



PARLEMENT EUROPÉEN

2009 - 2014

Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs

20.2.2012

DOCUMENT DE TRAVAIL

sur attribution de contrats de concession

Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs

Rapporteur: Philippe Juvin

DT\893036FR.doc

PE483.644v01-00

FR

Unie dans la diversité

FR

**PROPOSITION DE DIRECTIVE RELATIVE AUX CONTRATS DE CONCESSIONS
COM(2011)887 FINAL
COD(2011)0437**

L'attribution de concessions de travaux n'est actuellement soumise qu'à des dispositions de base de la Directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Les concessions de services sont uniquement couvertes par les principes généraux du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (libertés économiques, non-discrimination, transparence, égalité de traitement, proportionnalité, reconnaissance mutuelle). La présente proposition va de pair avec la révision des Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE sur les marchés publics actuellement en cours. Elle donnera lieu à l'adoption d'un instrument juridique distinct, réglant l'attribution des concessions de travaux et de services dans le secteur classique et le secteur des services d'utilité publique.

Dans le cadre de l'examen préliminaire de la présente proposition, ce Document vise à définir la valeur ajoutée d'une telle initiative, à déterminer le type de règles nécessaires, et à identifier les principales problématiques auxquelles le projet de rapport devra répondre.

1. Quelle valeur ajoutée?

Votre Rapporteur est convaincu de la valeur ajoutée d'une telle initiative pour quatre raisons:

- **Clarifier le cadre législatif existant.** La multiplication de la jurisprudence de la CJCE (25 arrêts depuis 2000) témoigne du flou juridique existant. Plusieurs notions doivent être précisées, bien que les positions soient moins tranchées parmi les entreprises que parmi les autorités contractantes¹ (concession, risque, distinction entre concessions de services et de travaux, entre concessions et d'autres formes de contrats - autorisations ou licences - ou entre concessions et marché publics).

- **Garantir la stabilité et la sécurité juridiques.** Les évolutions de la jurisprudence, l'absence d'application uniforme des principes du Traité et le patchwork juridique existant au sein de l'UE créent une incertitude juridique dommageable pour les différents acteurs. Si la CJCE a indiqué que les autorités contractantes devaient respecter les principes fondamentaux du Traité², elle n'a pas pour autant suffisamment clarifié ce qu'impliquaient ces derniers.

- **Soutenir l'action des autorités publiques pour le développement et la modernisation des infrastructures économiques et la promotion des services publics**

- **Stimuler la concurrence au sein de l'UE et promouvoir l'émergence d'acteurs européens** (garantie de la transparence et du caractère équitable des procédures, sanction de l'usage abusif des contrats de gré à gré). 40% des entreprises consultées en 2010 se déclarent conscientes de l'existence de tels contrats³. L'absence de règles claires mettant tous les

¹ SEC(2011) 1588 final, 20.12.2011, Annexe I B

² Affaire C-324/98, *Telaustria*, 2000

³ SEC(2011) 1588 final, 20.12.2011, Annexe I B, p. 68

candidats sur un pied d'égalité peut pénaliser les PME, réduites au rôle de sous-traitants¹. L'ouverture à la concurrence ne signifie pas pour autant une privatisation à marche forcée des services publics.

La question de *la raison d'être d'une initiative séparée des marchés publics* a été posée. Celle-ci se justifie de par la nature fondamentalement différente de la concession par rapport au marché public: transfert de responsabilité de l'autorité publique vers le concessionnaire et existence d'un risque économique lié à l'exploitation des travaux/services. La concession n'est pas une forme de marché public; ses spécificités doivent donc être prises en compte.

