

Droit et sciences administratives

la pratique de l'offre spontanée en matière de contrats de partenariat : audaces fortuna juvat ?

par Guillaume Fonouni-Farde

Membre de la chaire PPP de l'IAE de Paris, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

Héritier de Maurice Hauriou qui, à l'orée du XX^e siècle, définit la puissance publique comme «une volonté qui exerce les droits administratifs au nom de la personnalité publique des administrations¹», le Professeur Rivero trouve dans la notion dégagée par celui dont il assume le legs intellectuel, le fondement des droits exorbitants de l'Administration. L'Administration — et par extension ceux qui administrent — agissent dans l'intérêt public : à ce seul titre, il faut leur reconnaître des droits exorbitants. Ce principe, fondateur parce que fondamental, explique nombre de prérogatives de l'Administration et notamment son pouvoir d'action d'office².

En matière de marchés publics, les prérogatives de puissance publique peuvent se manifester tant en amont, — au moment de la passation d'un marché — qu'en aval — en cours d'exécution d'un marché. En amont, l'unilatéralisme de la détermination des besoins publics peut être précisément envisagé comme la manifestation de prérogatives de puissance publique. En effet, il est ce postulat consacré par le *Code des marchés publics*, que seule l'Administration a la capacité et d'un point de vue juridique, la compétence, d'identifier ses besoins en termes de travaux, de fournitures, ou

de services. Cette compétence est exclusive et à aucun moment un acteur privé ne peut s'immiscer dans la détermination de la nature ni de l'étendue des besoins du pouvoir adjudicateur, sous peine de vicier la procédure de passation du marché public.

Mais comme le souligne à juste titre le Professeur Rivero, la puissance publique ne se caractérise pas seulement par des «dérogations en plus», mais aussi par des «dérogations en moins»³. En d'autres termes, la préservation de l'intérêt général force également à imposer à ceux qui administrent des sujétions, elles-aussi exorbitantes du droit commun. Appliquées au droit des marchés publics, les sujétions de puissance publique constituent une limite à la liberté de contractualisation de l'Administration. À la différence des personnes privées qui peuvent librement choisir leur cocontractant, l'expression de la préférence de l'Administration pour tel ou tel candidat privé ne peut se faire que dans le cadre d'une procédure de passation strictement normée. Cette procédure vise à prévenir des dérives potentielles tant du point de vue de la distorsion de la concurrence que, plus grave, de la corruption.

1. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général : à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, 1900-1901, p. 227-237

2. Rivero, Waline, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2010, 23^e édition, p. 26-27

3. Rivero, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *Revue Droit public*, 1953, p. 279.

Toute ingérence d'un opérateur ou d'une entreprise privée dans la détermination de la nature ou de l'étendue des besoins du pouvoir adjudicateur, est alors perçue comme contraire à l'intérêt général.

Ces principes juridiques structurants sont à l'origine d'un paradigme économique bien défini où chaque acteur, public comme privé, joue un rôle déterminé.

À l'acteur public revient le rôle de l'identification du besoin. Ainsi, à la différence de la célèbre « loi des débouchés » théorisée par l'économiste Jean-Baptiste Say et qui gouverne un marché privé où « l'offre crée sa propre demande », le marché public à ceci d'atypique que la demande — en l'espèce, celle du pouvoir adjudicateur — crée le besoin et, par conséquent, sa propre offre. Le modèle économique du marché public serait donc une sorte de monopsonie où de multiples offreurs — les entrepreneurs de travaux, les fournisseurs et autres prestataires de services — satisfont un demandeur unique qui leur signifie la nature et l'étendue de ses besoins au moyen d'appels d'offres. La personne publique fixe discrétionnairement son prix et discrimine, à l'aune de ce critère souvent prépondérant dans son cahier des charges, les offres qui lui sont soumises. Dans une certaine mesure, cette situation de monopole inversé lui permet la captation du surplus du producteur en tant que la pression concurrentielle entre les offreurs les conduit souvent à compresser leurs marges de profit.

