COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 30.4.2004
COM(2004) 327 final

LIVRE VERT

SUR LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE DES MARCHES PUBLICS ET DES CONCESSIONS

(présenté par la Commission)

TABLE OF CONTENTS

1. L'Evolution du partenariat public-privé: constats et défis 3

1.1. Le phénomène "partenariat public-privé" 3

1.2 Le défi du marché intérieur: assurer le développement du PPP dans des conditions de concurrence effective et de clarté juridique. 5

1.3. Objet spécifique et plan du présent Livre vert 8

2. Le PPP purement contractuel et le droit communautaire des marchés publics et des concessions 9

2.1. La phase de sélection du partenaire privé 10

2.1.1. Partenariat de type purement contractuel: acte attributif qualifié de marché public.. 10

2.1.2. Partenariat de type purement contractuel: acte attributif qualifié de concession..... 11

2.2. Questions spécifiques à la sélection d'un opérateur économique dans le cadre d'un PPP d'initiative privée 13

2.3. La phase postérieure à la sélection du partenaire privé..... 14

2.3.1. L'encadrement contractuel du projet 15

2.3.2. La sous-traitance de certaines tâches 17

3. Le PPP institutionnalisé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions 18

3.1. Mise en place d'un partenariat impliquant la création d'une entité ad hoc détenue conjointement par le secteur public et le secteur privé 19

3.2. Prise de contrôle d'une entité publique par un opérateur privé 21

4. Remarques finales 23

1. L'EVOLUTION DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE: CONSTATS ET DEFIS

1.1. Le phénomène "partenariat public-privé"

1. Le terme partenariat public-privé ("PPP") n'est pas défini au niveau communautaire. Ce terme se réfère en général à des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service.

2. Les éléments suivants caractérisent normalement les opérations de PPP:

- La durée relativement longue de la relation, impliquant une coopération entre le partenaire public et le partenaire privé sur différents aspects d'un projet à réaliser.

- Le mode de financement du projet, assuré pour partie par le secteur privé, parfois par le biais de montages complexes entre divers acteurs. Des financements publics, parfois très importants, peuvent néanmoins venir s'ajouter aux financements privés.

- Le rôle important de l'opérateur économique, qui participe à différents stades du projet (conception, réalisation, mise en œuvre, financement). Le partenaire public se concentre essentiellement sur la définition des objectifs à atteindre en termes d'intérêt public, de qualité des services offerts, de politique des prix, et assure le contrôle du respect de ces objectifs.

- La répartition des risques entre le partenaire public et le partenaire privé, sur lequel est transféré des aléas habituellement supportés par le secteur public. Les PPP n'impliquent toutefois pas nécessairement que le partenaire privé assume tous les risques, ou la part la plus importante des risques liés à l'opération. La répartition précise des risques s'effectue au cas par cas, en fonction des capacités respectives des parties en présence à évaluer, contrôler et gérer ceux-ci.

3. Au cours de la dernière décennie, le phénomène du PPP s'est développé dans de nombreux domaines relevant de la sphère publique. Le recours accru aux opérations de PPP s'explique par différents facteurs. Au regard des contraintes budgétaires auxquelles doivent faire face les Etats membres, il répond à un besoin d'apport de financement privé pour le secteur public. Il s'explique également par la volonté de bénéficier davantage du savoir faire et des méthodes de fonctionnement du secteur privé dans le cadre de la vie publique. Le développement du PPP s'inscrit par ailleurs dans l'évolution plus générale du rôle de l'Etat dans la sphère économique, passant d'un rôle d'opérateur direct à un rôle d'organisateur, de régulateur et de contrôleur.

4. Les autorités publiques des Etats membres ont souvent recours à des montages de PPP pour réaliser des projets d'infrastructure, notamment dans le secteur du transport, de la santé publique, de l'éducation et de la sécurité publique. Sur le plan européen, il a été reconnu que le recours au PPP pouvait contribuer à la réalisation des réseaux transeuropéens de transport, réalisation qui a été fortement retardée, notamment en

raison d'une insuffisance des investissements.[1] Dans le cadre de l'Initiative pour la Croissance, le Conseil a approuvé une série de mesures visant à accroître les investissements pour les infrastructures du réseau transeuropéen et dans le domaine de l'innovation, et de la recherche et du développement, notamment par la mise en place de montages de PPP.[2]

5. S'il est vrai que la coopération entre public et privé peut offrir des avantages micro-économiques permettant de réaliser un projet au meilleur rapport qualité/prix, tout en préservant les objectifs d'intérêt public, le recours aux PPP ne saurait toutefois être présenté comme une solution miracle pour le secteur public faisant face à des contraintes budgétaires.[3] L'expérience montre que, pour chaque projet, il convient d'évaluer si l'option de partenariat présente une plus-value réelle par rapport à d'autres options telle que la passation d'un marché plus classique.[4]

6. La Commission constate d'ailleurs avec intérêt que certains Etats membres et pays adhérents ont créé des outils de coordination et de promotion de PPP, visant entre autres à diffuser des 'bonnes pratiques' en matière de PPP à l'intérieur de ces Etats ou à l'échelle européenne. Ces outils visent à mutualiser l'expertise y afférente et ainsi conseiller les utilisateurs sur les différentes formes de PPP et sur leurs étapes, qu'il s'agisse de la conception, des modalités de choix du partenaire privé, de la meilleure répartition des risques, de la sélection adaptée des clauses contractuelles ou encore de l'intégration de financements communautaires (exemple des Task Force au Royaume Uni ou en Italie etc.).

7. Les autorités publiques ont également recours à des structures de partenariat avec le secteur privé pour assurer la gestion de services publics, notamment au niveau local. Des services publics portant sur la gestion des déchets ou sur la distribution d'eau ou d'énergie, sont ainsi de plus en plus souvent confiés à des entreprises, qu'elles soient publiques, privées ou mixtes. Le Livre vert sur les services d'intérêt général rappelle à cet égard que lorsqu'une autorité publique décide d'octroyer la gestion d'un service à un tiers, elle est tenue de respecter le droit des marchés publics et des concessions, même si ce service est considéré comme relevant de l'intérêt général.[5] Le Parlement européen a d'ailleurs reconnu que le respect de ces règles 'peut constituer un instrument efficace pour prévenir les entraves inopportunes à la concurrence, en permettant dans le même temps aux pouvoirs publics de fixer eux-mêmes et de

---

1 Voir la Communication de la Commission du 23 avril 2003 "Développer le réseau transeuropéen de transport. Des financements importants. Une interopérabilité du télépéage", COM (2003) 132, et le Rapport du Groupe à haut niveau sur le réseau transeuropéen de transport du 27 juin 2003.

2 Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Bruxelles du 12 décembre 2003.

3 Eurostat, l'Office statistique des Communautés européennes, a pris le 11 février 2004 (cf. communiqué de presse STAT/04/18) une décision relative au traitement comptable dans les comptes nationaux des contrats souscrits par les unités publiques dans le cadre de partenariats avec des unités privées. La décision précise l'impact sur le déficit/excédent public et la dette publique. Eurostat recommande que les actifs liés à un partenariat public-privé soient classés comme actifs non publics et ne soient donc pas enregistrés dans le bilan des administrations publiques si les deux conditions suivantes sont réunies: 1. le partenaire privé supporte le risque de construction, et 2. le partenaire privé supporte au moins l'un des deux risques suivants: celui de disponibilité ou celui liée à la demande.

4 Voir la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement 'Public finances in EMU 2003', publiée dans European Economy n° 3/2003 (COM (2003) 283 final).

5 COM (2003)270 final. Voir, pour le texte du Livre vert et des contributions, http://europa.eu.int/comm.secretariat_general/services_general_interest.

contrôler les conditions à remplir en termes de qualité, de disponibilité, de normes sociales et de protection de l'environnement.'[6]

1.2 Le défi du marché intérieur: assurer le développement du PPP dans des conditions de concurrence effective et de clarté juridique.