2. De quelles règles avons-nous besoin?

Votre Rapporteur considère que:

- la définition de la concession est fondamentale face à la pluralité des définitions nationales (délimitation du champ d'application)

- les règles sur les concessions ne doivent pas être un copié-collé de celles sur les marchés public

- les règles doivent être claires, simples et ne pas créer de bureaucratie excessive

- la liberté des pouvoirs publics de décider de la manière dont ils organisent l'exercice de leurs missions de service public doit être clairement reconnue

- le droit de négocier et de contracter des autorités publiques et des opérateurs économiques doit être respecté. Si les premières doivent se voir reconnaître une certaine marge de manœuvre et d'appréciation dans leurs choix, les seconds doivent pouvoir bénéficier de critères objectifs et transparents étant donné les contraintes temporelles et financières qu'implique la soumission d'une candidature.

- le respect des droits des soumissionnaires doit être garanti (droit de recours, confidentialité des informations, etc.)

3. Les principales problématiques

Les sections ci-dessous donnent un exposé du sujet, suivi des principales problématiques que votre Rapporteur souhaite approfondir.

a) Définition de la concession

Récurrente dans la jurisprudence de la CJCE (13 des 25 arrêts depuis 2000), la définition de la

¹ SEC(2011) 1588 final, 20.12.2011, p. 17

concession est fondamentale. La distinction concession/marché public reste imprécise au niveau européen (définition par la Directive 2004/18/CE de la concession par rapport au contrat de marché public).

→ ***Nécessité de clarifier la définition de la concession*** (niveau/type de risque, pertinence de critères plus spécifiques - ex. pourcentage du chiffre d'affaire)

→ ***Distinction entre concessions de travaux et de services; définition et régime juridique applicable aux concessions mixtes.*** La plupart des concessions de travaux incluant des concessions de services, il est difficile de déterminer de quel statut ce type de contrat relève

→ ***Clarification de la distinction entre concession et marché public*** (utilisation de termes relatifs aux marchés publics pour les concessions, ex. 'marché' pour 'contrat', 'prix' pour 'valeur', etc.)

b) Champ d'application et exclusions sectorielles

La présente proposition s'applique aux contrats dont la valeur atteint ou dépasse 5 millions d'euros (art. 5), une procédure simplifiée s'appliquant aux concessions de services de 2,5-5 millions d'euros (art. 5.2). Des exclusions (art. 8-15) et des dérogations (art.17) sont prévues.

Ex-services non-prioritaires

La suppression de la distinction existante dans les Directives 2004/18/CE et 2004/17/CE entre services prioritaires et non-prioritaires crée un certain flou quant au statut de services jusqu'à considérés comme non prioritaires, n'étant exemptés de l'application intégrale de la Directive "que les services ayant une dimension transnationale limitée" (Cons. 21).

→ ***Identification exacte des services visés***

→ ***Pertinence de la restriction de la liste des services jusqu'à présent considérés comme non-prioritaires par la Directive 2004/18/CE (Annexe II B)***

→ ***Clarification de la non-application des dispositions autres que celles relatives à la publication pour les services sociaux/autres services spécifiques (art. 17)***

Energie

Les activités liées à la gestion d'infrastructures de réseau dans le cadre de l'exercice d'un droit exclusif par l'opérateur économique (art. 8.1) sont exclues. Si cette exemption paraît pragmatique (concurrence inexistante du fait de l'octroi d'un droit exclusif par l'Etat), elle n'inclut pas les activités de fourniture d'énergie soumises à des tarifs réglementés par l'Etat selon le mode d'une péréquation tarifaire. Celle-ci repose sur des principes de solidarité sociale et territoriale (tout citoyen reçoit de l'énergie au même tarif quelle que soit sa

localisation sur le territoire national). La collectivité publique n'a pas le choix de l'opérateur.

→ *Prise en compte d'une exclusion des activités de fourniture d'énergie dont le tarif est règlementé par l'Etat*

Eau

Ce secteur cristallise de nombreuses oppositions, suscitant des craintes quant à une éventuelle privatisation "à marche forcée".

