

INITIATIVE DE L'UE SUR LES CONCESSIONS

QUESTIONNAIRE A L'INTENTION DES ENTREPRISES PUBLIQUES ET PRIVEES

REMIS PAR L'INSTITUT FRANÇAIS DES EXPERTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX (IFEJI)

La Commission évalue actuellement la nécessité et l'incidence d'une initiative sur les concessions¹, dans l'optique d'une amélioration du cadre légal existant. C'est dans ce contexte qu'elle a élaboré le présent questionnaire, dont le but est de tirer les enseignements de l'expérience des entreprises privées et publiques, ainsi que de leurs associations, en matière d'attribution de concessions, de connaître leur point de vue sur le fonctionnement des règles actuelles et de rassembler des propositions d'améliorations. Ce questionnaire s'inscrit dans le cadre d'une consultation plus large des parties intéressées, comprenant une consultation ouverte et deux autres questionnaires spécifiques adressés aux partenaires sociaux et aux pouvoirs adjudicateurs.

Cette initiative est bienvenue, mais il est dommage que la Commission se limite a un aspect très limité du domaine des concessions, celui de l'attribution du contrat, comme elle le précise elle-même. S'il est important de s'interroger sur les modalités d'attribution de ce type de contrat public, il convient d'observer que le sujet est bien plus large et pose des questions beaucoup plus sensibles à commencer par sa définition même. La concession est un instrument utilisé partout dans le monde ou elle recouvre des réalités juridiques parfois très différentes. A titre d'exemple, la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) l'a retenue pour son guide sur le financement privé des infrastructures publiques et en a donc fait une référence mondiale, sans toutefois la restreindre à la définition particulière qu'elle pouvait avoir dans tel ou tel pays ou régime juridique particulier. Il y a donc une acception générique du concept qu'il convient de mieux cerner avant de s'interroger sur ses modalités d'attribution.

L'objectif d'une initiative sur les concessions est de faciliter l'utilisation des concessions et de permettre une utilisation efficiente des deniers publics, tout en donnant à toutes les parties intéressées le bénéfice de la sécurité juridique et en garantissant aux opérateurs économiques la transparence et l'égalité de traitement. Cette initiative permettrait de mettre en place un marché intérieur des contrats de concession, d'améliorer l'état de la concurrence pour l'obtention de ce type de contrat et de contribuer aux objectifs stratégiques de l'Union dans le domaine des partenariats public-privé, tels qu'ils ont été exposés dans la communication de la Commission intitulée «Mobilisation des investissements privés et publics en vue d'une

¹ Selon la définition en vigueur des concessions figurant à l'article 1^{er}, paragraphes 3 et 4, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0018:FR:NOT>), les concessions sont des contrats similaires aux marchés publics, à la différence que c'est le contractant qui supporte le risque économique lié à l'exploitation ou au service concerné.

relance de l'économie et d'une transformation structurelle à long terme: développement des partenariats public-privé».

Si l'objectif de cette initiative est de faciliter l'utilisation des concessions, il est indispensable d'examiner au préalable certains aspects substantiels, et en premier lieu de comprendre et expliquer quelle est la nature de ce contrat, quelles relations particulières se nouent entre les parties au contrat, que signifie la notion d'équilibre économique ou d'équation financière, quelle est l'impact de la durée sur ces contrats à long terme, etc., afin que les partenaires publics et privés, réalisent ce que cette notion implique. Sur un plan juridique le droit des concessions de service public ne peut être réduit ni au droit des marchés publics ni au droit commun des contrats.

Conformément aux dispositions du traité de Lisbonne, et notamment au principe de proportionnalité, et en tenant dûment compte des orientations de la stratégie «Mieux légiférer» et du rapport du Parlement européen sur l'évolution de la passation de marchés publics [2009/2175(INI)], la Commission s'efforcera de trouver la façon plus appropriée de réaliser les objectifs précités, sans rendre le cadre légal trop complexe ni imposer de trop lourdes contraintes, mais en assurant toute la sécurité juridique nécessaire.