8. Le présent Livre vert discute le phénomène du PPP au regard du droit communautaire des marchés publics et des concessions. Le droit communautaire ne prévoit pas de régime spécifique englobant le phénomène des PPP. Il n'en demeure pas moins que tout acte, qu'il soit contractuel ou unilatéral, par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers est à examiner à la lumière des règles et principes découlant du Traité, notamment en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services (articles 43 et 49 du Traité CE).[7] Ces principes incluent notamment les principes de transparence, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle.[8]En outre, des dispositions détaillées s'appliquent dans les cas couverts par les Directives portant coordination des procédures de passation de marchés publics.[9] [10]Ces Directives ont pour but de 'protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un Etat membre désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre Etat membre et, à cette fin, d'exclure à la fois le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires nationaux lors d'une passation de marché et la possibilité qu'un pouvoir adjudicateur se laisse guider par des considérations autres qu'économiques.'[11]L'application des dispositions détaillées de ces Directives est

---

6 Résolution du Parlement européen sur le Livre vert sur les services d'intérêt général, adopté le 14 janvier 2004.

7 Les règles relatives au marché intérieur, y compris les règles et les principes en matière de marchés publics et de concessions, s'appliquent à toute activité à caractère économique, c'est-à-dire à toute activité qui consiste à offrir des services, des biens ou des travaux sur un marché, même si ces services, biens ou travaux visent à assurer un 'service public', tel que défini par un Etat membre.

8 Voir la Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, JOCE C 121 du 29 avril 2000.

9 I.e. les Directives 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, 93/38/CEE, portant coordination des procédures de passation, respectivement, des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures, des marchés publics de travaux, et des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Ces Directives seront remplacées par la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services; et Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, qui seront publiées prochainement au JOUE. On peut consulter la version [provisoire] des nouvelles Directives sur le site web http://www.europarl.eu.int/code/concluded/default_2003_en.htm.

10 En outre, dans certains secteurs, et notamment dans le secteur des transports, la mise en place d'un PPP peut être soumise à une législation sectorielle spécifique. Voir le Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, le Règlement (CEE) n° 3577/92 du Conseil concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des Etats membres, le Règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, modifié par le Règlement (CEE) n° 1893/91, et la proposition modifiée de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des Etats membres en matière d'exigences de service public et l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable (COM(2002) 107 final).

11 Affaires jointes C-285/99 et C-286/99, *Impresa Lombardini c. ANAS*, arrêt du 27 novembre 2001, paragraphe 36 et dans le même sens Affaire C-380/98, *University of Cambridge*, Rec. p. I-8035 et affaire C-19/00, *SIAC construction*, Rec. p. I-7725.

toutefois circonscrite à certaines hypothèses et concerne principalement la phase de passation des contrats.

9. Le régime applicable à la sélection d'un partenaire privé dépend tout d'abord de la qualification de la relation contractuelle que celui-ci noue avec un organisme adjudicateur.[12] Selon le droit communautaire dérivé, tout contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un organisme adjudicateur et un opérateur, dans la mesure où il a pour objet l'exécution de travaux, la réalisation d'un ouvrage ou la prestation d'un service est qualifié de "marché public" de travaux ou de services. La notion de "concession" est définie comme un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public à l'exception du fait que la contrepartie des travaux ou des services effectués consiste, soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.

10. L'appréciation des éléments de ces définitions doit, selon la Cour, être effectuée de façon à assurer que l'effet utile de la Directive en cause n'est pas compromis.[13] Par exemple, le formalisme attaché à la notion de contrat en droit national ne pourra être avancé pour faire perdre aux Directives leur effet utile. De même, le caractère onéreux du contrat en cause n'implique pas obligatoirement le versement direct d'un prix par le partenaire public, mais peut découler de toute autre forme de contre-prestation économique reçue par le partenaire privé.

11. Les contrats qualifiés de marché public de travaux ou de services, définis comme étant prioritaires,[14] sont soumis aux dispositions détaillées des Directives communautaires. Les concessions de travaux et les marchés publics de services dits 'non prioritaires' ne sont régis que par quelques dispositions éparses du droit dérivé. Enfin, certaines opérations, et notamment les concessions de services, échappent à tout encadrement de droit dérivé. Il en va de même, d'ailleurs, de toute attribution de mission réalisée par la voie d'un acte unilatéral.

12. Le cadre réglementaire régissant le choix du partenaire privé a donc fait l'objet d'une coordination communautaire à plusieurs niveaux et degrés d'intensité, laissant persister, sur le plan national, une grande divergence d'approches, même si toute opération impliquant l'attribution d'une mission à un tiers est régie par un socle minimal de principes découlant des articles 43 à 49 du Traité CE.

13. La Commission a déjà pris des initiatives relatives au phénomène PPP dans le domaine du droit des marchés publics. Elle a publié en 2000 une communication

---

12 Dans les opérations de PPP, les partenaires publics sont en premier lieu les autorités nationales, régionales ou locales. Ils peuvent également être des organismes de droit public créés pour accomplir des missions d'intérêt général sous le contrôle de l'Etat, ou des entreprises gestionnaires de certaines industries de réseau. Dans un souci de simplification, le terme "organisme adjudicateur" sera employé dans ce document pour désigner l'ensemble de ces organismes. Ce terme couvre ainsi les "pouvoirs adjudicateurs" au sens des Directives 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE et 2004/18/CE et les entités adjudicatrices que sont les "pouvoirs publics" et les "entreprises publiques" au sens des Directives 93/38/CEE et 2004/17/CE.

13 Arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, affaire C-399/98, *Scala*, Rec. I-5409, voir en particulier points 53 à 55.

14 C'est-à-dire ceux listés à l'annexe IA de la Directive 92/50/CEE ou l'annexe XVIA de la Directive 93/38/CEE.

interprétative sur les concessions et le droit communautaire des marchés publics,[15] dans laquelle elle a précisé, sur la base des règles et des principes découlant du Traité et du droit dérivé applicable, les contours de la notion de concession en droit communautaire ainsi que les obligations qui incombent aux autorités publiques lors du choix des opérateurs économiques auxquels les concessions sont octroyées. De plus, les nouvelles Directives du Parlement européen et du Conseil visant à moderniser et à simplifier le cadre législatif communautaire instaurent une procédure d'attribution innovante, conçue spécialement pour répondre aux spécificités de l'attribution de 'marchés particulièrement complexes', et donc de certaines formes de PPP. Cette nouvelle procédure, dénommée "dialogue compétitif", permet aux autorités publiques de discuter avec les entreprises candidates afin d'identifier les solutions susceptibles de répondre à leurs besoins.

14. Il n'en demeure pas moins que plusieurs représentants des milieux intéressés considèrent que les règles communautaires applicables au choix des entreprises appelées à coopérer avec une autorité publique dans le cadre d'un PPP, ainsi que leur portée sur les relations contractuelles régissant l'exécution du partenariat, sont insuffisamment claires et manquent d'homogénéité entre les différents Etats membres. Cette situation ferait peser sur les acteurs communautaires des incertitudes susceptibles de constituer un réel obstacle à la création ou à la bonne réussite des PPP, au détriment du financement d'importantes infrastructures et du développement de services publics de qualité.

15. Le Parlement européen a invité la Commission à examiner la possibilité d'adopter une proposition de Directive visant à réglementer de manière homogène le secteur des concessions et d'autres formes de PPP.[16] Le Comité économique et social a également estimé qu'une initiative législative s'imposait.[17]

16. Dans ce contexte, la Commission a annoncé, dans sa stratégie pour le marché intérieur 2003-2006,[18] qu'elle publierait un Livre vert sur les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, en vue d'amorcer un débat sur la meilleure façon d'assurer que les PPP puissent se développer dans un contexte de concurrence efficace et de clarté juridique. La publication d'un Livre vert figure également parmi les actions prévues dans le contexte de l'initiative européenne pour la croissance.[19] Enfin, elle répond à certaines demandes formulées lors de la consultation publique sur le Livre vert sur les services d'intérêt général.[20]

---

15 Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire. JOCE C 121 du 29 avril 2000.

16 Avis du Parlement européen en première lecture sur la proposition de la Commission COM (2000) 275 du 10.05.2002.

17 Avis, CES, JO C 14 du 16.1.2001, rapporteur M. Levaux, point 4.1.3 et Avis, CES, JO C 193 du 10.07.2001, rapporteur M. Bo Green, point 3.5.