À l'acteur privé revient l'attente patiente et la veille active : la publication du moindre appel d'offres est guettée. À la différence des rapports privé-privé où la pression concurrentielle oblige à l'identification constante des besoins de clients potentiels de sorte à être le premier à les satisfaire, le rapport public-privé enferme l'opérateur privé dans un schéma délibérément limitatif qui neutralise chez lui toute forme d'innovation et de proactivité⁴. L'avantage compétitif se fait bien souvent sur le critère prix, *a fortiori* face à des personnes

publiques déjà lourdement endettées et qui sont à ce seul titre, tenues de limiter leurs investissements. Les marges de profit sont de fait, généralement compressées, ce qui implique que l'acteur privé puisse compenser cette captation de son surplus de producteur soit par un effet volume, soit par une double capacité à optimiser ses coûts de production et à accroître sa productivité.

Par ailleurs, la temporalité propre au marché public a contribué à façonner non seulement l'équilibre général, mais aussi les acteurs de la relation économique public-privé. L'appel d'offres ne se devance pas, il s'attend. Pour l'opérateur privé cette attente a un coût, un coût d'autant plus difficile à supporter que la taille de l'entreprise est modeste. De fait, le paradigme économique propre au marché public élimine tendanciellement les acteurs privés de petite taille (généralement les PME) et présente les caractéristiques d'un monopsonie contrarié où un petit nombre d'offeurs interagissent avec un demandeur unique. À cet égard, le secteur des entreprises de travaux publics est une des illustrations de cette réalité économique⁵.

Un tel paradigme économique, s'il n'est pas dépourvu d'avantages pour une personne publique dont il consacre la souveraineté, présente toutefois l'inconvénient de laisser le décideur public seul, face à la gageure que constitue parfois la définition de ses besoins.

Car, un paradigme économique où l'identification de projets ne repose que sur la seule personne publique la prive *de facto*, d'une connaissance de marchés où les entreprises privées interviennent pourtant de façon quotidienne et au sujet desquels elles disposent pourtant à la fois d'une meilleure connaissance des acteurs et d'un pouvoir de négociation souvent supérieur. Dans son interaction avec les acteurs privés, la personne publique subit une asymétrie d'information face à laquelle seul l'éclairage d'un autre acteur privé coutumier du secteur, est susceptible de constituer un palliatif. Le législateur, conscient de cette diffi-

4. En droit, rien n'interdit formellement à une entreprise privée de soumettre spontanément un projet qu'elle jugerait pertinent au titre d'un marché public bien que ce type d'initiative ne soit absolument pas normé. En fait, le coût d'opportunité juridique — et par extension le coût d'opportunité économique — de ce type d'initiative est plus que prohibitif. Le procédé est à la fois onéreux dans sa conception et hasardeux quant à son issue. Force est de rappeler que si l'ini-

tiateur était également attributaire, ses concurrents évincés auraient beau jeu de soulever devant le juge administratif que l'initiative spontanée a vicié la passation du marché en question.

5. Cet argument est à nuancer si l'on considère les petits marchés publics où la faiblesse des marges n'incite pas les gros « BTPistes » à se porter candidat. En revanche, pour ce qui relève des gros marchés de travaux la démonstration conserve toute sa pertinence.

culté, a prévu le recours au marché de définition, au titre de l'article de l'article 73 du *Code des marchés publics*⁶. Or, la Cour de Justice de l'Union Européenne, dans un arrêt du 10 décembre 2009, *Commission contre République Française*, a condamné le marché de définition tel que pratiqué en France⁷. L'article 73 du *Code des marchés publics* a été abrogé depuis.

Reste alors la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'avoir recours à un simple marché de services de sorte à recueillir des études préalables. De même, dans son article 2, la Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite Loi MOP), prévoit que « le maître de l'ouvrage peut confier les études nécessaires à l'élaboration du programme et à la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle à une personne publique ou privée ».