0.a. Type d'organisation

- Entreprise privée
- Société à capital mixte
- Entreprise publique
- **Association professionnelle : L'IFEJI, créée en 2002 à l'initiative du Barreau de Paris et du Ministère des Affaires Etrangères français, est en relation permanente avec le Barreau de Paris, le monde l'entreprise et les hautes administrations. Son rôle est d'identifier les experts juridiques français spécialisé dans le droit des affaires et le droit économique à l'international et de les certifier après évaluation : l'IFEJI représente ainsi une partie importante de l'expertise juridique internationale de tradition droit civil et les experts appartiennent non seulement au monde des avocats mais également des administration et entreprise.**

0.b Etendue des activités

- Locale/ Régionale
- Nationale
- Europe
- International, au-delà de l'Europe: l'IFEJI travaille notamment avec l'International Bar association (IBA) et la Banque Mondiale.
- **L'IFEJI a créé et anime depuis plus de cinq ans un groupe de travail international sur les PPP et en focalisant sur les concessions : le groupe a organisé divers réunions et séminaires en France et à l'étranger sur le thème PPP et Concession. En annexe vous trouverez une brochure de présentation de l'IFEJI.**

0.c Taille

Si vous répondez en tant qu'entreprise:

- Nombre de personnes employées et
- Chiffre d'affaires lors des 3 dernières années?

Si vous répondez en tant qu'association professionnelle ou sectorielle:

- **Nombre de membres et étendue géographique de vos membres : 150 experts intervenant régulièrement dans le monde entier, mais principalement dans les pays de tradition de droit civil.**
- **Nombre total d'employés des entreprises et clients des membres de votre association : plusieurs centaines de milliers.**
- **Chiffre d'affaires agrégé des entreprises et clients des membres de notre association: plusieurs dizaines de milliards d'Euros**

0.d Secteur(s) dans lequel/lesquels votre entreprise opère?

L'IFEJI est très active soit en tant qu'institution soit à travers l'activité au quotidien de ses experts en tant que conseils des Autorités concédantes ou des entreprises dans tous les secteurs de concessions de services publics de toute nature et notamment ceux dont la délivrance peut être assurée par recours au modèle concessif.

- Distribution d'eau
- Traitement des eaux usées
- Traitement des déchets
- Services d'approvisionnement en énergie ou en chauffage
- Transports (chemin de fer, tramway, autobus, systèmes automatisés, câble)
- Services portuaires
- Services aéroportuaires
- Services de santé
- Exploitation de routes et autoroutes
- Équipements sportifs et de loisirs (administration de salles de sport, de bibliothèques)
- Services de restauration
- Services de parcs de stationnement
- Systèmes judiciaires (administration de tribunaux ou de d'établissements pénitentiaires)
- Autres : stades, port de plaisance, services publics urbains

0.e Pays où votre entreprise est basée

Les membres de notre association travaillent directement ou conseillent de nombreuses entreprises et Etats.

AT	BE	BG	CY	CZ	DE	DK	EE	EL	ES	FI	FR	HU	IE	IT	LT
LU	LV	MT	NL	PL	PT	RO	SE	SI	SK	UK		IS	LI	NO	CH

0.f Expérience avec les concessions

- Votre entreprise est-elle concessionnaire à l'heure actuelle? **NA**
- Votre entreprise a-t-elle déjà participé à une procédure d'attribution d'une concession dans un autre Etat membre de l'UE que celui où votre entreprise est basée? Si tel n'a pas été le cas, veuillez en indiquer les raisons. **NA**

L'IFEJI travaille étroitement avec les Etats et Organisations internationales pour contribuer à évoluer les conditions de succès des concessions, échanger sur les forums et l'IFEJI participe notamment à la préparation d'une chaîne d'indicateurs pour mesurer les projets de concessions et autres PPP.

Ce travail est réalisé en relation avec la Confédération Internationale des Associations de Contractors (CICA), International Bar Association (IBA) et la Banque Mondiale.

En outre, ses membres participent à de nombreuses concessions. Ils conseillent les organisations internationales, les Etats (amélioration de leur réglementation), les entreprises et les banques, que ce soit au niveau de la préparation, de l'attribution, de la réalisation ou de l'adaptation des contrats de concession, et pour la prévention des règlements des différends.

Analyse de la situation actuelle

1. Quel est selon vous le poids économique des concessions sur les marchés où s'exercent actuellement vos activités où que vous connaissez (nombre de contrats et leur valeur)? Quel est selon vous leur potentiel de croissance? Veuillez répondre séparément pour chaque marché concerné.

