

Position

Pour une directive adaptée aux spécificités des concessions et respectueuse d'une compétition équitable entre les modes de gestion.

adoptée le 8 mars 2012

Position

En France, plus de 90% des réseaux de transport public urbain sont exploités sous la forme de concession de services¹, ce qui représente environ 140 réseaux adhérents à l'UTP et près de 6 milliards d'euros annuels de chiffres d'affaires. L'UTP est donc particulièrement attentive à toute initiative dans ce domaine et a ainsi répondu à chacune des consultations de la Commission européenne sur cette question depuis 2004.

L'UTP était réservée quant à l'intérêt d'une initiative législative sur les concessions, estimant que la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) avait déjà apporté de nombreuses solutions. Elle n'était cependant pas opposée à l'adoption d'une proposition de directive, à condition qu'elle reprenne « l'approche allégée », proposée par la Commission européenne lors de ses réflexions sur le sujet. Une certaine harmonisation des règles peut en effet être utile pour clarifier la situation existante dans certains États-membres.

L'UTP souscrit ainsi aux objectifs fixés par le projet de directive, à savoir une proposition sans contraintes excessives qui « vise à améliorer de manière fondamentale l'accès des opérateurs économiques aux marchés des concessions ». Cette ouverture est d'autant plus souhaitée qu'elle est favorable aux utilisateurs des services. En effet, les nouvelles opportunités d'accès au marché devraient permettre une réduction des coûts supportés par les utilisateurs. Le développement de la concurrence et de la compétitivité devrait également favoriser l'innovation, qui se traduirait par la mise en place de services de meilleure qualité et plus performants.

Or, la proposition de directive qui a finalement été adoptée par la Commission européenne va bien au-delà de « l'approche allégée », puisqu'elle contient 54 articles et 8 annexes, concernant

non seulement la passation des concessions, mais également leur exécution. Certains principes sont intéressants comme ceux portant sur la négociation des offres et le coût du cycle de vie. Certaines dispositions en revanche, sont très contraignantes et vont dans le sens contraire des objectifs de la Commission européenne, qui a d'ailleurs indiqué que la proposition de directive Concessions n'a pas vocation à définir un ensemble fixe de procédures d'attribution, contrairement aux directives Marchés publics, afin de laisser aux États membres la souplesse nécessaire à l'organisation d'une procédure efficace².

L'UTP tient par ailleurs à rappeler que les concessions sont des contrats par nature différents des marchés publics, qui poursuivent des objectifs distincts.

Or, l'UTP relève que même si la proposition de directive est uniquement dédiée aux concessions, de nombreuses dispositions sont directement reprises des directives Marchés publics actuelles ou des propositions de directives Marchés publics en cours de discussion. Par conséquent, de nombreuses dispositions sont inadaptées aux concessions, ce qui paraît là aussi contraire aux objectifs annoncés par la Commission, lorsqu'elle indique qu'« une législation plus détaillée, similaire aux règles en vigueur pour l'attribution des marchés publics, allait au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre les objectifs visés »³.

1. Délégation de service public en droit français
2. P.7, « Garanties procédurales »

3. P.5, « Principe de proportionnalité », §3

En outre, l'UTP relève que la rédaction de nombreuses dispositions est complexe et susceptible de donner lieu à des difficultés d'interprétation, voire de générer à termes des contentieux. Il en va ainsi, par exemple, de l'article concernant la modification des concessions. Ces difficultés devraient par ailleurs se retrouver lors de la transposition des directives dans les États-membres et sont tout à fait contraires aux objectifs de sécurité juridique poursuivis.

L'UTP regrette également que la version française comporte de nombreuses erreurs de traduction par rapport à la version anglaise. Ces erreurs entraînent des modifications de sens sur certains articles essentiels de la proposition de directive, comme la définition du risque⁴ ou le recours à la procédure négociée⁵. Enfin, l'UTP s'interroge sur les risques que cette directive fait peser sur le développement des entreprises européennes dans un marché mondialisé. Elle craint en effet que de nombreuses dispositions contraignantes ne deviennent un frein au développement des partenariats public-privé, pourtant largement souhaité par la Commission européenne⁶ et plus largement au développement des entreprises européennes par rapport à leurs concurrents non européens.

