



Marchés publics

Concessions et partenariats public-privé (PPP)

SOMMAIRE

- [Évolution de la législation de l'Union européenne en matière de concessions](#)
- [Qu'est-ce qu'une concession ?](#)
- [Des emplois différents du terme « concession » selon le droit national](#)
- [Concessions conjuguant travaux et services](#)
- [Qu'est-ce qu'un partenariat public-privé \(PPP\) ?](#)
- [Comment les directives de l'UE s'appliquent-elles aux PPP ?](#)
- [Les concessions dans le secteur des services d'utilité publique](#)
- [Pour en savoir plus](#)

Karen Hill, Chef du Programme SIGMA, autorise la publication de ce document

2 rue André-Pascal
75775 Paris Cedex 16
France

Courriel : sigmaweb@oecd.org
Tél. : +33 (0)1 45 24 82 00
Télécopie : +33 (0)1 45 24 13 05
www.sigmaweb.org

Cette synthèse est publiée sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les arguments exprimés ici ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'Union européenne ou des pays membres de l'OCDE, ou celles des bénéficiaires participant au Programme SIGMA.

Cette synthèse, ainsi que les cartes qu'elle peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

SIGMA faisant partie de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), les mêmes conditions d'utilisation s'appliquent à ses publications : <http://www.oecd.org/fr/conditionsdutilisation>

Évolution de la législation de l'Union européenne en matière de concessions

Avant la réforme des règles de l'Union européenne (UE) applicables à la passation des marchés publics, en 2014, l'attribution de concessions de travaux publics était soumise aux règles de base de la Directive 2004/18/CE¹.

L'attribution de concessions de services présentant un intérêt transnational était soumise aux principes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE, ou « le Traité »)², notamment les principes de libre circulation des marchandises, de liberté d'établissement et de libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui découlent du TFUE comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. L'UE a estimé qu'il existait un risque d'insécurité juridique lié aux divergences d'interprétation des principes du Traité par les législateurs nationaux, et de fortes disparités entre les législations des différents États membres. Ce risque a été confirmé par la jurisprudence fournie de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), qui n'a traité que partiellement certains aspects de l'attribution de contrats de concession. En outre, l'absence de réglementation en bonne et due forme des concessions s'est traduite par des pertes d'efficacité considérables sur le plan économique et a nui à l'optimisation de l'emploi des fonds publics.

La Directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession (« la Directive sur les concessions »)³ a été adoptée en vue de combler ces lacunes, grâce à l'instauration pour les pouvoirs publics et les opérateurs économiques d'un cadre juridique plus stable garantissant la non-discrimination, l'équité d'accès aux marchés et la mise en concurrence à l'échelle de l'UE dans le cas des concessions d'un montant élevé.

Qu'est-ce qu'une concession ?

Deux types de concession sont définis dans la Directive sur les concessions :

- **« la concession de travaux »**, c'est-à-dire « un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix » ;
- **« la concession de services »**, à savoir « un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux (...) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix ».

L'attribution d'une concession implique le transfert au concessionnaire d'un **risque** lié à l'exploitation des ouvrages ou services faisant l'objet de cette concession ; ce risque d'exploitation peut être associé à la demande, à l'offre ou aux deux. Le concessionnaire est tenu d'assumer un tel risque, ce qui signifie que, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ni les coûts qu'il a supportés dans le cadre de l'exploitation des ouvrages ou services précités. Le risque transféré implique

¹ 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.

² Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *Journal officiel de l'Union européenne*, C 326, 26 octobre 2012. Ce traité est désigné dans la présente synthèse sur les marchés publics sous le sigle « TFUE » ou la dénomination « le Traité ».

³ Directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession, 26 février 2014.

« une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable ».