Le poids des concessions est important. Ainsi, rien que pour la France, le nombre de concessions se situe entre 5 et 8.000, ce qui correspond en valeur, à près de mille milliards d'euros en termes d'investissements. Le domaine des contrats de concessions offre incontestablement un très grand potentiel de croissance partout dans le monde et en particuliers dans les pays en développement mais à la condition expresse que le cadre institutionnel et juridique soit préalablement adapté à cette relation qui est encore très mal connue dans le monde (aussi bien de la part du secteur privé que public).

2. Connaissez-vous la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de définition et attribution des concessions? Pensez-vous qu'elle apporte suffisamment de précisions quant aux droits et garanties que vous confère le droit de l'UE en ce qui concerne l'attribution de concessions dans les Etats membres de l'UE où vous opérez et/ou que vous connaissez (veuillez préciser l'Etat membre de l'UE et

si vous en citez plus d'un, veuillez répondre séparément pour chaque Etat membre)?
Veuillez préciser.

Oui, l'IFEJI connaît bien la jurisprudence mais considère que la définition actuelle de l'Europe reste très insuffisante et que les dispositions sur les concessions de travaux ajoutent à la confusion. L'expérience révèle qu'un système basé sur les principes de la loi « Sapin » en France serait beaucoup plus sécurisant pour atteindre les objectifs du traité à la satisfaction du plus grand nombre. Au vu de son champ de retour d'expérience qui est de loin le plus important dans le monde le système français mériterait ainsi d'être mieux connu et analysé afin d'inspirer utilement la réglementation européenne sur certains points et d'éviter des erreurs sur d'autres.

3. La Commission a expliqué la définition des concessions et l'application des principes du traité à l'octroi de concessions dans sa communication sur les concessions² et dans le livre vert sur les PPP³.

Le Livre vert sur les PPP n'est pas assez précis conceptuellement dans la définition des concessions, et les critères de destination avec les marchés publics restent trop flous.

Il ne faut pas aborder les problèmes sous le seul angle du droit de la concurrence. Ce qui est primordial dans un contrat de concession, c'est la préparation en amont d'un projet de qualité et des critères de choix et une méthode de sélection qui garantisse au mieux la qualité du service sur le long terme et son adaptabilité.

A cet égard, les concepts de dialogue compétitif, négociation compétitive de négociation en tunnel suffisamment développés et encadrés représentent des conditions importantes pour le succès des concessions.

Les indications que la Commission vous paraissent-elles suffisantes pour garantir un accès égale à l'octroi de concessions dans les États membres où s'exercent actuellement vos activités ou que vous connaissez

Veuillez préciser l'Etat membre de l'UE et si vous en citez plus d'un, veuillez répondre séparément pour chaque Etat membre. Veuillez développer votre réponse. (Non, voir ci-dessus).

Oui, dans le principe au plan formel sachant que dans la réalité un concessionnaire rend en général un service public local.

4. Existe-t-il selon vous des barrières à l'entrée des marchés de concession dans les États membres de l'UE? Dans l'affirmative, veuillez préciser lesquelles et expliquer.

Les barrières existent de facto, surtout pour les concessions qui organisent des services publics de proximité qui nécessitent des relations quotidiennes de partenariat basé sur la culture locale.

² «Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire», JO C 121 du 29.4.2000, p. 2. ([http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000Y0429\(01\):FR:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000Y0429(01):FR:NOT))

³ «Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions», COM(2004) 327 final. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004DC0327:FR:NOT>)

5. Veuillez décrire les pratiques en matière de publication pour l'attribution de concessions de services dans les États membres où s'exercent actuellement vos activités ou que vous connaissez (veuillez préciser l'Etat membre de l'UE et si vous en citez plus d'un, veuillez répondre séparément pour chaque Etat membre).

Veuillez notamment indiquer: à quel niveau s'effectue la publication

- a. Local,
- b. Regional,
- c. National,
- d. International

Quelles sont les informations exigées dans l'appel d'offres?

France Loi Sapin

- Nom et point de contact du pouvoir adjudicateur
- Nature, étendue et valeur des services et travaux complémentaires
- Délais pour la soumission des offres
- Capacité technique, juridique et financière des soumissionnaires
- Choix de la procédure d'attribution
- Critères d'attribution
- Nom et adresse de l'organisme de recours ou, le cas échéant, de conciliation.