Par ailleurs, l'UTP est très attachée au principe de libre administration des collectivités publiques. Il ne paraît toutefois pas équitable⁷ que la proposition de directive permette à des entités « in house » de bénéficier à la fois de contrats attribués directement sans mise en concurrence tout en pouvant intervenir sur le marché ouvert, en concurrence directe avec des entreprises qui interviennent dans le champ concurrentiel.

Les transports publics seront concernés par la future directive Concessions (art. 8§5g)

Le secteur des transports publics devrait être directement concerné par la future législation européenne, malgré l'exclusion qui est actuellement prévue par la proposition de directive⁸ pour les concessions de services passées dans ce secteur :

- D'une part, la définition de la concession qui sera adoptée dans la future directive devrait être applicable aux concessions de services relevant du règlement 1370/2007 dédié aux transports publics⁹. En effet, ce dernier ne prévoit pas de définition de la concession. Il renvoie sur ce point aux directives Marchés publics et donc bientôt à la future directive Concessions.
- D'autre part, la future directive s'appliquera aux concessions de travaux passées dans les transports publics, qui sont exclues du règlement sectoriel précité.

- En outre, la future directive modifiera la loi Sapin du 21 janvier 1993, qui s'applique à la passation des concessions de services¹⁰ en France, y compris dans les transports publics.
- Enfin, le règlement 1370/2007 devrait être lui-même révisé fin 2012 dans le cadre du 4^e paquet ferroviaire qui devrait libéraliser le transport ferroviaire de voyageurs. Il pourrait de ce fait être impacté sur de nombreux points par la proposition de directive Concessions, notamment sur les conditions d'attribution des contrats.

Les concessions poursuivent des objectifs différents de ceux des marchés publics

Au regard des objectifs qu'elles poursuivent, les concessions présentent des caractéristiques différentes des marchés publics, qui impliquent, d'après les termes même de la Commission, « des obligations spécifiques »¹¹. En effet, la concession a pour but de confier l'exploitation d'un service ou d'un bien à un opérateur et peut s'accompagner d'obligations de service public. Dans la plupart des cas, l'opérateur est en contact direct avec les utilisateurs. Il doit donc s'engager sur des objectifs de qualité et de performance élevés. Enfin, contrairement aux marchés, l'opérateur prend en charge non seulement les risques industriels de production des services, mais également l'essentiel des risques commerciaux attachés à la fréquentation du service.

4. Art 2, pt 2 : « operating risk » est traduit par « risque opérationnel » au lieu de « risque d'exploitation »

5. Art 35, pt 5: « involves » est traduit par « nécessite » au lieu de « implique »

6. Plan d'action pour le nouvel acte pour le marché unique, appelé aussi « Single market Act » de M. Barnier

7. A l'exception de l'association AGIR, qui représente les entreprises locales au sein de l'UTP

8. Art 8§5.g.

9. Règlement (CE) no 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route

10. Délégation de service public en droit français

11. P.6, « Sécurité juridique », §1

Position

Les concessions sont donc de véritables partenariats entre les entreprises et les collectivités publiques, qui vont au-delà de simples prestations. Consciente de cette distinction essentielle, la Commission européenne a elle-même indiqué qu'une extension des règles des marchés publics aux concessions aurait été « contre-productive dans la mesure où elle pourrait décourager les pouvoirs adjudicateurs de recourir aux concessions »¹².

Néanmoins, l'UTP relève que de nombreuses dispositions prévues dans la proposition de directive Concessions sont inspirées, voire directement reprises des directives Marchés publics et se révèlent totalement inadaptées aux concessions. Il en est ainsi de la procédure de jugement des offres et des règles applicables à la modification du contrat. Il est donc nécessaire d'adopter un cadre législatif adapté aux spécificités des concessions et réellement distinct de celui des marchés publics, afin que les collectivités publiques puissent continuer, lorsqu'elles décident d'externaliser la gestion de leur service, à bénéficier d'un véritable choix entre deux types de contrats : les concessions et les marchés publics.

Besoin d'une définition adaptée aux concessions de services

Nécessité de prendre en compte l'ensemble des risques d'exploitation (art 2) :

La proposition de directive Concessions prévoit que le concessionnaire doit supporter l'essentiel du risque d'exploitation¹³. Ce risque serait lié exclusivement aux investissements et aux coûts supportés par l'opérateur. Or, si les risques qu'assume l'opérateur peuvent toujours se traduire en termes économiques, qu'ils soient liés à la fréquentation des infrastructures ou à des objectifs de performance qualitative ou environnementale, ils ne peuvent être limités aux risques sur les coûts ou les investissements. La définition du risque d'exploitation doit également tenir

compte de la réalité et de la diversité des concessions, particulièrement dans une approche multisectorielle.