18 Stratégie pour le marché intérieur, Priorités 2003-2006, COM (2003) 238 final.

19 Communication de la Commission "Une initiative pour la croissance: Investir dans les réseaux et la connaissance pour soutenir la croissance et l'emploi", COM (2003) 690 final du 11 novembre 2003. Ce rapport a été approuvé par le Conseil européen de Bruxelles du 12 décembre 2003.

20 Cf., Rapport des résultats de la consultation sur le Livre vert sur les services d'intérêt général, voir supra footnote 5.

1.3. Objet spécifique et plan du présent Livre vert

17. Le but du Livre vert est de lancer un débat sur l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions au phénomène du PPP. Le débat ainsi engagé se concentre donc sur les règles devant être appliquées lorsqu'il est décidé de confier une mission ou une tâche à un tiers. Il se situe en aval du choix économique et organisationnel effectué par une autorité locale ou nationale, et ne saurait être perçu comme visant à porter une appréciation générale sur le choix d'"externaliser" ou non la gestion des services publics ; ce choix relevant de la compétence des autorités publiques. En effet, le droit communautaire des marchés publics et des concessions est neutre quant au choix des Etats membres d'assurer un service public par leurs propres services ou de les confier à un tiers.

18. Plus précisément, le présent Livre vert vise à présenter la portée des règles communautaires applicables à la phase de sélection du partenaire privé et à la phase postérieure à celle-ci, dans le but de détecter des incertitudes éventuelles, et d'analyser si le cadre communautaire est approprié aux enjeux et aux caractéristiques spécifiques des PPP. Des pistes de réflexion pour une éventuelle intervention communautaire seront esquissées. Ce Livre vert ayant pour objet d'ouvrir une consultation, aucune option prédéterminée d'intervention communautaire n'a été décidée. Les instruments disponibles pour améliorer l'ouverture des opérations de PPP à la concurrence dans un environnement juridique clair sont en effet très divers: instruments législatifs, communications interprétatives, actions visant à une meilleure coordination des pratiques nationales ou échange de bonnes pratiques entre Etats-membres.

19. Si ce Livre se concentre donc sur des questions relevant du droit des marchés publics et des concessions, il convient de rappeler que la Commission a déjà pris, dans d'autres domaines, des mesures visant à éliminer les obstacles pouvant entraver la mise en place des PPP. Ainsi, les règles relatives au traitement comptable dans les comptes nationaux des contrats souscrits par les unités publiques dans le cadre de partenariats avec des unités privées ont récemment été clarifiées.[21] Il est également rappelé que la mise en place d'un statut pour la société européenne viendra faciliter la mise en place de PPP transeuropéens.[22]

20. Aux fins de l'analyse de ce Livre vert, il est proposé de tracer une distinction entre:

- Les PPP de type purement contractuel, dans lesquels le partenariat entre secteur public et secteur privé se fonde sur des liens exclusivement conventionnels, et

- Les PPP de type institutionnalisé, impliquant une coopération entre le secteur public et le secteur privé au sein d'une entité distincte.

Cette distinction est fondée sur le constat que la diversité des pratiques de PPP que l'on rencontre dans les Etats membres peut être rattachée à deux grands modèles. Ceux-ci soulèvent chacun des questions particulières d'application du droit

---

21 Supra, footnote 3.

22 Règlement (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001.

communautaire des marchés publics et des concessions, méritant un examen séparé, qui fera l'objet des chapitres suivants.[23]

2. LE PPP PUREMENT CONTRACTUEL ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE DES MARCHES PUBLICS ET DES CONCESSIONS

21. Le terme PPP de type purement contractuel vise un partenariat qui se fonde uniquement sur des liens contractuels entre les différents acteurs. Il recouvre des montages divers attribuant une ou des tâches plus ou moins étendues au partenaire privé, qui incluent la conception, le financement, la réalisation, la rénovation, ou l'exploitation d'un ouvrage ou d'un service.

22. Dans ce cadre, un des modèles les plus connus, souvent dénommé "modèle concessif",[24] se caractérise par le lien direct existant entre le partenaire privé et l'usager final: le partenaire privé fournit un service au public, "à la place", mais sous le contrôle du partenaire public. Il se caractérise également par le mode de rémunération du co-contractant, qui consiste en des redevances perçues sur les usagers du service, le cas échéant complété par des subventions de la part des pouvoirs publics.

23. Dans d'autres types de montage, le partenaire privé est appelé à réaliser et gérer une infrastructure pour l'administration publique (par exemple, une école, un hôpital, un centre pénitentiaire, une infrastructure de transport). L'exemple le plus typique de ce modèle est le montage de type PFI.[25] Dans ce modèle la rémunération du partenaire privé prend la forme, non de redevances versées par les usagers de l'ouvrage ou du service, mais de paiements réguliers reçus du partenaire public. Ces paiements peuvent être fixes, mais peuvent également être calculés de façon variable, en fonction, par exemple, de la disponibilité de l'ouvrage ou des services y afférents, ou même de la fréquentation de l'ouvrage. [26]

1. Quels types de montages de PPP purement contractuel connaissez-vous? Ces montages font-ils l'objet d'un encadrement spécifique (législatif ou autre) dans votre pays ?

---

[23] La distinction ainsi tracée ne tient pas compte des qualifications juridiques données en droit national et ne préjuge en rien de la qualification en droit communautaire de ces types de montages ou de contrats. L'analyse qui suit a donc pour seul but de distinguer entre eux les montages habituellement qualifiés de PPP, afin d'aider, dans un second temps, à déterminer les règles du droit communautaire des marchés publics et des concessions qu'il convient de leur appliquer.

[24] Il convient de rappeler que la qualification donnée par le droit national ou par les parties n'a aucune incidence sur la qualification juridique de ces contrats aux fins de l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions.

[25] Le terme PFI se réfère au "Private Finance Initiative", un programme du gouvernement britannique permettant la modernisation des infrastructures publiques moyennant le recours au financement privé. Le même modèle est utilisé dans d'autres Etats membres, avec parfois des variantes importantes. Le PFI a, par exemple, inspiré le développement du 'Betreibermodell' en Allemagne.

[26] Cf. le cas des 'péages virtuels', utilisés dans le cadre de projets autoroutiers, notamment au Royaume-Uni, au Portugal, en Espagne et en Finlande.

2.1. La phase de sélection du partenaire privé

2.1.1. Partenariat de type purement contractuel: acte attributif qualifié de marché public

24. Le régime applicable à la passation de marchés publics de travaux, ou de marchés publics de services définis comme étant prioritaires,[27] découle des dispositions des Directives communautaires qui fixent des règles détaillées, notamment en matière de publicité et de participation. Lorsque l'autorité publique est un pouvoir adjudicateur agissant dans le champ des Directives classiques,[28] il doit normalement dans ce cadre avoir recours à la procédure ouverte ou restreinte pour le choix de son partenaire privé. A titre d'exception, et sous certaines conditions, le recours à la procédure négociée est parfois possible. A cet égard, la Commission souhaite rappeler que la dérogation prévue à l'article 7, §2 de la Directive 93/37/CEE, qui prévoit le recours à la procédure négociée lorsque le marché porte "sur des travaux dont la nature et les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale du prix", a un champ d'application limitée. Cette dérogation vise uniquement les situations exceptionnelles dans lesquelles des incertitudes pèsent *a priori* sur la nature ou l'étendue des travaux à effectuer, mais ne vise pas les situations dans lesquelles les incertitudes résultent d'autres causes, telle la difficulté de fixer préalablement le prix en raison de la complexité du montage juridique et financier mis en place.[29]

25. Depuis l'adoption de la Directive 2004/18/CE, une nouvelle procédure dite de "dialogue compétitif" peut trouver à s'appliquer lors de la passation de marchés particulièrement complexes.[30] La procédure de dialogue compétitif est ouverte dans les cas où l'organisme adjudicateur n'est pas objectivement en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs, ainsi que dans les cas où l'organisme adjudicateur n'est pas objectivement en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet. Cette nouvelle procédure permettra aux organismes adjudicateurs d'instaurer avec les candidats, un dialogue dont l'objet sera le développement de solutions aptes à répondre à ces besoins. Au terme de ce dialogue, les candidats seront invités à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions identifiées au cours du dialogue. Ces offres doivent comprendre tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet. Les organismes adjudicateurs évaluent les offres en fonction de critères d'attribution préétablis. Le soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements contenus dans celle-ci, à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier les éléments substantiels de l'offre ou de l'appel d'offres, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations.