En tout état de cause, ces marchés n'échappent pas aux procédures de publicité et de mise en concurrence si bien que le paradigme reste invariablement le même : aucune identification véritablement spontanée des besoins de la personne publique par un agent privé n'est possible. L'association de l'acteur privé — dont l'existence d'un marché d'études tendrait à prouver que le législateur lui a reconnu un rôle de force de propositions — reste subordonnée à une identification de ses besoins par la personne publique elle-même ou, dans le meilleur des cas, à une identification de son besoin d'accompagnement pour l'identification de besoins qu'elle ne parvient pas à déterminer...

6. « Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de préciser les buts et performances à atteindre, les techniques à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre, il peut recourir aux marchés de définition. Ces marchés ont pour objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur; le cas échéant au moyen de la réalisation d'une maquette ou d'un démonstrateur. Ils permettent également d'estimer le niveau du prix des prestations, les modalités de sa détermination et de prévoir les différentes phases de l'exécution des prestations ». *Code des marchés publics*, article 73.

7. La Cour a estimé que la procédure française attribuait en fait deux types de marchés : un marché de définition à proprement parler, puis un marché d'exécution adjugé à la suite d'une mise en concurrence limitée aux titulaires des premiers. De fait, les acteurs privés intéressés par les seuls marchés d'exécution faisaient l'objet d'une discrimination sanctionnée par la Cour.

En juin 2004, la publication de l'Ordonnance n° 2004-559 relative aux contrats de partenariat (ci-après l'Ordonnance), ouvre la voie sinon à une inversion, du moins à une inflexion du paradigme économique préalablement décrit.

En effet, l'article 10 de l'Ordonnance⁸ dispose que sans procédure de publicité ni mise en concurrence préalable, un opérateur privé peut, de façon spontanée, procéder à l'identification de besoins de la personne publique et lui soumettre des solutions applicables dans le cadre juridique du contrat de partenariat. Cette procédure n'est pas envisagée comme une distorsion à la concurrence, peu s'en faut. Bien au contraire, et comme le précise la jurisprudence constitutionnelle, elle vise à « encourager les entreprises à proposer des projets originaux aux personnes publiques⁹ ». Afin de renforcer le caractère incitatif de l'article 10, la Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat a complété l'article par la possibilité donnée aux personnes publiques « d'indemniser les candidats évincés dans l'hypothèse où ces derniers ont communiqué à la personne publique une idée innovante ayant été suivie du lancement d'une procédure de passation¹⁰ ».

Or, près de sept ans après la publication de l'Ordonnance et près de trois ans après la Loi de modernisation de 2008, force est de constater que le recours à l'offre spontanée est resté particulièrement timide. Certaines collectivités territoriales en ont bien enregistrées quelques unes en matière de réseaux ou d'éclairage public, mais le recours à ce type de démarche est resté très limité.

8. « Lorsque la personne publique est saisie d'un projet par une entreprise ou un groupement d'entreprises et qu'elle envisage d'y donner suite en concluant un contrat de partenariat, elle conduit la procédure de passation dans les conditions prévues par les articles 2 à 9 de la présente ordonnance. Dès lors qu'il ne se trouve dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article 4 et qu'il dispose des capacités techniques, professionnelles et financières appropriées, l'auteur du projet est admis à participer aux procédures prévues à l'article 7 de la présente ordonnance. La communication à la personne publique d'une idée innovante, qui serait suivie du lancement d'une procédure de contrat de partenariat, peut donner lieu au versement d'une prime forfaitaire ».

9. Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*.

10. Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, *Les contrats de partenariat : guide méthodologique*, version du 21 octobre 2010, p. 55.

En matière de contrat de partenariat d'État, deux seules offres spontanées ont été officiellement déposées¹¹. La première l'a été le 10 juin 2010 auprès du ministère de la défense et développe un projet global d'externalisation de certains des moyens concourant à la formation parachutiste des personnels des troupes aéroportées et qui pourrait être mis en œuvre dans le cadre d'un contrat de partenariat. Le projet, inspiré très largement du contrat de partenariat Hélicoptères Dax adjudgé à la société Défense Conseil International (DCI), vise à l'externalisation de la formation des unités parachutistes françaises à travers la fourniture d'un nombre déterminé de sauts, la remise à niveau de l'infrastructure bâtie et la gestion administrative courante de l'École des troupes aéroportées. Dans le domaine aéronautique, le projet consiste en la mise en place d'un parc d'aéronefs (CASA CN 235) neufs, dédiés, disponibles sur place et mis en œuvre conjointement par des équipages civils ou militaires. Si la proposition reste solide sur le plan économique elle a pourtant fait l'objet d'un refus du ministère dont les raisons profondes tiennent davantage à un défaut de familiarité de ses personnels face à ce type de procédure plutôt qu'à un rejet du projet ou qu'à une invalidation du principe même de l'offre spontanée.