Compte tenu des définitions ci-dessus, deux éléments revêtent une importance fondamentale lorsqu'il s'agit de déterminer si un accord répond à la définition d'une concession :

- **La contrepartie**⁴ : elle ne doit pas se réduire au seul paiement d'une somme par le pouvoir adjudicateur mais doit résulter partiellement ou intégralement du droit d'exploitation des ouvrages ou services faisant l'objet de la concession. Concrètement, cela signifie que tout ou partie de la contrepartie provient d'un ou plusieurs tiers.
- **Le risque** : c'est sur le concessionnaire que doit peser le risque lié à l'exploitation du potentiel offert par la concession. Un concessionnaire accepte généralement, par exemple, le risque opérationnel et/ou financier qu'implique la prestation d'un service public ou l'exécution de travaux publics en contrepartie de la possibilité de dégager des recettes en exploitant ce service ou l'ouvrage issu de ces travaux. L'absence de transfert d'un risque à l'opérateur économique laisse entendre qu'il s'agit d'un simple marché public, soumis par conséquent à l'ensemble des dispositions de la Directive sur les marchés publics⁵ ou de la Directive sur les services d'utilité publique⁶, plutôt que d'une concession, soumise à la Directive sur les concessions. La Commission européenne a mis l'accent sur le fait que le risque était nécessairement inhérent à l'exploitation du potentiel offert par la concession, dans les termes suivants :

« L'un des éléments clés des concessions est le droit des concessionnaires d'exploiter la construction ou le service concédé en échange de la réalisation de cette construction ou de la fourniture de ce service. Par rapport aux marchés publics, la principale différence réside dans le risque qui est inhérent à une telle exploitation et que supporte le concessionnaire fournissant généralement les moyens financiers nécessaires pour au moins des parties des projets pertinents. »⁷

Des exemples concrets permettent d'éclairer la définition d'une concession. Ceux qui suivent sont simplifiés à l'extrême, la classification de telle ou telle concession proposée dépendant de ses caractéristiques.

Concession de travaux : on a souvent recours à des concessions pour la réalisation de projets d'infrastructure de grande envergure, comme la construction et l'exploitation d'une route, d'un pont ou d'un tunnel. Lorsque le concessionnaire se rémunère exclusivement grâce aux droits de péage facturés directement aux usagers, la *contrepartie* provient de « l'exploitation » de l'ouvrage et non du pouvoir adjudicateur. Le concessionnaire prend un *risque* financier et opérationnel en finançant la construction de cet ouvrage et en l'exploitant sans avoir la certitude de pouvoir amortir ses investissements et réaliser un bénéfice sur la durée de la concession. Il s'agit d'un exemple de « concession de travaux ».

En revanche, si le pouvoir adjudicateur accepte de rémunérer le concessionnaire dans l'éventualité où le montant des recettes imputables aux usagers tiers est trop faible pour

⁴ Le terme « contrepartie » peut désigner l'avantage financier ou pécuniaire perçu par le concessionnaire, mais aussi s'étendre à d'autres types d'avantages, dont la nature ne serait pas strictement financière, découlant des travaux exécutés ou des services fournis.

⁵ Directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et abrogeant la Directive 2004/18/CE, 26 février 2014.

⁶ Directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la Directive 2004/17/CE, 26 février 2014.

⁷ Commission européenne (2005), *Communication concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM(2005) 569, Berlin, par. 3.1.

permettre à ce dernier d'amortir son investissement, le risque transféré au concessionnaire peut être jugé insuffisant au regard de la définition d'une concession de travaux. On qualifiera alors l'exécution des travaux et l'exploitation de l'ouvrage censé en résulter de « marché de travaux ».

Concession de services : on a également recours à des concessions pour des projets qui impliquent des activités d'exploitation et d'entretien mais pas la construction d'ouvrages. On attribuera par exemple une concession pour l'exploitation d'une ligne de chemin de fer ou d'un port existant, en faisant payer les tiers pour l'utilisation de ces équipements, ou encore pour l'exploitation d'une cantine publique, en facturant directement à ses usagers les produits alimentaires et les boissons qu'ils auront achetés. Ces deux types de concession illustrent la notion de « concession de services ».

Lorsque, dans l'exemple susmentionné d'une cantine publique, le pouvoir adjudicateur met les installations de cette cantine à la disposition de l'opérateur économique et accepte aussi de le payer pour couvrir les frais fixes d'exploitation ou subventionner une partie du service, l'aide apportée à l'opérateur économique laisse entendre que celui-ci ne supporte pas un risque suffisant pour que l'accord réponde à la définition d'une concession de services. On qualifiera l'accord dans ce cas de « contrat de services ».