26. La procédure de dialogue compétitif devrait permettre d'assurer la flexibilité nécessaire aux discussions avec les candidats de tous les aspects du marché lors de la phase de mise en place, tout en veillant à ce que ces discussions soient menées dans

---

27 C'est-à-dire ceux listés à l'annexe IA de la Directive 92/50/CEE et à l'annexe XVIA de la Directive 93/38/CEE.

28 C'est à dire des Directives 93/37/CEE, 92/50/CEE et 2004/18/CE.

29 A titre d'exemple, il peut en être ainsi lorsque les travaux sont effectués dans une zone géologiquement instable ou archéologique et que, pour cette raison, l'étendue des travaux à effectuer est imprévisible lors du lancement de la procédure. Une dérogation similaire est prévue à l'article 11, §2 de la Directive 92/50, et dans la Directive 2004/18/CE à l'article 30, §1, b).

30 Article 29 de la Directive 2004/18/CE.

le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement, et ne mettent pas en péril les droits que le Traité confère aux opérateurs économiques. Elle est basée sur l'idée que des méthodes structurées de sélection doivent être sauvegardées en toute occasion, car celles-ci contribuent à garantir l'objectivité et l'intégrité de la procédure aboutissant au choix d'un opérateur. Ceci garantit la bonne utilisation des deniers publics, diminue les risques de pratiques peu transparentes et renforce la sécurité juridique nécessaire à la mise en place de tels projets.

27. Par ailleurs, il convient de souligner que les nouvelles Directives renforcent l'intérêt pour les organismes adjudicateurs de formuler les spécifications techniques en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. De nouvelles dispositions permettront ainsi aux organismes adjudicateurs d'élargir les possibilités de prise en compte de solutions innovantes lors de la phase de passation, quelle que soit la procédure mise en oeuvre.[31]

2. De l'avis de la Commission, la transposition en droit national de la procédure de dialogue compétitif permettra aux parties concernées de disposer d'une procédure particulièrement adaptée à la passation des contrats qualifiés de marchés publics lors de la mise en place d'un PPP de type purement contractuel, tout en préservant les droits fondamentaux des opérateurs économiques. Partagez-vous ce point de vue? Si non, pourquoi ?

3. En ce qui concerne ces contrats, existe-t-il selon vous des points autres que ceux relatifs au choix de la procédure d'adjudication, susceptibles de poser problème au regard du droit communautaire des marchés publics? Si oui, lesquels et pour quelles raisons ?

2.1.2. Partenariat de type purement contractuel: acte attributif qualifié de concession

28. Peu de dispositions de droit dérivé coordonnent les procédures de passation de contrats qualifiés de concessions en droit communautaire. En ce qui concerne les concessions de travaux, seules certaines obligations de publicité, devant assurer la mise en concurrence préalable des opérateurs intéressés, et une obligation relative au délai minimal de réception des candidatures s'appliquent.[32] La manière dont le partenaire privé est ensuite sélectionné est laissée au libre choix des organismes adjudicateurs, qui doivent néanmoins dans ce cadre s'assurer du plein respect des principes et des règles découlant du Traité.

29. Le régime applicable lors de la phase de passation des concessions de services n'est, quant à lui, fixé que par référence aux principes découlant des articles 43 et 49 du Traité, notamment les principes de transparence, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle.[33] Dans son arrêt *Telaustria,* la Cour a indiqué à cet égard que « *[l'] obligation de transparence, qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* ».[34]

---

31 Article 23 de la Directives 2004/18/CE et article 34 de la Directive 2004/17/CE.

32 Voir article 3 §1 de la Directive 93/37/CEE, et articles 56 à 59 de la Directive 2004/18/CE.

33 Bien que la Commission ait proposé d'inclure les concessions de services dans la Directive 92/50/CEE, le Conseil a décidé de les exclure du champ d'application de cette dernière au cours du processus législatif.

34 Affaire C-324/98. Voir également ordonnance du 30 mai 2002, affaire C-358/00, *Deutsche Bibliothek,* Rec. I-4685. Ces principes sont également applicables aux autres actes étatiques confiant une prestation

30. De l'avis de la Commission, le régime qui découle des dispositions pertinentes du Traité peut être résumé dans les obligations suivantes: fixation des règles applicables à la sélection du partenaire privé, publicité adéquate relative à l'intention d'octroyer une concession et aux règles présidant à la sélection afin de permettre un contrôle de l'impartialité tout au long de la procédure, mise en concurrence réelle des opérateurs potentiellement intéressés et/ou en mesure d'assurer l'accomplissement des tâches en question, respect du principe d'égalité de traitement de tous les participants tout au long de la procédure, adjudication sur la base de critères objectifs et non discriminatoires.

31. Le droit communautaire applicable dans le cadre de la passation de concessions dérive donc essentiellement d'obligations à caractère général qui n'impliquent aucune coordination des législations des Etats membres. En outre, et bien que les Etats membres en aient le loisir, très peu ont souhaité se doter de législations internes visant à encadrer de façon générale et détaillée la phase de passation des concessions de travaux ou de services.[35] Dès lors, les règles applicables au choix d'un concessionnaire par un organisme adjudicateur sont la plupart du temps propres à un cas d'espèce.

32. Cette situation est susceptible de poser problème aux opérateurs communautaires. L'absence de coordination des législations nationales pourrait en effet être un obstacle à une véritable ouverture communautaire des opérations en cause, en particulier lorsque ces opérations sont mises en place à un niveau transnational. L'insécurité juridique liée à l'absence de règles claires et coordonnées pourrait de surcroît être de nature à augmenter les coûts liés à la mise en place de telles opérations.

33. Par ailleurs, certains ont fait valoir que les objectifs du marché intérieur risquaient de ne pas être atteints en certaines situations, en raison d'une absence de concurrence effective sur le marché. La Commission souhaite rappeler dans ce contexte que les Directives 'marchés publics' visent non seulement à assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des opérateurs économiques, mais imposent également qu'un nombre minimal de candidats soit invité à participer aux procédures, qu'elles soient ouvertes, restreintes, négociées, ou de dialogue compétitif.[36] Il convient d'évaluer si l'application effective de ces dispositions est suffisante, ou si d'autres mesures sont nécessaires pour faciliter la mise en place d'un environnement plus compétitif.

34. La Commission a en outre constaté, dans le contexte des procédures d'infractions déjà instruites, qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer dès l'origine si le contrat objet de la procédure est un marché public ou une concession. En effet, pour les contrats qualifiés de concessions au moment du lancement de la procédure, la

---

économique à un tiers, comme par exemple les marchés exclus du champ d'application des Directives en raison de leur montant qui ne dépasse pas les seuils d'application du droit dérivé (Ordonnance de la Cour du 3 décembre 2001, affaire C-59/00, *Vestergaard*, Rec. I-9505), ou les services dits non-prioritaires.

35 L'Espagne (loi du 23 mai 2003 sur les concessions de travaux), l'Italie (loi Merloni de 1994, telle qu'amendée) et la France (loi Sapin de 1993) se sont néanmoins dotées de telles législations.

36 Article 19 de la Directive 93/36/CEE, article 22 de la Directive 93/37/CEE, article 27 de la Directive 92/50/CEE et article 31 de la Directive 93/38/CEE. Voir également l'article 44 de la Directive 2004/18/CE et l'article 54 de la Directive 2004/17/CE.

répartition des risques et des bénéfices peut faire l'objet de négociations en cours de procédure. Il peut s'avérer que, suite à ces négociations, le contrat en cause doive in fine être qualifié de "marché public"; cette requalification entraînant souvent une remise en cause de la légalité de la procédure de passation choisie par l'organisme adjudicateur. Selon les points de vue exprimés par les parties concernées, cette situation fait peser sur ces opérations une insécurité juridique grandement préjudiciable à leur développement.

35. Dans ce contexte, la Commission pourrait envisager de proposer une action législative visant à coordonner les procédures de passation des concessions dans l'Union européenne, cette nouvelle législation venant s'adjoindre aux textes existants en matière de passation de marchés publics. Le régime détaillé applicable à la passation des concessions serait alors à déterminer.