Quels secteurs sont-ils concernés (cf. point 0d) – veuillez répondre séparément pour chaque Etat membre concerné :

Délégation de Service Public avec paiement par les usagers.

6. Avez-vous connaissance de pratiques d'attribution directe de concessions dans l'UE? Dans l'affirmative, veuillez si possible fournir des exemples concrets.

Ces cas sont prévus dans des termes similaires dans la plupart des systèmes juridiques nationaux et des normes internationales. En France cela reste très exceptionnel à la différence sans doute d'autres pays (La Loi Sapin régule en profondeur la situation en France). Un exemple en France d'attribution « directe » (étant entendu comme le résultat d'une offre spontanée ou « unsolicited offer », et non d'un appel d'offres) est l'autoroute A86 dans la Région Parisienne.

7. Considérez-vous que les pratiques en matière de publication pour l'attribution de concessions de services dans les États membres de l'UE où s'exercent vos activités ou qui vous sont connus, sont habituellement équitables et transparentes et assurent un véritable accès au marché?

L'information est-elle facilement accessible à un opérateur économique d'un autre pays de l'UE dès lors qu'il fait preuve d'une vigilance normale? Veuillez répondre séparément pour chaque Etat membre concerné.

Pas de problème pour la France

8. Si vous estimez qu'il n'y a pas de règles claires au niveau de l'UE concernant

- la publication (en cas de concession de services) et
- la procédure d'attribution des concessions

Cet état de choses entraîne-t-il pour les opérateurs économiques de l'UE des surcoûts (liés par exemple à la rémunération de conseillers juridiques ou de sources d'information payantes)? Dans l'affirmative, veuillez préciser lesquels, pour chacun des points ci-dessus.

9. Considérez-vous que la diversité des règles et des pratiques nationales concernant l'attribution de concessions soit un obstacle à la prestation transfrontalière de services? Entraîne-t-elle des surcoûts et des formalités administratives complémentaires? Veuillez préciser lesquels.

Non.

10. Pouvez-vous donner une estimation du nombre moyen de soumissionnaires dans les procédures d'attribution de concessions de services auxquelles vous avez participé? Y avait-il des soumissionnaires d'autres États membres?

3 à 5 - Oui

11. D'après votre expérience, quelles sont les procédures normalement utilisées pour l'attribution de concessions dans les États membres où s'exercent actuellement vos activités ou que vous connaissez? Veuillez répondre séparément pour chaque État membre concerné.

Préqualification, appel d'offre, négociation compétitive, meilleure offre.

12. Quelles sont selon vous les caractéristiques essentielles d'une procédure d'adjudication de concession équitable et transparente (par exemple du point de vue des spécifications techniques, des critères de sélection ou d'attribution, de la négociation)?

Faisabilité et business plan de qualité préparé par l'Autorité Concédante, justification du choix de la Concession par rapport à un Marché Public ou Publication de spécifications fonctionnelles, Offre basée sur les critères de réalisation et d'adaptation du service, Négociation compétitive et transparente en tunnel.

13. Selon vous, les procédures d'attribution auxquelles vous avez participé dans les États membres de l'UE, étaient-elles généralement équitables et transparentes? Veuillez répondre séparément pour chaque État membre concerné.

Oui, en ce qui concerne la France. L'IFEJI observe de manière générale que les choses se passent assez bien lorsque les États sont dotés d'une réglementation adaptée. Les États n'ayant pas encore de réglementation pourraient utilement s'inspirer des expériences déjà éprouvées et la France est un exemple.

14. Parmi les caractéristiques essentielles que vous avez mentionnées dans votre réponse à la question n° 12, lesquelles étaient absentes?

Dans les États membres où s'exercent actuellement vos activités ou que vous connaissez, quelle est la durée moyenne des concessions de services dans votre secteur d'activité? Quelle influence cette durée (longue ou courte) a sur la concurrence pour ces contrats? Veuillez répondre séparément pour chaque Etat membre concerné. De 10

De 10 à 50 ans : la durée est liée à la durée de l'amortissement des immobilisations créées.

~~16.~~15. Avez-vous déjà contesté la décision d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice concernant l'attribution d'une concession de services? Dans la négative, pour quelle raison?

Oui

16. Considérez-vous que le système de recours prévu dans l'État membre concerné pour les concessions de services permettait de remettre effectivement en cause les décisions du pouvoir adjudicateur?