Des emplois différents du terme « concession » selon le droit national

Le concept de « concession de travaux » et de « concession de services » est propre au droit de l'UE et doit être interprété dans ce cadre. Une concession peut se définir différemment en droit national. Par conséquent, il est possible que certains contrats ou marchés qui sont considérés comme des concessions en droit national ne le soient pas au sens de la Directive sur les concessions. Par exemple, on peut parler en droit national de « concession » pour l'octroi d'un droit d'exploitation de ressources naturelles, tel que le droit d'extraire du charbon, ou l'attribution de licences d'exploitation dans la perspective d'une réglementation des services de taxi, mais on ne qualifiera généralement pas ces accords de « concessions » au sens de la Directive sur les concessions. De la même façon, certains contrats qui ne sont pas considérés comme des concessions en droit national peuvent cependant être reconnus comme tels dans le droit de l'UE.

Il est donc primordial de comprendre et d'appliquer les définitions de l'UE pour déterminer si un accord proposé constitue une concession au sens de la Directive sur les concessions.

Concessions conjuguant travaux et services

Lorsqu'une concession associe exécution de travaux et prestation de services, il faut décider à quelle catégorie de concessions la rattacher. La distinction entre une concession de travaux et une concession de services est importante car les régimes juridiques qui leur sont respectivement appliqués diffèrent sur certains points. Par exemple, diverses clauses d'exclusion existent pour les concessions de services, tandis que les concessions de travaux sont soumises à diverses règles en matière de sous-traitance.

Dans le cas où un contrat de concession mixte peut être scindé, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'attribuer des concessions distinctes correspondant aux différents volets du contrat mixte. En revanche, si ces volets sont objectivement indissociables⁸, il convient de déterminer les règles applicables au regard de l'objet principal du contrat en question. Ainsi, une concession dont l'objet consiste à la fois à exécuter des

⁸ Selon la jurisprudence de la CJUE, on détermine le caractère indissociable des volets d'une concession au cas par cas, en tenant compte des intentions expresses ou supposées du pouvoir adjudicateur pour examiner les divers critères d'indivisibilité d'un contrat mixte, à partir d'éléments objectifs justifiant ces intentions, et en démontrant la nécessité de conclure un contrat unique.

travaux et à fournir des services doit être attribuée conformément aux dispositions applicables aux concessions de travaux si la composante « travaux » caractérise l'objet principal du contrat sous-jacent, et inversement. Prenons l'exemple d'une collectivité locale qui souhaite octroyer une concession à un opérateur économique pour l'exploitation d'une maison de la culture pendant une durée de 20 ans. Elle est propriétaire du bâtiment qui abrite la maison de la culture. L'opérateur économique percevra une contrepartie grâce aux dépenses effectuées par les visiteurs qui fréquenteront les lieux, le café par exemple, et qui paieront pour y assister à des manifestations culturelles, comme des expositions d'art, des projections de films et des représentations de pièces de théâtre. Dans le cadre de la concession, la collectivité locale impose à l'opérateur économique retenu d'entreprendre au cours des cinq premières années de la période de concession des travaux de construction d'un nouveau restaurant et de nouvelles cuisines, d'amélioration de l'accès au bâtiment pour les personnes handicapées, de mise aux normes de l'ascenseur, et d'installation de nouvelles toilettes. Dans ce cas, on peut légitimement affirmer que l'objet principal de la concession réside dans l'exploitation à long terme de la maison de la culture. Les travaux d'aménagement, qui font partie de l'accord global, peuvent être considérés comme annexes à l'objet principal. La concession doit donc être qualifiée de « concession de services » et non de « concession de travaux ».

Pour de plus amples informations concernant la Directive sur les concessions, voir le n° 31 (2014 *Directives: Concessions*) des Synthèses SIGMA consacrées aux marchés publics (*SIGMA Public Procurement Briefs*).

Qu'est-ce qu'un partenariat public-privé (PPP) ?

Il n'existe aucune définition simple ou unique d'un partenariat public-privé (également désigné par le sigle « PPP ») car ce terme recouvre une vaste typologie de contrats et d'autres formes de montage.