La seconde offre spontanée l'a été le 17 décembre 2010 auprès du ministère de l'intérieur. Dans le cas d'espèce, le projet à la fois des schémas d'optimisation des coûts de maintenance de la flotte avions de la Sécurité Civile, assis sur la faculté à contracter sur le long terme, mais envisage également des stratégies de renouvellement de cette même flotte à base de BERIEV 200. À ce jour, son examen est toujours en cours par les services du ministère.

Hormis ces deux initiatives, rien de bien solide n'a été déposé. Si le ministère de la défense dit avoir enregistré pas moins d'une vingtaine d'offres spontanées depuis l'été 2010, cette déclaration est à nuancer. La plate-forme Internet mise en place par la Mission achats du Secrétariat Général pour l'Administration (SGA) du ministère, tient plutôt de la « boîte à idées » et les offres soumises relèvent

plus volontiers de la proposition commerciale hésitante que de l'offre spontanée innovante, construite et respectueuse de l'article 10 de l'Ordonnance.

Un tel constat admet plusieurs niveaux d'explication.

En premier lieu, la faiblesse du nombre d'offres spontanées enregistrées tient à des réticences tant chez les acteurs publics, que chez les acteurs privés.

Pour les acteurs publics, l'offre spontanée est encore perçue comme une atteinte à l'unilatéralisme de la détermination des besoins publics. La proposition de l'acteur privé heurte parfois la sensibilité de la personne publique qui accueille alors l'offre spontanée comme un document à la fois accusatoire et vexatoire qui viendrait mettre en exergue ses difficultés de fonctionnement. Par ailleurs, l'indemnisation du candidat évincé prévue par l'article 10 de l'Ordonnance, peut recouvrir un caractère inquiétant dans la mesure où toute procédure de passation faisant suite à une offre spontanée augmente aussi bien le coût potentiel du projet (il faudra potentiellement indemniser le candidat évincé) que les risques juridiques afférents audit projet (le candidat évincé peut chercher à obtenir du juge administratif la réévaluation de son indemnisation). De tels risques sont naturellement augmentés lorsque le pouvoir adjudicateur est une collectivité territoriale de petite taille et de faibles moyens. Face à ces contraintes, les personnes publiques n'accusent parfois pas réception des offres spontanées ou lorsqu'elles le font, elles indiquent à l'opérateur privé qui les sollicite avoir d'ores et déjà identifié la solution réputée innovante et qui est livrée à leur sagacité.

Pour les acteurs privés, étant considéré que les procédures de passation prévoient que la personne publique ne peut contracter avec un partenaire privé qu'après publicité et mise en concurrence, il y a un risque que tout projet innovant soumis au titre d'une offre spontanée ne soit ravi par un concurrent. Dès lors, les départements de la

11. Ces deux offres spontanées émanent de la société VITRUVÉ D&S qui est depuis, entrée en procédure de liquidation judiciaire. Cette issue malheureuse indique bien toute la difficulté qu'il y a pour

les acteurs privés de petite taille à se positionner sur le secteur du partenariat public-privé.

stratégie des grands groupes industriels coutumiers des relations économiques public-privé, ont jugé plus prudent d'attendre la publication des appels d'offres.

En second lieu et au-delà des réticences d'ores et déjà identifiées, l'absence de procédure de réception et de traitement des offres spontanées reste le plus grand frein à leur développement et explique l'inconfort tant de l'acteur public que de l'acteur privé, face à ce type de mécanisme.

