes à des opérateurs privés *via* une procédure d'appel d'offres. Par manque d'expertise et d'information, les choix opérés par l'autorité publique ont conduit à un *design* contractuel particulièrement inapproprié. Tout d'abord, la plupart des concessions ont été attribuées aux opérateurs s'étant engagés sur les durées de concession les plus courtes. Ce critère d'attribution, par ailleurs très discutable au regard de la théorie économique (la longue durée des contrats de concession étant théoriquement justifiée par le besoin d'amortissement des investissements consentis par le concessionnaire), rend l'équilibre financier du contrat plus difficile à atteindre. Ensuite, le gouvernement a fourni des garanties de volume de trafic extrêmement optimistes aux opérateurs, conduisant ces derniers à établir l'équilibre financier de leur offre sur des informations erronées. Enfin, le système bancaire étatique a fourni aux opérateurs des prêts sans analyses détaillées de la structure et de la viabilité des projets à financer. Finalement, la conjonction de ces trois « erreurs » a conduit le gouvernement mexicain à restructurer le financement des autoroutes par un refinancement public de 80% des contrats de concession. Face à ce type de maladaptation contractuelle, la renégociation n'est plus associée à un comportement opportuniste de la part des parties mais correspond à un moyen d'adapter le contrat et de remédier aux erreurs d'appréciation passées.

Encadré 4. Le cas Vélib'

Lancé en juillet 2007, le programme Vélib' constitue à ce jour le réseau de partage de vélos le plus important du monde. Afin de faire peser le coût d'une telle opération sur le secteur privé, la Ville de Paris a conclu un marché public d'une durée de 10 ans avec Somupi, filiale du groupe JCDecaux spécialisé dans la publicité urbaine. Le contrat initial prévoyait la mise en place de 1 451 stations dans Paris. Le groupe JCDecaux devait supporter seul les coûts de mise en place, d'opération et de maintenance du système, tandis que les recettes (abonnements et locations) reviendraient à la Ville de Paris. En contrepartie, l'opérateur privé se rémunérerait sur les recettes d'exploitation des 1 600 panneaux publicitaires de la Ville. Toutefois, les termes du contrat ont dû être largement renégociés en 2009.

En premier lieu, l'opération Vélib' a été victime de son succès. Ainsi, 196 stations se sont révélées trop petites et ont dû être élargies. La Ville de Paris a également décidé d'étendre le réseau à la banlieue, et d'équiper 30 communes limitrophes de 300 stations supplémentaires. Enfin, le centre d'appels a dû être élargi afin de faire face aux nombreuses demandes des usagers. La Ville a ainsi consenti à verser à l'opérateur une indemnité forfaitaire de 2,6 millions d'euros pour l'embauche de 15 employés supplémentaires dans le centre d'appels, ainsi qu'une indemnité annuelle de 7 millions d'euros pour l'extension du parc.

Le contrat initial a par ailleurs largement sous-estimé le nombre de vols et de dégradations que subiraient les vélos. On comptait ainsi en juin 2009 près de 8 000 vélos volés et plus de 18 000 vélos vandalisés. Face à de tels coûts supplémentaires (sachant qu'un Vélib' coûte à JCDecaux 610 euros), la Ville a consenti à verser à l'opérateur 400 euros par vélo à remplacer, dès lors que 4 à 25% du parc est vandalisé.

Enfin, en raison d'indicateurs de qualité peu satisfaisants, les renégociations ont abouti à la mise en place d'incitations financières pour l'opérateur. Ainsi, JCDecaux touche aujourd'hui 35% des recettes marginales dès lors que les recettes annuelles dépassent 14 millions d'euros, et 50% des recettes marginales lorsqu'elles excèdent 17,5 millions d'euros.

La Ville de Paris et JCDecaux s'accordent à dire qu'il était impossible d'anticiper ces circonstances, car l'opération Vélib' constitue le premier réseau de partage de vélos de cette étendue. Ces renégociations étaient donc nécessaires pour réaligner le contrat avec son environnement.

