



Maison Européenne des Pouvoirs Locaux Français

www.pouvoirs-locaux-francais.eu



POSITION COMMUNE

DES ASSOCIATIONS MEMBRES DE LA MAISON EUROPEENNE

DES POUVOIRS LOCAUX FRANÇAIS

RELATIVE A LA PROPOSITION

DE DIRECTIVE SUR L'ATTRIBUTION DES CONTRATS DE
CONCESSION

Mars 2012

Les associations membres de la Maison européenne des pouvoirs locaux français (MEPLF) ont fait de la promotion des outils de la commande publique performants et adaptés ainsi que de la défense des services publics locaux un objectif prioritaire de leur action commune.

La proposition de directive relative à l'attribution de contrats de concession les mobilise donc tout particulièrement.

Lors de la phase de réflexion de la Commission européenne les présidents de la MEPLF ont rencontré le commissaire Barnier pour lui faire part de leurs inquiétudes quant à une initiative européenne trop rigide qui risquerait de fragiliser les pratiques d'attribution de concessions, pratiques éprouvées, bien assimilées par les élus locaux.

Elles lui ont adressé un courrier commun cosigné par les associations nationales d'élus locaux allemands et autrichiens s'opposant alors à un texte européen.

Les associations membres de la MEPLF ont, par ailleurs, pris part à la consultation publique lancée par la Commission européenne¹. Elles ont à plusieurs reprises échangé avec les services de la Commission et alerté les députés européens sur une initiative qui irait au-delà de la simple transposition des principes du Traité.

Les représentants de la Commission ont toujours assuré dans leurs échanges que l'approche privilégiée par la Commission européenne serait légère.

La proposition publiée le 20 décembre dernier vient contredire ces affirmations.

Si les associations membres de la MEPLF sont conscientes du bénéfice que pourrait revêtir, pour le parachèvement du marché intérieur, un cadre minimal de règles précisant les modalités de publicité des contrats de concession, elles s'inquiètent de la teneur de la proposition de directive publiée qui contredit franchement la philosophie de travail qui avait semblé présider à cette initiative dès l'été 2010 : celle de n'encadrer que très légèrement les seules modalités de publicité des contrats, à l'instar de ce que prévoit déjà la directive 2004/18 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics, s'agissant des concessions de travaux publics.(5 articles seulement réglementent les concessions de travaux publics conclues par les pouvoirs adjudicateurs).

Aussi les associations membres de la MEPLF ont-elles décidé de réagir sur ces différentes propositions. En tant que représentantes des élus locaux, elles apportent le point de vue des pouvoirs adjudicateurs.

Tout d'abord, elles ont demandé plusieurs fois à la Commission européenne de justifier cette initiative et de montrer quelle valeur ajoutée un tel texte européen pouvait avoir ainsi que de prévoir l'impact que pourrait avoir ce texte sur les législations nationales. Les études d'impact ne sont toujours pas connues ni publiques.

Ensuite, les associations membres de la MEPLF ne comprennent pas la position de la Commission européenne et s'interrogent sur les fondements de son analyse lorsque celle-ci affirme : « *Même si les États membres prenaient des mesures législatives pour instaurer un cadre juridique fondé sur les principes consacrés par le traité, l'insécurité juridique liée à l'interprétation de ces principes par les législateurs nationaux et à des disparités importantes entre législations nationales demeurerait. Dans certains cas, l'absence totale de législation nationale a été mentionnée comme une cause d'attribution directe, avec les risques d'irrégularités ou même de corruption qui vont avec*² ». Quelles études démontrent un tel résultat ? En effet, les associations membres de la MEPLF ont toujours milité pour une approche en deux étapes : respect par tous les Etats membres des principes du Traité et de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne en matière

¹ http://www.meplf.eu/documents/?doc_n_id=587&arb_n_id=71

² Page 3 de l'exposé des motifs de la proposition de directive.

de concessions ; et dans un second temps, si nécessaire et après une évaluation des résultats, évaluation de l'opportunité d'une directive européenne.

