



COMPTE RENDU

GRUPE DU TRAVAIL « MARCHÉ INTERIEUR ET SERVICES »

CONCESSIONS : QUELS DEFIS POUR EN FAIRE UN OUTIL DE CROISSANCE ?

7 Novembre 2012

DASHA BESPAYATOVA

- **Philippe Juvin, député européen :**

Le cadre réglementaire européen existant consiste en quelques articles dans la directive de 2004 qui mentionnent les concessions des travaux. Il n'y a pas d'acte dérivé sur les concessions de services, seuls les principes du traité s'appliquent. En réalité, dans certains Etats membres les principes du traité concernant les concessions ne sont pas appliqués correctement. Il devient nécessaire d'homogénéiser le système qui crée aujourd'hui une insécurité juridique. De plus, le travail du Parlement européen consiste à créer un corps juridique unique pour tous les Etats membres.

Dans la proposition initiale de la directive, les concessions étaient considérées comme une sorte de marchés publics. On a mené la bataille pour expliquer à tous les acteurs qu'il y a une différence considérable entre les concessions et les marchés publics. D'un côté on achète quelque chose, de l'autre on passe un contrat, souvent à long-terme. Certains juristes parlent de contrat « incomplet » qui contient un transfert de risque vers le concessionnaire. Actuellement on peut constater que les acteurs commencent à comprendre la différence entre ces deux types de contrats. Il y a certains amendements qui demandent que les deux textes soient liés, mais les députés comprennent que cela n'est pas la voie à suivre.

Les dispositions adaptées aux concessions dans le texte initial de la Commission reprenaient beaucoup le texte sur les marchés publics. Par exemple, il contenait des procédures très encadrées ; la négociation était une hypothèse et non pas une règle générale ; des dispositions techniques étaient très dures. Or, il faut préserver la marge de manœuvre des autorités publiques et reconnaître la marge de manœuvre du concessionnaire qui doit éclairer le pouvoir public sur un savoir-faire. C'était ces différences sur le fond qu'il fallait montrer afin de séparer les deux textes.

L'autre difficulté politique consistait dans le fait que de nombreuses personnes associent la concession à une privatisation déguisée. Il faut faire comprendre que la concession n'est qu'un moyen, un choix de gestion comme un autre. Les pouvoirs publics ont la possibilité de choisir eux-mêmes, et librement, le mode de gestion qu'ils préfèrent. La concession est une externalisation d'un service temporaire avec un risque que prend le concessionnaire.

Les objectifs poursuivis dans le rapport sont d'alléger le texte de la Commission, de le clarifier, de le rendre moins « marchés publics » et de présenter des procédures moins définitives.

La procédure a été simplifiée et consiste en deux étapes pour un pouvoir adjudicateur : une décision de passer une concession et un choix d'un concessionnaire. Entre ces deux étapes, le pouvoir public est libre dans son action en respectant les principes généraux de l'égalité de traitement, de la transparence, etc. Il est indispensable de souligner l'importance de la négociation qui est un élément clé du rapport actuel entre concédant et concessionnaire. La difficulté est de préserver un juste équilibre entre le besoin de flexibilité et la marge d'appréciation pour un pouvoir adjudicateur et la nécessité de transparence qui garantit l'égalité de traitement pour tous les acteurs économiques.

Si on analyse une grande série de concessions, la majorité d'entre elles sont des concessions de service qui ont été revues 2 ans après leur signature (80% des concessions). Il faut prévoir une possibilité facile de révision des contrats de concession et le rapport essaie de simplifier cette étape. Il faut modifier les seuils d'une possible révision des contrats; un seuil unique doit être prévu pour les concessions de travaux (les amendements proposent des seuils entre 2,5% et 10%).

Il faut préserver la qualité des services publics, réaffirmer le libre choix, l'équilibre entre la flexibilité et la transparence, la prise en compte des objectifs des politiques publiques. Il faut tenir compte des évaluations environnementales.