La notion de risque d'exploitation doit donc s'apprécier au cas par cas, ce qu'illustre d'ailleurs la jurisprudence de la CJUE qui dresse une liste non exhaustive des types de risques susceptibles d'être supportés par le concessionnaire¹⁴.

Une nécessaire distinction des concessions de travaux et de services (art 6) :

Comme il a déjà été indiqué, les concessions de services passées dans les transports publics relèveront du règlement 1370/2007 sur les transports publics. En revanche, les concessions de travaux étant exclues de ce règlement, elles relèveront de la future directive Concessions. Des modalités de distinction de ces deux types de concession doivent donc être prévues dans la future directive. Toutefois, l'actuelle proposition ne présente pas de méthode pour distinguer les concessions de travaux des concessions de services.

12. P.3, §6

13. Ce qui serait le cas lorsqu'il n'est pas certain de recouvrer les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il encourt lors de l'exploitation des travaux ou des services qui font l'objet de la concession.

14. Risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, risques d'absence de couverture des dépenses d'exploitation par des recettes, etc. (CJUE, 10 septembre 2009, Eurawasser, C-206/08; CJUE, 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09; CJUE, 10 novembre 2011, Norma-A SIA, Dekom SIA c. Latgales planošanas regions, c-348/10)

Des règles de calcul de la durée adaptées à toutes les concessions (art 16) :

L'actuelle proposition de directive prévoit que la durée des concessions doit permettre de recouvrer les investissements nécessaires et d'assurer une rémunération raisonnable du capital investi. Cependant, toutes les concessions ne prévoient pas d'investissements à la charge des concessionnaires. La durée devrait ainsi être calculée en fonction de l'objet du contrat, ainsi que des obligations et objectifs de performance qui y sont prévus.

La définition de l'entité adjudicatrice doit être clarifiée et sécurisée (art. 4)

La distinction entre les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices est absolument fondamentale en droit des marchés publics et le sera bientôt pour les concessions. C'est cette distinction qui permet de déterminer la directive Marchés publics qui doit s'appliquer : à ce jour, la directive 2004/17 ou la directive 2004/18.

L'interprétation de nombreux articles de la présente proposition de directive dépend directement de sa définition, notamment les articles 11 à 15.

Les pouvoirs adjudicateurs sont les personnes publiques « traditionnelles » : collectivités publiques et organismes de droit public. Ils sont soumis à la directive 2004/18 pour la passation de leurs marchés publics.

Les pouvoirs adjudicateurs et certaines entités bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs sont des entités adjudicatrices lorsqu'ils exploitent des activités de réseaux dans les secteurs de l'eau, de l'assainissement, du transport ou de l'énergie.

Le statut d'entité adjudicatrice a été créé pour soumettre les entités publiques ou privées qui bénéficient de droits exclusifs ou spéciaux et qui exploitent des activités de réseaux à des règles de concurrence pour leurs propres achats. Ces règles sont plus souples que celles applicables aux pouvoirs adjudicateurs : seuils plus élevés, recours plus facile à la procédure négociée, ces entités ayant des statuts divers et intervenant sur des activités de réseaux en voie de libéralisation. Les entités adjudicatrices appliquent la directive Marchés publics 2004/17.

Actuellement, la directive 2004/17 définit l'entité adjudicatrice comme le pouvoir adjudicateur qui exerce une activité d'explo-

tation ou de mise à disposition du réseau. Est donc entité adjudicatrice le concessionnaire qui exploite lui-même l'activité. Cette définition a été reprise par la proposition de directive Marchés publics - secteurs spéciaux, actuellement en cours de discussion.

Or, la proposition de directive Concessions donne une définition de l'entité adjudicatrice plus large que celle admise jusqu'à maintenant.

En effet, elle prévoit que « le pouvoir adjudicateur agit comme une entité adjudicatrice lorsqu'il attribue une concession aux fins de l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux ». Cette nouvelle rédaction revient donc à qualifier d'entité adjudicatrice, la collectivité publique lorsqu'elle passe un contrat de concession.

Il existerait en conséquence deux définitions contradictoires de l'entité adjudicatrice : celle de la proposition de directive Concessions et celle de la proposition de directive Marchés publics - secteurs spéciaux. Cette différence, dont la raison n'apparaît pas clairement, introduit une confusion et est source d'une grande insécurité juridique.