36. Il y aurait par ailleurs lieu d'examiner s'il existe des raisons objectives pour soumettre la passation des concessions à un régime différent de celui existant pour la passation d'autres PPP contractuels. Dans ce contexte, il est rappelé que le critère du droit d'exploitation et son corollaire, le transfert des aléas inhérents à l'exploitation, distinguent les marchés publics des concessions. S'il était confirmé qu'une insécurité juridique, liée à la difficulté d'identifier a priori la répartition des risques d'exploitation entre les partenaires, est fréquemment présente dans le cadre de la passation de certains PPP de type purement contractuel, la Commission pourrait envisager de soumettre la passation de tous les PPP contractuels, qu'ils soient qualifiés de marchés publics ou de concessions, à un régime de passation identique.

4. Avez-vous déjà organisé, participé, ou souhaité organiser ou participer à une procédure d'attribution de concession au sein de l'Union? Quelle expérience en avez-vous?

5. Estimez vous que le cadre juridique communautaire actuel est suffisamment précis pour assurer la participation concrète et effective de sociétés ou groupements non-nationaux aux procédures de passation de concessions? Une concurrence réelle est-elle, selon vous, habituellement assurée dans ce cadre ?

6. Pensez-vous qu'une initiative législative communautaire, visant à encadrer la procédure de passation de concessions, est souhaitable?

7. De manière plus générale, si vous estimez qu'il est nécessaire que la Commission propose une nouvelle action législative, existerait-il à votre avis des raisons objectives de viser dans cet acte tous les PPP de type contractuel, qu'ils soient qualifiés de marchés publics ou de concessions, pour les soumettre à des régimes de passation identique ?

2.2. Questions spécifiques à la sélection d'un opérateur économique dans le cadre d'un PPP d'initiative privée

37. Certaines pratiques tendant à donner au secteur privé l'opportunité de prendre l'initiative d'une opération PPP se sont récemment développées dans certains Etats membres.[37] Dans les formules de ce type, les opérateurs économiques formulent une

[37] Dans certains Etats membres, l'initiative privée fait l'objet d'un encadrement spécifique (voir, en Italie, la loi Merloni ter du 18 novembre 1998 et, en Espagne, le règlement des services des collectivités locales de 1955 et la loi 13/2003 sur les concessions de travaux du 23 mai 2003). Dans d'autres Etats membres, les PPP d'initiative privée se développent également dans la pratique.

proposition détaillée de projet, en général de construction et de gestion d'infrastructure, éventuellement à l'invitation de l'administration

38. Ces pratiques permettent de sonder à un stade précoce la volonté des opérateurs économiques d'investir dans certains projets. Elles permettent également d'inciter ceux-ci à développer ou à appliquer des solutions techniques innovantes, adaptées aux besoins particuliers de l'organisme adjudicateur.

39. Le fait qu'un projet d'utilité publique trouve son origine dans une initiative privée ne change pas la nature des contrats conclus entre les organismes adjudicateurs et les opérateurs économiques. Si ces contrats ont pour objet des prestations visées par le droit dérivé, et sont conclus à titre onéreux, ils doivent être qualifiés, soit de marché public, soit de concession, et suivre le régime de passation qui en découle.

40. Il convient donc de s'assurer que les procédures utilisées dans ce cadre n'aboutissent pas à priver les opérateurs économiques européens des droits que leur confère le droit communautaire des marchés publics et des concessions. En particulier, et de façon minimale, la Commission estime que l'accès de tous les opérateurs européens à ce type de projets doit être assuré, notamment par le biais d'une publicité adéquate de l'invitation à formuler un projet. Ensuite, si l'autorité publique souhaite mettre en œuvre un projet présenté, il doit organiser la mise en concurrence de tous les opérateurs économiques potentiellement intéressés par le développement du projet retenu, offrant toutes les garanties d'impartialité de sélection.

41. Afin de conserver au système un aspect attractif, les Etats membres ont parfois cherché à mettre en place certaines incitations pour les preneurs d'initiatives. La possibilité de rétribuer l'initiateur du projet, par exemple en l'indemnisant de son initiative en dehors de la procédure de mise en concurrence ultérieure, a été utilisée. Il a également été envisagé d'accorder au preneur d'initiative certains avantages à faire valoir lors de la mise en concurrence ayant pour objet le développement du projet retenu. Ces solutions méritent un examen attentif, afin d'éviter que les avantages compétitifs donnés à l'initiateur du projet ne rompent l'égalité de traitement des candidats.

8. Selon votre expérience, l'accès des opérateurs non-nationaux aux formules de PPP d'initiative privé est-il assuré? En particulier, lorsqu'il existe une invitation des pouvoirs adjudicateurs à présenter une initiative, cette invitation fait-elle généralement l'objet d'une publicité adéquate permettant l'information de tous les opérateurs intéressés ? Une procédure de sélection véritablement concurrentielle est-elle organisée pour assurer la mise en œuvre du projet retenu?

9. Quelle serait selon vous la meilleure formule pour assurer le développement des PPP d'initiative privée dans l'Union européenne tout en assurant le respect des principes de transparence, de non discrimination et d'égalité de traitement ?

2.3. La phase postérieure à la sélection du partenaire privé

42. Le droit dérivé des marchés publics et des concessions vise principalement la phase d'adjudication d'un contrat. La phase postérieure à la sélection du partenaire privé, n'est, elle en revanche, pas visée de façon globale par le droit dérivé. Cependant, les principes d'égalité de traitement et de transparence qui découlent du Traité s'opposent, de manière générale, à toute intervention du partenaire public

postérieurement à la sélection d'un partenaire privé, dans la mesure où une telle intervention serait de nature à remettre en cause l'égalité de traitement entre opérateurs économiques.[38]

43. Le caractère souvent complexe du montage en cause, le lapse de temps qui peut s'écouler entre la sélection du partenaire privé et la signature du contrat, la durée relativement longue des projets et, enfin, le recours fréquent à des mécanismes de sous-traitance, rendent parfois délicate l'application de ces règles et principes. Deux aspects sont visés ci-dessous: l'encadrement contractuel du PPP et la sous-traitance.

2.3.1. L'encadrement contractuel du projet

44. Les dispositions contractuelles qui régissent la phase de mise en œuvre du PPP relèvent en premier lieu du droit national. Toutefois, l'élaboration des clauses contractuelles doit également avoir lieu dans le respect des règles communautaires pertinentes, et en particulier des principes d'égalité de traitement et de transparence. Ceci implique notamment que les documents de consultation indiquent clairement les conditions et les modalités d'exécution des contrats, afin que les différents candidats au partenariat puissent les interpréter de la même façon et en tenir compte dans l'élaboration de leurs offres. En outre, ces conditions et ces modalités d'exécution ne doivent pas avoir une incidence discriminatoire directe ou indirecte ou entraver de façon injustifiée la libre prestation de services ou la liberté d'établissement.[39]

45. Le succès d'un PPP dépend en grande partie du caractère complet de l'encadrement contractuel du projet, et de la fixation optimale des éléments qui régiront sa mise en œuvre. Dans ce contexte, une évaluation pertinente et une répartition optimale des risques entre le secteur public et le secteur privé, en fonction de la capacité respective de chacun à assumer ces risques, est cruciale. Il semble également important de prévoir des mécanismes permettant d'évaluer régulièrement la performance du titulaire de PPP. Dans ce cadre, le principe de transparence exige que les éléments permettant d'établir l'évaluation et la répartition de risques, de même que l'évaluation de la performance, soient communiquées dans les documents de consultation, afin de permettre aux soumissionnaires d'en tenir compte dans l'élaboration de leurs offres.

46. Par ailleurs, la période au cours de laquelle le partenaire privé assumera l'exploitation d'un ouvrage ou d'un service doit être fixée en fonction de la nécessité de garantir l'équilibre économique et financier d'un projet. En particulier, la durée de la relation de partenariat doit être fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis. Une durée excessive est susceptible d'être censurée sur la base des principes régissant le marché intérieur[40] ou des dispositions du Traité en matière de concurrence.[41] De même, le principe de transparence exige que les éléments permettant d'établir la durée soient

---

38 Voir affaire C-87/94, *Commission c. Belgique* (*Bus Wallons),* arrêt du 25 avril 1994, point 54. Voir également l'affaire C-243/89, *Commission v. Danemark (Pont sur le Storebaelt),* arrêt du 22 juin 1992.

