



LIVRE VERT SUR LES PARTENARIATS PUBLICS-PRIVES ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE DES MARCHES PUBLICS ET DES CONCESSIONS

CONTRIBUTION DE L'ASSOCIATION DES MAIRES DE FRANCE

I. Observations préliminaires

1. La consultation publique organisée par la Commission européenne est utile dans la mesure où elle devrait permettre d'identifier si en ce domaine la réglementation européenne, ou dans certains cas l'absence de réglementation, est source d'instabilité juridique pour les contrats conclus entre les pouvoirs publics et les personnes privées dans les différents pays de l'Union
2. En outre, au-delà des questions précises posées par la Commission, le livre vert a le mérite de rappeler les règles communautaires régissant les différentes formules de PPP mises en œuvre dans les Etats de l'Union européenne.
3. S'agissant de la réglementation française en matière de PPP, le cadre juridique nationale, qu'il s'agisse des formules contractuelles (contrats de partenariat créés par l'ordonnance de juin 2004, marchés publics, concessions) ou des formules institutionnelles (sociétés d'économie mixte), répond aux exigences soit des directives en vigueur, soit des principes de transparence et d'équité fixés par les Traités.
4. Aussi, au regard de ce rappel et des éclaircissements apportés par le livre vert sur le cadre juridique en vigueur, l'Association des Maires de France ne considère pas qu'un nouvel instrument juridique et un surcroît de réglementation européenne apporterait une plus value communautaire en ce domaine

II. Observations sur l'attribution des concessions de service.

5. Les concessions sont définies par le livre vert en parfaite cohérence avec la définition française.
6. La concession est une forme de délégation de service public déjà très ancienne en France et qui a contribué à la constitution de services publics performants. Depuis la loi dite Sapin, la procédure d'attribution d'une concession de service, et plus généralement de toute forme de délégation d'un service public, est soumise aux règles de concurrence et respectent les obligations imposées par le Traité (voir en ce sens l'arrêt Telaustria de la Cour de Justice de l'Union européenne).
7. De même, et conformément aux observations de la Commission dans sa communication interprétative sur les concessions d'avril 2000, la durée d'un contrat de concession ne peut excéder selon la loi celle nécessaire à l'amortissement des investissements.
8. La concession est ainsi strictement distinguée du marché public tant en droit communautaire qu'en droit national. C'est pourquoi, l'Association des Maires de France n'est pas favorable à un régime communautaire unique applicable à la fois aux procédures de passation des concessions et des marchés publics.
9. L'Association des Maires de France juge de plus qu'un cadre juridique européen existe déjà au travers des Traités, des arrêts de la Cour de Justice et de la communication interprétative de la Commission. Elle estime que ce cadre est suffisamment adapté aux différentes situations qui se caractérisent dans chaque Etat membre par leur diversité et leur souplesse.
10. Il en résulte qu'un texte communautaire sur l'attribution de concession de service serait sans réelle valeur ajoutée.
11. Enfin, dans l'hypothèse où la Commission estimerait pertinent de définir un cadre européen en matière de concession, l'Association des Maires de France considère que ce cadre devrait offrir la souplesse nécessaire à l'adaptation du service dans le temps et qu'en conséquence il n'encadre pas de façon contraignante les possibilités d'insertion de clauses d'évolution du service ou de clauses de révision.

III Observations sur les sociétés d'économie mixte (PPP de type institutionnel).

12. L'Association des Maires de France tient à rappeler son attachement au principe de libre administration des collectivités locales, et donc en l'espèce au libre choix du mode de gestion de leurs services publics : auto-production (régie), marchés publics, délégation de service public (notamment concession), création d'une société d'économie mixte.
13. Ce principe de libre administration vaut particulièrement quant au choix de créer ou non une société d'économie mixte dès lors qu'il s'agit de gérer un service public ou d'assurer une mission d'intérêt général. La

société d'économie mixte en effet n'est qu'un mode de gestion d'un service public parmi d'autres.

