

# PARLEMENT EUROPÉEN

2004



2009

*Document de séance*

FINAL  
**A6-0363/2006**

16.10.2006

## **RAPPORT**

sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics  
et des concessions  
(2006/2043(INI))

Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs

Rapporteur: Barbara Weiler

Rapporteur pour avis(\*): Werner Langen, commission des affaires  
économiques et monétaires

(\* ) Coopération renforcée entre commissions – article 47 du règlement

## SOMMAIRE

### Page

PROPOSITION DE RÉSOLUTION DU PARLEMENT EUROPÉEN.....	3
EXPOSÉ DES MOTIFS.....	10
AVIS DE LA COMMISSION DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES ET MONÉTAIRES .....	17
AVIS DE LA COMMISSION DES TRANSPORTS ET DU TOURISME .....	23
AVIS DE LA COMMISSION DU DÉVELOPPEMENT RÉGIONAL.....	28
PROCÉDURE .....	32

(\*) Coopération renforcée entre commissions - article 47

## PROPOSITION DE RÉSOLUTION DU PARLEMENT EUROPÉEN

### sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions (2006/2043(INI))

*Le Parlement européen,*

- vu le Livre vert de la Commission sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions (COM(2004)0327),
  - vu le traité instituant la Communauté européenne, notamment l'article 5, alinéa 2, relatif au principe de subsidiarité, et les articles 43 à 49, relatifs à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, ainsi que les principes de transparence, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle qui en découlent,
  - vu les directives en vigueur dans le domaine des marchés publics,
  - vu la Charte européenne de l'autonomie locale, adoptée par le Conseil de l'Europe le 15 octobre 1985,
  - vu l'article I-5 du traité établissant une Constitution pour l'Europe,
  - vu l'article 45 de son règlement,
  - vu le rapport de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs et les avis de la commission des affaires économiques et monétaires, de la commission des transports et du tourisme ainsi que de la commission du développement régional (A6-0363/2006),
- A. considérant que, ces dix dernières années, de multiples partenariats public-privé (PPP) ont été mis en œuvre dans de nombreux États membres de l'Union européenne,
- B. considérant que les diverses formes de PPP ne répondent, jusqu'à présent, à aucune définition valable à l'échelle européenne et que le droit européen en vigueur ne contient pas, à ce sujet, de dispositions particulières,
- C. considérant que les PPP peuvent être décrits comme une collaboration à long terme, régie par contrat, entre autorités publiques et secteur privé visant à l'exécution de missions publiques, laquelle voit les ressources requises placées sous une gestion commune et les risques du projet adéquatement répartis en fonction des compétences de gestion des risques dont disposent les partenaires du projet,
- D. considérant que les PPP sont fréquemment des structures juridiquement, financièrement et commercialement complexes qui réunissent des entreprises privées et des entités publiques en vue de la réalisation et de la gestion communes de projets d'infrastructures ou de la fourniture de services publics,

- E. considérant que les projets de PPP sont essentiellement mis en œuvre par des autorités locales et communales, mais que, dans le même temps, il existe sur le plan européen un besoin lié notamment à la concrétisation des réseaux transeuropéens de transport,
- F. considérant que les PPP ne constituent pas une première étape vers la privatisation de services publics,
- G. considérant que la vocation des contrats de PPP est de faire bénéficier les collectivités publiques des capacités de conception, de construction et de gestion des entreprises privées et, si nécessaire, de leurs capacités de financement,
- H. considérant qu'une coopération entre les autorités publiques et les entreprises peut générer des synergies et des effets positifs en termes d'intérêt public, permet une utilisation plus efficiente des deniers publics et, en période de pénurie de moyens budgétaires, offre une solution autre que la privatisation et peut contribuer, par l'acquisition de savoir-faire détenus par les entreprises privées, à une modernisation des administrations,
- I. considérant que les PPP entrent fondamentalement dans le champ des règles du marché intérieur définies par le traité - notamment à l'égard des principes de transparence, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle - et sont régis par les règles du droit communautaire dérivé applicables aux marchés publics,
- J. considérant qu'il est nécessaire de garantir aux investisseurs privés que les clauses contractuelles ne seront pas modifiées pendant la durée du contrat,
- K. considérant que tout régime juridique applicable aux PPP doit respecter le droit souverain d'organisation reconnu aux communes et aux régions, tel qu'il est consacré dans le droit national des États membres,
- L. considérant que les PPP représentent un mode possible d'organisation de l'accomplissement des missions des autorités publiques et que ces dernières doivent demeurer, dans l'avenir, en situation de décider de remplir une mission par elles-mêmes, par des entreprises qu'elles possèdent ou par des tiers du secteur privé,
- M. considérant qu'il convient de sensibiliser davantage les citoyens aux incidences des PPP,

### **Observations générales**

1. se félicite de la présentation par la Commission du Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, d'un rapport sur les résultats de la consultation sur le Livre vert, de même que d'une communication sur d'éventuelles suites à donner dans le domaine des PPP (COM(2005)0569);
2. juge prématurée une appréciation sur les incidences des directives gouvernant les marchés publics et, par conséquent, se prononce contre une ouverture de ces directives; se déclare opposé à l'instauration d'un régime juridique propre aux PPP, mais juge nécessaire une initiative législative dans le domaine des concessions qui respecte les principes du marché intérieur et les seuils et prévoit pour les procédures d'appel d'offres des règles simples,

ainsi qu'une clarification dans le domaine des partenariats publics-privés institutionnalisés (PPPI);

3. invite la Commission à étudier sérieusement les intérêts des collectivités régionales lors de l'élaboration du cadre régissant les futurs PPP ainsi que lors de l'évaluation actuelle des incidences d'une législation en matière de concessions, et à associer les représentants des intérêts régionaux aussi bien que locaux à l'élaboration de la future réglementation;
4. souhaite que, afin d'éviter l'incertitude juridique, les contrats déjà conclus sur le fondement d'une législation nationale fassent l'objet de délais de transition;
5. récuse tout mode de contournement du droit des marchés publics et au droit des concessions;
6. juge indispensable l'application du droit des marchés publics dès lors qu'il s'agit de choisir un partenaire privé; en cas d'attribution partielle à un partenaire privé dans le cadre de PPPI, le droit des marchés publics est d'application si l'attribution entretient un rapport réel et temporel avec un marché public;
7. est d'avis que l'externalisation d'un service d'intérêt général implique l'obligation pour les autorités adjudicatrice d'engager une procédure de mise en concurrence publique pour cette prestation;
8. estime que la réattribution aux communes de missions, qui étaient auparavant exécutées en faisant appel au secteur privé, ne peut constituer une solution valable de remplacement des PPP qui soit conforme aux règles de la concurrence;
9. juge que les communes et les entreprises qui en émanent ne devraient pouvoir déroger aux règles de la concurrence que lorsqu'elles assurent des missions strictement locales sans aucun rapport avec le marché intérieur européen;
10. souligne l'importance de la transparence, principe dont le respect doit aller de soi lorsqu'il est fait usage des deniers publics et qui doit impliquer le droit pour les mandataires désignés de consulter les contrats et les dossiers;
11. recommande que les États membres mettent en place des dispositifs transparents susceptibles de garantir aux investisseurs la protection de leurs intérêts juridiques et financiers pendant toute la durée du contrat;
12. estime que l'existence de règles transparentes d'attribution favorise, au profit du citoyen, une concurrence effective et la prévention de la corruption;
13. souligne que l'expression "conflit d'intérêts" devrait être définie avec précision au niveau de l'UE, pour permettre de réaliser un partage du risque loyal et équitable;
14. recommande que, aux fins de la sécurité, de l'efficacité et de l'obtention du niveau voulu de qualité, la mise en œuvre de PPP soit soumise à l'obligation impérative de rendre compte aux citoyens;
15. recommande que les États membres facilitent la tâche des autorités publiques en

améliorant la formation des décideurs ayant pour mission de choisir les partenaires privés appelés à prendre part aux PPP;

16. invite les États membres à prendre des dispositions pour que les incidences sur les agents des communes soient traitées précocement avec le souci des personnels et pour que des accords équitables concernant la cession de travailleurs (du secteur public ou privé) et leurs conditions d'embauche soient encouragés et respectés, conformément à la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements<sup>1</sup>;
17. invite les autorités publiques des États membres à respecter les dispositions de la directive 2001/23/CE;
18. se déclare opposé à la création d'une agence européenne des PPP, mais agrée d'autres formes d'échange d'expériences, de meilleures pratiques et de pratiques les moins efficaces, par exemple la mise en réseau des offices nationaux et régionaux responsables de la gestion des PPP;
19. incite la Commission européenne et la Banque européenne d'investissement à réunir et à diffuser leurs compétences, spécialement dans les États membres où les autorités publiques ne possèdent pas une bonne connaissance des partenariats public-privé;
20. insiste sur le fait que le retour d'expérience en matière de PPP permettra de ne pas reproduire les mêmes erreurs, ainsi que d'éliminer les procédures qui se seront révélées inefficaces;
21. se déclare opposé à l'élaboration d'une quelconque législation concernant l'attribution de marchés publics au-dessous des seuils applicables;
22. demande à la Commission de veiller, au moyen du contrôle communautaire des aides d'État, à ce que l'octroi de subventions ne comporte pas de discriminations entre les opérateurs, qu'ils soient privés, publics ou mixtes;

### **Les PPP en tant que marchés publics**

23. partage le point de vue de la Commission selon lequel le choix et la commission du partenaire privé dans le cadre de la passation de marchés publics de travaux ou de services doivent être effectués fondamentalement dans le respect des directives gouvernant les marchés publics lorsque le choix et la passation de marché coïncident;
24. estime que l'autorité publique doit pouvoir choisir entre la procédure ouverte et la procédure restreinte;
25. est d'avis que, aux fins de la transparence, la procédure négociée doit être limitée aux situations exceptionnelles prévues dans les dispositions pertinentes des directives relatives

---

<sup>1</sup> JO L 82 du 22.3.2001, p. 16.

