



PREMIER MINISTRE
SECRETARIAT D'ÉTAT CHARGÉ DE LA PROSPECTIVE,
DE L'ÉVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES
ET DU DÉVELOPPEMENT DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE

ÉRIC BESSON

27 MAI 2008

MIEUX ACHETER POUR UN MEILLEUR SERVICE DU PUBLIC :

Des marchés publics complexes aux partenariats public-privé

Monsieur le Premier ministre,

Vous avez bien voulu me confier, par courrier en date du 16 octobre 2007, une mission portant sur les modalités d'organisation de l'achat public, en suivant une démarche comparative et dans le contexte de "la révision des conditions juridiques qui freinent aujourd'hui le développement des partenariats public-privé (PPP)". Il s'agissait d'identifier les "points de blocage de notre système et les pistes d'évolution possibles afin d'offrir aux acheteurs publics un ensemble cohérent de dispositifs facilitant la commande publique dans les meilleures conditions de sécurité juridique et d'efficacité financière".

En se concentrant sur les dispositifs permettant à la puissance publique d'acquérir les infrastructures nécessaires au service public, à travers ce que l'on pourrait appeler la commande publique complexe et de long terme – par opposition aux achats courants – cette mission s'inscrit dans le contexte de la réforme en cours de l'un des instruments juridiques de la commande publique : le contrat de partenariat. Récemment créé (par l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004), le contrat de partenariat est pourtant issu d'une longue tradition d'instruments juridiques qui ont permis l'équipement de la France grâce à des opérations de partenariat public privé nombreuses et variées. Nos voisins européens connaissent également des dispositifs similaires et le succès de ce type de montage s'explique par ses qualités intrinsèques.

Cependant, le contrat de partenariat n'a pas encore connu le succès attendu dans un contexte juridique complexe. Aussi le projet de loi adopté par le Conseil des ministres du 13 février 2008 devrait-il permettre de simplifier le recours à cet instrument juridique.

En relevant les leçons de l'expérience récente chez certains de nos partenaires de l'Union Européenne mais aussi en France, le présent rapport montre combien la problématique de la commande publique n'est pas seulement une question de cadre juridique et de procédure de sélection mais est également un art d'exécution. La réforme en cours offre donc une excellente occasion d'améliorer l'accompagnement des acheteurs publics dans des opérations dont les effets, en termes d'efficacité, résultent de leur diversité et de leur sophistication même. Il s'agit notamment de corriger un double déséquilibre entre collectivités publiques (surtout au niveau local) et opérateurs, dont les deux parties se plaignent régulièrement. Tous les acteurs constatent en effet un premier déséquilibre dans le niveau d'expertise, au cours de la phase de préparation et de négociation du contrat. L'exécution du contrat est souvent caractérisée par une seconde asymétrie d'information entre les parties. Davantage que la nature de la procédure de sélection suivie, ces deux aspects sont décisifs en pratique. Ils influent sur la possibilité pour la collectivité publique d'avoir le meilleur rapport qualité-prix, et pour l'opérateur, d'avoir une relation pérenne avec son partenaire public.

Ce rapport propose donc des pistes alternatives pour accompagner les collectivités dans la préparation du contrat et la sélection de l'opérateur.

- L'évaluation préalable, qui est aujourd'hui prévue pour le recours à un seul instrument - le contrat de partenariat- pourrait être appliquée aux opérations d'acquisition d'infrastructures, quel que soit le type de contrat (délégation de service public ou marchés publics complexes). L'acheteur doit d'abord évaluer le rapport coût bénéfice de l'opération et la combinaison la meilleure entre les modes de réalisation et les types de contrat, avant de sélectionner le bon fournisseur.*
- L'aide à la préparation de ce type de contrat doit être améliorée selon des modalités que l'Etat doit établir en commun avec les collectivités territoriales : extension de certaines clauses prévues pour le contrat de partenariat aux autres contrats ; élaboration de modèles optionnels de contrats et renforcement des instances d'aide à la préparation de ces opérations*

Pour la phase d'exploitation du contrat – qui s'étend parfois sur plusieurs décennies - ce rapport propose de restructurer les dispositifs d'information et de comparaison qui traitent aujourd'hui de la commande publique complexe. Ils doivent être plus lisibles et davantage opérationnels afin d'apporter un véritable conseil indépendant aux parties contractantes. Ceci est d'autant plus important que le contrat de partenariat est appelé à se développer.

L'ensemble de ces mesures d'accompagnement devrait améliorer l'efficacité du service public que sont en droit d'attendre tous les usagers.

Je vous prie de recevoir, Monsieur le Premier ministre, l'expression de ma très haute considération.

Éric Besson

Résumé

La réforme en cours *du droit* des contrats de partenariat doit s'accompagner d'actions pour optimiser *la pratique* des méthodes d'achat d'infrastructures publiques, ou ce que l'on pourrait appeler la commande publique complexe et de long terme (par opposition aux achats courants). Celle-ci recouvre différents instruments juridiques : les marchés publics complexes et de long terme et les partenariats public/privé – PPP – au sens large (délégations de service public et contrats de partenariat ou assimilés).

En premier lieu, il s'agit de tirer les leçons des utilisations existantes des PPP sous forme contractuelle. En effet, la plupart de nos partenaires de l'Union européenne en ont déjà une longue pratique, en particulier en Grande-Bretagne mais aussi en Italie. Certains pays – comme l'Allemagne – commencent à s'ouvrir à cette pratique tandis que l'Espagne s'est largement inspirée du droit français, notamment en utilisant un schéma très proche du contrat de partenariat.

En France, nous avons une longue expérience des montages de PPP à paiement privé avec les concessions et autres délégations de service public, et déjà quelques expériences en matière de PPP à paiement public, avec le contrat de partenariat et les contrats assimilés. En effet, par rapport à la maîtrise d'ouvrage classique, utilisant des marchés publics, les collectivités publiques ont toujours ressenti le besoin d'utiliser des montages qui font intervenir un partenaire privé pour prendre en charge les différentes étapes d'une opération complexe pour la création d'infrastructures publiques.

Ainsi, toutes ces expériences mettent en évidence les avantages des montages de PPP contractuels :

- ▶ optimisation tout au long du contrat ;
- ▶ rapidité d'exécution et respect des délais et des coûts ;
- ▶ recours plus facile au savoir-faire du secteur privé.

En sens inverse, la comparaison internationale montre :

- ▶ que le cadre juridique est toujours complexe,
- ▶ que les capacités de supervision sont déterminantes dans l'efficacité de ces formules.

Quelques recommandations pour optimiser l'ensemble de la commande publique complexe peuvent alors être formulées. Elles portent sur le cadre juridique, mais plus encore sur la pratique de l'acquisition des infrastructures, et notamment sur l'accompagnement des collectivités publiques dans la préparation et dans la supervision de ces opérations.

En ce qui concerne le cadre juridique, on notera les améliorations apportées par le projet de réforme du contrat de partenariat, qui permet d'assouplir les conditions de recours au contrat de partenariat tout en restant dans les limites fixées par le Conseil constitutionnel. En sens inverse, une réforme qui consisterait à supprimer le code des marchés publics pour ne conserver que les directives européennes, ne donnerait ses effets qu'à terme et lorsque des instruments d'aide aux collectivités publiques – notamment locales – auront été mis en place pour les soutenir dans la préparation de ces contrats et la supervision de leur exécution.

Dans la pratique, il faut en effet diminuer l'asymétrie entre les deux catégories d'acteurs de la commande publique complexe : acheteurs et fournisseurs, car la commande publique est un art d'exécution. Ainsi, les effets bénéfiques de la concurrence résultent autant, voire davantage, de l'environnement institutionnel et des pratiques que des procédures de sélection.

Au stade de la préparation des contrats,

► il paraît nécessaire de mutualiser les bonnes pratiques juridiques pour dépasser le cloisonnement actuel des différents instruments de la commande publique :

1 - En étendant et en rendant obligatoires, aux délégations de service public et à tous les contrats assimilés aux contrats de partenariat, certaines des dispositions déjà imposées pour les contrats de partenariat et qui sont considérées comme de bonnes pratiques :

- sur le recours à l'arbitrage ;
- sur les conditions de transfert des contrats ;
- sur le partage des gains d'efficience ;
- sur la durée, qui aujourd'hui ne concerne que certains secteurs placés en gestion déléguée ;
- sur les possibilités de titrisation des créances nées en matière de délégation de service public, afin de dégager pour les opérateurs de délégation de service public les mêmes avantages que ceux ouverts par le dispositif de cession Daily prévu pour le contrat de partenariat ;

2 - En allant vers la création de modèles optionnels de contrat, permettant une certaine standardisation des contrats.

3 - En revanche, il reste encore un travail important avant de pouvoir supprimer, comme le souhaitent certains, le Code des marchés publics et de ne fonder la commande publique que sur les obligations résultant du droit communautaire.

► **L'évaluation préalable**, qui est aujourd'hui une condition du recours au contrat de partenariat, pourrait être appliquée à toutes les opérations d'acquisition d'infrastructure, quelque soit le type de contrat (délégation de service public, contrats assimilés au contrat de partenariat et marchés publics complexes nécessaires à la réalisation en régie des équipements publics). Il s'agit d'évaluer le rapport coût-bénéfice de ces opérations et la meilleure combinaison entre les modalités de réalisation et le type de contrat.

► **Les organismes actuels** d'aide à la préparation doivent être renforcés et étendus à tous les types de contrats. On peut penser indifféremment à l'extension du champ de la Mission d'appui aux PPP, mais aussi à ce qui pourrait être des Pôles de conseil dans le cadre du contrôle de légalité, voire un Fonds d'aide au conseil aux collectivités locales qui pourrait être financé par une fraction du montant des projets. Cette question doit être tranchée avec les collectivités locales, qui sont les premières concernées.

Au stade de l'exécution des contrats, il faut restructurer les dispositifs d'information et de comparaison qui traitent aujourd'hui de la commande publique complexe. La bonne formule est à trouver avec les collectivités locales : mise en place d'un observatoire spécifique centralisé ou mise à disposition des collectivités locales de moyens mutualisés.

Enfin, le présent rapport traite de quelques aspects spécifiques de cette problématique mais qui, en pratique, peuvent avoir des effets économiques importants.

Il appelle ainsi à une reprise du chantier de clarification du traitement en comptabilité privée de ces contrats. Il fait enfin le point sur les discussions avec les autorités communautaires. Après l'intervention de la récente Communication de la Commission *concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés* COM (2007) 6661, il semble que les discussions concernant un projet de directive sur les concessions soient repoussées en 2009, après l'élection d'un nouveau Parlement Européen. ■

Sommaire

Résumé	3
Introduction : simplifier la commande publique et dynamiser les partenariats public privé	9
1 Accompagner la réforme du contrat de partenariat.....	9
2 Analyser la commande publique complexe et de moyen-long terme, dans son ensemble.....	10
2.1 Un indispensable effort préalable de définition.....	10
2.2 Les diverses conceptions du partenariat public privé.....	10
Chapitre 1^{er} : Une diffusion croissante des partenariats public privé chez nos principaux partenaires européens	13
1 Le cas emblématique de la PFI britannique.....	14
1.1 Le PPP est une véritable politique publique en Grande-Bretagne.....	14
1.1.1 Une politique en réalité plutôt dirigiste	14
1.1.2 Une grande liberté contractuelle dans un cadre juridique sécurisé	15
1.1.3 La PFI est entrée dans une phase de consolidation	15
1.1.3.1 Une stabilisation quantitative.....	16
1.1.3.2 Des opérations davantage ciblées, standardisées, de taille intermédiaire et orientées vers les collectivités locales et la santé.....	17
1.2 Les raisons de l'efficacité de la PFI et les leçons à tirer.....	17
1.2.1 Une évaluation constante des résultats.....	17
1.2.2 Un besoin avéré de « régulation souple » par collecte d'information et standardisation des contrats	17
1.2.3 La « fonction achat » est envisagée comme un véritable métier au sein des administrations britanniques.....	18
1.2.4 Un marché du refinancement du PPP mature avec un partage des gains de refinancement	18
1.2.5 Le souci d'une concurrence effective.....	18
2 L'expérience italienne.....	19
2.1 Les modalités d'organisation de l'achat public.....	19
2.2 Les points de blocage qui ont pu exister et les solutions trouvées.....	20
2.3 La place du PPP avec paiement public.....	21
3 En Espagne, une multiplication d'instruments contractuels.....	21
3.1 La proximité du droit espagnol avec le droit français en matière de PPP.....	21
3.2 L'avantage du droit espagnol sur le droit français.....	21
3.3 Sur le fond : la typologie des contrats.....	21
3.4 Les formes du PPP.....	22
3.5 Le contrôle sur les PPP.....	22

4 Allemagne : des "modèles" contractuels et surtout institutionnels.....	23
4.1 Les formes de partenariat contractuel.....	23
<i>Le Betriebsführungsmodell</i>	23
<i>Le Betreibermodell</i>	24
<i>Le Kooperationsmodell</i>	24
<i>Le Konzessionsmodell</i>	24
<i>Où se situent les PPP dans cette typologie</i>	25
4.2 Les partenariats institutionnalisés.....	25

Chapitre 2 : En France, un éventail de contrats pour satisfaire un besoin constant des collectivités publiques27

1 Les origines lointaines du partenariat public-privé en France : le contrat de concession.....	27
2 Les origines proches: le renouveau d'instruments largement éprouvés.....	28
2.1 Un éventail d'instruments juridiques.....	29
2.1.1 Les critères de distinction entre les différents contrats.....	29
2.1.2 La proximité avec la gestion du service public.....	29
2.1.3 Le mode de paiement.....	30
2.1.4 Le degré et la nature du risque.....	31
2.2 Les enjeux considérables de la distinction entre les différents contrats publics.....	33
2.2.1 Un enjeu politique : notre relation avec les institutions européennes.....	33
2.2.1.1 <i>L'action communautaire inclut les partenariats publics privés dits "institutionnels" (PPPI)</i>	34
2.2.1.2 <i>Principe d'une législation sur les concessions</i>	35
2.2.1.3 <i>L'évolution possible des normes européennes de comptabilité nationale</i>	36
2.2.2 Des enjeux juridiques majeurs en droit interne : la relation avec les Juges.....	37
2.3 Le contrat de partenariat, outil le plus abouti de la commande publique complexe avec paiement public.....	39
2.3.1 Le contrat de partenariat, un contrat global à paiement public.....	39
2.3.2 Les différents contrats assimilés au contrat de partenariat.....	40
2.4 Conclusions sur l'éventail des contrats utilisables en droit français.....	40
3 Des premières réalisations en France.....	42
3.1 Les délégations de service public représentent un enjeu macroéconomique.....	42
3.2 Un développement des opérations en contrats de partenariat et assimilés.....	43
4 Quelques leçons tirées des expériences françaises et étrangères de partenariat public privé.....	46
4.1 Le principal atout du partenariat public privé : l'optimisation tout au long du contrat.....	46
4.2 Le respect des délais et des coûts de construction.....	46
4.3 Le recours au savoir faire et aux innovations du secteur privé.....	47
4.4 Un cadre juridique toujours complexe.....	48
4.5 L'importance de la fonction d'assistance au cocontractant public.....	48

Chapitre 3 : Quelques recommandations pour optimiser l'ensemble de la commande publique complexe49

1. Les pistes de réforme du cadre juridique.....	49
1.1 La réforme du contrat de partenariat améliore le cadre juridique des PPP.....	49
1.2 Mutualiser les bonnes pratiques juridiques pour dépasser le cloisonnement des différents instruments de la commande publique.....	50
1.2.1 Sur le contenu des contrats: étendre les dispositions des contrats considérées comme de bonnes pratiques.....	50
1.2.2 Vers une standardisation des contrats ?.....	51
1.2.3 Des scénarios séduisants de simplifications drastiques.....	51
2 La commande publique est un art d'exécution : diminuer dans la pratique l'asymétrie entre les acteurs de la commande complexe.....	52
2.1 Les effets bénéfiques de la concurrence résultent autant de l'environnement institutionnel et des pratiques que des procédures de sélection.....	53
2.2 Pendant la préparation des opérations : aider les collectivités publiques.....	53

2.3 Pendant l'exécution des opérations : répondre au procès récurrent sur le manque d'information sur les données économiques de l'exploitation.....	54
Annexe I : Lettre de mission.....	59
Annexe II : Rapporteurs et personnes auditionnées ou ayant participé aux réunions de travail.....	61
Annexe III : Comparaison des procédures actuelles : d'appel d'offres, de dialogue compétitif et de négociation dans le cadre de la Loi Sapin.....	67
Annexe IV : Le développement des montages en PPP dans l'Union européenne.....	71
Annexe V : Textes et documents européens marquant l'évolution récente du débat sur les partenariats public privé.....	73
Annexe VI : Le régime des marchés de services financiers.....	75
Annexe VII : Présentation des contrats assimilés à la délégation de service public ou au contrat de partenariat.....	77
Annexe VIII : Les différents régimes juridiques des divers instruments contractuels pour créer des infrastructures publiques.....	81
Annexe IX : Quelques réalisations effectuées selon des schémas de partenariat public privé.....	88
1 Opérations réalisées par l'Etat et ses établissements publics.....	88
1.1 Billetterie électronique du Château de Versailles.....	88
1.2 Modernisation et rénovation de l'Institut National du Sport et de l'Education Physique (INSEP).....	89
1.3 Conception, construction, financement, exploitation et maintenance du réseau interurbain autoroutier (A10, A11, A28, A71, A81, A85).....	91
2 Opérations réalisées par des collectivités locales et leurs établissements publics.....	92
2.1 Liaison ferroviaire entre la gare Lyon Part-Dieu et l'aéroport Saint-Exupéry.....	92
2.2 Informatisation des collèges du département de l'Eure et Loir.....	93
2.3 "Auvergne haut débit !".....	94
Annexe X : La réforme de l'ordonnance de 2004 : une clarification des conditions de recours au contrat de partenariat public privé.....	96
Annexe XI : Inventaire des contrats de partenariat signés.....	98
Annexe XII : Présentation de quelques organismes chargés de faciliter l'acquisition d'infrastructures publiques.....	100

Introduction : simplifier la commande publique et dynamiser les partenariats public privé

1 Accompagner la réforme du contrat de partenariat

La présente réflexion s'inscrit dans le contexte particulier de la réforme de l'un des instruments de la commande publique : le contrat issu de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Dans sa lettre au Premier ministre en date du 1^{er} octobre 2007, le Président de la République a en effet souligné l'intérêt du partenariat public privé. Celui-ci :

Offre très souvent la possibilité d'accélérer l'investissement et permet d'en partager les risques de manière optimale entre les partenaires. Il permet de mobiliser le financement privé sur la réalisation de grands projets d'utilité nationale. Le développement de cette procédure apparaît donc indissociable de l'effort à entreprendre en France pour le développement durable et l'économie de la connaissance.

Le Président note néanmoins qu'une réforme est nécessaire pour développer l'usage du contrat de partenariat :

"Cependant, les conditions restrictives posées aujourd'hui à l'emploi de cette procédure en freinent le développement alors même que l'expertise accumulée depuis trois ans permettrait d'en démultiplier l'usage. Je vous demande donc de mettre en place un plan de stimulation du partenariat public-privé. Il pourrait

reposer sur un volet législatif qui desserrerait les contraintes et placerait cette procédure parmi les modalités de droit commun de la commande publique, et sur un plan de mobilisation des investisseurs publics, à travers la formation et l'identification d'un programme de chantiers emblématiques."

Le projet du Gouvernement comprend ainsi trois volets :

- 1 - une réforme législative précisant les conditions de recours au contrat de partenariat¹ ;
- 2 - une réflexion sur l'organisation des services et la formation des maîtres d'ouvrage ;
- 3 - et enfin le recensement de projets concrets pour l'État.

Cette étude s'inscrit également dans un contexte plus vaste géographiquement :

- ▶ au niveau européen : toute réflexion sur les modalités de satisfaction des besoins des administrations publiques doit s'inscrire nécessairement dans une dimension européenne. En effet, les achats publics sont considérés comme un élément important de la réalisation du grand marché intérieur. À ce titre, leur cadre juridique est depuis le début des années 1970 encadré par le droit communautaire. Il est donc à la fois important d'appréhender ce cadre juridique et son éventuelle évolution, et naturel d'analyser comparativement la manière dont nos partenaires de l'Union Européenne intègrent ce cadre juridique harmonisé face à des besoins identiques.

¹ Que l'on peut consulter, à la date de la rédaction du présent rapport, sur le site de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat: <http://www.ppp.minefi.gouv.fr/>

- Voir au niveau mondial : la réglementation européenne est elle-même encadrée par l'accord sur les marchés publics (AMP) négocié entre les principaux pays développés dans le cadre de l'OMC.

Aussi la lettre de mission adressée par le Premier Ministre au Secrétaire d'État à la prospective et à l'évaluation des politiques publiques met-elle particulièrement l'accent sur cet aspect comparatif.

La mission s'est ainsi organisée en deux temps :

- D'une part, une comparaison avec l'expérience britannique – cas de figure emblématique pour la problématique du PPP – a été remise sous forme d'une note interne au Gouvernement ;
- D'autre part, une réflexion plus approfondie et accompagnée d'une large consultation des parties intéressées (voir en annexe les personnes auditionnées ou ayant participé aux réunions) a été menée en vue de proposer des éléments facilitant la cohérence et l'efficacité entre les différents dispositifs de la commande publique.

2 Analyser la commande publique complexe et de moyen-long terme, dans son ensemble

2.1 Un indispensable effort préalable de définition

Le contrat de partenariat constitue l'un des instruments de la commande publique, c'est-à-dire une des modalités contractuelles par lesquelles l'administration commande une prestation de service, une fourniture ou des travaux à un tiers. Il faut donc replacer le contrat de partenariat dans l'ensemble des instruments utilisables par les collectivités publiques.

Or, l'une des difficultés pour analyser la commande publique réside dans des distinctions de régimes juridiques qui définissent alors différents instruments :

- les marchés publics d'un côté
- et l'ensemble des contrats créant des partenariats public privé.

Définition générique des marchés publics en droit français

Les marchés publics sont des contrats par lesquels l'acheteur public se porte acquéreur des fournitures, services ou travaux nécessaires à l'exercice de ses missions auprès d'un partenaire privé, moyennant le paiement d'un prix déterminé. Les marchés publics sont ainsi des contrats dans lesquels les relations entre les personnes publiques et les opérateurs privés sont identiques à celles d'un client et d'un fournisseur.

Ils sont régis en France par le Code des marchés publics issu du décret du 1^{er} août 2006. Son article 1^{er} définit ainsi les marchés publics :

“Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services”.

Au sein des marchés publics, les marchés utilisés pour la construction des bâtiments publics font en outre l'objet d'un régime particulier en vertu de la loi n° 85-704 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée dite “loi MOP”. Celle-ci prévoit notamment que pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre (la conception et la direction des travaux) doit être distincte de celle d'entrepreneur (pour la réalisation des travaux).

Enfin, la compréhension de cette problématique est encore rendue plus difficile en raison de l'ambiguïté de la notion de partenariat public privé qui n'est pas un concept précis, ni en droit français, ni dans l'absolu.

2.2 Les diverses conceptions du partenariat public privé

Au préalable, il faut donc préciser cette notion qui, bien que largement utilisée, demeure très vague notamment en droit, que ce soit en droit français, en droit communautaire ou en droit comparé.

À cet égard, il faut se méfier de “faux amis” dans la langue anglaise. *Public private partnership* (PPP), ou *Private participation in (public) infrastructure* désigne l'ensemble des modalités d'intervention d'un opérateur privé dans la gestion, voire la fourniture, du service public. Ces termes incluent donc également les privatisations stricto sensu, lorsque le capital d'une entreprise publique gérant un service public (y compris sous la forme d'un établissement public) est majoritairement cédé à un opérateur privé, comme c'est par exemple le cas dans le secteur de l'eau en Grande-Bretagne.

En outre, les juristes français font de nombreuses distinctions, notamment entre des instruments emportant des effets juridiques aussi différents que le contrat et l'autorisation administrative unilatérale. Cette distinction n'est pas nécessairement prise en compte par le droit de Common Law. Même le droit communautaire – voir, par exemple, le Livre vert sur les partenariats public-privé – traite indifféremment des deux instruments et vise autant les schémas contractuels que ce que la doctrine communautaire appelle les partenariats public privé institutionnels (PPPI)². Ceux-ci renvoient en France aux SEML (sociétés d'économie mixte locales), qui sont considérées comme appartenant au secteur public et à "l'économie mixte".

Définition du PPP au sens large

Selon une acception qui donne à l'intervention des capitaux privés dans le fonctionnement des services collectifs un rôle central, le pluriel (les partenariats public privé) désignera dans cette étude *l'ensemble des techniques de création et/ou de gestion des services publics qui reposent sur l'intervention directe de financements privés pour réaliser les investissements nécessaires*, par opposition à la gestion en régie grâce à un financement purement budgétaire éliminant tout risque économique pour l'opérateur.

Au sein de ce mode de gestion, depuis la 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*, dite "loi Sapin" et la jurisprudence qui en a résulté, est apparue une nouvelle catégorie : la **délégation de service public**.

Définition générique de la délégation de service public en droit français

Les délégations de service public sont des contrats par lesquels la personne publique confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

Cependant, du point de vue opérationnel, il n'est pas sûr que ces distinctions successives, essentiellement d'ordre juridique, soient économiquement pertinentes, particulièrement du point de vue de l'acheteur public. En effet, celui-ci est d'abord confronté à un besoin fonctionnel à satisfaire et procède d'abord à une distinction entre :

- ▶ **Achat courant**, pour des consommations immédiates, précisément identifiées et répétitives ;
- ▶ **Achat complexe et de long terme**, pour des équipements ou des infrastructures dont l'amortissement est long.

C'est une fois que l'acheteur public a défini son besoin que, dans une logique opérationnelle, il devrait se poser la question du meilleur instrument juridique et du meilleur montage pour obtenir d'un fournisseur privé la satisfaction de son besoin.

Le champ de la présente mission porte donc sur les différents moyens, en France, d'**acquérir une infrastructure publique, c'est-à-dire de mener un achat complexe et de long terme**, par opposition à un achat courant. Celui-ci fait l'objet de nombreuses réflexions par ailleurs, en particulier après les travaux de la MIFA (Mission interministérielle France Achat) et avec la mission récemment confiée à M. Noël de Saint Pulgent, Inspecteur général des Finances, par lettre de M^{me} Christine Lagarde, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi.

Il faut souligner également que la présente analyse ne se limite à aucun secteur d'activité. Les infrastructures publiques sont souvent assimilées à des ouvrages immobiliers. Avec le développement des technologies de l'information et de la communication (TIC), les infrastructures publiques sont autant immatérielles que matérielles, concernant autant l'industrie du bâtiment et des travaux publics que l'informatique et les réseaux.

En se concentrant sur l'acquisition des infrastructures publiques, par des techniques d'achat public complexe et de long terme, le présent rapport s'intéresse donc :

- ▶ aux marchés publics de long terme et à la maîtrise d'ouvrage publique ;

² Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM (2004) 327 final.

► aux différents contrats globaux qui permettent à un partenaire privé d'être plus ou moins intéressé à la gestion d'un service public, et notamment :

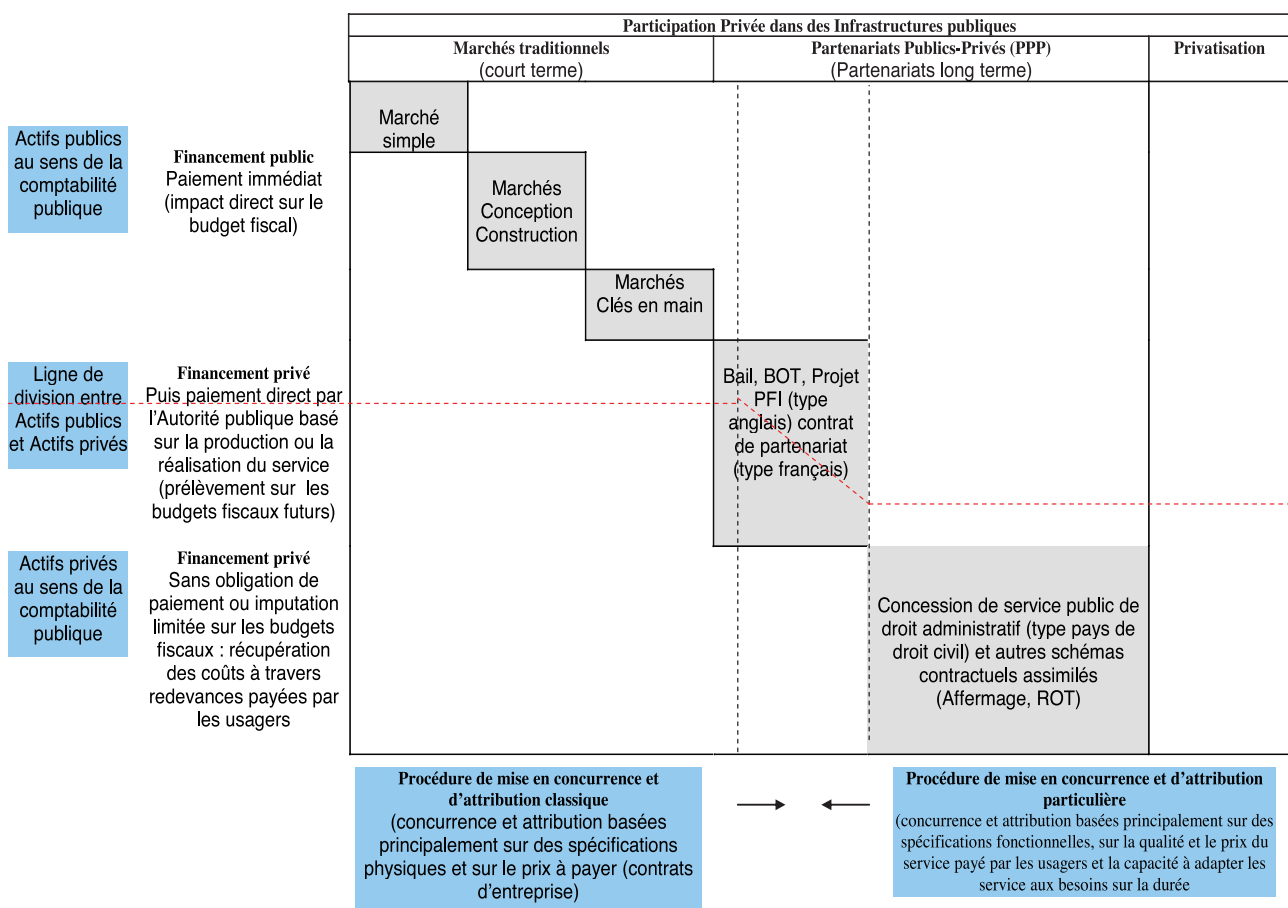
- ceux par lesquels la collectivité publique garantit la rémunération de l'opérateur privé au nombre desquels figure le contrat de partenariat issu de l'ordonnance du 17 juin 2004 ;
- et les contrats de délégation de service public par lesquels l'opérateur privé tire une partie substantielle de sa rémunération de l'exploitation du service public lui-même.

Certes, considérer que tous les instruments juridiques concernés sont totalement substituables serait

artificiel. Cependant, on peut voir une certaine cohérence entre ces différents instruments (voir figure 1 ci-dessous), voire un certain "continuum" : "Finalement, avec les contrats de partenariat, l'objectif en réalité n'est pas tant de se doter d'un nouveau contrat que de permettre - ce qui était jusqu'à présent interdit ou contourné - de donner son plein effet à la liberté contractuelle des personnes publiques ; il faut en quelque sorte redonner son continuum à celle-ci ; et cela en rendant accessible un objet contractuel global"³

C'est cette mise en cohérence qui est l'objectif ultime du présent rapport, afin de dynamiser et de décrire le recours aux PPP. ■

Continuum entre les différents instruments de la commande publique en fonction du degré de participation privée dans les infrastructures de service public



Source : M. Frilet dans : J-F Burguburu (dir), The American and French legal Systems : contrasting approaches to Global Business, Paris, Lamy, 2005.

³ Yves Gaudemet, "Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général", Recueil Dalloz, 2007, n° 44, p. 3084.

Une diffusion croissante des partenariats public privé chez nos principaux partenaires européens

Le recours aux contrats de type concessif n'est pas une nouveauté en Europe. La présence historique des concessions de service public est avérée dans toute l'Europe⁴. Dès le XIV^e siècle, les cité-États italiens octroient des concessions coloniales aux Banques. Au XIX^e siècle et dans toute l'Europe, les chemins de fer, les tramways, l'éclairage public sont presque intégralement concédés en Espagne et en Italie.

Ce ne sont que les lois de municipalisation des services publics (1903 en Italie, 1924 en Espagne) du premier quart du XX^e siècle et les conséquences financières de la Première guerre mondiale qui ont entraîné la disparition presque complète des concessions, à laquelle seule la France a résisté. La période actuelle marque donc plutôt, à travers le développement des PPP, le retour à des pratiques largement répandues. Une récente étude au niveau européen montre que la France ne se place qu'en troisième position, derrière le Royaume-Uni et l'Espagne, en volume de contrats de PPP et de concession signés en 2006.⁵

Trois pays européens attirent plus particulièrement l'attention par l'ampleur du recours aux PPP – la Grande-Bretagne en premier lieu, mais également l'Italie et l'Espagne – tandis que l'Allemagne présente un modèle particulier, avec le développement croissant du PPPI et que la Grèce s'est dotée d'une législation *ad hoc*.

Quelques enseignements peuvent être tirés de l'étude de nos voisins.

Le premier est que le développement du PPP à paiement public s'accompagne d'un développement parfois aussi important des contrats de concession "classiques". La France reste très en avance dans ce dernier domaine. Aucune étude statistique ne peut malheureusement rendre compte exactement du stock de contrats en cours d'exécution.

Deuxièmement, le développement du PPP au sens strict est toujours le résultat d'une forte volonté politique et de l'adoption d'un cadre juridique précis.

Troisièmement, le développement des PPP à paiement public et des concessions s'opère dans un cadre contractuel très précisément défini. Si ces contrats se caractérisent par leur grande souplesse, celle-ci réside dans la définition des besoins, des modalités de financement et d'évolution des prestations ; en revanche les procédures d'évaluation, de préparation, de publicité, de mise en concurrence et de suivi sont très encadrées.

Enfin, chez nos partenaires la réforme des PPP et concessions accompagne de manière systématique des programmes de réforme administrative. PPP et concessions répondent au projet de contractualisation de l'action publique et d'introduction des capitaux et des compétences du secteur privé dans les secteurs auparavant réservés à l'administration directe. Les réformes ne sont jamais seulement contractuelles : elles sont administratives.

C'est sans doute la Grande-Bretagne qui a le plus marqué, par son ampleur, par sa systématisation mais

⁴ Pour la France, v. X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, Paris, LGDJ (coll. "Bibliothèque de droit public"), tome 206, 1999. Pour certains États de l'Union européenne (Espagne et Italie principalement) : P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ (coll. "Bibliothèque de droit public"), tome 249, 2007.

⁵ Malgré un certain manque de rigueur dans la collecte des informations (le secteur de l'eau n'est par exemple pas pris en compte) et une confusion des concessions et des PPP au sens strict, cette étude montre à grands traits que le recours au secteur privé est en pleine expansion en Europe. DLA Piper, European PPP Report 2007, <http://www.dlapiper.com>.

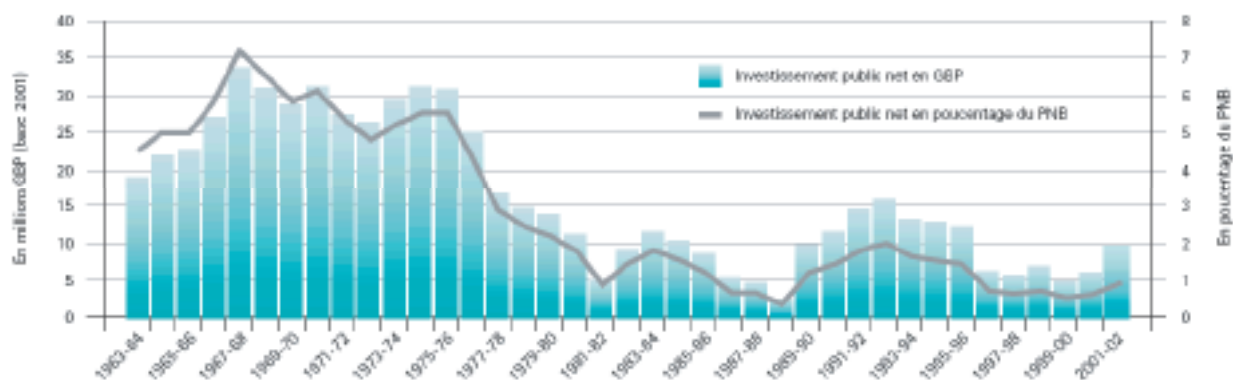
aussi sa médiatisation, ce renouveau (1). L'Italie est également un cas intéressant. D'une part, le régime juridique y est souvent considéré – parfois à tort – comme proche du régime français. D'autre part, la période récente a été marquée par de nombreuses innovations même si, comme en France, il existait déjà des contrats globaux de PPP sous la forme des concessions (2). L'Espagne attire également l'attention, en particulier depuis qu'une loi récente a opéré une transposition presque systématique du contrat de partenariat en droit espagnol (3). Le cas allemand est également intéressant en ce qu'il repose principalement sur des PPP institutionnels, à travers la tradition des Stadtwerke (4).

1 Le cas emblématique de la PFI britannique

1.1 Le PPP est une véritable politique publique en Grande-Bretagne

La PFI constitue *d'abord* une politique publique active de relance de l'investissement dans les services publics, avant d'être une réforme des instruments juridiques. Il s'agissait en effet de rattraper le retard très important en termes d'investissement public accumulé au cours de l'ère Thatcher.

Évolution de l'investissement public au Royaume Uni (en valeur et % PIB)



Source : F. Lirzin et J. Revole, "Le Partenariat Public-Privé au Royaume-Uni", *Études des missions économiques*, Mission économique de Londres, juin 2006.

Ce programme a été lancé en 1992, à l'occasion du discours du budget du Chancelier de l'Échiquier de John Major, Premier ministre. Il a pour objectifs d'augmenter la capacité de financement du secteur public, d'améliorer la qualité des services publics et de diminuer la dépense publique. Il s'agit non seulement de bénéficier d'investissements privés mais aussi du savoir-faire des entreprises qui fait défaut à l'administration.

Bipartisanne, cette politique a été menée par tous les gouvernements britanniques successifs à partir de 1992 et a même été amplifiée à l'arrivée de Tony Blair en 1997 comme Premier ministre. Elle vise à encourager la réalisation de travaux, et la gestion des services dont ils sont le support, grâce à un financement ou un préfinancement privé. Elle s'appuie sur

plusieurs instruments : la subvention et la tutelle technique, le contrat mais aussi la loi ; une évaluation constante des résultats.

1.1.1 Une politique en réalité plutôt dirigiste

Le programme PFI est le résultat d'une intervention dirigiste de la part des autorités gouvernementales. Ainsi, celles-ci recourent à une méthode de subventions à la PFI, selon un modèle qui se rapprocherait de la tutelle technique pratiquée en France dans les années 1970 : le montant des subventions d'investissement données par l'État dépend du respect, par les autorités locales, de modèles techniques et procéduraux.

L'efficacité de l'incitation financière est accrue par la grande centralisation du pouvoir qui reste plus importante dans le Royaume-Uni de Tony Blair que dans la France d'après les lois de 1982. Les autorités locales sont globalement appréhendées comme des administrations personnalisées chargées de missions précises et non comme représentant les intérêts généraux d'une population territorialement déterminée. Ainsi, aucun principe d'autonomie – ou de liberté des autorités locales comparable à celui inscrit à l'article 72 de la Constitution – ne vient limiter les formes de tutelle administrative.

1.1.2 Une grande liberté contractuelle dans un cadre juridique sécurisé

La *Common Law* permet de faire l'économie de difficiles typologies contractuelles, puisque le régime des contrats est unique. L'imagination contractuelle peut donc se développer sans entrave, en s'appuyant sur les techniques de *project finance*, utilisant elles-mêmes la souplesse du contrat privé. C'est la faisabilité financière qui est le moteur de ce type de montage.