On peut décrire un PPP comme toute forme de coopération entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique du secteur privé, l'objectif consistant souvent à assurer le financement de travaux d'infrastructure ou la construction d'une infrastructure, sa rénovation, sa gestion et son entretien, et/ou la prestation de services. Les entités parties à un PPP sont souvent appelées « partenaires », terme qui n'est généralement pas employé dans un sens juridique.

Parmi les caractéristiques fondamentales d'un PPP figure en général le partage d'un risque avec le partenaire privé ou le transfert d'un risque à ce dernier. En outre, un PPP est souvent, mais pas toujours, établi pour une longue durée.

Les méthodes de rémunération et de financement varient selon le PPP. La rémunération peut être versée par le pouvoir adjudicateur ou provenir de tiers, par exemple des usagers de l'infrastructure (auquel cas le contrat peut être rattaché à la catégorie des contrats de concession), ou d'un ensemble de sources. Le financement peut émaner du pouvoir adjudicateur, du partenaire privé, d'un bailleur de fonds extérieur tel qu'une banque ou un autre prêteur, ou de plusieurs sources à la fois. Compte tenu de la nature des projets de PPP, la documentation juridique est complexe et se décline sur plusieurs niveaux, en règle générale.

Un PPP peut reposer sur une structure contractuelle ou institutionnelle. Dans le cas d'un partenariat public-privé institutionnel (PPPI), on crée un vecteur de mise en œuvre du partenariat sous la forme d'une entité à capital mixte (coentreprise ou autre structure commune, par exemple) faisant intervenir conjointement le pouvoir adjudicateur et le partenaire privé. Cette entité est ensuite chargée de mettre en œuvre le projet d'infrastructure ou de prestation de services, en bénéficiant de la participation active et permanente du partenaire privé, associé au partenaire public.

Comment les directives de l'UE s'appliquent-elles aux PPP ?

Aucune définition juridique d'un PPP ne figure dans les Directives sur les marchés publics, sur les services d'utilité publique et sur les concessions, respectivement, aucun des trois instruments ne faisant mention de ce terme. Le cadre juridique de l'UE ne comprend pas de loi sur les PPP ni de régime juridique particulier qui s'appliquerait en matière de choix d'un partenaire privé par un pouvoir adjudicateur dans l'optique d'un PPP. Lorsqu'un pays décide de réglementer individuellement les PPP, il n'a aucune obligation de mettre en place une législation propre aux procédures d'attribution de PPP, auxquelles la législation relative à la passation des marchés publics s'appliquera quoi qu'il en soit.

Du point de vue des règles de passation des marchés publics de l'UE, un PPP correspond à un marché public (ou à un contrat de services d'utilité publique), à un contrat de concession (qu'il s'agisse d'une concession de travaux ou de services), ou encore à un contrat n'entrant pas dans le champ d'application des directives européennes. Un PPP qui relève de ce dernier cas de figure et qui présente un intérêt transnational sera soumis aux principes fondamentaux du TFUE, ainsi qu'aux règles qui en découlent, en particulier les principes de transparence, d'égalité de traitement, de non-discrimination, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle.

Si un PPP répond à la définition d'un marché public au regard de la Directive sur les marchés publics, il faut l'attribuer en faisant appel à l'une des procédures décrites dans cette directive. Le pouvoir adjudicateur doit mûrement réfléchir à la procédure d'attribution la plus adaptée dans le cas d'un contrat de PPP, souvent complexe et qui doit habituellement être négocié entre les parties. Lorsqu'un contrat de PPP est jugé suffisamment complexe et que l'État membre a adopté les dispositions applicables de la Directive sur les marchés publics, il peut être opportun de recourir à la procédure de dialogue compétitif. Il est également possible que les conditions permettant de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation soient satisfaites.

Lorsqu'un PPP présente les caractéristiques d'une concession, il sera soumis à la Directive sur les concessions.

Dans le cas où la structure d'un PPP est de type institutionnel (PPPI), une procédure unique régie par la Directive de l'UE sur les marchés publics, sur les services d'utilité publique ou sur les concessions, respectivement, peut être utilisée à la fois pour la désignation du partenaire privé au sein du PPPI et pour l'attribution du marché à l'entité commune chargée de l'exécuter.

