

LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE
REACTIONS DE LA CCIP AU LIVRE VERT DE LA COMMISSION
EUROPEENNE

Rapport de M. Gilbert DIÉPOIS
au nom de la Commission du commerce intérieur

adopté par le Bureau du 16 septembre 2004, selon la procédure d'urgence



CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS

- SYNTHÈSE DES PROPOSITIONS -

Sur la base d'un Livre vert, la Commission européenne a ouvert un débat sur l'opportunité de faire évoluer les règles communautaires en matière de marchés publics et de concessions, pour accompagner le développement des partenariats public-privé (PPP). La Chambre de commerce et d'industrie de Paris, dans la continuité de ses précédents travaux sur la commande publique, souhaite aujourd'hui réagir à ce document.

I/ DÉFINIR LES PRINCIPES DIRECTEURS D'UN ÉVENTUEL NOUVEAU CONTRAT

- ***Position de la CCIP en faveur de la rédaction par la Commission de Bruxelles d'une simple communication interprétative, pour permettre un meilleur développement des PPP. Un outil rigide, comme la directive, pourrait nuire à ce développement ;***
- ***Faire bénéficier une définition européenne des PPP de l'apport des enseignements théoriques et des bonnes pratiques des deux grands ensembles juridiques (latin et common law) qui existent au sein de l'Union ;***
- ***Proposer une définition multicritère*** comprenant comme principes directeurs l'utilisation d'un vocabulaire fonctionnel pour désigner les missions confiées au cocontractant ; la mention du long terme (celui-ci variant en fonction des contraintes liées à l'investissement) ; la liste des acheteurs publics autorisés à conclure de tels contrats, c'est-à-dire l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ; la précision des principes que ces contrats devront respecter (transparence, égal accès des candidats...) ; le fait que le partenaire privé assume une partie des risques de l'opération envisagée.

II/ PRÉSERVER L'INTÉRÊT PUBLIC

- ***Tenir compte des recommandations d'Eurostat soulignant que les PPP devraient répondre à des règles très précises pour ne pas être intégrés dans le calcul de la dette publique. En tout état de cause, la personne publique doit faire preuve d'une***



transparence financière sur la part des fonds qu'elle engage dans l'opération de PPP ;

- **S'inspirer de l'article 8 de l'ordonnance française qui pose, parmi les critères d'attribution, « la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des PME et à des artisans » ;**
- **Inciter les personnes publiques à choisir leur cocontractant en fonction de critères précis et fixés préalablement** Outre le renforcement de la transparence de la commande publique et la sécurité juridique des acteurs concernés, cela serait également source d'information pour les usagers-clients (avec le relais des associations professionnelles, par exemple) et de possibilité pour les entreprises de défendre au mieux leurs intérêts en présentant des offres parfaitement adaptées aux attentes des personnes publiques ;
- Procéder à une **évaluation approfondie des opportunités de chaque modalité de contrat d'achat public qui devra, de plus, être réalisée en toute transparence** (cela signifie, par exemple, que dans le cadre d'une commune, le conseil municipal en soit informé).

III/ FOURNIR DES REGLES ADAPTEES A L'OBJET DES CONTRATS DE PPP

- **Écarter le dialogue compétitif comme unique mode de passation des PPP.** Hormis le risque de confusion avec les marchés publics, cette procédure peut manquer de souplesse, face à certaines situations économiques et risque de restreindre le concept même de partenariat. Le choix ou non d'une phase de dialogue dans l'attribution des contrats devra varier selon leur objet ;
- **Instaurer un dialogue permanent entre les deux parties contractantes tout au long de la relation contractuelle ; une collaboration étroite se mettant ainsi en place avec pour bénéficiaire principal l'utilisateur du service ;**
- **Faire figurer dans un rapport technique et financier certains éléments propres à permettre un suivi satisfaisant des opérations de PPP et, également, à favoriser la mission de contrôle.** Il s'agit d'indicateurs permettant d'évaluer la qualité du service et le choix des tarifications, de démontrer la continuité du service (justification des pannes



éventuelles ou des interruptions), et d'attester des modalités d'adaptabilité et de mutabilité du service ;

- ***Conférer à l'autorité publique à l'origine du contrat de PPP un rôle d'interface*** l'amenant à recueillir les attentes de la population en matière d'information, d'une part, et à transmettre les éléments fournis par le délégataire quant aux modalités de prestation du service, les explications concernant la qualité, les tarifs..., d'autre part.

