



19.3.2012

# COMMUNICATION AUX MEMBRES

(4/2012)

Objet: **Note pour le dossier: La jurisprudence de la Cour en matière de concessions**

Depuis 2000, la Cour a rendu 26 arrêts concernant, directement ou indirectement, les contrats de concessions. Plusieurs aspects et caractéristiques de ce type de contrat ont été abordés par la juridiction de l'Union, le principal aspect étant la définition même de concessions. Certains aspects auxquels doit faire face un pouvoir adjudicateur lorsqu'il décide d'attribuer une concession, comme par exemple ceux liés à la procédure d'attribution ou aux garanties juridictionnelles, n'ont pas été traités ou l'ont été d'une façon clairement insuffisante.

Après 12 ans, on peut constater que des ambiguïtés et des incertitudes fondamentales en matière d'attribution des contrats de concessions persistent et ont des graves retombées, non seulement en ce qui concerne la garantie de la libre prestation de services sous forme de concessions et la réalisation du Marché intérieur dans ce domaine, mais aussi concernant l'efficacité des provisions des directives relatives aux « marchés publics » (attribution des marchés publics comme étant des concessions).

À ce propos, il est opportun de rappeler que la Cour a considéré que le principe de sécurité juridique exige, notamment, que les règles de droit soient claires, précises et prévisibles dans leurs effets, en particulier lorsqu'elles peuvent avoir sur les individus et les entreprises des conséquences défavorables (voir, en ce sens, arrêt C-17/03, point 80).

Il y a actuellement des **ambiguïtés et des incertitudes** sur les points suivants :

- 1. Définition de concessions : degré du risque d'exploitation, types de risques pertinents, autres critères subsidiaires relatifs à la définition ;**

- 2. Extension aux concessions de certaines exemptions applicables aux marchés publics ;**
- 3. Niveau de publicité adéquate du contrat ;**
- 4. Procédure de passation : besoin d'une procédure et son contenu ;**
- 5. Durée de la concession ;**
- 6. Modifications des concessions ;**
- 7. Garanties juridictionnelles des soumissionnaires lésés.**

La proposition de directive sur l'attribution des contrats de concession apporte une réponse à ces sept types de problèmes, partiellement traités par la Cour, de façon à lever toutes les ambiguïtés et incertitudes existantes.

### ***1. Incertitude quant à la définition de concessions***

L'article 1, paragraphes 3 et 4 de la directive 2004/18/CE, définit les concessions de travaux et de services comme des contrats présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux ou de services, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou service, soit dans ce droit assorti d'un prix.

La Cour a considéré qu'on est en présence d'une concession lorsque le mode de rémunération tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation et implique que celui-ci prenne en charge le risque lié à l'exploitation des travaux ou services en question (voir arrêt C-382/05, *Commission/Italie*, point 34). Il résulte également de la jurisprudence de la Cour que l'absence de transfert au prestataire du risque lié à la prestation de services indique que l'opération visée constitue un marché public et non une concession (voir, en ce sens, l'arrêt *Contse*, C-234/03).

Il faut rappeler que les concessions et les marchés publics sont soumis à des règles distinctes pour leur attribution : les principes du Traité (égalité, transparence) pour les concessions de services et les concessions de travaux dans les secteurs « spéciaux » (ceux définis dans la directive 2004/17/CE) et quelques règles générales pour les concessions de travaux dans le secteur « classique » (directive 2004/18/CE). En revanche, l'attribution des marchés publics est soumise aux règles détaillées des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE.

Il s'ensuit que la qualification d'un contrat comme concession ou comme marché public a des conséquences fondamentales quant à la légalité du régime à suivre pour son attribution. En outre, le caractère général des principes du Traité applicables aux concessions posent de lourds problèmes quant à la conformité du régime de passation retenu avec le droit de l'Union.

#### **1.1. Le degré du risque qui doit être transféré**

Il ressort de la jurisprudence de la Cour que le risque d'exploitation à transférer au concessionnaire constitue une condition indispensable de la définition de concession et qu'aux fins de la qualification d'un contrat comme étant une concession il ne faut pas exiger le transfert de la totalité du risque existant vers le concessionnaire. Toutefois, le degré ou le

niveau du risque qui doit être nécessairement transféré a fait l'objet de plusieurs arrêts de la Cour qui semblent être difficilement conciliables entre eux, voire incohérents.