Une telle insécurité juridique serait d'autant plus regrettable que comme il a déjà été indiqué, l'interprétation de nombreux articles dépend directement de la définition d'entité adjudicatrice. Les articles 11 à 15, qui abordent le sujet essentiel des exclusions aux règles de mise en concurrence sont tout particulièrement concernés.

Il convient de rappeler par ailleurs que la notion d'entité adjudicatrice a déjà donné lieu à de multiples interprétations et jurisprudences, aussi bien au niveau communautaire¹⁵, que national¹⁶ et qu'elle est désormais stabilisée.

Une harmonisation entre les directives Marchés publics et a future directive Concessions est requise sur ce point.

15. Conclusions de l'avocat général Michko dans l'affaire Concordia Bus, CJCE, 17 septembre 2002
16. Notamment les décisions suivantes du Conseil d'État :
CE, 09/07/2007, Syndicat EGF-BTP, n° 297711 ;
CE, 14/12/2009, Département du Cher / Sté Keolis Centre, n° 330052 ;
CE, 24/06/2011, Communauté d'Agglomération Rennes Métropole, n° 346529.

Position

Une définition satisfaisante des droits exclusifs et spéciaux :

L'UTP tient en revanche à souligner qu'elle salue la clarification bénéfique qui est apportée par la proposition de directive Concessions à la notion d'entité adjudicatrice au regard de celle de droits spéciaux et exclusifs.

Elle souhaiterait toutefois que l'annexe XI, qui liste les activités, vise en plus de l'article 5§3, l'article 5§6 du règlement 1370/2007, qui concerne la passation de contrats après mise en concurrence dans le transport ferroviaire.

Une clarification nécessaire du champ d'intervention des entités « in house » et des entreprises liées

Une équité indispensable entre les modes de gestion :

L'UTP tient à rappeler qu'elle représente des réseaux exploités par des entreprises privées, ainsi que des entreprises publiques locales et nationales. Elle est donc très attachée au principe de libre administration des collectivités publiques, qui leur permet de choisir entre une gestion interne ou externalisée. Elle considère également qu'il doit exister « une saine compétition » entre les modes de gestion, une telle compétition favorisant la qualité et la performance au bénéfice des utilisateurs.

L'UTP a défendu ces principes lors de l'adoption du règlement 1370/2007 sur les transports publics, qui en constitue d'ailleurs une des pierres angulaires.

Le règlement 1370/2007 prévoit ainsi que les collectivités publiques ont le choix d'une part, entre exploiter elles-mêmes leurs services ou les confier à une entité « in house », appelée « opérateur interne » ou d'autre part, de les externaliser après mise en concurrence. Afin d'assurer des conditions de concurrence équitables entre les acteurs économiques, le règlement prévoit que l'activité de l'opérateur interne est « cantonnée » au territoire de l'autorité organisatrice¹⁷ qui le contrôle. Il ne peut

donc pas réaliser des activités pour le compte de personnes publiques qui ne le contrôlent pas. Il en est de même pour ses éventuelles filiales et « toute entité sur laquelle il exerce une influence même minime ».

L'UTP relève que la présente proposition de directive prévoit également des dispositions sur les conditions d'attribution d'une concession sans mise en concurrence à une entité « in house ».

Article 15§1 : « in house » :

Il est ainsi prévu que la collectivité publique doit assurer un contrôle semblable à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Ce contrôle est présumé lorsqu'elle « exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne contrôlée ».

L'entité « in house » doit en outre exercer au moins 90% de ses activités pour l'autorité qui la contrôle et ne faire l'objet d'aucune participation privée.

L'UTP considère d'une part que les dispositions relatives au contrôle ne permettent pas de garantir un « contrôle semblable à celui effectué sur ses propres services ». Un tel contrôle de la collectivité publique suppose en effet d'être réel et effectif. Il devrait donc reposer sur des éléments, tels que :

- les représentations prévues dans les organes d'administration, de direction ou de surveillance,
- les dispositions prévues dans les statuts,
- la propriété,
- l'influence et le contrôle effectifs sur les décisions stratégiques et individuelles de gestion.

17. A l'exception d'éventuelles lignes sortantes ou d'activités accessoires

Ces éléments sont d'ailleurs prévus dans le règlement 1370/2007 pour définir le contrôle qui doit être effectué par la collectivité publique sur son opérateur interne.