Enfin, la flexibilité dans l'attribution des concessions reste extrêmement limitée et de nombreuses dispositions présentes dans la proposition de directive restent problématiques :

- le niveau de seuil,
- les dispositions relatives aux services sociaux et autres services spécifiques,
- l'encadrement des procédures,
- la coopération public/public,
- la possibilité de modifier le contrat,
- l'encadrement de la résiliation du contrat,
- les marchés publics électroniques,
- l'offre économiquement la plus avantageuse.

Or il est primordial de conserver la souplesse de négociation propre à la libre définition et libre gestion des services publics dont disposent les collectivités territoriales dans le cadre de la passation de tels contrats.

La Commission européenne a souhaité encadrer très strictement l'attribution des concessions, donnant l'impression que sans cela, le nombre d'irrégularités et la corruption augmenteraient fortement. Une fois encore, les associations membres de la MEPLF demandent à ce que les doutes concernant l'intégrité des pouvoirs adjudicateurs soient levés.

Par ailleurs, la Commission européenne a une forte tendance à vouloir rapprocher les règles régissant l'attribution des concessions des règles appliquées en matière de marchés publics. Or les marchés publics et les concessions n'ont pas le même objet : la réalisation d'une simple prestation contre rémunération pour les premiers, la définition d'un service ou de travaux par la personne publique et la dévolution de leur exploitation à un tiers, sous sa responsabilité et à ses risques, pour les seconds.

En effet, le droit communautaire ne reconnaît pas la notion de service public, et la directive ne distingue pas les notions de « services », « services publics », ou de « services d'intérêt général », alors que la nature même du service devrait pouvoir justifier des modalités de sa dévolution à un tiers...

En France, les élus locaux sont très attachés à l'outil des conventions de délégation de service public (englobé par les concessions de service en droit européen). Ce mode de gestion est un moyen d'offrir aux citoyens européens des services publics locaux de qualité, garants de la cohésion économique, sociale et territoriale. Ils participent à la compétitivité et à l'attractivité de l'Union européenne.

Les associations membres de la MEPLF rappellent que cette proposition doit veiller au respect de l'équilibre entre les intérêts privés des entreprises et des consommateurs et l'intérêt général représenté par les autorités publiques notamment les collectivités locales. La mise en place d'un véritable marché intérieur, et l'amélioration de l'accessibilité des entreprises des autres Etats membres aux concessions et aux marchés publics doivent toujours être envisagées pour garantir l'utilisation optimale des fonds publics en vue de répondre au mieux aux besoins des citoyens.

Autrement dit, le but ultime de cette réforme doit toujours être l'amélioration de la qualité et de la formulation des offres de services proposées aux habitants. La concurrence n'est pas un objectif en soi, elle est au service d'un modèle social reposant sur la cohésion sociale et territoriale, comme le rappelle l'article 16 du TFUE.

S'agissant des relations entre pouvoirs publics, les associations membres de la MEPLF, si elles se félicitent de la sécurisation des relations « in house » institutionnalisées (coopération verticale) apportée par la directive, sont opposées au critère d'identification des relations « in house » retenu dans la proposition de directive, qui fixe un seuil de 90% des activités devant être exercées par la personne morale contrôlée par le pouvoir adjudicateur. Elles sont en effet attachées à la notion

jurisprudentielle de « l'essentiel » de l'activité, qu'elles jugent appropriée pour vérifier qu'une entité n'agit pas comme un opérateur sur un marché concurrentiel. La condition de « l'essentiel » de l'activité autorise une analyse factuelle de chaque cas d'espèce et permet la prise en compte d'éléments à la fois quantitatifs (part du chiffre d'affaires de l'entité réalisée au profit du pouvoir adjudicateur qui la contrôle), mais aussi qualitatifs (structure du marché, situation concurrentielle de l'entité) pour constater que la diversification des activités ne porte pas atteinte au libre jeu de la concurrence.