39 Affaire C-19/00, *SIAC Constructions*, arrêt du 18 octobre 2001, points 41-45; affaire C-31/87, *Gebroeders Beentjes c. Pays-Bas*, arrêt du 20 septembre 1988, points 29-37. Voir également l'article 26 de la Directive 2004/18/CE et article 38 de la Directive 2004/17/CE.

40 Voir la Communication interprétative sur les concessions, en particulier le point 3.1.3.

41 Articles 81, 82 et 86, paragraphe 2 du Traité CE.

communiqués dans les documents de consultation, afin de permettre aux soumissionnaires d'en tenir compte dans l'élaboration de leurs offres.

47. Puisqu'elles portent sur une prestation qui s'étale dans le temps, les relations de PPP doivent pouvoir évoluer afin de s'adapter aux changements de l'environnement macro-économique ou technologique, ainsi qu'aux besoins de l'intérêt général. De manière générale, le droit communautaire des marchés publics ne s'oppose pas à la possibilité de prendre ces évolutions en compte, pour autant que ceci soit fait dans le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence. Ainsi, les documents de consultation, transmis aux soumissionnaires ou candidats lors de la procédure de sélection, peuvent prévoir des clauses d'ajustement automatique, telles que des clauses d'indexation de prix, ou établir les circonstances en vertu desquelles une révision des tarifs perçus sera possible. Ils peuvent également prévoir des clauses de révision, dans la mesure où celles-ci identifient précisément les circonstances et les conditions dans lesquelles des ajustements pourront être apportés à la relation contractuelle. Toutefois, il importe toujours que ces clauses soient suffisamment claires pour permettre aux opérateurs économiques de les interpréter de la même manière lors de la phase de sélection du partenaire.

48. Dans certaines opérations, les institutions financières se réservent le droit de se substituer au gestionnaire du projet, ou de désigner un nouveau gestionnaire, lorsque les flux financiers générés par le projet descendent en dessous d'un certain niveau. La mise en œuvre de ces clauses, qui appartiennent à la catégorie des clauses dites " de step-in", peut aboutir au changement du partenaire privé de l'organisme adjudicateur sans mise en concurrence. La compatibilité de ces opérations avec le droit communautaire des marchés publics et des concessions mérite dès lors une attention particulière.

49. D'une façon générale, les modifications intervenant en cours d'exécution d'un PPP, lorsqu'elles ne sont pas encadrées dans les documents contractuels, ont le plus souvent pour effet de remettre en cause le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques.[42] Ces modifications non encadrées ne sont alors acceptables que lorsqu'elles sont rendues nécessaires par un événement imprévisible, ou lorsqu'elles sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.[43] En outre, toute modification substantielle, visant l'objet même du contrat, doit être assimilée à la conclusion d'un nouveau contrat, impliquant une nouvelle mise en concurrence.[44]

50. Il convient enfin de rappeler que le droit dérivé précise les situations exceptionnelles dans lesquelles une attribution directe et sans mise en concurrence des travaux ou

---

42 Voir affaire C-337/98, *Commission c. France*, arrêt du 5 octobre 2000, points 44 et suivants. Le droit communautaire s'oppose également à des modifications intervenues pendant la phase de mise au point du contrat, après la sélection finale du soumissionnaire retenu. Les nouvelles dispositions régissant le dialogue compétitif prévoient à cet égard que le soumissionnaire retenu ne peut que "clarifier des aspects de son offre ou confirmer des engagements figurant dans celle-ci, à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier les éléments substantiels de l'offre ou de l'appel d'offres, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations".

43 Article 46 du Traité.

44 Affaire C-337/98, *Commission c. France*, arrêt du 5 octobre 2000, points 44 et suivants. La Communication interprétative sur les concessions précise à cet égard que la prolongation d'une concession existante au-delà du délai originairement fixé, doit être assimilée à l'octroi d'une nouvelle concession en faveur du même concessionnaire.

services complémentaires, ne figurant pas dans le projet initialement envisagé ou le premier contrat conclu, est permise.[45] Ces exceptions doivent être interprétées de façon restrictive. Par exemple, elles ne visent pas l'extension de la durée d'une concession autoroutière déjà existante, dans le but de couvrir les coûts de travaux pour la réalisation d'un nouveau tronçon. En effet, la pratique consistant à cumuler, dans le chef d'un seul concessionnaire, des activités 'rentables' et 'non-rentables', ne saurait aboutir à une situation où une nouvelle activité est attribuée à un concessionnaire existant sans mise en concurrence.

10. Quelle expérience avez-vous de la phase postérieure à la sélection du partenaire privé dans les opérations de PPP contractuels ?

11. Avez-vous connaissance de cas dans lesquels les conditions d'exécution – y compris les clauses d'adaptation dans le temps - ont pu avoir une incidence discriminatoire ou ont pu constituer une entrave injustifiée à la libre prestation de services ou à la liberté d'établissement? Si oui, pouvez-vous décrire le type de problèmes rencontrés ?

12. Avez-vous connaissance de pratiques ou de mécanismes d'évaluation d'offres ayant des incidences discriminatoires?

13. Partagez-vous le constat de la Commission selon lequel certains montages du type "step-in" peuvent poser problème en termes de transparence et d'égalité de traitement ? Connaissez vous d'autres "clauses types" dont la mise en œuvre est susceptible de poser des problèmes similaires?

14. Estimez-vous qu'il est nécessaire de clarifier au niveau communautaire certains aspects relevant du cadre contractuel des PPP ? Si oui, sur quel(s) aspect(s) devrait porter cette clarification?

2.3.2. La sous-traitance de certaines tâches

51. De l'expérience de la Commission, l'application des règles relatives à la sous-traitance donne parfois lieu à des incertitudes ou interrogations dans le contexte des montages de PPP. Certaines parties ont fait valoir, par exemple, que les relations contractuelles entre la société de projet, qui devient titulaire du marché ou de la concession, et les actionnaires de celle-ci, suscitent un certain nombre de questions juridiques. A cet égard, la Commission souhaite rappeler que, lorsque la société de projet a elle-même la qualité d'organisme adjudicateur, elle doit passer ses marchés ou ses contrats de concession dans le cadre d'une mise en concurrence, que ceux-ci soient, ou non, conclus avec ses propres actionnaires. Il ne peut en aller autrement que lorsque les prestations confiées par une société de projet à ses actionnaires ont déjà fait l'objet d'une mise en concurrence par le partenaire public, en amont de la constitution de la société de projet.[46] En revanche, lorsque la société de projet n'a pas la qualité d'organisme adjudicateur, elle est en principe libre de contracter avec des

[45] Voir l'article 11, paragraphe 3, e) de la Directive 92/50/CEE, article 7, paragraphe 3, d) de la Directive 93/37/CEE et l'article 20, paragraphe 2, f) de la Directive 93/38/CEE. La nouvelle Directive 2004/18/CE prévoit une exception similaire pour les concessions de travaux, voir article 61.

[46] L'article 13 de la Directive 93/38/CEE prévoit une dérogation lorsque des contrats de sous-traitance portant sur des services sont attribués par une entité adjudicatrice, opérateur de réseaux, à une entreprise liée. L'article 23 de la Directive 2004/17/CE étend cette exception à des contrats de sous-traitance portant sur des fournitures ou des travaux.

tiers, que ces derniers soient, ou non, ses propres actionnaires. A titre d'exception, lorsque la société de projet est un 'concessionnaire de travaux', certaines règles de publicité s'appliquent pour la passation de marchés de travaux dépassant un seuil de 5 millions d'euro, à l'exception toutefois des marchés passés avec les entreprises qui se sont groupées pour obtenir la concession ou leurs entreprises liées.[47]

52. Les partenaires privés sont, par principe, libres de sous-traiter une partie ou la totalité d'un marché public ou d'une concession. Il convient toutefois d'indiquer que, dans le cadre de la passation des marchés publics, il peut être demandé aux soumissionnaires de communiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers.[48] Pour les concessions de travaux dont la valeur dépasse 5 millions euros, l'organisme adjudicateur peut en outre imposer au concessionnaire de confier à des tiers des marchés représentant un pourcentage minimal de 30% de la valeur globale de travaux faisant l'objet de la concession.[49]

15. Dans le contexte des opérations de PPP, avez-vous connaissance de problèmes particuliers rencontrés en matière de sous-traitance ? Lesquels?