2.1.2 Renégociations et chocs exogènes

Les renégociations peuvent également trouver leur origine dans des événements extérieurs impossibles à prévoir lors de l'attribution du contrat. Ainsi, Bajari et Tadelis (2001) considèrent que les problèmes liés aux PPPs relèvent en premier lieu des difficultés d'adaptation des contrats à ce type de « chocs exogènes ». Les auteurs illustrent leur propos à l'aide du cas *Getty Center Art Museum* de Los Angeles dont le contrat de construction a dû être renégocié à de très nombreuses reprises en raison de spécificités de site (liées aux sous-sols) et surtout d'événements imprévus (tremblement de terre, modifications du cadre juridique) qui étaient quasiment impossibles à anticiper. Ici encore, les parties doivent mener à bien la renégociation de l'accord afin d'adapter le contrat au nouvel environnement. L'aéroport international de Phnom-Penh (Cambodge) étudié par de Brux (2010) est à ce titre très parlant. En 1995, lors de la signature par le gouvernement local et un opérateur privé d'un contrat de concession d'une durée de 20 ans relatif à la construction et l'exploitation de l'aéroport, les deux parties étaient dans l'incapacité de prévoir deux événements majeurs qui ont bouleversé l'environnement économique et institutionnel du contrat : la crise asiatique et l'insurrection militaire de 1997. Le Cambodge a alors fait face à une sortie massive des

capitaux du pays ainsi qu'à un arrêt brutal du trafic aérien, faisant courir un très fort risque de faillite au concessionnaire. Bien que le contrat prévoie la possibilité de rupture contractuelle en cas de force majeure, les parties ont décidé de renégocier les termes contractuels et ont trouvé un compromis permettant de compenser en partie les pertes du concessionnaire tout en s'assurant que la situation financière cambodgienne ne se dégrade pas davantage. Ainsi, la concession a été prolongée de 5 ans, pour une durée totale de 25 ans et un « compte de compensation » a été créé pour compenser les pertes du partenaire privé. Ce compte a été crédité *via* l'indemnité d'assurance perçue et une partie des revenus devant initialement être reversés au gouvernement Cambodgien. Par la suite, le trafic s'est accru rapidement de sorte que le partage des recettes entre les partenaires a été réajusté en faveur du gouvernement. Dans cet exemple, la renégociation apparaît être un mécanisme profitable à toutes les parties prenantes.

2.1.3 Renégociations et évolution des besoins

En plus des problèmes de maladaptation et des difficultés à anticiper les chocs exogènes, la simple évolution des besoins des acheteurs publics peut être à l'origine de renégociations contractuelles profitables pour les parties. En effet, si l'autorité publique désire faire évoluer les prestations fournies par l'opérateur privé, elle peut renégocier avec lui les conditions initiales du contrat et ainsi l'adapter à ses nouveaux besoins (à condition que cela ne modifie pas l'économie générale du contrat). Par exemple, la partie publique peut vouloir étendre le périmètre du service délégué (desservir un plus grand nombre d'usagers à un réseau d'eau, d'électricité, etc.) ou augmenter sa qualité (ajouter un ascenseur dans un parking, diminuer le nombre d'interruptions sur le réseau électrique, utiliser des matériaux plus respectueux de l'environnement, etc.).

Une telle situation peut être illustrée par le cas de la relation entre la ville de Marseille et la Société Marseillaise du Tunnel Prado Carénage (SMTPC). Dans les années 1990, la SMTPC est sélectionnée par la ville de Marseille pour la concession d'un tunnel qui reliera le bassin du Carénage et l'avenue du Prado pour une durée de 30 ans. C'est le premier exemple français d'un tunnel urbain à péage ayant pour objectif la limitation du trafic dans le centre-ville. Toutefois, dans les années 2000, les problèmes de congestion dans un autre quartier (celui de la gare) se sont fortement accentués et la ville a souhaité relier cette zone géographique au tunnel *via* une portion supplémentaire. Par un avenant au contrat de concession en date du 26 juillet 2005, la concession du nouveau tunnel (Louis Rège) est accordée jusqu'en 2025. L'amendement prévoyait que la ville serait en charge du travail préparatoire et de la construction des fondations du nouveau tunnel, et que l'opérateur privé serait en charge de la construction et de l'entretien de la route et des installations de sécurité du tunnel. Cette renégociation a pu être faite sans que la ville n'ait besoin de compenser financièrement l'opérateur en raison de l'augmentation de trafic attendu dans le tunnel existant. Des renégociations ont toutefois dû être conduites avec les prêteurs sur la base d'un nouveau modèle financier permettant de redéfinir le niveau d'endettement et leurs garanties. Enfin, une partie des travaux ayant été autofinancée, réduisant ainsi la capacité de distribution des dividendes, la SMTPC a également dû obtenir l'accord des actionnaires. Celui-ci a été obtenu