Il y a un débat sur des exclusions sectorielles et des droits exclusifs qui sont réaffirmés dans le projet de rapport. Si les droits exclusifs sont prévus dans la loi nationale d'un Etat membre, la directive Concessions ne remettra pas ces droits en cause. Quand le tarif est fixé au plan national, c'est un élément de moins pour la négociation. L'exclusion dans le cadre « in-house » (art. 4 du rapport) persiste, des coopérations publiques-publiques doivent être exclues. Les exclusions sont prévues pour des entreprises liées. Il faut introduire la notion d'un contrôle des autorités publiques qui soit réel et effectif.

L'état des forces: il y a plusieurs amendements de rejet déposés par les Verts, la GUE et par quelques députés transpartis, essentiellement des allemands, parce qu'il y a des régimes juridiques particuliers de gestion par des collectivités territoriales (Stadtwerke). Certains rapporteurs des commissions pour avis demandent le rejet de la directive, par exemple la commission EMPL, mais les députés ont rejeté cet amendement. Deux tendances existent, l'une avec les députés qui sont intéressés par ce dossier et ont compris qu'il y a un vide juridique qui crée l'insécurité pour tout le monde et qui sont prêts à travailler et à débattre ; l'autre avec des députés qui ne veulent pas discuter et rejettent le rapport.

Si les concessions ne sont pas couvertes par la directive, cela va poser un problème juridique, car il y a des structures juridiques qui vont être appliquées durant les prochaines années et cela va augmenter le nombre des recours à la CJUE. Il faut avoir un texte pour que les choses soient plus claires.

La Commission est assez ouverte aux débats. Quelques Etats membres se sont singularisés au Conseil, par exemple la France avec une position de principe de refus de discussion.

- **Pazanne Dupont, Chargé de mission, CEEP (European Centre of Employers and Enterprises providing Public services)**

Le CEEP est une association d'entreprises et de pouvoirs publics qui fournissent des services publics. Au départ, le CEEP a pris une position assez critique en disant « non » à la proposition de la directive sur les concessions. L'argument de base reposait sur le fait que les règles générales du droit primaire sont largement suffisantes et il n'y a pas de nécessité d'un texte législatif. Entre temps, la position du CEEP a évolué, car le texte de la directive doit être adapté aux besoins de grandes entreprises, ainsi que des PME et des autorités publiques. Le CEEP a vu dans le texte l'opportunité de sécuriser certaines pratiques de ses membres, par exemple la coopération publique-publique.

Le CEEP a soutenu l'approche « light » du rapporteur sur le texte proposé par la Commission et une claire distinction entre le contrat de concessions et de marché public. Le texte doit être réellement allégé et flexibilisé, par exemple la question des spécifications techniques était proche de la proposition sur les marchés publics ; dans le texte du rapport une proposition d'allègement de ces dispositions est faite.

Le CEEP défend le principe de la liberté des autorités adjudicatrices quand elles décident d'organiser la fourniture des services publics. Une fois que l'autorité publique a choisi l'outil des concessions, elle

doit avoir tous les moyens nécessaires pour que le contrat soit le mieux adapté aux besoins des citoyens et du territoire.

L'autorité adjudicatrice possède dans sa disposition une boîte à outil – les marchés publics, les concessions, la coopération publique-publique ou la fourniture en interne d'un service et tous ces outils sont à égalité. Le CEEP se pose des questions sur les conséquences à court-terme sur les acteurs économiques et les pouvoirs publics. Comment les autorités locales vont s'adapter aux changements juridiques à court-terme ? Comment vont-elles adapter leurs modes de gestion ? Combien de temps les autorités vont avoir pour s'adapter avant la mise en œuvre de la directive ?

Le CEEP soutient les initiatives qui consistent à renforcer la possibilité de mieux appréhender et modifier des contrats des concessions en cours. Les propositions de la Commission sont clairement restrictives. De plus, les seuils de 5% proposés par la Commission sont assez surprenants. Le CEEP défend une possibilité de modifier un contrat des concessions en cours.

- **Brice Cabibel, Directeur des relations institutionnelles et des affaires européennes, Suez Environnement**

Suez Environnement est une entreprise française qui travaille au niveau international. L'entreprise œuvre pour 30% sur le marché français, 30% sur le marché européen hors France et 30% au niveau international.