Oui

17. Vous paraît-il difficile de faire la distinction entre marchés publics et concessions⁴? Dans l'affirmative, veuillez expliquer pourquoi, en vous basant sur les réponses suivantes.

- a) Difficulté de définir ce qui constitue une part «substantielle» ou «significative» du risque d'exploitation
- b) Incertitude sur les catégories de risques à prendre en considération à cet effet
- c) Incertitude quant au pourcentage de la contrepartie pouvant être pris en charge par le pouvoir adjudicateur
- c) Autres raisons (veuillez préciser).

D'après l'expérience que nous en avons en France, il ne nous paraît pas difficile de faire la distinction entre marchés publics et concessions, dans la mesure où ces critères respectivement appliqués aux contrats de marchés publics et aux contrats de concession devront être tout à fait distincts parce que différents. Ceci étant, il y a à la marge des situations de recouvrement qu'il est assez facile d'éviter avec une bonne réglementation

18. Quels sont selon vous les inconvénients et les problèmes pratiques éventuellement liés à la définition actuelle des concessions en droit de l'UE⁵?

⁴ Aux termes de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Helmut Müller* (C-451/08), «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».

Les chevauchements de définitions conduisent à un risque de requalification du contrat. La définition ne peut être suffisante par elle-même. Pour que les Concessions réussissent, il faut des équilibres juridiques et contractuels eux-mêmes basés sur des principes fondamentaux que la réglementation européenne ne connaît pas encore. L'objet d'un Marché Public est radicalement différent de celui d'une concession, puisque dans une vraie concession de service public l'Autorité Publique ne paie pas de prix et du fait que ce qui compte avant tout est la satisfaction des usagers pour un service de qualité, abordable et adapté.

19. Avez-vous connaissance de marchés publics qui auraient été attribués sous le régime de la concession afin de contourner certaines dispositions de droit de l'UE ou de droit national, relatives aux marchés publics? Dans l'affirmative, veuillez, dans la mesure du possible, fournir des exemples concrets.

Le flou actuel est source d'une grande insécurité juridique que ne connaît pas la France et ce flou engendre des tentations de détournement de procédure.

20. Vous semble-t-il difficile de faire la distinction, au regard du droit de l'UE, entre les concessions publiques et les systèmes de licence ou d'autorisation? Veuillez expliquer pourquoi, si possible en donnant des exemples.

Concession veut dire à notre sens délégation de service public, qui est l'essence même du partenariat public/privé ou chacun possède des droits et des obligations : licence et autorisation sont très éloignés de ces principes puisque essentiellement unilatéraux.

21. Avez-vous eu connaissance, dans le cadre des procédures d'adjudication auxquelles vous avez participé, de comportements de soumissionnaires ou de structures de marché qui restreignaient la concurrence entre les soumissionnaires (notamment collusion ou autres pratiques de concurrence déloyale, oligopoles etc.) Veuillez expliquer?

Oui, souvent

22. Comment évaluez-vous les dispositions de la Directive 2004/18/CE ⁶ sur les concessions de travaux (en particulier pour ce qui est de la publicité, des délais, de l'attribution des travaux complémentaires et de la sous-traitance)? Plus particulièrement:

La Directive 2004/18/CE sur les concessions de travaux est pertinente pour les travaux de construction d'immeuble et de certains travaux publics avec une rémunération par paiement différé ; son champ d'application doit rester juridiquement restreint à ces situations.

Cette directive doit faire d'autant plus l'objet d'une application très restrictive que, au-delà du fait qu'elle conduit à des délais supplémentaires, elle constitue

⁵ Voir art. 1(3) et (4) de la directive 2004/18/CE 2004/18/CE

⁶ cf. Articles 56 to 65 de la Directive 2004/18/CE. L'attribution de contrats de concessions de services n'est pas couverte par les dispositions de cette directive (mis à part la définition elle-même, reprise à l'article 1 (4)).

une source de confusion importante, sans apporter de garanties supplémentaires. En outre, il doit être rappelé que la mise en concurrence en aval, après une mise en concurrence en amont, risque de conduire à une immixtion de la Puissance publique, cela alors même que le double niveau de concurrence ne fonctionne pas et qu'il reste en contradiction avec le principe de la prise de risques par le concessionnaire. L'extension du principe de cette directive conduirait donc à l'inverse de l'effet utile recherché.