En conclusion, notre Compagnie considère que les PPP doivent bénéficier à des contractants, entreprises privées ; les entités mixtes n'ayant pas vocation à y prendre part.



- SOMMAIRE -

PARTIE PRÉLIMINAIRE : DÉFINIR LES PRINCIPES DIRECTEURS D'UN ÉVENTUEL NOUVEAU CONTRAT	8
PREMIÈRE PARTIE : PRÉSERVER L'INTÉRÊT PUBLIC	14
I / L'OPTIMISATION DES MISSIONS ET INFRASTRUCTURES PUBLIQUES	15
II / LA SAUVEGARDE DES PRINCIPES D'ÉGAL ACCÈS À LA COMMANDE PUBLIQUE ET DE TRANSPARENCE DES CONTRATS	16
SECONDE PARTIE : FOURNIR DES RÈGLES ADAPTÉES À L'OBJET DES CONTRATS DE PPP	21
I / LA QUESTION DE LA PERTINENCE DE L'APPLICATION DE LA PROCÉDURE DE DIALOGUE COMPÉTITIF	22
II / L'INSTAURATION D'UN SUIVI DES MODALITÉS D'EXÉCUTION	23



Dans un contexte de contractualisation croissante de l'action publique, de nécessité renforcée pour l'administration à être plus accessible et plus performante et face à l'interaction entre les différents ordres juridiques qui existent au sein de l'Union européenne, la Commission de Bruxelles a présenté, le 30 avril dernier, un « Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions »¹.

Ce document se veut l'instigateur d'un débat auprès des différents acteurs économiques concernés, afin d'examiner la pertinence d'une intervention communautaire en matière de réglementation relative aux partenariats public-privé (PPP). Pour ce faire, il expose les règles et principes du droit communautaire des marchés publics et des concessions en matière de sélection du cocontractant et d'exécution du contrat. Il soulève également différentes questions visant à obtenir davantage d'informations sur l'applicabilité de ces règles et principes, pour déterminer si ceux-ci sont suffisamment clairs.

Les PPP correspondent à des contrats globaux permettant aux personnes publiques de confier à des entreprises privées, moyennant rémunération, la conception, la réalisation, le financement, la gestion et la maintenance de certains équipements et infrastructures publics. Ces dernières années, de nombreux États membres ont multiplié les recours à ces contrats. C'est la Grande-Bretagne qui la première a développé cette nouvelle forme de coopération au travers de la PFI (Private Finance Initiative). Créée à l'origine par le gouvernement thatcherien², son but était alors à la fois financier (remédier au retard d'équipement dans un contexte de réduction drastique des dépenses budgétaires) et politique (promouvoir la gestion privée des services publics). Ce programme a perduré au-delà des alternances politiques, lui conférant ainsi continuité et ancrage³. Et cela, d'autant plus, que la PFI a été relayée

¹ Ce Livre vert s'inscrit parmi les priorités établies par la Commission européenne dans sa Stratégie pour le marché intérieur 2003-2006 et constitue une contribution aux actions prévues dans le cadre de l'Initiative pour la Croissance en Europe (adoptée le 7 mai 2003).

http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_fr.htm

² Le programme des PFI a été lancé dans le discours du Chancelier de l'Échiquier, Norman Lamont, le 12 novembre 1992.

³ Alors qu'en Grande-Bretagne, les services publics étaient traditionnellement gérés en régie directe par les collectivités publiques, la PFI a permis de confier la construction et la gestion d'infrastructures publiques au secteur privé, moyennant un tarif payé par l'utilisateur ou, le plus



dans plusieurs États européens : l'Espagne, le Portugal, l'Italie et les Pays-Bas, principalement, recourent désormais à ce système de contrats, en particulier dans les secteurs de l'enseignement et hospitalier. C'est la volonté des autorités étatiques d'obtenir des investissements sûrs au travers de meilleurs achats qui a, avant tout, contribué au développement des PPP.