La Cour a fait référence **au critère du risque** d'exploitation pour la première fois dans l'arrêt *Parking Brixen* (C-458/03, point 40), où elle a considéré qu'une rétribution des services par des tiers impliquait la prise en charge du **risque d'exploitation** par le concessionnaire.

Dans l'arrêt *Helmut Müller* (C-451/08, point 75), la Cour a constaté que "l'essence de la concession réside dans le fait que le concessionnaire supporte lui-même **le risque économique principal ou, en tout cas, substantiel, lié à l'exploitation**". Dans l'arrêt *Oymanns* (C-300/07, points 73 à 75), la Cour a **parlé d'un risque considérable ou prépondérant lié à l'exploitation des activités en question**, élément qui caractérise la situation d'un concessionnaire dans le cadre d'une concession de services. Dans ce dernier cas, la Cour a clairement établi que **le risque pris en charge ne peut pas être "réduit"**. En effet, même si, dans le cas d'espèce, le concessionnaire était exposé au risque lié à la demande, ce risque n'a pas été considéré comme "prépondérant" ou "considérable", étant donné que le nombre de clients potentiels était connu à l'avance et le contractant était "déchargé du risque lié au recouvrement de sa rémunération et à l'insolvabilité de son cocontractant individuel".

**On peut donc en conclure que le concessionnaire n'assume pas le risque lié à l'exploitation des services ou des travaux si les risques encourus sont réduits et n'ont qu'un caractère accessoire dans l'économie du contrat.**

**Par contre, dans les arrêts *Eurawasser* C-206/08 et *Stadler*, C-274/09, la Cour a non seulement changé de langage, mais a aussi pris une position en rupture apparente avec les arrêts précédents.**

Ainsi, elle a annoncé qu'il "doit demeurer loisible aux pouvoirs adjudicateurs (...) d'assurer la fourniture de services au moyen d'une concession, s'ils estiment qu'il s'agit de la meilleure manière d'assurer le service public concerné, et cela **même si le risque lié à l'exploitation est très limité**". Néanmoins, "même si le risque encouru par le pouvoir adjudicateur est très limité, pour qu'il soit conclu à l'existence d'une concession de services, **il est nécessaire que le pouvoir adjudicateur transfère au concessionnaire l'intégralité ou, au moins, une partie significative du risque d'exploitation** qu'il encourt".

Donc, il semblerait qu'il ne s'agit plus **du risque** d'exploitation lui-même qui doit être considérable ou prépondérant mais **uniquement la partie de ce risque** (qui lui peut être très limité) à transférer **qui doit être significative**.

En outre, il semblerait que même dans les cas où les services concernent des activités d'utilité publique (tels que la distribution de l'eau et l'évacuation des eaux usées) et font l'objet d'une réglementation ayant pour effet de limiter les risques économiques encourus, il doit demeurer toujours loisible aux pouvoirs adjudicateurs (impossibilité de transférer des facteurs de risque exclus par cette réglementation) d'assurer la fourniture de services au moyen d'une concession, s'ils estiment qu'il s'agit de la meilleure manière d'assurer le service public concerné, et cela même si le risque lié à l'exploitation est très limité (*Eurawasser*, points 72 à 76).

Sur la base de ce qui précède, il très difficile de constater quand une exposition aux *aléas* du marché, telle que cela a été évoqué par la Cour, a lieu lorsque les risques existants sont, depuis le début, fort limitées.

Le raisonnement suivi par la Cour du point 72 au point 76 de l'arrêt *Eurawasser* semble être en contradiction manifeste avec les conclusions de l'arrêt *Norma* (C-348/10, point 55), où la Cour, après avoir analysé les modalités de droit public applicables à la prestation de services de transport a conclu que « **Au regard desdites clauses et dispositions du droit national, il ne saurait être conclu qu'une part significative du risque d'exposition aux aléas du marché soit supportée par l'adjudicataire.** »

En vue de préserver la cohérence de la jurisprudence de la Cour, il pourrait être avancé que la Cour a clarifié sa position dans certains arrêts rendus après *Eurawasser*, notamment dans l'arrêt *Stadler* où, tout en reprenant la formule utilisée dans *Eurawasser*, elle a analysé l'existence d'un risque "prépondérant ou considérable". Toutefois, il convient d'analyser la pertinence du langage employé par la Cour pour exprimer la relation entre le risque encouru par le concessionnaire et la notion d'exploitation. En effet, puisque le risque, même s'il peut être limité, doit rester lié à une possibilité réelle de perte, la référence au transfert de "l'intégralité ou, au moins, d'une partie significative du risque d'exploitation" peut être interprétée comme rendant les conditions d'accès à la forme concessive encore plus restreintes. Une telle formulation, bien qu'elle admette la possibilité de limitation du risque encouru, ne permettrait pas de limiter l'**exposition** du concessionnaire à ce risque. Autrement dit, selon la formulation précitée, le concessionnaire devrait se voir attribuer soit l'intégralité du risque soit la part significative de ce risque alors qu'un risque moindre mais couvrant une possibilité réelle de pertes suffirait, à la lumière de la jurisprudence antérieure, pour qualifier le contrat comme étant une concession.