D'autre part, l'UTP relève que l'entité « in house » pourra exercer 10% de ses activités pour des collectivités qui ne la contrôlent pas. Cela autoriserait donc les entités « in house » (régies) à répondre à des appels d'offres, en concurrence avec des entreprises qui interviennent uniquement dans le champ concurrentiel.

Le pourcentage de 10% peut représenter en valeur absolue un montant très important, loin d'être marginal, d'autant que dans certains États-membres, les entités « in house » interviennent sur plusieurs activités. Se pose également la question des modalités de calcul de ce seuil de 10%.

Le règlement 1370/2007 a permis de créer un équilibre entre la possibilité de recourir aux prestations « in house » et la concurrence régulée, tout en protégeant le principe de libre choix des collectivités entre les différents modes de gestion.

L'UTP, à l'exception d'AGIR¹⁸, considère ainsi que, dans un souci d'équité, les opérateurs « in house » ne devraient pas pouvoir accéder librement au marché, leur statut et leur régime de financement pouvant, en outre, leur conférer un avantage par rapport aux entreprises agissant uniquement dans le champ concurrentiel. Un fonctionnement sain du marché nécessite que les entités « in house » ne puissent pas pouvoir répondre à des appels d'offres pour des autorités autres que celles qui les contrôlent. Ce principe apporterait clarté et sécurité juridique. Il serait de plus, conforme aux objectifs d'ouverture indiqués dans l'exposé des motifs de la Commission européenne.

Article 15§3 : « in house conjoint » :

L'article 15§3 prévoit par ailleurs la possibilité pour une collectivité publique d'attribuer directement un contrat à une entité « in house », lorsqu'elle exerce conjointement avec d'autres collectivités publiques, un contrôle semblable à celui exercé sur ses propres services.

Il est ainsi prévu que la collectivité publique doit avoir un représentant dans les organes décisionnels. L'influence décisive sur les décisions stratégiques et les décisions importantes doit pouvoir être réalisée conjointement. Enfin, l'entité ne doit pas poursuivre d'intérêts distincts de ceux des pouvoirs publics auxquels

elle est liée, ni tirer de profit, autre que le remboursement des frais effectivement encourus.

Ces dispositions permettront donc à une collectivité publique, malgré un lien très ténu avec une entité (participation financière très restreinte, nomination d'un seul administrateur, etc.) de bénéficier de ses services sans mise en concurrence préalable.

L'UTP, à l'exception d'AGIR, considère en conséquence que le « in house conjoint » détourne l'essence même du concept de l'entité « in house ». Cette entité comme son nom l'indique était en effet à l'origine une « entité maison », c'est-à-dire une entité avec laquelle la collectivité publique entretenait des liens tellement étroits, que toute procédure de mise en concurrence devenait inutile.

Les critères retenus dans la présente proposition de directive attestent par ailleurs de la dérive du concept de l'entité « in house ». En effet, comment une entité « in house » qui intervient en partie sur le marché, peut-elle partager les mêmes intérêts que ceux poursuivis des collectivités chargées de représenter l'intérêt général ?

En outre, la garantie qu'une entité « in house » ne réalise aucun profit paraît difficile à vérifier et susceptible de générer du contentieux.

L'UTP, à l'exception d'AGIR, considère ainsi que les règles qui instaurent le « in house conjoint » vont à l'encontre d'une compétition équitable et saine entre les modes de gestion et devraient donc être supprimées.

18. AGIR, qui représente les opérateurs internes en France, considère pour sa part que le projet de directive clarifie enfin la notion d'activité essentielle en la chiffrant à 90% des activités de l'opérateur In House pour le compte des entités qui le contrôlent, conformément à la jurisprudence établie de la Cour de justice de l'Union Européenne. AGIR estime également que les 10% d'activités non dédiées à l'entité de contrôle prévus par le projet de directive, permettront de tenir compte des exigences de service public du transport public en garantissant la qualité et la cohérence de ce service au-delà de limitations strictes et ce, dans le respect des dispositions du Règlement CE n°1370/2007.

Position

Des dispositions incohérentes entre le « in house » et les entreprises liées (art 11)

L'article 11 reprend une disposition particulière de la directive 2004/17 (secteurs spéciaux), qui concernait la situation spécifique des entreprises privées qui pouvaient être qualifiées d'entités adjudicatrices lorsqu'elles détenaient des droits exclusifs ou spéciaux.