à la passation de marchés;

26. souhaite que, aux fins de la souplesse nécessaire, l'attribution des marchés s'opère en principe par la voie d'un dialogue compétitif lorsqu'il est question d'un marché "juridiquement et financièrement complexe" et prie la Commission de préciser la condition de "complexité juridique et financière" prévue pour sa mise en œuvre de manière à laisser une marge de manœuvre optimale pour les négociations; est d'avis que la complexité juridique et financière peut être supposée en présence de caractéristiques propres aux PPP, tels le concept du cycle de vie ainsi que le report durable de risques sur le privé; est d'avis qu'il importe de garantir, dans une procédure de dialogue compétitif, qu'aucune partie à la procédure ne publie d'informations confidentielles;

### **Les PPP en tant que concessions**

27. prend acte du fait que la Commission escompte prendre une initiative législative au terme d'une évaluation approfondie des incidences de l'attribution de concessions; estime que, si elle propose une telle législation, la Commission doit permettre aux autorités publiques de choisir, au moyen de procédures souples, transparentes et non discriminatoires, le meilleur partenaire selon des critères définis au préalable;
28. attend d'un éventuel texte législatif une définition précise des concessions par opposition aux marchés publics, ainsi que la fixation de critères de choix dont le respect puisse être objectivement vérifié;
29. est d'avis que les concessions doivent avoir une durée limitée, qui soit cependant fonction de la durée de l'amortissement de l'investissement privé, afin que les candidats ne soient pas trop longtemps privés d'une mise en concurrence; estime que la durée des relations de partenariat doit être définie de sorte que la libre concurrence ne soit en principe limitée que dans la mesure des besoins visant à garantir l'amortissement des investissements, une rémunération appropriée du capital investi et le refinancement de futurs investissements;
30. est d'avis que le principe de transparence nécessite de publier, dans les documents de l'appel d'offres, les éléments sur lesquels se fonde la définition de la durée du marché, de sorte que les soumissionnaires puissent en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre;
31. est d'avis qu'une méthode d'acquisition globale (concept du cycle de vie) et une concurrence en matière d'innovation au niveau de l'offre améliorent l'efficacité lorsque les risques sont répartis de manière optimale en cas de réalisation commune de projets et lorsque existent des spécifications fonctionnelles de l'action ainsi qu'un mécanisme de rémunération incitatif;
32. demande à la Commission de tirer les enseignements de l'expérience du dialogue compétitif en vue de soumettre des recommandations concernant une procédure d'attribution appropriée pour les concessions, étant donné que la souplesse des dialogues compétitifs répond généralement à la complexité de ces dernières sans remettre en cause le respect des principes de transparence, d'égalité de traitement et de proportionnalité;
33. approuve la Commission lorsqu'elle se demande s'il convient d'instaurer des règles

uniformes d'attribution pour tous les PPP de type contractuel sans considération du fait que le partenariat public-privé est un marché public ou une concession;

### **Les PPPI et les prestations internes**

34. salue la volonté de la Commission de prendre une initiative dans le domaine des PPP institutionnalisés (PPPI) étant donné l'incertitude juridique qui entoure manifestement ces outils;
35. prend acte du souhait des praticiens d'obtenir des éclaircissements sur l'application du droit des marchés publics à la fondation d'entreprises d'économie mixte, liée à la passation de marchés publics ou à l'octroi de concessions, et invite la Commission à procéder aux clarifications requises dans les meilleurs délais;
36. est d'avis que les "opérations internes" sans procédure de mise en concurrence préalable ne doivent pas être étendues, car elles soustrairaient certains secteurs à l'exigence de se conformer aux règles du marché intérieur et de la concurrence;
37. juge nécessaire, eu égard au principe de la transparence et à l'interdiction de toute discrimination, que la législation relative à la passation de marchés publics s'applique à la création d'un PPPI dès lors que cette opération entretient un rapport réel et temporel avec l'attribution d'un marché public;
38. comprend, étant donné le foisonnement de la jurisprudence en la matière, l'incertitude juridique générale qui affecte l'application des critères de la prestation interne et, par conséquent, invite la Commission à définir, sur la base de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, des critères établissant un cadre de référence stable pour les choix des administrations locales;
39. est convaincu que la fixation d'un seuil, quel que soit le mode de sa définition, pour la participation minimale d'un donneur d'ouvrage public à une entreprise dont le capital est détenu en commun avec des partenaires privés se traduirait par la protection permanente de certaines participations et que, dès lors, toute limite posée pour la discussion est problématique;
40. est d'avis que, si le premier appel d'offres en vue de la création de la société d'économie mixte était précis et complet, il n'est pas nécessaire de prévoir un nouvel appel d'offres;
41. demande que la notion de "contrôle analogue" exercé par l'autorité organisatrice sur l'autorité prestataire qu'elle détient, soit précisée, notamment pour ce qui concerne les cas où des sociétés d'économie mixte effectuent pour le compte et dans le cadre des missions de l'autorité organisatrice des prestations qui sont principalement financées ou garanties par elle;

### **Coopération intercommunale**

42. se déclare foncièrement favorable, en vertu du droit souverain des communes de s'organiser et aux fins d'une action efficace de l'administration, aux formes de coopération

sur le plan communal, notamment pour obtenir des effets de synergie, pour autant qu'elles n'induisent pas d'abus contribuant à fermer le marché;

43. juge nécessaire que la Commission lève l'incertitude juridique à propos des coopérations intercommunales qui découle de la jurisprudence de la Cour de justice;
44. se range à l'avis rendu par la Cour de justice dans son arrêt concernant l'affaire C-84/03 (Commission/Espagne), selon lequel les accords de coopération entre autorités locales ne peuvent se soustraire, en règle générale, à la législation relative à la passation des marchés publics en recourant à une forme juridique du droit national; est d'avis qu'il convient de distinguer les mesures qui sont purement organisationnelles et/ou administratives et les contrats de fourniture conclus entre des organes administratifs;
45. estime que les situations de coopération intercommunale ne doivent pas être considérées comme relevant du droit gouvernant les marchés publics lorsque:
  - il s'agit d'une coopération entre des autorités communales,
  - les missions dont la réalisation a été confiée aux autorités communales doivent être considérées comme des opérations de restructuration technique, ou bien lorsque les pouvoirs de surveillance dont sont investies les autorités locales concernées sont identiques à ceux qu'elles exercent sur leurs propres services, et
  - les activités sont exercées principalement pour le compte des autorités locales concernées;
46. se déclare opposé à l'application du droit régissant la passation de marchés dans les cas où les communes entendent effectuer des missions avec d'autres communes dans le cadre d'une réorganisation administrative, sans confier la fourniture des prestations en question à des tiers opérant sur le marché;
47. constate que la délégation, entre institutions publiques, de compétences relatives aux marchés publics, ne relève pas du champ d'application de la législation communautaire régissant la passation de marchés;
48. estime, toutefois, que l'application du droit régissant la passation de marchés demeure indispensable lorsque les autorités locales proposent des prestations dans le cadre de la coopération intercommunale au même titre que des entreprises privées opérant sur le marché ou font exécuter des missions publiques par des entreprises privées ou par d'autres autorités locales hors d'une coopération intercommunale;

o

o o

49. charge son Président de transmettre la présente résolution au Conseil et à la Commission ainsi qu'au Comité économique et social européen et au Comité des régions.

## EXPOSÉ DES MOTIFS

### Remarques générales

Les partenariats public-privé (PPP) sont de plus en plus prisés, depuis quelques années, sur le territoire de l'Union européenne. Les modèles varient toutefois considérablement d'un État membre à l'autre en fonction du cadre législatif national et selon les secteurs dans lesquels les PPP sont mis en œuvre. Une définition européenne uniforme faisant encore défaut, la notion de PPP recouvre un ensemble de conventions, passées entre des établissements publics et des entreprises privées, qui ont trait à des opérations publiques d'infrastructures ou à la prestation de services publics. Lorsqu'ils sont appliqués correctement, les PPP permettent de réduire les coûts liés aux cycles de vie, de mieux partager les risques, d'exécuter plus rapidement les travaux et les services d'intérêt public, d'assurer des prestations d'une plus grande qualité et de réaliser des économies.

