



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 20.12.2011  
SEC(2011) 1589 final

**DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION**

**RÉSUMÉ DE L'ANALYSE D'IMPACT**

*Accompagnant le document*

**PROPOSITION DE DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL  
sur l'attribution de contrats de concession**

{COM(2011) 897 final}

{SEC(2011) 1588 final}

## RÉSUMÉ

### DE L'ANALYSE D'IMPACT DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE SUR L'ATTRIBUTION DE CONTRATS DE CONCESSION

#### 1. DEFINITION DU PROBLEME

Les contrats de concession sont couramment utilisés par les pouvoirs publics pour assurer la livraison de services ou la construction d'infrastructures. Les concessions supposent un accord contractuel entre l'autorité publique et un opérateur économique (le titulaire de la concession) dans le cadre duquel ce dernier fournit des services ou effectue des travaux et est rémunéré de manière substantielle par l'autorisation qui lui est faite d'exploiter les travaux ou les services. Les concessions constituent une manière particulièrement intéressante de réaliser des projets d'intérêt public quand les autorités gouvernementales ou locales doivent mobiliser des capitaux et un savoir-faire privés afin de pallier des ressources publiques limitées. Elles sous-tendent une part importante de l'activité économique de l'UE et se rencontrent particulièrement dans les entreprises de réseau et dans la fourniture de services d'intérêt économique général. Les titulaires de concessions peuvent, par exemple, construire et gérer des autoroutes, fournir des services aéroportuaires ou exploiter des réseaux de distribution d'eau.

Les concessions impliquant des partenaires privés constituent une catégorie particulière de partenariat public-privé (PPP)<sup>1</sup>. D'après les informations disponibles, on peut affirmer que plus de 60 % de tous les contrats de PPP peuvent être classés dans la catégorie des concessions. En tant que modèle dans lequel, à titre de rémunération, le partenaire privé se voit octroyer le droit d'exploiter soit le travail soit le service, avec les risques financiers que cela comporte, les concessions constituent un cadre légal pratique pour la réalisation de travaux publics grâce aux PPP et permettent ainsi d'assurer de nombreux travaux et services publics bien nécessaires, sans que ces actifs ne figurent sur le bilan des administrations publiques.

Dès lors qu'elle implique une allocation efficace des fonds publics, la passation de contrats de concession (et, donc, indirectement de PPP) est un sujet de préoccupation dans le contexte actuel de contraintes budgétaires strictes et de difficultés économiques affectant la plupart des États membres de l'UE. L'initiative sur les concessions doit être perçue comme une mesure susceptible de contribuer à assurer une attribution plus efficace des fonds publics en créant les conditions pour une passation de marché concurrentielle.

À l'heure actuelle, l'attribution de *concessions de services* relève uniquement des principes du traité (égalité de traitement, non-discrimination, transparence et proportionnalité), alors que les *concessions de travaux* (à l'exception du secteur des services d'utilité publique) sont également partiellement couvertes par des dispositions de droit dérivé. En revanche, les contrats de passation des marchés publics relèvent du droit dérivé détaillé (portant sur les secteurs «classiques» et «services d'utilité publique»)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Aux fins de leur traitement statistique, les concessions sont définies comme des projets dont les recettes sont majoritairement générées par des tiers usagers tandis que, dans les PPP, les recettes proviennent majoritairement d'autorités publiques.

<sup>2</sup> 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, et directive 2004/17/CE du

Le manque de clarté des règles de l'UE régissant les concessions est la cause principale des problèmes mis en lumière par la situation actuelle: insécurité juridique (1.1), barrières à l'entrée (1.2.) et manque de garanties juridiques adaptées pour les soumissionnaires (1.3.).

### **1.1. Manque de sécurité juridique provoquant des inefficacités économiques**

L'insécurité juridique affecte à la fois la définition de la concession et le régime juridique applicable. La définition actuelle ne permet pas de faire facilement la distinction entre concessions et contrats publics (et également entre concessions de travaux et concessions de services). Bien que la Cour de justice ait précisé que la caractéristique essentielle d'une concession réside dans le risque inhérent à l'exploitation d'un travail ou d'un service que le concessionnaire doit prendre en charge, des éléments fondamentaux de la définition, tels que le niveau et le type de risque, ne sont toujours pas définis. En outre, le contenu précis des obligations de transparence et de non-discrimination qui découlent du traité reste imprécis. Les cadres légaux nationaux ne fournissent pas de solution au problème non plus, car, pour les mêmes raisons, leur conformité aux règles de l'UE ne peut pas être facilement assurée.