Quant à ce qui peut être considéré comme un risque considérable ou prépondérant, nous notons que, dans l'arrêt *Stadler* (points 42 à 48), la Cour a implicitement confirmé que le risque économique devrait impliquer une possibilité de perte financière pour le concessionnaire.

## 1.2. Les types de risques déterminants pour qualifier le contrat comme concession

La notion du risque d'exploitation établie en **2005** (arrêt *Parking Brixen* précité) étant imprécise et incomplète, la Cour a essayé en **2011** d'identifier les types de risques qui pourraient l'intégrer et qui seraient, par conséquent, déterminants aux fins de qualifier un contrat comme étant une concession. Elle a donc considéré que « le risque d'exploitation économique du service doit être compris comme le risque d'exposition aux aléas du marché (...), lequel peut se traduire par le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service » (arrêt *Stadler*, point 37).

La liste susmentionnée semble correspondre plutôt à une typologie qu'à un classement complet et rigoureux des risques. En effet, la Cour n'a pas précisé si la liste des risques identifiés présentait un caractère exhaustif.

En outre, on peut douter du caractère déterminant de certains risques inclus dans cette liste comme ceux liés au recouvrement et à la solvabilité des payeurs, car ils sembleraient bien inhérents à tout type de contrat, et notamment aux marchés publics (ex. solvabilité des entreprises publiques).

### 1.3. Critères subsidiaires relatives à la définition

À travers la jurisprudence de la Cour, il apparaît clairement que le transfert du risque économique est une condition *sine qua non* pour considérer que la rémunération (de la prestation de services ou de l'exécution des travaux) est fondée sur le droit d'exploitation.

La jurisprudence de la Cour est nettement plus ambiguë, voire incertaine, quant à la **considération du mode de rémunération des services ou des travaux** (rétribution par le pouvoir adjudicateur ou par des tiers) ou en ce qui concerne **l'autonomie d'exécution dont jouit le concessionnaire** pour la qualification d'un contrat comme une étant une concession.

Quant au premier aspect, la Cour a considéré dans l'arrêt *Parking Brixen* (point 40), que **lorsque la rémunération du prestataire de services provient, non pas de l'autorité publique concernée, mais des montants versés par les tiers, cela implique « que le prestataire prend en charge le risque d'exploitation des services en question et caractérise ainsi une concession de services publics. »** Ceci a été par la suite confirmé dans les arrêts *Eurawasser* (point 59) et *Stadler* (point 25).

Toutefois, dans l'arrêt *Oymmans* où il était question de services de fourniture de chaussures orthopédiques à des tiers, la Cour a considéré qu'il n'y avait pas de risque car « le nombre d'assurés souffrant du syndrome dit du «*pied diabétique*», qui sont susceptibles de faire appel à cet opérateur économique, **est connu d'avance, de sorte qu'il peut y avoir une prévision raisonnable quant au recours à celui-ci. »**

Dans cette même ligne, la Cour a considéré, dans l'arrêt *Commission c./ Italie*, C-437/07, que le contrat devait être requalifié en marché public malgré le fait qu'une partie de la rémunération provenait de tiers.<sup>1</sup>

Par ailleurs, la Cour a analysé le risque transféré au contractant aussi dans le cas où la rémunération proviendrait en totalité du pouvoir adjudicateur (*Commission c./ Italie*, C-382/05, point 41) en admettant implicitement qu'un contrat **complètement rémunéré** par le pouvoir public **pourrait se qualifier comme une concession** lorsque il y avait un transfert du risque.<sup>2</sup>

Nous considérons qu'on ne saurait justifier l'absence d'application des règles sur les marchés publics uniquement parce que le paiement prend la forme d'une contribution de la part de tiers ou du pouvoir adjudicateur. L'application d'un régime juridique différencié pour les

---

<sup>1</sup> La Cour a notamment pris en compte le fait que le montant payé par le pouvoir adjudicateur avait été calculé de façon à assurer le paiement au concessionnaire de la partie du coût de l'ouvrage pris en charge par les tiers.