16. Le phénomène des PPP de type contractuel, impliquant le transfert d'un ensemble de tâches à un unique partenaire privé, justifie-t-il selon vous que des règles plus détaillées et/ou d'un champ d'application plus large soient mise en place en ce qui concerne le phénomène de sous-traitance?

17. De manière plus générale, estimez-vous qu'une initiative complémentaire devrait être prise au niveau communautaire en vue de clarifier, ou d'aménager, les règles relatives à la sous-traitance?

3. LE PPP INSTITUTIONNALISE ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE DES MARCHES PUBLICS ET DES CONCESSIONS

53. Au sens du présent Livre Vert, les opérations de PPP de type institutionnalisé impliquent la mise en place d'une entité détenue conjointement par le partenaire public et le partenaire privé.[50] L'entité commune a alors pour mission de veiller à la livraison d'un ouvrage ou d'un service au bénéfice du public. Dans les Etats membres, les autorités publiques ont parfois recours à ces structures, notamment pour la gestion de services publics au niveau local (par exemple, pour les services d'approvisionnement en eau, ou de collecte de déchets).

54. La coopération directe entre le partenaire public et le partenaire privé dans une enceinte ayant une personnalité juridique permet au partenaire public de garder un niveau de contrôle relativement élevé sur le déroulement des opérations, qu'elle peut adapter dans le temps en fonction des circonstances, à travers sa présence dans

---

47 Article 3, §4 de la Directive 93/37/CEE et articles 63 à 65 de la Directive 2004/18/CE. Ces derniers articles portent le seuil précité à 6 242 000 euros.

48 Article 17 de la Directive 93/36/CEE, article 20 de la Directive 93/37/CEE, article 25 de la Directive 92/50, article 27 de la Directive 93/38. Voir également l'article 25 de la Directive 2004/18/CE et l'article 37 de la Directive 2004/17/CE.

49 Article 3, paragraphe 2 de la Directive 93/37/CEE. Voir également l'article 60 de la Directive 2004/18/CE.

50 Dans les Etats membres, des terminologies et schémas différents sont utilisés dans ce contexte (par exemple, le Kooperationsmodell, les PPP associatif, les joints ventures).

l'actionnariat et les organes de décision de l'entité commune. Elle permet également au partenaire public de développer son expérience propre de l'exploitation du service en cause, tout en ayant recours au soutien d'un partenaire privé.

55. La mise en place d'un PPP institutionnalisé peut se réaliser, soit par la création d'une entité détenue conjointement par le secteur public et le secteur privé (3.1.), soit par la prise de contrôle d'une entreprise publique existante par le secteur privé (3.2).

56. La discussion ci-après se concentre uniquement sur les questions relevant du droit des marchés publics et des concessions qui sont propres aux PPP institutionnalisés. Pour une discussion plus générale des incidences de ce droit lors de la mise en place et l'exécution de ces PPP, il est renvoyé aux chapitres précédents.

3.1. Mise en place d'un partenariat impliquant la création d'une entité ad hoc détenue conjointement par le secteur public et le secteur privé[51]

57. L'opération consistant à créer une entité au capital mixte, n'est pas en elle-même visée par le droit des marchés publics et des concessions. Toutefois, il convient d'assurer le respect des règles et principes découlant de ce droit (les principes généraux du Traité ou, dans certains cas, les dispositions des Directives) lorsqu'une telle opération s'accompagne d'une attribution de missions par le biais d'un acte pouvant être qualifié de marché public, voire de concession.[52]

58. Le choix d'un partenaire privé appelé à effectuer de telles missions dans le cadre du fonctionnement d'une entité mixte ne saurait donc être fondé exclusivement sur la qualité de son apport en capital ou de son expérience, mais devrait prendre en compte les caractéristiques de son offre - économiquement la plus avantageuse – quant aux prestations spécifiques à fournir. En effet, faute de disposer de critères clairs et objectifs permettant au pouvoir adjudicateur de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse, l'opération en capital pourrait constituer une violation du droit des marchés publics et des concessions.

59. Dans ce cadre, l'opération consistant à créer une telle entité ne pose généralement pas de problème au regard du droit communautaire applicable, lorsque celle-ci constitue une modalité d'exécution de la mission confiée dans le cadre d'un contrat à un partenaire privé. Il faut néanmoins que les conditions de la création de l'entité soient clairement établies lors de la mise en concurrence des missions que l'on souhaite confier au partenaire privé.[53]

---

51 Il est ici question du cas de création d'entités *ex novo* dans le cadre d'un montage juridique spécifique. Il ne sera en revanche pas Traité spécifiquement du cas des entités mixtes préexistantes participant aux procédures de passation de marchés publics ou de concessions, car cette dernière hypothèse appelle peu de commentaires au regard du droit communautaire applicable. Le caractère mixte d'une entité participant à une procédure de mise en concurrence n'implique en effet aucune dérogation aux règles applicables dans le cadre de la passation d'un marché public ou d'une concession. Seul le cas où l'entité en cause répond aux caractéristiques d'une entité "in house", au sens de la jurisprudence *Teckal* de la Cour de justice, permettra au pouvoir adjudicateur de ne pas appliquer les règles habituelles.

52 Il est rappelé que les principes du droit des marchés publics et des concessions s'appliquent également lorsque l'attribution d'une mission se réalise par le biais d'un acte unilatéral (par exemple un acte législatif ou réglementaire).

53 En outre, ces conditions ne doivent pas comporter de discrimination ou constituer une entrave injustifiée à la libre prestation de services ou à la liberté d'établissement, ou impliquer des contraintes disproportionnées au regard du but à atteindre.

60. Cependant, la Commission a constaté que, dans certains Etats, la législation nationale permet aux entités mixtes, dans lesquelles la participation du secteur public est celle de l'organisme adjudicateur, de participer à une procédure d'attribution de marché public ou de concession alors même que ces entités ne sont qu'en constitution. Dans cette hypothèse, l'entité ne sera en définitive constituée qu'après que le marché lui a été effectivement octroyé. Dans d'autres Etats, une pratique s'est développée tendant à confondre la phase de constitution de l'entité et la phase d'attribution des tâches. La procédure lancée par le pouvoir adjudicateur a alors pour objet la création d'une entité mixte qui se voit confiée certaines tâches.

61. Ces formules ne semblent pas offrir de solutions satisfaisantes au regard des dispositions applicables en matière de marchés publics et de concessions.[54] Dans le premier cas, la concurrence effective risque d'être faussée par une position privilégiée de la société en constitution, et partant, du partenaire privé participant à celle-ci. Dans le second cas, la procédure spécifique de sélection du partenaire privé pose également de nombreux problèmes. Certaines difficultés tiennent à l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs de définir de manière suffisamment claire et précise l'objet du marché ou de la concession dans ce cadre. La Commission a souvent constaté que les missions confiées à la structure partenariale ne sont pas clairement définies et que, dans certains cas, elles échappent même à tout encadrement contractuel. Ceci provoque non seulement des problèmes au regard des principes de transparence et d'égalité de traitement, mais risque également de porter préjudice aux objectifs d'intérêt général que l'autorité publique vise à atteindre. On peut également constater que la durée de vie de l'entité créée ne coïncide habituellement pas avec la durée du marché ou de la concession attribué, ce qui semble inciter à la reconduction de la mission confiée à cette entité sans qu'une véritable mise en concurrence ait lieu à l'occasion de ce renouvellement. Ceci aboutit parfois à ce que les missions soient *de facto* attribuées pour une durée illimitée.

62. Par ailleurs, il convient de rappeler que la création conjointe de telles entités ne peut se faire que dans le respect du principe de non-discrimination en raison de la nationalité en général et de la libre circulation des capitaux en particulier.[55]Ainsi, à titre d'exemple, les autorités publiques ne peuvent normalement pas assortir leur position d'actionnaire dans une telle entité de privilèges exorbitants ne procédant pas d'une application normale du droit des sociétés.[56]

63. La Commission souhaite également rappeler que la participation de l'organisme adjudicateur dans l'entité mixte, qui devient co-titulaire du contrat, à l'issue de la

---

54 Lors de la conception ou du montage de telles opérations, le test consistant à appliquer les formulaires standards – lesquels reprennent les éléments indispensables à une mise en concurrence bien informée -, permet d'ailleurs de comprendre combien il peut être difficile de trouver une formule de publicité adéquate pour l'attribution des missions relevant du champ d'application du droit des marchés publics ou des concessions.