La situation actuelle d'insécurité à différents niveaux est à l'origine d'inefficacités économiques importantes et porte préjudice aux pouvoirs et entités adjudicateurs, aux acteurs économiques et aux utilisateurs des services. En effet, pour les pouvoirs et entités adjudicateurs, le manque de sécurité juridique augmente le risque d'annulation ou de résiliation anticipée de marchés passés de manière illégale et les dissuade, en fin de compte, d'avoir recours à des concessions chaque fois que ce type de marché peut s'avérer bénéfique. En outre, les acteurs économiques peuvent être moins enclins à s'engager dans des projets qui peuvent avoir été soumissionnés en violation du droit de l'UE. Un manque d'intérêt pour les concessions peut également avoir un effet négatif sur le recours aux PPP et, par conséquent, compromettre l'amélioration de l'efficacité et de l'innovation pour la fourniture de services essentiels aux citoyens de l'UE.

### **1.2. Barrières à l'entrée**

Outre l'insécurité juridique, la situation actuelle se caractérise par la présence de barrières à l'entrée sur le marché.

Les systèmes juridiques des États membres divergent grandement en ce qui concerne le champ d'application des règles visant l'attribution des concessions, le niveau de publication et les normes de transparence, le choix des procédures, les critères de sélection et d'attribution et les spécifications techniques. Cette situation favorise la fragmentation des cadres nationaux, qui est encore aggravée par des pratiques souvent illégales de la part des pouvoirs et entités adjudicateurs, telles que l'attribution directe de contrats de concession ou l'usage de critères non objectifs.

Il en résulte que les acteurs économiques se retrouvent confrontés à des conditions de concurrence inéquitables, se traduisant souvent par la perte de débouchés commerciaux. De nombreuses personnes ayant répondu aux consultations publiques ont confirmé que cette situation génère des coûts liés au conseil juridique et à la nécessité de connaître en profondeur les particularités locales et crée des obstacles à l'entrée sur le marché pour les acteurs ne faisant pas partie de l'UE. En plus du préjudice que cela porte aux concurrents situés dans d'autres États membres, les entités adjudicatrices et les consommateurs risquent d'y perdre car ils ne bénéficient pas du rapport qualité/prix qu'ils auraient pu espérer.

---

Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134, 30.4.2004).

### **1.3. Protection juridique insuffisante des soumissionnaires**

Les concessions de services, et jusqu'à un certain point les concessions de travaux, ne relèvent pas des règles établissant des voies de recours dans le domaine des marchés publics. Par conséquent, les soumissionnaires victimes d'un acte délictueux ne bénéficient pas de la protection juridique étendue fournie par la directive «Recours». Si certains États membres ont étendu l'application de cette directive aux concessions de services, d'autres ne l'ont pas fait. Par conséquent, les violations éventuelles des principes du traité de l'UE ne peuvent être correctement traitées.

## **2. SUBSIDIARITE**

Si les problèmes mentionnés plus haut produisent des effets concrets au niveau national, ils affectent également le bon fonctionnement du marché intérieur de l'UE.

Même si les États membres prenaient des mesures législatives pour établir un cadre juridique basé sur les principes du traité, au moins deux problèmes resteraient tout de même entiers: le risque de l'insécurité juridique liée aux interprétations de ces principes par les législateurs nationaux et les grandes disparités entre les législations des divers États membres.

Les États membres ne peuvent aboutir à une vision homogène des obligations découlant des principes de l'UE que par une action au niveau de l'UE. De la même manière, le rapprochement des règles par le législateur de l'UE est le meilleur moyen d'éliminer les différences entre les régimes nationaux.

## **3. OBJECTIFS**

L'objectif global de la présente initiative est de créer un cadre de soutien permettant de recourir plus largement aux concessions et, ainsi, de contribuer à la croissance économique et à l'innovation. L'initiative portera surtout sur des solutions permettant d'améliorer la qualité et l'accessibilité de nombreux services importants sur le plan social et économique en facilitant les investissements et en générant une concurrence accrue pour l'attribution de concessions, ce qui créera davantage de débouchés commerciaux pour les entreprises de l'UE et encouragera l'innovation.