- a) Garantissent-elles un degré suffisant de transparence et d'égalité de traitement dans l'attribution?

Non

- b) Garantissent-elles un degré suffisant de clarté juridique?

Non

- c) Ces dispositions génèrent-elles des coûts importants? Si oui, quels types de coûts (coûts liés à l'application de la réglementation?) et quelle est leur importance par rapport à la valeur du contrat?

Oui

- d) Quels sont les avantages de ces dispositions?

- e) Quel est l'impact de ces dispositions sur les prix et sur la qualité ?

Cette directive est pour l'essentiel un marché public déguisé et se rapproche des contrats de construction avec le crédit acheteur. Elle ne contient aucun des ingrédients caractéristiques des concessions de service public ou l'essentiel est de rendre service aux usagers en étant rémunérés par eux.

Effets attendus de la nouvelle législation sur les concessions

Questions d'ordre général

23. Quelles seraient les conséquences, dans le ou les État(s) membre(s) que vous connaissez, d'une nouvelle législation prévoyant la publicité obligatoire, au niveau européen, des concessions de services, du point de vue:

- a) des consommateurs;

Sans doute aucune. Sur les usagers peut être !

- b) des entreprises ;

Cela pourrait être positif si cela entraînait une incitation et une émulation entre les opérateurs.

- c) opérateurs historiques ;

Sans doute positifs.

- d) des emplois et des salaires ;

Très indirectement.

e) de l'investissement et de l'innovation ;

Attention à ne pas l'étouffer en introduisant les offres anormalement basses d'opérateurs non crédibles dissuadant de ce fait les opérateurs compétents de candidater, ou encore en restreignant au-delà de ce qui est nécessaire la possibilité de faire des offres spontanées.

f) de la structure du marché ;

Voir réponse ci-dessus.

g) des subventions publiques (liées à la fourniture du service) ;

En matière d'infrastructure de transport, peu d'entre elles sont rentables au point de n'avoir pas besoin de subventions publiques.

24. En vertu de la législation de l'UE, les pouvoirs publics sont libres de fournir directement des services (dont les services d'intérêt économique général) ou d'en déléguer la fourniture à des tiers (notamment au moyen de concessions). Sans préjudice de cette liberté, quel pourrait être l'impact éventuel d'une nouvelle législation prévoyant la publicité obligatoire des concessions, au niveau européen, sur les services qui sont actuellement:

Pas d'impact particulier puisque la liberté de déléguer n'est pas elle-même encadrée par des procédures de mise en concurrence et de choix adaptés au particularisme des concessions de service public.

a) directement fournis par les pouvoirs publics ou par des entités publiques agissant en quasi-régie – prestataires internes ("in-house")⁷, notamment en termes d'incitation à recourir aux concessions?

b) fournis dans le cadre de concessions, notamment en termes d'incitation à recourir à la prestation directe de services par l'administration ou par des entités publiques agissant en quasi-régie – prestataires internes ("in-house")?

25. En cas d'une nouvelle législation prévoyant la publicité obligatoire, au niveau européen, des concessions de services, vous attendez-vous à voir arriver de nouveaux entrants sur le marché?

Non, pas vraiment. La question de la publicité reste très secondaire pour le succès équitable des concessions par rapport à l'essentiel qui se situe au niveau des conditions de préparation des projets, de mise en compétition, de choix éclairés et de conditions juridiques et contractuelles adaptées à ce type de partenariat public/privé.

⁷ La Cour de justice a précisé dans l'arrêt *Teckal* (C-107/98) les conditions constitutives d'une telle situation (procédure dite «in house»).

Dans l'affirmative, veuillez indiquer, parmi les catégories d'entreprises suivantes, celles qui vous paraissent le plus susceptibles de pénétrer le marché:

- a) Entreprises étrangères (non nationales)
- b) Entreprises nationales souhaitant étendre leurs activités à de nouveaux secteurs commerciaux (par exemple: entreprises polyvalentes)
- c) Entreprises communes entre entreprises nationales et étrangères
- d) Petites et moyennes entreprises

Questions spécifiques

26. En ce qui concerne les concessions de service, seriez-vous favorable à des règles de l'UE prévoyant:

- a) l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de publier un avis de concession au *Journal officiel de l'Union européenne*? Quels devraient être les seuils de publication et selon quelle méthode devraient-ils être calculés?