en raison de l'amélioration attendue de la rentabilité globale de la concession qui devait assurer la progression des dividendes telle que prévue initialement malgré l'utilisation d'une partie de l'autofinancement. Cet exemple montre que la renégociation d'un contrat de PPP peut permettre de répondre à l'évolution des besoins de la partie publique et être bénéfique aux deux parties et probablement, à l'ensemble des parties prenantes.

2.2 Solutions contractuelles et institutionnelles

Dans l'objectif de conférer aux contrats de PPPs l'adaptabilité requise pour leur bonne exécution, plusieurs mécanismes peuvent être mis en place. Ces mécanismes portent sur les contrats eux-mêmes (2.2.1) mais également sur le cadre institutionnel et concurrentiel dans lequel les contrats sont conclus (2.2.2).

2.2.1 Contrats flexibles

Si, comme évoqué dans la partie précédente, la rédaction de contrats rigides est censée prémunir les parties contre de possibles comportements opportunistes, elle peut aussi se révéler pénalisante en empêchant le contrat de s'adapter facilement aux possibles erreurs dans le *design* initial, aux évolutions des besoins et/ou aux chocs exogènes. La nécessité de favoriser ce type de renégociations bénéfiques peut ainsi justifier l'existence de contrats plus flexibles, *i.e.* qui s'appuient sur des ajustements *ex post* afin d'adapter le contrat au fur et à mesure que les parties acquièrent l'information pertinente. Le « *design contractuel* » choisi initialement peut ainsi permettre une meilleure adaptabilité de ces contrats de long terme.

D'après les études empiriques existant sur le sujet, le choix du niveau optimal de flexibilité du contrat résulte d'un arbitrage entre rigidité, afin de limiter les risques de comportements opportunistes (cf. section 1), et flexibilité, afin de favoriser les renégociations bénéfiques aux deux parties. Comme évoqué précédemment, cette flexibilité est souvent analysée au regard des mécanismes d'ajustements des prix. Ainsi, les travaux de Crocker et Reynolds (1993) et Athias et Saussier (2010) (cf. infra) indiquent que plus l'incertitude qui caractérise la relation est grande (incertitude qui concerne les évolutions environnementales et technologiques dans les contrats d'armement décrits par Crocker et Reynolds; et les prévisions de trafic dans les contrats de concession autoroutière étudiés par Athias et Saussier), plus les contrats sont flexibles. Ce besoin de flexibilité des PPPs a notamment été mis en évidence par Ménard *et al.* (2003) dans une étude portant sur le secteur de l'eau en France. Les auteurs comparent, à l'aide d'un échantillon de 73 contrats, des contrats de distribution signés en 1999 entre opérateurs et collectivités avec leur version précédente, signée avant la loi de décentralisation de 1982. Ils observent que les nouveaux contrats incorporent plus souvent des clauses de renégociations de prix et que lorsque ces clauses sont présentes dans l'ancien comme dans le nouveau contrat, leur seuil de déclenchement a été révisé à la baisse. Ces différentes études empiriques illustrent ainsi parfaitement le caractère positif de la renégociation en tant que mécanisme permettant aux parties d'adapter les dispositifs contractuels à un environnement changeant, et mettent en évidence le besoin d'adaptabilité des contrats de PPPs. Il faut

cependant noter qu'il n'existe pas une unique définition des contrats flexibles. Ainsi, un contrat flexible n'est pas nécessairement un contrat contenant des clauses de renégociations des prix. La variable d'ajustement peut également être la durée du contrat, comme décrit par Engel *et al.* (2001) (cf. Encadré 5).