## **4. CHAMP D'APPLICATION DE LA LEGISLATION**

La législation sur les concessions devrait porter non seulement sur l'attribution de ce type de marchés dans le secteur «classique» (directive 2004/18/CE), mais également dans celui des «services d'utilité publique» (directive 2004/17/CE) qui se caractérise par un nombre important de concessions.

Les services non prioritaires (par exemple la santé, l'éducation et les services sociaux) ne relèvent actuellement que partiellement des directives sur les marchés publics, ayant été considérés comme ne présentant pas un potentiel important pour le commerce transfrontalier. Toutefois, comme la Commission l'a récemment constaté à la faveur d'une évaluation des incidences et de l'efficacité de la législation de l'UE sur les marchés publics, beaucoup de catégories de services anciennement classées comme non prioritaires affichent un taux relativement élevé de prestations transfrontières. Toute proposition nouvelle dans le domaine des achats publics doit en tenir compte. Il se justifie donc d'étendre les règles envisagées à ces services. Ceci dit, les services tels que les services sociaux, la santé et l'éducation continuent

de présenter une dimension transnationale limitée, en raison du poids des traditions culturelles nationales différentes, et font moins souvent l'objet de concessions.

Les contrats de concession portant sur certains types spécifiques de services, comme les services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route (tels que visés dans le règlement 1370/2007) et les services de transport aérien (tels que visés dans le règlement 1008/2008), relèvent déjà de dispositions réglementaires spécifiques portant sur leur attribution et devraient donc être exclus du champ d'application de la future législation sur les concessions.

## **5. OPTIONS POLITIQUES**

La Commission a analysé différentes options politiques visant à répondre aux objectifs exposés dans la section précédente. Celles-ci comprennent les mesures législatives et non législatives suivantes: aucun changement de politique (statu quo), politique ciblée en matière d'infractions, législation non contraignante, législation: règles de base, règles détaillées, règles mixtes.

Seules les options législatives indiquées ci-dessus feront l'objet d'une analyse détaillée, car comme cela sera expliqué ci-dessous, ni la politique ciblée en matière d'infractions, ni l'option de législation non contraignante ne semblent pleinement adaptées pour atteindre les objectifs fixés.

### **5.1. Scénario de référence (Option 1)**

Cette option ne comporte aucune action visant à modifier le statu quo. Dans ce cas, les inefficacités économiques liées à l'insécurité juridique et aux barrières à l'entrée sur le marché des concessions de l'UE existantes subsisteraient: les pouvoirs et entités adjudicateurs manqueraient l'occasion d'obtenir le meilleur rapport qualité/prix dans l'attribution des concessions, les acteurs économiques rateraient des débouchés commerciaux importants et les avantages pour les consommateurs resteraient limités.

### **5.2. Politique ciblée en matière d'infractions (Option 2)**

Cette option consisterait à utiliser davantage et de manière plus systématique la procédure d'infraction décrite à l'article 258 du TFUE afin de régler les cas de violation des principes du traité pendant l'attribution de concessions. Si cette option s'accompagne d'effets positifs, elle ne réglerait pas, toutefois, les problèmes identifiés, et ses résultats ne pourraient se faire sentir qu'à long terme. C'est pourquoi cette option ne pourrait pas répondre aux objectifs de l'initiative et peut également être éliminée.

### **5.3. Législation non contraignante (Option 3)**

L'option de la législation non contraignante consisterait en une communication interprétative de la Commission ou en une recommandation. La communication de 2000 sur les concessions n'a pour l'instant garanti ni la sécurité juridique ni le respect des principes du traité.<sup>3</sup> Une nouvelle communication pourrait probablement sensibiliser davantage les parties prenantes à la jurisprudence de la Cour de justice, mais elle ne pourrait pas être autre chose qu'une interprétation de la jurisprudence existante. En outre, une communication n'a pas de caractère contraignant et par conséquent ne serait pas susceptible de garantir la publicité des contrats de concession dans l'UE ou l'équité des procédures appliquées pour leur attribution.

---

<sup>3</sup> Communication interprétative de la Commission sur les concessions aux termes du droit communautaire (JO C 121, 29.4.2000).

Les commentaires ci-dessus s'appliquent également à une recommandation de la Commission. Il semble donc que ni une communication ni une recommandation ne pourraient permettre d'atteindre les objectifs de cette initiative. Donc, cette option peut être éliminée.

#### **5.4. Législation – contenu des options**

Les deux options législatives «extrêmes» sont l'introduction de règles de base correspondant aux dispositions existantes pour les concessions de travaux de la directive 2004/18/CE ou de règles détaillées basées sur le cadre juridique actuel régissant les marchés publics. La troisième option, les règles mixtes, constituerait une forme de compromis entre les deux.