Cet article avait pour objet de permettre à ces entreprises d'attribuer des marchés d'exécution à leurs filiales, conformément au modèle économique de la plupart des activités concernées.

Le sens de cette disposition a été modifié lorsqu'elle a été étendue à toutes les entités adjudicatrices, y compris aux collectivités publiques (pouvoirs adjudicateurs) dans le cadre de la directive Marchés publics 2004/17.

La modification de la définition de l'entité adjudicatrice donnée à l'article 4 de la proposition de directive Concessions (confère développement ci-dessus) change également la portée des dispositions telles qu'elles étaient initialement prévues pour les entreprises liées.

La disposition qui est actuellement prévue permettrait aux collectivités publiques d'attribuer des contrats de concession sans mise en concurrence à « leurs filiales ».

Se posent toutefois d'importantes questions de cohérence entre l'article 11 et l'article 15 de la présente proposition de directive.

En effet, les règles qui sont prévues dans les deux articles pour une attribution sans mise en concurrence sont différentes, sans qu'il y ait de véritable justification.

- Tout d'abord, à l'article 11, il est requis que 80% du chiffre d'affaires moyen soit effectué pour le compte de l'entité adjudicatrice, alors que l'article 15 prévoit 90% des activités. Le

pourcentage de 80% peut d'ailleurs encore être largement réduit dans le cas d'une attribution effectuée par une co-entreprise (article 11§3 b), l'entreprise devant être liée à seulement une des co-entreprises.

- En outre, à l'article 11, est une entreprise liée une entreprise susceptible d'être directement ou indirectement soumise à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice, alors qu'à l'article 15, un contrôle semblable à celui que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice exerce sur ses propres services est requis.
- Enfin, l'article 15 interdit toute attribution directe à une entité dans laquelle il existe une participation privée, alors que l'article 11 ne l'interdit pas. Cette dérogation permettrait donc à des actionnaires privés d'intervenir sur le marché sans mise en concurrence, ce qui est contraire à la jurisprudence Stadt Halle¹⁹.

L'UTP demande donc que les dispositions concernant l'entreprise liée reviennent à leur objet initial et ne puissent être utilisées que par les concessionnaires.

Une reconnaissance indispensable du libre recours à la négociation et aux variantes (art. 35 et annexes)

L'UTP souhaite rappeler l'importance pour les collectivités publiques de pouvoir utiliser la procédure de négociation pour la passation des concessions. En effet, cette procédure permet non seulement d'aboutir généralement à l'offre la plus adaptée aux besoins du service²⁰, mais également de mettre en place une véritable relation de partenariat entre la collectivité publique et son concessionnaire. Il serait donc dommageable de limiter de façon trop drastique la possibilité d'y recourir.

19. CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, affaire C-26/03

20. Notamment en prenant en compte les variantes

Pourtant, la rédaction de la proposition de directive Concessions, notamment l'article 35, suggère que la négociation ne serait pas toujours possible. Des garanties doivent bien évidemment être prévues pour qu'elle soit équitable et s'effectue dans le respect des principes de transparence, d'égalité et de non-discrimination.

La possibilité de recourir aux variantes semble également limitée. Ces dernières permettent pourtant très souvent d'aboutir à des solutions innovantes qui même si elles n'avaient pas été initialement envisagées par les collectivités publiques, correspondent à leurs objectifs et les satisfont. Cela est notamment particulièrement nécessaire dans les transports publics, en cas de restructuration des réseaux ou lorsqu'il s'agit notamment de tenir compte des évolutions institutionnelles, techniques ou démographiques, au gré des concessions successives et des cahiers des charges applicables.

La Commission européenne souhaite d'ailleurs laisser aux États-membres la souplesse nécessaire à l'organisation d'une procédure « la plus efficiente possible »²¹ et entend, pour ce faire, « fixer des règles limitées sur l'attribution des concessions »²².

Des critères de sélection adaptés aux concessions (art. 39)

La proposition de directive Concessions s'est très largement inspirée des propositions de directives Marchés publics pour encadrer la procédure d'attribution des offres. L'utilisation du terme « marchés »²³ alors qu'il s'agit en l'espèce de « concessions » permet d'en témoigner. Toutefois, comme il vient d'être dit, la procédure de passation d'une concession nécessite de la souplesse et des règles spécifiques, adaptées à ce type de contrat (notamment pour une évaluation adaptée des offres de base et des variantes).