Le choix du *design* contractuel passe par une réflexion *ex ante* sur les mécanismes d'adaptation des contrats *ex post* et sur les options de résiliation dans les cas où le partenariat ne pourrait pas aller à son terme. Dans la mesure où un contrat flexible suppose une adaptation *ex post* du contrat sur la base d'informations nouvelles, il est indispensable de veiller à ce que les parties disposent des mêmes informations (pour éviter les asymétries conduisant aux comportements opportunistes décrits dans la section 1.1). Il convient donc pour la partie publique de surveiller et d'évaluer les performances du partenaire privé pendant toute la durée du contrat. Les outils de surveillance et d'évaluation doivent être contractuellement prévus de manière à faciliter la communication et assurer des interactions efficaces entre les parties (voir le chapitre 3 de la partie 1 sur la régulation des PPPs). Evidemment, ces outils ne peuvent être efficaces qu'à la condition que la partie publique sache les utiliser. Ils doivent donc nécessairement s'accompagner d'un professionnalisme et de compétences des agents publics en charge du suivi des contrats de PPPs (notamment en matière de gestion des risques, de finance et de comptabilité privée). De plus, un suivi régulier des opérateurs par l'autorité publique est un moyen d'inciter ces derniers à attacher une importance particulière à leur réputation (renforçant ainsi le mécanisme présenté dans la section 1.2.1).

Encadré 5. Les enchères à la moindre valeur actualisée des recettes

Un contrat flexible peut être un contrat dont la durée est variable selon le niveau de demande associé au projet, comme décrit par Engel *et al.* (2001).

Les enchères à la moindre valeur actualisée des recettes (« *Least Present Value of Revenue, LPVR* ») permettent à l'autorité publique d'attribuer un contrat à l'opérateur proposant le plus faible montant total des tarifs chargés à l'utilisateur, en valeur actualisée. Le contrat prend alors fin lorsque le montant des recettes prévu contractuellement est atteint. Contrairement aux prix, la durée du contrat n'est donc pas fixée *ex ante*, bien qu'une durée maximale puisse être spécifiée. Ainsi, en cas de faible demande, la durée du contrat sera plus longue qu'en cas de forte demande car l'opérateur mettra plus de temps à recouvrer les recettes prévues par le contrat.

En indexant la durée du partenariat sur la demande associée au projet, ce type d'arrangement permet de réduire le risque encouru par l'opérateur, et donc la prime de risque (« *risk premium* ») demandée. Cela permet également de limiter les risques de comportements opportunistes conduisant à de « mauvaises » renégociations, les deux parties s'étant entendues *ex ante* sur le niveau de recettes à atteindre. Kaufman *et al.* (2010) constatent que ce type de contrat flexible (utilisant le principe des enchères à moindre valeur actualisée des recettes) est devenu courant depuis 2008 dans les concessions autoroutières au Chili.

2.2.2 Régulation institutionnelle et concurrentielle

Les renégociations sont donc parfois un phénomène souhaitable, ce qui plaide pour la mise en place de contrats flexibles. Cependant, la mise en place de contrats flexibles nécessite la présence d'un cadre institutionnel de qualité afin de décourager les comportements opportunistes (la boucle est bouclée !).

En effet, des institutions fragiles entachent la crédibilité des pouvoirs publics et encouragent ainsi les renégociations opportunistes pouvant conduire à un détournement des ressources nuisant à la productivité du projet. De plus, la présence de telles institutions renforce les risques de comportements opportunistes de la partie publique. En effet, en l'absence de systèmes de contrôle du gouvernement, ce dernier a une plus grande liberté pour changer les « règles du jeu ». Ainsi, Guasch (2004) reporte que si l'on observe des taux de renégociations particulièrement élevés dans le secteur des transports (54,7%) et de l'eau (74,4%), ces taux diminuent considérablement (diminution variant entre 20 et 40%) dès lors qu'un régulateur chargé d'administrer les contrats est en place (ce résultat est confirmé par Guasch et al. (2008)). L'existence d'une autorité nationale dotée de moyens autonomes et de compétences *ad hoc* pouvant mener des études comparatives (*benchmarking*) et diffuser ses résultats limite les comportements déviants des parties au contrat (voir le chapitre 3 de la partie 1 sur la régulation des PPPs). Une telle observation est corroborée par les résultats de l'étude d'Athias et Saussier (2010). Dans leur analyse des contrats de concessions autoroutières dans différents pays du monde, les auteurs montrent que plus l'environnement institutionnel est fort, plus les contrats sont flexibles¹⁰.