### **6. ANALYSE D'IMPACT DES OPTIONS LÉGISLATIVES**

#### **6.1. Champ d'application de la législation**

Une proposition de directive sur les concessions, indépendamment de son contenu réel, s'appliquerait aux concessions à la fois des secteurs «classiques» et des services d'utilité publique.

En revanche, les nouvelles règles ne s'appliqueraient pas aux concessions de services actuellement régies par le règlement sur les transports<sup>4</sup> et le règlement des services de transport aérien<sup>5</sup>, dans le but de préserver la stabilité de leurs régimes juridiques séparés, et ne s'appliqueraient que partiellement aux services sociaux. Le seuil applicable aux concessions de travaux comme aux concessions de services devrait garantir que ces règles portent uniquement sur des concessions présentant un intérêt transfrontière manifeste.

#### **6.2. Option 4: Législation – Règles de base**

Les règles de base devraient comprendre des dispositions actuellement applicables aux concessions de travaux dans les secteurs «classiques», ainsi qu'une clarification de la notion de concession.

Des critères plus précis permettant de distinguer les marchés publics des concessions pourraient contribuer à réduire le nombre de marchés publics classés à tort dans la catégorie des concessions.

La plus importante de ces règles correspond à l'obligation de publier un avis de concession dans le Journal officiel de l'Union européenne. Cette condition a pour but de réduire le nombre de passations de marché de gré à gré, de contribuer à obtenir une meilleure information sur les concessions, d'éliminer l'insécurité juridique relative au respect ou pas des normes de «publicité adaptée» et de réduire le coût des soumissions pour les PME.

Une concurrence et une contestabilité accrues peuvent être à l'origine d'offres plus compétitives et donc, se traduire par de meilleurs résultats pour les pouvoirs et entités adjudicateurs et les consommateurs.

Des dispositions relatives aux délais minimaux pour la soumission d'offres pourraient contribuer à éviter la discrimination, à combattre la corruption et à encourager la participation de soumissionnaires transfrontaliers.

---

<sup>4</sup> Règlement 1370/2007, Journal officiel de l'UE, L 315 du 3.12.2007

<sup>5</sup> Règlement 1008/2008 Journal officiel de l'UE, L 293, 31.10.2008

La législation est la seule option capable d'intégrer les procédures d'attribution de concessions de services dans le domaine des directives «Recours». Ceci devrait améliorer considérablement la protection juridique des soumissionnaires, ce qui est susceptible de renforcer leur confiance dans l'impartialité des décisions des pouvoirs et entités adjudicateurs et de les encourager à déposer plus souvent des offres.

Les règles de base pourraient également assurer une égalité de traitement tout au long de la procédure. Cependant, leur efficacité est plus aléatoire à cet égard. L'un des inconvénients possibles pourrait résider dans le fait qu'une plus grande transparence dans l'attribution des concessions risquerait d'accroître la domination des grandes entreprises. Rien ne permet toutefois d'affirmer que ce risque se vérifiera. Les parties prenantes considèrent que les coûts administratifs et de mise en conformité susceptibles d'être générés par des règles de base ont relativement peu d'importance et seraient contrebalancés par les gains d'efficacité découlant d'une concurrence accrue.

En ce qui concerne les inconvénients sociaux éventuels, la législation actuelle de l'UE sur la protection des droits des salariés dans le cas de transferts d'entreprises limite les possibilités de licenciement dans l'hypothèse où un opérateur en place perdrait un contrat.

Les règles de base n'auraient aucune incidence sur la capacité des pouvoirs ou entités adjudicateurs ou des instances réglementaires à déterminer les normes environnementales à respecter.

Les règles de base pourraient créer un cadre juridique stable, stimuler le recours aux concessions et, ainsi, encourager l'investissement et promouvoir l'innovation. Une plus grande transparence, avec pour résultat des solutions plus innovantes pour les services publics, un choix plus étendu et une efficacité renforcée desdites solutions, aurait des résultats positifs pour les pouvoirs et entités adjudicateurs et pour les usagers, faciliterait l'accès au marché et créerait de nouveaux débouchés pour les entreprises.