Il convient, par ailleurs, de noter que ces conventions se développent en dehors de toute référence au service public (notion française plus restrictive que celles d'activité ou de partenariat visées dans les PFI⁴). Aussi, et bien qu'à l'origine de la conception moderne des délégations de service public dans lesquelles les PPP prennent source, notre pays a-t-il longtemps paru en retrait. La Chambre de commerce et d'industrie de Paris avait ici à plusieurs reprises alerté les pouvoirs publics nationaux sur les risques pour la compétitivité de nos entreprises⁵. Elle salue donc l'adoption par le gouvernement français de l'ordonnance « sur les contrats de partenariats »⁶.

Dans la continuité de ses différents travaux, notre Compagnie souhaite aujourd'hui contribuer au débat communautaire. A cette fin, elle propose différentes recommandations tendant à définir les principes directeurs d'un éventuel nouveau contrat, préserver l'intérêt public et fournir des règles adaptées à l'objet des PPP⁷.

souvent, un prix versé régulièrement par l'administration ; la dimension financière du projet étant ici prééminente.

⁴ La communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire (JOCE n°C121 du 29 avril 2000) ne mentionne d'ailleurs que le terme d'« activité », celui de « service public » n'y figurant pas.

⁵ Voir, notamment, les rapports de Gilbert Diépois, « Délégations de service public - Pour un renouveau » du 19 septembre 2002 (www.etudes.ccip.fr/archrap/rap02/die0209.htm) et de Andrée Hallauer, « Les entreprises face à la modernisation de la commande publique » du 5 juin 2003 (www.etudes.ccip.fr/archrap/rap03/hal0306.htm).

⁶ Prise sur le fondement de la loi d'habilitation datant de près d'un an auparavant, elle est le fruit d'une vaste consultation et de quelques arbitrages. Ordonnance n°2004-566 du 17 juin 2004 (JORF du 19 juin 2004).

⁷ Le présent rapport ne constitue pas une réponse exhaustive à l'ensemble des questions soulevées par la Commission européenne, certaines de celle-ci n'ayant pas vocation à être traitées par notre Compagnie.



**PARTIE PRELIMINAIRE : DEFINIR LES PRINCIPES DIRECTEURS
D'UN EVENTUEL NOUVEAU CONTRAT**



La création en France du « contrat de partenariat » était fort attendue, car ce nouvel engagement contractuel entre les personnes publiques et le secteur privé devrait permettre de réaliser des travaux d'infrastructures et d'équipements jusque là « au point mort », notamment faute de financements publics suffisants ou en raison de la complexité des projets.

En pratique, il s'agit d'une opportunité pour relancer l'aménagement de nos territoires en grandes infrastructures et équipements d'intérêt général qui viendront encourager et soutenir le développement économique et territorial, tout en apportant des services de qualité aux usagers-clients.

En effet, ces chantiers de longue durée devraient être synonyme de gains sur plusieurs plans : le professionnalisme et l'expérience des entreprises retenues devraient assurer une meilleure programmation des opérations, une analyse complète de la répartition des risques de construction et d'exploitation, et une exécution plus rapide des travaux. Les conditions d'un fonctionnement optimal des équipements et infrastructures créés devraient également être garanties.

Le recours aux PPP n'est cependant pas pertinent pour tous types de projets. L'appel au secteur privé est justifié prioritairement dans le cadre de services publics capitalistiques, complexes, tarifables et locaux. Mais le recours à des contrats de partenariat est également envisageable afin d'obtenir des gains de productivité par une gestion innovante d'un service, ou bien encore lorsqu'une technologie de pointe est requise. Ils sont également adaptés à des biens ou des services publics pour lesquels la rémunération de l'exploitant ne peut venir directement de l'utilisateur, par exemple, dans le cas d'une infrastructure routière où une barrière de péage serait impossible (« péage virtuel ») ou pour un service d'éclairage public.

C'est ainsi que de nombreux projets sont déjà à l'étude en France dans divers domaines, comme la construction ou l'extension d'hôpitaux, de prisons, de commissariats de police, d'incinérateurs de déchets, de musées (Musée de l'air et de l'espace du Bourget, futur centre d'exposition du Grand Palais à Paris). Dans le domaine des transports, plusieurs opérations sont étudiées, tels le TGV Angoulême -



Bordeaux, le tramway Lyon - aéroport Saint Exupéry et, en Ile-de-France, la liaison Paris – aéroport Roissy CDG (projet CDG Express), ainsi que le doublement du tronçon commun des autoroutes A4 et A86 à l'Est de Paris.