Au départ Suez trouvait un intérêt important à cette directive qui était nécessaire et positive. Elle permettait d'optimiser, de rendre des dépenses publiques se basant sur le traitement égalitaire des différents acteurs, de combler l'insécurité juridique et de permettre l'accès au marché pour des PME. La proposition initiale était peu satisfaisante, peu adaptée aux contrats de concessions avec l'insécurité juridique. Le rapport de M. Juvin va vers l'allégement, la simplification, l'adoption du texte aux principes de concessions et la possibilité de mettre en place des négociations avant la conclusion des contrats.

Les préoccupations de Suez par rapport au texte de la directive :

1. La durée des contrats

Dans le texte initial, la durée des contrats se basait seulement sur une approche comptable avec une juste rémunération qui permettrait de couvrir les investissements et le capital investi. Pour une entreprise privée, une concession est un contrat de long-terme avec des investissements engagés, mais dans la législation européenne on parle aussi de l'affermage qui ne demande pas d'investissements. La question se pose sur la durée d'investissement quand c'est un affermage.

Les contrats de concessions doivent tenir compte de la performance et de la qualité des services, ce qui n'est pas repris dans le texte initial. Il faut assortir la durée du contrat à une notion comptable de capital, mais aussi à une notion d'atteinte des objectifs du contrat.

2. L'évolution des contrats

Les contrats qui sont signés pour 10-20 ans nécessitent d'être souples et évolutifs dans le temps. La directive prévoyait un double seuil : 5 millions et 5% sur la valeur du contrat.

Suez insiste pour distinguer deux cas : soit les modifications sont déjà encadrées dans le contrat dans une clause de révision, dans ce cas-là il n'y a pas besoin de seuil; soit les modifications ne sont pas prévues. De plus, il faut enlever le seuil de 5% qui est très limitatif pour de grands contrats, Suez propose 25%.

3. Les exemptions de la directive

On reconnaît le libre choix des autorités publiques à définir leur mode de gestion que ce soit de la régie (in-house-gestion interne de l'autorité adjudicatrice), ou que ce soit un autre mode de gestion. Ces choix doivent être très clairs, par exemple dans le cas de la régie, l'outil de l'autorité publique doit être 100% public et 100% dédié à un service concerné. Si l'autorité publique décide de recourir à une entité externe, les règles de concurrence doivent s'appliquer.

Les exemptions du champ d'application de la directive vont limiter fortement l'ouverture du marché. Afin d'éviter cette fermeture du marché, l'entité in-house doit être 100% public et 100% dédiée à un service concerné ; les 90% mentionnés dans l'art. 15 sont un élément dangereux.

Une entreprise liée doit être entendue comme une entreprise liée à une autre entreprise et non pas à une collectivité.

La concurrence est un gain d'efficacité et un gain pour le client final. Les exemptions vont introduire un risque de distorsions de concurrence : le in-house peut faire 10% de ses activités sur le marché libre, des entreprises liées peuvent faire 20% de leurs activités sur le marché libre. Pour des entreprises comme Suez Environnement c'est compliqué de concurrencer ces entreprises liées qui ont une assise non-concurrentielle avec une solidité financière forte. Les exemptions vont créer un risque de distorsion de concurrence.

Débats.

Clothilde Poplineau (GDF Suez) : Est-ce que votre intention, M. Juvin, d'exclure certains secteurs du champ d'application de la directive est remise en cause au sein de la commission IMCO ?

Daniel Beard (Groupe Polylogis) : En ce qui concerne les entreprises liées, est-ce que vous pensez aux entreprises liées au sein du groupe ou une prestation qui sera faite de la maison mère à la filiale ?

Dominique Moreno (CCIP) : Dans le texte initial de la directive et dans le rapport, le suivi des concessions n'est pas mentionné : des rapports sur la qualité des services, l'évolution des tarifs, l'exécution du service. Est-ce que vous pensez rajouter cet élément ?

Pierre Van de Vyver (EDF) : L'approche comptable de la durée des concessions était erronée, parce que c'était la durée maximale qui était donnée comme un seuil permettant l'amortissement, c'est-à-dire si on passait la durée maximale, on avait des concessions ou des affermages en déficit par principe. Alors que cela doit être une durée minimale pour permettre au concessionnaire de partir dans une économie saine avec la maturité et le partage de gain. Il y avait déjà un contre-sens dans la définition comptable au départ.