### **6.3. Option 5: Législation – Règles détaillées**

Les règles détaillées comprendraient toutes les solutions juridiques prévues par l'option des règles de base. Ainsi, l'incidence des règles détaillées sur la sécurité juridique serait partiellement identique à celle des règles de base. Toutefois, cette option impliquerait en plus l'application des mêmes règles que pour les marchés publics, notamment en matière de critères de sélection et d'attribution et de procédures d'attribution. C'est pourquoi, sur certains aspects, ces règles sont susceptibles de renforcer le niveau de sécurité juridique, car elles renfermeraient l'ensemble des principes du traité applicables à de nombreux aspects de la procédure d'attribution. Cependant, malgré tous les avantages attendus, l'introduction de règles détaillées peut avoir des effets pervers et réduire considérablement l'attractivité des concessions. En effet, la complexité des règles et des dispositions spécifiques (telles que l'usage obligatoire de procédures d'appel d'offres standard ou les critères de l'offre économiquement la plus avantageuse) peuvent avoir un effet dissuasif et également réduire la sécurité juridique globale, à cause d'un risque plus élevé de contentieux, décourageant ainsi finalement le recours aux concessions. De nombreuses parties prenantes considèrent la complexité des règles détaillées comme une menace importante.

L'impact économique de l'introduction des règles détaillées est donc susceptible d'être négatif, car les entreprises risqueraient de ne pas oser répondre à des appels pour des concessions, les pouvoirs et entités adjudicateurs ne parviendraient pas à recueillir les avantages escomptés, tandis que les consommateurs n'auraient pas accès à des services plus accessibles et de meilleure qualité.

L'impact sur l'emploi et la qualité des emplois risque d'être limité alors que l'impact social et environnemental global risque d'être négatif, s'accompagnant d'une baisse de l'innovation et d'une dégradation de la qualité des services.

#### **6.4. Option 6: Législation – Règles mixtes**

Néanmoins, les règles de base pourraient être utilement complétées par quelques dispositions relatives aux critères de sélection et d'attribution, ainsi que sur le déroulement des procédures. Ces dispositions ne reproduiraient pas strictement le contenu des directives sur les marchés publics (par exemple, les règles relatives à l'offre économiquement la plus avantageuse), mais comprendraient, par exemple, l'obligation de publier à l'avance les critères de sélection et d'attribution par domaine ou de respecter un délai minimum pour la remise des offres. Elles pourraient également inclure, entre autres, des règles sur les spécifications techniques, l'obligation de diffuser les mêmes informations à tous les soumissionnaires pendant les négociations, la coopération public-public et les modifications apportées aux concessions pendant leur exécution. Enfin, elles pourraient imposer la publication obligatoire de l'avis sur les marchés passés.

De telles dispositions devraient avoir un effet bénéfique sur la transparence, l'équité et la sécurité juridique, contribuant ainsi à une meilleure mise en œuvre d'un certain nombre d'objectifs de la présente initiative, notamment un meilleur accès au marché, de meilleures opportunités d'investissement et, donc, une meilleure qualité de service. En favorisant davantage le recours aux concessions que n'importe laquelle des options restantes, elles auraient également un effet favorable sur l'engagement dans les PPP. Beaucoup de parties prenantes ont appuyé l'introduction de ces règles mixtes.

Tous les effets (économiques, sociaux et environnementaux) devraient être légèrement améliorés si l'on adopte les règles mixtes plutôt que les règles de base.

### **7. COMPARAISON DES OPTIONS**

Les règles de base aussi bien que les règles mixtes sont capables d'apporter une amélioration notable à la sécurité juridique et, donc, de faciliter l'accès au marché, avec pour conséquence de meilleurs résultats pour les pouvoirs et entités adjudicateurs, les usagers et les entreprises. Les règles détaillées permettent d'obtenir de meilleurs résultats en termes d'équité des procédures, mais sont susceptibles de générer d'importants inconvénients en réduisant le recours aux concessions. Les règles mixtes semblent donner les meilleurs résultats en termes d'équité et un meilleur rapport qualité/prix mais également, du fait de leur flexibilité, pour stimuler le recours aux concessions.

Compte tenu des considérations qui précèdent, il est recommandé de choisir l'option 6 (règles mixtes), qui constitue une solution ambitieuse et globale.

### **8. SURVEILLANCE ET ÉVALUATION**

L'évaluation de la législation sera basée sur des indicateurs tels que la variation du nombre et de la valeur des concessions publiées et attribuées, le nombre de soumissionnaires et d'adjudicataires étrangers, et le pourcentage de PME parmi les soumissionnaires.