Sur le plan juridique, aux termes de l'article 1^{er} de l'ordonnance française, « *les contrats de partenariats sont des contrats administratifs par lesquels l'État ou un établissement public de l'État confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.* ».

Il n'existe pas, en revanche, ainsi que le souligne la Commission européenne dans son Livre vert, de définition communautaire des PPP. Néanmoins, ils présentent d'un État à l'autre des caractéristiques communes :

- une durée relativement longue de la relation entre les contractants ;
- un mode de financement assuré pour partie par le secteur privé ;
- un rôle important de l'opérateur économique qui participe à différents stades du projet (conception, réalisation, mise en œuvre, financement) ;
- une répartition des risques entre le partenaire public et celui privé, sur lequel sont transférés des aléas habituellement supportés par le secteur public. Les PPP n'impliquent cependant pas nécessairement que le partenaire privé assume tous les risques.

Autre constat préalable de la Commission, celui de la création par certains États membres d'outils de coordination et de promotion. Il s'agit là d'échanges de bonnes pratiques qu'il est, selon notre Compagnie, fortement souhaitable de généraliser. Car, si le renouveau des réflexions sur le partenariat public-privé émane des États anglo-saxons et s'est ensuite diffusé aux pays méditerranéens, il est nécessaire



d'associer, en une démarche commune, les savoir-faire originels de notre pays⁸ et ceux, plus récents, de nos voisins. Les PPP représentent un instrument qui a vocation à être partagé.

Si une définition européenne des PPP devait être formulée, elle devrait bénéficier de l'apport des enseignements théoriques et des bonnes pratiques des deux grands ensembles juridiques (latin et common law) qui existent au sein de l'Union.

Des différents travaux de la CCIP⁹ sur les éléments indispensables à une telle définition, il ressort, en premier lieu, la nécessité de l'emploi d'un vocabulaire fonctionnel permettant la désignation des PPP via des terminologies opérationnelles et non purement théoriques : construction, exploitation, maintenance...

En deuxième lieu, le long terme doit fondamentalement caractériser ces nouveaux contrats, cela compte tenu des investissements induits et des amortissements afférents. En outre, l'investissement devra être pour une grande partie assuré par le secteur privé.

En troisième lieu, il conviendra de préciser les acheteurs susceptibles de passer des PPP, à savoir l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Une liste exhaustive des entités adjudicatrices est, par conséquent, nécessaire.

En quatrième lieu, il est fondamental que les candidats soient choisis dans des conditions d'objectivité et de mise en concurrence effective. Cela signifie que les PPP doivent être soumis aux principes de transparence et d'égalité devant la commande publique.

⁸ Sur l'évolution de ces contrats et les origines modernes de la délégation de service public, cf. Xavier Bezançon, « 2000 ans d'histoire du partenariat public-privé pour la réalisation des équipements et services collectifs », Presses de l'École nationale des Ponts et Chaussées, 2004.

⁹ Cf. les rapports de Gilbert Diépois et Andrée Hallauer, précités.



Enfin, la notion de transfert de risque - même s'il n'est pas entièrement assumé par le partenaire privé - est, pour notre Compagnie, un élément indispensable de définition, car il est inhérent à l'ensemble des activités économiques¹⁰

Dès lors, une définition multicritère des PPP devra comprendre les principes directeurs suivants :

- **utiliser un vocabulaire fonctionnel pour désigner les missions confiées au cocontractant (construction, exploitation, maintenance) ;**
- **être caractérisée par le long terme (celui-ci variant en fonction des contraintes liées à l'investissement) ;**
- **mentionner précisément les acheteurs publics autorisés à conclure de tels contrats, c'est-à-dire l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ;**
- **souligner les principes que ces contrats devront respecter (transparence, égal accès des candidats...);**
- **préciser que le partenaire privé assume tout ou partie des risques de l'opération envisagée.**