En outre, les associations membres de la MEPLF considèrent que la codification des coopérations public-public (*horizontales*), qui ne sont ni des marchés publics ni des concessions de services publics et qui sont par définition étrangères au marché intérieur, est hâtive et source de confusion. Inspirées d'un unique arrêt de la CJCE (6 juin 2009, Commission c/ Allemagne), ces dispositions figent des critères limitatifs dont l'application serait inadaptée à l'organisation de l'intercommunalité, notamment s'agissant de certains transferts de compétences.

Les associations membres de la MEPLF, qui restent vigilantes à ce qu'aucune réglementation européenne n'intervienne dans un champ du droit qui relève de l'organisation interne des Etats membres et de la liberté des collectivités locales à pouvoir coopérer entre elles en dehors du marché intérieur, sont opposées à une telle codification.

Le développement des intercommunalités à fiscalité propre constitue un axe majeur de l'évolution de l'organisation territoriale de notre pays et elle ne saurait relever en aucun cas de la législation européenne des marchés publics, ni lors de sa constitution, ni lors de transferts de compétences, ni dans le cadre de son organisation interne avec ses communes membres.

Les associations membres de la MEPLF tiennent également à attirer l'attention sur le risque que fait peser cette directive sur les concessions locales de distribution d'énergie passées avec les opérateurs monopolistiques et historiques en vue de faire bénéficier les usagers de tarifs réglementés par l'Etat, de manière équitable, sur l'ensemble du territoire national. Les cas d'exclusion du champ d'application de cette directive prévus à l'article 8.1 n'envisagent ainsi pas expressément les concessions locales de distribution d'électricité au tarif réglementé qui relèvent à la fois de la compétence de l'Etat et des collectivités locales en leur qualité d'autorités organisatrices de la distribution d'énergie. La proposition en tant que telle, dans sa rédaction, ne doit en aucun cas laisser subsister de doute sur l'exclusion de ce type de concessions du champ d'application de la directive, au risque de mettre à mal le régime actuel garantissant une péréquation tarifaire territoriale de la distribution d'électricité fondée sur des principes de solidarité sociale et territoriale, conformément aux objectifs de cohésion inscrits dans le Traité de Lisbonne.

Ensuite, les services sociaux et les autres services dits « spécifiques » (administration, santé, éducation, culture, loisirs, hébergement, cantines etc...), de par leur faible impact sur les échanges intracommunautaires tel que reconnu par la Commission européenne, devraient être exclus du champ d'application de la directive. Ces services resteraient tout de même soumis aux grands principes du Traité : transparence, non-discrimination et égalité de traitement. Pour l'application des règles prévues par la présente directive, la meilleure définition du champ de ces services, consisterait, en cohérence avec le droit des marchés publics actuellement posé par la directive 2004/18, à les exclure en tant qu'ils répondent à la définition des services non-prioritaires listés à l'annexe II-B de la directive 2004/18.

Sur les activités que recouvrent ces services, il semble, en effet, que la Commission n'ait pas tiré les conséquences de l'harmonisation des dispositions relatives au régime spécifique des services sociaux et assimilés qu'elle souhaitait opérer entre les propositions de directives « marchés publics » et « concessions », et que la liste des services sociaux exclus par les annexes soit relativement restrictive s'agissant des concessions.