Chaque opération s'organise autour d'un montage contractuel comprenant au moins trois contrats, qui forment une "matrice contractuelle" :

- ▶ Le contrat principal lie l'administration à un consortium d'entreprises auquel est confiée la construction d'un équipement et son exploitation, à travers une société de projet ad hoc (*Special Purpose Vehicle*, ou *SPV*). Les financiers de l'opération, établissements bancaires ou fonds d'investissements, peuvent participer au *SPV*. Cette société de projet ne réalise pas directement l'objet du contrat ; elle lui sert seulement de support et en confie l'exécution même aux entreprises membres ou à des sous-traitants ;
- ▶ Un ou plusieurs contrats lient la société de projet avec les entreprises chargées de la construction et de l'exploitation ;
- ▶ Le contrat de financement est tripartite : il lie la société de projet aux financiers qui fournissent les fonds nécessaires au préfinancement de l'équipement, mais aussi, directement, ces deux cocontractants avec la collectivité publique, notamment pour

prévoir les éventuelles garanties apportées par celle-ci et en sens inverse, les conditions de transfert du contrat en cas de défaillance, à travers des clauses dites de "*step in*".

Il faut en outre replacer cette politique dans son cadre juridique d'origine. En particulier, celui-ci ne connaît pas de domanialité publique stricto sensu. Les terrains et immeubles utilisés par le service public y sont de simples actifs dont les cocontractants peuvent disposer au mieux des contraintes financières et techniques de l'opération, selon une infinité de combinaisons⁶.

Au sein du vaste éventail de montages *PFI*, deux principaux types de contrats peuvent être identifiés :

- ▶ les contrats *financially free standing*, fondés sur le principe d'un paiement par l'usager, correspondent globalement au contrat de délégation de service public (et plus généralement au "modèle concessif") ;
- ▶ les *services sold to the public sector*, dans lesquels la rémunération de l'opérateur est assurée par l'administration et qui se rapprochent de nos contrats de partenariat.

Cependant, cette politique n'a pu se développer sans des textes normatifs, contrairement à l'image que l'on a en France du droit britannique. Les craintes des établissements financiers ont été ainsi levées par l'adoption de lois assurant la légalité du recours aux contrats de *PFI* (*Deregulation and Contracting Out Act* de 1994). Le gouvernement britannique a par ailleurs utilisé ses "*Royal Prerogatives*" (sorte de pouvoir réglementaire autonome) afin d'encadrer très précisément le recours à la *PFI*. Enfin, l'éligibilité aux subventions implique le respect de nombreux "guidelines" et contrats-types au statut quasi réglementaire⁷.

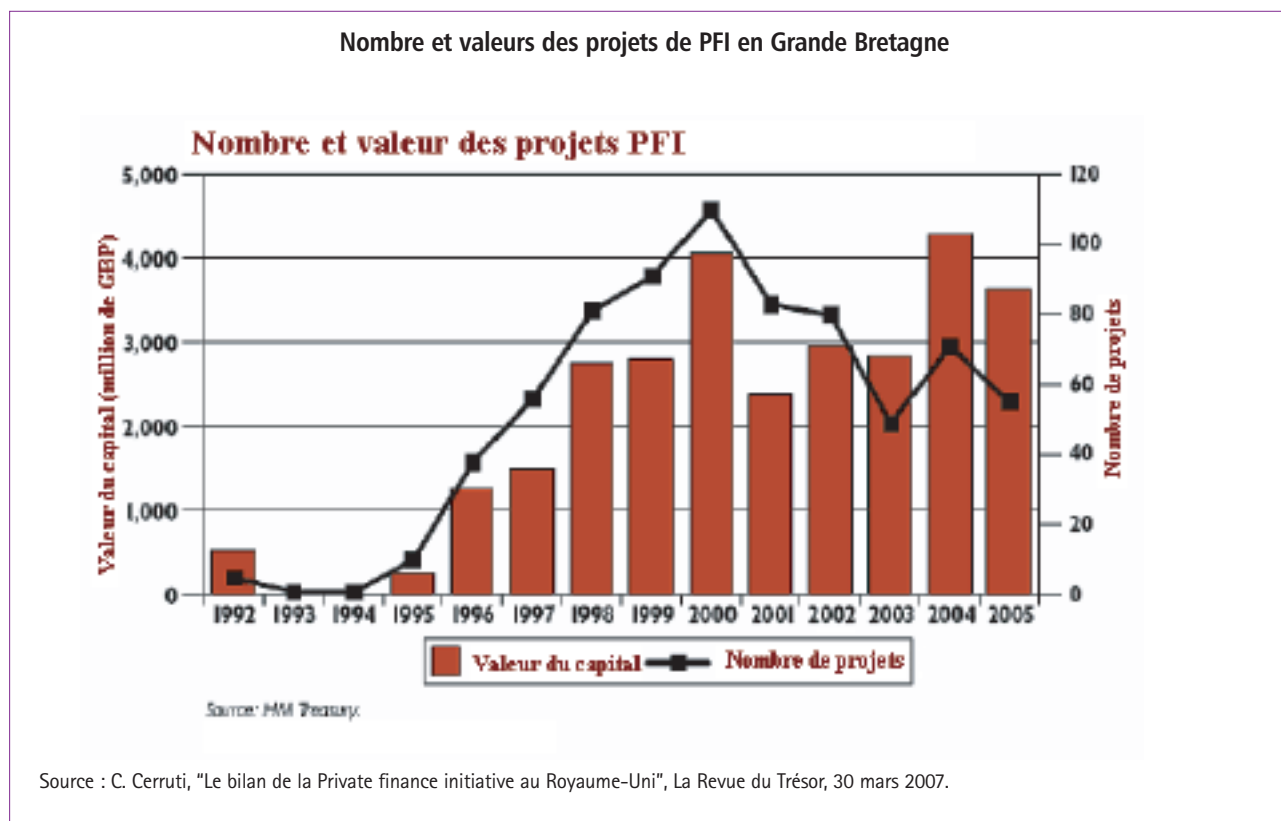
1.1.3 La PFI est entrée dans une phase de consolidation

Le recours au PPP est donc une politique active et majeure de tous les gouvernements britanniques successifs depuis 1992. Fin 2007, on comptait plus de 600 opérations dont 500 en exploitation, pour un montant total d'investissement de 57 Mds £ (environ 71 Mds €), soit 10 à 15% environ de l'investissement public. Une relative stabilisation de cette politique est

⁶ Voir notamment : J. Fox et N. Tott, *The PFI Handbook*, Londres, Jordans, 1999, 360 p.

⁷ Sur ces trois questions, v. notamment P. Cossalter et B. du Marais, *La Private Finance Initiative*, Paris, Institut de la gestion déléguée, 2001.

1.1.3.1 Une stabilisation quantitative



cependant perceptible depuis deux à trois années.

Cette stabilisation s'explique par les raisons suivantes :

- ▶ Une montée des risques, due dans une certaine mesure à l'excès de transfert de risque vers le secteur privé et à une raréfaction des projets les plus simples : le PPP est entré dans une phase de rendements décroissants en Grande-Bretagne ;
- ▶ Quelques sinistres emblématiques : faillite de Metronet, l'un des deux contrats pour le métro de Londres ; échec de l'informatisation des tribunaux et de la fabrication des passeports.
- ▶ D'où, pour les plus grosses opérations, un recours croissant à la garantie de la puissance publique.

Cependant, le PPP reste une modalité majeure de réalisation de l'investissement public :

- ▶ Le flux annuel sur ces trois dernières années se stabilise entre 3,5 et 7 Mds£ (soit 4,3 à 8,7 Mds €) ;
- ▶ Le programme très ambitieux de rénovation ou de construction de 3500 collèges et lycées, pour 9,3 Mds£ (environ 11,5 Mds €) sera réalisé en PPP ;
- ▶ Car celui-ci est incontestablement plus efficace pour une livraison rapide des ouvrages (80 % de respect des délais et des budgets, contre 30% environ pour la maîtrise d'ouvrage classique).

En outre, les projets en PFI, c'est là l'intérêt majeur de ce type de montage, sont nettement plus performants

Source : HM Treasury, 2006	Respect des délais	Respect du Budget
Projets en PFI	80%	80%
Projets non-PFI	30%	27%

Source : Mission économique de Londres, novembre 2007

⁸ Voir F. Marty et A. Voisin, "L'évolution des montages financiers des PFI britanniques : la montée des risques", *Rev. Française de finances publiques*, 94, mai 2006, p.109-120.

que les projets d'investissements publics traditionnels.

Une telle performance doit se comprendre de deux manières, dont les effets respectifs sont difficiles à quantifier :

- en aval, le consortium privé peut être meilleur gestionnaire de ses sous-traitants qu'une autorité publique qui aurait passé directement les contrats, puisque le groupement privé est pénalisé financièrement en cas de dépassement du calendrier ou du budget (ce qui permet une prévisibilité des coûts pour le secteur public) ;
- en amont, lors de la préparation et de la négociation du contrat de PFI, les échanges public-privé peuvent conduire à réévaluer le planning et le montant d'un projet avant de signer le contrat, dans une approche plus réaliste qu'au moment de la préfiguration de l'opération.

Le premier point requiert principalement que le système de répartition des risques du projet fasse porter chaque risque par l'acteur qui peut le contrôler et l'éviter, et qui sera capable d'assumer les difficultés éventuelles. Cette perspective est parfaitement opposée à l'approche qui prévaut dans la définition (et donc le régime) de la délégation de service public, dans laquelle le délégataire doit toujours assumer une part de risque non-maîtrisable.

1.1.3.2 Des opérations davantage ciblées, standardisées, de taille intermédiaire et orientées vers les collectivités locales et la santé

L'arrivée du nouveau gouvernement de Gordon Brown a coïncidé avec une réévaluation de cette politique :

- ▶ Établissement d'un plancher minimum de 20 M £ pour absorber des coûts fixes de préparation très élevés : environ 3M£ (4,5 M €) et trois ans par contrat. Les consultants y contribuent pour une large part en raison de la complexité des opérations et du système juridique mais aussi, selon beaucoup d'observateurs, de leur capacité à "capturer" les co-contractants ;
- ▶ Réticence implicite à l'égard des très grosses opérations, qui ne sont plus "bancables" par le seul secteur privé et interdiction des opérations à fort contenu en NTIC.

Cette dernière interdiction vient sans doute de la combinaison de deux éléments. D'une part, une décision politique a tiré les leçons de l'échec média-

tique de quelques PFI informatiques (alors que d'autres donnent parfaitement satisfaction). D'autre part, et contrairement au droit français, le droit britannique des contrats est mal adapté aux changements de circonstances et ne connaît pas le principe du droit administratif français d'adaptabilité ;

- ▶ Concentration sur des opérations standardisées, simples (construction et maintenance immobilière), plutôt dans les secteurs de l'éducation et de la santé et donc opérées au niveau déconcentré par les collectivités locales ou les trusts locaux du National Health Service ;
- ▶ Recours à des schémas du type sociétés mixtes et développement de l'allotissement des opérations.

1.2 Les raisons de l'efficacité de la PFI et les leçons à tirer

1.2.1 Une évaluation constante des résultats

Lors du lancement de la PFI, il a fallu vaincre les réticences des autorités locales. Pour cela, le recours à la PFI s'est intégré dans un processus plus large d'évaluation des politiques publiques. Le système d'encadrement des autorités locales est aujourd'hui très élaboré. Il est fondé sur le principe d'évaluation préalable des politiques publiques dans le but d'atteindre la *best value for money*. Même si ce concept n'est pas dénué d'ambiguïté et sert parfois de justification *a posteriori*⁹, les autorités locales doivent justifier leurs choix, non seulement quant au contenu des politiques mais également concernant les modalités de gestion des services.

En particulier, chaque opération de PFI doit donner lieu au calcul d'un *Public sector comparator*, sorte de budget et compte de résultat virtuels de l'opération selon les deux modalités : régie traditionnelle ou externalisation. Le projet ne sera accepté en PFI que si le résultat du *comparator* est en faveur de cette dernière.

Cette technique du *Public sector comparator* et cette discipline de l'évaluation préalable ont très clairement inspiré les rédacteurs de l'ordonnance de 2004 relative au contrat de partenariat.

1.2.2 Un besoin avéré de "régulation souple" par la collecte d'information et la standardisation des contrats

Cette évolution s'accompagne d'une centralisation de

⁹ Voir P. Cossalter, "Introduction à la Private Finance Initiative", in : P. Cossalter et B. du Marais, précité, p. 34.

la supervision avec une standardisation croissante des contrats, fût-ce aux dépens de la flexibilité et de l'innovation. De même, le gouvernement met en place des dispositifs de collecte d'information et de comparaison des coûts et des pratiques.

À cet égard, l'étude de cas, l'adaptation constante, la diffusion de l'information sont extrêmement développées. Il faut noter l'importance des dispositifs de supervision, au niveau de l'administration centrale (*Treasury*), des ministères (*PFI Units*), des collectivités locales (*PPP programme*), des secteurs concernés (*Partnership for school*, par exemple, ou *Partnership for health*). *Partnership UK* et l'*Office of Government and Commerce* sont extrêmement spécialisés et constituent des centres d'expertise indispensables pour les décideurs publics. Il faut souligner l'originalité de l'une des structures centrales : *Partnership UK* est une société mixte entre le ministère des Finances et des opérateurs de droit privé, afin de pouvoir rémunérer et conserver longtemps une expertise de haut niveau.

À cela s'ajoute un très fort soutien du gouvernement central aux autorités locales, par la voie du conseil et de l'expertise. Outre le rôle des consultants pour garantir la transparence des opérations auprès de chaque co-contractant, ce sont donc au seul échelon central, plusieurs centaines d'agents qui supervisent la mise en œuvre de cette politique.

1.2.3 La "fonction achat" est envisagée comme un véritable métier au sein des administrations britanniques

Ainsi, en 1999 a été créé un "*Government Procurement Service*", "*service des marchés publics*", en fait un corps de fonctionnaires dans lequel ont été versés 1500 fonctionnaires occupant des postes importants en matière de marchés publics dans l'ensemble de l'administration de l'État.

En 2003, un "*Program and Project Management Specialism*" fut lancé conjointement par l'Office du commerce du gouvernement et le "*Cabinet Office corporate development Group*" (l'équivalent serait sans doute en France "Groupe permanent de développement de la gestion du Secrétariat général du gouvernement") afin d'assurer une carrière aux fonctionnaires chargés en particulier d'achats publics.

Puis tous les fonctionnaires des services d'achats publics furent invités à suivre la formation dispensée par le "*Chartered Institute of Purchasing and Supply*"

("Institut de la fonction achat et fourniture") pour en obtenir la qualification. Selon certains observateurs, 23 % de tous les personnels en poste de responsabilité en matière d'achat public avaient cette qualification ou une équivalente, et 11 % étaient en cours d'obtention de cette qualification.

Le NAO (National Audit Office) a quant à lui appuyé fortement ces initiatives, estimant que la formation à l'achat public était "une compétence essentielle pour assurer les services publics en général" ("*a key competence needed to improve the delivery of public services*"), et suggérant, pour accélérer les formations à l'achat public, que les compétences dans ce domaine soient "plus largement prises en considération dans les nominations aux postes supérieurs" ("*more widely recognised to progress to senior posts*")¹⁰.

1.2.4 Un marché du refinancement du PPP mature avec un partage des gains de refinancement

Avec la baisse des taux au début des années 2000, un marché secondaire des PPP est apparu, sous forme de refinancement, titrisation ou même cession des contrats. Après quelques scandales, des clauses de partage des économies de financement sont systématiquement incluses dans les contrats.

Les contrôles sur les contrats de PFI ont été renforcés, notamment par l'insertion de clauses de redistribution des profits. D'une manière générale, se mettent en place un cadre formalisé et une expertise qui permettent de mieux négocier puis de mieux suivre l'exécution des contrats.

Par ailleurs, pour adosser le financement des retraites à des opérations peu risquées et de long terme, les fonds de pension interviennent de plus en plus dans le refinancement des opérations en PPP.

1.2.5 Le souci d'une concurrence effective

Depuis 2006, le recours au dialogue compétitif est systématique. La pratique initiale était la négociation après mise en concurrence (dispositif du *preferred bidder*) quel que soit le type d'opérations, y compris pour les marchés publics. A cet égard, il faut souligner que la procédure prévoyait le maintien en compétition, aux frais de l'administration, du candidat arrivé second (*second preferred bidder*) qui a effectivement été appelé dans quelques cas d'échec de la négociation avec le premier candidat retenu.

¹⁰ Source : audition de Monsieur A. Delion, Conseiller maître honoraire à la Cour des comptes.

Ainsi la pression concurrentielle continuait-elle à s'exercer jusqu'à la finalisation du contrat.

Au contraire, depuis 2006, avec la transposition de la directive 2004/18, le dialogue compétitif est systématique, y compris pour les concessions qui sont hors du champ de la directive (contrats *financially free standing*).

Malgré les craintes initiales, la première année de mise en œuvre ne montrerait pas d'accroissement en valeur absolue des délais et des coûts de préparation, sauf pour les candidats éconduits. En sens inverse, cela supprime le risque que le *preferred bidder* "prenne en otage" la collectivité dans la phase finale de la négociation lorsqu'il est trop tard pour reprendre toute la procédure.

Par ailleurs, les contrats prévoient une remise en concurrence régulière – un "test de marché" – quelques années (5 à 7 ans, en général) après le début de la phase d'exploitation. Les acteurs du marché de la PFI considèrent que les premiers tests de marché actuellement mis en œuvre ne sont pas très concluants mais ils sont encore trop récents et trop peu nombreux pour être analysés.

2 L'expérience italienne

2.1 Les modalités d'organisation de l'achat public

S'il n'existe pas en Italie de droit des contrats administratifs (qu'il faut distinguer du droit des contrats publics), les modalités d'organisation de l'achat public sont éminemment comparables à celles du droit français.

La distinction marchés publics / concessions structure le droit italien de la commande publique. Mais les concessions sont d'une grande diversité, et leur objet est très large.

Le droit italien des contrats publics a été réorganisé et modernisé par le décret législatif 163/2006 du 12 avril 2006 portant code des contrats publics (*Codice dei contratti pubblici*). Comme l'Espagne, l'Italie s'est donc dotée d'un texte unique réunissant toutes les dispositions en la matière.

Il serait fastidieux de rappeler l'évolution des typologies et des régimes contractuels durant les vingt

dernières années, tant les réformes, parfois profondes, ont été nombreuses¹¹.

Ce qui caractérise l'ensemble de ces réformes, et le code des contrats publics en dernier lieu, est la recherche constante d'outils adaptés aux besoins de l'administration. Les catégories de contrats se multiplient, en fonction des besoins rencontrés.

Cette multiplication est parfois source de complexité ; elle permet cependant, par l'adoption de régimes précis, de mettre en œuvre les réformes très rapidement. Ainsi l'Italie qui, au début des années 1990, avait presque "oublié" le système concessif sauf sur le plan doctrinal, y recourt aujourd'hui massivement.

Parmi l'ensemble des contrats publics, la concession de construction et gestion (concession de travaux) occupe la place principale¹². Elle est d'autant plus importante que, contrairement à la France, la concession de service public ne l'a pas absorbée : la distinction des deux contrats se fait en fonction du montant respectif des travaux et des services.

La concession de travaux se décline en deux variantes : la concession "publique" et la concession "au promoteur".

Les deux types de concessions de travaux se distinguent par l'origine du projet. La concession publique est une concession "classique", mais dont le régime d'exécution est, depuis 1998, adapté au financement de projet : constitution d'une société de projet, émission d'obligations garanties par des hypothèques sur les ouvrages, garantie de remboursement du *lucrum cessans* et du *damnum emergens* en cas de résiliation pour inexécution ou pour raison d'intérêt général de la part de l'administration (ce qui est une règle classique), clauses de substitution au bénéficiaire des organismes prêteurs et enfin un privilège sur les crédits au bénéfice de ces mêmes organismes.

La concession "au promoteur" permet de promouvoir les initiatives privées portant sur une liste de projets publiés régulièrement par l'administration. Le régime du promoteur se distingue du régime de la concession "publique" par le fait que le promoteur, dont le projet aura été qualifié, a droit à une indemnisation s'il n'est pas, à l'issue d'une procédure négociée, le concessionnaire retenu.

Ce système du promoteur, créé en 1998, a reçu des centaines d'applications, la plupart du temps pour des projets de faible ampleur. Son principal défaut, qui était de conférer au promoteur un avantage

¹¹ Pour un exposé en français v. P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, pp. 70-80 et 205-212.

¹² Pour un exposé synthétique de la typologie des contrats de type PPP au sens large : *Unità tecnica finanza di progetto* (UTFP), Rapport annuel pour 2006, Rome, juillet 2007, pp. 58 s. (<http://www.utfp.it>).

¹³ Les contrats de travaux dans l'Union européenne – Développements récents, Paris, Le Moniteur, 6 décembre 2002, Cahier détaché n° 2.

concurrentiel incompatible avec les principes de transparence et d'égalité de traitement¹³, a été effacé dans le code des contrats publics.

La concession de travaux reçoit une définition très large, pour deux raisons. D'une part, la rémunération du concessionnaire est très libre, et peut être intégralement publique. Elle peut consister en des échanges d'immeubles, la mise à disposition de dépendances du domaine public pour une exploitation commerciale, etc. D'autre part, la notion d'exploitation est largement entendue : l'administration elle-même peut être l'usager du concessionnaire, ce qu'atteste d'ailleurs la création par le législateur de "concessions de travaux à destination de l'administration".

C'est ainsi par voie de concessions de travaux qu'ont été réalisés les PPP (au sens strict) les plus emblématiques : le siège unique de la mairie de Bologne ou l'hôpital milanais Niguarda Cà Granda.

L'objet des concessions de travaux est donc très large : il englobe partiellement celui des contrats de partenariat du droit français.

La technique du financement de projet, qui répond à la volonté affichée du gouvernement italien d'ouvrir tous les secteurs de l'activité publique aux investissements privés, fait depuis 1999 l'objet d'une promotion active par un organe construit sur le modèle des task forces britanniques : l'*Unità tecnica Finanza di Progetto (UTFP)*, créée au sein du CIPE¹⁴. Cette Unité a pour tâche de "*promouvoir, à l'intérieur des administrations publiques, l'utilisation de techniques de financement des infrastructures par recours à des capitaux privés*". L'Unité doit fournir un support aux administrations adjudicatrices qui en font la demande, dans leur activité de détermination des besoins susceptibles d'être satisfaits par la réalisation de travaux financés par des capitaux privés, puis dans les procédures d'évaluation des offres des promoteurs et enfin pour l'évaluation des offres présentées dans le cadre d'une mise en concurrence.

Remarquons que des unités de financement de projet se créent également au niveau régional.

2.2 Les points de blocage qui ont pu exister et les solutions trouvées

Un certain nombre de points de blocages ont pu apparaître. Ils ont été progressivement supprimés par la création de nouveaux contrats spécifiques.

L'utilisation très souple de la concession de travaux modernisée a permis de faire l'économie d'un régime spécifiquement consacré aux PPP : le régime général des concessions de travaux comprend toutes les dispositions, inspirées de la pratique anglaise, qui ont été introduites en France dans le régime du contrat de partenariat et de certains contrats complexes : sécurisation des droits réels accordés sur le domaine, possibilité d'hypothèque sur les ouvrages, encadrement des clauses de *step-in* qui permet une substitution facile des financiers en cas de défaillance de l'opérateur, etc.

Les contrats de location dans le secteur des prisons. Il existait certaines limites au recours à la concession de travaux, notamment dans le secteur des prisons. Le régime général des concessions de travaux, qui a été utilisé pour les sièges administratifs et les hôpitaux n'a pas été considéré comme applicable au secteur pénitentiaire. Des contrats de type autorisations domaniales, assorties d'une location avec option d'achat (AOT-LOA) ont donc été mis en place dans ce secteur, notamment par la loi de finances pour 2007 (Loi du 27 décembre 2006). Un tel système de *leasing immobiliare* existait déjà pour la "location financière" des implantations du ministère de l'Économie et des Finances et de certaines installations pénitentiaires (Loi n° 28 du 18 février 1999, et loi du 23 décembre 2000).

Le Global service. Ce rapide tableau doit être complété par l'évocation du **Global service**. Constitue un contrat de Global service le marché public de services permettant de confier, en un lot unique, une multiplicité de services hétérogènes¹⁵.

Mais le "Global Service" n'est pas limité aux marchés de services "hétérogènes" et donc au régime des marchés publics de services. L'administration y recourt également afin d'externaliser des fonctions particulières, comprenant des prestations de travaux et de services. A été reconnu comme constituant un "Global Service" le marché mixte de travaux et de services attribué par un hôpital public et portant sur les activités d'analyse biochimique et microbiologique¹⁶. Le cocontractant s'engage à restructurer les laboratoires d'analyses et à les mettre à la disposition de l'administration hospitalière durant une durée déterminée, en parfait état de

¹⁴ Comité interministériel pour la programmation économique.

¹⁵ Tribunal administratif régional Latium, 2^e section bis, 13 février 2001, Eurogroup Soc. Coop. a r.l. c/ c. Ente Poste Italiane S.p.A., n° 1086.

¹⁶ Conseil d'État italien, 5^e section, 23 mars 2004, ROCHE DIAGNOSTICS s.p.a. c/ Azienda Unità Sanitaria Locale di Piacenza, n° 1557.

fonctionnement. Les investissements immobiliers sont donc intégrés à la rémunération annuelle représentée par un loyer forfaitaire.

2.3 La place du PPP avec paiement public

La place exacte du PPP avec paiement public au sein du système italien est aujourd'hui difficile à évaluer. Les études consacrées à la question, principalement celles de l'UTFP, ne fournissent pas de statistiques exploitables. Cela est dû à l'absence de frontière étanche entre ce qui relèverait en France de deux catégories contractuelles distinctes : la délégation de service public et le contrat de partenariat.

L'intense activité des autorités italiennes est principalement consacrée aux contrats de type concessif, et accessoirement aux PPP avec paiement public.

3 En Espagne, une multiplication d'instruments contractuels

La législation espagnole en matière de contrats publics se caractérise par l'accumulation de strates successives de textes portant sur des objets identiques ou connexes. Le corollaire de cette stratification parfois complexe est une grande continuité. Certaines notions sont reprises depuis le milieu du XIX^e siècle.

À l'époque contemporaine, le droit espagnol a été marqué par deux grands textes. Le premier, adopté en 1965 est la loi sur les contrats de l'État (LCE)¹⁷, "codification" exhaustive des dispositions législatives applicables aux contrats de l'État central. Cette loi était complétée d'un règlement général de 1975. Mais cette loi ne concernait pas les collectivités autonomes, qui étaient régies par des textes particuliers, encore partiellement en vigueur aujourd'hui.

Le second texte est la Loi des contrats des administrations publiques (LCAP) de 1995, modifiée et refondue. Une loi de 2003 y a introduit un régime moderne de la concession de travaux. Enfin, une loi du 30 octobre 2007 refond et modernise cet ensemble, et transforme la LCAP en LCSP : Loi sur les contrats du secteur public

(loi n° 30/2007 du 30 octobre 2007, de *Contratos del Sector Público*). Cette loi entrera en vigueur le 1^{er} mai 2008.

3.1 La proximité du droit espagnol avec le droit français en matière de PPP

Le droit administratif espagnol a été, au début du siècle, très largement influencé par le droit administratif français. L'influence perdure aujourd'hui, malgré les différences que nous noterons.

Cette influence est remarquable en matière de PPP : le nouveau "contrat de collaboration entre le secteur public et le secteur privé", créé par la loi du 30 octobre 2007, est un véritable décalque de l'ordonnance française du 17 juin 2004 sur le contrat de partenariat y compris dans son champ d'application.

3.2 L'avantage du droit espagnol sur le droit français

L'avantage du droit espagnol sur le droit français tient à son cadre législatif simple et unifié. Il existe bien entendu une grande diversité de textes supplétifs applicables aux contrats et aux services publics en raison de l'organisation "autonome" de l'État espagnol. Cette diversité ne provient pas cependant de l'existence de "lois locales", car la matière des services publics et des contrats relève de la compétence "primaire" de l'État espagnol ; simplement, des législations nationales cadres relatives aux collectivités autonomes existent depuis longtemps et se sont sédimentées.

Mais la loi sur les contrats du secteur public, qui remplace la loi sur les contrats des administrations publiques (LCAP) est exhaustive et particulièrement bien organisée. Elle est complétée par un texte réglementaire d'application unique.

La lecture des dispositions espagnoles relatives aux "concessions", par exemple, est d'une particulière simplicité.

3.3 Sur le fond : la typologie des contrats

¹⁷ Ley de contratos del Estado, dont le texte refondu a été approuvé par le décret n° 923/1965 du 8 avril.

La typologie des contrats du droit espagnol est claire, et surtout elle couvre désormais tout le champ de l'intervention publique : il existe un véritable *continuum* contractuel.

Dans le domaine des "PPP" au sens large, notons :

- ▶ le contrat de gestion des services publics (concession de service public à paiement éventuellement intégralement public) destiné à l'exploitation des services publics (rendus aux tiers à l'administration) ;
- ▶ la concession de travaux, lorsque l'infrastructure n'est pas le support d'un service public (notion moins large en Espagne qu'en France) ;
- ▶ le contrat de collaboration entre le secteur public et le secteur privé, dont la définition est notablement identique à celle du contrat de partenariat du droit français.

3.4 Les formes du PPP

Comme en Italie, le droit espagnol connaît encore la forme de la concession de travaux, qui a été "revitalisée" par la transposition de la directive 93/37¹⁸. La renaissance de la concession de travaux a été rendue possible par le champ d'application plus limité de la notion de service public.

Comme en Italie, la concession de travaux a pendant plusieurs années joué le rôle de contrat PPP. Il existe en effet traditionnellement des concessions à paiement intégralement public (la loi sur les autoroutes, par exemple, le prévoit).

Mais peu à peu la doctrine espagnole a considéré, s'appuyant sur la notion communautaire de concession, que les concessions de travaux ne pouvaient pas être utilisées lorsque le cocontractant de l'administration n'entretenait pas de relations directes de prestation avec l'usager. Ainsi, les premiers PPP espagnols, mis en œuvre par la Communauté autonome de Madrid sous forme de concessions de travaux (pour les plus grands hôpitaux de la ville de Madrid, notamment celui de la *Puerta de Hierro*) vont-ils être renégociés et "transformés" (selon des modalités à déterminer) en contrats de collaboration entre le secteur public et le secteur privé, prévoyant une part plus importante de paiement par l'administration.

Les concessions d'initiative privée. Il faut également

noter que l'Espagne connaît, comme l'Allemagne et l'Italie, le système des concessions d'initiative privée. Ce mécanisme, qui a inspiré l'article 10 de l'Ordonnance française du 17 juin 2004, permet à un opérateur purement privé de proposer à l'administration la création d'un nouveau service public ou la réalisation d'un ouvrage public, sans toutefois être assuré d'obtenir le contrat.

Ce mécanisme est, pour les concessions, précisément encadré en Espagne. Le mécanisme a été utilisé une fois en France (sous la forme d'un contrat de partenariat), pour le contrat informatique des collèges de l'Oise.

3.5 Le contrôle sur les PPP

La centralisation du contrôle "général" au sein du ministère de l'Économie et des Finances. Le contrôle sur les PPP, et sur tous les autres contrats de l'administration, se fait notamment grâce à un **registre national des contrats**, entretenu par le ministère de l'Économie et des Finances.

Le Texte Refondu des Contrats des Administrations Publiques (TRLCAP) consolidant la loi générale sur les contrats des administrations (LCAP), adopté par le décret législatif 2/2000 du 16 juin 2000 a en effet créé un système de recueil systématique des informations relatives aux contrats publics. Toutes les collectivités publiques et leurs établissements doivent envoyer des informations relatives aux contrats qu'ils ont attribués, informations portées au Registre Public des Contrats de l'Assemblée Consultative des Contrats Administratifs (*Junta Consultiva de Contratación Administrativa*). Le nouveau système de suivi statistique a été mis en place dès 2000¹⁹.

Les moyens mis en œuvre sont par ailleurs très largement supérieurs à ceux qui ont été développés en France pour et par la MAPPP (Mission d'Appui aux PPP).

Par ailleurs existe un conseil consultatif (*Junta consultiva de contratación administrativa*), lui aussi relié au ministère de l'Économie, et qui est consulté de manière facultative par les collectivités et l'État sur certains projets ou certaines questions relatives à la qualification des contrats ou leur régime d'exécution. Tous les avis de la *Junta* sont publiés.

La mise en concurrence. La procédure de mise en concurrence des contrats de l'administration est, en

¹⁸ E. Malaret, "La contribution du droit communautaire à la rationalisation du droit espagnol des concessions administratives", Paris, Sciences Po, Chaire MADP, Séminaire Droit administratif comparé, européen et global, 25 janvier 2008, <http://chairemadp.sciences-po.fr/>.

¹⁹ V. ces références sur : <http://www.meh.es/Portal/Servicios/Contratacion/Junta+Consultiva+de+Contratacion+Administrativa/Registro+publico+de+contratos.htm>

principe, l'appel d'offres. Il n'a jamais existé à cet égard en Espagne de distinction entre concessions et marchés. Certains auteurs espagnols considèrent même que la mise en concurrence est historiquement le premier élément constitutif du régime des contrats administratifs.

Les concessions ne sont donc pas librement négociées, mais soumises à appel d'offres. Quant au contrat de collaboration entre le secteur public et le secteur privé, il est en principe soumis à la procédure du dialogue compétitif.

4 Allemagne : des "modèles" contractuels et surtout institutionnels

En Allemagne, l'expérience du PPP est relativement nouvelle ; le cadre juridique est encore en pleine évolution et ni la doctrine ni les pouvoirs publics ne sont encore parvenus à proposer une analyse précise et systématique des réformes nécessaires.

Depuis le début des années 1990 se développent en Allemagne de manière successive des "modèles" de gestion privée ou semi-privée des activités publiques. Toutes ces formes sont désormais regroupées dans la catégorie (doctrinale) générique des "Partenariats Public-Privé" (*Öffentlich-Private-Partnerschaften - ÖPP*)²⁰.

Il est extrêmement difficile de saisir la réalité de ces modèles car leur qualification provient essentiellement de la doctrine, professionnelle et universitaire, sans que des textes ou une jurisprudence particulière n'aient délimité les frontières exactes de chacune de

ces formes²¹, utilisées dans des cadres juridiques fort différents d'un Land à l'autre. La doctrine n'a elle-même pas achevé son travail de systématisation²².

Aucun outil juridique nouveau n'existe à l'heure actuelle permettant d'assurer la cohérence du régime des différents modèles contractuels de "partenariat", ce qui a inspiré au ministère fédéral de l'Intérieur un projet de réforme des articles de la loi sur les procédures administratives non contentieuses²³. Les deux rapports rendus à sa demande²⁴ préconisent une adaptation, non seulement du droit des procédures administratives, mais également du régime de droit civil applicable à ces opérations. Mais le Conseil consultatif sur le droit des procédures administratives (Beirat *Verwaltungsverfahrenrecht*) a préconisé d'attendre que se développe la pratique des partenariats, dont les mécanismes précis ne sont pas encore fixés, afin de ne pas obérer leur développement par l'adoption de mesures contraignantes inadaptées²⁵.

Il est cependant possible de présenter, très succinctement, les différents contrats qui, du plus intégré au moins intégré, permettent à l'administration allemande d'établir des "partenariats" avec le secteur privé. Il convient de noter que les notions utilisées sont essentiellement doctrinales.

Si l'Allemagne ne peut ainsi servir de modèle pour l'étude des partenariats contractuels, elle est en revanche un objet d'étude essentiel pour la compréhension des "partenariats institutionnels", c'est-à-dire l'économie mixte au sens large, identifiée par la Commission européenne²⁶.

4.1 Les formes de partenariat contractuel

Le Betriebsführungsmodell

²⁰ Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, *Public Private Partnership - Ein Leitfaden für öffentliche Verwaltung und Unternehmer*, 2003.

²¹ "Par contraste avec la diversité des entreprises publique communales, les formes de dévolution du service au secteur privé ne constituent pas un ensemble cohérent ; il s'agit d'institutions fragmentaires, d'origine anciennes, qui n'ont guère évolué, faute d'avoir été assez souvent pratiquées, et dont le régime juridique est incertain". G. Marcou, "Les modes de gestion des services publics locaux en Allemagne et le problème de l'ouverture à la concurrence" RFDA 1995, pp. 462-496, p. 470. La remarque du professeur Marcou est toujours vraie, et à la confusion des formes anciennes s'ajoute désormais la pratique diversifiée des formes nouvelles.

²² Bonk (Heinz Joachim), "Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships", DVBl. 2004, n° 3, pp. 141 s.

²³ Loi sur la procédure administrative non contentieuse (*Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG*), version consolidée du 25 septembre 1998, BGBl.I.3050, quatrième partie relative au contrat de droit public (*Öffentlich-rechtlicher Vertrag*).

²⁴ Schuppert (Gunnar Folke), *Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungs-kooperationsrechts, Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership*, Bundesministerium des Innern, juin 2001 et Ziekow (Jan), *Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz*, Bundesministerium des Innern, juin 2001.

²⁵ V. Neue zeitschrift für verwaltungsrecht 2002, 834, cité in : Bonk (Heinz Joachim), "Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships", précité.

²⁶ Voir la communication de la Commission du 5 février 2008 concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public privé institutionnalisés.

Dans ce modèle, la collectivité demeure propriétaire des infrastructures et responsable de l'exploitation. Le tiers (*Dritte*) gère le service au nom, pour le compte et selon des instructions de la collectivité. Dans les relations avec l'extérieur nécessaires dans le cadre de l'exécution de la mission, le gestionnaire représente pleinement la collectivité. Il n'existe donc aucune relation juridique ni financière directe entre le gestionnaire et les utilisateurs des équipements. Ce modèle est plus souple que le *Betreibermodell*, dans la mesure où contrairement à ce dernier, fondé sur un monopole octroyé au *Betreiber*-propriétaire, la collectivité en tant que propriétaire et responsable de l'infrastructure peut changer de gestionnaire en procédant à intervalles plus réguliers à une mise en concurrence.

Le *Betriebsführungsmodell* est surtout utilisé pour l'exploitation d'activités prenant appui sur des équipements préexistants. Il pourrait être comparé à un marché public de services ou, pour reprendre une terminologie anglo-saxonne, à un *management contract*. Le *Betriebsführungsvertrag* est par exemple utilisé dans le domaine de l'éclairage public, confié à des sociétés de distribution d'électricité²⁷.

Le Betreibermodell

À l'origine, le *Betreibermodell* ou "modèle de l'exploitant" est une initiative du Land de Basse-Saxe en 1979 dans le secteur de l'assainissement²⁸.

La collectivité confie le service à un tiers de droit privé (*le Betreiber*), qui est en charge de l'organisation, du financement, de la construction et de la gestion d'une infrastructure pour une durée variant de 20 à 30 ans.

Le *Betreibermodell*, parfois appelé, de manière abusive nous semble-t-il, *Mautmodell* (modèle à péage)²⁹, est une forme de contrat de type concessif.

Au niveau des collectivités locales, le *Betreibermodell* est utilisé ponctuellement pour la gestion des services collectifs suivant une modalité proche de la régie intéressée. Pour sa part, le gouvernement fédéral a lancé un programme de constructions routières et

autoroutières sur la base de deux modèles de *Betreibermodell*, dont les caractéristiques sont plus aisées à saisir, en raison des textes de niveau fédéral qui encadrent leur utilisation.

Le Kooperationsmodell

Le terme *Kooperationsmodell* est celui qui souffre de la plus grande indétermination, en raison de l'idée très large de "coopération" dont il est le vecteur. Étant donné qu'aucun texte législatif de niveau fédéral ne consacre son existence, le "Modèle de coopération" est largement utilisé pour désigner les accords plus ou moins formels de coopération entre le secteur public et le secteur privé³⁰.

Dans son sens "strict" de modalité de gestion indirecte d'une activité de la compétence d'une collectivité publique, le *Kooperationsmodell* est une forme d'économie mixte. Comme son nom l'indique, le "Modèle de coopération" repose sur la création d'une société d'économie mixte *ad hoc* à laquelle participent une autorité publique et une entreprise privée, pour la gestion d'une infrastructure de services. Dans la grande majorité des cas, la collectivité publique crée une société publique de contrôle détenue à 100 % (une *Eigengesellschaft*) qui prend elle-même une participation, en principe majoritaire, dans la société mixte.