Cela peut-être une bonne chose, au-dessus de certains seuils.

- b) l'obligation de respecter des délais minimaux pour la présentation des demandes de concession (pas moins de 52 jours, par exemple)?

L'obligation de respecter des délais minimaux reste essentielle.

- c) l'obligation pour un concessionnaire de respecter le principe de non-discrimination lors de la sélection de sous-traitants (si possible, veuillez également donner votre avis sur les dispositions pertinentes actuellement applicables aux concessionnaires de travaux)⁸?

Ce n'est pas opportun et le plus souvent contre-productif au détriment de l'Autorité concédante ; ~~ceci relève des Etats membre, pour autant qu'ils légifèrent.~~

- d) la possibilité de confier directement des services complémentaires au concessionnaire initial, mais uniquement si ces services, à la suite d'une circonstance imprévue, sont devenus nécessaires à la fourniture des services visés par la concession initiale et ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés des services initiaux, ou sont strictement nécessaires à leur fourniture?

Ce n'est pas opportun ; ceci relève des Etats membres, pour autant qu'ils légifèrent.

- e) la possibilité pour un pouvoir adjudicateur d'exiger du concessionnaire qu'il sous-traite au moins 30 % des services à des

⁸ Voir, en particulier, titre III, chapitres II-III de la directive 2004/18/CE

tiers, ou qu'il précise le pourcentage de services qu'il entend soustraire à des tiers?

Ceci est à proscrire car cela entraînerait des effets anti-concurrentiels.

- f) la mise en place, pour les soumissionnaires lésés, de voies de recours efficaces présentant les mêmes garanties que celles prévues par les directives sur les recours⁹?

Oui, et ces voies de recours doivent être efficaces.

Pour chacune des options ci-dessus, veuillez expliquer votre position et indiquer quelles en seraient selon vous les conséquences sur l'accès au marché et la concurrence dans le secteur, ainsi que leurs conséquences positives/négatives dans d'autres domaines (innovation, satisfaction des consommateurs, viabilité des services, subventions publiques, emploi, etc.).

27. En ce qui concerne les concessions de services et les concessions de travaux publics, seriez-vous favorable à des règles de l'UE prévoyant:

- g) l'obligation d'annoncer clairement des critères de sélection se limitant à la capacité financière, économique et technique des soumissionnaires? Veuillez justifier votre réponse en indiquant les effets éventuels d'une telle mesure sur l'accès au marché et la concurrence dans le secteur, ainsi que ses conséquences positives/négatives dans d'autres domaines (innovation, satisfaction des consommateurs, viabilité des services, subventions publiques, emploi, etc.);

On ne comprend pas la distinction entre concession de travaux publics et de service qui est source de confusion dans notre expérience. Les critères de pré-sélection restent essentiels et la réglementation française et sa pratique est un champ d'expérience important à analyser.

- h) la possibilité pour un opérateur de l'UE (par exemple une PME) de se prévaloir, en particulier, de la situation d'autres entités, quelle que soit la nature juridique de ses liens avec celles-ci (autres membres d'un consortium, sous-traitants), en vue de prouver qu'il remplit les critères de sélection pour participer à une procédure

⁹ Directive [2007/66/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32007L0066:FR:NOT>), Directive [92/13/CEE](#) du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0013:FR:NOT>), Directive [89/665/CEE](#) du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0665:FR:NOT>)

d'adjudication, dès lors qu'il peut démontrer que les ressources de ces entités sont effectivement à sa disposition?

Il importe de ne pas négliger la batterie de critères de pré-sélection au rang desquels, dans le cadre d'une concession, doivent également figurer;
- le critère de capacité à rendre le service, partant de l'expérience ;
- le critère de capacité à s'adapter sur le long terme.

- i) l'obligation de limiter les critères d'attribution recevables au prix le plus bas et à l'offre économiquement la plus avantageuse? À défaut, seriez-vous favorable à l'instauration de garanties minimales d'objectivité et de non-discrimination pour la définition des critères d'attribution?

A écarter ; ce critère de prix, exclusivement applicable aux marchés publics, n'est pas adapté aux concessions. La première raison évidente est que pour les concessions de service public, il n'existe le plus souvent pas de prix à payer pour l'autorité publique.