*Il s'agit là de principes directeurs indispensables et devant être partagés par l'ensemble des États du marché unique. Toutefois, relativement à l'opportunité d'une telle définition et sur son récipiendaire, **la Chambre de commerce et d'industrie de Paris se prononce en faveur de la rédaction par la Commission européenne d'une simple communication interprétative, pour permettre un meilleur développement des PPP. Un outil rigide comme la directive pourrait nuire à ce développement.***

¹⁰ Rappelons que la délégation de service public, quant à elle, trouve sa justification première dans le transfert de risque de la personne publique vers le délégataire. Cf., notamment, l'arrêt « Teleaustria » dans lequel la Cour de Justice des Communautés Européennes estime que les concessions comportent pour le concessionnaire lui-même, l'obligation de supporter le risque économique principal, ou du moins substantiel, associé à la prestation du service concerné (CJCE, 7 décembre 2000).





PREMIERE PARTIE : PRESERVER L'INTERET PUBLIC



Qu'il s'agisse du débat suscité lors de la création de la PFI en Grande-Bretagne ou de celui qui a prévalu à l'adoption de l'ordonnance française, les partisans et adversaires de cette forme de contrats ont permis, par les discussions ainsi engendrées, d'en relever les principaux avantages et inconvénients.

Notre Compagnie a, quant à elle, eu l'occasion de souligner que les PPP sont susceptibles de conférer une véritable souplesse dans la gestion et le financement, de garantir une plus grande rapidité de réponse aux attentes de la population et des entreprises, de permettre d'associer le secteur privé avec son expertise et ses savoir-faire... En parallèle, elle dénonçait les obstacles (juridiques, financiers...) existants et susceptibles d'en freiner l'essor : rigidité de certains cadres juridiques, absence de véritable protection du secteur public...

1 / L'OPTIMISATION DES MISSIONS ET INFRASTRUCTURES PUBLIQUES

Le PPP comporte, avant tout, une dimension culturelle. En effet, leur esprit correspond à une externalisation des missions par l'appropriation des méthodes privées au bénéfice des clients et citoyens.

Dès lors, l'une des finalités premières réside-t-elle dans la nécessité de bonne gestion des deniers publics. Or, le recours au financement privé permet une diminution notable du coût des projets envisagés, puisqu'ils ne sont plus directement assumés par la personne publique. Cela peut, en outre, constituer une réponse au risque d'impécuniosité de certaines collectivités.

De plus, la souplesse pour les personnes publiques est renforcée par la possibilité de paiement différé qu'ils comportent. Les ressources publiques ne sont ainsi engagées que de façon étalée et évitent un endettement trop important¹¹. Au delà, c'est la gestion elle-même des équipements et infrastructures qui serait performée grâce, en particulier, à la vision d'ensemble des projets et aux principes la

¹¹ Rappelons que le Code français des marchés publics prohibe les paiements différés. Il était donc impossible, avant l'adoption de l'ordonnance sur les PPP, de procéder à certains types d'achats, en particulier les besoins en services publics non marchands (c'est-à-dire ceux pour lesquels il n'y



gouvernant (émanant des entreprises). La recherche de rentabilité et de rationalité serait ainsi alliée à une souplesse accrue due à l'émancipation des cadres de la comptabilité publique.

D'un point de vue technique, les PPP sont censés apporter aux équipements et infrastructures publics les connaissances et outils de la sphère privée. Les solutions performantes et innovations technologiques de cette dernière profiteraient à l'ensemble des utilisateurs et renforceraient la qualité des services proposés.

Enfin, les délais seraient considérablement réduits : le caractère global des contrats entraînant des économies d'échelle temporelle en matière de construction.

II / LA SAUVEGARDE DES PRINCIPES D'EGAL ACCES A LA COMMANDE PUBLIQUE ET DE TRANSPARENCE DES CONTRATS

S'il est incontestable que l'ordonnance française sur les PPP a permis de remédier au vide juridique qui existait dans notre pays en la matière, cette nouvelle forme de contrat n'est pas sans susciter différentes inquiétudes et interrogations.

La problématique est, en premier lieu, financière. Certes, les PPP engendrent a priori une diminution du coût des infrastructures, préservant ainsi les deniers publics. Toutefois, il existe un coût indirect pour les administrés et les contribuables. Alors que les personnes publiques empruntent au taux d'intérêt le plus bas du marché, les entreprises privées sont soumises à des taux plus élevés. Ce différentiel sera répercuté par les cocontractants sur les loyers payés par les administrations, surcoût auquel il convient d'ajouter la marge qu'établiront naturellement les entreprises.