Le *Kooperationsmodell* est principalement utilisé pour la gestion des déchets³¹ et la distribution d'eau.

Le Konzessionsmodell

Le "modèle de concession" est la forme la plus aboutie de "partenariat". Comme son nom l'indique, ce modèle emprunte les caractéristiques du contrat de concession du droit latin. La société concessionnaire est chargée de la construction, du financement et de l'exploitation d'une infrastructure contre une rémunération en principe perçue directement sur les

²⁷ V. les modèles de *Betriebsführungsverträgen* d'éclairage de routes, établis par *Strassenlicht*.

²⁸ Ancien art. 149 al. 6 de la loi sur l'eau du Land de Basse-Saxe (*Niedersächsisches Wassergesetz* NWG), largement remaniée depuis.

²⁹ Grupp (Klaus), "Rechtsprobleme der Privatfinanzierung von Verkehrsprojekten", *Deutsche Verwaltungsblätter* 1994, pp. 140-147.

³⁰ V., parmi beaucoup d'autres l'annonce faite le 17 août 2004 du *Kooperationsmodell* entre le ministère de la Justice de la Sarre et l'"Institut für Anwaltsrecht Saarbrücken" pour l'amélioration de la formation des jeunes juristes. Annonce recueillie sur "Pool Saar", <http://www.prps.de>.

³¹ V. CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GmbH Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, conclusions Christine Stix-Hackl présentées le 23 septembre 2004, à propos du *Kooperationsmodell* par lequel la commune allemande de Halle a attribué à une société détenue indirectement à 75,1 %, la RPL Lochau, des contrats d'étude puis de réalisation et exploitation d'une usine de retraitement des déchets.

usagers. Elle entretient des relations juridiques directes avec ces derniers, ce qui impose souvent de constituer le concessionnaire (*Konzessionär*) en *Beleiher* de l'administration, au moins pour la perception des redevances.

Le modèle de concession est surtout utilisé pour la réalisation de grandes infrastructures, comme les tunnels de Rostock et Lübeck ou le stade olympique de Berlin.

Où se situent les PPP dans cette typologie ?

Il est très difficile de répondre à cette question, de la même manière qu'il est difficile de savoir quel régime est applicable aux rares contrats qui sont passés par les collectivités et l'État allemand.

Cette indétermination du régime n'est pas un obstacle au recours ponctuel aux PPP. Mais elle fragilise toute politique de généralisation.

4.2 Les partenariats institutionnalisés

Il eût été possible d'aborder la question des "partenariats public-privé institutionnalisés"³² à travers les exemples italien ou espagnol. Mais l'Allemagne (de même que l'Autriche) est un objet d'étude particulier, en raison du poids économique de ses *Stadtwerke*.

La participation d'entreprises privées dans le capital de sociétés publiques n'est pas au cœur du présent rapport qui vise plutôt les montages contractuels. Il présente cependant un intérêt croissant dans les autres États membres de l'Union européenne, alors que la Commission européenne vient d'adopter une communication interprétative sur le sujet³³.

Le terme "PPP" au sens large est appliqué en Allemagne à l'ensemble de l'économie mixte. Ce qui pourrait paraître comme un abus de langage est en réalité très pertinent : l'économie mixte peut représenter une forme comme une autre de

partenariat public privé.

De nombreux États membres, comme l'Italie, l'Espagne, l'Autriche et l'Allemagne, ne sont pas toujours disposés à confier l'ensemble d'une activité d'intérêt général à une entreprise privée, ne serait-ce que pour des raisons politiques (qui se doublent souvent de fortes contraintes juridiques qu'il n'est pas possible de détailler ici).

La cession d'une part de capital au secteur privé représente ainsi parfois un bon moyen de recourir au secteur privé, sans abandonner une forte maîtrise publique sur l'exécution de l'activité. Il ne s'agit pas de discuter ici de la pertinence du modèle, notamment sur le plan de la gouvernance. Notons simplement que l'étude de l'exemple allemand permet d'apporter des réponses concrètes aux questions de la Commission européenne sur les PPPI, et constitue une source de réflexion sur le cas français.

En premier lieu, la mise en concurrence *pour l'entrée dans le capital* des SEM permet d'éviter le paradoxe rencontré en France, d'une mise en concurrence voyant s'affronter l'opérateur public créé à cet effet et des concurrents, dans une compétition souvent inégale.

En second lieu, la mise en concurrence pour l'entrée dans le capital impose de distinguer les partenariats purement financiers, dans lesquels un apporteur de fonds, parfois institutionnel (banque parapublique ou sa filiale) se contente de prendre une participation. Cette situation ne devrait pas relever de la problématique de l'accès à la commande publique et donc du droit de la mise en concurrence.

Les partenaires industriels s'opposent aux partenaires purement financiers : ils sont mis en concurrence sur la base d'un programme précis, qui tient lieu de contrat. C'est ainsi qu'a été constitué le consortium gérant les eaux de Berlin.

L'exemple allemand pourrait être une source de réflexions sur le "cas français". Les formes en développement de sociétés à capital public exclusif

³² Pour reprendre l'expression de la Communication interprétative de la Commission, "Partenariats public-privé et droit communautaire des marchés publics et des concessions", COM (2005) 569 final du 15 novembre 2005.

³³ Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), COM (2007) 6661 du 5 février 2008.

En France, un éventail de contrats pour satisfaire un besoin constant des collectivités publiques

Malgré l'engouement récent pour le contrat de partenariat, le PPP n'est pas, loin s'en faut, une nouveauté en France, comme dans beaucoup d'autres pays européens où il s'est développé rapidement dans les deux dernières décennies.

Les Français sont sans doute, parmi les Européens, ceux qui bénéficient de l'équipement et de la fourniture de service public par des partenaires privés depuis le plus longtemps et dans la plus grande variété de secteurs.

La création des contrats de partenariat public-privé résulte formellement de l'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat³⁴. La nouveauté constituée par la création de ces contrats n'est pourtant que très relative. En effet, contrairement à une opinion largement répandue, le droit français connaît le partenariat public-privé de longue date avec les contrats de concession. Il convient dès lors de distinguer les origines lointaines du contrat de partenariat (1.) de ses origines plus récentes (2.).

1. Les origines lointaines du partenariat public-privé en France : le contrat de concession

La puissance publique a depuis longtemps recours à un opérateur privé dans le cadre de contrats complexes et de longue durée réglant de façon exhaustive les obligations du concédant. Comme l'a montré Xavier Besançon³⁵, les premiers contrats de concession d'infrastructures et de transports remontent au XVI^e siècle. À cette époque, sont surtout concernées la canalisation des rivières et la construction des canaux, lesquels servent de routes de transport pour desservir les villes en biens alimentaires, en matériaux de construction et en produits de chauffage.

³⁴ J. O. 19 juin 2004. Sur ce texte, voir notamment et sans exhaustivité sur un sujet sur le quel il a beaucoup été écrit : les articles de A. Ménéménis, "L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ?", AJDA 20 septembre 2004, p. 1737-1754 ; S. Lagumina et L. Deruy, "L'ordonnance relative aux contrats de partenariat : dépasser la polémique", BJDCP n° 36, 2004, p. 348-361 ; LEGRAND, du MARAIS et PISSALOUX (dir.), "Numéro spécial PPP", *La Revue du Trésor*, mars-avril 2007.

les ouvrages de F. LICHERE., *Pratique des partenariats publics privés*, Litec, 2006 ; P. LIGNERES, *Partenariats public privé*, Litec, 2005 ; F. BRENET et F. MELLERAY, *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004*, Litec, 2005

³⁵ *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, LGDJ, 1999, p. 68 et s. Tous les exemples évoqués sont empruntés à cet ouvrage.

La concession du canal d'Adam de Craponne

"Le canal de Craponne" est un canal situé dans le département des Bouches-du-Rhône : il relie le Rhône à la Durance en partant d'Arles et, par un embranchement, communique avec l'étang de Berre en formant une île au-dessous de Salon-de-Provence Créé en 1554, il constitue sans doute l'une des plus anciennes concessions d'infrastructures françaises. Elle mérite d'être plus particulièrement évoquée pour plusieurs raisons.

D'abord, on y voit apparaître la notion d'utilité publique dont la constatation a été précédée d'une enquête publique : *"Conclusions prises par le susdict Procureur du Roy, en la susdicte Chambre, sur la communication à luy faite du susdict procès-verbal, informations et procédures du susdict commissaire par lesquelles il n'empêche la licence et dérivation avec les qualités et conditions requises par les manans et habitants des susdicts lieux, et à telle et certaine censive qu'il plaira à la susdicte Chambre arbitrer au proufict dudit seigneur, et sans préjudice de ces droits et considéré même l'augmentation et accroissement, proufict et utilité de la chose publique (...)"*.

Ensuite, le concessionnaire est tenu de payer une redevance au Roi: *"(...) À la charge que icellui Adam de Craponne servira au Roy, pour ladite prise de la susdicte eauz, ung escut sol de censive annuelle, payable à chacune feste de la Toussains (...)"*.

Enfin, la concession est assortie d'un véritable cahier des charges prévoyant un certain nombre d'obligations techniques : *"Item a été de pache convenu et accordé entre lesd. parties, mutuelle stipulation d'une partie et d'autre intervenant, que led. de Craponne sera tenu, comme aussy l'a promis, prendre les bleds en la ville, et rendre les farines en lad. ville, la ou il prendra les bleds, à ses propres dépens (...); Item sera tenu led. sieur de Craponne, comme l'a promis de faire des ponts à ses dépens pour passer charettes et bétail gros et menus"*.

Au cours des XVI^e et XVII^e siècles, les opérateurs privés se trouvent sollicités, toujours dans le cadre de contrats complexes et de longue durée, principalement pour la construction et l'exploitation d'équipements : ponts, pompes à eaux, fermes des postes, magasins généraux, etc...

Le XIX^e siècle marque de façon certaine l'avènement du partenariat contractuel entre les personnes publiques et les opérateurs privés. La concession constitue ainsi le support juridique, aussi bien pour construire des ouvrages, aménager des quartiers urbains, gérer des activités de transports ou de distribution de l'eau, que pour... réaliser la Tour Eiffel.

La Tour Eiffel: le partenariat public privé le plus connu au monde

En 1887, la Tour Eiffel fait l'objet d'une convention tripartite entre le ministre du Commerce et de l'Industrie, commissaire général de l'Exposition universelle de 1889, la Ville de Paris et Gustave Eiffel, ingénieur-constructeur. Cette concession prévoit notamment que *"pour prix de ces travaux, tels qu'ils sont évalués dans le devis ci-annexé, il est accordé en paiement à M. Eiffel une somme de quinze cent mille francs sur les crédits alloués à l'Exposition, et la jouissance de l'exploitation de la Tour pendant l'année de l'Exposition et pendant les vingt années qui suivront, à dater du premier janvier mil huit cent quatre-vingt dix, le tout dans les conditions suivantes (...)"*³⁶.

2. Les origines proches : le renouveau d'instruments largement éprouvés

Si le XIX^e siècle est celui de l'essor de la concession et de *"l'invention financière et contractuelle"*³⁷, le XX^e siècle est pour sa part marqué par l'introduction d'une certaine rigidité. Progressivement en effet, le droit français définit de manière de plus en plus stricte les relations contractuelles entre les personnes publiques et les opérateurs privés. La jurisprudence et la loi consacrent ainsi la distinction des contrats publics en deux grandes catégories : d'un côté, les marchés publics ; de l'autre, les délégations de service public.

À l'aube du XXI^e siècle, les deux types de contrat public (marchés publics et délégation de service public) n'apparaissent cependant pas en mesure de répondre à l'ensemble des besoins des personnes publiques. Parallèlement à l'utilisation des délégations de service public, les années 1990 voient en effet se développer des montages contractuels dans lesquels des personnes publiques cherchent à mobiliser leurs actifs immobiliers pour réaliser des infrastructures nécessaires à l'exécution de services publics mais auxquelles il n'est pas possible de faire contribuer financièrement les usagers.

Ce sont ces besoins qui ont conduit dans cette période au développement de montages contractuels inventifs, pour ne pas dire complexes³⁸, utilisant les seules

³⁶ X. Bezançon, *op. cit.*, p. 126.

³⁷ X. Bezançon, *op. cit.*, p. 104.

³⁸ Sur ce point, voir P. Terneyre, "Les montages contractuels complexes", AJDA 1994, n° spécial, p. 43.

ressources de la jurisprudence ou d'avis ponctuels du Conseil d'État. À de rares exceptions près – notamment le bail emphytéotique administratif, ou BEA, réservé aux seules collectivités territoriales – ces montages n'ont pas donné une réponse totalement satisfaisante, en raison de leur complexité et de leur insécurité juridique. Ces handicaps se sont révélés alors déterminants pour empêcher un recours régulier à ce type de montage.

En effet, plutôt que des montages *ad hoc* qui ne garantissaient pas nécessairement la transparence de ces opérations, le juge a renvoyé l'Administration devant le législateur pour trouver la réponse face aux limites imposées au recours aux contrats globaux par le Code des marchés publics et par la loi MOP de 1985³⁹.

Le constat de ce manque devait apparaître d'autant plus déterminant qu'il était concomitant au développement à l'étranger de formes contractuelles nouvelles, notamment la *Private finance initiative* britannique. Mais il faut répéter que les PPP ont pré-existé à la PFI. Alors que certains considèrent le contrat de partenariat comme une copie de la PFI, tout au plus peut-on dire que celle-ci a agi comme un puissant stimulus sur les pouvoirs publics pour développer ce type de montage.

C'est ainsi que le législateur est intervenu à plusieurs reprises, à partir de 2000, afin de créer des contrats permettant de faire intervenir un partenaire privé pour satisfaire les besoins de la commande publique complexe. Créé en 2004, le contrat de partenariat est devenu l'outil le plus abouti de la commande publique complexe avec paiement de la collectivité publique.

2.1 Un éventail d'instruments juridiques

L'évolution du droit français de la commande publique au cours des deux dernières décennies a notamment consisté en une multiplication de formes contractuelles inédites, plus ou moins inspirées du droit privé et découlant de la liberté contractuelle progressivement reconnue aux personnes publiques.

Les différents contrats publics obéissent à des régimes juridiques différents. Chaque contrat est spécifique par rapport à l'autre, tant du point de vue de sa passation que du point de vue de son exécution. La multiplicité des montages contractuels est souvent considérée comme la source de coûts de transaction et d'un besoin important d'expertise préalable. En

effet, la frontière existant entre les différents contrats publics, souvent délicate à établir, apparaît comme une source d'insécurité juridique. Le risque contentieux, tant devant le juge administratif que devant le juge pénal, provoque alors une sorte d'inertie de la part des acheteurs publics. La nécessité d'identifier soigneusement au préalable les différents montages contractuels peut constituer une barrière à l'entrée pour les PME ou les opérateurs étrangers. Dans tous les cas, la lourdeur et la complexité des procédures de passation qui se fondent principalement sur des seuils en termes de montant de l'opération sont unanimement critiquées.

Ainsi, c'est une réflexion générale sur la commande publique complexe qui est aujourd'hui indispensable.

2.1.1 Les critères de distinction entre les différents contrats

L'exercice de qualification juridique, et donc d'identification des différents montages contractuels, est d'importance dans la mesure où de cette qualification dépend notamment le choix d'une procédure de passation.

Les différents montages contractuels complexes existant en droit français

- le marché public⁴⁰
- la convention de délégation de service public⁴¹
- le contrat de partenariat⁴²
- les conventions d'occupations domaniales (dites autorisation d'occupation temporaire – AOT)
- Les contrats de régimes sectoriels ou contrats assimilés au contrat de partenariat

2.1.2 La proximité avec la gestion du service public

Les marchés publics sont soumis au respect des dispositions du Code des marchés issus du décret du 1^{er} août 2006 et des directives communautaires 2004/17 et 2004/18 du 31 mars 2004. Ces textes prévoient un certain nombre de procédures formalisées en fonction de seuils (voir les schémas de déroulement en annexe III) :

³⁹ CE, 8 février 1999, Préfet des Bouches-du-Rhône contre Commune de la Ciotat, RFDA 1999, p.1183, BJCP, mai 1999. N°4, p.352-360. Concl. obs. C. Mangüé.

⁴⁰ Issu du décret du 1^{er} août 2006.

⁴¹ 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.

⁴² Ordonnance du 17 juin 2004 (en cours de réforme).

- ▶ *appel d'offres*, procédure dans laquelle les candidats, qui y ont été admis, déposent une offre intangible ;
- ▶ *dialogue compétitif*, lorsque les projets répondent à une condition de complexité, et qui est une procédure dans laquelle les offres intangibles seront examinées à la fin d'une phase de dialogue entre chaque candidat et l'acheteur public au cours de laquelle, à chaque étape, le besoin de la collectivité et les solutions techniques pour y répondre, sont affinés ;
- ▶ *procédure négociée* dans des hypothèses spécifiques au cours de laquelle les offres peuvent évoluer⁴³.

Les conventions de délégation de service public, dont le régime juridique a été précisé par les lois du 29 janvier 1993 dite "loi SAPIN" et du 11 décembre 2001 dite MURCEF, sont *conclues intuitu personae*. À ce titre, la puissance publique procède à une négociation avec l'ensemble des opérateurs admis à soumissionner. Cette procédure de passation est très souple et permet d'éviter les lourdeurs (en termes de délais et coûts) et la complexité d'une procédure formalisée.

Cette question de la frontière entre marché public⁴⁴ et convention de délégation de service public a pris une ampleur considérable avec l'intervention de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993⁴⁵, qui organise une procédure particulière pour la conclusion des conventions de délégation de service public.

2.1.3 Le mode de paiement

Reprenant la Directive de 2004, le Code des marchés publics indique que le marché public est un contrat conclu "à titre onéreux"⁴⁶. Cette notion marque la distinction classique qui existe entre le marché public et la convention de délégation de service public.

En matière de délégation de service public, le principe de base est le suivant, le délégataire ne conclut un contrat de délégation de service public qu'à la condition d'en espérer une rémunération :

- ▶ Soit cette espérance comporte une part d'aléa, car le montant précis de la rémunération, qui dépend de la

recette du service c'est-à-dire du nombre d'utilisateurs utilisant le service, n'est pas connu.

- ▶ Soit la rémunération est certaine dans son montant, car elle est forfaitaire.

Dans les deux cas, l'économie générale de la convention doit garantir au délégataire la possibilité d'être rémunéré.

Traditionnellement, la délégation de service public impliquait un financement par les redevances des usagers du service, tandis que le marché public implique le paiement d'un prix⁴⁷.

Le Conseil d'État a d'ailleurs expressément affirmé que lorsque la rémunération consiste en un prix payé par la personne publique responsable du service, le contrat ne peut pas être qualifié de convention de délégation de service public⁴⁸.

Cependant, la plupart du temps, la rémunération du délégataire provient non des usagers mais directement de la personne publique délégante. Peu à peu, il a été soutenu que la délégation de service public était plutôt caractérisée comme un transfert global de la mission de service public, de ses charges, risques et modalités de rémunération. Dans un arrêt du 16 avril 1986⁴⁹, le Conseil d'État a considéré que la rémunération d'un concessionnaire de programmes télévisés n'a pu résulter ni d'une dotation de la personne publique concédante, ni d'une redevance perçue sur l'utilisateur, mais de la simple exploitation du service, notamment de la diffusion de messages et d'écrans publicitaires.

Par ailleurs, le problème s'est posé de la qualification de certains contrats qui combinaient deux types de rémunération : des ressources tirées de l'activité de service public et des subventions ou des compensations versées directement par la personne publique. Dans l'hypothèse où les deux sources de rémunération sont équivalentes, les possibilités de qualification sont ouvertes. Dans un arrêt du 15 avril 1996, *Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Lambesc*⁵⁰, le Conseil d'État a affirmé que "les dispositions de la loi

⁴³ Article 35 du Code des marchés publics.

⁴⁴ Issu du décret du 1^{er} août 2006 pour la dernière mouture.

⁴⁵ L. 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.

⁴⁶ C. marchés public., art 1^{er}.

⁴⁷ Le commissaire du gouvernement Chardenet, dans ses conclusions sur l'arrêt *Gaz de Bordeaux* donnait une définition de la convention de délégation de service public : "c'est un contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public" : CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. CE, p 125 ; RDP, 1916, p 206, note Jeze, GAJA, n°33, p. 184.

⁴⁸ CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, Rec. CE, p 812.

⁴⁹ CE, 16 avril 1986, *Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion*, RDP, 1986, p 847, concl. Dutheillet de Lamothe ; RFDA, 1987, p 2, note Delvolvé P. et Moderne F.

⁵⁰ CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Lambesc*, Rec CE, p 137 ; RFDA, 1996, p 715, concl. Chantepy C., note TERNEYRE P.

du 29 janvier 1993 n'ont pas eu pour objet et ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les marchés publics, tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation". Autrement dit, les marchés publics sont définis par référence au mode de rémunération du cocontractant, même s'il ne semble plus être exigée la présence exclusive de redevances sur les usagers pour identifier une délégation de service public. Cette formule a été reprise par le législateur à l'article 3⁵¹ de la loi du 11 décembre 2001 (loi MURCEF) qui a inséré un nouvel alinéa à l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993⁵².

Cette notion de "rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation" soulève des difficultés d'interprétation. Dans un arrêt du 30 juin 1999⁵³, le Conseil d'État a indiqué clairement qu'un contrat de traitement des déchets par lequel la rémunération du cocontractant était composée, d'une part d'un prix payé et, d'autre part, d'une partie variable provenant tout à la fois des recettes d'exploitation liées au traitement des déchets collectés auprès d'autres usagers de la vente de l'énergie produite et des éventuelles recettes supplémentaires doit être analysé comme une délégation de service public. La rémunération est dans ce cas donc considérée comme "substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation même si le prix payé par la collectivité ne représentait qu'environ 30 % de l'ensemble des recettes de l'opérateur".

2.1.4 Le degré et la nature du risque

Le seul critère du prix constitue certes un indice mais pas un critère de différenciation en tant que tel entre les contrats. La jurisprudence a cristallisé cet indice autour de la notion de risque ou d'aléa économique. À ce titre, le juge communautaire considère que le véritable critère de la délégation de service public repose sur le risque d'exploitation⁵⁴. La CJCE a ainsi considéré que les directives "marchés" ne s'appliquent pas aux concessions de service public⁵⁵. C'est le mode de rétribution qui constitue le critère d'identification d'une délégation de service public.

Au niveau interne, par un arrêt du 7 avril 1999 rendu dans une affaire *Commune de Guilhaud-Granges*⁵⁶, le Conseil d'État a jugé qu'un contrat intitulé "traité de gérance" passé par une commune avec une entreprise était en réalité un marché public.

En l'espèce, le mécanisme de rémunération était le suivant : d'une part, s'agissant de la gestion de distribution d'eau potable, la rémunération était composée d'une partie fixe et d'une partie proportionnelle. D'autre part, s'agissant de la gestion du service d'assainissement, la rémunération était proportionnelle au volume d'eau. Le Conseil d'État qualifie de prix ces rémunérations versées par la commune proportionnellement au service. Dès lors, il s'agit d'un marché public⁵⁷.

La convention de délégation de service public se reconnaît donc aujourd'hui à ce qu'elle fait supporter au délégataire le risque financier de l'exploitation, quel que soit le mode de rémunération choisi même si le Conseil d'État n'emploie pas expressément le terme "risque".

En conséquence, la délégation de service public implique une certaine autonomie du délégataire. Cette autonomie est liée à l'économie de la gestion déléguée qui implique en principe un transfert des risques de l'exploitation du service public. L'autonomie de l'exploitant se reconnaît au fait qu'il fixe, notamment, le règlement de service, recrute ses agents, choisit ses fournisseurs. Mais, l'autonomie de l'exploitant ne signifie pas qu'il exerce ses activités sans contrôle de la part de l'autorité délégante. Cette idée de contrôle constitue un élément de la définition d'une délégation de service public.

Le transfert des risques de l'exploitation d'une activité de service public n'est pas pour la jurisprudence à proprement parler un critère déterminant. Mais, il se cumule avec les autres critères. Malgré tout, sur proposition de son commissaire du gouvernement, la Cour administrative d'appel de Lyon⁵⁸ a introduit un tempérament à la règle dégagée par la jurisprudence *Commune de Guilhaud-Granges*, en jugeant qu'un cocontractant rémunéré de manière forfaitaire par une commune pour une prestation de secours en montagne incluant le déclenchement d'avalanches

⁵¹ "Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service".

⁵² L. n°93-122 du 29 janvier 1993.

⁵³ CE, 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest Seine-et-Marne*.

⁵⁴ CJCE, 10 novembre 1998, *Communes d'Arnhem et de Rheden*.

⁵⁵ CJCE, 7 décembre 2000, *Teleaustria Verlags GmbH*.

⁵⁶ CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilhaud-Granges*, AJDA, 1999, p 517, concl. Bergeal C. ; BJCP, 1999, p 460.

⁵⁷ C'est clairement ce qui résulte de l'analyse des conclusions du Commissaire du gouvernement C. Bergeal.

⁵⁸ CAA Lyon, 24 octobre 2000, *Commune de Val d'Isère, SA secours aérien français c/ Sté Mont Blanc hélicoptères*, BJCP, 2001, n° 17, p 320.

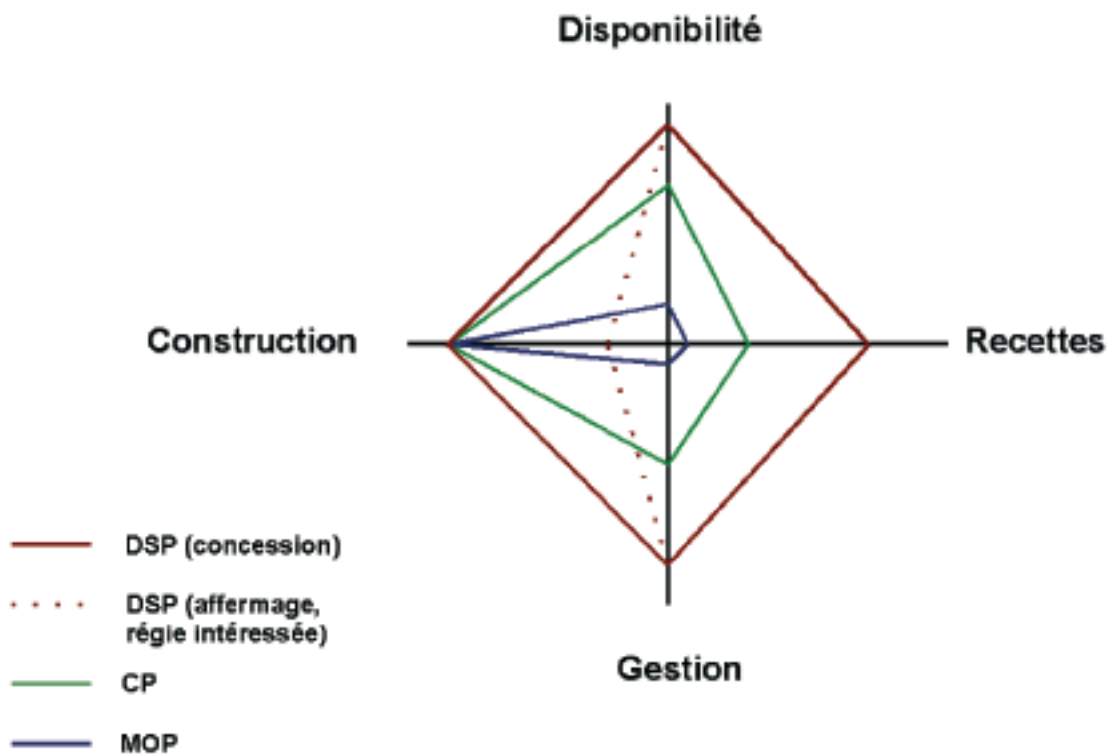
était un délégataire de service public. Le motif de cette décision est lié au fait que les résultats de l'exploitation du service en cause étaient par nature aléatoires et par conséquent, variables, la société n'ayant aucune garantie de rémunération, ni l'assurance de se voir confier un nombre minimum de missions par station.

Ce critère du transfert du risque financier souffre néanmoins d'une difficulté. Il est nécessaire d'analyser la structure financière du contrat. La notion de risque

constitue "la résultante de la manière dont est organisé l'équilibre financier du contrat"⁵⁹. Le juge administratif devient donc le fondement nécessaire et complémentaire du risque et fournit avec celui-ci un second fondement au critère de la rémunération comme outil de distinction entre marché public et délégation de service public.

La typologie des risques opérée par le droit administratif français peut se représenter graphiquement.

Carré sectoriel des principaux risques transférés aux partenaires privés selon le type de contrat



Source : Institut de la gestion déléguée.

⁵⁹ L. VIDAL : "Le juge administratif, l'économie et le contrat", RFDA, 1999, p 1147.

En se fondant sur le caractère onéreux du contrat et l'absence de lien avec le service public, le Conseil d'Etat a qualifié expressément les contrats de mobilier urbain de marchés publics⁶⁰.

Ainsi, l'analyse de la structure financière du contrat est indispensable afin de déterminer la nature juridique du contrat. L'évaluation préalable prévue par l'Ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat est le moment où peut s'opérer cette analyse de façon efficace. Il serait donc utile de procéder à une telle évaluation préalable quel que soit le montage contractuel choisi par la personne publique. Cette analyse *ex ante* permettrait en outre d'éviter un certain nombre de contentieux ultérieurs devant le juge administratif.

2.2 Les enjeux considérables de la distinction entre les différents contrats publics

2.2.1 Un enjeu politique : notre relation avec les institutions européennes

Le nouveau Code des marchés publics issu du décret du 1^{er} août 2006 procède à un alignement accru des dispositions applicables en droit interne sur le droit communautaire sur plusieurs plans. Ainsi, le Code des marchés publics s'applique désormais aux pouvoirs adjudicateurs (abandon des notions de personne responsable du marché (PRM) et d'acheteur public). Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 2 du Code des marchés publics sont l'État et ses établissements publics administratifs, les collectivités territoriales et leurs établissements publics. La formule retenue par le Code des marchés publics recouvre les établissements culturels (Opéra de Paris, Bibliothèque nationale de France, École du Louvre), les établissements publics à caractère scientifique et technique (INSERM, CNRS), les établissements à caractère scientifique, culturel et professionnel (Université) et les établissements à caractère sanitaire et social. Sont exclus les groupements d'intérêt public.

La directive communautaire 2004/18/CE du 31 mars 2004 a pour ambition de régir l'ensemble du droit de la commande publique dans les États membres. Elle doit donc retenir des définitions suffisamment larges pour englober toutes les entités juridiques qui, dans les différents États membres, sont considérées comme remplissant le critère organique du marché public. À ce titre, les directives communautaires ne peuvent pas

s'en tenir à définir les pouvoirs adjudicateurs en fonction de catégories préétablies. C'est ce qui explique qu'à côté de l'État et des collectivités territoriales, la directive vise comme pouvoirs adjudicateurs "les organismes de droit public". Ainsi, l'article 1^{er} de la directive 2004/18/CE dispose que "*les marchés publics sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive*". Cette même directive établit la liste des pouvoirs adjudicateurs. "*Sont considérés comme pouvoirs adjudicateurs : l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou par un ou plusieurs organismes de droit public*".

Pourtant, malgré cette "communautarisation" accrue du Code des marchés publics, l'existence d'un cadre juridique communautaire continue de poser de nombreuses difficultés à l'ensemble des acteurs de la commande publique, notamment pour des opérations complexes. Ces difficultés, d'ordre essentiellement juridique, ont des répercussions politiques et économiques importantes.

D'une part, la France doit très fréquemment faire face à des critiques de la Commission européenne, portant sur la restriction à l'accès de certains segments de l'achat public et tout particulièrement celui de la commande complexe et de long terme. Or, ces critiques se matérialisent régulièrement par des actions en manquement devant la CJCE, soit en raison de la mauvaise transposition des textes, soit sur des opérations particulières. Notre pays apparaît ainsi fréquemment comme un mauvais élève alors que certains observateurs de pays tiers se félicitent au contraire de la grande transparence de notre dispositif relatif aux marchés publics⁶¹.

D'autre part, l'absence d'homothétie entre les catégories juridiques du droit communautaire et du droit interne crée une grande incertitude juridique pour l'ensemble des acteurs de la commande publique. La situation de ceux-ci est d'autant plus incertaine qu'existent des critiques de la Commission et que le droit communautaire peut être invoqué directement devant le juge administratif.

Le présent rapport, sans refaire un historique complet des textes et de la jurisprudence en matière de droit communautaire sur les différents modes de commande publique, se concentre sur les enjeux les plus

⁶⁰ CE, Ass., 5 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, *BJCP*, 2006, n°44, p. 27, concl. D. Casas ; *RJEP*, 2006, n°628, p. 71, note F. Lichère.

⁶¹ Voir par exemple, en matière de marchés publics de service informatiques, l'intervention Tom Marten représentant alors WorldCom en France : *L'Administration électronique au service des citoyens*, (dir. B. du Marais, G. Chatillon), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 117.

importants qui apparaissaient au moment de l'étude (novembre 2007-mars 2008). Celle-ci se situe à une période-charnière à plusieurs égards⁶² :

- ▶ publication d'une communication de la Commission sur les partenariats publics/privé institutionnels ;
- ▶ principe admis d'une législation sur les concessions ;
- ▶ réflexion prospective sur son contenu ;
- ▶ mais aussi lien avec la situation budgétaire, l'endettement et le respect du pacte de stabilité ;
- ▶ évolution possible des normes comptable publiques communautaire régissant les contrats de partenariat (ce point étant abordé plus bas, en chapitre 3 sous l'angle de son influence sur l'évolution des modalités de supervision de ces opérations).

La problématique des marchés de services financiers, qui est l'objet d'un affrontement récurrent avec la Commission, fait par ailleurs l'objet d'une présentation en annexe VI.

2.2.1.1 L'action communautaire inclut les partenariats publics privés dits "institutionnels" (PPPI)

L'action de la Commission ne suit pas la distinction faite en droit national entre les montages contractuels et ceux qui s'appuient sur des sociétés mixtes (dits PPP institutionnels ou PPPI).

Si l'on se fie, par exemple, à la version actualisée d'une étude⁶³ sur les entreprises publiques locales dans l'Europe des 25, ce secteur⁶⁴ représente 1,5 % du PIB de l'Union européenne et s'accroît tant dans les pays où son importance est classique (Allemagne, France, Grèce, Italie, Suède...) que dans les pays nouveaux entrants⁶⁵.

Le 5 février 2008, la Commission a rendu publique une communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux PPPI⁶⁶. Ce texte – qui n'est pas impératif – précise quatre éléments principaux à partir de l'interprétation que la Commission fait de la jurisprudence récente de la CJCE, et particulièrement de l'arrêt *Stadt Halle*⁶⁷.

1. La clarification porte d'abord sur une interprétation stricte des prestations internes (dites parfois "in house"). Depuis l'arrêt de la CJCE en date du 18 novembre 1999, *Teckal*⁶⁸, ce type d'opération constitue une exception à la législation relative aux marchés publics. Une participation, même minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société mixte exclut une telle relation entre la société et l'entité adjudicatrice. Il est en ainsi non seulement dans le cas d'une participation effective, mais encore lorsque existe l'intention d'ouvrir à l'avenir le capital de la structure mixte à des entités privées pendant la période d'exécution des contrats. Sur ce sujet, la Commission, reprenant la jurisprudence de la CJCE, se distingue de la position française exprimée le 12 juin 2007 sur le contrôle majoritaire, estimant qu'elle pose un problème de concurrence et d'influence des intérêts privés.

2. Le deuxième point a trait à l'éventuelle nécessité d'une double mise en concurrence, une première fois pour la sélection du partenaire privé du PPPI, une seconde pour l'attribution du marché ou de la concession. Sans l'exclure tout à fait, la Commission l'estime "difficilement praticable". La Fédération des SEM française devrait se satisfaire de cette solution qui rejoint sa propre perception. La Commission préconise clairement le schéma suivant : sélection concurrentielle d'un partenaire privé dans une procédure dont l'objet est le marché ou la concession devant être attribué à l'entité mixte, s'accompagnant de la création du PPPI. Cette simultanéité permet d'attribuer le marché ou la concession à l'entité mixte.

3. La troisième précision a trait aux mesures favorisant la transparence : les soumissionnaires doivent avoir accès aux informations appropriées, y compris le projet de mettre en place une entité à capital mixte ; les critères de sélection doivent respecter le principe de non-discrimination ; les informations fondamentales doivent figurer dans l'avis d'appel d'offres sur le marché ou la concession à attribuer, sur les statuts de l'entité mixte, le pacte d'actionnaires et les relations contractuelles entre les entités, de même que les possibilités de renouvellement, de modification ou d'attribution de nouvelles tâches.

⁶² Voir en annexe V la liste des textes et documents européens marquant l'évolution récente du débat sur les partenariats public privé.

⁶³ *Les entreprises publiques locales dans l'Europe des 25*, Dexia éditions, étude 1999 mises à jour en septembre 2004.

⁶⁴ On retient la définition d'une "entreprise de forme sociétaire, exerçant une mission d'intérêt général et dont au moins 50 % du capital est détenu par une ou plusieurs collectivités locales, voire moins de 50 % si ces autorités conservent en pratique un contrôle réel sur l'activité de l'entreprise" (étude comparée précitée).

⁶⁵ Le recensement conduit à identifier 16 000 entreprises, réalisant 140 milliards d'euros de chiffre d'affaires et employant 1,1 million de personnes (id.).

⁶⁶ Communication de la Commission du 5 février 2008 concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés.

⁶⁷ CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03.

⁶⁸ Aff. C-107/98.

4. Le dernier point concerne précisément les développements ultérieurs à la création du PPPI, qui ne peut se voir attribuer des marchés ou concessions supplémentaires sans nouvelle mise en concurrence, nécessaire aussi pour toute modification des termes essentiels du contrat non prévue dans le cahier des charges, à la seule exception des ajustements que le pouvoir adjudicateur a prévus et indiqués.

Il reste à noter que le domaine des marchés publics non soumis ou partiellement soumis à la directive 2004/18/CE demeure dans une relative incertitude, dans la mesure où la communication interprétative de la Commission sur le sujet (qui traduit le droit communautaire que la Commission estime applicable en ce domaine, et avec lequel la communication PPPI établit plusieurs parallèles) fait l'objet d'un recours en annulation de certains États membres et du Parlement européen.

2.2.1.2 Principe d'une législation sur les concessions

Sans qu'une décision ait été formellement prise sur la rédaction d'un projet de directive relative aux concessions, cet objectif a été inscrit dans le programme de travail de la Commission. Le choix du moment en revanche n'est pas définitivement arrêté. Alors que fin 2007, la rédaction d'un tel projet était prévue pour le 1^{er} semestre 2008, qui aurait donné lieu à une négociation sous présidence française, les interlocuteurs de la mission estimaient plus probable que cette négociation se déroule en 2009 après les élections au Parlement européen.

Malgré ces aléas de programmation, il est significatif que la Commission européenne, huit ans après la communication interprétative de 2000 sur les concessions⁶⁹, opte très vraisemblablement pour l'élaboration d'un projet de directive qui est à la fois souhaité et redouté par les États membres, dont la France.

Le principe même d'une législation sur les concessions, qui faisait écho à la communication interprétative de 2000⁷⁰, avait été jugé "probable" dès 2005 par une communication de la Commission⁷¹ – qui

donnait elle-même suite à son Livre vert⁷² du 30 avril 2004. La Commission y écartait le sentiment présupposé selon lequel le droit communautaire n'exigerait pas l'ouverture à la concurrence des procédures d'attribution de concessions. Les principes généraux du Traité, en dépit de la clarification de la Cour, laisseraient trop de marge de manœuvre aux pouvoirs adjudicateurs et ne pourraient donc pas garantir l'égalité de traitement des entreprises européennes. Elle écartait les arguments hostiles à une législation, estimant que ni le principe de subsidiarité ni la nécessaire souplesse en matière de concessions ne s'opposaient à une telle initiative.