55 La participation à une entreprise nouvelle en vu de créer des liens économiques durables relève des dispositions de l'article 56 relatives à la libre circulation des capitaux. Voir annexe I de la Directive 88/361/CEE, adoptée dans le contexte de l'ancien article 67, qui répertorie les types d'opérations qui doivent être considérées comme des mouvements de capitaux.

56 Voir arrêts de la Cour du 4 juin 2002, affaire C-367/98, *Commission v. Portugal*, Rec. I-4731; affaire C-483/99, *Commission v. France*, Rec. I-4781; et arrêts du 13 mai 2003, affaire C-463/00, *Commission v. Espagne*, Rec. I-4581 ; affaire C-98/01, *Commission v. Royaume-Uni*, Rec. I-4641. Sur les justifications possibles dans ce cadre, voir arrêt de la Cour du 4 juin 2002, affaire C-503/99, *Commission v. Belgique*, Rec. I-4809.

procédure de sélection, ne justifie pas que le droit des marchés et des concessions ne soit pas appliqué lors de la sélection du partenaire privé. L'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions ne dépend en effet pas du caractère public, privé ou mixte du co-contractant de l'organisme adjudicateur. Comme la Cour de Justice l'a confirmé dans l'affaire *Teckal,* ce droit s'applique lorsqu'un organisme adjudicateur décide de confier une tâche à un tiers, c'est-à-dire, une personne juridiquement distincte. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, l'organisme adjudicateur exerce sur la personne en cause un *contrôle analogue* à celui qu'il exerce sur ses propres services et où cette personne réalise *l'essentiel de son activité* avec la ou les collectivités qui la détiennent.[57] Seules les entités qui répondent de manière cumulative à ces deux conditions pourront être assimilées à des entités 'in house' par rapport à l'organisme adjudicateur et se voir confier des tâches en dehors d'une procédure concurrentielle.[58]

64. Enfin convient-il de rappeler que si l'entité mixte a la qualité d'organisme adjudicateur, cette qualité lui impose aussi le respect du droit applicable en matière de marchés publics et de concessions, lorsqu'elle octroie des tâches au partenaire privé qui n'auraient pas fait l'objet d'une mise en concurrence par le pouvoir adjudicateur en amont de la constitution de l'entité mixte. Le partenaire privé ne saurait, en effet, profiter de sa position privilégiée dans l'entité mixte pour se réserver certaines tâches sans mise en concurrence préalable.

3.2. Prise de contrôle d'une entité publique par un opérateur privé

65. La mise en place d'un PPP de type institutionnalisé peut également se traduire par une modification de l'actionnariat d'une entité publique. A cet égard, il importe tout d'abord de souligner que le passage d'une entreprise du secteur public au secteur privé est un choix de politique économique qui, en tant que tel, relève de la compétence exclusive des Etats membres.[59]

66. Il convient ensuite de rappeler que le droit communautaire des marchés publics n'a pas en soi vocation à s'appliquer aux opérations représentant de simples apports de fonds par un bailleur à une entreprise, que cette dernière appartienne au secteur public ou au secteur privé. Ces opérations tombent dans le champ d'application des dispositions du Traité relatives à la libre circulation des capitaux[60] ce qui implique notamment que les mesures nationales les réglementant ne doivent pas constituer des obstacles aux investissements provenant d'autres Etats membres.[61]

67. En revanche, les dispositions relatives à la liberté d'établissement au sens de l'article 43 du Traité doivent être appliquées lorsqu'une autorité publique décide, par le biais d'une opération en capital, de céder à un tiers une participation lui permettant

---

57 Affaire C-107/98, *Teckal*, arrêt du 18 novembre 1999, paragraphe 50.

58 La Cour de Justice a été saisie de trois questions préjudicielles (affaires C-26/03, C-231/03 et C-458/03) visant à obtenir une clarification complémentaire de la portée des critères permettant à établir l'existence d'une relation de type 'in house.'

59 Ceci découle du principe de neutralité du Traité vis-à-vis du régime de propriété, consacré par l'article 295 du Traité.

60 Article 56 et suivants du Traité CE.

61 Voir la Communication de la Commission concernant certains aspects juridiques touchant aux investissements intracommunautaires JOCE n° C 220 du 19 juillet 1997, p.15.

d'exercer une influence certaine sur une entité publique effectuant des prestations économiques qui relèvent normalement de la responsabilité de l'Etat.[62]

68. En particulier, lorsque les pouvoirs publics accordent à un opérateur économique une influence certaine dans une entreprise, dans le cadre d'une opération de cession de capital, et que cette opération a pour effet de confier à cet opérateur des missions, tombant dans le champ matériel du droit des 'marchés publics', qui étaient précédemment exercées, directement ou indirectement, par les pouvoirs publics, les dispositions relatives à la liberté d'établissement exigent le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement, dans le but d'assurer que tout opérateur potentiel ait un égal accès à la prestation de telles activités jusque-là réservées.

69. En outre, la pratique recommande de s'assurer qu'une telle opération en capital ne masque pas, en réalité, l'attribution à un partenaire privé de contrats pouvant être qualifiées de marchés publics, voire de concessions. Tel est notamment le cas lorsque, avant l'opération en capital, l'entité en question se voit attribuée directement et sans mise en concurrence, des missions particulières, en vue de rendre attractive l'opération en capital.

18. Quelle expérience avez-vous de la mise en place d'opérations de PPP de type institutionnalisé ? En particulier, votre expérience vous conduit-elle à penser que le droit communautaire des marchés publics et des concessions est respecté dans le cas de montages de PPP institutionnalisé? Si non, pourquoi ?

19. Estimez-vous qu'une initiative doit être prise au niveau communautaire en vu de clarifier ou de préciser les obligations des organismes adjudicateurs quant aux conditions dans lesquelles doivent être mis en concurrence les opérateurs potentiellement intéressés par un projet de type institutionnalisé? Si oui, sur quels points particuliers et sous quelle forme? Si non, pourquoi?

De façon générale et indépendamment des questions soulevées dans ce document:

20. Quelles sont les mesures ou les pratiques que vous estimez constitutives d'entraves à la mise en place des PPP au sein de l'Union européenne?

21. Connaissez-vous d'autres formes de PPP développées dans les pays en dehors de l'Union? Connaissez-vous des exemples de 'bonnes pratiques' développées dans ce cadre, dont l'Union pourrait s'inspirer? Si oui, lesquelles?

22. De façon plus générale, et compte tenu des besoins importants d'investissements nécessaires dans certains Etats membres, afin de poursuivre un développement économique social et durable, estimez-vous utile une réflexion collective sur ces questions qui se poursuivrait à des intervalles réguliers entre les acteurs concernés, et qui permettrait un échange des meilleures pratiques? Est-ce que vous considérez que la Commission devrait animer un tel réseau ?

[62] Voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 13 avril 2000, affaire C-251/98, *Baars*, Rec. I-2787

4. REMARQUES FINALES

70. La Commission invite toutes les parties intéressées à lui transmettre leurs observations sur les questions posées dans le présent Livre vert. Les réponses, observations et suggestions peuvent être envoyées par courrier à l'adresse suivante:

Commission européenne
Consultation "Livre vert sur les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions"
C 100 2/005
B-1049 Bruxelles

ou par courrier électronique à l'adresse suivante:

MARKT-D1-PPP@cec.eu.int

Les commentaires doivent être envoyés à la Commission pour le **30 juillet 2004** au plus tard. Pour l'information des parties intéressées, les contributions reçues par voie électronique, ainsi que les coordonnées des expéditeurs, seront placées sur le site web *http://europa.eu.int/comm/internal_market*, pour autant que les expéditeurs concernés n'aient expressément marqué une objection à cette publication.

71. Sur la base, entre autres, des contributions reçues, la Commission se propose de tirer des conclusions et, le cas échéant, de présenter des initiatives concrètes en guise de suivi.