L'UTP relève la justesse des trois premiers paragraphes qui imposent des critères objectifs, liés à l'objet de la concession et accompagnés d'exigences qui permettent de vérifier de manière effective les informations fournies par les soumissionnaires. Les collectivités publiques pourront déterminer librement le système d'évaluation des critères, à condition d'en informer les candidats en amont de la procédure. Ces dispositions permettent de garantir l'objectivité et la transparence de la procédure, ainsi que l'égalité de traitement des candidats.

L'UTP ne comprend pas, en revanche, que les paragraphes suivants reprennent dans les mêmes termes des dispositions prévues à l'origine pour les marchés publics et qui sont contradictoires avec les premiers paragraphes : attribution en fonction du critère prix ou de l'offre économiquement la plus avantageuse, pondération des critères.

Afin de respecter la logique et l'esprit de la proposition de directive, l'UTP propose donc, à tout le moins, la suppression du paragraphe 5 qui reprend la question de l'évaluation des critères déjà traitée au paragraphe 3.

Un manque de clarté des critères de sélection des candidats (art 36)

La proposition de directive Concessions reprend les critères retenus par les propositions de directives Marchés publics, liés à la capacité économique et financière et aux capacités techniques et professionnelles. Elle ajoute en plus un nouveau critère relatif à « l'aptitude à exercer l'activité professionnelle ». L'UTP s'interroge sur la définition de cette notion, qui lui semble similaire à celle de capacité professionnelle et qui mériterait d'être clarifiée ou supprimée.

Des conditions de modification et de résiliation adaptées aux concessions

Une nécessaire souplesse pendant la vie de la concession (art 42)

L'UTP estime qu'il est nécessaire de maintenir une certaine souplesse pendant la vie des concessions, tout en évitant des détournements de procédure. Elle constate que les dispositions qui sont prévues sur la modification des concessions, sont directement reprises des marchés publics et ne sont pas du tout adaptées aux concessions.

21. P.7/8, « Garanties procédurales »

22. P. 4/5, « Principe de proportionnalité », §1

23. Art 39, §5

Position

En effet, ces dernières sont généralement passées pour des durées assez longues. Elles doivent donc pouvoir évoluer pour s'adapter à de nouvelles contraintes ou sujétions, en outre très souvent extérieures aux parties. Le seuil de 5% du prix du contrat initial²⁴, qui en pratique peut-être fréquemment et rapidement atteint, est donc particulièrement inadapté au mode de valorisation et de rémunération des concessions.

En effet, d'une part, il entraînerait une remise en concurrence systématique des concessions, ce qui serait incompatible avec les objectifs de sécurité juridique poursuivis par la Commission et dont les entreprises comme les collectivités publiques ont impérativement besoin. Par ailleurs, cette disposition alourdirait la procédure et risquerait d'engendrer des coûts considérables. En effet, la collectivité publique serait très certainement amenée à devoir indemniser l'opérateur au titre des pertes subies. L'UTP tient en outre à souligner le temps et les coûts qui sont nécessaires à la passation d'une concession. Cette disposition pourrait ainsi décourager les collectivités publiques de recourir à ce type de contrat et les entreprises de se porter candidates.

D'autre part, se pose la question de la méthode de calcul de ce seuil. Contrairement aux marchés publics, le concessionnaire n'est pas rémunéré par un prix fixe. Dans ces conditions, comment l'apprécier ?

Enfin, la publication au JOUE des avenants crée également des charges incompatibles avec l'objectif de simplification des procédures et d'allègement des coûts.

L'article 42, qui n'est que la transposition aux concessions des règles prévues par les propositions de directives Marchés publics, doit être revu pour prendre en compte la spécificité des concessions. L'UTP propose, à tout le moins, la suppression du seuil de 5%.

Des règles de résiliation des concessions plus claires (article 43)

La proposition de directive envisage trois cas dans lesquels l'autorité organisatrice peut résilier le contrat. Il s'agirait d'une faculté de résiliation. Or, certaines situations devraient obligatoirement entraîner la résiliation, comme la participation d'actionnaires privés dans le cadre de la coopération entre pouvoirs publics sans mise en concurrence (art 43.a), et plus largement toute prise de participation privée en l'absence de mise en concurrence préalable.

Besoin d'une procédure claire, transparente et respectueuse des candidats

Besoin d'un plus grand respect de la confidentialité des offres des candidats (art 24)

La proposition de directive protège les « secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres » communiqués par les entreprises aux pouvoirs adjudicateurs.