Ces résultats empiriques confirment ainsi que la qualité du cadre institutionnel constitue un contrepoids important à l'opportunisme des parties au contrat. Qui plus est, l'existence d'un régulateur permet de réduire les problèmes d'asymétrie d'information et d'expertise évoqués précédemment, notamment dans les cas des collectivités de petite et moyenne taille.

Enfin, le renoncement aux comportements opportunistes peut passer par une promotion plus importante de la concurrence pour le marché. Ainsi, Chong *et al.* (2006) montrent que si la crédibilité des sanctions dépend en partie des clauses contractuelles, elle est également favorisée par la structure du secteur. A travers leur analyse du secteur français de l'eau, les auteurs montrent que la concurrence entre opérateurs privés et entreprises publiques permet de rendre crédible la menace de retour en régie et influence fortement le comportement des opérateurs privés. Dans le même ordre d'idée, le régulateur du transport par bus de Londres a volontairement décidé de conserver une firme publique opérant dans le secteur afin de rendre crédible auprès des opérateurs privés la menace de rupture de contrat via un retour en régie (Yvrande-Billon, 2009).

¹⁰ Les auteurs utilisent un indicateur agrégé de gouvernance développé par la Banque Mondiale (Kaufmann et al. 2004) pour définir le niveau de qualité institutionnel.

Qu'il s'agisse de contrats flexibles et/ou d'une meilleure régulation concurrentielle et institutionnelle, les voies d'amélioration de la phase d'exécution des contrats de PPPs ne pourront être investiguées et évaluées qu'à la condition de poursuivre des travaux scientifiques de recherche plus précis sur le sujet. En effet, ce chapitre a permis de montrer que les nombreux travaux empiriques menés sur les déterminants des renégociations ne sont que trop rarement en mesure de pouvoir distinguer clairement les motivations des parties à l'origine de ces renégociations. Un axe de recherche à développer consisterait alors à étudier avec plus d'attention les conséquences des renégociations sur la relation entre les parties. Si les travaux de Guasch *et al.* (2004), en précisant quelles sont les conséquences des renégociations, apportent un premier éclairage sur le sujet, Oxley et Silverman (2008) avancent que de futurs travaux empiriques sont indispensables pour parfaire notre connaissance et notre compréhension des renégociations et de leur impact. Ces travaux devront notamment permettre de déterminer si les renégociations représentent un mouvement commun vers plus d'efficacité, ce qui est bénéfique aux deux parties, ou si elles renvoient à un comportement opportuniste de l'un des partenaires. Ceci devra être fait en « *reliant explicitement la renégociation et ses effets sur la performance (réelle ou perçue) tout en désagrégeant de manière plus détaillée les différents types de dispositions renégociées et en tenant compte des facteurs déclencheurs* » (p. 231). L'enjeu est donc de dépasser les limites de la littérature existante en caractérisant plus finement l'impact des renégociations sur la performance des contrats. Dans cette optique Beuve *et al.* (2012) proposent une analyse de l'impact des renégociations sur un échantillon de contrats de concessions de stationnement urbain et montrent qu'elles affectent de manière différenciée la relation contractuelle selon leur objet (cf. encadré 4). Toutefois, ces futurs travaux ne seront possibles que si les chercheurs ont un accès plus direct et plus facile aux contrats de PPPs et à leurs renégociations. Cet argument plaide en faveur d'une plus grande transparence de l'information concernant les contrats de PPPs sur toute leur durée de vie, *i.e.* de leur attribution à leur éventuel renouvellement en passant évidemment par la phase d'exécution¹¹. Un récent rapport de l'OCDE met en lumière les insuffisances encore importantes dans ce domaine puisqu'une grande partie de l'information sur les avenants aux contrats et le suivi des dépenses est très difficilement accessibles dans un grand nombre de pays de l'OCDE (cf. Tableau 2). Ce besoin de transparence est la condition *sine qua none* à la poursuite des travaux scientifiques qui permettront une meilleure compréhension de ce phénomène, complexe mais inévitable, que sont les renégociations.