Pour l'acteur public, le traitement d'une offre spontanée suppose l'établissement préalable des procédures de traitement. En l'absence de textes de référence¹², les personnels de l'Administration ne peuvent examiner sereinement les offres spontanées. Ces imprécisions de procédure sont à l'origine de retard de traitement et d'indécisions. Par ailleurs, définir des procédures de réception et de traitement implique d'y consacrer des personnels, ce qui induit nécessairement des coûts que toutes les personnes publiques — à plus forte raison les collectivités de petite taille — ne peuvent pas supporter.

Pour l'acteur privé, l'absence de procédure d'élaboration d'une offre spontanée comme l'absence de visibilité juridique quant à leur traitement, accroît la prise de risque et augmente le coût d'opportunité du dépôt d'une offre. En l'absence de documents référents tant sur le fond que sur la forme, l'opérateur privé ne peut lever nombre d'incertitudes préalables à l'identification d'un projet : bâtir une offre spontanée relève, au mieux du pari audacieux, au pire du saut dans l'inconnu. D'autre part, les mécanismes d'indemnisation prévus pour les candidats non retenus à la suite du dialogue compétitif mais néanmoins à l'origine de l'idée du projet, ne sont pas suffisamment clairs en droit, et incitatifs, en fait.

De fait, nonobstant la publication de l'Ordonnance, la proactivité des acteurs privés n'est pas véritablement encouragée. L'environnement juridico-économique les pousse plus volontiers à s'enfermer dans une attitude prudente où la seule stratégie envisageable repose uniquement sur la

réponse aux avis d'appel public à la concurrence. L'équilibre économique constaté est du type de l'équilibre de Nash où à l'instar du dilemme du prisonnier, chaque acteur attend la prise de risque de l'autre en vertu d'un mécanisme prudentiel qui conduit à l'inertie.

Pourtant, le recours à l'offre spontanée peut être constitutif d'un paradigme économique inédit et lucratif.

Tout d'abord, le recours à l'offre spontanée, en tant qu'il permet de procéder à une libre identification des besoins publics, permet à l'acteur privé de s'extraire d'une situation monopsonistique. Par le biais de l'offre spontanée, l'opérateur privé peut redynamiser le marché, pousser la personne publique à accélérer la sortie d'appels d'offres et créer, en quelque sorte, sa propre demande. L'offre spontanée constitue en réalité, un formidable outil de revitalisation économique d'un rapport public-privé parfois aboulique. Elle permet ainsi de renouer avec un modèle économique plus concurrentiel où une plus grande quantité d'offres — le dépôt d'une offre spontanée admet peu de restrictions, notamment en termes de taille ou de surface financière de l'entreprise dépositaire — créent la demande d'un demandeur certes toujours unique, mais néanmoins plus sollicité.

Par ailleurs, le caractère innovant de l'offre spontanée offre à son dépositaire un avantage concurrentiel certain. Loin de l'inquiétude de voir son idée ravie, le dépositaire de l'offre spontanée peut considérer qu'au moment de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence, il bénéficiera d'une avance telle que nombre de concurrents se disqualifieront d'eux-mêmes : le coût d'opportunité d'entrée dans la phase de dialogue compétitif sera dès lors jugé trop élevé. De surcroît, rien n'interdit de considérer que dans le cadre d'une procédure de passation en dialogue compétitif, le candidat dont le projet est au stade le plus avancé dès le début du dialogue, est généralement le candidat retenu *in fine*. Or, attendu que rien n'interdit à l'opérateur privé de parfaire le contenu de son projet entre le dépôt de l'offre

12. Peu importe au fond que ces textes relèvent ou non du domaine du règlement ; dans le cas d'espèce, des circulaires, des

notes de service ou des guides méthodologiques pourraient parfaitement convenir.

spontanée et l'ouverture du dialogue compétitif, il y a de fait, une réelle opportunité économique à faire de l'offre spontanée le fondement d'une véritable stratégie d'entreprise.