Une analyse plus attentive permet de constater que les PPP connaissent des niveaux de développement très variables au sein de l'Union européenne. L'on peut distinguer, en gros, trois groupes d'États membres: un groupe de tête comprenant le Royaume-Uni, la France, l'Allemagne, l'Irlande et l'Italie, une catégorie intermédiaire et un groupe d'États qui ont une expérience plus limitée dans ce domaine. Les pays d'Europe centrale ou orientale constituent, en raison de leurs particularités économiques et politiques, un groupe à part de pays dans lesquels les partenariats public-privé contribuent grandement à la création d'infrastructures modernes.

Le groupe des États membres les plus avancés se caractérise par une solide expérience dans divers secteurs, depuis les mesures en faveur des infrastructures ferroviaires ou routières jusqu'aux projets intéressant le système de santé, l'enseignement ou le régime pénitentiaire. En outre, les États dont il est question ont souvent une vision précise des avantages et des inconvénients des opérations conduites au titre de PPP dans les différents secteurs. Il n'est pas rare qu'une législation ait déjà été adoptée sur le plan national ou à l'échelle régionale et que des méthodes spécifiques d'évaluation aient été mises au point pour permettre de mesurer les résultats. D'autres États, comme l'Irlande, possèdent déjà des services administratifs chargés de constituer et de centraliser les compétences dans le domaine des PPP.

Les expériences réunies tout particulièrement au Royaume-Uni, qui apparaît comme le pays pilote dans le recours aux PPP, mais aussi dans d'autres États permettent de tirer les conclusions provisoires suivantes:

- Certains secteurs semblent se prêter mieux que d'autres à la mise en œuvre de modèles de PPP. La réalisation d'infrastructures dans les transports ferroviaires ou routiers affiche généralement une sensible valeur ajoutée. Il est trop tôt pour affirmer que des résultats similaires peuvent être obtenus dans le système de santé, le système éducatif ou dans d'autres domaines. Les contrats étant encore récents, il n'est pas possible de tirer des enseignements fermes et définitifs. Les secteurs soumis à des mutations techniques rapides, comme celui des technologies de l'information, ne sont apparemment pas ceux qui conviennent le mieux aux projets de PPP. Il est quasiment impossible d'arrêter des normes de qualité crédibles sur une période relativement longue sans faire obstacle aux

innovations éventuelles et à une amélioration de la qualité des prestations.

- Il semble important de choisir les bons paramètres pour établir le rapport coût-avantages d'un projet réalisé dans le cadre d'un PPP.
- Il ressort que les opérations de PPP l'emportent souvent sur la passation classique de marchés publics pour ce qui est de la phase de programmation et de mise en place, mais soulèvent ici ou là de grandes difficultés au stade de l'exploitation.
- En outre, il est nécessaire de disposer de meilleurs outils pour contrôler efficacement l'exécution des travaux par le secteur privé et peser sur celle-ci, en particulier de sanctions crédibles, comme des clauses imposant des retenues ou offrant la possibilité de résilier le contrat.
- Enfin, les conceptions politiques nationales et les compétences disponibles sont un facteur essentiel de l'élaboration et de la réussite des PPP. La constitution dans les administrations publiques de services spécialisés, de même que l'amélioration des capacités de gestion tant dans les entreprises privées que dans le secteur public, sont sans doute les gages d'une amélioration des résultats dans l'avenir. Un changement de mentalité devra être accompli dans maints secteurs de l'administration publique.

En résumé, il y a lieu de souligner que les PPP ne sont pas la panacée, tant il est vrai qu'ils sont difficiles à planifier, exécuter et gérer. Beaucoup de temps est nécessaire pour qu'ils produisent des résultats visibles. Aussi importe-t-il d'examiner attentivement au préalable s'il est utile que les autorités publiques concluent un PPP et selon quelles modalités. Plutôt que d'étendre les PPP à de nouveaux secteurs, les gouvernements devraient s'employer à améliorer leurs capacités administratives et leurs méthodes d'évaluation. Il faudrait veiller, lorsqu'un PPP est mis en œuvre, à ce que les risques soient supportés par la partie qui est la plus à même de les assumer et que les avantages que comporte l'intervention du secteur privé soient exploités efficacement. En l'absence de ces prémisses, le secteur public risque de lancer des opérations de PPP pour des motifs non pertinents, comme l'amélioration à brève échéance de la situation budgétaire au détriment d'une saine gestion financière à long terme.

S'agissant du cadre juridique des PPP, il y a lieu de rappeler que ni le choix du partenaire privé ni la phase de mise en œuvre ne sont régis actuellement par des dispositions spécifiques du droit européen. La désignation du partenaire est soumise aux principes généraux inscrits dans le traité CE ainsi qu'aux directives qui s'appliquent aujourd'hui à la passation de marchés publics. Aux termes du traité CE, tous les contrats en vertu desquels un établissement public concède une mission doivent satisfaire aux principes généraux de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services sanctionnés dans les articles 43 à 49 dudit traité. Par conséquent, les contrats conclus au titre d'un PPP doivent répondre aux impératifs de la transparence, de l'égalité de traitement, de la proportionnalité et de la reconnaissance mutuelle. En outre, les opérations de PPP qui doivent être qualifiées de marchés publics relèvent du champ d'application des directives générales concernant la passation de marchés publics. Les concessions de travaux sont régies par des dispositions spéciales, tandis que les concessions de services ne font encore l'objet d'aucune règle de droit dérivé. Les modalités d'application des PPP sont gouvernées par les législations nationales, qui doivent être conformes aux principes de rang supérieur que contient le traité CE.

En l'absence d'un cadre juridique uniforme gouvernant les PPP au niveau européen et eu égard à l'hétérogénéité des législations nationales, il convient de s'interroger sur la nécessité de règles uniformes visant à assurer la transparence et une concurrence effective entre les acteurs du marché. Lors de la consultation qui a suivi la publication du Livre vert, une faible majorité de participants s'est prononcée contre l'adoption d'une réglementation horizontale, mais en préconisant des initiatives dans le domaine des concessions, des PPPI et des prestations internes. Un accord n'a pas pu se dégager quant aux formes d'éventuelles initiatives, c'est-à-dire sur la nature législative ou non législative des mesures à prévoir.

Les PPP sont fondamentalement une forme de passation de marchés publics, mais le développement de la jurisprudence élaborée par la CJCE est en grande partie responsable d'une situation d'incertitude juridique, à laquelle il convient de remédier. Encore faut-il examiner soigneusement sous quels aspects les réglementations peuvent être uniformisées sans que soient effacées des différences importantes. Le processus législatif doit être engagé avec beaucoup de circonspection, car les partenariats public-privé reposent souvent sur des conventions très complexes qui ne peuvent demeurer attractives que dans un encadrement souple.

Sous l'angle de l'organisation des conditions de la concurrence, il importe d'affirmer avec force que des procédures transparentes doivent être appliquées chaque fois qu'un partenaire privé est désigné. Outre les impératifs de la transparence et d'une concurrence équitable entre les agents économiques, il y a lieu de rappeler que les entreprises privées et les entités publiques sont guidées par des intérêts fondamentalement différents. La situation est autre dans le cas de la coopération intercommunale, qui relève du droit reconnu aux communes de s'organiser comme elles l'entendent. Comme les PPP sont confrontés à des problèmes différents selon l'aspect pris en compte, nous traitons ci-après d'une manière individualisée les aspects en question.

### **Les PPP en tant que marchés publics**

S'agissant des PPP qui doivent être classés parmi les marchés publics, la question centrale est celle de l'application de la procédure de passation.

Le dialogue compétitif vient ajouter une nouvelle procédure d'attribution aux procédures classiques de type ouvert, de type restreint ou encore de type négocié dans le cas des marchés dépassant un certain seuil. Cette nouvelle procédure réunit des éléments de la procédure d'adjudication et des éléments de la procédure négociée. Elle présente un caractère secondaire par rapport aux procédures ouvertes et restreintes, mais occupe un rang supérieur à celui de la procédure négociée. Les États membres peuvent prévoir la passation de marchés dans le cadre d'un dialogue compétitif lorsque les prestations à fournir sont particulièrement complexes. La définition précise de ce qu'est une complexité particulière soulève des difficultés. La complexité est avérée dès lors que l'organisme adjudicateur

- n'est objectivement pas en mesure d'indiquer les moyens techniques grâce auxquels ses besoins peuvent être satisfaits et ses objectifs atteints ou
- n'est objectivement pas en mesure de préciser les conditions juridiques ou financières d'une opération.