- j) des dispositions sur l'utilisation non discriminatoire de spécifications techniques, comme à l'article 23 de la directive 2004/18/CE, par exemple?
- k) la limitation (à l'exception du secteur des services d'utilité publique) du choix des procédures à la procédure ouverte, à la procédure restreinte ou à la procédure de dialogue compétitif, telles que décrites dans la directive 2004/18/CE, et le recours à la procédure négociée uniquement dans des cas exceptionnels, tels que ceux actuellement prévus par l'article 30 de la directive 2004/18/CE?

À défaut, seriez-vous favorable à l'instauration d'exigences minimales portant sur des standards et des modalités qui garantissent l'égalité de traitement et la transparence dans la conduite des procédures d'attribution (notamment des procédures négociées)? Quelles exigences vous sembleraient les plus appropriées?

Pour chacune des options ci-dessus, veuillez expliquer votre position et indiquer quelles en seraient selon vous les conséquences sur l'accès au marché et la concurrence dans le secteur, ainsi que leurs conséquences positives/négatives dans d'autres domaines (innovation, satisfaction des consommateurs, viabilité des services, subventions publiques, emploi, etc.).

28. Considérez vous que le cadre légal actuel relatif aux modifications de concessions, tel qu'établi par la Cour de justice de l'Union européenne dans ses arrêts *Succhi di Frutta*, *Pressetext*, *Acaset* et *Wall AG*¹⁰, est suffisamment clair et permet de tenir compte de la nature évolutive des concessions? Veuillez préciser votre réponse.

La jurisprudence établie sur ce sujet semble excessivement restrictive et de nature à rendre le système européen des concessions moins compétitif que ses équivalents dans le reste du monde.

¹⁰ Il s'agit, respectivement, des affaires C-496/99, C-454/06, C-196/08 et C-91/08.

D'une part, et compte tenu de l'encadrement et des contraintes d'ores et déjà existantes dans la procédure de mise en concurrence des concessions, le risque de détournement de procédure consistant à choisir un concessionnaire initial qui serait en réalité un faux-nez, et dont l'objectif serait de gagner l'appel d'offre pour céder ensuite le contrat à une autre entité externe doit être regardé comme minime, et s'apparentant plus à une fraude délibérée qu'à une pratique malheureuse ou déviante de la vie des affaires.

D'autre part et surtout, l'état de la jurisprudence actuelle a pour conséquence directe de renchérir le coût du financement privé de ces projets concessifs, en privant les prêteurs d'un mécanisme standard permettant d'augmenter la « bancabilité » d'un projet, en l'espèce celui du droit de substitution ou « *step-in right* » classiquement utilisé en matière de financement de projet.

Dans ces hypothèses de scénario catastrophe, les prêteurs et les personnes publiques sont en effet désireuses de pouvoir sauver, si c'est encore possible, la concession, et donc le service d'intérêt général qu'elle assure, en confiant les rênes du contrat aux prêteurs afin qu'il tente de substituer au concessionnaire défaillant un opérateur diligent et qualifié.

Le contrat initial ne se trouve en aucun cas substantiellement modifié, et il est de l'intérêt général de préserver l'existence d'un service public ayant déjà fait l'objet d'une mise en concurrence.

29. Si vous avez eu d'autres expériences liées à l'attribution de concessions autres que celles relevées dans les questions précédentes, ou si vous souhaiteriez faire n'importe quelle autre remarque portant sur une initiative européenne/communautaire en matière de concessions, nous vous saurions gré de bien vouloir les décrire ci-dessous (veuillez préciser si vos commentaires concernent les concessions de travaux ou de services).

L'IFEJI tient à faire observer que, de manière générale, le système des concessions (cadre institutionnel et juridique) ne peut pas être abordé comme l'est celui des marchés publics ; les critères des marchés publics et leur typologie restent inadaptés aux contrats de concession qui s'inscrivent dans le cadre d'un vrai partenariat public/privé sur le long terme. Ceci est nécessairement basé sur un cadre institutionnel et juridique et des conditions contractuelles dont les plus pertinentes sont inconnues ou inopportunes pour les marchés publics.

Il est donc essentiel selon l'IFEJI de ne pas perdre de vue que les critères respectivement applicables aux contrats de marchés publics et aux contrats de concessions sont différents, les uns n'étant pas adaptables aux autres.