<sup>2</sup> La Cour a considéré qu'à « supposer même que le produit de la vente d'électricité puisse également s'analyser comme une contrepartie des services visés par le commissaire délégué, en raison notamment du fait que ce dernier s'engage dans les conventions litigieuses à faciliter cette vente auprès de tiers, la seule circonstance que l'opérateur serait ainsi en mesure, outre la rémunération perçue à titre onéreux dudit commissaire délégué, de tirer accessoirement certaines recettes de tiers en contrepartie de sa prestation de services ne saurait suffire à priver les conventions litigieuses de leur qualification de marché public. »

concessions est justifiée par la complexité de ce type de contrats résultant de l'exposition du concessionnaire aux *aléas* du marché et **non pas à des circonstances plutôt formelles relatives à l'identité du payeur.**

Le mode de rémunération est pertinent dans la mesure où **il peut normalement traduire l'existence d'un risque** (ex. paiement par les usagers d'un service). Néanmoins, la provenance de la rémunération des tiers n'implique pas toujours le transfert du risque.

Une autre ambiguïté est à noter en ce qui concerne **l'autonomie d'exécution dont jouit le concessionnaire** : alors que dans son arrêt *Commission c/ Italie* (C-382/05, point 44) la Cour a considéré **que n'était pas « non plus déterminante**, aux fins de qualifier un contrat de marché public ou de concession de services, **la circonstance que les prestations offertes par l'opérateur sont, le cas échéant, de nature à requérir de la part de ce dernier une importante autonomie d'exécution** », dans *Oymanns*, la Cour a par contre déclaré que « **il découle de la définition susvisée de la concession de services que celle-ci est caractérisée par une situation** dans laquelle un droit d'exploitation d'un service déterminé est transféré par un adjudicateur à un **concessionnaire, ce dernier disposant, dans le cadre du contrat conclu, d'une certaine liberté économique pour déterminer les conditions d'exploitation de ce droit** et étant ainsi, parallèlement, largement exposé aux risques liés à cette exploitation. »

Donc, apparemment, une importante autonomie d'exécution du concessionnaire concernant ses prestations ne serait pas déterminante pour qualifier un contrat de concession, néanmoins il serait indispensable qu'il jouisse d'une liberté économique pour déterminer les conditions du droit d'exploitation (en autres mots, d'une autonomie d'exécution). Toutefois, il n'est pas du tout clair si les différences dans ces deux arrêts concernent uniquement le degré d'autonomie d'exécution du concessionnaire.

Tout compte fait, il vaut probablement mieux conclure que, dans lesdits arrêts, la Cour a désigné des « critères subsidiaires » permettant de conclure que le concessionnaire a pris en charge le risque d'exploitation lié au service en cause.

## ***2. Incertitude quant à l'extension aux concessions de certaines exemptions applicables aux marchés publics.***

La Cour a confirmé à plusieurs reprises l'application de l'exception *in-house* aux concessions [voir entre autres *ANAV* (C-410/04) et *Coditel* (C-324/07)]. Cette transposition d'une exception, conçue à l'origine pour les marchés publics, a été faite sur la base de la justification que, dans ces deux cas, il n'y a pas d'appel à des entités externes pour la prestation du service et qu'il n'y a donc pas lieu d'appliquer les principes du Traité (voir arrêt *Parking Brixen*, précité, point 61).

En revanche, il n'est pas clair si d'autres exceptions aujourd'hui applicables aux marchés publics, comme par exemple celle relative aux entreprises liées (art. 23 de la Directive 2004/17/CE) ou encore l'exception relative aux concessions dans des secteurs exposés à la concurrence (art. 30 de la Directive 2004/17/CE), pourraient être élargies aux concessions. En effet, ces exceptions ont été adoptées compte tenu de la nature des marchés publics et des secteurs auxquels elles sont applicables. Or, les concessions sont des contrats distincts des marchés publics notamment en raison du transfert du droit d'exploitation au concessionnaire et de la nécessaire prise en charge par celui-ci du risque d'exploitation du service. Par conséquent des interprétations par analogie sembleraient être à exclure.

Il s'ensuit qu'une incertitude existe quant à l'application aux concessions de ces exceptions.