Il y a donc lieu de se demander si la caractéristique de la complexité particulière est systématiquement présente dans les montages de PPP. Ces derniers sont, certes, fréquemment complexes, mais tel n'est pas toujours le cas. Le diagnostic doit donc être porté au cas par cas. En tout état de cause, la procédure du dialogue compétitif en vue de la passation de marchés dans le cadre d'un PPP doit être préférée, car elle associe les avantages de la procédure restreinte à ceux de la procédure négociée. Sa souplesse permet d'élaborer des solutions optimales avec un degré élevé de concurrence. Elle a, il est vrai, pour inconvénients d'être compliquée et coûteuse pour toutes les parties prenantes, mais ces points négatifs sont compensés par un surcroît de transparence en comparaison de la procédure négociée. Le risque de comportements anticoncurrentiels s'en trouve réduit. Afin de faciliter l'application de cette procédure, la Commission devrait préciser la notion de "complexité juridique et financière".

### **Les PPP en tant que concessions**

L'un des principaux points du débat actuel sur les partenariats public-privé est l'interrogation sur l'opportunité de soumettre les concessions de services à une réglementation communautaire et, dans l'affirmative, sur la nécessité de forger un régime distinct ou, au contraire, de fondre celui-ci dans la réglementation afférente aux marchés publics. La Commission a déjà publié, il y a quelques années, une communication interprétative sur les concessions en droit communautaire. Au vu des résultats de la consultation, elle a choisi de procéder à une évaluation des conséquences avant de décider de présenter soit une nouvelle communication interprétative, soit une proposition de directive. Cette manière de faire mérite d'être saluée.

Le fait qu'il n'existe en ce domaine aucune obligation de coordonner les dispositions réglementaires et le constat que peu nombreux sont les États qui envisagent l'adoption de règles destinées à régir les concessions de services font obstacle à l'ouverture des marchés en question à l'échelle communautaire. Une telle situation recèle le risque d'un défaut de concurrence, mais aussi génère des incertitudes juridiques qui découlent principalement des difficultés de délimitation, tant est parfois délicat le classement des opérations complexes de PPP en concessions de services ou en passations de marchés de services.

L'avantage majeur d'un encadrement réglementaire de la procédure d'attribution de concessions réside donc dans la sécurité juridique que l'on peut en attendre sur le plan européen. De plus, la sécurité juridique va de pair avec la sécurité pour les investissements, laquelle est à son tour favorable à la concurrence. L'application aux concessions d'un cadre réglementaire doit s'accompagner de la définition d'une procédure concrète d'attribution qui prenne en compte les caractères propres de cette forme juridique. Il serait précisé que les autorités n'ont pas le droit d'attribuer une concession à une entreprise en l'absence d'une procédure de sélection concurrentielle. Une telle mise en concurrence permet généralement d'obtenir, dans l'intérêt du contribuable, des prix plus faibles pour une qualité égale voire supérieure de la prestation. Au contraire, s'il n'est pas satisfait à l'exigence d'un encadrement législatif, le soupçon demeurera que les concessions de services sont une manière d'échapper au droit régissant la passation de marchés.

## **PPP institutionnalisés (PPPI) et prestations internes**

Les PPPI sont des entités économiques communes associant des partenaires privés et des partenaires publics. Ces entités ont pour mission de mettre à la disposition du public ou de lui fournir un service, le plus souvent un service d'intérêt général. Les partenariats public-privé institutionnalisés peuvent résulter de la création ex nihilo d'une entreprise semi-publique, mais aussi de la prise de contrôle par un entrepreneur privé d'une entreprise qui relevait préalablement du secteur public, mais dont l'actionnariat a été modifié.

Il est légitime de se demander si ces deux procédures, la création ou le changement d'actionnariat, appellent l'application du droit concernant la passation de marchés. La Commission soutient que le partenaire privé de cette entreprise doit être sélectionné, eu égard aux missions à accomplir, d'une manière transparente et non discriminatoire, compte tenu de la forme concrète de la mission au sens des directives régissant la passation de marchés ou du traité CE. Il convient de se ranger à l'avis de la Commission, car seule l'application pour le choix du partenaire privé de critères objectifs peut garantir une concurrence loyale. Si le partenaire privé d'une entreprise d'économie mixte est sélectionné, l'organisation de nouveaux appels d'offres pour l'exécution du marché constituerait une contrainte bureaucratique inutile. Par conséquent, il convient d'éviter le recours à un double appel d'offres.

Dans cette même problématique s'inscrit la question de savoir si l'attribution d'un marché public ou d'une concession à une entreprise d'économie mixte implique une procédure d'appel d'offres (problème des prestations internes ou "in house"). Sous cet aspect, les arrêts rendus par la CJCE dans les affaires "Teckal" et "Stadt Halle" ont posé les jalons.

Selon la jurisprudence établie dans l'affaire Teckal, la participation de l'organisme adjudicateur à une entreprise mixte n'autorise pas à déroger aux principes de la passation des marchés. Le critère déterminant est celui de l'attribution à une entité possédant une personnalité juridique propre. En d'autres termes, une exception au droit régissant les marchés publics n'est admissible que dans le cas où l'organisme adjudicateur exerce sur l'entreprise semi-publique un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et où l'entreprise effectue l'essentiel de son activité pour le compte de l'entité publique. L'un et l'autre critère doivent être remplis simultanément, en sorte que soit assurée l'égalité de traitement avec les services internes de l'adjudicateur. La décision rendue dans l'affaire Stadt Halle apporte une clarification supplémentaire. La Cour de justice estime, en effet, que des organismes adjudicateurs n'ont le droit de désigner une entreprise qui leur appartient sans être liés par les règles afférentes à la passation de marchés publics que s'ils détiennent 100 % du capital de l'entreprise, à savoir s'il n'existe pas la moindre participation de partenaires privés à l'entreprise. C'est à cette seule condition que, selon la Cour, l'organisme adjudicateur exerce sur l'entreprise un contrôle équivalent à celui qu'il exerce sur ses propres services.

Cette jurisprudence doit être fondamentalement approuvée pour deux motifs. D'une part, la décision d'investir des capitaux privés dans une entreprise est dictée par des considérations propres aux intérêts privés, ce qui signifie qu'un tel investissement vise des finalités autres que celles qui relèvent de l'intérêt général. D'autre part, l'attribution sans appel d'offres d'un marché public à une entreprise d'économie mixte serait contraire à l'objectif d'une concurrence non faussée et au principe d'égalité de traitement des parties intéressées. Procéder ainsi serait avantager par rapport à ses concurrentes une entreprise privée présente dans le

capital d'une entreprise semi-publique.

### **Coopération intercommunale**

Selon l'arrêt rendu le 13 janvier 2005 par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire Commission/Espagne, les associations constituées sous une forme juridique nationale entre des collectivités territoriales en vue d'une coopération ne sont généralement pas exemptées de l'application du droit régissant la passation de marchés publics. Celui-ci doit toujours être respecté lorsque deux personnes juridiquement distinctes concluent un contrat à titre onéreux. Le statut des personnes parties au contrat est indifférent. Il peut s'agir notamment de collectivités territoriales. Cet arrêt a conduit les communes européennes à se demander si les formes de coopération intercommunale sont soumises au droit afférent à la passation des marchés et dans quels cas.

La réponse à cette question passe par la définition de ce qu'est une collectivité publique. L'ordre juridique fondant la collectivité publique dans l'Union européenne et dans les États membres se caractérise par la distinction entre l'État et la société. Tandis que la société, à laquelle appartiennent notamment les entreprises, est régie par les principes de liberté, d'autonomie des personnes privées et de marché, l'État et ses démembrements doivent être compris comme des unités organisées détentrices de pouvoirs, et en particulier de celui de prendre des décisions. Un État organisé sur le mode fédéral a pour particularité que ses démembrements publics possèdent une personnalité juridique qui les distingue de l'État fédéral. Pour s'en tenir à la différence avec la société, les démembrements en question font cependant partie de la structure étatique. Les règles gouvernant la coopération entre les divers détenteurs de la souveraineté s'inscrivent, en tant que conventions de droit public, dans l'organisation administrative nationale. Par conséquent, ces conventions doivent être distinguées rigoureusement des conventions passées, dans le cadre du droit gouvernant les rapports de subordination, entre l'administration et les citoyens.

Dans ces conditions, la coopération intercommunale repose fondamentalement sur un accord régissant les compétences au sein de l'organisation administrative d'un État membre. On est, selon la Commission européenne, en présence d'aménagements internes de pouvoirs publics. Par conséquent, les attributions de missions entre des communes constituent non pas des opérations d'acquisition auprès de tiers, mais des actes d'organisation internes à l'État. Une tâche est confiée, au sein de l'État, à une autre entité. En vertu du principe des compétences d'attribution, l'Union européenne n'est pas compétente en ce domaine. Comme l'exige le principe de l'autonomie en matière de procédure et d'organisation qui a cours dans l'UE, et la jurisprudence de la Cour de justice va dans ce sens, la structure administrative nationale n'est pas visée. Considérer ces cas de réorganisation des modalités d'accomplissement de missions à l'intérieur de la structure étatique générale comme relevant des règles afférentes à la passation de marchés reviendrait à imposer une obligation indirecte de privatisation. Tel ne peut pas être l'objectif visé, parce que l'État a fondamentalement le droit de fournir lui-même des prestations ou de confier cette tâche à des tiers opérant sur le marché. De plus, une telle conception serait contraire à l'article 295 du traité CE, en vertu duquel le traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres.