14. Compte-tenu de ces observations, et parce que la création d'une SEM ne résulte pas d'un contrat mais d'un acte unilatéral des pouvoirs publics, l'Association des Maires de France estime que la décision de créer une société d'économie mixte ne relève pas du droit de la concurrence mais de la libre administration des collectivités locales. C'est pourquoi, il est tout à fait justifié que soient confondues la phase de constitution de la SEM et celle d'attribution des tâches à cette même SEM. En effet une SEM est toujours créée en vue d'accomplir une ou plusieurs missions.
15. Si un texte européen devait encadrer les modalités de création d'une SEM, l'Association des Maires de France considère qu'il ne saurait y avoir deux niveaux de mise en concurrence cumulatifs, l'un pour le choix des actionnaires, l'autre pour l'attribution des missions, ainsi que le suggère la Commission européenne.
16. Enfin, et conformément au droit français, la société d'économie mixte doit mettre en œuvre la concurrence pour la sélection de ses propres co-contractants.

IV Observations sur les organismes de coopération intercommunale.

17. Bien que le livre vert n'aborde pas ce sujet, l'Association des Maires de France souhaite appeler l'attention de la Commission sur les relations conventionnelles entre les organismes de coopération intercommunale et leurs communes membres.
18. En effet, récemment la Commission européenne s'est interrogée sur les dispositifs belge et allemand présidant aux relations conventionnelles entre un organisme de coopération intercommunale et ses communes membres.
19. Le dispositif français en la matière a pour but de favoriser une meilleure organisation administrative.
20. Ainsi les Communautés urbaines, d'agglomération ou de communes sont constituées uniquement de communes, ce qui les distingue d'autres formules de coopération en vigueur dans nombre de pays de l'Union. Les communes délèguent leurs compétences à la Communauté selon des dispositions prévues par la loi. Par ailleurs, la loi oblige à une délégation obligatoire de compétences dans un certain nombre de domaines.
21. Il est à noter également que pour l'exercice de ses compétences, la Communauté peut faire appel à un opérateur privé au travers d'une procédure de délégation de service public, telle que la concession par exemple.
22. En conséquence et compte-tenu de ces éléments, le droit des marchés publics ne saurait s'appliquer aux relations conventionnelles entre les Communautés et leurs communes membres, telle que par exemple la mise à disposition des services de la Communauté en faveur des communes

membres. Ces mises à disposition n'ont d'ailleurs d'autre objet que de faciliter la bonne organisation des services. Enfin, il est à noter qu'une Communauté ne peut agir que dans un champ territorial limité, celui constitué par les communes membres, ce territoire devant être d'un seul tenant et sans enclave.

V. Réponses à certaines questions posées dans le livre vert.

Question 1 : Tous les types de PPP contractuels (concession de service, délégation de service public, contrat de partenariat institué récemment par ordonnance) font l'objet en France d'un encadrement législatif.

Question 2 : la procédure de dialogue compétitif a été transposée en droit français dans le code des marchés publics. S'agissant de l'attribution des concessions, un tel dialogue n'est pas imposé par la loi..

Question 5 : Dans l'Union européenne la participation de sociétés non-nationales aux procédures de passation de concessions de services est garantie, sinon par un texte communautaire spécifique, du moins par les principes découlant du Traité et en conséquence par la Cour de Justice de l'Union européenne. S'agissant de la France la loi dite SAPIN garantit bien évidemment ce droit pour les non-nationaux

Question 16 : l'ordonnance française sur les contrats de partenariat fixe des règles précises quant à la prise en compte des sous-traitants et des PME dans l'exécution du contrat Par ailleurs, une loi oblige au paiement direct des sous-traitants.

Question 22 : Ainsi que le propose la Commission, dans un premier temps et de préférence à un nouvel instrument juridique communautaire, l'Association des Maires de France est favorable à la poursuite d'une réflexion collective et organisée sur les questions soulevées par le livre vert, associant notamment les autorités publiques locales. Il s'agirait à la fois de faire le point sur les dysfonctionnements éventuellement constatés en l'absence d'un texte communautaire spécifique et de favoriser l'échange de bonnes pratiques.