La Commission estimait que cette éventuelle législation devrait couvrir à la fois les concessions de travaux et de services, et fournir une délimitation claire entre concessions et marchés publics. Elle définirait la notion de publicité adéquate et préciserait les règles de sélection des concessionnaires, sur la base de critères objectifs et non discriminatoires – dans le respect du principe d'égalité de traitement des participants à la procédure d'attribution. Elle devrait traiter des problèmes relatifs à la longue durée des concessions et à la nécessité de les adapter dans le temps. Elle ne devrait en tout état de cause pas modifier la réglementation sectorielle couvrant l'attribution de concessions.

Depuis lors, la position française poursuit deux objectifs. D'une part, elle souhaite que le "modèle français", porté par la "loi Sapin"⁷³ soit repris comme cadre opérationnel par l'Union européenne. D'autre part, elle s'oppose à ce que la "Loi Sapin" puisse être remise en cause par une directive plus contraignante, plus sévère envers la procédure négociée, alors qu'elle représente une sorte de point d'équilibre entre souhaits des pouvoirs publics (y compris les représentants des collectivités territoriales) et des opérateurs économiques.

Les points qui feront probablement débat, concernent :

- la définition et la distinction entre les concessions de travaux et de services (non encore définies en droit communautaire dérivé, à la différence des précé-

⁶⁹ Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, 2000/C 121/02. Ce texte avait pour objet d'assurer l'information des opérateurs concernés et de pouvoirs publics quant aux dispositions que la Commission estimait applicables aux concessions, soumises aux dispositions pertinentes du traité ainsi qu'aux principes dégagés par la jurisprudence de la Cour en la matière.

⁷⁰ La communication précitée mentionnait in fine que "l'effort de transparence que représente la publication de la présente communication ne préjuge toutefois pas d'une éventuelle proposition législative en matière de concessions, s'il s'avérait que celle-ci était nécessaire pour renforcer la sécurité juridique".

⁷¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM (2005) 569 final.

⁷² Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM (2004) 327 final.

⁷³ Expression employée communément pour désigner la 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, de façon en partie inappropriée, s'agissant d'un texte modifié à plusieurs reprises de façon significative (loi n° 99-586 du 12 juillet 1999, loi MURCEF n° 2001-1168 du 11 décembre 2001...); codifiée pour les collectivités territoriales aux articles 1411-1 et s. du code général des collectivités territoriales.

dentes⁷⁴). Cette distinction devrait être fondée sur la valeur totale prévisionnelle des prestations et des travaux au moment de la dévolution, afin de correctement apprécier la valeur actualisée de l'ouvrage pendant la durée du contrat. Pour les services, la valorisation reposerait sur le chiffre d'affaires.

- ▶ le "dialogue compétitif" que la Commission souhaiterait développer. Il est subordonné à l'indétermination au départ du projet (sur les moyens d'obtenir un résultat ou sur le montage juridique et financier) Ceci est adapté à certains projets complexes mais ne l'est pas forcément pour les délégations de service public de type "loi Sapin".
- ▶ la durée de la concession : une durée maximale n'est pas forcément aisée à combiner avec l'approche économique et notamment la durée d'amortissement des investissements dans certains secteurs.
- ▶ l'évolution des contrats, qui est nécessaire pour garantir la continuité des services publics délégués et l'évolution tant des prestations que des conditions économiques.
- ▶ la question de la propriété intellectuelle, dont la protection revêt plusieurs aspects (secrets de fabrication, ingénierie financière, d'une façon générale toutes les spécificités d'une solution permettant d'améliorer la qualité d'une offre et de diminuer son coût) et qui devrait être prise en compte par une harmonisation européenne pour éviter une divulgation nuisant, en définitive, aux opérateurs les plus performants.
- ▶ une législation communautaire pose aussi la question de l'introduction de seuils qui sont parfois artificiels et difficiles à utiliser. Ils peuvent retarder une opération, fragiliser sa sécurité juridique ou la rendre économiquement inefficace.
- ▶ le problème des délais de mise en concurrence dans le cadre notamment du dialogue compétitif. La France fait valoir que ce qui est gagné en performance stricte ne doit pas être insignifiant par rapport à ce qui est perdu par cette procédure plus longue, contraignante et coûteuse que ne l'est la procédure de la "loi Sapin".

▶ la question de la continuité du service, que la Commission relie à la transposition de la directive recours⁷⁵, qui retient une nullité possible à titre d'exception lors d'attributions directes. La Commission estime qu'elle respecte les exigences éventuelles de continuité du service public par l'accent mis sur la "transparence ex ante"⁷⁶.

En revanche, il faut souligner que le DG MARKT de la Commission ne s'intéresse qu'à l'accès à la commande publique, ce qui est cohérent avec son mandat. À l'exception de l'évolution du contrat, à travers la problématique des avenants, la discussion sur le projet de Directive n'aborde guère l'exécution du contrat.

On peut cependant remarquer que cet aspect commence à être pris en compte par la Commission, mais à travers un autre exercice : celui du suivi des politiques budgétaires dans le cadre de la mise en œuvre du pacte de stabilité.

2.2.1.3 L'évolution possible des normes européennes de comptabilité nationale

Au titre du suivi des critères de convergence de l'Union monétaire, la comptabilisation des contrats de partenariat dans les budgets publics est un enjeu majeur tant pour les autorités nationales que pour les instances communautaires. Celles-ci souhaitent éviter que les entités adjudicatrices optent pour des contrats de partenariats par facilité budgétaire, au seul motif de la déconsolidation (comptabilisation hors bilan) de ces engagements publics de long terme.

Les règles de comptabilisation doivent assurer la comparabilité au sein de l'Union des modes d'enregistrement des partenariats. EUROSTAT les a établies en 2004, en se fondant sur la combinaison de trois critères opérationnels⁷⁷. Le critère de la propriété économique est le premier déterminant, il prime la propriété réelle ou apparente et se fonde sur le partenaire qui bénéficie ou supporte le risque économique. Ensuite, l'enregistrement hors bilan dépend, d'une part, du risque de construction et d'autre part, soit du risque de disponibilité, soit du risque commercial (c'est-à-dire lié à la demande). L'opération sera comptabilisée dans le bilan du partenaire qui supporte deux des trois catégories de risques.

⁷⁴ Il existe en effet une définition des concessions de travaux depuis la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, qui pose la notion de contrepartie des travaux consistant dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix (article 1^{er} d).

⁷⁵ Directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 améliorant l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, publiée au JOUE le 20 décembre 2007. L'une des principales mesures instaure un délai de 10 jours entre la décision d'attribution d'un marché et sa signature, pour préserver les droits des soumissionnaires évincés. Si ce délai n'est pas respecté, les tribunaux doivent annuler, sous certaines conditions, le marché, même déjà signé, en le déclarant sans effet.

⁷⁶ Cependant le juge qui jusqu'ici avait une grande latitude pour exclure la nullité pour des motifs d'intérêt général aura un cadre plus strict dorénavant, en particulier pour les intérêts financiers ou patrimoniaux de la collectivité qui, directement liés au contrat, ne pourront plus être invoqués.

⁷⁷ Eurostat, *Nouvelle décision sur le déficit et sur la dette : Traitement des partenariats public-privé*, 18 février 2004.

Ces règles ont pu être critiquées, notamment parce qu'elles peuvent conduire à maintenir les dépenses dans le chef du partenaire privé sans considération pour la fonction d'un équipement ou d'un service – évaluée non pas seulement a priori, mais mesurée en cours d'exploitation en fonction de la demande qu'il draine. Le FMI redoute notamment que les PPP soient seulement utilisés comme une modalité de report de coût grâce à l'échelonnement des paiements, y compris pour des équipements très peu fréquentés ou rentables⁷⁸. Ce régime comptable inciterait les collectivités publiques à investir sans souci d'efficacité.

Le critère de la disponibilité pose peu de problèmes car il suffit d'une maintenance correcte pour éviter d'être soumis à ce risque. Il ne devrait donc pas être un risque alternatif à celui de la demande. Certains proposent donc une définition plus stricte en imposant de cumuler les deux critères de disponibilité et de demande.

La réforme des critères EUROSTAT ne nécessite pas de décision collégiale de la Commission : il s'agit d'une norme fixée par consensus au sein du collège des experts statistiques nationaux (par exemple pour la France l'INSEE). C'est pourquoi une évolution prochaine, si elle est envisageable sur ce sujet, prendra quelques années.

Même si des besoins importants d'infrastructures publiques apparaissent au niveau communautaire, par exemple dans les infrastructures d'énergie ou de transport, un durcissement des conditions de déconsolidation aurait des conséquences très importantes sur les finances des deux catégories de partenaires.

2.2.2 Des enjeux juridiques majeurs en droit interne : la relation avec les Juges

Le juge, n'étant pas lié par la qualification opérée par les parties cocontractantes, peut procéder à une requalification du montage contractuel et sanctionner en conséquence.

Parallèlement, le droit communautaire influence grandement la notion de contrat administratif, d'autant plus que le droit communautaire est intégré de plein droit dans l'ordre interne. En effet, c'est sous l'impulsion du droit communautaire que le référé précontractuel est né⁷⁹. Les directives communautaires sur les marchés publics obligent les États à

intégrer des principes tels la transparence et la prise en compte des contraintes économiques.

L'intervention du juge du référé précontractuel

Ainsi, la procédure de référé précontractuel⁸⁰ permet, en effet, au juge administratif de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence résultant tant du droit national que du droit communautaire. Les règles dont le juge des référés précontractuels assure le respect sont celles relatives aux manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumises la passation des marchés publics, des délégations de service public et des contrats de partenariat public privé.

Disposant de pouvoirs extrêmement étendus, le juge du référé précontractuel sanctionnera la passation du contrat dès lors qu'il opérera une requalification dans la mesure où la procédure de passation choisie ne correspondra pas à la qualification contractuelle réelle.

L'intervention du juge du contrat

En outre, le contentieux contractuel devant le juge administratif s'est "étoffé" avec l'apparition récente d'un nouveau recours : le recours en contestation de validité ouvert désormais aux concurrents évincés⁸¹.

Désormais, les candidats pourront saisir le juge du contrat pour en faire constater la nullité (ou celle de certaines de ses clauses). Néanmoins, le juge administratif précise les conditions de recevabilité d'un tel recours. Ainsi, *"ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi"*

Ainsi, le risque de requalification par le juge administratif, pourra intervenir bien après la signature du contrat litigieux compte tenu des délais contentieux. Ceci apparaît comme un risque non négligeable en termes de coût de la procédure.

L'intervention du juge pénal

L'intervention du juge pénal en matière contractuelle constitue un frein au moins psychologique à l'efficacité de l'acte d'achat. En effet, même si certains

⁷⁸ T. Ter-Minassian (dir.), *Public-Private Partnerships*, Fiscal Affairs Department Working Papers, Washington DC, IMF, 2004.

⁷⁹ Directive 2007/66 du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/995 et 92/13 du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

⁸⁰ Prévue aux articles L.551-1 et L.551-2 CJA.

⁸¹ CE, Ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux signalisation, CJEG/RJEP*, octobre 2007, n°646, p. 337, concl. D. Casas ; D., 2007, n°35, p. 2500, note D. Capitant ; RDLC, 2007, n°4, p. 146, note B. du Marais et P. Houedanou ; LPA, 10 septembre 2007, n°181, p. 6, note J-M. Glatt ; AJDA, 2007, p. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher ; JCP G, 2007, n°39, p. 33, note M. Ubaud-Bergeron.

contrats n'entrent pas dans son champ d'application, la difficulté de qualifier précisément certains montages et la faculté pour le juge de les requalifier, contribue à un sentiment global d'insécurité pour tous les acteurs de la commande publique.

L'article 7 de la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public ont introduit une nouvelle infraction pénale inhérente aux contrats publics : le délit de favoritisme⁸² (ou délit d'octroi d'avantage injustifié).

L'article 432-14 du Code pénal dispose en effet "Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public".

Le champ d'application du délit de favoritisme est limité aux seuls marchés publics et conventions de délégation de service : le contrat de partenariat issu de l'Ordonnance du 17 juin 2004 n'y entre donc pas.

L'article 432-14 du Code pénal vise toute personne, quelle que soit sa fonction publique, privée ou élective, qui a le pouvoir d'intervenir dans la passation de la convention. Le texte exige en effet que l'auteur ait commis un acte contraire aux dispositions qui garantissent le libre accès aux marchés et l'égalité des candidats à la commande publique. Ainsi, ce délit repose sur l'existence d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics.

L'identification de ces dispositions est une étape clé du raisonnement du juge répressif.

La qualité de l'auteur :

L'article 432-14 du Code pénal vise toute personne, quelle que soit sa fonction publique, privée ou élective, qui a le pouvoir d'intervenir dans la passation

de la convention. Le texte exige en effet que l'auteur ait commis un acte contraire aux dispositions qui garantissent le libre accès aux marchés et l'égalité des candidats à la commande publique.

Ce n'est donc pas tant la qualité de fonctionnaire ou d'agent public ou de titulaire d'un mandat électif qui importe, que le pouvoir de la personne d'intervenir dans la procédure de passation, à quelque niveau que ce soit, actes préparatoires, publicité, mise en concurrence, analyse de la décision, choix etc... Sont concernés en premier chef :

- ▶ la personne responsable du marché ou son représentant ;
- ▶ les membres des commissions d'appel d'offres ou des commissions de travaux ;
- ▶ les membres des services techniques d'une collectivité ;
- ▶ les maîtres d'œuvre.

L'avantage injustifié :

Au sens de l'article 432-14, procurer, ou tenter de procurer, à autrui un avantage injustifié, c'est faire bénéficier une personne autre que soi-même, d'un acte matériel, administratif ou juridique (information privilégiée, publicité réduite du marché, clause technique sur mesure), constitutif d'une rupture du principe d'égalité devant la commande publique.

Il faut que l'avantage injustifié ait été procuré à autrui, non à soi-même. Cette seconde hypothèse serait susceptible d'être qualifiée de prise illégale d'intérêts.

Un acte irrégulier constitutif d'une faute :

C'est la violation par son auteur du Code des marchés publics, d'une loi ou d'une mesure réglementaire adoptée pour garantir le libre accès et l'égalité des candidats. Il s'agit de toutes les mesures qui réglementent la préparation, la passation et l'exécution des marchés, et qui vont conduire au choix d'un entrepreneur ou d'un fournisseur. C'est l'acte fautif qui génère l'infraction.

Exemples :

- ▶ le fractionnement des marchés (estimation du montant du marché) ;
- ▶ l'utilisation abusive des procédures sans publicité ni mise en concurrence préalables ;

⁸² Codifié à l'article 432-14 du Code pénal.

- ▶ octroi d'informations privilégiées accordées à un candidat au marché ;
- ▶ définition floue des besoins qui permettent de faire un choix arbitraire ;
- ▶ clause technique sur mesure ;
- ▶ publicité réduite ;
- ▶ réduction des délais de réception des candidatures ou de remise des offres en cas d'appel d'offres restreint ou ouvert ;
- ▶ modification d'une offre après ouverture des plis pour qu'elle puisse être retenue ;
- ▶ omission d'écartier une offre non-conforme ;
- ▶ composition irrégulière du jury de concours ;
- ▶ non respect des critères de choix ;
- ▶ prise en compte de données non identiques ;
- ▶ mises au point abusives qui favorisent l'attributaire ;
- ▶ avenants qui bouleversent l'économie générale du contrat ;
- ▶ l'utilisation de la sous-traitance pour octroyer à une entreprise déterminée pour favoriser l'attributaire, ou ne pas exiger l'exécution de certaines prestations.

Le délit ne peut pas être réprimé en l'absence d'intention de le commettre. Cependant, la spécificité du délit de favoritisme tient à ce que *l'intention se déduit de la constatation objective d'un manquement* que l'auteur n'a pu ignorer et qui permet de dire qu'il a agi en pleine connaissance de cause.

Si l'intention est exigée pour la constitution du délit, en revanche, la motivation de l'acte importe peu⁸³. Il n'est pas nécessaire que l'auteur du délit ait eu pour but de réaliser un profit personnel, peu importe le motif auquel il a obéi.

Le Premier Président de la Cour des comptes⁸⁴ a proposé, dans le cadre de la réforme de la Cour des comptes et de la Cour de discipline budgétaire et financière, d'appréhender l'infraction elle-même de favoritisme dans les contrôles et sanctions de la Cour des comptes. Ceci permettrait de continuer à la sanctionner, mais par une sanction administrative. Enfin, le groupe de travail présenté par J.M. Coulon sur "la dépénalisation de la vie des affaires" n'a pas abordé le délit de favoritisme, puisqu'il s'est concentré sur les infractions institutionnelles.

2.3 Le contrat de partenariat, outil le plus abouti de la commande publique complexe avec paiement public

2.3.1 Le contrat de partenariat, un contrat global à paiement public

L'Ordonnance du 17 juin 2004 met en place un système de contrats globaux par lesquels les collectivités publiques confient au secteur privé la mise en oeuvre de projets complexes, sans pour autant vraiment déléguer la gestion du service public. Cette mission globale comporte le financement, la construction d'ouvrages et leur exploitation mais le service public, *stricto sensu*, continue d'incomber à la personne publique. Ainsi les contrats de partenariat se distinguent de ce fait des délégations de service public et se rapprochent des marchés publics. Aussi doivent-ils être conformes aux objectifs de la directive communautaire n°2004/18 du 31 mars 2004. On sait, en effet, que l'Union européenne ne distingue pas entre les diverses formes de la commande publique qu'elle appréhende uniformément par le droit des marchés publics et les principes de concurrence.

Les articles 3 à 9 de l'ordonnance organisent la procédure de passation selon la procédure dite de dialogue compétitif. Saisi d'un recours contre l'ordonnance de 2004, le Conseil d'État a qualifié les contrats de PPP de marchés publics et considère la procédure de passation conforme aux objectifs des directives communautaires⁸⁵.

Le mécanisme de rémunération entre bien dans la catégorie des marchés publics, notamment au sens des directives "Marchés" puisque l'article 1^{er} de l'Ordonnance souligne que "la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat", et la seule circonstance que l'opérateur économique puisse être de surcroît "autorisé à se procurer des recettes en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante" ne peut faire obstacle à la qualification juridique de marché.

Pour le dialogue compétitif, il fallait éviter que la personne publique ne fixe les critères d'attribution du contrat définis dans l'avis d'appel à concurrence qu'après la phase de dialogue. Le Conseil d'État indique que les "précisions" susceptibles d'être faites

⁸³ V. Rapport "La dépénalisation de la vie des affaires" remis au Garde des Sceaux le 21 janvier 2008 par le groupe de travail présidé par M. J.-M. COULON. <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000090/0000.pdf>

⁸⁴ Rapport annuel de la Cour des comptes, février 2008 : <http://www.ccomptes.fr/CC/documents/RPA/RPA-integral1.pdf>.

⁸⁵ Voir CE, 29 octobre 2004, M. SUEUR et autres.

*s'agissant des critères ne soient pas des ajouts de critères nouveaux, qu'elles ne modifient pas les critères définis, ni leur pondération, et qu'elles soient portées à la connaissance des candidats, dans des conditions de délais raisonnables, de manière transparente et non discriminatoire*⁸⁶

Le projet de loi modifiant l'Ordonnance du 17 juin 2004 prévoit une clarification des conditions de recours au contrat de partenariat public privé (Art. 2 modifié de l'ordonnance du 17 juin 2004) qui sont présentées de façon détaillées en annexe n° X. La réforme vise à améliorer le dispositif existant tout en sécurisant le recours aux contrats de partenariat public privé.

2.3.2 Les différents contrats assimilés au contrat de partenariat

Fort de différents constats – besoin constant des collectivités de disposer d'un instrument de partenariat public privé de type "marché concessif" malgré la jurisprudence restrictive, contrainte budgétaire sur les collectivités publiques, réticences des décideurs publics à utiliser des solutions risquées, exemple de la PFI – le Gouvernement issu des élections de 2002 avait décidé de légiférer de façon d'abord sectorielle⁸⁷.

Avant l'intervention du texte général qui crée le contrat de partenariat et entre les deux élections présidentielles de 2002 et 2007, quatre textes vont se succéder pour permettre l'intervention d'opérateurs externes dans la fourniture des services publics dans différents secteurs en créant des contrats spécifiques :

- ▶ l'article 3 de la Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) du 29 août 2002 ;
- ▶ l'article 3 de la Loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002 (LOPJ) ;
- ▶ l'Ordonnance du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système santé (bail emphytéotique hospitalier BEH) ;
- ▶ la Loi de programmation militaire n°2003-73 du 27 janvier 2003 qui mentionne comme "alternatives à l'acquisition patrimoniale" la nécessité de rechercher "des solutions innovantes".

L'ensemble de ces dispositifs, qualifiés aujourd'hui de *contrats assimilés au contrat de partenariat*, et que la réforme en cours ne modifie pas, est présenté en annexe VII avec chacune de leurs spécificités.

2.4 Conclusions sur l'éventail des contrats utilisables en droit français

Au risque de requalification entre marché public et délégation de service public, s'ajoute une rigidification de chacune de ces deux catégories. **À l'heure actuelle, on ne peut en effet pas mêler, dans un même contrat, des caractéristiques relevant à la fois des marchés publics et des délégations de service public :**

- ▶ les délégations de service public présentent des limites, inhérentes à leur définition même, qui impliquent de déléguer la gestion d'un service public et non seulement celle d'un bâtiment ou d'un équipement, et qui ne sont qu'un moyen de fonctionnement du service public.
- ▶ De plus, il apparaît que la rémunération du délégataire doit être assurée par les usagers et non par la collectivité. Ainsi, la délégation de service public paraît inadaptée pour mettre en œuvre certains projets, tels que, par exemple, les shadow tolls, alors même que l'opérateur supporte le risque de fréquentation.
- ▶ Pour ce qui est des marchés publics, ils semblent également peu adaptés au financement privé d'ouvrages publics, du fait essentiellement de certaines dispositions du Code des marchés, notamment celles interdisant les clauses de paiement différé. Or, c'est précisément ce mode de paiement qui est privilégié dans de nombreux contrats de partenariats public-privé. De plus, l'article 10 de la loi MOP (*Loi n° 85-704 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*) prévoit que pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre doit être distincte de celle d'entrepreneur, ce qui empêche un même contrat de marchés publics de porter à la fois sur la conception et sur la construction d'un équipement.

⁸⁶ Selon les termes du Commissaire du Gouvernement, D. CASAS.

⁸⁷ Voir A. Ménéménis, art. précité.

Quelques éléments de classification des différents contrats publics utilisés pour des achats publics et de long terme

Personnes publiques concernées	Objet	DSP		BEA		BEH	AOT - LOA	CP		MIP
		BEA droit commun	LOPS/ LOPJ	CP avec risque commercial	CP droit commun					
État Collectivité territoriale Établissement public EPCI	Déléguer la gestion d'un service public	Compétent	Non compétent	Bien immobilier mis à disposition à un délégataire dans le cadre mission de SP	Bien immobilier mis à disposition est à construire	Compétent	Mission globale et longue confiée à un tiers par un contrat flexible	Compétent	Prestation répondant à un besoin de l'administration	
		Compétent	Non compétent	Non compétent	Compétent	Non compétent	Compétent	Non compétent	Compétent	
Le champ fonctionnel du contrat		Large : tout type d'investissement avec financement		Restreint : répondre aux besoins principalement immobiliers		Restreint : prestation de fournitures, services, travaux dont à besoin la collectivité				
La durée du contrat		En fonction de la durée d'amortissement		De 18 à 99 ans		70 ans maximum		En fonction de la durée d'amortissement		4 ans maximum
Évaluation préalable du contrat obligatoire		Non		Oui		Non		Oui		Oui
Manière de savoir quand les besoins de la personne publique sont satisfaits		Document détaillé définissant en amont les besoins de la collectivité		A la demande de l'Etat		Programme fonctionnel établi par le service concerné				
Transfert de la maîtrise d'ouvrage public	Détaillé	Oui	Non	Non	Oui	Non	Oui	Oui	Oui	Oui
	Implicite	Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Oui	Non	Non	Non
Procédure de sélection du cocontractant		Intervention d'une commission ad hoc, mise en concurrence après délibération favorable, puis négociation avec l'exécutif		Procédure libre mais traditionnellement de type performantiel		L'offre économiquement la plus avantageuse en prenant les critères de la consultation, ceux de l'évaluation éventuellement précisés en fin de dialogue compétitif s'agissant du contrat de partenariat, ou bien d'une procédure d'appel d'offre s'agissant du marché public				
Partie qui assume principalement les risques		Opérateur		Personne publique		Opérateur		Personne publique		Opérateur

Une autre difficulté, souvent méconnue mais dont l'effet concret est de renchérir les conditions de ces opérations, vient de l'absence de régime clairement établi en *comptabilité privée* pour les opérations utilisant les diverses formules de partenariat public privé.

La difficulté tient à l'extension par le droit communautaire des normes comptables internationales, dites normes IFRS (International Financial Reporting Standards) établies par l'IASB (International accounting standard board), avec leur interprétation donnée par le comité d'interprétation, l'IFRIC. En l'absence de normes IFRS spécifiques, c'est l'interprétation IFRIC 12 : Service Concessions Arrangements, adoptée par le IASB le 13 novembre 2006, qui constitue le cadre réglementaire en la matière générale des partenariats public privé.

D'une part, à la date de rédaction de ce rapport, les instances communautaires n'ont pas encore pris les textes d'extension de cette interprétation qui devaient pourtant intervenir avant le 1^{er} janvier 2008⁸⁸.

D'autre part, et surtout, le Conseil National de la Comptabilité (CNC) a essayé de trancher la problématique de la comptabilisation en comptes annuels (individuels) des contrats de partenariat public privé, et plus généralement des PPP. Il faut en effet choisir entre les différentes solutions applicables : IFRIC D-12, IAS 17 Risques & avantages, Règlement français du CRC 2004-6⁸⁹. Cependant, ce débat n'est à ce jour, toujours pas tranché.

Certes, les grandes entreprises, qui sont astreintes à présenter des comptes consolidés, appliquent directement l'interprétation IFRIC 12 et les difficultés éventuelles se règlent au cas par cas sans conséquence majeure. Cependant, il serait sans doute opportun de relancer la réflexion sur l'évolution en droit interne de ce cadre comptable.

3 Des premières réalisations en France

3.1 Les délégations de service public représentent un enjeu macroéconomique

L'utilisation, depuis de nombreuses décennies, des techniques de la gestion déléguée conduit ces

opérations à représenter un volume important, tant en termes de population desservie, de chiffre d'affaires et d'investissement. Compte tenu d'ordres de grandeur véritablement de nature macroéconomique, les modifications de cadre juridique ou les améliorations de l'efficacité de ces opérations peuvent avoir un impact sensible sur la conjoncture, voire sur la société dans son ensemble.

Ce type de mode de gestion du service public se rencontre surtout dans les services publics locaux, qui couvrent une très large étendue d'activités. Ils peuvent être classés selon leur nature (administratifs ou industriels et commerciaux) et selon leur mode de financement.

On distingue traditionnellement notamment :

- Les services publics industriels et commerciaux : adduction d'eau, assainissement, distribution publique d'électricité et de gaz, abattoirs publics, réseaux de chaleur...
- Les services publics administratifs ou industriels et commerciaux selon le mode de financement : élimination des déchets ménagers et assimilés, halles, foires et marchés, transports publics d'intérêt local ...
- Les services publics administratifs avec rémunération partielle sur l'utilisateur : campings municipaux, piscines et bains douches, théâtres municipaux, maisons de la culture, crèches, cantines scolaires, concessions de cimetière...
- Les services publics administratifs avec gratuité pour l'utilisateur : entretien des parcs publics, des plages ou autres lieux publics, bibliothèques...

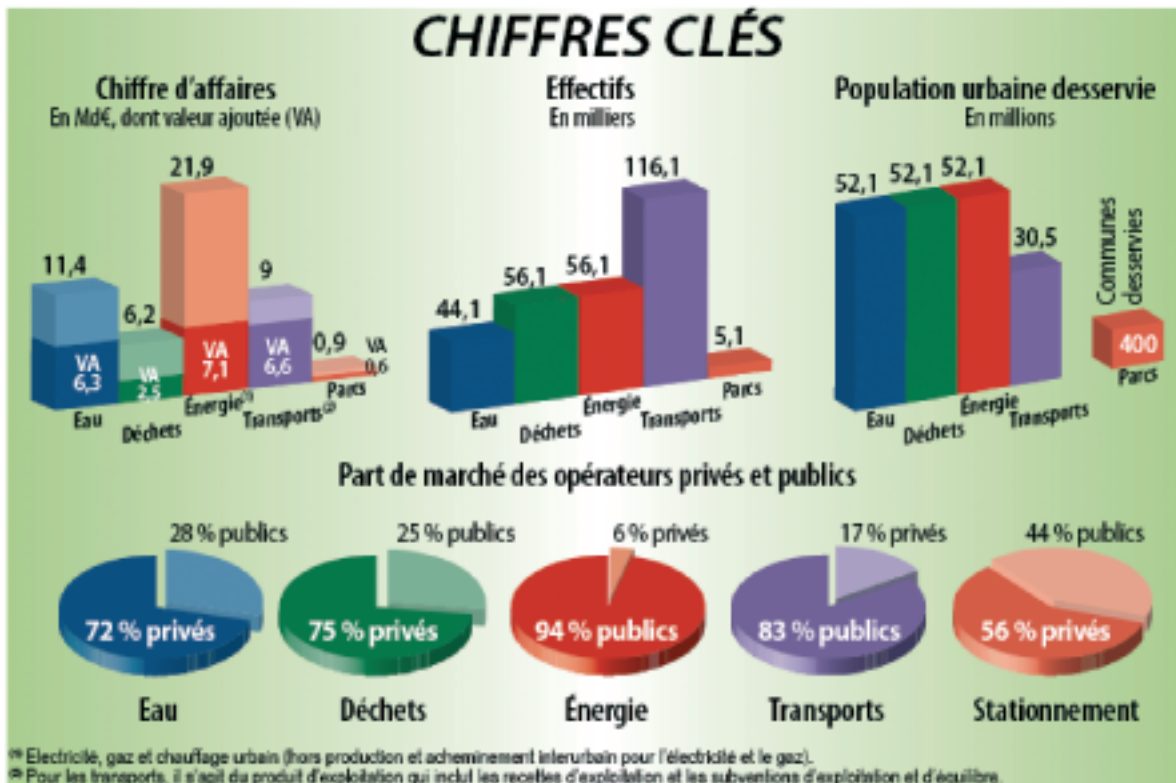
Pour les seuls secteurs de l'eau potable et assainissement, de la gestion des déchets, de la distribution d'énergie en réseau, des transports collectifs, et des parcs de stationnement, ces cinq secteurs cumulaient en 2006 un chiffre d'affaires de 49,4 milliards d'euros (tous modes de gestion confondus) et employaient 277 500 personnes (Source DAEI du MEDADD).

La part de la gestion déléguée y est significative dans la plupart des secteurs.

⁸⁸ Le Règlement 1606/2002/CE du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales (dit "règlement IFRS 2005") prévoit le dispositif pour "l'adoption et l'application des normes comptables internationales". Il a été transposé par l'Ordonnance du 20 décembre 2004.

⁸⁹ Voir notamment F. Bergère, "PPP et comptabilisation des engagements", numéro spécial, *Revue du Trésor* 30 mars 2007, précitée

Chiffres clés de certains services publics locaux et part de la gestion déléguée en 2006



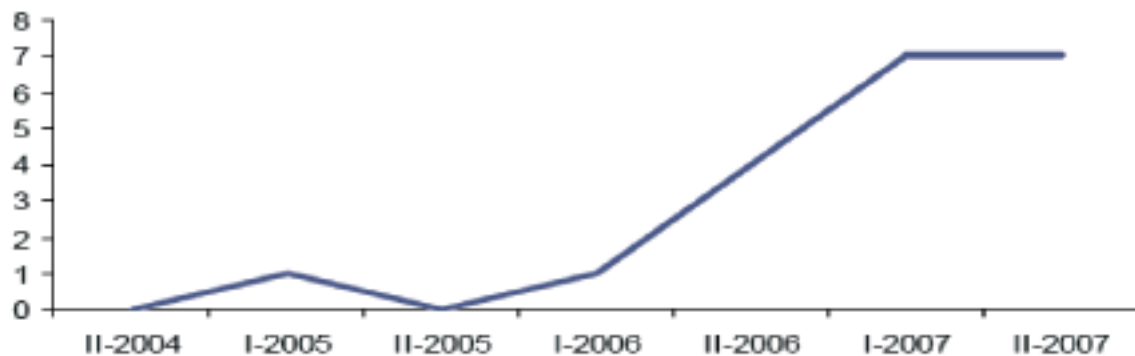
Source : bureau de l'analyse des secteurs professionnels, (DAE)

3.2 Un développement des opérations en contrats de partenariat et assimilés

Évolution : le développement des contrats de partenariat est beaucoup plus récent. Les contrats de partenariats étant apparus avec l'ordonnance du 17 juin 2004, on a assisté d'abord à une lente montée en puissance

du dispositif MEDADD⁹⁰ : seuls six contrats ont été signés au cours des dix-huit premiers mois de sa mise en service. Par la suite toutefois, il est possible de conclure à une montée en puissance significative du recours aux contrats de partenariat : vingt-sept contrats ont été signés au total entre juillet 2004 et février 2008, dont quatorze au cours de l'année 2007.

Nombre de contrats signés par semestre

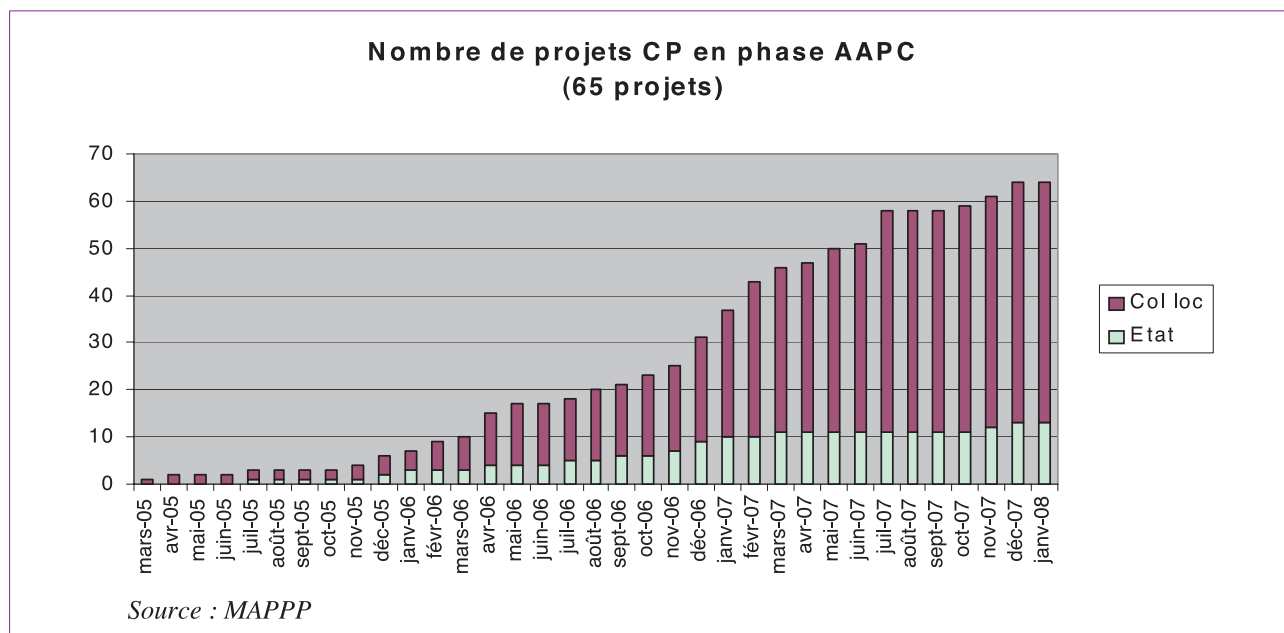
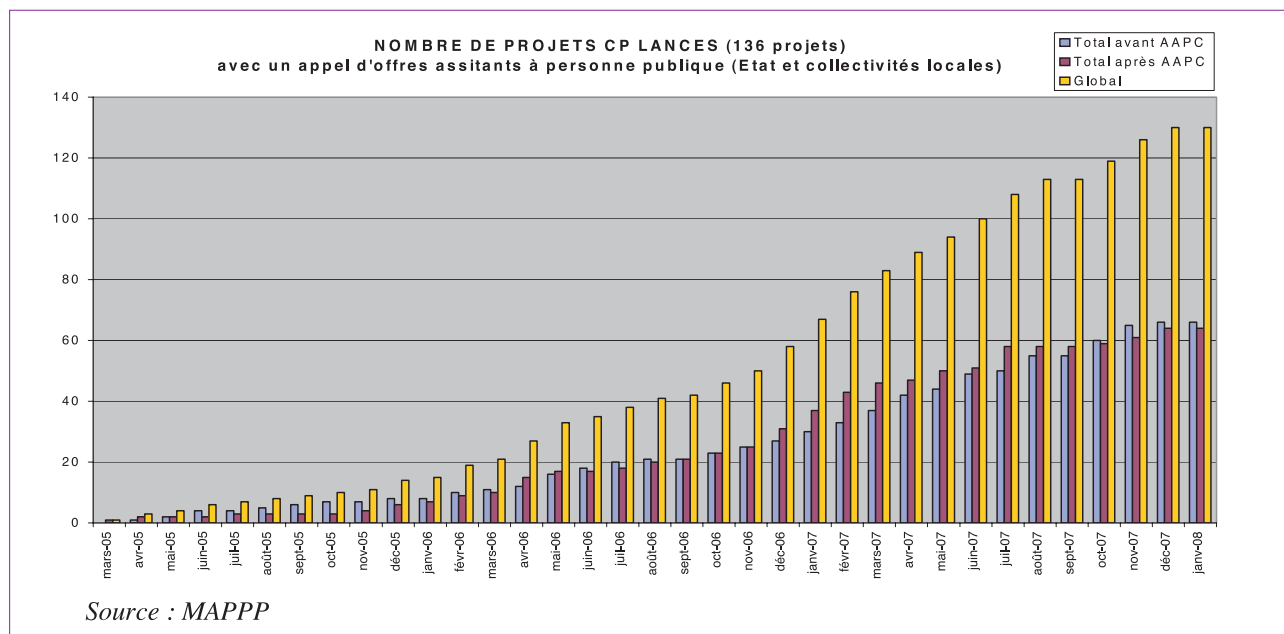


Source : Enquête Statistique janvier 2008, CEF-O-PPP

⁹⁰ Selon le recensement du CEF-O-PPP à fin janvier 2008, qui n'est cependant peut-être pas exhaustif en l'absence d'obligations d'inscrire tous ces contrats sur un registre unique

Néanmoins, cette croissance devrait se poursuivre : on comptabilisait cent trente-six contrats lancés à la fin

du mois de janvier 2008, dont soixante-cinq en phase AACP (Avis d'Appel Public à la Concurrence).