Encadré 6. Objet des renégociations et probabilité de renouvellement

S'appuyant sur une base de données de 151 contrats de concession dans le secteur du stationnement urbain en France sur la période 1965-2008 (dont 94 contrats expirés), Beuve *et al.* (2012) proposent une analyse de l'impact des renégociations sur la probabilité pour

¹¹ En complément, voir le rapport pour le Parlement Européen concernant le projet Directive Concessions de Stéphane Saussier (2012) qui plaide pour une plus grande transparence dans la phase d'exécution des PPPs. Cette Directive a été votée au début de l'année 2014, sans que cette proposition soit retenue.

l'opérateur privé d'être reconduit (la probabilité de renouvellement étant utilisé comme un indicateur de la bonne exécution des contrats*).

Leurs résultats indiquent que :

- L'occurrence des renégociations n'affecte pas la probabilité d'être reconduit (*le fait que les contrats n'aient jamais été renégociés ou qu'ils l'aient été au moins une fois n'impacte pas significativement la probabilité de renouvellement*).
- La relation entre la fréquence des renégociations et la probabilité de renouvellement est non linéaire (*la probabilité d'être renouvelé croît avec la fréquence des renégociations dans un premier temps, puis décroît dans un second temps*).
- Selon leur objet, les renégociations peuvent être soit bénéfiques soit néfastes à l'exécution des PPPs (*par exemple, la probabilité d'être reconduit augmente lorsque les renégociations portent sur la qualité du service et diminue lorsque les renégociations portent sur l'équilibre financier du contrat*).
- Plus le contrat est renégocié rapidement après son attribution, plus la probabilité d'être renouvelé décroît (*la probabilité d'être reconduit diminue lorsque le contrat est renégocié peu de temps après avoir été attribué. Ce résultat est cohérent avec les travaux antérieurs portant sur les effets d'enchères agressives*).

* Dans le secteur étudié, le niveau élevé de la concurrence permet de considérer le renouvellement comme un indicateur de la bonne exécution des contrats. A titre d'illustration, le taux de renouvellement dans ce secteur avoisine les 50% contre des taux supérieurs à 90% dans les secteurs de l'eau et des transports, connus pour être moins concurrentiels.

Tableau 2. Accès du public aux renseignements sur les marchés publics au niveau de l'administration centrale

	Toujours	Sur demande	Parfois	Non disponible
Lois et règles	34	0	0	0
Information générales à l'intention des soumissionnaires éventuels	26	1	7	0
Critères d'évaluation et de sélection	21	1	11	0
Attribution des contrats	21	0	13	0
Instructions spécifiques concernant les procédures de dépôt des soumissions	19	1	13	1
Documents relatifs aux appels d'offre	18	5	10	1
Programme de passation des marchés publics anticipés	17	0	14	3
Motifs de passation du contrat avec le sous-traitant choisi	13	10	7	4
Avenants aux contrats	11	7	10	6
Suivi des dépenses au titre des marchés publics	6	6	5	17

Source : OCDE 2010

Conclusion

Il ressort de cette synthèse de la littérature empirique que si les renégociations sont nécessaires du fait de la durée et de la complexité des contrats de PPP, les acteurs peuvent « profiter » de cette situation pour mettre en place des stratégies opportunistes. L'enjeu essentiel est donc de mettre en œuvre des mécanismes contractuels et de développer les compétences et les structures institutionnelles nécessaires pour favoriser les adaptations « bénéfiques » tout en luttant contre les renégociations opportunistes. Les différents éléments développés dans ce chapitre montrent qu'il existe des solutions contractuelles (sélection des opérateurs, clauses contractuelles, procédures de contrôle et de partage de l'information) et extra-contractuelles (concurrence, réputation) qui permettent d'encadrer la phase d'exécution des contrats de PPPs, favorisant ainsi leur adaptabilité à leur environnement économique, financier et réglementaire.