Or, ce supplément financier ne pourra pas véritablement être porté à connaissance du citoyen. En effet, lorsqu'une administration finance elle-même ses travaux, elle inscrit à son budget les sommes nécessaires et acquitte les factures et avances qui y sont afférentes. C'est le principe de transparence qui serait ici remis en cause. De

a pas de paiement par l'utilisateur). C'est, notamment, ce vide juridique que les PPP permettent de palier.



plus, dès lors que le partenaire public s'engage pour plusieurs années à verser un loyer à son cocontractant, il grève d'autant ses ressources. Il s'agit donc d'un endettement indirect affecté au remboursement futur de l'entrepreneur.

C'est pour palier d'éventuelles dérives que l'Office statistique européen, Eurostat, a établi des recommandations relativement au traitement comptable dans les comptes nationaux des contrats ainsi souscrits par les autorités publiques en précisant l'impact sur le déficit / excédent public et la dette publique.

Eurostat conseille 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, si deux conditions cumulatives sont réunies :

- le partenaire privé supporte le risque de construction ;
- il supporte aussi au moins l'un des deux risques suivants : celui de disponibilité¹² ou celui lié à la demande¹³.

En outre, si le risque de construction¹⁴ est assumé par l'État, ou si le partenaire privé endosse seulement le risque de construction et aucun autre risque, les actifs sont classés comme actifs publics.

Aussi, convient-il de tenir compte des recommandations d'Eurostat soulignant que les PPP devraient répondre à des règles très précises pour ne pas être intégrés dans le calcul de la dette publique. En tout état de cause, la personne publique doit faire preuve d'une transparence financière sur la part des fonds qu'elle engage dans l'opération de PPP.

Toujours en matière financière, on peut se poser la question de la faillite de l'entrepreneur. Ce dernier ne risque-t-il pas de demander la vente de l'hôpital, de

¹² Le risque de disponibilité correspond, notamment, au cas où le partenaire privé ne peut livrer le volume contractuellement convenu ou répondre, comme spécifié dans le contrat, aux normes de sécurité ou de certification publiques liées à la prestation de services aux utilisateurs finals.

¹³ Ce risque couvre la variabilité de la demande (plus élevée ou plus faible qu'escomptée lors de la signature du contrat) lorsque celle-ci n'est pas imputable à la gestion du partenaire privé.

¹⁴ Le risque de construction implique, en particulier, la livraison tardive, le non-respect de normes spécifiées, les surcoûts, la déficience technique...



l'école... qu'il aura construit ? Les banques elles-mêmes ne solliciteront-elles pas une telle démarche ?

Face à ce risque pour la continuité des services publics, notre Compagnie souhaite que les ouvrages et infrastructures construits ne soient pas considérés comme des biens privés.

Autre grand principe susceptible d'être écarté par les PPP, celui d'égal accès des entreprises à la commande publique. La mise en concurrence serait illusoire dès lors que seules les grandes entreprises (ayant à la fois la capacité financière et la crédibilité auprès des banques) semblent aptes à assurer le financement et la réalisation d'importants projets. Aussi, certaines PME, notamment du BTP, redoutent-elles d'être exclues de ces contrats ou soumises aux firmes plus importantes en qualité de sous-traitant¹⁵.

Or, toutes les structures doivent avoir leur place dans les PPP. Si les opérations de moyenne importance seront plus naturellement ouvertes aux PME, celles d'une plus forte envergure peuvent privilégier les grandes entreprises.

Dans ce contexte, notre Compagnie recommande de s'inspirer de l'article 8 de l'ordonnance française qui pose, parmi les critères d'attribution, « la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des PME et à des artisans ».