En termes de volume financier, les contrats attribués ont représenté un montant cumulé de 765 millions d'euros au 31 décembre 2007. Cependant, ce chiffre ne traduit pas la réalité de l'ampleur des volumes en cause et surtout sa croissance. Il y a eu ainsi quarante-quatre projets ayant reçu un avis favorable de la MAPPP (ce nombre recoupe à la fois des contrats attribués, et ceux actuellement en projet), représentant une valeur totale de plus de sept milliards

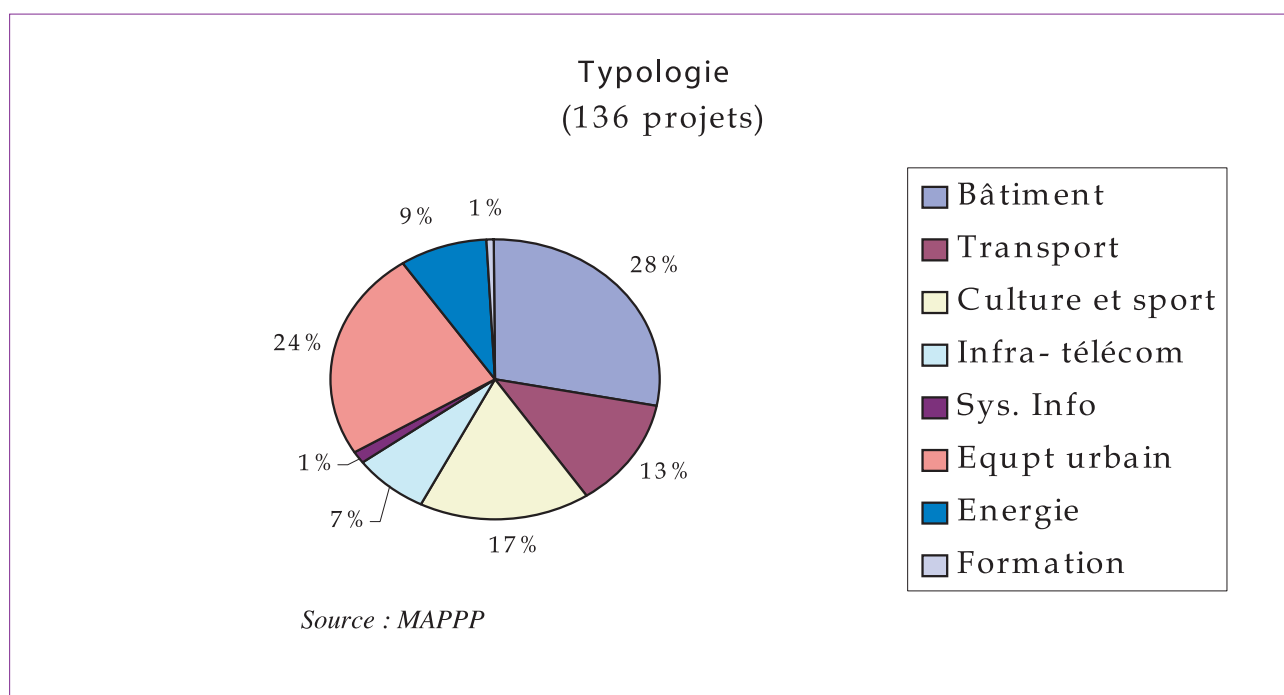
d'euros (dont près de trois milliards pour le projet « Canal Seine Nord Europe »), sachant que tous les projets des collectivités locales ne sont pas soumis à la MAPPP et que celle-ci peut émettre des avis défavorables. Par ailleurs, le contrat de partenariat le plus récent à la date de ce rapport a été attribué pour le Grand stade de Lille Métropole et représente un montant de 765,7 M€.

Les contrats sont dans leur majorité de taille moyenne : plus de 70 % de ceux signés en 2007 sont d'un montant inférieur à 50 millions d'euros. Au 31 décembre 2007, seul un contrat attribué était d'un montant supérieur à 200 millions d'euros.

Du point de vue des collectivités signataires, si l'État a signé ses quatre premiers contrats en 2006, on constate un fort dynamisme des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Sur les vingt-sept contrats signés, seulement sept l'ont été par l'Etat. S'agissant de ceux en projet ou cours de passation, plus des trois quarts concernent les collectivités territoriales.

Les communes de moins de 50 000 habitants sont les plus actives en termes de volume de contrats de signés mais les contrats signés par les EPCI représentent la part la plus importante, en termes de montant, sur l'ensemble des contrats signés sur la période : 50 %.

En termes de secteur, les cent trente-six opérations lancées interviennent en majorité dans le bâtiment (28 %) et les équipements urbains (24 %), dont beaucoup dans le secteur de l'éclairage urbain.



La tendance générale serait à la diminution du nombre de candidats participants à la procédure d'attribution (malgré une augmentation du nombre de pouvoirs adjudicateurs prévoyant l'octroi d'une indemnité aux candidats non retenus ; mais cette proportion reste faible dans l'absolu, environ un quart des procédures), et à l'allongement des procédures de passation (20% des contrats signés en 2007 ont connu un délai supérieur à 12 mois entre l'avis de marché et l'avis d'attribution du contrat).

L'examen des premiers recensements démontre donc la grande variété des missions en cause et de types de collectivités publiques (l'Etat, mais aussi les collectivités locales et leurs établissements publics).

Pour témoigner de cette diversité, certains projets, réalisés en délégation de service public ou en contrat de partenariat ou en contrats assimilés sont présentés en annexe IX tandis que la liste exhaustive des opérations en contrat de partenariat figure en annexe XI. En ce qui concerne le bail emphytéotique hospitalier (BEH), dont on sait qu'il est très proche du contrat de partenariat, 25 projets avaient été signés et 40 projets avaient été au total lancés au 15 septembre 2007. Les projets lancés se répartissent ainsi :

- 19 projets pour l'hébergement hospitalier
- 14 projets de logistique
- 7 projets de pôle ou d'hôpital complet

Source : MAINH

4 Quelques leçons tirées des expériences françaises et étrangères de partenariat public privé

Souvent, le contrat de partenariat a été présenté comme directement inspiré de la PFI britannique, voire comme une simple importation de pratiques anglo-saxonnes. On a vu qu'historiquement, c'est l'inverse qui s'est en réalité produit. Les schémas concessifs "à la française" préexistaient depuis longtemps à la vague de désétatisation et d'externalisation qui a prévalu dans le monde anglo-saxon à partir des années 1980 et 1990.

Ces techniques concessives ont accompagné l'équipement de la France dans la plupart des grands services publics en réseau, au plan local comme au plan national (autoroutes, etc.). Elles ont eu tellement de succès que le terme générique de "concession" est parfois utilisé, dans la littérature anglo-saxonne, comme synonyme de partenariat public privé contractuel, en faisant référence explicitement au "modèle français"⁹¹ ! En effet, notre pays a longtemps été, parmi les pays de l'OCDE, celui dans lequel la gestion privée des services publics a été la plus développée, y compris dans des secteurs réputés "monopoles naturels", comme l'eau et l'assainissement. C'est qu'en effet le partenariat public privé recèle des avantages intrinsèques que la pratique étrangère et notre propre expérience de ces montages permettent de mettre en évidence.

Les partenariats public privé au sens large, tels qu'ils ont été définis en introduction, présentent un certain nombre d'atouts par rapport aux autres outils de la commande publique, ce qui est le cas pour le contrat de partenariat⁹².

4.1 Le principal atout du partenariat public privé : l'optimisation tout au long du contrat

Sur la forme, l'atout le plus essentiel est que ce type de contrat permet de trouver des solutions optimales et de rendre les projets possibles. Sur le fond, l'avan-

tage principal est sa **flexibilité** : le partenaire privé prend en charge la maîtrise d'ouvrage et le contrat est amené à évoluer au cours des années afin de s'adapter à des changements d'environnement.

Ces qualités peuvent se résumer par une caractéristique de ces contrats globaux. Ils incitent l'opérateur privé à optimiser tout au long du contrat entre la phase de construction et la phase d'exploitation de l'équipement. Le fait que le même opérateur soit chargé de la maintenance d'un ouvrage qu'il a créé l'incite à exactement doser son investissement pour optimiser les charges de maintenance, et réciproquement, puisqu'il sera tenu de remettre l'équipement en bon état de marche à l'issue du contrat. La durée du contrat vient, de ce point de vue, accroître ces incitations que l'on pourrait qualifier "d'incitation endogène"⁹³.

À cet égard, les contrats globaux sont souvent critiqués car ils rigidifient la dépense publique, en créant une obligation sur une durée parfois très longue. Cependant, cet argument d'origine budgétaire est ambigu. D'une part, les dépenses concourant à l'exploitation des équipements publics ne sont pas exemptes d'une certaine rigidité (emprunts, personnels). D'autre part, les crédits de maintenance ou de grosses réparations sont très souvent ceux qui sont les plus rapidement sacrifiés en cas de crise budgétaire. Le maître d'ouvrage a rarement la liberté budgétaire d'optimiser l'exploitation de l'ouvrage. Il se retrouve parfois dans l'obligation de devoir reconstruire à neuf des ouvrages avant la fin de leur durée de vie, faute d'un entretien régulier, ce qui est une source majeure d'inefficacité.

D'autres atouts, plus partiels, doivent par ailleurs être mis en avant.

4.2 Le respect des délais et des coûts de construction

Les opérations de partenariat public privé comportent toujours une puissante incitation au stade de l'étape de la construction. Dans un contrat de partenariat, la rémunération de l'opérateur privé due au titre de la réalisation de l'ouvrage est liée, pour partie, au respect des délais de livraison. En Grande-Bretagne, le principe général est que la rémunération du co-contractant ne peut commencer qu'après la remise des ouvrages.

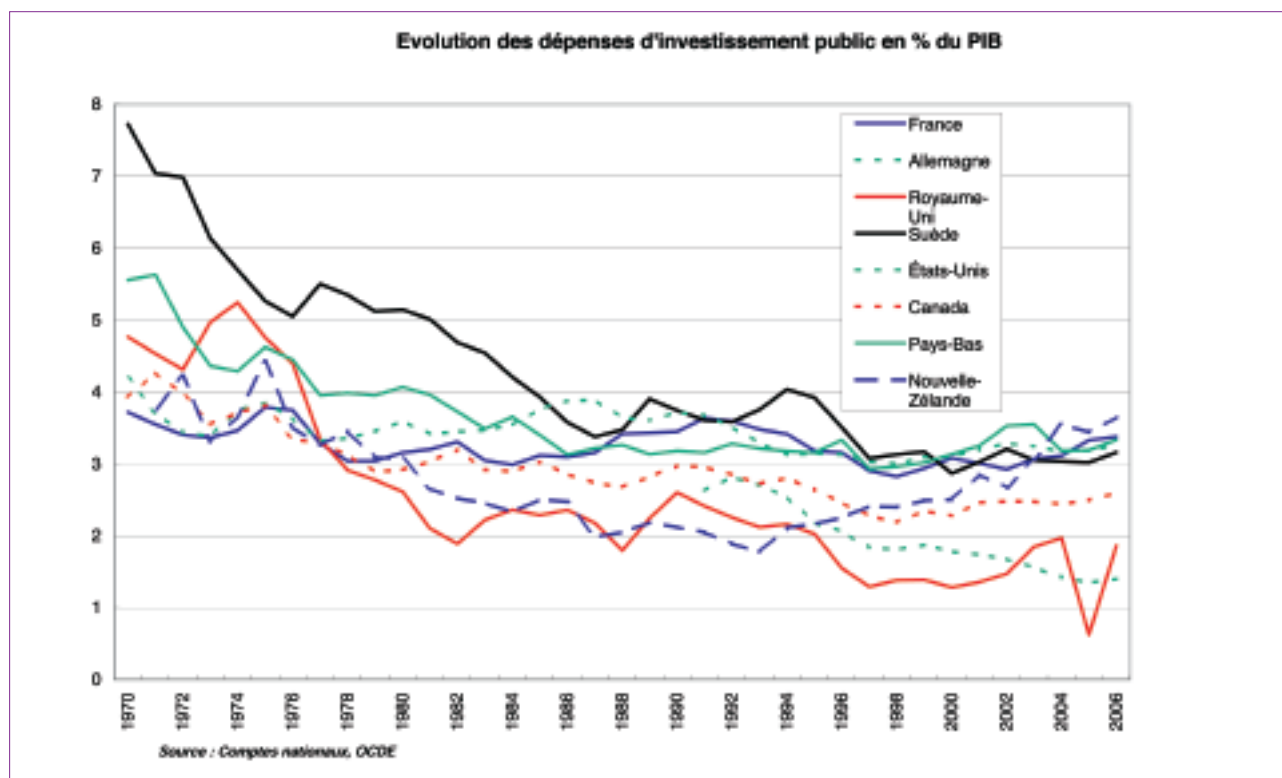
⁹¹ Voir par exemple, World Bank: World development report, 1994; Toolkits for Private Participation in Water and Sanitation: <http://www.worldbank.org/html/ffd/water/wstoolkits/index.html>.

⁹² Sur ce point, voir l'exposé des motifs de l'ordonnance du 17 juin 2004, p. 16 et s. Voir également F. Marty, S. Trosa et A. Voisin, Les partenariats public-privé, La Découverte, 2006, p. 96 et s. et C. Emery Cyrille, « Les contrats de partenariat », Encyclopédie Dalloz, Rép. coll. loc., 2006, vol. 3, chapitre n°3210.

⁹³ Voir B. du Marais, Droit public de la régulation économique, Dalloz, coll. Presse de Science po, 2004.

On a vu que la PFI a ainsi permis un fantastique effort de rattrapage après une longue phase de désinvestissement public. Si la France n'est pas dans cette situation de sous investissement public chronique, il faut néanmoins reconnaître que l'investissement public a subi un tassement continu dans les années

récentes. Si l'investissement public se situe aujourd'hui dans la moyenne des pays comparables, il faut remarquer qu'en évolution, la France n'a jamais rattrapé le retard qu'elle avait accumulé dans les années 1970.



Pour certaines délégations de service public, cette incitation est structurelle puisque dans le cadre d'une concession, la perception d'une redevance sur les usagers ne pourra débuter qu'après la réalisation des ouvrages.

Souvent, les délais de préparation et de mise en concurrence, par la procédure du dialogue compétitif, sont considérés par les critiques du PPP comme un inconvénient de ce type de montage. Cependant, le caractère global des opérations de partenariat public privé (incluant tout ou partie de la conception et souvent l'ensemble des étapes de réalisation) permet de contracter en une seule opération les procédures successives de sélection dans le cadre des différents marchés nécessaires à une maîtrise d'ouvrage publique classique. Même si unitairement la procédure préalable au contrat de partenariat est sans doute plus longue, elle permet en théorie de gagner des délais importants au final. En tout cas, il serait

nécessaire de faire une étude empirique rigoureuse entre des projets similaires sur ce paramètre.⁹⁴

L'enjeu est donc autant politique – la satisfaction plus rapide des besoins du service public – qu'économique : la réduction des délais pour disposer d'infrastructures performantes améliore le rendement socio-économique de l'opération. Encore est-il nécessaire de disposer des capacités d'analyse pour précisément identifier et quantifier ces gains socio-économiques.

4.3 Le recours au savoir faire et aux innovations du secteur privé

L'apport de l'opérateur privé n'est pas seulement économique ou financier : il est surtout dans la possibilité pour la collectivité publique de bénéficier d'un savoir faire dont elle ne dispose pas. A plusieurs niveaux :

⁹⁴ La réalisation, en cours, de stades selon les différentes méthodes (Le Mans en délégation de service public, Lille en contrat de partenariat et d'autres stades en maîtrise d'ouvrage public classique), pourrait constituer un exemple d'une telle monographie comparative.

- ▶ Pour rechercher des recettes annexes de type commercial qui viennent alléger le coût de l'opération. Or, l'administration ne sait pas rechercher ce type de revenus, soit techniquement, soit juridiquement, en vertu des principes de détermination des compétences des collectivités publiques.
- ▶ Pour déterminer quelle est, parmi les différentes offres, celle qui est la plus avantageuse, la personne publique utilise la procédure dite du « dialogue compétitif ». Cette procédure permet à la personne publique de préciser la définition de ses besoins en dialoguant, avant la conclusion du contrat, avec différents candidats potentiels. Autrement dit, le contrat de partenariat permet de faire bénéficier le secteur public des solutions innovantes du secteur privé.
- ▶ La possibilité pour les entreprises privées de prendre l'initiative de proposer un contrat de partenariat aux personnes publiques : l'article 10 de l'Ordonnance de juin 2004 dispose que la personne publique peut être "*saisie d'un projet par une entreprise ou un groupement d'entreprise et [envisager] d'y donner suite en concluant un contrat de partenariat*". On mesure ainsi l'intérêt pour une personne publique de se voir proposer par un opérateur privé un projet d'intérêt général innovant qu'elle n'aurait peut-être pas formalisé seule.

4.4 Un cadre juridique toujours complexe

Enfin, du point de vue juridique et par rapport à l'éventail de textes et d'instruments contractuels qui caractérise la situation française, les exemples étran-

gers nous enseignent que le recours aux PPP n'est pas le résultat d'une plus grande liberté juridique, mais au contraire d'un encadrement plus précis.

Toutefois, il faut être prudent sur la nature de cet encadrement. Chez la plupart de nos partenaires, il ne s'agit pas de limiter le recours aux PPP, en réduisant son champ d'application, mais de préciser les modalités de sa mise en œuvre et de son contrôle.

Par ailleurs, la mise en place d'un *continuum contractuel* ne passe pas nécessairement par la création d'un "contrat à tout faire" qui permettrait le recours à toutes les formes d'intervention dont l'administration souhaite avoir la disposition. En fonction de chaque tradition nationale, les États membres créent un nombre plus ou moins important d'outils contractuels spécifiques, soumis par ailleurs à un régime général commun (rôle que remplit en France le régime du contrat administratif établi par la jurisprudence du Conseil d'État).

4.5 L'importance de la fonction d'assistance au cocontractant public

En revanche, les exemples britannique mais aussi espagnol, et l'expérience de l'Etat en France, montrent l'importance cruciale d'allouer des moyens importants pour assister la collectivité publique tant au niveau de la préparation des opérations que pendant son exécution. ■

Quelques recommandations pour optimiser l'ensemble de la commande publique complexe

Face à la diversité des instruments de la commande publique, dont on a vu qu'elle suscitait des problèmes de frontière et donc de qualification juridique, une première approche consiste à améliorer le dispositif existant du contrat de partenariat. Une autre piste consisterait à faire porter l'effort sur la seule structure juridique pour unifier autant que possible ces différents instruments. Il s'agirait notamment de fusionner les différents contrats assimilés aux contrats de partenariat : contrats "sécurité intérieure" et justice de 2002, Bail emphytéotique hospitalier (BEH), voire Bail emphytéotique administratif (BEA).

Cependant, cette démarche est pour l'instant nécessairement limitée pour des raisons également d'ordre juridique :

- Le caractère dérogoire du contrat de partenariat imposé par le Conseil constitutionnel. Ceci empêche de faire converger tous les contrats à paiement public vers cet instrument;
- Le lien étroit entre la qualification de chaque contrat et la procédure de sélection. Or, beaucoup d'acteurs de la commande publique – du côté des administrations comme des opérateurs – ne souhaitent pas remettre en cause les procédures avec lesquelles, pour certains, ils commencent seulement à se familiariser. En outre et surtout, celles-ci sont très fortement régies par le droit communautaire. Même si le projet de Directive sur les concessions semble repoussé, modifier les équilibres actuels entre procédure "loi Sapin" et dialogue compétitif risque donc de limiter nos marges de manœuvre dans le cadre d'une éventuelle reprise des négociations ou lors de contentieux individuel avec la commission.

En conséquence, les possibilités de simplifier la commande publique, en particulier pour les collectivités locales, ne peuvent s'appliquer, pour l'instant, qu'en **aval des procédures de sélection** et donc de la qualification des contrats. Les réformes doivent donc concerner en priorité :

- **Soit l'amélioration du contrat de partenariat**, ce qui sera le cas grâce à la réforme en cours ;
- **Soit le droit du contenu des autres contrats** – par une mutualisation des dispositions qui constituent de l'avis de tous les acteurs, des "bonnes pratiques" juridiques ;
- **Soit la pratique elle-même de la commande publique, en insistant sur les conditions économiques de la commande publique**, en particulier au cours de l'exécution des contrats.

1. Les pistes de réforme du cadre juridique

1.1 La réforme du contrat de partenariat améliore le cadre juridique des PPP

La réforme adoptée en Conseil des ministres le 13 février 2008 facilitera l'utilisation du contrat de partenariat (voir en annexe X une présentation détaillée de cette réforme).

Le Conseil constitutionnel avait restreint le recours au contrat de partenariat. Ce contrat constitue un régime dérogatoire limité à certaines situations, notamment à celles répondant à deux critères, tels qu'ils ont été interprétés par le Conseil d'État :

- ▶ "l'urgence à rattraper un retard préjudiciable affectant la réalisation d'équipements collectifs"
- ▶ ou la complexité.

Dans ce cadre, le projet de loi, validé par le Conseil d'État, ajoute un troisième critère : l'efficacité du montage.

Le recours au contrat de partenariat sera possible *s'il présente un bilan plus favorable en particulier en termes de coût global actualisé ou de performance attendue, que la passation d'autres contrats de commande.*

La réforme ajoute un quatrième critère : une dérogation temporaire (jusqu'en 2012) concernant certains projets prioritaires pour l'État.

Leur réalisation est réputée "d'urgence". Elle reste cependant subordonnée à une évaluation préalable satisfaisante.

La réforme entame enfin une harmonisation de la fiscalité des contrats de partenariat avec celle des marchés publics.

- ▶ Alors que le contrat de partenariat est déjà éligible au FCTVA pour les collectivités territoriales, le projet prévoit la suppression de plusieurs taxes additionnelles et de l'obligation d'assurance.

Ainsi, force est de constater que le contrat de partenariat public constitue le lien de simplification de l'ensemble du droit des contrats publics. A terme, il deviendra le contrat de droit commun pour tous les projets complexes et de grande échelle.

1.2 Mutualiser les bonnes pratiques juridiques pour dépasser le cloisonnement des différents instruments de la commande publique

1.2.1 Sur le contenu des contrats: étendre les dispositions des contrats considérées comme de bonnes pratiques

La pratique des contrats publics a fait peu à peu émerger un consensus de l'ensemble des acteurs sur les dispositions, pour chaque type de contrat, qui

peuvent être considérées comme des bonnes pratiques. Pour simplifier la rédaction – et donc la négociation puis l'exécution des contrats, certaines de ces bonnes pratiques pourraient constituer des "modules" communs aux différents instruments de la commande publique complexe et de long terme.

A cet égard, le contrat de partenariat, qui est l'instrument le plus récent, apparaît également comme le plus abouti et complet de la commande publique. Faciliter la gestion opérationnelle des acheteurs publics passe par l'extension d'un certain nombre de dispositions de l'Ordonnance de 2004, qui puissent constituer des modules communs aux autres instruments de la commande publique – marchés publics complexes, délégations de service public et contrats assimilables au contrat de partenariat. En particulier, les rédacteurs de l'Ordonnance de 2004 avaient souhaité instaurer plusieurs clauses obligatoires, dans un but à la fois de protection des deux parties, mais aussi pédagogique. Il s'agissait en effet de forcer les cocontractants à formuler des éléments qui figurent de façon diffuse dans la jurisprudence française. Certaines de ces clauses obligatoires, qui figurent aux articles 11 de l'Ordonnance et L 1411-12 du Code général des collectivités territoriales, pourraient donc être étendues aux autres types de contrats utilisées pour la commande complexe et de long terme.

Un travail d'extension des clauses obligatoires devrait concerner les contrats de délégations de service public et tous les contrats assimilés aux contrats de partenariat, à harmoniser avec le contrat de partenariat, en imposant des clauses obligatoires identiques au contrat de partenariat et notamment celles :

- sur le recours à l'arbitrage ;
- sur les conditions de transfert des contrats ;
- sur le partage des gains d'efficacité ;
- sur la durée, qui aujourd'hui ne concerne que certains secteurs placés en gestion déléguée
- les possibilités de titrisation des créances nées en matière de DSP, ce qui dégagerait pour les opérateurs de DSP les mêmes avantages que ceux ouverts par le dispositif de cession Dailly prévu pour le contrat de partenariat.

Cette extension pourrait résulter d'un travail collectif entre tous les acteurs de la commande publique – et particulièrement les collectivités locales – sous l'égide de l'État. Le Centre d'Analyse Stratégique pourrait être le lieu de ces sortes de "conférences de consensus", car il combine à la fois un caractère interministériel, la capacité de mobiliser des expertises techniques fines et les représentants des diverses parties prenantes.

Toutefois ce travail de consensus

- ▶ devrait tenir compte des réticences récentes à rédiger un Code de la commande publique, pourtant prévu par la loi de simplification du droit du 9 décembre 2004, et d'une certaine lassitude des professionnels de l'achat public devant l'instabilité récente des textes ;
- ▶ ne pas étendre les contraintes de chaque instrument aux deux autres, car ce qui doit être recherché est la simplification des procédures et des textes.

1.2.2 Vers une standardisation des contrats ?

Pour aller plus loin, il serait même opportun de mener un travail collectif d'élaboration de *"guidelines"* de partenariat, voire de véritables **modèles de contrats**. Les guides actuellement publiés, notamment par les organismes experts chargés du développement des PPP sont de façon unanime, extrêmement appréciés par tous les acteurs de la commande publique pour leur aide pédagogique dans la phase de préparation du contrat. Toutefois, ils ne concernent pas la rédaction du contrat proprement dit.

Ces modèles resteraient toujours optionnels, d'une part, pour garantir aux opérateurs la souplesse nécessaire, d'autre part, pour ne pas porter atteinte au principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales. Néanmoins, ils devraient grandement faciliter la préparation des contrats pour les petites collectivités. Là aussi, ces modèles de contrats devraient être élaborés par consensus entre les acteurs de la commande publique.

1.2.3 Des scénarios séduisants de simplifications drastiques

Certains observateurs ou acteurs de la commande publique ont proposé un scénario de simplification radical du cadre juridique de la commande publique.

Un *"Big bang de la commande publique"* consistant à se limiter aux obligations communautaires et à se fonder sur des critères économiques et non sur des seuils monétaires, peut se décliner en une double évolution :

- supprimer les distinctions entre les différents types de marchés publics définis par le code des marchés publics et ne conserver que les catégories fonctionnelles définies par la Directive marchés 2004/18 ;
- pour tout ce qui n'est pas dans le champ de la Directive marchés de 2004, se contenter des obligations minimales imposées par la jurisprudence communautaire.

Cette option reviendrait à *recréer un grand "code de la commande publique"*, et à gommer les grandes catégories juridiques de la commande publique (marché public, délégation, contrat de partenariat etc) pour ne garder que leur dénominateur commun et quelques caractéristiques particulières. Ceci conduirait indéniablement à une simplification de la législation ou de la réglementation, dont on a vu la complexité.

Cependant, ce scénario devrait se heurter immédiatement à plusieurs difficultés :

- ▶ depuis le Code des marchés publics dans sa version de 2006, toutes les procédures de sélection et les seuils sont issus de la directive 2004, à l'exception
 - du seuil de 90 000 € au-dessus duquel la seule exigence procédurale, jusqu'aux seuils communautaires, concerne la publicité. En effet, en dessous de ce seuil, l'acheteur peut utiliser la procédure dite du marché à procédure adaptée (MAPA), avec comme seule exigence posée par la jurisprudence, une "publicité satisfaisante et adéquate". Certains ont contesté la pertinence économique de ce seuil de 90 000 €
 - du seuil de 4 000 € au dessous duquel le code n'impose aucune exigence particulière.
- ▶ vis-à-vis de l'Union Européenne, la Commission mais aussi la CJCE pourraient l'interpréter comme un mouvement en faveur des procédures négociées, qu'elles cherchent par ailleurs à réduire ;
- ▶ en l'état, cette plus grande liberté se traduirait d'abord par un sentiment de plus grande insécurité juridique qui conduirait les acheteurs publics à se donner, spontanément, des règles encore plus contraignantes.

C'est en effet la leçon - paradoxale - du relèvement des seuils opéré par le Code des marchés publics dans sa version issue de 2004. De nombreuses collectivités, au lieu de bénéficier de la nouvelle liberté qui leur était accordée, se sont donné des règlements internes d'achat - appelés souvent des *"mini codes"* des marchés publics - en général contraignants, voire plus contraignants que le décret antérieur de 2001. Ceci est logique dès lors que l'on appréhende l'achat public comme un processus qui doit nécessairement intégrer les fonctions de contrôle, en aval de l'achat.

Cette option de la simplification drastique ne peut être finalement viable que si l'on utilise, à côté des formes classiques d'intervention des pouvoirs publics (réglementation, contractualisation, etc) la technique

de la **régulation**, au titre de laquelle les textes définissent les principes de base et confient la mise en œuvre effective du principe de concurrence à une ou plusieurs autorités publiques spécialisées.

L'exemple du conflit sur la desserte maritime de la Corse est particulièrement intéressant à cet égard (voir la décision du Conseil de la concurrence du 11 décembre 2006 ainsi que les arrêts du Conseil d'État des 13 décembre 2006 et 4 juin 2007). En effet, dans cette affaire particulièrement complexe, l'office du juge administratif est limité par les textes à un contrôle de conformité par rapport à la législation ou la réglementation, ce qui implique principalement des vérifications détaillées sur la procédure. Au contraire, le Conseil de la concurrence, comme cela est son mandat, a fait porter son analyse sur le respect par les intéressés, à l'occasion des décisions qu'il était amené à prendre, des principes de fond du droit de la concurrence posés par le Code de commerce (abus de position dominante notamment). Ce type de contrôle conduit à donner, d'une part, davantage d'autonomie aux parties intéressés, tout en assurant le respect des règles procédurales de base posées par les textes et d'autre part et surtout, davantage d'effectivité au principe de concurrence.

On peut se demander si ce n'est pas là le point d'aboutissement de l'évolution de la commande publique. Il appartiendrait aux textes de définir les principes généraux de la commande publique (voir l'actuel article 1 du Code des marchés publics), ainsi que les différentes catégories de leurs règles de base, pour tenir compte de la diversité des fonctions remplies par la commande publique. Il appartiendrait alors aux intéressés, acheteurs publics et entreprises, de mettre en œuvre ces différentes règles, en fonction des circonstances de chaque cas de figure, sous le contrôle d'une autorité de supervision qui aurait compétence pour apprécier si dans chaque opération d'achat, les solutions particulières ou spécifiques adoptées respectent bien les principes de base posés par la règle de droit. Cette autorité pourrait intervenir aussi bien à l'échelon local que national.

Les critères de choix entre les procédures ne seraient plus alors des critères juridiques mais des critères dérivés de la théorie économique : contour du marché pertinent, asymétrie d'intervention entre les fournisseurs, entre ceux-ci et l'acheteur public, degré de concentration des industries en cause, etc.⁹⁵

Cette option ne sera cependant viable que lorsqu'un double travail aura été fait, à la fois au niveau interministériel et avec tous les acteurs de la commande publique :

- doctrinal, pour identifier des critères solides, de nature économique, indispensables pour fonder les contrôles en matière de régularité et de transparence, et donc assurer la sécurité juridique de la commande publique ;
- pédagogique, pour que les organes de contrôle s'y conforment mais aussi pour convaincre les autorités communautaires, grâce à des expertises rigoureuses et des conditions procédurales strictes, que la négociation peut être à la fois transparente et plus efficiente.

En conséquence, cette option pourrait être le point d'arrivée d'une évolution graduelle préconisée dans le paragraphe suivant qui sera facilitée par des évolutions en matière de transparence de l'exécution des contrats.

2 La commande publique est un art d'exécution : diminuer dans la pratique l'asymétrie entre les acteurs de la commande complexe

Une partie importante des réformes récentes, surtout au niveau communautaire, porte sur les procédures de sélection selon un axiome implicite : plus les procédures se rapprochent de l'appel d'offres, plus l'égal accès des entreprises serait assuré. En outre, la concurrence serait alors plus forte, faisant jouer ses effets bénéfiques sur les prix et la qualité de service. Il s'agit ainsi de *renforcer la concurrence pour le marché*, là où *la concurrence par le marché* n'est pas possible. Cependant, et comme le montre encore une fois la comparaison internationale, la réalité est plus complexe. Certes, la concurrence permet de faire baisser les coûts, et de façon sensible. Ce résultat est cependant davantage le produit d'un environnement institutionnel et des pratiques des acheteurs que l'effet d'une sophistication croissante des procédures de sélection.

⁹⁵ Voir F. Naegelen et M. Mougeot, "Analyse micro-économique du code des marchés publics", Revue économique-N°4, juillet 1988, 28 p.

Aussi, la réforme de l'Ordonnance de 2004 doit-elle être l'occasion de prendre les mesures nécessaires pour corriger l'asymétrie que tous les acteurs constatent dans la pratique, entre collectivités publiques (surtout au niveau local) et opérateurs.

Tous les acteurs constatent en effet une première asymétrie dans le niveau d'expertise avant le contrat, pendant la phase de préparation et de négociation. En outre, l'exécution du contrat est souvent caractérisée par une asymétrie d'information entre les parties. Autant, voire peut-être davantage que la nature de la procédure de sélection suivie, ces deux aspects sont décisifs en pratique. Ils influent sur la possibilité pour la collectivité publique d'avoir le meilleur rapport qualité-prix, et pour l'opérateur, d'avoir une relation pérenne avec son partenaire public.

2.1 Les effets bénéfiques de la concurrence résultent autant de l'environnement institutionnel et des pratiques que des procédures de sélection

Définie comme la mise aux enchères du droit de servir la demande, la concurrence pour le marché est souvent perçue comme le mécanisme essentiel de sélection des partenaires privés. En effet, la concurrence *ex ante* est considérée par la théorie économique comme étant le moyen le plus efficace d'introduire des mécanismes de marché dans des secteurs ayant des caractéristiques de monopole naturel et, ce faisant, de soumettre les opérateurs en monopole à des pressions concurrentielles, bénéfiques aux usagers (ou consommateurs) en terme de prix et de qualité de service⁹⁶. Mais les développements récents de la théorie des enchères⁹⁷ et des théories des contrats amènent à nuancer cette conclusion.

Considérer que les mécanismes de marché peuvent garantir la coordination dans toutes les situations revient en effet à omettre les problèmes inhérents au marché même. Les parties au contrat doivent en effet supporter des coûts liés au caractère non exhaustif des contrats, ainsi que des coûts d'opportunisme⁹⁸. Par exemple, l'efficacité du mécanisme d'appel d'offre dépend en premier lieu de la capacité du donneur d'ordre à caractériser précisément le service qu'il souhaite voir réaliser,

sinon les offreurs potentiels pourraient être découragés d'y participer, d'une part, en raison des coûts de recherche d'information qu'ils devraient supporter pour répondre à un tel appel d'offre et, d'autre part, par crainte de voir le contrat renégocié et de subir alors la pression du donneur d'ordre⁹⁹. Dans une comparaison internationale, il faudrait donc en déduire que la baisse des coûts devrait résulter de l'efficacité de la procédure de sélection de l'État considéré, et donc en résumé, de l'efficacité du droit applicable à la phase de sélection.

Pourtant, certaines études détaillées de comparaison internationale montrent que, malgré les fortes similitudes des procédures de sélection, ce sont les pratiques, divergentes, des organismes en charge de l'attribution de ces contrats qui influent le plus sur les résultats économiques de ces procédures de sélection¹⁰⁰.

Très déconcentrées en France – même si la situation tend à évoluer avec le développement de l'intercommunalité – les collectivités locales n'ont sans doute pas les capacités techniques et financières de procéder à des mises en concurrence aussi nombreuses qu'il serait souhaitable. Il se crée alors une position d'asymétrie vis-à-vis d'opérateurs privés qui, eux, gèrent de nombreuses procédures et de nombreux contrats. Il est donc important de soutenir les collectivités publiques – et particulièrement les collectivités locales – dans les deux phases de préparation et d'exécution des opérations de commande complexe.

2.2 Pendant la préparation des opérations : aider les collectivités publiques

Une réflexion collective doit donc être menée sur les moyens d'aider les collectivités dans la préparation du contrat et la supervision de l'opérateur.

Le constat de ce besoin résulte des auditions menées avec les différents acteurs de la commande publique. Le dialogue compétitif ne doit pas pallier l'insuffisante préparation du projet, ce dont parfois les opérateurs se plaignent. Il faut réfléchir à des scénarios permettant de démultiplier les capacités de conseil et de préparation.

⁹⁶ A. DEMSETZ, "Why regulate utilities?", *Journal of Law & Economics*, vol. 11, avril 1968, p. 55-65

⁹⁷ P. KLEMPERER, « Auction theory : guide to the literature », *Journal of Economics surveys*, black well publishing, vol. 13, juin 1999, p. 86 et suivantes ; P. MILGROM, *Putting auction theory to work*, Cambridge University, 2004; J-J. LAFFONT, J. TIROLE, *A theory of incentives in procurement and regulation*, MIT Press, 1993.

⁹⁸ O. WILLIAMSON, "Franchise bidding for natural monopolies—in general and with respect to CATV", *Bell journal of economics*, vol. 7, 1976, p. 73.

⁹⁹ M. ZUPAN, "The efficacy of franchise bidding schemes in the case of cable television : some systematic evidence", *Journal of Law & economics*, octobre 1989, p. 401.

¹⁰⁰ Source: M. AMARAL, S. SAUSSIER et A. YVRANDE-BILLON, "Auction Procedures and Competition in Public Services: The Case of Urban Public Transport in France and London", *Utilities Policy*, à paraître courant 2008.

Mais la Cour des comptes, dans son rapport pour 2008, aborde également cette question dans les quelques observations qu'elle consacre à la réalisation du Centre des archives diplomatiques du ministère des Affaires étrangères et européennes¹⁰¹.

À propos de cette opération, la Cour critique les insuffisances de pilotage d'une opération réalisée sous la forme d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public (AOT) assortie d'une convention de location. Notamment, les critères et les modalités de fixation du loyer annuel servi à l'opérateur n'ont pas été déterminés "de manière claire" alors que ces opérations ont des conséquences financières non négligeables.

Quelques pistes devraient être envisagées.

L'évaluation préalable, qui est aujourd'hui obligatoire pour le recours au seul contrat de partenariat,

- pourrait être appliquée à l'ensemble des opérations d'acquisition d'infrastructures, quelque soit le type de contrat (délégation de service public, montage en AOT et marchés publics complexes) ;
- devrait évaluer le rapport coût-bénéfice de l'opération afin de comparer l'ensemble des solutions possibles selon les différents montages disponibles et d'inclure une quantification rigoureuse du gain socio-économique dégagé par l'avantage de disposer plus rapidement d'une infrastructure ;
- devrait comporter un régime simplifié en fonction d'un seuil, non pas en valeur absolue mais par rapport à l'impact du projet sur les finances de la collectivité.

L'acheteur doit en effet choisir en amont le bon type de contrat, pas seulement le bon opérateur. Pour cela, une analyse approfondie est généralement nécessaire car il n'y a pas "un" type de contrat adapté à tous les cas. Cette évaluation devrait être globale et inclure l'avantage socio-économique pour la collectivité de disposer plus ou moins rapidement – selon la formule contractuelle envisagée – de l'équipement¹⁰².

Comme il existe une cohérence d'ensemble dans la préparation des grands projets publics, cette évaluation se combinerait avec celle qui est nécessaire pour certains grands projets d'infrastructure donnant lieu à déclaration d'utilité publique seulement, et au stade de la décision d'opportunité de créer l'infrastructure. Encore faut-il que cet avantage socio-économique soit rigoureusement quantifié et de façon homogène entre les différents types de collectivités publiques et types de projet.

Là encore, dans la tradition du Plan et en cohérence avec les travaux qui y ont été menés¹⁰³ ou sont en cours, la mise au point de la méthodologie de **quantification des avantages socio-économiques des infrastructures publiques** pourrait être menée au Centre d'Analyse Stratégique, enceinte interministérielle, permettant la concertation entre toutes les parties intéressées et la relation entre celles-ci et les experts académiques.

Enfin, pour ne pas surcharger les "petits projets", une évaluation simplifiée pourrait être exigée. Cependant, contrairement à ce qui existe en matière de marchés publics, le seuil de déclenchement de la procédure de droit commun ne serait pas fixé en valeur absolue, mais en **proportion de son impact sur les finances de la collectivités, dans une logique d'objectivation des risques financiers**. En effet, pour de petites collectivités locales, des projets situés pourtant sous les seuils des procédures du code, présentent un impact très élevé pour les finances.

Les organismes d'aide à la préparation de ce type de contrat pourraient être renforcés :

- Soit à partir des instances existantes (voir en annexe X la présentation de ces instances), avec l'extension de la Mission d'appui aux PPP,
- soit avec la constitution de qui pourrait être des Pôles locaux (au niveau des régions ou de plusieurs régions) de conseil dans le cadre du contrôle de légalité,
- voire avec la création d'un Fonds d'aide au conseil aux collectivités locales. Celui-ci pourrait être financé par une fraction très faible du montant des projets, comme cela est souvent le cas en matière de financement des autorités de supervision ou d'accompagnement de certains secteurs (financement des autorités de régulation, de la CIG du Tunnel sous la Manche, etc.).

En tout état de cause, la question doit être résolue avec les collectivités locales, qui sont les premières concernées.

2.3 Pendant l'exécution des opérations : répondre au procès récurrent sur le manque d'information sur les données économiques de l'exploitation

L'intervention de partenaires privés dans les opérations de commande complexe et de long terme, *quel qu'en*

¹⁰¹ p. 671 et s.