Références

- Alcazar L., Abdala M. & Shirley, M. (2002). The Buenos-Aires Water Concession. Thirsting for efficiency, *The Economics and Politics of Urban Water Reform*, Elsevier Pub., pp. 65-102
- Amaral, M., Saussier, S., Yvrande-Billon, A. (2009). Auction Procedures and Competition in Public Services: The Case of Urban Public Transport in France and London. *Utilities Policy*, 17, 166-175.
- Artana, D., Navajas, F. & Urbiztondo, S. (1998). . IDB Publications 29498, Inter-American Development Bank.
- Athias, L. & Saussier, S. (2010). Contractual flexibility or rigidity for public private partnerships ? theory and evidence from infrastructure concession contracts. Document de travail Chaire EPPP.
- Bajari, P. & Tadelis, S. (2001). Incentives versus transaction costs : A theory of procurement contracts. *RAND Journal of Economics*, 32(3):387–407.
- Bajari, P., MacMillan, R. S. & Tadelis, S. (2009). Auctions versus negotiations in procurement : An empirical analysis. Forthcoming in the *Journal of Law, Economics and Organization*.
- Beuve, J., de Brux, J. & Saussier, S. (2011). Renegotiations and contract renewals in ppps. an empirical analysis. Document de Travail Chaire EPPP.
- Chong, E., Huet, F. & Saussier, S. (2006). Auctions, ex post competition and prices : The efficiency of Public-Private Partnership. *Annals of Public and Cooperative Economics*, 77(4):517–549.
- De Brux, J. (2010). The dark and bright sides of renegotiation : An application to transport concession contracts. *Utilities Policy*, 18(2):77–85.
- Desrieux, C., Chong, E. & Saussier, S. (2008). Horizontal Intergration and Relational Contracting : An application to the French water sector. Working Paper.
- Engel, E., Fischer, R. & Galetovic, A. (2001), Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Highway Franchising, *Journal of Political Economy*, 2001, vol. 109, issue 5, pages 993-1020
- Engel, E., Fischer, R. & Galetovic, A. (2010). The economics of infrastructure finance: Public-private partnerships versus public provision. Working paper.
- Engel, E., Fischer, R. & Galetovic, A. (2006). Renegotiation Without Holdup: Anticipating Spending and Infrastructure Concessions. NBER Working Paper No. 12399.
- Engel, E., Fischer, R. & Galetovic, A. (2009). Soft Budgets and Renegotiations in Public-Private Partnerships. Cowles Foundation Discussion Papers 1723, Cowles Foundation for Research in Economics, Yale University.
- Engel, E., Fisher, R. & Galetovic, A. (2011). Public-private partnerships to revamp u.s. infrastructure. The Hamilton Project.
- Estache, A. (2006). PPI partnerships vs. PPI divorces in LDCs. *Review of Industrial Organization*, 29(1), 3–26.
- Gence-Creux, C. (2001). Elections et favoritisme dans l’attribution des marchés de services publics locaux. *Revue Economique*, 52(3):753–763.