En matière de marchés publics, le principe d'égal accès est un des éléments fondamental. Le Code français¹⁶ impose la hiérarchisation et le porter à connaissance, dès la publicité, des critères de choix. Ces derniers se rapportent, notamment, à la valeur technique, la rentabilité, le service après-vente, le prix des prestations... Tous ces éléments doivent concourir au choix de l'offre qualifiée d'« économiquement la plus avantageuse ». La volonté des auteurs de ce texte était

¹⁵ Les concepteurs et architectes ont, eux aussi, fortement alerté les pouvoirs publics quant à leur place et leur rôle dans les PPP, craignant d'être écartés de la commande publique au profit des bureaux d'étude intégrés.

¹⁶ Article 53 du Code des marchés publics français.



de faire évoluer l'achat public dans le sens d'une meilleure efficacité des services et dans celui du choix des prestations les plus en adéquation avec leurs besoins. Le prix a d'ailleurs été placé en dernier dans la liste des critères de sélection des entreprises, afin de souligner que des éléments non exclusivement économiques devaient être pris en compte.

Une telle démarche pourrait utilement être transposée dans le cadre des PPP, avec l'énonciation de critères de sélection permettant de déterminer la ou les entreprises susceptibles d'offrir les prestations les plus satisfaisantes aux citoyens. En parallèle, cela optimiserait les réponses des personnes privées qui soumettraient des offres parfaitement en adéquation avec les besoins du public.

Il serait souhaitable d'inciter les personnes publiques à choisir leur cocontractant en fonction de critères précis et fixés préalablement.

Outre le renforcement de la transparence de la commande publique et la sécurité juridique des acteurs concernés, cela serait également source d'information pour les usagers-clients (avec le relais des associations professionnelles, par exemple) et de possibilité pour les entreprises de défendre au mieux leurs intérêts en présentant des offres parfaitement adaptées aux attentes des personnes publiques.

Enfin, il convient de rappeler que le PPP ouvre une « troisième voie » dans la commande publique, à côté des concessions et des marchés publics. Le choix de la personne publique pour ce type de contrat doit être encadré. Selon le droit français, avant de conclure un PPP, une évaluation préalable (économique, financière, d'intérêt) du projet est obligatoire¹⁷. Elle permet de décider de la solution la plus à même de répondre aux besoins des administrations. Ces contrats ne peuvent alors être passés que lorsqu'il a été démontré que la personne publique n'est pas en mesure objectivement de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant

¹⁷ Sollicité le Conseil Constitutionnel français avait déclaré, dans un avis du 26 juin 2003, que les PPP devaient être considérés comme une « dérogation » au droit commun de la commande publique et ne pouvaient s'appliquer qu'à « des situations répondant à des motifs d'intérêt général, tels que l'urgence ».



répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier et juridique du projet, ou que celui-ci a un caractère d'urgence.

Non seulement, une évaluation approfondie des opportunités de chaque modalité de contrat d'achat public est nécessaire, mais encore devra-t-elle être réalisée en toute transparence.

Cela signifie, par exemple, que dans le cadre d'une commune, le conseil municipal en soit informé.



**SECONDE PARTIE : FOURNIR DES REGLES ADAPTEES
A L'OBJET DES CONTRATS DE PPP**



I/ LA QUESTION DE LA PERTINENCE DE L'APPLICATION DE LA PROCEDURE DE DIALOGUE COMPETITIF

Dans son Livre vert, la Commission européenne soulève la question de la procédure de passation des contrats de PPP et décrit les différentes modalités applicables aux autres achats publics.

C'est ainsi qu'elle rappelle que les marchés publics peuvent être contractés, notamment, à la suite d'un « dialogue compétitif ». Il s'agit d'une procédure 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 projet¹⁸. Le dialogue compétitif permet l'instauration d'échanges avec les candidats, les discussions ayant pour objet de développer des solutions aptes à répondre aux besoins des administrations. Au terme du dialogue, les candidats sont invités à remettre leur offre définitive.

Par ailleurs, la Commission décrit les procédures d'attribution relative, en particulier, aux concessions. Il s'agit de déterminer les modalités de choix les plus à même de correspondre aux PPP. 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 ».