¹⁰² Un tel raisonnement a été tenu par le Sénat lors de l'adoption en première lecture du projet de loi modifiant l'ordonnance de 2004

¹⁰³ Voir notamment les rapports du Commissariat général du Plan sur les méthodes d'évaluation des investissements publics : M. Boiteux, "Transports : choix des investissements et coût des nuisances", La Documentation française, Juin 2001 ; D. Lebègue, "Rapport du groupe d'experts Révision du taux d'actualisation des investissements publics", Paris, La Documentation Française, 2005, 96 p.

soit le support juridique et donc la procédure de sélection, fait fréquemment l'objet de polémiques. Celles-ci viennent véritablement empoisonner le débat sur l'efficacité comparée entre les partenariats public privé et les opérations gérées en régie, d'autant plus que les médias en sont friands tant les conditions réelles de réalisation de ces opérations donnent l'impression que les deux partenaires cachent des informations importantes aux usagers, et ceci, *quelles que soient les procédures de sélection utilisées.*

À titre d'exemple, et pendant la seule durée de cette mission, une de ces polémiques est intervenue mettant en cause la gestion déléguée dans le secteur de l'eau.

Pour la deuxième année consécutive, l'association de défense des consommateurs UFC-Que choisir a publié en novembre 2007, une enquête très sévère sur le prix de l'eau dans certaines villes françaises¹⁰⁴. La Fédération professionnelle des entreprises de l'eau (FP2E) et la FNCCR (Fédération Nationale des collectivités concédantes et des régies) ont fortement critiqué la méthodologie employée¹⁰⁵. La FNCCR tire cependant de ce débat "quelques conclusions judicieuses :

- a) sur la nécessité de fournir davantage d'explications quand ce prix paraît élevé (...);
- b) sur les problèmes posés par la gestion des eaux pluviales.

De son côté, le Conseil de la concurrence intervient de plus en plus souvent dans ce secteur mais aussi plus généralement dans les montages contractuels conduisant à la création ou à la gestion privée d'infrastructures publiques¹⁰⁶. Le Conseil préconise notamment des ouvertures à la concurrence plus fortes, un dégroupage des différentes activités déléguées dans un seul contrat et le décroisement des sociétés communes aux grands groupes privés.

Il faut donc restructurer et développer les dispositifs d'information et de comparaison qui traitent aujourd'hui de la commande publique complexe.

Il existe de nombreuses obligations d'information pesant sur les opérateurs privés et sur les collectivités publiques – en particulier au niveau local pour les délégations de service public. Par ailleurs, un certain nombre d'organismes "évaluateurs" ont déjà été créés

afin de faciliter l'accès à la commande publique (dont on trouvera une présentation en annexe XII). Cependant, ces dispositifs doivent être plus lisibles et davantage opérationnels pour apporter un véritable conseil aux parties contractantes et une information claire aux usagers et aux contribuables qui sont les financeurs en ultime recours. Ceci est d'autant plus important que le contrat de partenariat est appelé à se développer.

Là encore, la bonne solution est à trouver avec les collectivités locales : mise en place d'un observatoire spécifique au niveau central, mise à disposition des collectivités locales de moyens mutualisés. A cet égard, le futur dispositif devra satisfaire dans tous les cas à un haut niveau d'indépendance : vis à vis des opérateurs, mais aussi vis-à-vis des administrations de soutien à la préparation des PPP. En effet, l'évaluateur doit rester à distance de l'organisme chargé de développer les projets.

En tout état de cause, **cette proposition doit être mise en œuvre rapidement.** En effet, à défaut, outre la multiplication des polémiques sur le sujet de l'efficacité des partenariats public privé, il faut s'attendre à ce que cette problématique trouve sa solution à deux niveaux : par un conflit au niveau communautaire et par le contentieux interne de la concurrence.

Les services de la Commission européenne en charge du suivi des déficits budgétaires et de la dette publique pourraient dans les années à venir contrôler le mouvement de prise en charge, sous une forme juridique ou une autre, par le secteur privé ou l'économie mixte, d'activités ou de travaux autrefois réalisées par le secteur public en régie ou par la maîtrise d'ouvrage publique.

Le contexte général de décentralisation accrue, le besoin de financement des administrations publiques et l'évolution des modalités de gestion des services publics locaux conduisent à une externalisation que la formule de l'entreprise publique locale permet d'encadrer et de maîtriser. L'équilibre réel des budgets locaux et, d'une façon générale, le risque de dérapage de la dette publique, préoccupent donc les instances communautaires. On a souligné parfois les risques particuliers des contrats de partenariat pour les collectivités locales, en ce sens qu'ils risqueraient de fausser l'équilibre

¹⁰⁴ V. en ce sens, Que choisir, novembre 2007, n°453, p. 16 et suivantes.

¹⁰⁵ Voir : Aque, la lettre de la Fédération professionnelle de l'eau, 34, novembre 2007 et FNCCR, Position de la FNCCR sur l'enquête relative aux factures d'eau publiées dans le mensuel Que choisit, Ronéo, 20 p.

¹⁰⁶ Pour une rétrospective récente : Laurence Idot, « Commande publique et droit de la concurrence : Un autre regard », Concurrences, Revue des droits de la concurrence, 1-2008, p. 52-63.

budgétaire et d'inciter au lancement d'opérations dont le financement serait reporté sur les mandats suivants. On doit remarquer d'une part que l'État n'est pas à l'abri de ce type de critiques, et que d'autre part, sur le point précis du report vers les mandatures suivantes, d'autres mécanismes offrent potentiellement les mêmes risques : émissions obligataires des collectivités locales prévoyant un remboursement en toute fin de contrat, remboursements non linéaires...

Le Conseil de la concurrence intervient de plus en plus dans la problématique de la commande publique complexe et de long terme. Or, l'action contentieuse, à partir d'un échantillon limité d'opérations pathologiques, ne peut se substituer à une politique globale et cohérente. ■

Liste des annexes

Annexe I : Lettre de mission.....	59
Annexe II : Rapporteurs et personnes auditionnées ou ayant participé aux réunions de travail	61
Annexe III : Comparaison des procédures actuelles : d'appel d'offres, de dialogue compétitif et de négociation dans le cadre de la Loi Sapin.....	67
Annexe IV : Le développement des montages en PPP dans l'Union européenne.....	71
Annexe V : Textes et documents européens marquant l'évolution récente du débat sur les partenariats public privé	73
Annexe VI : Le régime des marchés de services financiers	75
Annexe VII : Présentation des contrats assimilés à la délégation de service public ou au contrat de partenariat.....	77
Annexe VIII : Les différents régimes juridiques des divers instruments contractuels pour créer des infrastructures publiques	81
Annexe IX : Quelques réalisations effectuées selon des schémas de partenariat public privé.....	88
Annexe X : La réforme de l'ordonnance de 2004 : une clarification des conditions de recours au contrat de partenariat public privé	96
Annexe XI : Inventaire des contrats de partenariat signés	98
Annexe XII : Présentation de quelques organismes chargés de faciliter l'acquisitions d'infrastructures publiques.....	100

Annexe 1 - Lettre de mission

Le Premier Ministre

m:1622

Paris, le 16 OCT. 2007

Monsieur le Ministre,

Plusieurs réformes ont été engagées ces dernières années afin de donner aux acteurs publics la possibilité de disposer dans les meilleures conditions, d'offres de biens et de services de qualité. Ces réformes, qui ont notamment porté sur le code des marchés publics, les partenariats public-privé ou les règles d'achats de services financiers, visaient à conjuguer les impératifs de transparence, de sécurité et d'égalité d'accès à la commande publique et l'utilisation d'outils modernes dans un cadre simple pour les fournisseurs et efficace pour la gestion des deniers publics.

Bien que ces textes aient fait l'objet d'ajustements fréquents – trois en moins de six ans pour le code des marchés publics, par exemple –, le succès de certaines modalités, telles que le dialogue compétitif et les partenariats public-privé (PPP) a été moindre que prévu.

Je souhaite que vous conduisiez une étude des modalités d'organisation de l'achat public (marchés, PPP, achat de services financiers) chez nos principaux voisins européens, en vous penchant plus particulièrement sur les solutions retenues pour transposer les directives européennes. Le Gouvernement souhaitant engager la révision des conditions juridiques qui freinent aujourd'hui le développement des PPP, je souhaite que vous me fassiez part, dès que possible, des points de blocage de notre système que vous aurez pu constater en préparant cette évaluation comparative, et des pistes d'évolution identifiées.

Dans un second temps et dans un délai de quatre mois, vous identifierez les autres points de blocage et les pistes d'évolution possibles afin d'offrir aux acheteurs publics un ensemble cohérent et continu de dispositifs facilitant la commande publique dans les meilleures conditions de sécurité juridique et d'efficacité financière.

Monsieur Eric BESSON
Secrétaire d'Etat chargé de la Prospective
et de l'évaluation des politiques publiques
35 rue Saint-Dominique
75007 PARIS

Vous effectuerez ce travail en lien étroit avec le Ministère de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durables, le Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-Mer et des Collectivités Territoriales, le Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Emploi, le Ministère de la Défense, le Ministère de la Santé, de la Jeunesse et des Sports et le Ministère du Budget, des Comptes Publics et de la Fonction Publique.

Je vous prie de croire, Monsieur le Ministre, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Bien à toi



François FILLON

Annexe 2 - Rapporteurs et personnes auditionnées ou ayant participé aux réunions de travail

Equipe des rapporteurs :

Les travaux préparatoires de ce rapport ont bénéficié de l'expertise et de l'engagement de :

Bertrand du MARAIS, Conseiller d'État

Rémi DUCHÊNE, Inspecteur général de l'administration¹⁰³.

Jean-Yves GACON, directeur de projets à la MAPP ;

Philippe COSSALTER, Maître de conférences en droit à l'Université Panthéon-Assas Paris II ;

Jean-Mathieu GLATT, ATER à l'Université de Paris X Nanterre et Conseiller scientifique auprès du Centre d'analyse stratégique ;

Olivier RENAUDIE, Chargé de mission au Centre d'analyse stratégique.

avec l'assistance d'Alexandre OBERLIN, chargé d'évaluation au Centre d'analyse stratégique.

Personnes auditionnées ou ayant participé aux réunions de travail ou ayant contribué au rapport¹⁰⁴

Monsieur Philippe	AJUELOS	Chef de bureau (informatique, sécurité, réseaux), Ministère de l'Education nationale
Monsieur Frederic	AMICEL	Attaché principal d'administration centrale, Ministère de l'intérieur
Monsieur Thierry	AMSELEK	Chef du service juridique. et des marchés, AMOTMJ
Monsieur Thierry	AVELINE DE ROSSIGNOL	P-DG de Gespace France, Directeur des financements en charge des PPP, Dalkia / Groupe VEOLIA
Monsieur David	AZEMA	Directeur général Vinci Concessions
Monsieur Gauthier	BAIJOT	Financing group
Madame Isabelle	BAILLY-ETIENNE	Juriste à France Télécom (Droit public des affaires)
Madame Delphine	BALSA	Secrétariat Général, Direction des Affaires Juridiques, Ministère de la défense
Madame Nathalie	BASSALER	Chef du département International, Centre d'Analyse Stratégique
Monsieur Michel	BAZEX	Professeur à l'Université de Paris Ouest - Nanterre La Défense
Monsieur Jean-Louis	BELLIN	Membres du groupe interministériel sur les marchés publics, Ministère de la justice - DAGE
Monsieur Christian	BEREHOUC	Mission Nationale d'Appui à l'Investissement Hospitalier, Ministère de la Santé, de la Jeunesse et des Sports
Monsieur Jean	BERKANI	Magistrat hors hiérarchie, Ministère de la défense
Monsieur Xavier	BESANÇON	Délégué général, Entreprise Générale de France - BTP
Monsieur Daniel	BIDEAU	Trésorier adjoint national, UFC Que Choisir
Madame Claudie	BOITEAU	Professeur à l'Université de Poitiers

¹⁰⁷ Au titre d'un concours de l'Inspection générale de l'administration pour laquelle cette mission porte le n° 08-005-01

¹⁰⁸ Les titres et fonctions sont ceux en vigueur à la date des auditions.

Monsieur Pascal	BORIS	Président de la Chambre de Commerce Française de Grande-Bretagne
Monsieur Laurent	BOUGARD	Head of Transport and PPP Law, Groupe Transdev
Madame Annie	BREARD	Direction des Affaires Juridiques, Informatiques et Logistiques, Ministère de l'Education nationale
Monsieur Antoine	BRUGIDOU	Vice-président Secteur Public et Relations Institutionnelles, Accenture
Monsieur Jean-Marie	BRUNO	Chef des Affaires Immobilières, DGA, Ministère des Affaires Etrangères
Monsieur Jacques	CABANIEU	Secrétaire général de la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques
Monsieur François	CARLIER	Directeur adjoint, Département des études et de la Communication, UFC Que choisir.
Monsieur Bertrand	CARSIN	Directeur D84
Madame Isabelle	CESTRE	Direction des Affaires Juridiques, Informatiques et Logistiques, Ministère de l'Ecologie du Développement et de l'Aménagement Durable
Monsieur Patrick	CHABERT	Juriste, Cofathec Service
Monsieur Cesar	CORDOBA-NOVION	Administrator of the Regulatory Reforms Program of the OECD
Monsieur Philippe	COSSALTER	Maître de Conférence à l'Université Panthéon-Assas Paris II
Monsieur Pierre-Denis	COUX	Sous-directeur des autoroutes et ouvrages concédés, Ministère de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement Durables
Monsieur Christian	CUCCHIARINI	Responsable des marchés à EFG-BTP
Monsieur Jean-Luc	DANIEL	Adjoint au chef du secteur MICA, Secrétariat Général des Affaires Européennes
Monsieur Vincenzo	DE GREGORIO	Directeur Juridique Collectivités, Clear Channel France
Madame Julie	DE ROUJOUX	Conseiller technique, Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche
Monsieur Noël	DE SAINT PULGENT	Président de la MaPPP
Monsieur Gauthier	DE TRACY	Secrétariat Général, Direction des Affaires Juridiques, Ministère de la défense
Monsieur André	DELION	Conseiller Maître honoraire à la Cour des Comptes
Monsieur Guillaume	DELVALLEE	Sous-direction des Affaires Economiques, Direction des Nations Unies et des Organisations Internationales
Madame Marie-Hélène	DES ESGAULX	Député de la Gironde, Présidente du groupe d'étude PPP, Assemblée nationale
Monsieur Dominique	DEVILDER	Directeur des Affaires Juridiques, Fédération Nationale des Travaux Publics
Monsieur Benoit	DINGREMONT	Chef du bureau Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l'Économie, des finances et de l'emploi

Madame Christine	DULAC	Direction des Affaires Juridiques, Informatiques et Logistiques, Ministère de l'Education nationale
Monsieur Jean-Philippe	DURANTHON	Président de la section administrative et économique, Ministère de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement Durables
Monsieur Thierry	DURNERIN	Directeur des relations extérieures, Fédération des SEM
Madame Sandrine	DYCKMANS	Chef de Rubrique et journaliste
Monsieur Frédéric	EON	Chargé de Mission, Assemblée des Départements de France
Monsieur Marc	FALIZE	Association des acheteurs des Collectivités Territoriales
Monsieur Edward	FARQUHARSON	Project Director, International Department, Partnerships UK
Monsieur Olivier	FAUCONNIER	Responsable de la mission modernisation des achats, Ministère de la culture et de la communication
Monsieur Philippe	FORTSMANN	Inspecteur général, Ministère de l'Education Nationale
Monsieur Philippe	GENOUX	Chef du bureau "Nouveaux modes d'acquisition", DGA, Ministère de la Défense
Monsieur Jérôme	GRAND D'ESNON	Avocat Associé en charge des grands contrats publics (PPP), Landwell Et Associés
Madame Patricia	GRELIER-WYCKOFF	Direction Affaires Juridiques et Fiscales, Chef du service des marchés, Fédération française du bâtiment (FFB)
Monsieur Claude	GRESSIER	Président Section "Economie et Transports", Ministère de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement Durables
Monsieur Jocelyn	GUITTON	Economist at the European Commission
Monsieur Jérôme	HAAS	Directeur adjoint, DGTPE, Ministère de l'Économie, des finances et de l'emploi
Madame Michèle	HOURT-SCHNEIDER	Sous directrice de la commande publique, Ministère de l'Économie, des finances et de l'emploi
Monsieur Xavier	HURSTEL	Sous-directeur à la Direction du Budget, Ministère du Budget, des Comptes Publics et de la Fonction Publique
Monsieur Philippe	JEANNEAU	Responsable du département Achats, immobilier et logistique à la Caisse des dépôts et consignations
Monsieur François	JOLY	Directeur, Sèche Environnement
Monsieur Edward	JOSSA	Directeur général de la DGCL, Ministère de l'Intérieur
Monsieur Marc	JOUHANNEAU	Délégué affaires financières et juridiques, Association des Régions de France
Monsieur Nick	JOYCE	Project and Infrastructure Finance Division, Corporate finance directorate, Department for Transport
Monsieur Jean-Marc	KIVIATKOWSKI	Responsable juridique de Bouygues Construction
Madame Géraldine	KOUZAN	Consultante, Le club des Partenariats Public-Privé
Madame Panayota	KREMMYDA	Legal Advisor

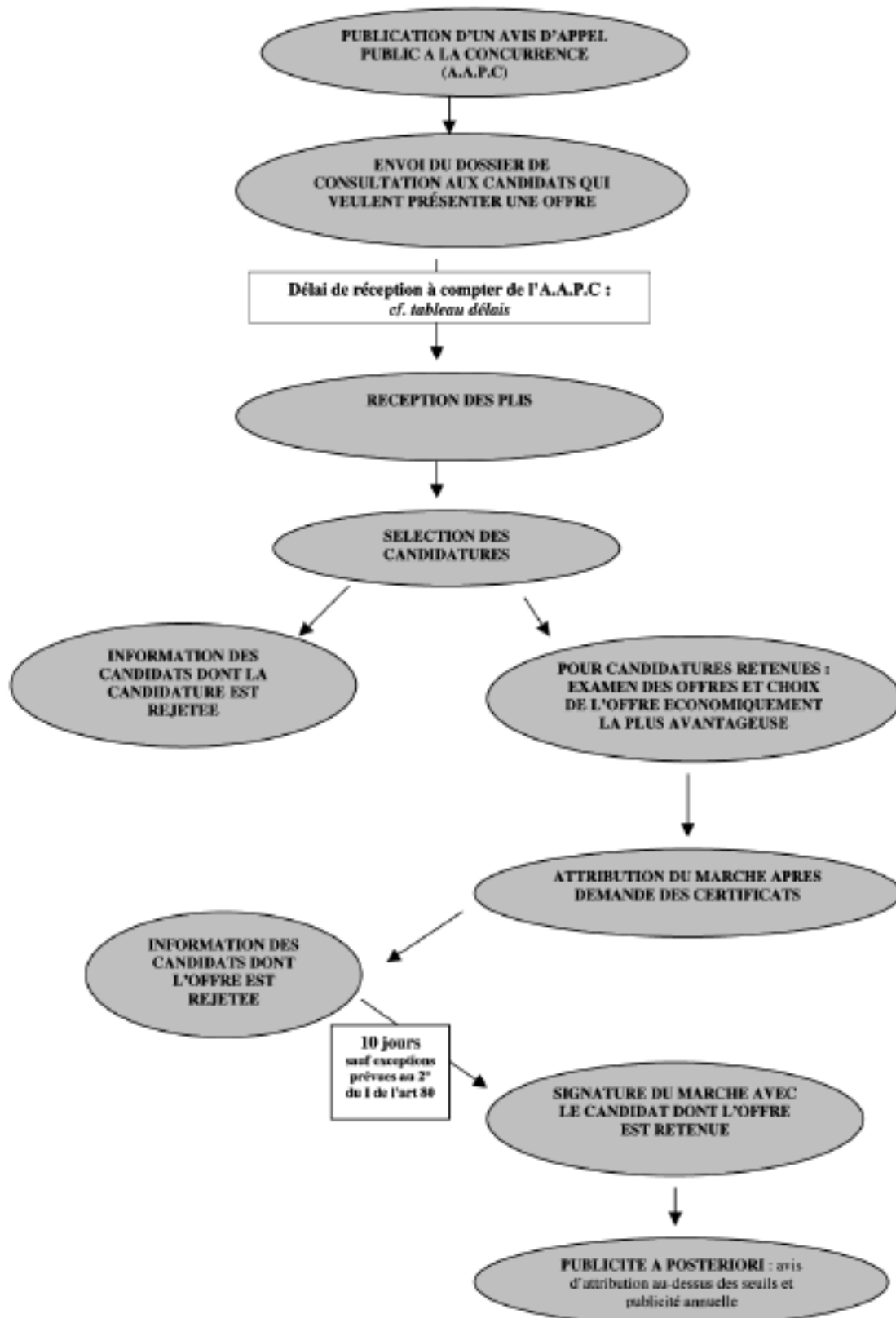
Madame Muriel	LACOUÉ-LABARTHE	Chef du secteur marché intérieur, consommateurs, concurrence, aide d'Etat et armement, Secrétariat Général des Affaires Européennes
Monsieur Bruno	LASSERRE	Président du Conseil de la concurrence, Conseiller d'Etat
Monsieur Hervé	LE CAIGNEC	Director of VINCI Concessions in the UK
Monsieur Erwan	LE RAVALLEC	Responsable du domaine marchés et Conseil, Ministère de la Justice
Madame Anne	LE STRAT	PDG, Société Anonyme de Gestion des Eaux de Paris
Monsieur Philippe	LEGLISE-COSTA	Représentation permanente de la France à l'ONU
Monsieur Olivier	LESBRE	Attaché d'armement, Ambassade de France au Royaume Uni
Madame Monique	LIEBERT-CHAMPAGNE	Direction des affaires juridiques, informatiques et logistiques, Ministère de l'Écologie du Développement et de l'Aménagement Durable
Monsieur Philippe	LOGAK	Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Conseiller juridique de la Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi
Monsieur Michel	LYONNET DU MOUTIER	Professeur associé à Paris Ouest - Nanterre La Défense et maître de conférence à l'Ecole nationale des Ponts et Chaussées
Monsieur Jean-Dominique	MALLET	Chef executive officer, Veolia environmental services
Monsieur Claude	MARTINAND	Vice-président du Conseil général des ponts et chaussées, Ministère de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement Durables
Madame Christiane	MASLANKA	Déléguée Générale de l'Association pour l'Achat dans les Services Publics
Madame Karine	MAUBERT	Chargée de mission, Département Législation et Affaires Européennes, Union des transports publics et ferroviaires
Monsieur Benoît	MELIONO	Conseiller technique, cabinet du Ministre de l'Écologie du Développement et de l'Aménagement Durable
Madame Christine	MELON	Directrice des affaires juridiques, MEDEF
Monsieur Alain	MENEMENIS	Président de la 3ème sous-section de la section contentieux, Conseil d'Etat
Monsieur Emmanuel	MEYER	Direction des affaires juridiques, Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche
Monsieur Jean-Paul	MILOT	Direction du Budget, Ministère du Budget, des Comptes Publics et de la Fonction Publique
Monsieur Pascal	MINAULT	Managing director Bouygues UK
Monsieur Jean-Philippe	MOCHON	Conseiller juridique, membre du Conseil d'Etat
Monsieur Bertrand	MUNCH	Direction des libertés publiques et des affaires juridiques, Ministère de l'intérieur
Monsieur Hervé	NOVELLI	Secrétaire d'Etat chargé des entreprises et du commerce extérieur

Monsieur Joao	NOGUEIRA MARTINS	Conseiller du directeur général, Direction générale économie et finances, Commission Européenne
Monsieur	PASCHKE	Conseiller, direction Politique des marchés publics, Direction générale Marché intérieur, Commission européenne
Monsieur Lucio	PENCH	Head of the Unit on Spain, Ireland and Italy at the DG Economic and Financial Affairs of the European Commission
Monsieur José	PEREIRA	Entreprise SACER
Monsieur Maxim	PETER	Directeur général, Fédération des Sem
Monsieur Jean-Marc	PEYRICAL	Maître de conférences, avocat à la Cour et président de l'Association pour l'Achat dans les Services Publics
Monsieur Thomas	PEZ	Maître de conférence à l'Université Panthéon Assas Paris II
Monsieur Xavier	PINON	Conseiller, Chef de la division du contrôle et des études économiques, Assemblée Nationale
Monsieur Marc	POULAIN	Adjoint au Chef de Bureau de la Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l'Économie, des finances et de l'emploi
Madame Catherine	PREBISSY-SCHNALL	Professeur à l'Université de Paris Ouest – Nanterre La Défense
Monsieur Henris	PREVOST	Conseiller budgétaire, Ministère du Logement et de la Ville
Monsieur Emmanuel	PUISAIS JAUVIN	Conseiller (Groupe Mertens), Représentation permanente de la France auprès de l'Union Européenne
Madame Martine	RAMOND	Sous-directrice du pilotage et du dialogue de gestion au service de l'action administrative et de la modernisation, Ministère de l'Education nationale
Monsieur Philippe	RAPIN	Project manager, Mott Mac Donald
Madame Marie	REFALU	Directrice de la publication, Institut à la Gestion Déléguée
Monsieur Jacques	RELAND	Head of European research Global Policy
Monsieur Michel	RICHARD	Secrétariat Général, Direction des Affaires Juridiques, Ministère de la défense
Madame Genevieve	RIGOLOT	Directrice de la coordination des métiers de Veolia. Environnement
Monsieur Kay	RINTALA	Manager KPMG
Monsieur Frederic	ROLLIN	Professeur à l'Université de Paris Ouest – Nanterre La Défense
Monsieur Julien	ROSSI	Secrétariat général des affaires européennes
Madame Valérie	ROUSSO-DEBORD	Député de Meurthe-et-Moselle
Madame Cécile	ROUX	Chargée de mission pour la commande publique, Ministère de la culture et de la communication
Monsieur Jules	SEELEY	Associé principal de Mc Kinsley&compagnie
Monsieur Igor	SEMO	Directeur des relations extérieures de la Lyonnaise des eaux (Suez)

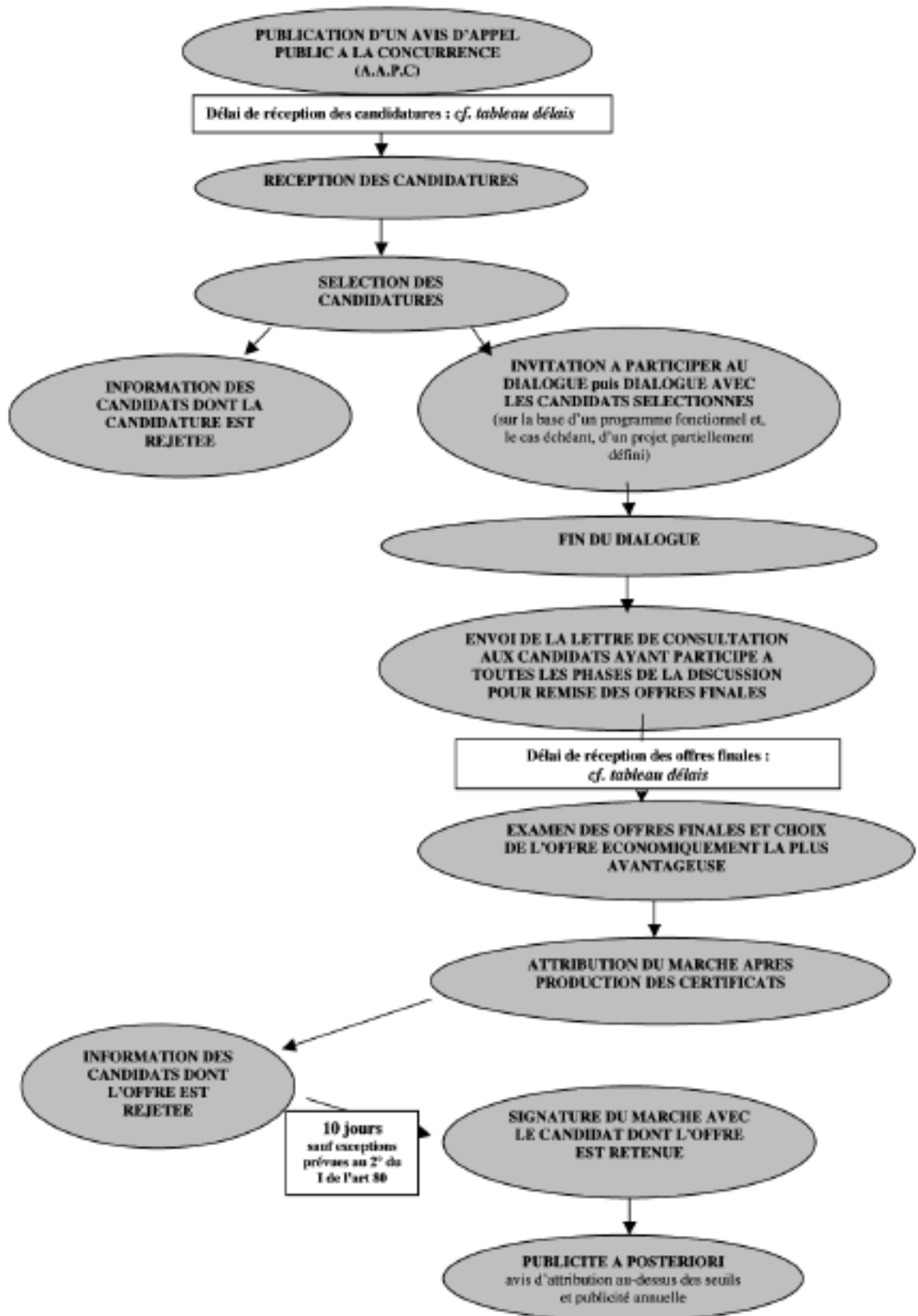
Monsieur Michaël	SIBILLEAU	Chargé de mission, Ministère du Budget, des comptes publics et de la fonction publique
Madame Véronique	SIMMLER	Directrice administrative, Société Jean-Claude DECAUX
Monsieur James	STEWART	Chief executive, Partnerships UK
Monsieur Christophe	TARDIEU	Directeur adjoint, cabinet, Ministère de la culture
Monsieur Marc	TEYSSIER D'ORFEUIL	Directeur Général, Com'Publics
Madame Françoise	TOTH	Chargée de mission pour la commande publique, Ministère de la culture et de la communication
Monsieur Arnaud	VAISSIE	Co-Fondateur et PDG d'International SOS
Madame Clotilde	VALTER	Inspection générale de l'administration, Ministère de la Justice
Monsieur Pierre	VAN DE VYVER	Direction Générale, Institut de la Gestion Déléguée
Madame Florence	VERZELEN	Chargée des questions industrielles et commerciales, développement durable, Ministère des Affaires Étrangères
Monsieur Laurent	VIDAL	Maître de conférence à l'Université Paris I
Monsieur Alexandre	VIGOUREUX	Fédération Nationale des Collectivités Concédantes et Régies
Monsieur Stéphane	VOLANT	Directeur des relations institutionnelles, groupe Vinci
Madame Emilie	VOUILLEMET	Direction des Affaires Juridiques, Informatiques et Logistiques, Ministère de l'Écologie du Développement et de l'Aménagement Durable
Monsieur Jay	WALDER	Partner at Mc Kinsley&compagnie
Monsieur Jean-Paul	WEISS	Directeur général, Ministère de la Justice
Madame Florence	WILHELEN-REULTA	Direction de l'administration générale, du personnel et du budget, Ministère de la santé, de la Jeunesse et des Sports
Monsieur Michel	ZULBERTY	Directeur de Jussieu, Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche

Annexe 3 - Comparaison des procédures actuelles d'appel d'offres, de dialogue compétitif et de négociation dans le cadre de la Loi Sapin

CMP 2006 - APPEL D'OFFRES OUVERT



CMP 2006 - DIALOGUE COMPETITIF



Mis à jour au 1^{er} janvier 2008

CMP 2006 - POUVOIRS ADJUDICATEURS – OBLIGATIONS DE PUBLICITE

Accord-cadre et marché de Travaux

SEUILS	4 000 €HT	90 000 €HT	206 000 €HT	5 150 000 €HT
MODALITES DE PUBLICITE	Etat et collectivités territoriales	PUBLICITE ADAPTEE	PUBLICITE OBLIGATOIRE (modèle national obligatoire ³): BOAMP ¹ OU JAL ² + si nécessaire, presse spécialisée	PUBLICITE OBLIGATOIRE : BOAMP ¹ OU JAL ² + si nécessaire, presse spécialisée (modèle national obligatoire ³)
			PUBLICITE OBLIGATOIRE : BOAMP ¹ ET JOUE ⁵ (modèles européens obligatoires ⁴) + le cas échéant, publicité complémentaire (modèle national obligatoire ³)	

Accord-cadre et marché de Fournitures et de Services

SEUILS	4 000 €HT	90 000 €HT	133 000 €HT	206 000 €HT
MODALITES DE PUBLICITE	Etat	PUBLICITE ADAPTEE	PUBLICITE OBLIGATOIRE (modèle national obligatoire ³): BOAMP ¹ OU JAL ² + si nécessaire, presse spécialisée	PUBLICITE OBLIGATOIRE : BOAMP ¹ ET JOUE ⁵ (modèles européens obligatoires ⁴) + le cas échéant, publicité complémentaire (modèle national obligatoire ³)
	Collectivités territoriales			
Etat et collectivités territoriales			PUBLICITE ADAPTEE POUR LES SERVICES RELEVANT DE L'ARTICLE 30	

¹ Bulletin officiel des annonces des marchés publics

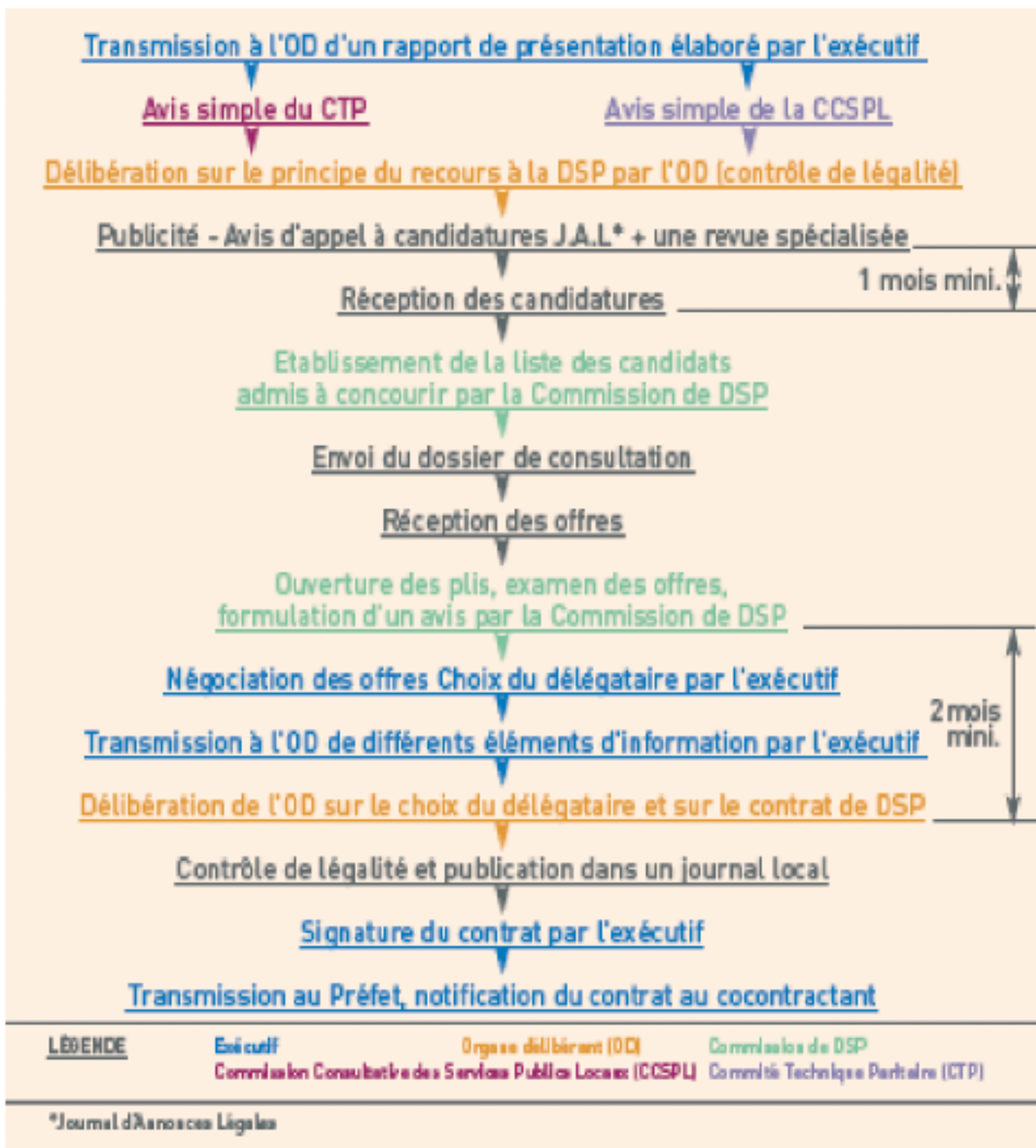
² Journal habilité à recevoir des annonces légales

³ Annexe à l'arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 28 août 2006 puis en application du code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres (NOR : ECUM0620015A)

⁴ Annexes au règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil

⁵ Journal officiel de l'Union européenne

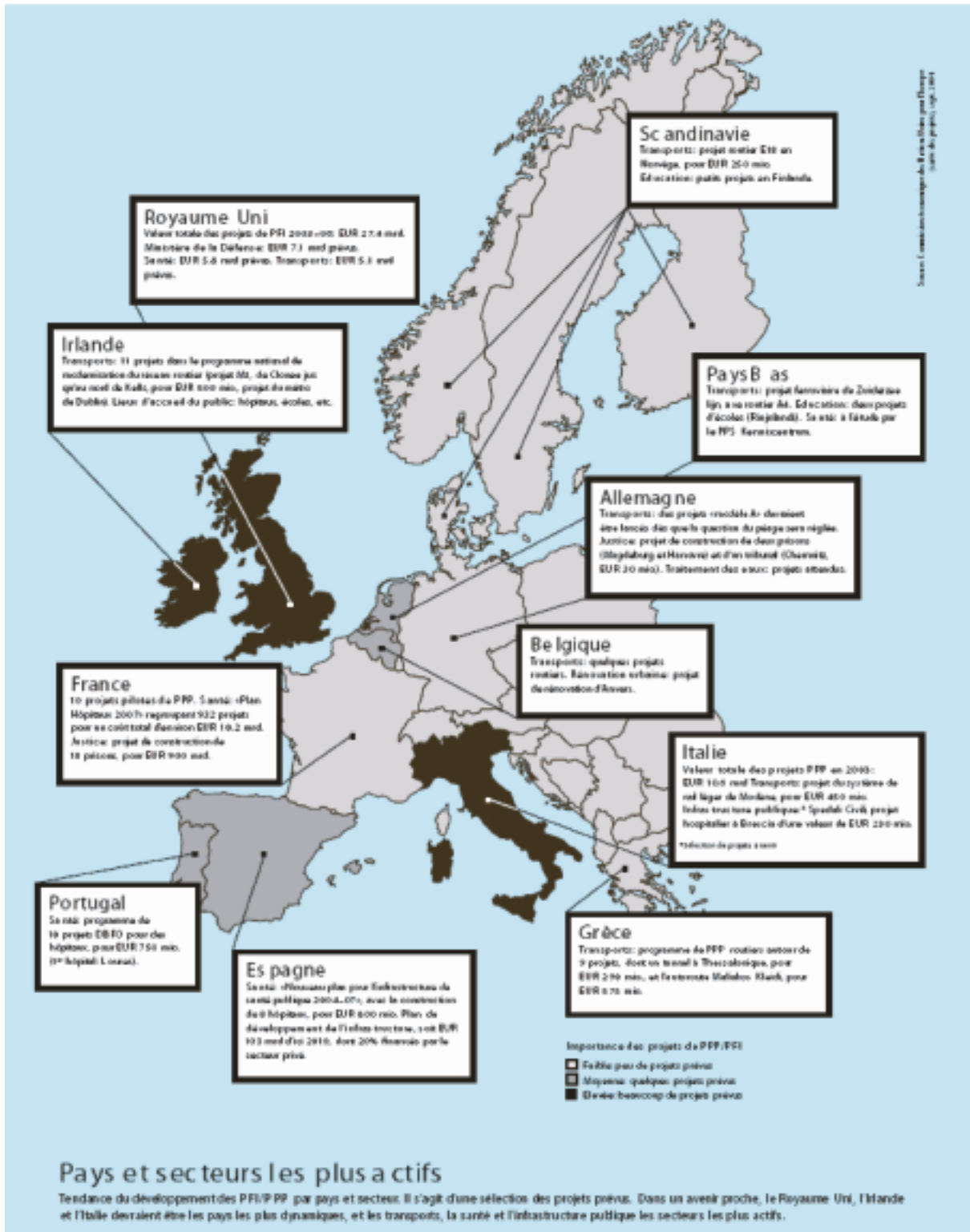
Le déroulement de la procédure de Délégation de service public



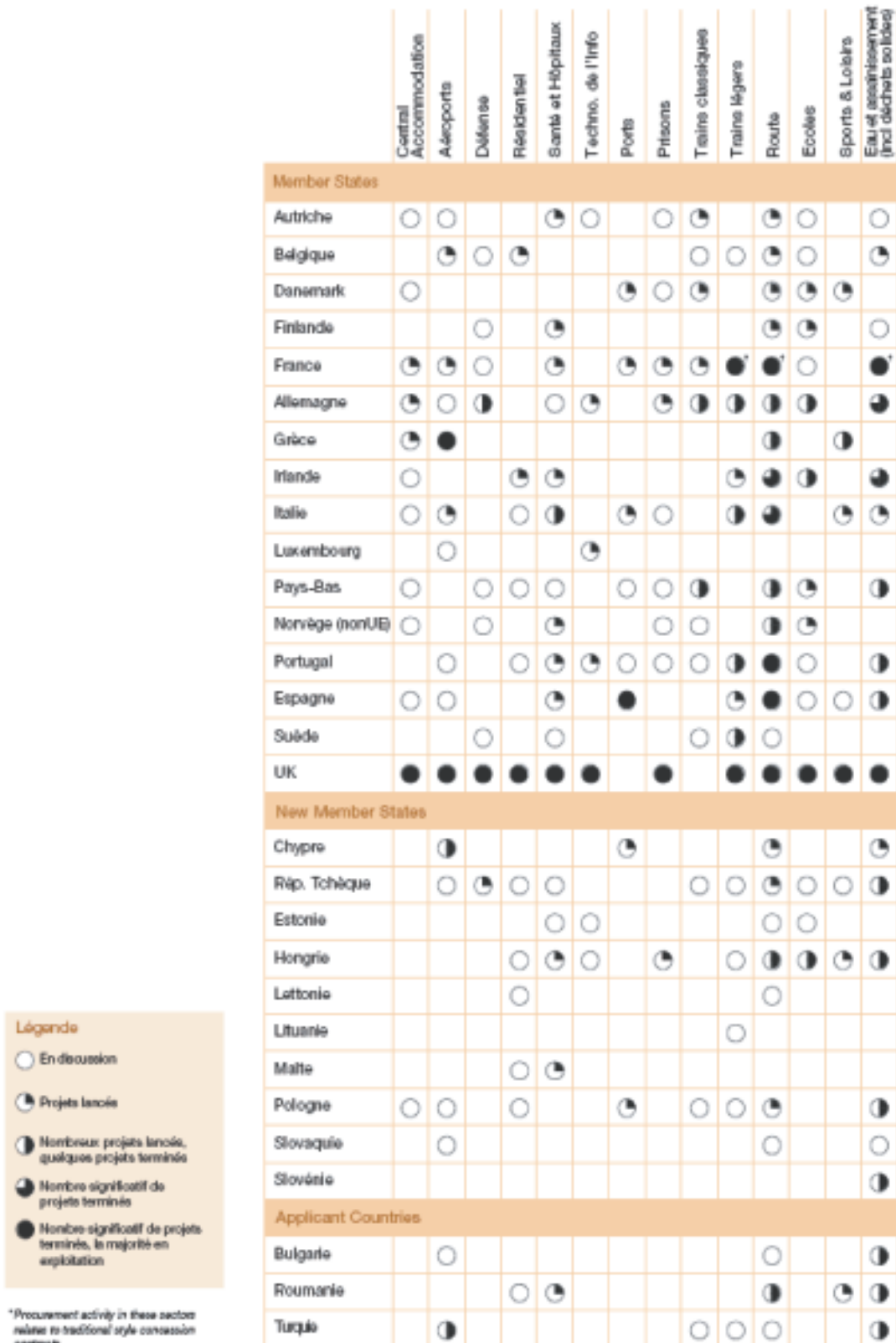
Annexe 4 - Le développement des montages en PPP dans l'Union européenne

Les partenariats public privé en Europe

(Source : Les partenariats public /privé en Europe, numéro spécial, *Les dossiers européens*, 13, Janvier 2008, p. 14 et p. 21)



Nombre de PPP par pays et par secteur



Annexe 5 - Textes et documents européens marquant l'évolution récente du débat sur les partenariats public privé

Marchés publics

- ▶ **Communication interprétative** de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises aux directives "marchés publics" (2006/C 179/02)
- ▶ **Juin 2007** : les députés européens ont adopté un rapport portant sur les problèmes liés à la transposition et à l'application de la législation des marchés publics et ont fait une **proposition de résolution** sur ce sujet.