En outre, le mécanisme de l'offre spontanée pourrait être adapté aux entreprises de taille moyenne dont les coûts de structures sont réputés plus faibles que ceux des grands groupes. Dans la mesure où le volume d'investissement nécessaire à l'élaboration d'une offre spontanée reste raisonnable pour une PME, la prise de risque liée à la sortie d'un projet en offre spontanée est amoindrie. La PME pourra alors soumettre davantage d'offres spontanées en pariant sur le fait que compte-tenu de l'effet volume, il lui sera possible de s'en voir adjuger ne serait-ce qu'un ou deux. Or, dans le cas d'une PME, même un nombre restreint d'adjudications suffit à la pérennisation d'un modèle économique d'entreprise, pour peu que le marché ait été préalablement dynamisé. Loin d'être disqualifié, le recours à l'offre spontanée peut donc s'inscrire favorablement dans une stratégie d'entreprise y compris celles de petite taille¹³.

Du point de vue de la personne publique, force est de rappeler que si le recours à l'offre spontanée dynamise la relation économique public-privé, l'Administration n'en sort pas pour autant désavantagée. Non seulement son pouvoir décisionnel n'est jamais entamé, mais en outre elle bénéficie de la force de proposition des acteurs privés tout en s'épargnant la lourdeur et les coûts des procédures de publicité et de mise en concurrence prévues par le *Code des marchés publics*. L'offre spontanée peut permettre aux personnes publiques en général et aux collectivités territoriales en particulier, de disposer d'une première évaluation du périmètre et des coûts d'un contrat de partenariat. La procédure est peu contraignante et surtout, n'engage pas les finances publiques. À tout moment, la personne publique reste libre de décliner une offre spontanée dont le contenu ne saurait la lier. Enfin, faisant face à un plus grand

nombre d'offres, la personne publique accroît mécaniquement sa puissance de négociation au moment de la passation.

En résumé, l'offre spontanée permet l'édification d'une véritable logique gagnant-gagnant dans le cadre d'un paradigme économique renouvelé, marqué par une véritable relation public-privé et caractérisée par l'échange et la proactivité.

Cela étant, le développement d'un nouveau paradigme économique de la relation public-privé implique de clarifier et d'homogénéiser les procédures de réception et de traitement des offres spontanées. À cet égard, au titre de l'analyse préliminaire des offres spontanées, deux seuls critères d'examen devraient prévaloir : celui de la pertinence *a priori* de l'idée (un projet qui ignore la nature des besoins publics est *de facto* frappé de nullité) à charge ensuite pour la personne publique de lancer une évaluation préalable qui, dans le cadre d'une procédure normée, statuera sur sa pertinence au fond ; et celui de l'existence ou non d'un processus de réflexion interne à l'Administration et de nature à déclencher une évaluation préalable (auquel cas l'offre spontanée reçue est caduque). Bien que non contraignant, proposer un mécanisme de traitement simple, conçu par la Mission d'Appui aux Partenariats Public-Privé (maPPP), et sur lequel pourraient se fonder les personnes publiques qui le souhaitent, présenterait l'avantage de réduire sensiblement les délais de traitement des offres spontanées et de lever ainsi l'une des raisons au découragement de l'initiative privée.

La proactivité du privé dans la relation économique public-privé telle qu'encouragée par la jurisprudence constitutionnelle, s'inscrit dans le sens de l'Histoire. À charge désormais au législateur d'en prendre acte et d'adopter les inflexions normatives qui sauront accompagner cette transformation économique.

G. F.-F.

13. Force est de rappeler que les retombées économiques d'une offre spontanée n'interviennent qu'à moyen et long terme. Dès lors faire du recours à l'offre spontanée le fondement d'une véritable stratégie d'entreprise pour une PME implique toutefois que ladite PME ait préalablement pérennisé sa situation économique à court terme. Pour ce faire, la PME doit, soit développer des activités court-terme

de sorte à s'assurer les fonds de roulement nécessaires au développement d'activités moyen-terme, soit disposer d'investissements conséquents (l'un n'étant pas exclusif de l'autre). À charge également pour le décideur public de penser des mécanismes incitatifs à destination des PME proactives.