- Grossman, S. & Hart, O. (1986). The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration, *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, vol. 94(4), pages 691-719, August.
- Guasch, J.-L. (2004). *Granting and Renegotiating Infrastructure Concession: Doing It Right*. The World Bank, Washington DC, USA.
- Guasch, J.-L. & Laffont, J.-J. & Straub, S. (2007). Concessions of Infrastructure in Latin America: Government-led Renegotiation. *Journal of Applied Econometrics*, 22(7), 1267–1294
- Guasch, J.-L. & Laffont, J.-J. & Straub, S. (2008). Renegotiation of concession contracts in Latin America: Evidence from the water and transport sectors. *International Journal of Industrial Organization*, Elsevier, 26(2), 421-442.
- Hart, O. (2003). Incomplete contracts and public ownership : Remarks, and an application to Public Private Partnerships. *Economic Journal*, 113(485):C69–C76.
- Hart, O., 1995. *Firms, Contracts and Financial Structure*. Oxford University Press, Oxford.
- HM Treasury (2003). *PFI: Meeting the Investment Challenge*. HM Treasury, London, UK.
- Iacobacci, M., (2010), *Dispelling the Myths: A Pan-Canadian Assessment of Public-Private Partnerships for Infrastructure Investments*, The Conference Board of Canada.
- Iossa, E. & Martimort, D. (2011). Post-Tender Corruption and Risk Allocation: Implications for Public-Private Partnerships, CEIS Research Paper 195, Tor Vergata University, CEIS.
- Iossa, E., Spagnolo, G. & Vellez, M. (2007). *Contract Design in Public-Private Partnerships*. Rapport pour la Banque Mondiale.
- Kaufmann, D., Kraay, A. & Mastruzzi, M. (2004). Governance Matters III: Governance Indicators for 1996, 1998, 2000, 2002, *WBIR*, 18, p.253-287.
- Kaufmann, D., Kraay, A. & Mastruzzi, M. (2010). *The Worldwide Governance Indicators: Methodology and Analytical Issues*, World Bank Policy Research Working Paper No. 5430
- Kerf M. (1998). *Concessions for Infrastructures: A Guide for their Design and Award*, World Bank Technical Paper n° 399, Finance, Private Sector and Infrastructure Network.
- Levy, B. & Spiller, P. (1994). The institutional foundations of regulatory commitment : A comparative analysis of telecommunications regulation. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 10(2), 201–246
- Masten, S.E., Saussier, S., 2000. Econometrics of contracts: An assessment of developments in the empirical litterature of contracting. *Rev. Econ. Ind.* 215–237.
- McAfee, R. P. & MacMillan, J. (1987). Auctions and bidding. *Journal of Economic Literature*, 25(2):699–738.
- McCubbins, M. & Schwartz, T. (1984). Congressional oversight overlooked: Police patrols versus fire alarms. *American Journal of Political Science* 28: 16-79.
- Ménard, C., Saussier, S. & Staropoli, C. (2003). L’impact des contraintes institutionnelles sur les choix contractuels des collectivités locales. *Annuaire des Collectivités Locales*, pages 109–118.
- Moszoro, M. & Spiller, P. (2012). *Third-Party Opportunism and the (In)Efficiency of Public Contracts*. SSRN eLibrary.

- National Audit Office (2001). Managing the relationship to secure a successful partnership in PFI projects. Report by the Comptroller and Auditor General.
- National Audit Office (2003). PFI: Construction Performance.. Report by the Comptroller and Auditor General.
- OCDE (2008). Les partenariats public-privé : partager les risques et optimiser les ressources. OECD Publishing.
- Quiggin, J. (2005). Public-Private Partnerships: Options for Improved Risk Allocation. *The Australian Economic Review*, 38(4), 445-450.
- Saussier, S., Farès, M., 2002. Coûts de transaction et contrats incomplets. *Rev. Fr. Déconomie* 16, 193–230. doi:10.3406/rfeco.2002.1518
- Saussier, S., Staropoli, C. et Yvrande-Billon, A. (2009). Public private agreements, institutions, and competition. when economic theory meets facts. *Review of Industrial Organization*, 35(1):1–18.
- Spiller, P. T. (2008). An institutional theory of public contracts : Regulatory implications. Rapport technique, National Bureau of Economic Research, Inc.
- Williamson, O. E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. The Free Press, New York, NY, USA.
- Williamson, O.E., 1976. Franchise bidding for natural monopolies: In general and with respect to CATV. *Bell J. Econ.* 7, 73–104.
- Zupan, M. A. (1989a). Cable franchise renewals : Do incumbent firms behave opportunistically ? *RAND Journal of Economics*, 20(4):473–482.
- Zupan, M. A. (1989b). The efficacy of franchise bidding schemes in the case of cable television : Some systematic evidence. *Journal of Law and Economics*, 32(2):401–456.