Lien : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=FR&reference=A6-2007-0226&type=REPORT#title1>

Projet de directive concessions

- ▶ **Communication interprétative** de la Commission sur les concessions en droit communautaire (2000/C 121/02)
- ▶ Livre vert partenariats publics-privés et le droit communautaire des marchés publics et des concessions. COM (2004)327 final du 30.04.2004,

Lien : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=COMfinal&tan_doc=2004&tnu_doc=327

- ▶ **Directive 2004/17/CE** portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (30.04.2004)

Lien : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=Directive&tan_doc=2004&tnu_doc=17

- ▶ **Directive 2004/18/CE** relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (31 mars 2004)

Lien : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=Directive&tan_doc=2004&tnu_doc=18

- ▶ **Communication** de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions Concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions COM (2005) 569 final.

Lien : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=COMfinal&tan_doc=2005&tnu_doc=569

- ▶ **Octobre 2006** : le Parlement européen est favorable à une directive sur les concessions.
- **Résolution du Parlement européen sur les partenariats publics-privés et le droit communautaire des marchés publics et des concessions (2006/2043(INI))**

Lien : <http://www.europarl.europa.eu/oeil/FindByProcnum.do?lang=1&procnum=INI/2006/2043>

- ▶ Une étude d'impact devait être réalisée courant 2006.
- ▶ **Sept 2007** : La Commission européenne énonce quelques pistes de réflexion sur l'initiative législative relative aux concessions. Réflexion soumise fin juin aux États membres réunis au sein du Comité consultatif sur les marchés publics. Les questions posées concernent notamment les seuils à partir desquels une **directive "concessions"** s'appliquerait ainsi que la procédure d'attribution et la durée de cette forme de PPP.

PPP institutionnalisés

- ▶ 5 février 2008 : Communication de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés **COM (2007) 6661**
- ▶ Ce document examine les principes visant le choix de l'opérateur économique privé participant à ce type de PPP ainsi que la phase postérieure à la création du partenariat.

Dialogue compétitif

- ▶ Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, fiche explicative dialogue compétitif-directive classique ;

Lien : http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_fr.pdf

Annexe 6 - Le régime des marchés de services financiers

Parmi les catégories de contrats exclus du champ d'application du code des marchés publics, les marchés de services financiers soulèvent une difficulté spécifique. Une divergence d'interprétation oppose la Commission européenne et certains États membres, dont la France, sur le périmètre d'exclusion du champ d'application de la directive 2004/18 sur les marchés de travaux, fournitures et services.

En effet, l'article 16 d) de la directive dispose qu'elle

"ne s'applique pas aux marchés publics de services (...) concernant des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs (...)"

La transposition par le Code des marchés publics issu du décret du 1^{er} août 2006 prévoit en son article 3-5° :

"Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres suivants :

5° Accords-cadres et marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers et à des opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs (...)"

Ces dispositions du Code des marchés publics de 2006 reprennent in extenso la solution retenue par le Conseil d'État dans sa décision du 23 février 2005 aux termes de laquelle le juge administratif a considéré "que peut ne pas être précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence la passation des marchés portant sur l'émission, l'achat, la vente et le transfert d'instruments financiers qui, prenant ou non la forme d'un titre, sont négociables sur un marché financier; qu'en revanche les contrats par lesquels une des personnes mentionnées à l'article 2 du code a recours à un emprunt ou se fait ouvrir une ligne de trésorerie auprès d'un établissement financier, ne sont pas négociables sur un tel marché et n'entrent dès lors pas dans le champ de l'exception définie par les dispositions précitées de la directive".

Remplacer le "en particulier" de la directive par le "et" du code a pour effet d'exclure du champ d'application du code toute opération d'approvisionnement en argent ou capital. Cette position prévaut pour l'État et les collectivités locales, qui peuvent ainsi négocier librement leurs emprunts. La France, comme d'autres États, défend leur autonomie de gestion et d'administration ; le principe de libre administration de l'échelon local a une valeur constitutionnelle en France comme dans d'autres États membres. Le groupe de ces États considère que la directive ne doit pas faire obstacle au droit, pour une collectivité, de choisir son banquier et de négocier avec lui au mieux de ses intérêts.

D'un point de vue économique, soumettre le choix de l'opérateur financier aux procédures du code aurait pour effet d'introduire des délais supplémentaires et de limiter les opportunités financières ponctuelles et de renchérir, en définitive, le coût du crédit – à la fois son coût administratif et son coût en termes de taux pratiqués.

La Commission, à l'inverse, défend une position d'interprétation stricte selon laquelle seules les opérations faisant l'objet d'un titre ou instrument financier émis et négociable sont exclus du champ de la directive. Elle fait valoir que certains États membres ont adopté son point de vue et passent des marchés pour leurs emprunts (Belgique, Italie). Du point de vue économique, cette technique permettrait d'emprunter à moindre coût en faisant jouer la concurrence, et de s'approcher des taux de l'emprunt d'État. Du point de vue du droit communautaire, elle est la condition d'une véritable égalité de traitement des opérateurs bancaires nationaux et non nationaux.

Les arguments relatifs au texte lui-même sont, de la même façon, opposés : la position de la Commission fondée sur le "en particulier", qui a trait à un sous-ensemble inclus dans la catégorie générique, mal transposé par le "et", qui crée un autre ensemble distinct du précédent. Certains États membres font valoir que la négociation de la directive avait bien eu pour objectif de créer un nouveau champ d'exclusion de la directive. Ceci apparaît lorsqu'on relit la version antérieure du texte communautaire, du 18 juin 1992, prévoyant "l'exclusion des marchés des services financiers relatifs à l'émission, à rachat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que des services exercés par des banques centrales". En isolant les services exercés par des banques centrales et surtout en rajoutant la mention des opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs, la nouvelle directive a opéré en 2004 une modification qui serait quasiment vidée de sa substance si l'on retient la lecture de la Commission.

Cette question de technique juridique doit être examinée dans son contexte général qui la rend sans doute moins grave qu'on pourrait le redouter : d'un point de vue procédural, notamment, la France n'a reçu aucune lettre ni plainte qui conduirait à court terme à un risque contentieux ; et à Bruxelles, la DG MARKT ne semble pas pressée d'en découdre, étant davantage dans une position d'attente que d'attaque. Peut-être, pour que le juge se prononce, attendra-t-on qu'un nouvel entrant se présente et attaque le défaut de concurrence sur les emprunts locaux. Il ne semble pas que tel ait été le cas jusqu'ici, depuis l'entrée en vigueur du code dans sa version 2006.

Dans la pratique, au demeurant, les collectivités locales consultent fréquemment plusieurs opérateurs pour les emprunts même si le code ne les y oblige pas ; on peut y voir seulement une mesure de bonne gestion pour faire baisser les taux pratiqués. Ou bien aussi, comme certains l'écrivent, une mesure de prudence pour limiter des risques contentieux ultérieurs. Cependant, la multiplication des produits dérivés complexes rend parfois difficile l'obtention d'offres comparables.

Pour le moment, le dénouement de la difficulté ne paraît pas urgent. La clarification attendue peut provenir des négociations de l'OMC : à Genève, un volet est consacré aux marchés de services financiers. La Commission se défend d'adopter une tactique qui consisterait à reprendre à Genève les acquis d'une négociation bruxelloise et estime défendre une position cohérente.

A supposer que, d'une façon juridictionnelle ou par le biais des organisations internationales, l'interprétation stricte prévale en définitive, la réglementation française permettrait, dans une certaine mesure, d'en limiter les effets négatifs en termes notamment de délai de mise en concurrence par l'utilisation des accords-cadres qui réduisent les délais d'appel d'offres.

Ainsi, force est de constater qu'il n'y a pas d'urgence à préconiser une réforme du code qui n'est pas indispensable à court terme. La position française paraît la plus adaptée aux administrations consultées mais chacun paraît conscient qu'elle n'est pas juridiquement inexpugnable... On garde en mémoire le fait que le précédent contentieux sur cette question sur, il est vrai, la version précédente du code et de la directive (92/50/CEE) a conduit à l'annulation par la juridiction nationale de la disposition comparable du code 2004 (CE 23 février 2005, req n° 264 712 *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*¹⁰⁹) ;

La compatibilité avec le droit communautaire de l'exclusion des emprunts reste discutée par les spécialistes¹¹⁰. Comme pour la version 2004 du code et malgré les modifications apportées, certains¹¹¹ recommandent aux collectivités de passer des marchés pour leurs opérations d'emprunt et estiment que le droit national devrait évoluer en ce sens. Et il n'est pas certain que la rédaction de la directive 2004/18 ait radicalement changé la donne - ni clarifié définitivement le débat - en insérant les mots "*en particulier...*".

¹⁰⁹ "Considérant qu'aux termes de l'article 3 du code annexé au décret attaqué: "Les dispositions du présent code ne sont pas applicables: (...) 5° Aux contrats qui ont pour objet des emprunts ou des engagements financiers, qu'ils soient destinés à la couverture d'un besoin de financement ou de trésorerie, des services relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres et instruments financiers, ou encore des services fournis par les banques centrales" ; Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services "Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I A sont passés conformément aux dispositions des titres III à VI" ; qu'en vertu du point 6 de l'annexe I A, sont soumis à ces dispositions "les services financiers dont les services bancaires, à l'exclusion des marchés des services financiers relatifs à l'émission, à rachat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que des services exercés par des banques centrales" ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que peut ne pas être précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence la passation des marchés portant sur l'émission, l'achat, la vente et le transfert d'instruments financiers qui, prenant ou non la forme d'un titre, sont négociables sur un marché financier; qu'en revanche les contrats par lesquels une des personnes mentionnées à l'article 2 du code a recours à un emprunt ou se fait ouvrir une ligne de trésorerie auprès d'un établissement financier, ne sont pas négociables sur un tel marché et n'entrent dès lors pas dans le champ de l'exception définie par les dispositions précitées de la directive; que, par suite, ces contrats, lorsque leur montant égale ou dépasse le seuil fixé par l'article 7 de cette même directive, sont soumis pour leur passation aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle édicte (...).

¹¹⁰ Voir par exemple *Gazette des communes* 21 août 2006.

¹¹¹ CP ACCP n° 45, juillet/août 2005 E. Landot *Marchés financiers, chronique d'une mort juridique annoncée*, et l'éditorial de la même revue du 30 mai 2005, après publication du décret du 27 mai 2005 faisant suite à l'annulation par le Conseil d'État précitée.

Annexe 7 - Présentation des contrats assimilés à la délégation de service public ou au contrat de partenariat

► La mise en place de montages contractuels complexes sectoriels

Plusieurs dispositifs contractuels spécifiques ont été mis en place afin de palier les difficultés que le Code des marchés publics¹¹² crée à l'égard de mécanismes impliquant le paiement différé et une mission globale incluant conception et construction de l'ouvrage. Ces dispositifs prévoient ainsi la conclusion de contrats véritablement globaux. Ainsi, il s'agit de distinguer les mécanismes généraux des mécanismes sectoriels.

Les dispositifs généraux

Ces dispositifs contractuels fonctionnent de façon efficace. Néanmoins, il apparaît, eu égard aux principes développés par la Cour de justice des communautés européennes que les principes régissant ces dispositifs doivent être adaptés.

La passation des baux emphytéotiques administratifs ordinaires (BEA)

La conclusion d'un tel bail¹¹³ n'a pas à être précédée du respect d'une publicité et d'une mise en concurrence. En effet, la loi de 1988 n'impose aucune mesure de publicité et de mise en concurrence. Cela reflète la liberté de gestion laissée au maître du domaine. La souplesse du dispositif mis en place permet un recours simple et rapide au BEA.

Cette liberté totale dans la passation des BEA risque cependant d'être nuancée par l'incidence du « droit commun de la commande publique » posé tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour de justice des communautés européennes.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel a rendu quatre décisions principales¹¹⁴ en matière de contrats publics. Dans sa décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel impose le respect d'un certain nombre de principes en matière d'achats publics tels que l'égalité devant la commande publique, la protection des propriétés publiques et le bon usage des deniers publics. Les principes d'égalité de traitement des candidats et de bon usage des deniers publics visés à l'article 1^{er} du Code des marchés publics existaient déjà en matière de commande publique mais n'avaient pas en tant que tels valeur constitutionnelle. Le principe d'égalité de traitement signifie notamment que l'administration doit tout mettre en œuvre pour que l'égalité de concurrence puisse se dérouler dans des conditions satisfaisantes. En effet, une fois la procédure de mise en concurrence lancée, les candidats doivent être traités sur un pied d'égalité. En outre, l'attribution du contrat ne peut s'opérer qu'en fonction de critères préalablement définis par l'administration.

En second lieu, le respect du droit communautaire impose le respect par toute autorité administrative d'un minimum de formalisme pour la passation de tout contrat public. La Cour de justice des Communautés Européennes a dégagé l'existence de principes généraux du droit communautaire découlant des Traités, tel le principe de transparence des procédures contractuelles publiques qui impose un degré de publicité suffisant (CJCE, 7 décembre 2000, *Teleaustria Verlags GmbH*, aff. C-324/98, *AJDA*, 2001, p. 106 ; *BJCP*, 2001, p. 132 ; CJCE, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz*, aff. C94/99, *BJCP*, 2001, p. 121).

Enfin, le **risque d'insécurité juridique** n'est pas à occulter tant en droit interne qu'en droit communautaire. Le risque de requalification d'un tel BEA en marché public par le juge administratif n'est pas illusoire.

Si le BEA n'est pas soumis au respect des dispositions du Code des marchés publics¹¹⁵, il n'en reste pas moins que dès lors que celui-ci a pour objet de faire réaliser des travaux d'aménagement d'un immeuble communal en

¹¹² Issu du décret du 1^{er} août 2006 dans sa dernière version

¹¹³ CGCT, art. L.1311-2

¹¹⁴ Cons. Const., 22 août 2002, Déc. n°2002-460 DC ; Cons. Const., 29 août 2002, Déc. n°2002-461 DC ; Cons. Const., 26 juin 2003, Déc. n°2003-473 DC ; Cons. Const., 2 décembre 2004, Déc. n°2004-506 DC

¹¹⁵ CE, 25 février 1994, SA SOFAP-Marignan Immobilier

prévoyant que la société sera rémunérée par le droit d'exploiter l'ouvrage pendant une durée de 60 ans, le BEA considéré devra être soumis aux dispositions du Code des marchés publics¹¹⁶. En l'espèce, le juge administratif a procédé à la requalification du BEA en marché de travaux.

Le BEA pourrait également être considéré par le droit communautaire comme étant un marché de travaux au sens de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Force est donc de constater que le régime juridique du BEA souffre d'un certain nombre d'incertitudes.

Les autorisations d'occupation temporaire du domaine public (AOT)

Les collectivités publiques peuvent délivrer des autorisations d'occupation constitutives de droits réels¹¹⁷ sur le fondement des dispositions des articles L.1311-5 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

Il permet à un opérateur privé d'édifier sur le domaine public de l'État ou des collectivités locales, un immeuble sur lequel l'opérateur exerce des droits de "propriétaire". Cet immeuble peut être construit pour l'usage de la collectivité publique ou non. Le cas qui nous intéresse en l'espèce est celui dans lequel le titulaire de l'AOT remet l'ouvrage à la disposition de la collectivité publique. Dans cette hypothèse, la personne publique louera le bien jusqu'à l'expiration du bail et en récupérera la propriété au terme du bail.

Ces AOT constitutives de droits réels au profit de l'occupant privatif du domaine public ne peuvent être délivrées que sous certaines conditions, tenant aux objectifs poursuivis par le bénéficiaire de ladite AOT, ainsi qu'à la nature des dépendances du domaine public concerné¹¹⁸. Ainsi, il résulte des dispositions de l'article L.1311-5 du Code général des collectivités territoriales qu'une AOT ne peut être délivrée qu'en "vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence".

Ces autorisations d'occupation temporaire du domaine public constituent des actes administratifs unilatéraux. Disposant d'un véritable pouvoir discrétionnaire en la matière, les collectivités publiques peuvent décider d'octroyer de telles autorisations, dès lors que cet acte entre dans le champ d'application posé par les articles L.1311-5 CGCT et L.2122-20 CGPPP.

En conséquence de cette nature unilatérale, il n'incombe à la charge de la personne publique aucune mesure de publicité et de mise en concurrence, et ce, conformément à la tradition juridique française.

Ces deux dispositifs contractuels à caractère général (BEA et AOT) constituent des outils performants mais doivent faire l'objet d'un certain nombre d'ajustements.

Des dispositifs sectoriels

Les pouvoirs publics ont mis en place un certain nombre de dispositifs sectoriels. Ainsi, quatre domaines ont été concernés.

- La sécurité pour ce qui est des bâtiments affectés à la gendarmerie et à la police¹¹⁹
- La justice, concernant les établissements pénitentiaires¹²⁰
- La défense, concernant l'immobilier en matière militaire¹²¹
- La santé pour ce qui est des établissements hospitaliers avec le "plan Hôpital 2007"¹²²

¹¹⁶ CE, 10 juin 1994, Commune de Cabourg

¹¹⁷ CGPPP, art. L.2122-20

¹¹⁸ L'article L.1311-8 CGCT exclut du champ d'application de l'AOT le domaine public naturel

¹¹⁹ L. n°2002-1094 du 29 août 2002, d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI)

¹²⁰ L. n°2002-1138 du 9 septembre 2002, d'orientation et de programmation de la justice (LOPJ)

¹²¹ L. n°2003-73 du 27 janvier 2003, relative à la programmation militaire pour les années 2003-2008

¹²² Ord. n° 2003-850 du 19 septembre 2003, complétée par L. n°2004-806 du 9 août 2004

Ces textes permettent pour l'essentiel la mise en œuvre de deux dispositifs contractuels dérogatoires. En effet, une personne publique est désormais autorisée à confier à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou de droit privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés au service en cause.

Plusieurs difficultés quant à l'application de ces dispositifs doivent être soulignées :

- la frontière entre ces différents contrats n'est pas toujours évidente à identifier. Un risque de requalification par le juge administratif n'est pas négligeable
- Ce risque de requalification accroît de façon significative le risque pénal
- la multiplication des montages contractuels constitue un obstacle à l'ouverture de la concurrence de nos marchés pour des opérateurs étrangers.

La passation des baux emphytéotiques hospitaliers (BEH)

Le bail emphytéotique hospitalier (BEH) constitue l'outil contractuel le plus proche du contrat de partenariat dans la mesure où tant sa structure que sa passation s'apparente largement aux contrats de partenariat issus de l'ordonnance du 17 juin 2004. Ainsi, il convient de déterminer dans quelle mesure ce mécanisme contractuel pourra subsister à côté des contrats de partenariat généraux.

Le bail emphytéotique hospitalier est un contrat administratif par détermination de la loi. Le recours à un tel procédé contractuel est spécifique dans la mesure où il doit répondre aux besoins d'un établissement de santé ou d'une structure de coopération sanitaire. Le champ d'application de ce contrat est donc circonscrit aux activités des établissements de santé.

Le mécanisme contractuel est le suivant : une collectivité publique autorise un opérateur privé à édifier sur un terrain appartenant, ou non, à cette collectivité, un immeuble dont il demeure propriétaire sous d'importantes réserves. La collectivité loue cet immeuble dès son achèvement, le loyer comprenant non seulement la partie proprement locative, mais également une part représentative du coût de la construction et du financement intercalaire.

Les articles L.6148 et suivants du Code de la Santé publique soumettent à une procédure préalable de passation la conclusion de ces baux emphytéotiques hospitaliers. Ces derniers constituent des conventions complexes qui sont utilisées pour l'édification d'un bien immobilier "en vue de l'accomplissement pour le compte de l'établissement ou de la structure d'une mission concourant à l'exécution du service public (...) ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général".¹²³

Plus précisément, l'article L.6148-5 du Code de la santé publique dispose que la passation d'un BEH est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans les conditions de l'article 3 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Ainsi, la procédure de passation est l'appel d'offres. Néanmoins, en cas de complexité du projet, la personne publique peut recourir à la procédure de dialogue compétitif, telle que prévue par l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat.

Ainsi, force est de constater que la passation d'un BEH s'apparente largement à celle du contrat de partenariat public privé. Ces deux montages contractuels sont très similaires mais l'utilisation du BEH est souvent moins complexe. Dès lors, les établissements de santé ou structures de coopération sanitaire recourent de façon plus systématique au BEH. Néanmoins, le recours au contrat de partenariat peut s'avérer plus efficace dès lors que le projet en cause est plus complexe que la simple construction d'un immeuble destiné à la santé publique¹²⁴.

¹²³ C. Santé Publ., art. L.6148-2

¹²⁴ C. Santé Publ., art. L.6148-7

Les mécanismes mis en place par la LOPSI et LOPJ

L'article 3-III de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure amende l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales afin de prévoir la possibilité pour les collectivités territoriales de conclure des BEA en vue de la réalisation d'opérations d'intérêt général liées aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales.

Par dérogation aux articles 7 et 18 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique (MOP), les articles 3-I de la LOPSI, 3 de la LOPJ prévoient que l'État peut confier à une personne ou un groupement de personnes, de droit public ou de droit privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés à la police, la gendarmerie nationale, la justice. Ces textes autorisent ainsi la passation d'un marché unique de conception, réalisation et maintenance dans le respect des procédures de passation des marchés publics et notamment de l'interdiction du paiement public différé.

Ce dispositif a été complété par l'article 118 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure élargissant le champ d'application de l'article 3-I de la LOPSI aux infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'Intérieur, aux immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ainsi qu'aux immeubles affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civile.

Le cloisonnement des différents montages contractuels existants a pour conséquence pratique pour les personnes publiques une certaine difficulté à faire leur choix et à déterminer le montage contractuel efficace et adapté au projet. En outre, un sentiment d'insécurité permanente est produit par le risque contentieux en cas de requalification du montage contractuel par le juge administratif.

La réforme actuelle prévoit de clarifier les nouveaux critères d'éligibilité au contrat de partenariat public privé et d'assouplir le choix des procédures de sélection. Lorsqu'elle sera pleinement appliquée, il est probable que la question du maintien de ces régimes dérogatoires se posera. L'expérience montrera s'ils tombent en désuétude, malgré les spécificités de leur régime juridique.

Annexe 8 - Les différents régimes juridiques des divers instruments contractuels pour créer des infrastructures publiques

(Sources : MAPP, Le Moniteur)

25 janvier 2007

**Comparaison des systèmes juridiques français de partenariat
 Contrat de partenariat
 BEA des collectivités territoriales
 BEA police – justice – gendarmerie – armée
 BEA – hospitalier
 Convention de bail avec Option d’Achat liée à une Autorisation d’Occupation Temporaire**

	D S P	CP	BEA de droit commun et police – justice – armée	BEA Hospitalier	A O T - L O A
1 - Le droit applicable au contrat	<ul style="list-style-type: none"> 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 dite « loi Sapin » codifiée aux articles L. 1411-1 à L.1411-18 du CGCT (et R. 1411-1 à R.1411-8 du CGCT) Loi n° 2001-1168, 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite MURCEF. Loi 95-127, 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public. Loi N° 95-101, 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement dite « Loi Barnier ». Décret 93-471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi N° 93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des délégations de service public. 	<ul style="list-style-type: none"> Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit.. Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat codifiée aux articles L. 1414-1 à L. 1414-6 du CGCT. Décret n° 2004-1145 pris en application des articles 3.4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat codifié aux articles D 1414-1 à D. 1414-4 du CGCT. Décret n° 2004-1110 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat. A titre indicatif : guide Les contrats de partenariat - Principes et méthodes de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat. 	<p>BEA de droit commun :</p> <ul style="list-style-type: none"> Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, codification au CGCT article L. 1311-2 et suivants du CGCT). <p>BEA police, justice, armée :</p> <ul style="list-style-type: none"> Loi n° 2002-1094 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 29 août 2002. Loi n° 2002-1138 d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002. Loi relative à la programmation militaire pour les années 2003-2008 du 27 janvier 2003. Décret 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'Etat. Décret 2004-732 du 26 juillet 2004 modifiant le décret 2004-18. 	<ul style="list-style-type: none"> Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003. Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003. A titre indicatif : Guide du bail emphytéotique hospitalier, un outil global et innovant au service de l'investissement hospitalier de la Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH). 	<ul style="list-style-type: none"> Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public. Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation pour la sécurité intérieure (LOPSI). Loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 de programmation militaire. Code général de la propriété des personnes publiques – Article L. 2122-15 Décret 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'Etat. Décret 2004-732 du 26 juillet 2004 modifiant le décret 2004-18.

2

	D S P	CP	BEA Police Justice Armée	BEA Hospitalier	A O T L O A
	<ul style="list-style-type: none"> • Décret 95-225 du 1^{er} mars 1995 pris pour l'application de l'article 41 de la 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. • Décret 2005-236 du 14 mars 2005 relatif au rapport annuel du délégataire de service public local modifiant le CGCT . 				
2 - L'objet du contrat	<ul style="list-style-type: none"> • Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquies des biens nécessaires au service. (article 38 de la « loi Sapin » tel que modifié par l'article 3 de la loi MURCEF et article L 1411-1 du CGCT). 	<ul style="list-style-type: none"> • Le CP est le contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, 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 (article 1 de l'ordonnance de juin 2004 pour l'Etat et article K. 1414-1 du CGCT pour les CT). 	<p>BEA droit commun :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un BEA en vue de l'accomplissement pour le compte de la CT d'une mission de SP : délégation de SP, ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public, ou jusqu'au 31 décembre 2010, liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours. <p>BEA police justice armée :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Lorsque le BEA est géré par la collectivité locale, jusqu'au 31 décembre 2007, en fonction des besoins de la justice de la police ou de la gendarmerie nationales (article L. 1311-2 du CGCT). 	<ul style="list-style-type: none"> • ... Ainsi que d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale (article L. 1311-4-1 du CGCT et article L. 6148-2 CSP). 	<ul style="list-style-type: none"> • L'Etat et le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public peuvent conclure un bail portant sur des bâtiments à construire par le titulaire pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, de la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles, des armées ou des services du ministère de la Défense et comportant, au profit de l'Etat, une option lui permettant d'acquies, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations ainsi édifiées.
3 - Les personnes publiques concernées	<ul style="list-style-type: none"> • L'ensemble des personnes publiques (article 38 de la « Loi Sapin » tel que modifié par l'article 3 de la loi MURCEF et article L. 1411-1 du CGCT) 	<ul style="list-style-type: none"> • L'Etat et les établissements publics de l'Etat, les CT et leurs établissements publics (« la personne publique », articles 1 et 14 de l'ordonnance de juin 2004 et article L. 1414-1 du CGCT) 	<p>BEA droit commun :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Les CT (article L. 1311-2 du CGCT) et les établissements publics de CT et les groupements de ces collectivités (article 1311-4 du CGCT) 	<ul style="list-style-type: none"> • Les CT et les EPCI (article L. 1311-4-1 du CGCT) et directement par les EPS et les structures de coopération sanitaires dotées de la personnalité morale publique 	<ul style="list-style-type: none"> • L'Etat • Les collectivités locales CPP Art. L. - 2122-20 CGCT Art. L. 1311

	D S P	CP	BEA Police Justice Armée	BEA Hospitalier	A O T L O A
4 – Le Champ du contrat	<ul style="list-style-type: none"> Tous types d'opérations d'investissements avec financement : travaux, équipement, services techniques (non délégués) et connexes. 	<ul style="list-style-type: none"> En vue de l'accomplissement d'une mission de service public, d'une opération d'intérêt général : en général une construction et un service public délégué. 	<p>BEA police justice armée :</p> <ul style="list-style-type: none"> Les CT et les EPCI pour le compte de l'Etat en vertu de l'article L. 1311-4-1 du CGCT <ul style="list-style-type: none"> Répondre aux besoins principalement immobiliers. 	<ul style="list-style-type: none"> Répondre aux besoins principalement immobiliers d'un EPS ou d'une structure de coopération sanitaire directement ou à travers une collectivité territoriale. 	<ul style="list-style-type: none"> Bail pour bâtiments à construire avec option d'achat CPPP Art. L. 2122-15 ; police Justice gendarmerie, défense.
5 – La durée du contrat	<ul style="list-style-type: none"> Durée obligatoirement limitée et déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire et lorsque les installations sont à la charge du délégataire, en fonction de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. Vingt ans maximum (sauf examen préalable du TPG) dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets (article 40 de la « Loi Sapin » et article L. 1411-2 du C. GCT). 	<ul style="list-style-type: none"> Durée fixée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues (maximum 99 ans). 	<ul style="list-style-type: none"> De 18 à 99 ans 	<ul style="list-style-type: none"> De 18 à 99 ans 	<ul style="list-style-type: none"> Négociation libre, en fonction de l'AOT et n'excédant pas 70 ans.
6 – Evaluation préalable du contrat	<ul style="list-style-type: none"> Non obligatoire 	<ul style="list-style-type: none"> Obligatoire : Complexité ou caractère d'urgence nécessaire et exposé des motifs de lancement du contrat (article 2 de l'ordonnance de juin 2004 pour l'Etat et article L. 1414-2 du CGCT pour les CT) 	<ul style="list-style-type: none"> Non obligatoire 	<ul style="list-style-type: none"> Obligatoire (arrêté du 17 nov 2006, JO 29/11/2006). 	<ul style="list-style-type: none"> Non obligatoire
7 – Prescription des besoins de la personne publique	<ul style="list-style-type: none"> Envoi aux candidats par la collectivité d'un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations (article 38 de la « Loi Sapin » et article L. 1411-2 du CGCT). 	<ul style="list-style-type: none"> Programme fonctionnel (article 7 de l'ordonnance de juin 2004 pour l'Etat et article L. 1414-7 du CGCT pour les CT). 	<p>BEA police justice armée :</p> <ul style="list-style-type: none"> Demande de l'Etat pour police, justice et armée. 	<ul style="list-style-type: none"> Programme détaillé en fonction du schéma régional d'organisation sanitaire (SROS). 	<ul style="list-style-type: none"> Programme établi par le service concerné.

	D S P	CP	BEA Police Justice Armée	BEA Hospitalier	A O T L O A
8 – Contrat et domanialité publique	<ul style="list-style-type: none"> • Possibilité pour le délégataire de disposer d'une autorisation d'occupation du domaine public constitutive de droits réels. • Obligation de prévoir dans le cahier des charges les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités de service public (article L. 1311-5 du CGCT et article L. 2122-11 CGPPP). 	<ul style="list-style-type: none"> • Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée (article 13 de l'ordonnance de juin 2004 et article L. 1414-16 du CGCT). • Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. • Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire. • Dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public. 	<ul style="list-style-type: none"> • Bail sur une dépendance publique ou privée hors champ d'application de la convention de voirie (article L. 1311-2 du CGCT). 	<ul style="list-style-type: none"> • Cas de l'EPS direct article 6148 al. 2 CSP ; idem que BEA. • Cas de la CT : article 6148-3 CSP, respect d'une convention tripartite. 	<ul style="list-style-type: none"> • Le titulaire a des droits réels sur les ouvrages constructions et installations de caractère immobilier réalisés.
9 – Transfert de la maîtrise d'ouvrage publique	<ul style="list-style-type: none"> • Selon le type de contrat de DSP. 	<ul style="list-style-type: none"> • Transfert au cocontractant de la maîtrise d'ouvrage « des travaux à réaliser » (article 1 de l'ordonnance de juin 2004 et article L. 1414-1 du CGCT). 	<p>BEA droit commun :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Transfert implicite résultant de l'article L.1311-2 et suivants du CGCT. <p>BEA police justice armée :</p> <ul style="list-style-type: none"> • En vertu de l'article L. 1311-4-1 du CGCT, une convention collective (maîtrise d'ouvrage déléguée) précise le programme technique de construction ; l'emphytéose est maître d'ouvrage. 	<ul style="list-style-type: none"> • Dans les deux cas programme détaillé préalable et transfert implicite de la maîtrise d'ouvrage déléguée (article L. 6148-2 et 3 CSP) 	<ul style="list-style-type: none"> • Transfert implicite.