Le droit souverain d'organisation communale est garanti sur le plan national comme sur le plan européen. Au niveau européen, il dérive, d'une part, de la notion de subsidiarité énoncée à l'article 5 du traité CE et, d'autre part, des articles 2 et 4 de la Charte européenne de l'autonomie locale. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe reconnaît désormais explicitement, lui aussi, l'autonomie régionale et communale, ainsi que les structures juridiques afférentes à l'organisation des pouvoirs publics, puisqu'il est précisé à l'article I-5 que l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, inhérente à leur structures fondamentales politiques et constitutionnelles, *y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale*.

Il va de soi que toutes les conventions passées entre des autorités souveraines ne peuvent déroger au droit régissant la passation des marchés publics. Il convient, en effet, de distinguer les mesures qui ressortissent exclusivement à l'organisation administrative et les contrats de fourniture conclus entre des organes administratifs. Le droit concernant la passation des marchés publics doit s'appliquer à ces derniers.

À cet égard, l'arrêt de la CJCE en date du 13 janvier 2005 sur les accords de coopération en Espagne ne conduit pas à devoir considérer la question différemment. En définitive, la Cour se borne à dire pour droit que les accords conclus au sein de la structure des pouvoirs publics ne sauraient être tous exonérés systématiquement de l'application du droit régissant la passation de marchés publics.

Il convient que la Commission définisse, dans cette optique, des critères propres à dissiper l'insécurité juridique qui règne actuellement.

4.10.2006

## **AVIS DE LA COMMISSION DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES ET MONÉTAIRES**

à l'intention de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs

sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions

2006/2043(INI)

Rapporteur pour avis (\*): Werner Langen

(\*) Coopération renforcée entre commissions – article 47 du règlement

### **SUGGESTIONS**

La commission des affaires économiques et monétaires invite la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, compétente au fond, à incorporer dans la proposition de résolution qu'elle adoptera les suggestions suivantes:

- A. considérant que, ces dix dernières années, de multiples partenariats public-privé (PPP) ont été mis en œuvre dans de nombreux États membres de l'Union européenne,
- B. considérant que, dans le cadre de ce type de coopération et compte tenu des nombreuses contraintes financières et autres, l'économie privée apporte son savoir-faire technique, ses méthodes de travail orientées vers l'administration des entreprises et ses moyens financiers en vue de satisfaire des missions publiques et peut, ce faisant, contribuer à proposer, y compris dans des périodes de restrictions budgétaires, des prestations de grande valeur à des tarifs attractifs et, parallèlement, mettre les pouvoirs publics en position d'assurer efficacement leurs tâches premières,
- C. considérant que les projets de PPP sont essentiellement mis en œuvre par des autorités locales et communales, mais que, dans le même temps, il existe un besoin sur le plan européen en vue notamment de la concrétisation des réseaux transeuropéens,
- D. considérant qu'il convient d'examiner, dans chaque cas particulier, si l'on peut attendre d'un PPP une plus-value par rapport à d'autres instruments, tels que, par exemple, la passation d'un marché public ou l'internalisation,
- E. considérant qu'il n'existe pas de définition uniforme du concept de PPP au niveau

communautaire, mais que les traits caractéristiques des projets de PPP sont néanmoins comparables,

- F. considérant que, conformément aux dispositions de l'article 3 du traité CE, la non-affectation des échanges, la liberté d'établissement et de prestation de services et la liberté de circulation des marchandises, des capitaux et des services constituent les principes généraux du droit communautaire applicables aux PPP dans le cadre du marché intérieur européen,
- G. considérant que l'article 86 du traité CE prévoit que les services d'intérêt économique général doivent être fournis dans le cadre des principes de libre concurrence constitutifs du marché intérieur européen dans la mesure où lesdits principes ne font pas obstacle à l'exercice des missions particulières des entreprises chargées de la gestion de ces services,
- H. considérant que l'article 5 du traité CE établit le principe de subsidiarité et confère aux collectivités locales et aux États membres la responsabilité de définir et de financer les services d'intérêt économique général,
- I. considérant que les divers arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes ont établi des conditions claires pour l'établissement de PPP sans adjudication publique; considérant que la multiplication constatée des contentieux portés devant la Cour de justice des Communautés européennes en matière de dévolution de contrats de services trouve sa source dans l'imprécision juridique qui entoure les notions de "en régie" ("in house"), de marchés publics de travaux et de services ainsi que de concessions, sous leurs diverses modalités,
- J. relève que, dans certains États membres, la solution des PPP est retenue essentiellement pour essayer de dissimuler l'accroissement de l'endettement public cumulé, qui constitue un des critères de Maastricht; se dit préoccupé que, dans de tels cas, l'indemnisation des investisseurs privés en cas de pertes trouvant leur origine dans la médiocrité du pouvoir d'achat intérieur ne débouche sur un relèvement des remboursements qui seraient supérieurs aux remboursements ordinaires des emprunts garantis par l'État, souscrits pour la construction des mêmes installations;
- K. considérant que la jurisprudence présente des imprécisions récurrentes à l'égard du statut juridique des intercommunales et des activités qu'elles contrôlent, tant en qualité d'autorités adjudicatrices directes que de prestataires de services pour les collectivités locales qui les constituent,
- L. considérant que les PPP institutionnels pèchent par une insécurité juridique au regard des principes généraux du droit communautaire,
  - 1. se félicite de la présentation du Livre vert sur le droit communautaire des concessions et des partenariats public-privé institutionnalisés, ainsi que de la communication de la Commission qui a suivi une consultation publique et s'accompagne de propositions concrètes;
  - 2. approuve la distinction opératoire proposée par la Commission entre PPP contractuels et PPP institutionnels;

3. souscrit à la proposition de la Commission visant à présenter une initiative législative sur l'attribution des concessions, apportant une délimitation claire entre les concessions et les marchés publics, après présentation d'une analyse de ses répercussions;
4. escompte qu'une réglementation sera trouvée afin de renforcer les mesures incitatives disponibles en faveur des PPE, eu égard au droit de jouissance des travaux et des services, au risque qui y est lié et à l'engagement ferme de capitaux privés;
5. demande à la Commission de présenter une clarification juridique sur les PPP institutionnalisés, avant la fin de l'année actuelle, visant à préciser les modalités d'application de la législation communautaire lorsque la solution du PPP a été retenue;
6. considère que ces propositions de nature législative sur les PPP institutionnels devront préciser la procédure de sélection unique, transparente et non discriminatoire devant être mise en œuvre pour créer un PPP institutionnel et lui attribuer sa mission;
7. estime que, pour garantir une concurrence loyale, il convient que la Commission explique dans une communication la nouvelle procédure du dialogue compétitif, en prenant en considération les formes de protection de la propriété intellectuelle;
8. est opposé à une réglementation distincte pour les concessions en dessous de la valeur de seuil, vu que cette matière relève de la compétence des États membres et qu'elle devrait continuer à être régie en droit national à l'avenir;
9. demande une clarification du statut juridique des intercommunales au regard du droit communautaire, dans le cadre des initiatives législatives sur les PPP institutionnels et les PPP contractuels, leur conférant le même pouvoir d'adjudication que les autorités publiques dans l'exercice de leurs compétences déléguées et permettant aux collectivités locales qui les constituent de recourir à leurs services dans les mêmes conditions qu'à leurs propres services;
10. demande l'établissement d'une réglementation claire pour les syndicats de communes lorsque ceux-ci assurent exclusivement des missions qui relèvent d'un domaine de compétence local étroitement limité;
11. est d'avis que les "opérations internes" sans procédure de mise en concurrence préalable ne doivent pas être étendues, car elles soustrairaient des domaines au marché et à la concurrence;
12. est d'avis qu'il y a lieu d'intégrer dans le droit dérivé les deux conditions établies par la jurisprudence désormais constante de la Cour de justice pour caractériser les opérations internes, à savoir "que le contrôle exercé sur l'autorité prestataire par l'autorité publique organisatrice soit analogue à celui que cette dernière exerce sur ses propres services et qu'elle réalise l'essentiel de son activité sur le territoire de l'autorité organisatrice";
13. demande que la notion de "contrôle analogue" exercé par l'autorité organisatrice sur l'autorité prestataire qu'elle détient, soit précisée, notamment pour ce qui concerne les cas où des sociétés d'économie mixte effectuent des prestations pour le compte et dans le cadre des missions de l'autorité organisatrice, et principalement financées ou garanties par

elle;