→ *Ne pas réduire la question de ce secteur à un simple débat idéologique 'pour ou contre' la privatisation*

→ *Nécessité d'affirmer la liberté des pouvoirs publics de décider de l'organisation de leurs missions de service public*

Autres exclusions

La présente proposition serait ambiguë pour d'autres secteurs (ex. services portuaires, transports publics).

→ *Nécessité de clarifier les dispositions concernées*

c) Exclusions de principe: coopération public-public et entreprise liée

Coopération verticale ('in-house')

Les concessions attribuées par un pouvoir adjudicateur/entité adjudicatrice à une autre personne morale sont exclues sous conditions: exercice sur la personne morale concernée d'un contrôle analogue à celui que le pouvoir adjudicateur/entité adjudicatrice exerce sur ses propres services; exercice pour le pouvoir adjudicateur/entité adjudicatrice d'au moins 90% des activités de la personne morale concernée; refus de toute participation privée (art. 15.1). Cette coopération verticale non prévue dans les Directives actuelles 2004/17/CE et 2004/18/CE résulte d'une codification de la jurisprudence de la CJCE (arrêt *Teckal*¹), notion par la suite étendue au contrôle conjoint exercé par plusieurs pouvoirs adjudicateurs (arrêt *Coditel*²) (art.15.3 de la présente proposition).

Les principales critiques incluent le caractère inapproprié de la codification de la

¹ Affaire C-107/98, 1999

² Affaire C-324/07, 2008

jurisprudence; l'arbitraire du choix de 90% (la jurisprudence ne fait état que de la nécessité pour la personne morale concernée d'effectuer la partie "essentielle" de ses activités avec le(s) pouvoir(s) adjudicateur(s) qui la contrôle(nt)); la nécessité d'avoir une analyse au cas par cas; la perception du développement du 'in-house' comme source de concurrence déloyale entre secteurs public et privé.

Le refus de toute participation privée a aussi été critiqué, arguant de la nécessité d'évaluer l'objectif poursuivi (but commercial/industriel ou mission de service public) au-delà de l'existence même de cette participation, ou d'autoriser une participation privée minoritaire.

→ *Nécessité de reconnaître le pouvoir d'auto-organisation des pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices et d'exclure le 'in-house' du champ d'application de la Directive*

→ *Interrogation sur le choix du critère de 90% et sur les modalités de la vérification du respect de ce seuil*

→ *Nécessité de clarifier la notion d'activité exercée par la personne morale pour les pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices (nombre de contrats? chiffre d'affaire?)*

→ *Le même type de question se pose dans le cadre d'un contrôle conjoint de plusieurs pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices sur une personne morale dans les conditions du 'in-house' (art. 15.3)*

→ *Interrogation sur la pertinence du refus de toute participation privée*

Coopération horizontale

La présente proposition exclut la coopération horizontale entre autorités publiques (art. 15.4). Elle codifie la jurisprudence de la CJCE (arrêt *Hambourg*¹) en conditionnant cette exclusion à plusieurs critères (exclusion de toute participation privée; réelle coopération entre autorités publiques visant à mener "de concert" une mission de service public; intérêt public comme seul objet de l'accord).

D'autres critères cumulatifs non prévus dans la jurisprudence apparaissent, comme l'impossibilité pour les pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices de réaliser plus de 10% de leurs activités pertinentes dans le cadre de l'accord en termes de chiffres d'affaires sur le marché libre (art. 15.4c) ou l'absence de tout transfert financier entre les pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices autre que le remboursement du coût effectif des travaux, des services ou des fournitures (art. 15.4d).

→ *Nécessité d'analyser la pertinence des critères proposés notamment ceux non issus de la jurisprudence*

¹ Affaire C-480/06, 2009

→ ***Interrogation sur la notion de réalisation de la mission "de concert"*** (idée que les autorités contractantes doivent impérativement mener la mission ensemble, alors qu'il peut arriver que l'une d'entre elles la mène pour les autres)

Entreprises liées

Les concessions attribuées par une entité adjudicatrice à une entreprise liée sont exclues (art.11.3). Ceci a parfois été perçu comme une extension infondée du 'in-house' dans les secteurs spéciaux, avec l'application de critères moins sévères (critère des 80%).