Philippe Juvin : Les droits exclusifs pourront être remis en cause. La question du tarif national régulé dans le domaine de la distribution de l'énergie, c'est un élément de négociation et le rapport propose une exclusion de la directive. Si on avait parlé du tarif régulé et des droits exclusifs dans le texte initial, cela aurait été plus simple.

La définition des entreprises liées est incluse dans l'art. 11, c'est un lien descendant de l'autorité publique à l'entreprise liée.

Selon certains députés l'art. 42 sur la révision des contrats des concessions n'est pas nécessaire, mais il sera maintenu, car on ne peut pas parler de l'attribution des concessions, si on ne prend pas en compte leur modification.

La durée du contrat et le partage des gains n'existaient pas dans le texte initial. Le texte sur les concessions qui n'ont pas d'investissement n'est pas trop complet.

La directive ne s'appliquera qu'en 2014 et ne modifiera pas les contrats en cours.

Pierre Van de Vyver (EDF) : La notion des contrats incomplets est une notion économique. Dans un marché public, c'est la mise en concurrence qui équilibre le processus de choix et de la rémunération de l'opérateur. Dans une concession, comme les éléments sont fortement évolutifs, la contrepartie consiste en l'analyse de l'équilibre initial et la notion d'une juste rémunération dans le développement du contrat. A l'opposé des marchés publics, les contrats de concessions supposent que pour avoir une adaptation équitable ils soient régis par un système de contrôle. Les questions de contrôle sont indissociables des questions de concessions. Il n'y pas de travaux économiques substantiels sur une question des contrats incomplets. S'il y a un contrôle et un dispositif d'adaptation générique, les seuils tels qui sont exprimés n'auront plus de raison d'exister, puisque l'équilibre dans la durée et la juste rémunération seront garantis.

Philippe Juvin : La véritable discussion entre les shadow rapporteurs va porter sur les exclusions sectorielles, car le rapport propose l'exclusion de l'eau, des services de secours et l'augmentation des seuils au niveau de 10 millions et même plus. Si on prend l'exemple de l'eau, le texte ne peut affirmer l'exclusion de principe, mais si le champ de l'art. 11 ou de l'art. 15 est respecté dans ce cas-là les activités, y compris celles de l'eau, pourraient être exclues. Cela ne peut pas être un cadre de l'exclusion générale.

Milo Fiasconaro (Aqua Publica Europea) : L'Italie a tenu le référendum pour affirmer que l'eau doit être un bien public commun.

Philippe Juvin : Tous les pays ont leurs spécificités nationales. Quand on dit l'eau est un bien public, il faut en même temps comprendre que la concession reste un service public, mais il est confié temporairement par la puissance publique au concessionnaire. L'eau est tellement un bien public, que cela reste gérer par des pouvoirs publics qui peuvent déléguer tout ou une partie de ce pouvoir temporairement en gardant la possibilité de le reprendre. La question était posée est-ce que l'eau est plus cher en concession ? L'eau est plus chère en concession que si elle est en in-house, mais si on fait une comparaison entre les réseaux dans un très mauvais état qui ont tendance à être en concession, on arrive à des tarifs identiques. Dans le cadre de l'analyse multi-facteurs des contrats, l'état des réseaux, la nécessité de l'investissement, etc., les prix sont identiques. Avec cette directive les pouvoirs publics garderont la liberté de choisir leur mode de gestion.

Brice Cabibel : Une concession fonctionne et évolue bien, quand elle est contrôlée par les pouvoirs publics. Le contrôle doit être effectué non seulement dans des rapports annuels, mais dans un dialogue permanent entre les élus et les concessionnaires.

Carole Ulmer (Confrontations Europe) : Est-ce qu'il ne faut pas prévoir plus de transparence et d'informations disponibles pour les citoyens afin de pouvoir analyser des décisions prises par la collectivité ? Il y a aussi une question des compétences au sein des collectivités pour faire un choix bien équilibré.