Les annexes qui citent les activités visées pour ce type de services ne sont en effet pas similaires entre les deux directives. Celle qui est jointe à la directive « marchés publics » vise un plus grand nombre d'activités que celle relative à la directive « concessions ». L'ensemble des services d'enseignement, de formation et les services culturels n'y sont pas mentionnés. Par ailleurs, la Commission ayant décidé, dans le cadre de la révision des directives marchés publics, de restreindre le champ d'application des services non prioritaires régis par l'annexe II-B de la directive 2004/18, en excluant notamment certains services considérés comme offrant aujourd'hui

des possibilités d'activités transnationales (tels que les services d'hôtellerie, de restauration collective, de terrains de camping, de centres aérés etc...), la liste s'en trouve amoindrie d'autant. Aussi est-il proposé de calquer la liste des services sociaux et assimilés visés en annexe de la proposition de directive « concessions » avec celle prévue par la proposition de directive « marchés publics », dont les associations membres de la MEPLF souhaitent qu'elle soit revue pour y intégrer l'ensemble des services actuellement visés dans l'annexe II-B relative aux services non-prioritaires.

Concernant les seuils définissant le champ d'application de la directive, les associations membres de la MEPLF considèrent que le seuil de cinq millions proposé est nettement trop bas pour ne concerner, comme le souhaitait la Commission européenne dans son analyse d'impact, que des contrats présentant « *un intérêt transfrontière manifeste* » ; il toucherait également des contrats plus modestes ayant simplement un intérêt local³. Un tel seuil est d'autant plus bas lorsqu'on considère la méthode de calcul utilisée pour évaluer les concessions, celle-ci ne prenant pas seulement en compte les rémunérations perçues auprès des tiers et les subventions versées par la personne publique délégante, mais également l'ensemble des coûts liés aux contrats de concession ainsi que leur prolongation éventuelle.

La volonté d'imposer la généralisation de la passation électronique est aussi problématique. L'obligation d'attribution par voie électronique entraînerait des coûts financiers et organisationnels extrêmement importants, l'ensemble des collectivités et des TPE/PME n'ayant pu encore atteindre leurs objectifs en matière de dématérialisation des échanges. La voie incitative semble plus adaptée. L'Union européenne pourrait soutenir la transition vers les communications électroniques grâce à des programmes communautaires de financement spécifiques.

Le souhait de réglementer, dans ce degré de précision, les modalités de modification et de résiliation des contrats de concession semble également porter atteinte à la liberté contractuelle des parties (collectivité et opérateurs) d'élaborer ensemble les clauses relatives à ces événements. De telles dispositions sont également de nature à inutilement rigidifier les modalités d'évolution du contrat sans pour autant garantir une sécurité juridique en la matière eu égard à l'importante marge d'interprétation des notions employées par la Commission européenne pour définir les cas de modification et de résiliation des contrats.

En tout état de cause, les associations membres de la MEPLF souhaitent que soient préservés le respect du principe de subsidiarité des Etats membres d'organiser selon leurs besoins et en vertu de leur propre compétence, les missions de service public qu'ils sont tenus d'assurer au bénéfice des citoyens, ainsi que le respect du principe de libre administration des collectivités territoriales. Elles souhaitent que l'ensemble des dispositions de cette directive soient revues en vertu du principe qui avait été assuré par le Commissaire européen Michel Barnier, en novembre 2011, celui d' « *établir des règles simples et claires* »⁴ et un « *cadre juridique minimal* », pour l'attribution des concessions.

³ Une petite commune de 3 900 habitants, située dans le Sud de la France a indiqué que sa DSP de cantine scolaire représentait, sans investissement matériel lourd (seulement petit matériel), sur 3 ans, 55 000 repas par an, à un tarif d'environ 7 euros décomposé comme suit :

- 3,6 euros à la charge des parents,
- 2 euros de subventions,

- le reste, 1,40 euro d'investissements (pas de travaux lourds du type réhabilitation ou construction d'un bâtiment neuf) ;

Cela équivaldrait, sans réels investissements, à un montant de 1 155 000 euros sur 3 ans (donc le triple si elle avait été conclue sur 9 ans, soit quasiment le seuil de 5 millions, considérant que des études préalables avaient été conclues, pour une petite commune dont le service de cantine scolaire n'a manifestement pas une dimension communautaire).

⁴ Discours de Michel Barnier, le 23/11/2011 au 94^{ème} Congrès des maires de France