### 3. *Incertitude quant au niveau de publicité adéquate du contrat*

La Cour a considéré que « les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, notamment, une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique concédant de s'assurer que ces principes sont respectés. Cette obligation de transparence qui incombe à ladite autorité consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » (voir, en ce sens, arrêt *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, points 61 et 62).

Cette obligation semblerait s'appliquer uniquement aux concessions qui ont un certain intérêt transfrontalier, même si la Cour n'a pas été très cohérente sur cet aspect<sup>1</sup> (et n'a d'ailleurs pas indiqué comment évaluer l'existence d'un tel intérêt).

Toutefois, **la Cour n'a jamais défini comment déterminer le degré de publicité adéquate à une ouverture de la concession à la concurrence**<sup>2</sup>. Elle a juste indiqué que cette obligation de transparence devrait être « de nature à permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un État membre autre que celui du pouvoir adjudicateur puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci soit attribuée de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession. » (voir *Coname*, point 21).

**En l'état actuel de la jurisprudence, il n'est pas clair si l'obligation de transparence serait respectée avec la publication d'un avis dans un journal local, régional ou national ou si une publication au niveau international serait plutôt nécessaire. En outre, la Cour n'a jamais précisé si et comment le degré de publicité d'une concession peut varier en fonction de la valeur et de la nature des travaux ou services faisant l'objet du contrat.**

### 4. *Incertitude quant à l'exigence d'une procédure d'appel d'offres*

Aux termes de la jurisprudence de la Cour nous pouvons constater également une incertitude quant à la nécessité d'une procédure d'appel d'offres pour l'attribution d'une concession.

Alors que dans *Coname* (précité, point 21) et *Engelmann* (C-64/08, point 50) la Cour a considéré que l'obligation de transparence **n'impliquait pas nécessairement une obligation de procéder à un appel d'offres**, dans l'arrêt *Commission c/ Italie*, (C-260/04, point 40) elle a déclaré que « le renouvellement des 329 anciennes concessions **sans appel d'offres** empêche l'ouverture desdites concessions à la concurrence et le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication. »

---

<sup>1</sup> Voir entre autres, les arrêts *Coname*, C-231/03, point 17, *Wall*, C-91/08, point 35, et *ANAV*, points 17 to 22. Dans ce dernier, la Cour n'a pas déterminé si le contrat avait un intérêt transfrontalier.

<sup>2</sup> Par ailleurs, l'utilisation du mot "advertising" dans la version anglaise de l'arrêt *Telaustria* précité semblerait suggérer une obligation plus exigeante que le terme équivalent de "publicité" utilisé dans d'autres versions linguistiques.

La Cour est même allée plus loin et dans l'arrêt *Acoset* (C-196/08, point 60), où il était question de l'attribution d'une concession de services de distribution d'eau, elle a considéré que « les articles 43 CE, 49 CE et 86 CE ne s'opposent pas à l'attribution directe d'un service public impliquant la réalisation préalable de certains travaux, tel que celui en cause au principal, à une société à capital mixte, public et privé, spécialement créée aux fins de la fourniture de ce service et ayant un objet social unique, dans laquelle **l'associé privé est sélectionné sur appel d'offres public, après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l'offre au regard des prestations à fournir**, pourvu que **la procédure d'appel d'offres** en question soit conforme aux principes de libre concurrence, de transparence et d'égalité de traitement imposés par le traité pour les concessions. »

Donc, du moins pour certains cas, il faudrait non seulement que l'attribution de la concession se fasse sur base d'une procédure d'appel d'offres mais qu'on procède également à une vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion des soumissionnaires se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l'offre au regard des prestations à fournir.

**Sur ce point, nous ne pouvons que constater que la distance qui va d'une attribution sans appel d'offres jusqu'à l'obligation d'une mise en concurrence sur base de certains critères de sélection et d'attribution est trop large et par conséquent, créatrice d'insécurité juridique.**

#### **5. Incertitude quant à la durée de la concession**

La façon dont la Cour a abordée le sujet de la durée des concessions n'est pas non plus totalement exempte de critiques, notamment au vu de ses hésitations et insuffisances.