14. approuve, conformément à la méthode de coordination ouverte et aux échanges de meilleures pratiques, la création d'une nouvelle agence européenne dont l'objet serait en l'occurrence les PPP européens et qui serait chargée des échanges d'expérience;
15. se félicite de ce que, sur la base de la structure existante, la Commission ait créé, en coopération avec la Banque européenne d'investissement, un centre européen d'expertise en PPP;
16. attend de ce centre qu'il ait pour vocation de réaliser des évaluations régulières des progrès et des résultats des projets de PPP, de diffuser des connaissances spécifiques et d'échanger des informations sur les bonnes pratiques recommandées pour le lancement d'activités par les PPP dans différents secteurs, et cela dans toutes les langues officielles de l'Union européenne, toutes données qui seront transmises aux institutions de l'Union européenne et que pourront utiliser également les États membres, ainsi que les autorités locales et régionales;
17. est convaincu, à l'issue d'un examen approfondi, qu'une valeur de seuil traditionnelle pour la participation minimale du donneur d'ouvrage public à une entreprise commune à capitaux privés garantit à celle-ci une protection durable et que, dès lors, toute limite négociée s'accompagne de problèmes;
18. est d'avis que la mise en libre pratique d'un service d'intérêt général conduit à la nécessité pour les autorités d'engager une procédure de mise en concurrence publique pour cette prestation; estime néanmoins que ce principe devrait laisser à l'autorité compétente la possibilité de concéder un marché public de services, dans les cas d'urgence, lorsque l'incidence sur le commerce entre les États membres est faible ou compte tenu des spécificités de certaines prestations, directement à un prestataire de son choix, sans mettre en œuvre une telle procédure publique;
19. suggère que les sociétés d'économie mixte ne soient contraintes qu'à la seule mise en concurrence du choix du partenariat privé pour les prestations qu'elles effectuent pour le compte et dans le cadre des missions de l'autorité concédante qui les contrôle, et qui finance ou garantit l'essentiel de la mise en œuvre de ces prestations,
20. récuse toute infraction au droit des marchés publics et au droit des concessions;
21. demande, dans ce contexte et dans l'intérêt d'éventuels gains d'efficacité dus à l'arrivée de nouvelles entreprises et à la création de nouvelles formes de fourniture de services d'intérêt général, la garantie d'urgence d'une plus grande sécurité juridique à l'intention des diverses formes d'organisation intercommunale (coopération intercommunale, prestations propres dans le cadre d'"opérations internes", partenariats public-privé, marchés concédés) et la clarification du champ d'application du droit européen de la concurrence, des marchés publics et des aides d'État, ainsi que des critères valables à caractère générique et transeuropéen;
22. est d'avis qu'une durée excessivement longue applicable aux concessions peut être à l'origine de distorsions de la concurrence, mais estime, par ailleurs, qu'il convient de

garantir que les investissements privés puissent être amortis et assortis d'un bénéfice raisonnable, faute de quoi toute incitation à créer des PPP cesserait d'exister;

23. estime que la réattribution aux communes de missions, qui étaient auparavant exécutées en faisant appel au secteur privé, ne peut constituer une solution de rechange valable pour les PPP se réclamant du droit des marchés publics;
24. se réjouit que les services communaux et locaux puissent choisir entre deux possibilités en fonction desquelles les marchés publics et les concessions sans appel à la concurrence ne sont possibles que lorsque l'entreprise publique est l'émanation quasi exclusive de tel service, qu'elle est directement contrôlée par son associé public et que son activité, strictement locale et sans aucun rapport avec le marché intérieur européen, est limitée à la compétence publique spécifique;
25. juge opportun que les communes et les entreprises qui en émanent ne puissent renoncer à la concurrence que lorsqu'elles assurent des missions strictement locales sans aucun rapport avec le marché intérieur européen;
26. recommande néanmoins que les "opérations internes" soient tenues à une obligation de mise en concurrence lorsqu'elles sont conduites par des filiales indépendantes ou que ces dernières traitent avec des tiers.

## PROCÉDURE

<b>Titre</b>	Partenariats public-privé et droit communautaire des marchés publics et des concessions		
<b>Numéro de procédure</b>	2006/2043(INI)		
<b>Commission compétente au fond</b>	IMCO		
<b>Avis émis par</b> Date de l'annonce en séance	ECON 16.2.2006		
<b>Coopération renforcée – date de l'annonce en séance</b>	16.2.2006		
<b>Rapporteur pour avis</b> Date de la nomination	Werner Langen 21.9.2004		
<b>Examen en commission</b>	20.6.2006	4.9.2006	2.10.2006
<b>Date de l'adoption</b>	3.10.2006		
<b>Résultat du vote final</b>	+: 34	-: 1	0: 2
<b>Membres présents au moment du vote final</b>	Zsolt László Becsey, Pervenche Berès, Sharon Bowles, Udo Bullmann, Ieke van den Burg, Jan Christian Ehler, Elisa Ferreira, Jean-Paul Gauzès, Robert Goebbels, Donata Gottardi, Benoît Hamon, Gunnar Hökmark, Karsten Friedrich Hoppenstedt, Sophia in 't Veld, Piia-Noora Kauppi, Wolf Klinz, Christoph Konrad, Guntars Krasts, Andrea Losco, Astrid Lulling, Cristobal Montoro Romero, John Purvis, Alexander Radwan, Eoin Ryan, Antolín Sánchez Presedo, Margarita Starkevičiūtė, Ivo Strejček, Lars Wohlin		
<b>Suppléants présents au moment du vote final</b>	Satu Hassi, Sergej Kozlík, Alain Lipietz, Jules Maaten, Vladimír Maňka, Thomas Mann, Sérgio Marques, Gilles Savary, Andreas Schwab		

31.8.2006

## **AVIS DE LA COMMISSION DES TRANSPORTS ET DU TOURISME**

à l'intention de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs

sur Le Livre vert de la Commission sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions (2006/2043(INI))

Rapporteur pour avis: Paolo Costa

### **SUGGESTIONS**

La commission des transports et du tourisme invite la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, compétente au fond, à incorporer dans la proposition de résolution qu'elle adoptera les suggestions suivantes:

- A. vu qu'il est nécessaire, d'un point de vue stratégique, d'adapter les infrastructures de l'Union, et en particulier les infrastructures et les services de transport et de logistique, depuis les réseaux à grande échelle, comme les R.T.T., jusqu'aux infrastructures ponctuelles comme les ports et aéroports, les plates-formes logistiques et d'échange intermodal aux infrastructures liées aux transports urbains (parkings, transports ferroviaires à courte distance, tramways, métropolitains, autobus et services de transports publics locaux) – qui, en raison de leur énormes contraintes financières produisent un pression accrue sur les budgets des États membres,
- B. considérant par exemple les énormes besoins en capitaux – dépassant les ressources propres de la Communauté – que vont nécessiter dans les années à venir les projets d'infrastructures de R.T.T., qui sont estimés à 600 milliards d'euros d'ici 2020 (dont 225 milliards d'euros affectés à 30 projets prioritaires, dont 140 pour la période 2007-2013), besoins qui ne peuvent être couverts sans recourir à une pluralité de fonds provenant de nombreuses sources tant publiques que privées et activées par le levier financier des "subventions communautaires",
- C. considérant la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil déterminant les règles générales pour l'octroi d'un concours financier communautaire dans le domaine des réseaux transeuropéens de transport et d'énergie (COM(2004)0475), proposition visant à encourager l'investissement public dans le secteur par le relèvement du taux de cofinancement communautaire,

- D. considérant l'expérience accumulée au fil des ans en matière de partenariat public-privé – tant "contractuel" qu'"institutionnel" – par les autorités de quelques États membres, en particulier en ce qui concerne les projets relatifs aux transports; considérant notamment le succès de ces partenariats public-privé sous le régime de la concession, moyen permettant aux pouvoirs publics de maximaliser la valeur de l'argent issu des fonds publics et de partager les risques avec les partenaires privés,
- E. considérant que ce phénomène revêt diverses formes qui à chaque fois remettent en cause l'application des principes et des normes communautaires en la matière et qu'il a engendré un ensemble de règles, qui nécessitent un premier encadrement, même s'il convient de les laisser se développer,
- F. considérant que les partenariats public-privé peuvent et doivent contribuer à renforcer la qualité et la continuité des services publics, grâce à des mécanismes de partage des risques entre le secteur public et le secteur privé,
- G. considérant que, pour optimaliser l'efficacité des dépenses d'infrastructures dans le domaine des transports, il est toutefois nécessaire d'encourager la plus large participation du secteur privé à la conception, à la construction, ainsi qu'à la gestion et au financement des infrastructures par le biais de procédures de sollicitation du marché, d'appels d'offres et d'adjudications transparentes,
- H. considérant qu'Eurostat, dans son analyse de la définition des principales typologies de risques (construction, disponibilité, demande) distingue le critère de l'impact des opérations de PPP sur la comptabilité nationale des États membres,
- I. considérant que, dans les PPP, il se peut que certains organismes et entreprises publics ne soient pas admis au bénéfice des subventions communautaires parce qu'ils ne supportent pas de coûts de construction, et que certains organismes et entreprises privés ne puissent bénéficier des mêmes subventions parce qu'ils reçoivent des "paiements de disponibilité" pour couvrir les coûts de construction,
- J. considérant que les phases de planification, de décision et de construction des projets RTE peuvent largement dépasser le cadre financier dans le cadre desquelles les subventions sont octroyées,
  - 1. considère que la Commission devrait adopter un instrument juridique qui établit des lignes directrices en vue de rassembler la législation et les principes en vigueur, ainsi que les définitions et les concepts de base qui concernent les différents types de partenariats public-privé en Europe et s'appliquent à la fois aux PPP "contractuels" et "institutionnels", afin d'assurer le respect des principes d'égalité de traitement et d'uniformité entre les États membres, tout en laissant aux États membres et à leurs autorités locales la plus grande liberté dans les modalités d'application contractuelles ou institutionnelles, en conformité avec le principe de subsidiarité;
  - 2. estime que l'instrument juridique sur les PPP institutionnels et contractuels devra s'attacher à établir une liste des «meilleures pratiques» et des «pratiques à proscrire» en matière de PPP, particulièrement pour ce qui concerne la phase du choix du contractant, privé, public ou mixte et à définir les cas d'application du phénomène dit de "in-house";