¹⁸ *En droit français, le dialogue compétitif a été introduit par le Code des marchés publics de 2004. Proche de l'ancien appel d'offres sur performance, ses cas d'ouverture diffèrent selon le type de marché :*

- *s'il s'agit d'un marché de fournitures ou de services, le dialogue compétitif est possible quand l'administration n'est pas en mesure soit de définir les moyens permettant de répondre à ses besoins, soit d'établir le montage juridique et financier d'un projet ;*
- *s'il s'agit d'un marché de travaux, ces conditions ne s'appliquent qu'à partir de 5 900 000 € HT annuels.*



La CCIP estime, quant à elle, que la procédure de dialogue compétitif est parfaitement adaptée aux marchés publics, mais elle émet quelques réserves quant à sa généralisation aux PPP.

Certes, les cas d'ouverture des PPP en France ne sont pas sans rappeler ceux du dialogue compétitif des marchés publics. En effet, l'art. 2 de l'ordonnance dispose que les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation préalable :

- *montre ou bien que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ;*
- expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct.

Notre Compagnie estime que le dialogue compétitif comme unique mode de passation des PPP doit être écarté. Outre que cela risquerait d'entraîner une confusion avec les marchés publics, il s'agit d'une procédure qui peut manquer de souplesse, face à certaines situations économiques et qui risque de restreindre le concept même de partenariat. Le choix ou non d'une phase de dialogue dans l'attribution des contrats devra varier selon leur objet.

Par ailleurs, la CCIP rappelle que les PPP devront respecter strictement les principes de transparence et d'égal accès des candidats.

II / L'INSTAURATION D'UN SUIVI DES MODALITES D'EXECUTION

La Commission européenne souligne que 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, en revanche, pas visée. « 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 ».

Dans ce contexte, il semble important de prévoir différentes modalités permettant d'adapter les contrats aux évolutions économiques. Cela passe avant tout par le dialogue entre les partenaires, l'entreprise privée bénéficiant naturellement d'une certaine autonomie lui octroyant liberté d'appréciation et souplesse dans les modalités de gestion¹⁹.

Il est indispensable d'instaurer un dialogue permanent entre les deux parties contractantes ; une collaboration étroite se mettrait ainsi en place avec pour bénéficiaire principal l'utilisateur du service.

Par ailleurs, si l'on se rapporte aux délégations de service public telles qu'elles existent en France, les délégataires sont légalement tenus²⁰ de produire, chaque année, un rapport financier et technique retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation et une analyse de la qualité du service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier ces conditions d'exécution.

Ce rapport pourrait utilement inspirer les PPP, à condition que certaines mentions obligatoires d'aide au contrôle y figurent.

Pour permettre un suivi satisfaisant des opérations de PPP et, également, favoriser la mission de contrôle, certains éléments devraient figurer dans le rapport technique et financier ; il s'agirait notamment :

- ***d'indicateurs permettant d'évaluer la qualité du service et le choix des tarifications ;***

¹⁹ Il est d'ailleurs à noter que le dialogue est un des aspects à l'origine du succès des contrats de PFI.

²⁰ Art. 40-1 de la « loi Sapin » (loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques).



- ***d'indicateurs démontrant la continuité du service (justification des pannes éventuelles ou des interruptions) ;***
- ***d'indicateurs attestant des modalités d'adaptabilité et de mutabilité du service.***

Enfin, le choix du cocontractant et les actions de celui-ci doivent pouvoir être présentés au public, usagers-clients. Ce dernier est, en effet, le destinataire premier des prestations offertes dans le cadre des PPP. Il est, à ce titre, habilité à bénéficier d'un droit de regard sur les modalités de réalisation du contrat. En outre, les remarques (celles positives aussi bien que celles négatives) peuvent conférer réactivité et adaptation au service. Dès lors, l'information se doit d'être la plus complète et la plus transparente possible.

L'autorité publique à l'origine du contrat de PPP devrait avoir un rôle d'interface consistant à :

- ***recueillir les attentes de la population en matière d'information, d'une part ;***
- ***transmettre les éléments fournis par son contractant quant aux modalités de prestation du service, les explications concernant la qualité, les tarifs..., d'autre part.***

Par ailleurs, cette autorité devrait également être le relais entre les éventuelles réflexions et remarques des usagers-clients, d'un côté, et les réponses qui y sont apportées par l'entreprise privée, de l'autre.

**

** **

En conclusion, notre Compagnie considère que le PPP doit bénéficier à des contractants, entreprises privées ; les entités mixtes n'ayant pas vocation à y prendre part.