	D S P	CP	BEA Police Justice Armée	BEA Hospitalier	A O T L O A
10 – La conception de l’ouvrage	<ul style="list-style-type: none"> • Selon le type de contrat de DSP. 	<ul style="list-style-type: none"> • Article 1 de l’ordonnance de juin 2004 pour l’Etat et article L. 1414-1 du CGCT pour les CT : il peut se voir confier la conception de tout ou partie de l’ouvrage ; dans ce cas : <ul style="list-style-type: none"> a) parmi les conditions d’exécution du contrat retenues par la personne publique contractante figure l’obligation d’identifier une équipe de maîtrise d’œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation ; b) les offres comportent nécessairement, pour les bâtiments, un projet architectural ; c) parmi les critères d’attribution du contrat figure nécessairement la qualité globale des ouvrages. • Lorsque la personne publique ne confie au cocontractant qu’une partie de la conception des ouvrages, elle peut elle-même... faire appel à une équipe de maîtrise d’œuvre pour la partie de la conception qu’elle assume (article 12 de l’ordonnance de juin 2004 pour l’Etat et article L. 1414-13 du CGCT pour les CT). 	<ul style="list-style-type: none"> • Conception assurée implicitement par l’emphytéote. 	<ul style="list-style-type: none"> • Dans les deux cas parmi les critères d’attribution peut figurer : « la part du contrat que le titulaire attribuera à des architectes, concepteurs, à des PME et des artisans » (article L. 614-5 CSP). 	<ul style="list-style-type: none"> • Procédure de droit commun : critères pondérés et programme de l’immeuble à construire. • Procédure négociée : critères de sélection figurant dans l’avis. • Dialogue compétitif : d’autres critères ... qualité esthétique et fonctionnelle. (Voir articles 39, 40, 43 et 50 à 53, 55, 62 et 76 à 78 CMP).
11 – Obligation de publicité	<ul style="list-style-type: none"> • Mesures de publicité obligatoires (articles 38 de la « loi Sapin » et article L411-1 du CGCT). 	<ul style="list-style-type: none"> • Publicité obligatoire (article 3 de l’ordonnance de juin 2004 pour l’Etat et article L. 1414-3 du CGCT pour le CT). 	<ul style="list-style-type: none"> • Obligation de publicité éventuellement européenne (en fonction du seuil européen). 	<ul style="list-style-type: none"> • Obligation (article L. 6148-5 du Code santé publique). 	<ul style="list-style-type: none"> • Obligation de publicité.
12 – Mode de consultation	<ul style="list-style-type: none"> • Procédure d’appel d’offres • Procédure simplifiée possible dans certains cas (article L. 1411-12 du CGCT) • Procédure de négociation 	<ul style="list-style-type: none"> • Procédure de dialogue compétitif en cas de complexité débouchant sur une négociation puis offre économiquement la plus avantageuse (DEPA). • Procédure d’appel d’offres simple 	<ul style="list-style-type: none"> • BEA police, justice, armée. • Procédure de mise en compétition non formalisée : choix de candidats sur références et consultation type concours performantiel 	<ul style="list-style-type: none"> • Obligation de candidatures dans les deux cas et procédure de négociation (article L. 6148-5 CSP) « au terme elle peut inviter tout ou partie des candidats à présenter une offre » puis 	<ul style="list-style-type: none"> • Trois procédures : <ul style="list-style-type: none"> - de droit commun : appel d’offres restreint ; - procédure négociée dans certains cas limitativement

	D S P	CP	BEA Police Justice Armée	BEA Hospitalier	A O T L O A
	<p>directe prévue pour les CT dans le cas où aucune offre n'a été proposée ou n'est acceptée par la collectivité (article L. 1411-8 du CGCT).</p>	<p>en cas d'urgence et jugement des offres par procédure définie par le décret n° 2005-953 du 9 août 2005.</p>	<p>(architecture, process, coût).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dialogue compétitif 	<p>offre économiquement la plus avantageuse.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dialogue compétitif 	<p>énumérés</p> <ul style="list-style-type: none"> - dialogue compétitif en cas de complexité.
13 – La sélection du contractant	<ul style="list-style-type: none"> • Pour l'Etat: négociation et choix du délégataire par l'autorité responsable de la personne publique (article 38 de la « loi Sapin »). • Pour les CT: Intervention d'une commission ad hoc et choix après négociation, par l'exécutif, puis validation par l'organe délibérant 	<ul style="list-style-type: none"> • Pour les CT et pour l'Etat: offre économiquement la plus avantageuse en prenant les critères de la consultation, ceux de l'évaluation éventuellement précisés en fin de dialogue compétitif. 	<ul style="list-style-type: none"> • Procédure libre mais traditionnellement de type performantiel. 	<ul style="list-style-type: none"> • En fonction des résultats de la consultation « offre jugée la meilleure » (article L. 6148-5 CSP). • DEPA sauf procédure négociée; 	
14 – Le contenu du contrat	<ul style="list-style-type: none"> • Contenu minimum : <ul style="list-style-type: none"> - durée ; - tarifs à la charge des usagers et incidence sur ceux-ci des paramètres ou indices déterminant leur évolution ; - justification des montants et modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire (article L. 1411-2 du CGCT et article 40 de la « Loi Sapin ») ; - interdiction de mettre à la charge du délégataire l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation, de prévoir des droits d'entrée quand la délégation concerne l'eau potable, l'assainissement, les ordures ménagères et autres déchets (article L. 1411-2 du CGCT) ; • Prohibition des clauses abusives (article L. 132-1 du Code de la consommation) et 	<ul style="list-style-type: none"> • Douze clauses obligatoires identiques pour l'Etat (article 11 de l'ordonnance de juin 2004 et pour les CT et article L. 1414-12 du CGCT) : <ul style="list-style-type: none"> - la durée ; - le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ; - les objectifs de performance pour la qualité des prestations de services et des ouvrages ; - la rémunération du cocontractant, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pur répondre à d'autres besoins, les modalités de paiement ; - les obligations du cocontractant ayant pour le respect de l'affectation des ouvrages et équipements au service public ; 	<ul style="list-style-type: none"> • Articles L. 1311-2, 3 et 4-1 du CGCT : mission de SP ou liée aux besoins... convention non détachable, cession avec agrément de la CT, hypothèque approuvée par la CT et pour la seule garantie des emprunts, créanciers hypothécaires, faculté de substitution de la CT, autorisation de cession possible. • Conventions bipartite (EPS-CT ou EPS ou CT ou Etat-CT) en sus du BEA contenant des engagements financiers des parties, le lieu d'implantation, le programme technique, la durée, les modalités de mise à disposition des constructions. Si crédit-bail clauses de préservation des exigences du SP. 	<ul style="list-style-type: none"> • Article L. 6148-5 CSP. • ... Le contrat peut également prévoir que la personne publique contrôlera les conditions dans lesquelles cette part sera attribuée et l'exécution des contrats qui s'y rattachent. • La répartition des risques entre chacune des parties aux baux et conventions doit être clairement identifiée. • Les baux doivent, sous peine de nullité, comporter des clauses portant sur : <ul style="list-style-type: none"> - leur durée, strictement adaptée à l'objet du contrat ; - la transparence et les règles de contrôle relatives aux modalités et aux éléments de calcul de l'assiette de la rémunération de l'emphytéote et leur évolution, en distinguant le 	<ul style="list-style-type: none"> • Convention de bail prévoyant l'option d'acquisition avant terme des ouvrages édifiés et mise à la charge du bailleur de l'entretien et de la maintenance des bâtiments ; ensemble d'opérations éventuel : loyer fixé en fonction du montant de l'investissement et des prestations d'entretien ; tranches fermes et conditionnelles possibles ; clause de résiliation du bail à tout moment ; mode d'entrée dans le patrimoine de l'Etat.

	D S P	C P	BEA Police Justice Armée	BEA Hospitalier	A O T L O A
	<p>des pratiques de vente liée (article L. 122-1 du Code de la consommation).</p>	<ul style="list-style-type: none"> - les modalités de contrôle, le respect des objectifs de performance, les conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans ; - Les sanctions et pénalités applicables en cas de manquements à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance ; - Les conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant, à la notification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant ; - Le contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat ; - Les conditions dans lesquelles, en cas de défaillance du cocontractant, la continuité du service public est assurée, notamment lorsque la résiliation du contrat est prononcée ; - Les conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages et équipements ; - Les modalités de prévention et de règlement des litiges et de recours à l'arbitrage. 		<p>fonctionnement et le coût financier ;</p> <ul style="list-style-type: none"> - le montage financier et les garanties financières prévues ; - le contrôle de la qualité et le lien entre cette qualité et la rémunération du cocontractant, ainsi que les conditions d'application d'éventuelles sanctions ; 	

Annexe 9 - Quelques réalisations effectuées selon des schémas de partenariat public privé

1 Opérations réalisées par l'État et ses établissements publics

1.1 Billetterie électronique du Château de Versailles

Caractéristiques générales¹²⁵

Bref descriptif de l'opération : L'établissement public du musée et du domaine national de Versailles (EPV) a lancé un ambitieux programme de travaux dans le cadre du projet du Grand Versailles. La réalisation de ces travaux doit s'accompagner d'une amélioration concomitante de l'accueil des publics ; le nombre de visiteurs, actuellement de l'ordre de 4 millions par an, pouvant croître potentiellement jusqu'à 6 millions. Un système d'information performant assurant la gestion des publics, la billetterie et les réservations est la clef de cette amélioration.

Objet du contrat :

- ▮ Fourniture, mise en œuvre, maintenance et suivi d'une solution informatique pour la refonte du système d'information assurant la gestion des publics, la billetterie et les réservations.
- ▮ Possibilité pour le titulaire de se procurer des recettes annexes via une utilisation du système pour d'autres besoins que ceux de la personne publique

Parties contractantes :

- ▮ Personne publique porteuse du projet (pouvoir adjudicateur) : Etablissement public du Musée et du Domaine National de Versailles
- ▮ Partenaire privé : société Unilog IT Services (SA)

Durée : la durée globale du contrat a été fixée à 10 ans

Montant global : le coût global de l'opération (non actualisé) inscrit dans le contrat est de 19 899 000 € HT

Caractéristiques de la procédure :

La MAPPP a été sollicitée pour donner un avis sur l'évaluation préalable. Elle a rendu un avis positif le 14/04/2006. Le critère de complexité a été retenu pour justifier le recours au contrat de partenariat.

Calendrier :

- Publication de l'Avis d'appel public à la concurrence (AAPC): 25/04/06
- Date de la signature du contrat : 08/02/07
- Date de mise en service : automne 2007

¹²⁵ Source : MAPP

Caractéristiques juridiques remarquables du contrat :

- Le contrat emporte constitution de droits réels au profit du partenaire privé sur les ouvrages qu'il réalise.
- Pourcentage du contrat confié à des PME : 30 % pour la phase de conception et de réalisation, 15 % pour la phase d'exploitation.

Caractéristiques économiques remarquables du contrat :

- Objectifs de performances : des indicateurs de performances précis et contraignants ont été mis en place.
- Le partenaire privé supporte indirectement une partie du risque de fréquentation. Il supporte également le risque associé à l'obsolescence éventuelle du système.
- Un comité de pilotage et un comité opérationnel assurent le suivi de l'exécution du contrat.
- A l'issue du contrat, la personne publique est intégralement propriétaire du système.
- Un intéressement liant la rémunération du titulaire au chiffre d'affaire de la billetterie est prévu.
- L'utilisation du système pour des besoins autres que ceux de l'Établissement est prévue (fichier clients, espaces publicitaires, taxation des appels au centre de contacts) ; une redevance correspondant à une partie du chiffre d'affaires réalisé est alors déduite du loyer.

Caractéristiques relatives au financement du contrat :

- Le titulaire se finance intégralement sur fonds propres.

Observations :

Ce contrat est l'un des tous premiers relatifs à un projet concernant les NTIC (nouvelles technologies de l'information et de la communication). Son originalité réside dans l'importance accordée aux critères de performance et à leur mesure, instaurant une véritable obligation de résultat pour le contractant privé. Celui-ci est par ailleurs intéressé au développement de la fréquentation.

1.2 Modernisation et rénovation de l'Institut National du Sport et de l'Éducation Physique (INSEP)

Caractéristiques générales¹²⁶

Bref descriptif de l'opération : A l'intérieur du projet global de rénovation de l'INSEP, le contrat de partenariat portera sur le financement, la conception et la réalisation de la réhabilitation de la partie nord du site, la maintenance de tout ou partie des installations du site, ainsi que la gestion partielle des espaces extérieurs et d'une partie des bâtiments.

Objet du contrat :

- Type d'investissement : réhabilitation de 34 000 m² (SHON)
- Type de service associé : prestations liées à l'hôtellerie et la restauration, à l'entretien et la réparation, au nettoyage de bâtiments et des espaces extérieurs

¹²⁶ Source : MAPP

Parties contractantes :

- Personne publique porteuse du projet (pouvoir adjudicateur) : État (Ministère de la Jeunesse, du Sport et de la Vie Associative – administration centrale. Direction du Personnel et de l'Administration) au profit de l'INSEP (établissement public administratif)
- Partenaire privé : Société Sport Partenariat (SAS constituée par GTM construction et Barclays European infrastructure ltd) qui contracte avec :: ADIM (promoteur) ; Accueil partenaires (hôtellerie) R2C (restauration) GTM Génie civil (maintenance et gros entretien), Dexia crédit local (notamment) pour les conventions de crédit.

Durée : la durée globale du contrat a été fixée à 30 ans

Montant global (coûts d'investissement) : le montant du besoin total de financement inscrit dans le contrat est de 69 769 000 € TTC dont 49 823 800 € HT pour les travaux de construction

Caractéristiques de la procédure :

La MAPPP a été sollicitée pour donner un avis sur l'évaluation préalable. Elle a rendu un avis positif le 31/10/2005. Le critère de complexité a été retenu pour justifier le recours au contrat de partenariat.

Calendrier :

- Publication de l'AAPC au JOUE et au BOAMP : 20/07/05
- Date de la signature du contrat : 21/12/06
- Durée prévisionnelle des travaux : 36 mois

Caractéristiques juridiques remarquables du contrat :

- Le contrat vaut AOT (autorisation d'occupation temporaire du domaine public) mais n'emporte pas constitution de droits réels au profit du partenaire privé (le terrain d'assiette appartient à la Ville de Paris). Le montant de la redevance annuelle d'occupation est de 1€, à laquelle s'ajoute une redevance en contrepartie de l'utilisation de certains ouvrages par le partenaire à des fins commerciales (compensée sur le loyer).
- Pourcentage du contrat confié à des PME : 30 %

Caractéristiques économiques remarquables du contrat :

- Objectifs de performances : des indicateurs de performances précis et contraignants ont été mis en place.
- Un "benchmark" – analyse comparative des coûts des prestations de service – sera organisé tous les 5 ans (ou 7 ans pour certaines prestations) afin d'identifier les écarts avec les coûts du marché. Dans certains cas, un "market test" (appel d'offres organisé par le titulaire) devra être organisé en conséquence.
- Un intéressement liant la rémunération du titulaire aux objectifs de performance est prévu.
- L'utilisation de l'ouvrage pour des besoins autres que ceux de l'État est prévue (hôtellerie) ; une partie du chiffre d'affaires ainsi réalisé est alors déduite du loyer facturé à la personne publique.

Caractéristiques relatives au financement du contrat :

Une cession de créance (en référence à l'article L.313-29-1 du code monétaire et financier) est possible, pour un montant obligatoirement inférieur au montant cumulé des loyers relatifs à l'amortissement financier de l'investissement

Observations :

Le contrat INSEP est le premier contrat de partenariat signé par l'État (en fait au profit d'un établissement public). Il couvre un champ vaste : conception, construction (réhabilitation pour une part), financement, maintenance, exploitation. Le champ des prestations d'exploitation externalisées a fait l'objet d'un débat soutenu en interne à l'établissement. L'offre par le partenaire privé de prestations générant des revenus annexes améliorant l'équilibre économique du contrat (hôtellerie, séminaires) est permise par un dimensionnement adéquat des investissements qui constitue de fait une valorisation supplémentaire du domaine foncier.

La réalisation en parallèle d'une autre tranche du programme sous maîtrise d'ouvrage publique devrait permettre de dégager des éléments concrets de comparaison entre les différentes procédures.

1.3 Conception, construction, financement, exploitation et maintenance du réseau interurbain autoroutier (A10, A11, A28, A71, A81, A85)

Créée en 1970, Cofiroute exploite aujourd'hui 1 083 km d'autoroutes dans l'Ouest de la France. D'ici août 2008, son réseau atteindra 1100 km (hors A86)¹²⁷.

Concession

Pays	France
Concédant	Ministère de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durables
Société concessionnaire	Cofiroute
Début de la concession	1970
Fin de la concession	2030
Durée de la concession	60 ans
Début de la période d'exploitation	1972

Financement

Investissement total (coût de concession brut + domaine propre + immobilisations financières)	6 701 M €
Capitaux propres	1 551 M €
Dettes financières	3 527 M €

Actionnaires

Participation du groupe VINCI	83,33%
-------------------------------	--------

Exploitation

Obligations contractuelles	Exploitation, entretien et maintenance de l'autoroute, collecte du péage, viabilité, information routière en temps réel aux usagers...
Mode de perception des recettes	péage réel

¹²⁷ Source : Vinci

Construction

Total km construits	1 083 km
Coût de la construction	6 620 M € (coût de concession brut)
Construction en cours	17 km (fin de construction prévue en août 2008)
Part de VINCI dans le groupement de construction	65,34 %

Historique

Le 12 mai 1970, le journal officiel publie le décret d'attribution de concession de 450 kilomètres d'autoroutes pour les sections Paris-Poitiers (A10) et Paris-Le Mans (A11) à la société privée Cofiroute, Compagnie Financière et Industrielle des Autoroutes. C'est la première fois qu'un groupe privé – constitué pour l'occasion, la même année – est retenu pour exploiter, entretenir et développer un réseau autoroutier en France.

2 Opérations réalisées par des collectivités locales et leurs établissements publics

2.1 Liaison ferroviaire entre la gare Lyon Part-Dieu et l'aéroport Saint-Exupéry

Projet¹²⁸

Pays	France
Concédant	Conseil Général du Rhône
Société concessionnaire	Rhône Express SAS
Début de la concession	8 janvier 2007
Fin de la concession	2038
Durée de la concession	30 ans
Début de la période d'exploitation	Automne 2009
Description de l'ouvrage	Ligne de tramway express de 23 km Temps de trajet : 25 mn (vitesse max : 100km/h), toutes les 15 mn

Financement

Investissement total	99 M €
Subventions de l'État	31 M €
Capitaux propres	18 M €
Prêt bancaire	81 M €

Exploitation

Obligations contractuelles	Exploitation, entretien, maintenance
Mode de perception des recettes	Directe auprès des usagers (prix du billet 12 € par trajet)
Prévisions de trafic	1 million de voyageur par an
Subvention d'exploitation	3,5M €/an
Exploitant	Veolia Transport assurera l'exploitation du service ferroviaire
Mécanisme d'intéressement du concédant	Partage du résultat net d'exploitation

¹²⁸ Source : Vinci

Construction

Début de la construction	début 2008
Fin de la construction	automne 2009
Durée de la construction	33 mois
Coûts de la construction	63M €
Par VINCI	100%

Observations générales

Leslys est la première concession ferroviaire en France. Leslys reliera directement l'aéroport Lyon Saint-Exupéry à la gare de Lyon Part-Dieu en 25 minutes parcourant un tracé de 23 km interconnecté au réseau de transports publics : gares TGV, métro. Il s'agit également de la première liaison express ville-aéroport en France.

Il faut noter l'existence d'une clause qui assure en quelque sorte le partage des gains d'efficience : le concessionnaire verse au concédant une redevance en pourcentage du résultat d'exploitation dès lors qu'à l'issue d'un exercice, le taux de retour sur investissement est au moins égal à 10% et que les résultats de l'exploitation dépassent les prévisions.

2.2 Informatisation des collèges du département de l'Eure et Loir

Descriptif du projet en cause¹²⁹

Le projet mené par le département de l'Eure et Loir part du constat que les procédures classiques ne lui ont pas permis jusqu'à présent de doter les quarante collèges dont il a la responsabilité d'un équipement informatique à la fois moderne, homogène et performant. Saisi par une société (ADN SAS) d'un projet de refonte globale du système, dans le cadre de l'article 10 de l'ordonnance du 17 juin 2004, il a souhaité recourir au contrat de partenariat pour atteindre cet objectif.

Objet du contrat

- Mise à disposition d'équipements et de réseaux informatiques performants pour les élèves et enseignants, utilisables dans le cadre des programmes scolaires ;
- Fourniture d'un accès aux ressources disponibles par interface Web, notamment sur Internet, généralisé pour les élèves et les enseignants, incluant la mise à disposition de portails dédiés et d'adresses e-mail personnelles ;
- Mise en place d'outils de travail conjoint entre les équipes administratives de chaque établissement public local d'enseignement et les services du conseil général.

Parties contractantes

- Personne publique porteuse du projet (pouvoir adjudicateur) : Département d'Eure et Loir (28)
- Partenaire privé : société ADN. Financeur : Banque Monétaire et Financière, filiale de la CASDEN Banque Populaire.

Durée

La durée de la période d'exploitation a été fixée à 12 ans auxquels s'ajoutent quatre mois de mise en place du système

Montant global

Le besoin de financement de l'opération inscrit dans le contrat est de 12 424 708 € HT.

¹²⁹ Source : MAPP

Caractéristiques de la procédure

- La procédure est celle prévue par l'article 10 de l'ordonnance du 17 juin 2004 ("procédure promoteur").
- La MAPPP a été sollicitée pour donner un avis sur l'évaluation préalable. Elle a rendu un avis positif le 26/04/2006.
- Le critère de complexité a été retenu pour justifier le recours au contrat de partenariat.
- Trois candidats ont présenté des offres. Les candidats non retenus ont été indemnisés.

Observations générales

L'investissement proprement dit s'élève à 7 800 000 € (4 200 000 € pour le matériel et 3 600 000 € pour le réseau) réparti en cinq tranches (deux initiales, 3 conditionnelles et étalées sur la durée du contrat), permettant la mise à niveau périodique des équipements. À l'issue du contrat, la personne publique est intégralement propriétaire des équipements. Chaque tranche d'investissement est financée en crédit bail sur une période de quatre ans pour les matériels et de 6 ans pour les réseaux. Les financements sont à taux fixe par tranche, sur la base du taux référencé TEC 5 augmenté d'une marge de 0,50 %. Une cession de créance est prévue pour chacune des tranches d'investissement.

Ce contrat illustre la capacité du contrat de partenariat pour globaliser et homogénéiser des prestations habituellement fractionnées entre une multitude d'opérateurs ainsi que dans le temps. Le département envisage l'extension de ce type de montage à une série d'autres établissements.

2.3 "Auvergne haut débit !"

A. Caractéristiques générales

Bref descriptif de l'opération¹³⁰ : le Conseil régional d'Auvergne et France Télécom ont signé un partenariat public-privé "Auvergne haut débit" pour la résorption des "zones d'ombre" non desservies en haut débit, qui représentent 14 226 lignes téléphoniques au total. Ce sont donc 298 communes qui sont concernées par l'opération.

B. Objet du contrat

- ▶ Le titulaire doit concevoir un ensemble d'armoires techniques appelées Très Petits Sites Techniques (TPST) situées entre les répartiteurs et les usagers éloignés, relançant ainsi la puissance du signal ADSL pour que ceux-ci puissent le recevoir sans déperdition excessive liée à leur éloignement. Ceci, pour permettre de fournir des services de communication électronique à haut débit d'un débit minimum de 512 kb/s sur les territoires identifiés et impliquant la conception, financement, la réalisation du réseau de communications par fibre optique entre les TPST et les répartiteurs. Il est prévu que 13 821 lignes téléphoniques soient ainsi reliées, soit 96,4% des lignes du périmètre ;
- ▶ Le titulaire assure l'exploitation technique de ce réseau, ainsi que la commercialisation pour le compte de la Région Auvergne de services de communications électroniques auprès d'opérateurs, ces derniers commercialisant leurs propres offres aux habitants de l'Auvergne.

C. Parties contractantes

- ▶ Personne publique porteuse du projet (pouvoir adjudicateur) : le Conseil Général d'Auvergne, maître d'ouvrage du projet pour les cinq collectivités (Région Auvergne, Département de l'Allier, du Cantal, de Haute-Loire et du Puy-de-Dôme).
- ▶ Partenaire privé : société France Télécom.

D. Durée

La durée du déploiement (les travaux) a été fixée à 18 mois, avec un financement public étalé sur 10 ans.

E. Montant global :

Le coût global de l'opération (non actualisé) inscrit dans le contrat est de 38,5 millions d'euros HT sur 10 ans, dont 22,4 millions d'euros d'investissement.

F. Caractéristiques de la procédure :

Après une procédure de dialogue compétitif qui a eu lieu sur les huit premiers mois de l'année 2007, c'est finalement l'offre de France Télécom qui a été retenue.

G. Calendrier :

- ▶ Convention par laquelle les présidents de départements se sont engagés à trouver une solution technique permettant aux territoires non desservis : 02/12/05.
- ▶ Date de la signature du contrat : 10/10/07.

Déploiement :

- ▶ 5 premières communes (sur 298) avant fin 2007 ;
- ▶ 30% des communes en 6 mois ;
- ▶ 50% des communes en 9 mois ;
- ▶ 70% des communes en 12 mois ;
- ▶ 90% des communes en 15 mois.

H. Caractéristiques économiques remarquables du contrat :

- ▶ À l'issue du contrat, la personne publique est partiellement propriétaire des investissements réalisés (les TPST, les liens HD...).
- ▶ Soutiens financiers de la part de l'Etat et de l'Europe.
- ▶ Des recettes propres pour la Région grâce à la location des TPST.
- ▶ Caractéristiques relatives au financement du contrat :
 - ▶ Le soutien de l'État et de l'Europe : ce projet de déploiement du haut débit est soutenu par l'État dans le cadre du Contrat de Projets État-Région 2007 2013 (sur le Fonds national pour l'aménagement et le développement du territoire (FNADT)) à hauteur de 4,8 millions d'euros et par l'Union Européenne (sur des crédits FEDER – fonds européen de développement régional) à hauteur de 10 millions d'euros.
 - ▶ Un coût net de 24,8 millions d'euros pour les 5 collectivités réparti à parité : moitié pour la Région, moitié pour les Départements Le Conseil régional d'Auvergne finance le projet à hauteur de 12,4 millions d'euros. Les 4 Départements (Conseils généraux de l'Allier, du Cantal, de la Haute-Loire et du Puy-de-Dôme) participent également à hauteur de 12,4 millions d'euros. La répartition de cette somme entre eux sera fonction du nombre de lignes effectivement concernées sur leur territoire.
 - ▶ Des recettes propres : les contrats de location des Très Petits Sites Techniques aux opérateurs tiers engendreront des recettes propres.

J. Observations :

Bien que le partenaire unique de la personne publique soit France Télécom, l'objet du contrat implique la possibilité de la commercialisation pour le compte de la Région Auvergne de services de communications électroniques auprès d'opérateurs tiers, ces derniers pouvant commercialiser leurs propres offres aux habitants de l'Auvergne.

Annexe 10 - La réforme de l'ordonnance de 2004 : une clarification des conditions de recours au contrat de partenariat public privé

Sous l'empire de l'ordonnance du 17 juin 2004, le recours au contrat de partenariat supposait la preuve :

- soit d'une complexité
- soit d'une situation d'urgence que le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, a défini la manière suivante : "la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé".

La réforme envisagée reprend et complète ces critères¹³¹. Ainsi :

- la complexité reste un critère d'éligibilité du contrat de partenariat
- l'urgence est redéfinie conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel :
 - "le projet présente un caractère d'urgence, notamment lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable affectant la réalisation d'équipements collectifs"

La réforme envisagée consacre une troisième explicitation du critère de l'intérêt général : l'efficience :

- le recours au contrat de partenariat est possible si l'évaluation préalable démontre que le recours à un tel contrat est plus avantageux que le recours à un autre mode contractuel
- Il s'agit ici d'un bilan "entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique, en particulier en termes de coût global actualisé ou de performance attendue, notamment en matière de développement durable"
- Ce nouveau critère est alternatif aux deux premiers.

La réforme envisagée consacre enfin un quatrième critère d'éligibilité du contrat de partenariat, reposant sur l'objet même du contrat :

- il s'agit de reprendre les domaines dans lesquels il a été créé de véritables contrats globaux dérogatoires :
 - l'enseignement supérieur et de la recherche
 - la sécurité intérieure et la justice : loi n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation de la sécurité intérieure et à l'article 3 de la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation de la justice
 - la mise en place des nouvelles technologies répondant aux besoins de la police et de la gendarmerie nationale
 - les opérations rendues nécessaires par la réorganisation des implantations du ministère de la défense
 - les investissements nécessaires aux besoins de la santé
 - a réalisation des infrastructures de transport s'inscrivant dans un projet de développement durable, la rénovation urbaine, l'amélioration de l'accessibilité des personnes handicapées ou à mobilité réduite et l'amélioration de l'efficacité énergétique des bâtiments publics
 - le recours au contrat de partenariat public privé dans ces domaine est prévu pour une durée limitée : jusqu'au 31 décembre 2012

¹³¹ Dans la rédaction du projet de loi adopté en Conseil des ministres du 13 mars 2008.

- Ce quatrième critère est alternatif par rapport aux critères de la complexité ou de l'urgence mais il impose à la collectivité de publique de démontrer, sous le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, de démontrer une certaine efficience du contrat de partenariat.

L'insertion d'un nouveau critère permettra de clarifier et de faciliter le recours au contrat de partenariat et ce, conformément, aux réserves d'interprétation posées par le Conseil constitutionnel.

La réforme envisagée opère un certain nombre d'ajustements de l'ordonnance du 17 juin 2004 :

- le mécanisme de cession de créance par bordereau Dailly est facilité (Art. 29 du projet de loi)
- l'extension des modalités de financement aux sociétés pour le financement des économies d'énergie (SOFERGIE)
- la clarification des modalités de financement par recettes annexes (Art. 1er)

▸ La passation des contrats de partenariat public privé

Désormais, plusieurs procédures de passation des contrats de partenariat sont prévues :

- l'appel d'offres
- le dialogue compétitif qui reste ouvert pour les opérations répondant à la condition de complexité
- la procédure négociée

La grande innovation est l'introduction de la procédure négociée. Ainsi, lorsque le montant du contrat à réaliser est inférieur à un seuil fixé par décret, la personne publique peut recourir à une procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence.

L'introduction de cette procédure, prévue également dans la loi SAPIN et dans le Code des marchés publics (Art. 35) permettra une plus grande souplesse dans la passation de ces contrats globaux.

▸ Le régime fiscal du contrat de partenariat est harmonisé

Le contrat de partenariat des collectivités territoriales est éligible au FCTVA et exonéré de taxes foncières sur les propriétés bâties. Les collectivités territoriales qui ont conclu un contrat de partenariat peuvent bénéficier du fonds de compensation sur la taxe de la valeur ajoutée (FCTVA) "sur la part de la rémunération versée au cocontractant correspondant à l'investissement réalisé par celui-ci pour les besoins d'une activité non soumise à la TVA" (article L 1615-12 du Code général des collectivités territoriales). Le projet de loi améliore la neutralité fiscale l'égard de certaines taxes.

Annexe 11 - Inventaire des contrats de partenariat signés

(Source : Centre d'Expertise Française pour l'Observation des Partenariats Public-Privé (CEF-O-PPP), janvier 2008)

Personne publique	Secteur	Montant en €HT	Date d'attribution figurant au JORF	Attributaire
Collectivités territoriales				
Ville d'Auvers-sur-Oise	Eclairage public	1 914 079	15/03/2005	Grpt EL-ALE / ETDE
SIDOM d'Antibe	Déchets	264 539 281	04/03/2006	Société If 7 (Veolia propreté)
Ville de Castelnau-le-Lez	Eclairage public	6 678 901	30/10/2006	Cegelec sud est
CA Castelroussine	Voie	5 195 100	02/11/2006	Gtm Génie civil et services (mandataire)
Ville de Thiers	Eclairage public	6 750 000	27/09/2006	Vinci Energies
CG du Loiret	Collège	21 467 930	14/04/2006	Auxifip
CG d'Eure-et-loir	Informatisation	12 424 708	02/02/2007	A.D.N.
Ville de Rouen	Eclairage public	100 000 000	09/02/2007	Grpt Vinci concession / Vinci Energie
Commune d'Agde	Eclairage public	41 146 101	25/07/2007	Grpt SA Sogetralec / SARL Seeg / SA CITELUM
Ville de Saumur	Eclairage public	12 496 965	29/07/2007	CITEOS Saumur
Ville de Bussy Saint-George	Eclairage public	18 600 266	03/08/2007	CITELUM
Ville de Châtillon sur Chalaronne	Eclairage public	4 451 674	17/07/2007	CITELUM
Ville de Saint Raphael	Gare routière, Parking et Cinéma	15 496 000	13/11/2007	Grpt CARI / Auxifip Credit Agricole / Sté Générale
Ville d'Hérouville-Saint-Clair	Eclairage public	19 000 000	17/09/2007	Sté Lucitea Normandie

Personne publique	Secteur	Montant en € HT	Date d'attribution figurant au JORF	Attributaire
Collectivités territoriales				
Ville d'Auvers-sur-Oise	Eclairage public	1 914 079	15/03/2005	Grpt EL-ALE / ETDE
SIDOM d'Antibe	Déchets	264 539 281	04/03/2006	Société If 7 (Veolia propreté)
Ville de Castelnau-le-Lez	Eclairage public	6 678 901	30/10/2006	Cegelec sud est
CA Castelroussine	Voie	5 195 100	02/11/2006	Gtm Génie civil et services (mandataire)
Ville de Thiers	Eclairage public	6 750 000	27/09/2006	Vinci Energies
CG du Loiret	Collège	21 467 930	14/04/2006	Auxifip
CG d'Eure-et-loir	Informatisation	12 424 708	02/02/2007	A.D.N.
Ville de Rouen	Eclairage public	100 000 000	09/02/2007	Grpt Vinci concession / Vinci Energie
Commune d'Agde	Eclairage public	41 146 101	25/07/2007	Grpt SA Sogetralec / SARL Seeg / SA CITELUM
Ville de Saumur	Eclairage public	12 496 965	29/07/2007	CITEOS Saumur
Ville de Bussy Saint-George	Eclairage public	18 600 266	03/08/2007	CITELUM
Ville de Châtillon sur Chalaronne	Eclairage public	4 451 674	17/07/2007	CITELUM
Ville de Saint Raphael	Gare routière, Parking et Cinéma	15 496 000	13/11/2007	Grpt CARI / Auxifip Credit Agricole / Sté Générale
Ville d'Hérouville-Saint-Clair	Eclairage public	19 000 000	17/09/2007	Sté Lucitea Normandie

Annexe 12 - Présentation de quelques organismes chargés de faciliter l'acquisitions d'infrastructures publiques

La Mission d'appui à la réalisation des partenariats public privé (MAPPP)¹³²

La MAPPP, créée par décret en date du 19 octobre 2004, a pour vocation première d'apporter un appui aux collectivités publiques mais aussi à l'ensemble des acteurs professionnels dans la préparation des contrats de partenariat.

La mission apporte également un concours pendant la phase d'attribution et de négociation des contrats. Elle développe à cet effet des recommandations et des fiches explicatives, en particulier le guide pratique publié par le Minefe "Les contrats de partenariats – Principes et méthodes" qui propose une série de lignes directrices pour la passation des contrats.

Enfin, la mission assure le suivi des contrats et peut, sur la base du retour d'expérience sur les nouveaux contrats, proposer des évolutions de la réglementation en vigueur. La mission s'appuie notamment sur un Comité d'orientation consultatif, composé de 37 membres, qui regroupe l'ensemble des acteurs institutionnels et professionnels intéressés au développement des partenariats. Ce comité est chargé de proposer des thèmes d'analyse et de valider le rapport annuel élaboré par la mission.

La compétence de la mission s'étend à l'ensemble des contrats complexes ou comportant un financement innovant dont elle peut être saisie, pour avis, par le ministre chargé de l'Économie.

Le Conseil d'État, par un arrêt en date du 31 mai 2006 *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, a confirmé la légalité de la mission accordée à la MAPPP. Ainsi, la MAPPP assure une mission d'intérêt général qui consiste uniquement en un appui à la réalisation desdits contrats de partenariat.

Le CEF-O-PPP¹³³

Créé conjointement en juin 2006 par la MAPPP et l'IGD (l'Institut de la Gestion Déléguée), le CEF-O-PPP (Centre d'Expertise Français pour l'Observation des Partenariats Publics Privés) est un lieu d'échange, d'expertise et d'observation reconnu en matière de Contrats de Partenariats et contrats Assimilables.

Missions du CEF-O-PPP :

- analyse de cas réels
- retours d'expériences
- émission d'avis et de recommandations.

La Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH)¹³⁴

La Mission se définit comme un centre de ressources et d'expertises, un lieu de mutualisation des expériences et d'échanges avec les spécialistes liés au patrimoine, à l'équipement et aux systèmes d'information hospitaliers. Elle contribue à l'amélioration de la maîtrise d'ouvrage des équipes hospitalières.

¹³² <http://www.ppp.bercy.gouv.fr/>

¹³³ <http://www.cefo-ppp.org/>

¹³⁴ <http://www.mainh.sante.gouv.fr/>

Missions de la MAINH :

- elle participe à l'élaboration du cadre juridique, technique et financier des programmes nationaux, à leur suivi et à leur évaluation
- Elle facilite la réalisation et l'utilisation des nouveaux outils juridiques et financiers (marchés globaux, baux emphytéotiques hospitaliers (BEH), contrats de partenariat) au sein du secteur hospitalier.
- Elle offre un appui méthodologique à la gestion des investissements et des coûts qui en découlent.

L'observatoire économique de l'achat public¹³⁵

L'Observatoire économique de l'achat public (OEAP), créé par l'arrêté du 10 novembre 2005, a été installé le 14 novembre 2005.

Placé auprès du ministre chargé de l'Économie, rassemblant l'ensemble des acteurs de la commande publique (organisations professionnelles, responsables de la mise en œuvre des politiques économiques et représentants des acheteurs) l'OEAP s'est vu confier trois missions principales :

- recueillir et rassembler les données comptables, financières et économiques relatives à la commande publique, permettant bonne gestion, économies, transparence et concurrence, notamment par le recensement économique des achats publics ;
- établir, sur la base de ces données, des analyses économiques pertinentes ;
- constituer un lieu de concertation entre acteurs de la commande publique sur les aspects techniques et économiques de l'achat public, grâce, en particulier, aux groupes d'étude des marchés (GEM) et aux ateliers de réflexion.

L'article 130 du code des marchés publics prévoit la mise en œuvre d'un Observatoire économique de la commande publique. Cet Observatoire rassemble notamment les données issues du recensement des marchés publics, prévu à l'article 131 du même code.

Au titre des obligations statistiques européennes, l'Observatoire a vocation à prendre en compte l'ensemble des données statistiques relatives à toutes les catégories juridiques de contrats participant de la commande publique, au sens des directives 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, et 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.

L'Observatoire prend en compte :

- les marchés publics
- les conventions de délégation de service public
- les contrats de partenariat public privé
- les baux emphytéotiques

¹³⁵ http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/daj/oeap/index.htm

JOURNÉE DE SOLIDARITÉ

Bénéfices, améliorations et enseignements

Appréciation du rapport BESC*

La journée de solidarité visait à renforcer les ressources affectées aux personnes handicapées et dépendantes, en reposant sur un mode de financement original : les ressources collectées (2 milliards d'euros) pèsent sur les contribuables *via* une augmentation du temps travaillé, plutôt que *via* une réduction du pouvoir d'achat.

Le bilan global est conforme aux objectifs puisque les ressources ont bien bénéficié aux personnes handicapées et dépendantes, et la suppression d'un jour férié a bien entraîné une augmentation de la production nationale. Le bilan pour les entreprises est globalement équilibré, la contribution versée étant compensée par une augmentation du temps travaillé et, sans doute, une meilleure utilisation des facteurs fixes de production.

Axes d'amélioration

La mise en œuvre a fait apparaître deux difficultés principales : la question de la garde des enfants, car les établissements scolaires sont fermés aux élèves tandis qu'une partie des parents travaille, et la question du transport routier, car une partie des ménages prend un jour de congé rendant nécessaire l'interdiction des poids lourds sur certains axes pour des raisons de sécurité publique. Pour partie, ces difficultés ne sont pas propres à la journée de solidarité : avant cette réforme, les jours de congé des enfants étaient déjà plus nombreux que ceux de leurs parents, ce qui a toujours nécessité des solutions de garde ; de même, la circulation des poids lourds était déjà interdite certains jours non fériés, pour lesquels elle était jugée dangereuse. Il n'en reste pas moins que la situation actuelle est susceptible d'améliorations bénéfiques aux Français avec trois options possibles, dont les deux premières comportent une modification législative.

La première option consisterait à revenir à l'idée d'un lundi de Pentecôte travaillé, qui s'appliquerait à tous (y compris le personnel enseignant et les élèves). Cette solution, envisagée à l'origine, se heurterait sans doute aux difficultés d'acceptation qui ont conduit le gouvernement à assouplir la mise en œuvre de cette réforme.

La deuxième option consisterait à rendre le lundi de Pentecôte à nouveau chômé, la journée de solidarité étant financée par une augmentation du temps travaillé (fractionnement, RTT, jours de congé...). Cette évolution doit s'inscrire dans le cadre d'une action plus générale sur le temps de travail associant les partenaires sociaux et faisant évoluer le code du travail actuel sur la journée de solidarité.

La troisième option consisterait à conserver le système actuel – c'est-à-dire à un jour par défaut, avec la possibilité de retenir une autre solution par accord. Dans ce cas, trois améliorations pourraient être mises en œuvre. Premièrement, il serait nécessaire de communiquer davantage auprès des parents pour qu'ils anticipent les problèmes de garde. Deuxièmement, des solutions en matière de services publics, notamment d'accompagnement scolaire telles que celles proposées pour 2008 le samedi, pourraient être développées. Enfin, s'agissant du transport routier, l'impératif de sécurité sur les routes concilié avec le respect des contraintes économiques conduit à ce que l'autorisation du transport routier des véhicules de plus de 7,5 tonnes soit assortie de restriction pour les grands axes.

Enseignements à retenir pour l'avenir

Les difficultés rencontrées par la journée de solidarité ne doivent pas condamner une modalité innovante de financement de la solidarité, dont la mise en œuvre a permis d'acquérir une expérience utile pour l'avenir.

Celles-ci témoignent, par ailleurs, probablement moins des insuffisances de la mesure que du défaut d'évaluation *ex ante* (avant mise en œuvre). Dans ce cas, comme dans bien d'autres, des améliorations considérables sont possibles.

* BEnéficé uSager / Coût pour les contribuables



PREMIER MINISTRE
SECRETARIAT D'ÉTAT CHARGÉ DE LA PROSPECTIVE,
DE L'ÉVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES
ET DU DÉVELOPPEMENT DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE

Hôtel de Broglie - 35, rue Saint-Dominique - 75007 Paris
www.prospective.gouv.fr