3. estime que dans le cas de PPP "contractuels", une comparaison préalable avec le secteur public et une analyse du rapport coûts-avantages sont nécessaires pour le secteur public lors du lancement d'un projet PPP; considère en outre que, dans cette catégorie de PPP, auxquels il convient de donner l'acception plus large de contrats de concession et au nombre desquels figurent également les contrats ayant pour objet l'attribution de services publics imposant la réalisation de travaux d'infrastructures et pour lesquels la majeure partie des profits du concessionnaire provient de versements directs faits par des administrations publiques, l'instrument juridique qui définit les lignes directrices devrait porter sur la phase du choix du contractant privé, en mettant l'accent – sans toutefois les rendre contraignants – sur certains exemples de "meilleures pratiques" pour les autorités publiques et les opérateurs privés; considère que les lignes directrices ainsi décrites devraient également préciser les principes applicables au cadre contractuel en aval de l'adjudication du contrat, en adoptant une approche d'élimination à l'égard des comportements et des dispositions contractuelles qui contreviennent, ou risquent de contrevénir, aux principes du droit communautaire; ces lignes directrices devraient contribuer à un partage équilibré et équitable des profits et des risques entre partenaires publics et privés et à prévenir les préjudices inacceptables pour le secteur public; enfin, il serait opportun que la Commission fournisse des exemples de "bonnes pratiques" en ce qui concerne la répartition des risques entre secteurs public et privé;
4. souligne que l'expression "conflit d'intérêts" devrait être définie avec précision au niveau de l'UE, pour permettre de réaliser un partage du risque loyal et équitable;
5. estime, s'agissant du partenariat privé-public institutionnel, que, compte tenu de l'insécurité juridique actuelle, eu égard en particulier à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes sur les entreprises mixtes (arrêt du 11 janvier 2005 dans l'affaire C-26/03, Stadt Halle et RPL Lochau), il apparaît nécessaire, sur la base d'une évaluation des expériences de certains États membres en la matière, de les sécuriser juridiquement par un instrument juridique spécifique permettant de clarifier les réglementations applicables et le lien entre les normes et les principes communautaires en matière de droit des sociétés, de droit de la concurrence et de droit relatif aux adjudications et concessions. Cet instrument devrait respecter les critères définis dans l'arrêt du 18 novembre 1999 dans l'affaire C-107/98, Teckal, le principe de libre administration des collectivités locales et la compétence exclusives des États membres, notamment en matière de régime de propriété; estime en outre que cet instrument devrait également faire une distinction entre le régime juridique applicable aux activités des entreprises mixtes qui relèvent de l'intérêt général et celui applicable à celles qui relèvent de l'intérêt privé;
6. souhaite que la technique de l'adossement des concessions qui permet de financer les infrastructures d'aménagement du territoire non rentables par les dividendes d'infrastructures rentables, sans recours excessif à la dépense publique, actuellement compromise par l'application de la directive sur les marchés publics, soit considérée à part entière comme une forme originale de partenariat public-privé et sécurisée juridiquement comme telle;
7. espère que le traitement comptable des contrats des partenariats public-privé dans le cadre de la comptabilité nationale permettra, dans le respect des contraintes en matière de déficit

et de dette du traité de Maastricht, de favoriser le financement de l'adaptation des infrastructures de l'Union (Communiqué de presse STAT/STAT/18);

8. estime que, pour les opérations réalisées dans le cadre de PPP "institutionnels" (par exemple, sociétés mixtes), la recherche du partenaire privé aura lieu sur la base de procédures publiques et que, dans le cadre de ces procédures, il sera défini des critères qui régleront les rapports commerciaux successifs entre la société mixte et le partenaire privé de celle-ci (problème de duplication de l'offre);
9. demande à la Commission de veiller, au moyen du contrôle communautaire des aides d'État, à ce que l'octroi de subventions ne comporte pas de discriminations entre les opérateurs, qu'ils soient privés, publics ou mixtes;
10. souligne que, outre les exigences imposées par la décision d'Eurostat sur le traitement comptable des partenariats public-privé, il importe de donner d'autres instructions sur la quantification des risques liés aux projets, afin de prévenir un contournement éventuel des critères de Maastricht;
11. est convaincu que l'effet de levier du partenariat public-privé sera considérablement augmenté si, au cours du cadre financier à venir (2007-2013), un montant de 2 907 millions d'euros par an est consacré par l'Union européenne au financement des réseaux de transport transeuropéens (par rapport aux 600 millions d'euros de l'actuelle période de perspectives financières), en combinant ce montant avec un Fonds de garantie d'emprunt, dont la conception s'inspirera des besoins spécifiques des partenariats public-privé, et avec un relèvement des plafonds de la contribution de l'Union européenne aux projets relatifs aux réseaux de transport transeuropéens;
12. incite la Commission européenne et la Banque européenne d'investissement à réunir et à diffuser leurs compétences, spécialement dans les pays où les autorités ne possèdent pas une bonne connaissance des partenariats public-privé;
13. estime qu'il est nécessaire de procéder à une révision des règles actuelles d'octroi de l'aide financière communautaire dans le cadre des formules de PPP, afin de lever les obstacles à une utilisation efficace de ce type d'aide.

## PROCÉDURE

<b>Titre</b>	Le Livre vert de la Commission sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions	
<b>Numéro de procédure</b>	2006/2043(INI)	
<b>Commission compétente au fond</b>	IMCO	
<b>Avis émis par</b> Date de l'annonce en séance	TRAN 16.2.2006	
<b>Coopération renforcée – date de l'annonce en séance</b>	16.2.2006	
<b>Rapporteur pour avis</b> Date de la nomination	Paolo Costa 23.11.2004	
<b>Rapporteur pour avis remplacé</b>		
<b>Examen en commission</b>	15.6.2005	29.8.2005
<b>Date de l'adoption</b>	30.8.2005	
<b>Résultat du vote final</b>	+: 45 -: 1 0: 1	
<b>Membres présents au moment du vote final</b>	Inés Ayala Sender, Etelka Barsi-Pataky, Philip Bradbourn, Paolo Costa, Michael Cramer, Arūnas Degutis, Christine De Veyrac, Petr Duchoň, Saïd El Khadraoui, Robert Evans, Emanuel Jardim Fernandes, Luis de Grandes Pascual, Mathieu Grosch, Ewa Hedkvist Petersen, Jeanine Hennis-Plasschaert, Stanisław Jałowiecki, Georg Jarzembowski, Dieter-Lebrecht Koch, Rodi Kratsa-Tsagaropoulou, Jörg Leichtfried, Bogusław Liberadzki, Evelin Lichtenberger, Patrick Louis, Erik Meijer, Robert Navarro, Josu Ortuondo Larrea, Willi Piecyk, Luís Queiró, Reinhard Rack, Luca Romagnoli, Gilles Savary, Renate Sommer, Dirk Sterckx, Gary Titley, Georgios Toussas, Marta Vincenzi, Corien Wortmann-Kool, Roberts Zīle	
<b>Suppléants présents au moment du vote final</b>	Zsolt László Becsey, Johannes Blokland, Den Dover, Nathalie Griesbeck, Zita Gurmai, Elisabeth Jeggle, Anne Elisabet Jensen, Sepp Kusstatscher, Zita Pleštinská	

28.4.2006

## AVIS DE LA COMMISSION DU DÉVELOPPEMENT RÉGIONAL

à l'intention de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs

sur les partenariats public-privé (PPP) et le droit communautaire des marchés publics et des concessions  
(2006/2043(INI))

Rapporteur pour avis: Grażyna Staniszewska

### SUGGESTIONS

La commission du développement régional invite la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, compétente au fond, à incorporer dans la proposition de résolution qu'elle adoptera les suggestions suivantes:

- A. considérant que le budget de l'Union ne cesse de diminuer alors que le nombre de missions à accomplir augmente et qu'il sera par conséquent de plus en plus important de faire appel aux moyens privés,
- B. considérant que les partenariats public-privé (PPP) pourraient accroître les moyens disponibles pour des projets de développement régional, comme en témoignent les expériences concluantes de certains États membres,
- C. considérant que les PPP permettent aux organismes publics de bénéficier du savoir-faire spécialisé des entreprises du secteur privé et des mécanismes de partage des risques entre le secteur public et le secteur privé, et qu'ils sont susceptibles d'améliorer la qualité et d'assurer une meilleure continuité du service public, ainsi que de réduire les coûts de réalisation des projets et de consacrer leurs moyens limités à ces actions,
- D. considérant que la formule du PPP est encore peu connue et qu'il convient, afin de dissiper les doutes existants, de définir des règles de conduite précises et transparentes et de se familiariser avec ce sujet, notamment en ce qui concerne l'interface entre les actions des organismes publics et celles des entreprises,
  - 1. estime qu'au stade actuel, il convient de définir plus précisément la notion de PPP et, dans un souci de sécurité juridique, de réglementer l'attribution des concessions en distinguant clairement les concessions des marchés publics; estime toutefois qu'il ne s'agit pas de

compliquer davantage le cadre juridique des PPP;

2. félicite la Commission pour l'initiative qu'elle a prise d'organiser une consultation publique par le biais du Livre vert car elle considère qu'il est essentiel d'entendre les divers partenaires concernés, notamment au niveau régional et local;
3. est d'avis que les principes régissant la création et le fonctionnement de PPP institutionnalisés, les modalités d'adjudication et la nouvelle procédure de "dialogue compétitif", en ce qui concerne les modes de protection de la propriété intellectuelle, devraient faire l'objet de communications de la Commission, dans le respect du principe de subsidiarité et en intégrant des explications concernant l'utilisation de subventions publiques dans le cadre des PPP afin de garantir une concurrence loyale;
4. suggère de supprimer rapidement l'insécurité juridique relative aux définitions internes, qui est apparue à la suite des arrêts rendus par la Cour de justice<sup>1</sup>, en complétant la directive en vigueur sur la passation des marchés (2004/18/CE)<sup>2</sup>; demande que l'ensemble des actions juridiques aient pour but de faciliter la création de PPP institutionnalisés;
5. demande à la Commission de créer rapidement, en coopération avec la Banque européenne d'investissement, un Centre d'expertise en PPP fondé, dans la mesure du possible, sur des structures existantes afin d'évaluer régulièrement l'état d'avancement et les résultats des PPP, la diffusion du savoir-faire spécialisé et l'échange des informations relatives aux bonnes pratiques en matière de création de PPP dans divers secteurs, dans toutes les langues officielles de l'Union, qui seront transmis aux institutions communautaires et dont pourront bénéficier les États membres ainsi que les autorités locales et régionales;
6. considère comme essentielle la préparation, dans le contexte de l'éventuel Centre d'expertise en PPP, de projets modèles applicables à des situations récurrentes dans lesquelles les PPP donnent les meilleurs résultats; estime que ces projets modèles, parallèlement au répertoire des meilleurs pratiques des États membres, seraient d'un grand secours, notamment pour les États qui, non sans quelque appréhension, souhaitent recourir aux PPP;
7. invite la Commission à étudier sérieusement les intérêts des collectivités régionales lors de l'élaboration du cadre régissant les futures créations de PPP ainsi que lors de l'évaluation actuelle des incidences d'une législation en matière de concessions, et à associer les représentants des intérêts régionaux aussi bien que locaux à l'élaboration de la future

---

<sup>1</sup> **"Stadt Halle"** (C-26/03) Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, Rec. 2005, p. I-0001.

**"Parking Brixen"** (C-458/03) Arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen und Stadtwerke Brixen AG*, Rec. 2005, p. 00000.

**"Coname contre Comune di Cingia de' Botti"** (C-231/03) Arrêt de la Cour du 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de' Botti*, Rec. 2005, p. 00000.

**et autres**

<sup>2</sup> Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134 du 30.4.2004, p. 114).

réglementation;

8. estime que, dans le cadre du PPP, il est indispensable d'associer le capital privé en tant qu'élément de la participation nationale aux Fonds structurels dans tous les États membres et d'ajouter les PPP à la liste des bénéficiaires de ces fonds, de manière à favoriser le développement dans l'ensemble des régions;
9. estime que le lancement rapide du programme JASPERS et l'intégration des PPP dans la politique de cohésion de l'Union facilitera le financement des frais de préparation de projets PPP complexes et contribuera à la réalisation de projets correctement élaborés dans le cadre des PPP.

## PROCÉDURE

<b>Titre</b>	Partenariats public-privé (PPP) et droit communautaire des marchés publics et des concessions
<b>Numéro de procédure</b>	2006/2043(INI)
<b>Commission compétente au fond</b>	IMCO
<b>Avis émis par</b> Date de l'annonce en séance	REGI 16.2.2006
<b>Coopération renforcée – date de l'annonce en séance</b>	16.2.2006
<b>Rapporteur pour avis</b> Date de la nomination	Grażyna Staniszevska 11.7.2005
<b>Examen en commission</b>	22.2.2006
<b>Date de l'adoption</b>	20.4.2006
<b>Résultat du vote final</b>	+ : 35 - : 7 0 : 0
<b>Membres présents au moment du vote final</b>	Alfonso Andria, Elspeth Attwooll, Jana Bobošíková, Graham Booth, Bairbre de Brún, Gerardo Galeote Quecedo, Iratxe García Pérez, Eugenijus Gentvilas, Lidia Joanna Geringer de Oedenberg, Ambroise Guellec, Pedro Guerreiro, Marian Harkin, Konstantinos Hatzidakis, Jim Higgins, Alain Hutchinson, Mieczysław Edmund Janowski, Gisela Kallenbach, Tunne Kelam, Miloš Koterec, Constanze Angela Krehl, Sérgio Marques, Miroslav Mikolášik, Lambert van Nistelrooij, Jan Olbrycht, Markus Pieper, Francisca Pleguezuelos Aguilar, Elisabeth Schroedter, Alyn Smith, Grażyna Staniszevska, Margie Sudre, Salvatore Tatarella, Oldřich Vlasák
<b>Suppléants présents au moment du vote final</b>	Inés Ayala Sender, Bastiaan Belder, Thijs Berman, Simon Busuttill, Brigitte Douay, Louis Grech, Marcin Libicki, László Surján, Manfred Weber
<b>Suppléante (art. 178, par. 2) présente au moment du vote final</b>	Sharon Bowles

## PROCÉDURE

<b>Titre</b>	Les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions				
<b>Numéro de procédure</b>	2006/2043(INI)				
<b>Commission compétente au fond</b> Date de l'annonce en séance de l'autorisation	IMCO 16.2.2006				
<b>Commission(s) saisie(s) pour avis</b> Date de l'annonce en séance	ECON 16.2.2006	TRAN 16.2.2006	REGI 16.2.2006		
<b>Avis non émis</b> Date de la décision	ITRE 17.3.2006				
<b>Coopération renforcée</b> Date de l'annonce en séance	16.2.2006				
<b>Rapporteur(s)</b> Date de la nomination	Barbara Weiler 21.2.2006				
<b>Examen en commission</b>	31.1.2006	29.5.2006	20.6.2006	4.9.2006	13.9.2006 4.10.2006
<b>Date de l'adoption</b>	10.10.2006				
<b>Résultat du vote final</b>	+: 30 -: 2 0: 0				
<b>Membres présents au moment du vote final</b>	Charlotte Cederschiöld, Mia De Vits, Janelly Fourtou, Evelyne Gebhardt, Małgorzata Handzlik, Malcolm Harbour, Christopher Heaton-Harris, Anna Hedh, Edit Herczog, Kurt Lechner, Lasse Lehtinen, Arlene McCarthy, Toine Manders, Manuel Medina Ortega, Béatrice Patrie, Zita Pleštinská, Guido Podestà, Giovanni Rivera, Zuzana Roithová, Luisa Fernanda Rudi Ubeda, Heide Rühle, Leopold Józef Rutowicz, Andreas Schwab, Marianne Thyssen, Barbara Weiler et Glenis Willmott				
<b>Suppléants présents au moment du vote final</b>	Simon Coveney, Donata Maria Assunta Gottardi, Joel Hasse Ferreira, Konstantinos Hatzidakis, Ian Hudghton, Filip Andrzej Kaczmarek, Othmar Karas, Horst Posdorf et Anja Weisgerber				
<b>Suppléants (art. 178, par. 2) présents au moment du vote final</b>	Marian Harkin, Wolf Klinz, Toomas Savi et Willem Schuth				
<b>Date du dépôt</b>	16.10.2006				