Sophie Mosca (Europolitics) : La Commission essaie de mettre en place des forums d'utilisateurs afin d'approfondir l'engagement des citoyens. Les textes sur les marchés publics et les concessions ne font mention ni du protocole No. 26¹, ni des 6 valeurs qui doivent gouverner la gestion d'un service public. Est-ce qu'il sera possible d'éviter les dérives de certaines concessions en rappelant que l'accès universel, l'abordabilité sont des valeurs essentielles ? Est-ce qu'il n'y a pas de risque qu'à cause des restrictions budgétaires et de l'augmentation des normes, les collectivités locales se désintéressent complètement des services publics et passent rapidement la gestion aux entreprises privées sans un suivi continu ?

¹ Protocole (n°26) du Traité sur le fonctionnement de l'UE sur les services d'intérêt général.

Brice Cabibel : Les services urbains sont des services extrêmement compliqués. Le citoyen ne pourrait pas se positionner simplement sur l'équilibre financier de la concession. Ce sont des associations des opposants ou des rivaux politiques à l'approche des élections qui analysent en profondeur ce type de sujets. Les citoyens doivent connaître les grands sujets, par exemple la qualité d'eau, la performance des réseaux, etc.

Philippe Juvin : Les citoyens doivent être suffisamment bien représentés par un élu. La société évolue, les gens veulent participer au débat. Il y a quelques amendements qui vont dans ce sens. J'ai plusieurs regrets concernant le rapport final : le sujet de la participation des citoyens ; la définition de la concession – le mot « concession » est remplacé par le « risk-based contracts ». Il ne faut pas trop contraindre les autorités publiques, parce qu'elles adoptent déjà des démarches ouvertes.

Dasha Bespyatova (Confrontations Europe) : Quelle est l'articulation entre le texte sur les concessions et celui sur la réciprocité dans les marchés publics ?

Philippe Juvin : Il y a des amendements qui reprennent le texte sur la réciprocité et qui sont intégrés dans le rapport : « La concession ne sera pas donnée à un acteur économique qui vient d'un pays qui a fermé lui-même l'accès à son territoire, mais seule la Commission pourrait décider de mettre un Etat sur la liste des pays fermés ».

Quel est le bon seuil de modification du contrat des concessions dans le cas du renouvellement ?

Brice Cabibel : 5% est un seuil extrêmement bas pour évaluer la concession. Un contrat actualisé sur 10 ans évolue à 25%.

Sylvie Courtier-Arnoux (ERDF) : Notre entreprise a constaté que le seuil de modification de contrat doit être de 15% en prenant en compte des dérives.

François Perniola (Fédération CFE-CGC Energies) : Est-ce que pendant les dernières années il n'y avait pas de focalisation sur la concurrence de tout périmètre, alors que dans les pays hors de l'UE les exigences en matière de concurrence ne sont pas les mêmes ?

Philippe Juvin : Je pense que l'UE est parfois naïve sur certaines questions. Chaque Etat membre a sa politique extérieure, mais un jour la note sera obligée d'être payée par tout le monde. De plus, l'évaluation des politiques publiques n'est pas de bonne qualité, les évaluations doivent se faire de manière industrialisée, quasi-automatique et ne demandent pas de lourdes procédures. Il faut aussi noter que certaines études d'impact ne sont pas bien faites. Le mode de décision est complexe dans l'UE et les institutions européennes ne sont pas armées pour prendre des décisions rapides. Aujourd'hui il est nécessaire de passer à un autre système de prise de décisions plus rapide, mais cela signifie l'abandon significatif de souveraineté.

Rien ne va pas changer dans la vie quotidienne des concessions en France, y compris pour les SPL (Sociétés Publiques Locales). La directive va même sécuriser l'aspect in-house qui est aujourd'hui soumis aux influences diverses.

Aurélié Beauvais (Union Française de l'Electricité) : Vers quelle direction va se développer la question des droits exclusifs ?

Philippe Juvin : Les évolutions ne sont pas claires. Il n'est pas sûr que l'annexe 3 soit préservé sur les amendements qui concernent la distribution.

Carole Ulmer : Les contrats des concessions vont être soumis au problème crucial du financement. Le Livre Vert sur le financement de long-terme va être publié par la Commission européenne et devrait inclure des questions sur les PPP, les concessions, etc. Nous y reviendrons dans une réunion dédiée début 2013. Merci à tous pour votre participation.