Il convient de relever tout d'abord que ces dispositions ne concernent pour l'instant que les informations transmises aux pouvoirs adjudicateurs, et non aux entités adjudicatrices.

24 Art 42, pt 4.

Par ailleurs, la proposition de directive prévoit que pour pouvoir bénéficier de la confidentialité, les entreprises devraient elles-mêmes indiquer les pièces qui doivent être protégées dans leur réponse à l'appel d'offres. Cette solution ne paraît pas satisfaisante. L'actuelle rédaction est susceptible de donner lieu à des dérives. Ces dispositions pourraient donc permettre des « pillages d'idées » à l'occasion de procédures de mise en concurrence.

24. ART. 42, PT 4

Aussi, l'UTP considère que toutes les informations transmises dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence devraient être confidentielles par nature, à l'exception de celles nécessaires au respect des principes de transparence et d'objectivité.

Contenu de l'avis d'appel public à la concurrence

Toute procédure d'attribution d'une concession doit être réalisée dans le respect des principes de transparence, d'égalité et de non-discrimination. En ce sens, la proposition de directive prévoit notamment que les autorités publiques devront indiquer dans leur avis d'appel public à la concurrence le budget relatif au contrat qu'elles envisagent de passer. L'UTP comprend quelles peuvent être les motivations d'une telle disposition. Elle redoute toutefois les effets contreproductifs pour les collectivités publiques et leurs services, les candidats étant alors moins enclins à fixer leur prix librement. En outre, l'obligation d'indiquer le budget devrait limiter la possibilité de négocier et d'introduire des variantes pour les candidats.

Des modalités de publication adaptées aux contraintes techniques (art 29)

La proposition de directive Concessions précise que la publication au niveau national ne peut être antérieure à la publication au niveau européen. En pratique, une telle exigence peut poser des difficultés, puisque les plateformes de dématérialisation prévoient souvent un envoi simultané des avis. Or, la publicité dans un journal national est généralement plus rapide que la publicité au JOUE.

Liberté de gestion des entreprises (art 39)

La proposition de directive prévoit que lorsque les qualifications et l'expérience du personnel ont été prises en compte pour l'attribution de la concession, « ce personnel ne peut être remplacé qu'avec le consentement du pouvoir adjudicateur (...), qui doit vérifier que les remplacements permettent une organisation et une qualité équivalentes ».

L'UTP estime que la liberté entrepreneuriale doit être respectée. En effet, il ne paraît pas acceptable de demander à un concessionnaire à la fois d'assumer de nombreux risques, notamment des risques commerciaux et de remplir des objectifs de performance tout en permettant dans le même temps une immixtion d'une collectivité publique dans la gestion managériale de celui-ci. La gestion du personnel d'une entreprise doit relever de sa seule responsabilité, à charge de la collectivité publique de prévoir d'éventuelles pénalités et/ou sanctions en cas de manquement aux obligations contractuelles.

L'UTP

L'Union des Transports Publics et ferroviaires (UTP) est l'organisation professionnelle regroupant les entreprises de transport public et les entreprises ferroviaires (fret et voyageurs) en France. Elle représente la profession et défend les intérêts collectifs de ses adhérents auprès des institutions françaises et européennes.

L'UTP représente plus de 150 entreprises de transport urbain réparties sur le territoire français.

Certaines sont liées à des groupes de transport comme Car Postal, Keolis, Groupe RATP, SNCF Proximités, Vectalia France, Veolia Transdev. D'autres sont indépendantes et peuvent, à ce titre, adhérer à l'association AGIR.

Depuis 2006, l'UTP fédère les entreprises ferroviaires et les accompagne vers l'ouverture du marché du transport de voyageurs. Il s'agit notamment de Colas Rail, Euro Cargo Rail, Europorte, Eurostar International, Keolis, Groupe RATP, SNCF, Thello, Veolia Transdev, VFLI.

Contact : communication@utp.fr - 01 48 74 73 46.

UTP

Union
des Transports Publics
et ferroviaires

5-7, rue d'Aumale - 75009 Paris

Tél. : +33 (0)1 48 74 63 51

Fax : +33 (0)1 40 16 11 72

www.utp.fr



Conception graphique : Communication Arts Graphiques (C.A.G.)
Impression : Imprimé sur papier Créator Silk PEFC 100% - Imprimerie de Pithiviers - Édité en mai 2012.