Les concessions dans le secteur des services d'utilité publique

La Directive sur les concessions s'applique à l'attribution d'une concession de travaux ou de services par une entité adjudicatrice, à condition que ces travaux ou services aient pour objet la réalisation d'une des activités répondant aux besoins du secteur des services d'utilité publique.

On trouvera dans le n° 16 (*Procurement by Utilities*) des Synthèses SIGMA consacrées aux marchés publics (*SIGMA Public Procurement Briefs*) des informations relatives aux quatre secteurs régis par la Directive sur les services d'utilité publique, ainsi qu'aux types d'entité adjudicatrice concernés, notamment une réflexion sur les éléments constitutifs d'une entité publique.

Note pratique concernant la définition de la portée d'un PPP, sa passation et sa gestion

Un PPP est en règle générale un contrat complexe, souvent conclu dans une perspective à long terme. Comme pour tout contrat qui se caractérise ainsi, il est primordial d'examiner

attentivement les conditions et de définir à l'avance leur portée de sorte que le cahier des charges et les clauses contractuelles soient exhaustifs, permettant au pouvoir adjudicateur comme à l'opérateur ou aux opérateurs économique(s) de comprendre parfaitement quelles sont la nature et les implications du projet pendant la durée du contrat.

Lors de la procédure de passation, il faut analyser rigoureusement les offres des opérateurs économiques pour s'assurer qu'elles satisfont aux conditions imposées par le pouvoir adjudicateur et continueront d'y satisfaire tout au long de la durée du contrat. On se reportera aux n° 10 (*Public Procurement Procedures*) et 31 (*2014 Directives: Concessions*) des Synthèses SIGMA consacrées aux marchés publics (*SIGMA Public Procurement Briefs*) pour obtenir des précisions sur les procédures de passation de marché applicables et sur l'attribution de concessions.

Une gestion continue et anticipative du contrat pendant toute la durée de ce dernier est également cruciale pour la bonne exécution et la bonne exploitation de la concession. Pour de plus amples informations, voir les n° 21 (*Performance Measurement*) et 22 (*Contract Management*) des Synthèses SIGMA consacrées aux marchés publics (*SIGMA Public Procurement Briefs*).

Pour en savoir plus

Publications

SIGMA (2015), *Public Procurement Training Manual* – Module D3, Éditions OCDE, Paris (www.sigmaweb.org/publications/public-procurement-training-manual.htm)

Synthèses sur les marchés publics (*Public Procurement Briefs*)

www.sigmaweb.org/publications/key-public-procurement-publications.htm

SIGMA (2016), *2014 EU Directives: Concessions*, Synthèse n° 31, Éditions OCDE, Paris

SIGMA (2016), *Contract Management*, Synthèse n° 22, Éditions OCDE, Paris

SIGMA (2016), *Performance Measurement*, Synthèse n° 21, Éditions OCDE, Paris

SIGMA (2016), *Procurement by Utilities*, Synthèse n° 16, Éditions OCDE, Paris

SIGMA (2016), *Public Procurement Procedures*, Synthèse n° 10, Éditions OCDE, Paris

Autres sources

OCDE (2012), *Recommandation du Conseil sur les Principes applicables à la gouvernance publique des partenariats public-privé*, Éditions OCDE, Paris (www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf)

Commission européenne (2007), *Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)*, Bruxelles

(<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/index.cfm?n=10&adv=0&coteld=3&year=2007&number=6661&dateFrom=&dateTo=&serviceld=&documentType=&title=&titleLanguage=&titleSearch=EXACT&sortBy=NUMBER&sortOrder=DESC&CFID=3376650&CFTOKEN=e3d6ab2394942a90-576C2CDC-B72D-F7E5-FC703A6E00BE2B8C&version=ALL&fuseaction=list&language=fr>)

Page web de l'OCDE consacrée aux questions de concurrence dans le domaine des partenariats public-privé (www.oecd.org/fr/concurrence/competitionissuesinpublic-privatepartnerships.htm)

Page web de la Commission européenne consacrée à la passation des marchés publics et aux contrats de concession, consultable depuis avril 2016 (http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_fr)

Page web du Centre international d'excellence en matière de PPP de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (www.unece.org/icoeppp.html)