Dans l'affaire *Helmut Muller* (C-451/08, point 79), la Cour a considéré que « en ce qui concerne la durée des concessions, des motifs sérieux, au nombre desquels figure notamment **le maintien de la concurrence, incitent à considérer que l'attribution de concessions sans limitation de durée serait contraire à l'ordre juridique de l'Union.** »

En revanche, dans les arrêts *Engelmann* (C-64/08, point 46) et *Commission c/ Espagne* (C-323/03, point 44), la Cour a déclaré sans aucune hésitation qu'en ce qui concerne « la durée des concessions, qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'octroi de concessions d'une durée pouvant aller jusqu'à quinze ans **est de nature à gêner, voire prohiber**, l'exercice, par des opérateurs situés dans d'autres États membres, **des libertés garanties par les articles 43 CE et 49 CE et constitue dès lors une restriction** à l'exercice de ces libertés. »

La compatibilité de la durée d'une concession avec le droit de l'Union doit par conséquent être faite sur la base de la détermination de « l'existence de réglementations justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général » et qui soient propres « à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint » (*Engelmann*, point 47). À ce propos, la nécessité pour le concessionnaire de disposer d'un délai suffisamment long pour amortir les investissements exigés par l'exécution de la concession a été considérée comme une raison valable par la Cour.

Il semblerait donc que chaque fois qu'un pouvoir adjudicateur décide d'attribuer une concession impliquant l'attribution **d'un droit exclusif limitant l'exercice d'une activité, il**



**faudrait que ce contrat ainsi que sa durée soient justifiés par des raisons impérieuses d'intérêt général.**

Pourtant, il n'est pas clair si cette jurisprudence s'applique également aux concessions qui ne comportent pas d'attribution d'un droit exclusif pour l'exercice d'une activité économique (ex. concession pour la gestion d'un parking).

## **6. *Incertitude quant aux modifications des concessions***

L'approche de la Cour en matière de modification de concessions après l'attribution semblerait être trop restrictive et quelque peu inadaptée à la nature même des concessions.

**Ce n'est que en 2010 que la Cour, dans son arrêt *Wall* (précité, point 37), a élargi sa jurisprudence constante en matière de modifications des marchés publics aux concessions.**

En effet, dans son arrêt *Succhi di Frutta*, C-496/99, relatif à un marché public conclut par la Commission Européenne, la Cour avait considéré que « le pouvoir adjudicateur n'est pas (...) autorisé à altérer l'économie générale de l'adjudication en modifiant par la suite unilatéralement une des conditions essentielles de celle-ci et, en particulier, une stipulation qui, si elle avait figuré dans l'avis d'adjudication, aurait permis aux soumissionnaires de soumettre une offre substantiellement différente. »

Dans l'arrêt *Wall*, la Cour a confirmé l'applicabilité de cette jurisprudence aux concessions et est allée même plus loin en considérant que « **Un changement de sous-traitant, même lorsque la possibilité en est prévue dans le contrat, peut, dans des cas exceptionnels, constituer une telle modification de l'un des éléments essentiels du contrat de concession** lorsque le recours à un sous-traitant plutôt qu'à un autre a été, compte tenu des caractéristiques propres de la prestation en cause, un élément déterminant de la conclusion du contrat, ce qu'il appartient en tout état de cause à la juridiction de renvoi de vérifier. » (point 39).

Or, compte tenu de la longue durée moyenne des concessions, il est très courant que celles-ci incluent des clauses de changement non seulement des sous-traitants mais aussi des concessionnaires. Ces dernières doivent être conformes aux principes de transparence et d'égalité de traitement (ex. « step-in clauses »). **La jurisprudence précitée de la Cour semblerait remettre en question ces possibilités et créer, par ce biais, une insécurité juridique fondamentale.**

## **7. *Incertitude quant aux garanties juridictionnelles des soumissionnaires lésés***

Selon la jurisprudence de la Cour, en l'absence de réglementation de l'Union, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les voies de droit destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt *Unibet*, C-432/05, point 39). De telles voies ne doivent pas être moins favorables que les voies similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) (*Unibet*, précité, point 43).

Compte tenu de cette jurisprudence et étant donné certaines caractéristiques communes entre concessions et marchés publics, on pourrait imaginer que **les garanties juridictionnelles**

**octroyées par les directives « Recours » (89/665/CE et 92/13/CE) devraient aussi s'appliquer aux concessions sur base des principes d'équivalence et d'effectivité.** Toutefois ceci n'est pas clair.

En tout état de cause, on ne saurait exclure les droits de recours garantis par ces directives aux fins de déterminer la qualification d'un contrat comme étant un « marché public » ou une concession. Cependant, l'interprétation de la doctrine sur cet aspect ainsi que les pratiques nationales sont très loin d'assurer le respect de **ces droits basiques**.