→ ***Interrogation sur le fondement de cette disposition et sur les conséquences éventuelles sur l'ouverture à la concurrence***

→ ***Nécessité d'analyser l'impact de cette disposition sur les PME***

d) Garanties procédurales

Publication et transparence

Les pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices transmettent par voie électronique à la CE un avis de concession (souhait d'attribuer une concession) et un avis d'attribution (résultats de la procédure), basés sur des formulaires standards et envoyés pour publication à l'Office des publications de l'UE, préalablement à leur publication nationale. L'obligation d'avis d'attribution s'applique aussi aux concessions de services d'une valeur de 2,5 millions-5 millions d'euros (sauf services sociaux et autres services spécifiques).

→ ***Pertinence d'une telle procédure qui paraît inutilement complexe et lourde***

→ ***Pertinence de l'interdiction de publication au niveau national avant la publication au niveau européen et possibilité de prévoir un envoi simultané***

Modalités d'attribution des contrats

La présente proposition prévoit des dispositions encadrant les modalités d'attribution des contrats de concessions.

→ ***Interrogation sur le recours à la hiérarchisation et la pondération des critères.*** Si la première (art. 39.3) garantit aux soumissionnaires un cadre clair et transparent pour préparer leurs offres, la seconde (obligatoire en cas d'offre économiquement la plus avantageuse)

limite la marge d'appréciation des autorités publiques, et peut conduire au choix d'un soumissionnaire non optimal (art. 39.3 et 5)

→ *L'affirmation ferme du lien entre critères d'attribution et objet du contrat (art. 39.2) écarte la prise en compte d'autres critères pouvant s'avérer pertinents* (ex. proximité, normes sociales et environnementales)

→ *La limitation des critères pour l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 39.4) ne paraît pas pertinente* (la disposition correspondante dans la proposition révisant la Directive 2004/18/CE n'arbore pas ce caractère limitatif, art. 66).

→ *Ambigüité des dispositions sur la confidentialité des informations transmises par les soumissionnaires aux autorités contractantes*. Seules les solutions ou les informations transmises par les opérateurs économiques aux autorités contractantes à titre expressément confidentiel semblent être protégées (art. 24 et 35.5b).

e) Modalités d'exécution des contrats de concessions

Durée

La proposition de Directive définit la durée de la concession sur la base du recouvrement des investissements effectués lors de l'exploitation des travaux/services (art. 16).

→ *Nécessité de clarifier cette définition qui ne prend en compte que la phase d'exploitation des travaux/services, et non la phase d'établissement et les investissements initiaux préalables à l'exploitation*

→ *Adaptation de la définition pour inclure les concessions déjà en place, où la part d'investissement est moindre*

→ *Interrogation sur l'inclusion d'autres critères pour les concessions de services (ex. performance)*

Modification des contrats en cours

La présente proposition fonde la nécessité d'une nouvelle procédure d'attribution de concessions sur la notion de "*modification substantielle*" des dispositions du contrat en cours (art. 42).

→ *Clarification de la notion de "modification substantielle"*

→ *Détermination de critères concrets permettant de l'identifier*

Conclusion

En dépit de la levée de boucliers suscitée par la présente proposition, votre Rapporteur est convaincu de sa valeur ajoutée car elle répond au vide juridique actuel au niveau européen, seulement partiellement comblé par la jurisprudence évolutive de la CJCE.

Les dispositions finales devront répondre à des objectifs de simplification et de sécurité juridique d'une part, de respect du principe de libre administration des autorités publiques d'autre part. Si les problématiques évoquées dans ce Document sont loin d'être exhaustives, votre Rapporteur souhaite qu'une véritable réflexion soit lancée au-delà d'un simple débat idéologique 'pour ou contre' une initiative européenne sur les concessions.