

LICENCE EN DROIT ECONOMIE GESTION
MENTION DROIT parcours public et privé
3ème NIVEAU
SEMESTRE 6
GROUPE DE COURS N° 4
LICENCE 3 MENTION ECONOMIE ET DROIT
parcours Droit privé et parcours Droit public
DROIT PUBLIC DES AFFAIRES
MARDI 7 MAI 2013
13 H 30 – 16 H 30

AUCUN DOCUMENT AUTORISE

SUJET

En vous appuyant sur l'ensemble de vos connaissances acquises en droit public des affaires au cours du semestre écoulé, vous commenterez les dispositions de l'article 2 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession.

Vous présenterez vos réflexions sous la forme d'une note concise (6 pages maximum), mais argumentée, permettant par exemple à une collectivité délégante ou à une entreprise délégataire de service public auprès de laquelle vous accompliriez un stage, de mieux cerner les contrats auxquels la proposition de directive est susceptible d'être appliquée.

Pour mémoire, il vous est rappelé que la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF) définit la délégation de service public comme *« [...] un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service »*

Vous n'avez accès à aucune autre source documentaire que les extraits ci-dessous.



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 20.12.2011
COM(2011) 897 final

2011/0437 (COD)

Proposition de

DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

sur l'attribution de contrats de concession

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

{SEC(2011) 1588 final}

{SEC(2011) 1589 final}

EXPOSÉ DES MOTIFS

1. CONTEXTE DE LA PROPOSITION

Dans sa communication du 13 avril 2011 intitulée «L'Acte pour le marché unique – Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance», la Commission a annoncé son intention d'adopter une initiative législative sur les concessions.

À l'heure actuelle, l'attribution de concessions de travaux n'est soumise qu'à un petit nombre de dispositions du droit dérivé, et les concessions de services sont uniquement couvertes par les principes généraux du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Cette lacune crée de graves distorsions sur le marché intérieur, notamment en termes de limitation d'accès des entreprises européennes et, en particulier, des petites et moyennes entreprises aux opportunités économiques qu'offrent les concessions. Elle est également à l'origine d'inefficacités liées au manque de sécurité juridique.

La présente initiative vise à réduire l'incertitude qui entoure l'attribution des contrats de concession, pour le plus grand avantage des autorités publiques et des opérateurs économiques. Le droit de l'UE ne restreint pas la liberté qu'ont les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices d'exécuter les missions d'intérêt public relevant de leur compétence en utilisant leurs propres ressources, mais lorsqu'ils décident de confier cette exécution à une entité externe, alors un accès effectif au marché doit être assuré à tous les opérateurs économiques de l'UE.

Dans un contexte de strictes contraintes budgétaires et de graves difficultés économiques dans de nombreux États membres de l'UE, l'utilisation efficiente des deniers publics est une préoccupation majeure. Un cadre juridique approprié pour l'attribution des contrats de concession favoriserait les investissements publics et privés dans les infrastructures et les services stratégiques, avec une utilisation optimale des fonds. La possibilité d'une initiative législative sur les concessions en vue de créer un cadre de l'UE favorable aux partenariats public-privé avait été annoncée dans la communication de 2009 de la Commission intitulée «Mobilisation des investissements privés et publics en vue d'une relance de l'économie et d'une transformation structurelle à long terme: développement des partenariats public-privé».

La présente proposition va de pair avec la révision des directives sur les marchés publics¹. Elle donnera lieu à l'adoption d'un instrument juridique distinct, réglementant l'attribution des concessions. Avec les deux propositions de révision des directives en vigueur sur les marchés publics (2004/17/CE et 2004/18/CE), elle vise à créer un cadre législatif moderne sur les marchés publics.

¹ COM(2010) 608 final, point 1.4, proposition n° 17.

TITRE I DÉFINITIONS, PRINCIPES GÉNÉRAUX ET CHAMP D'APPLICATION

CHAPITRE I Définitions, principes généraux et champ d'application

SECTION I DEFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION

Article premier Objet et champ d'application

1. La présente directive établit les règles applicables aux procédures de passation de marchés par des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices en ce qui concerne les concessions dont la valeur estimée atteint ou dépasse les seuils prévus à l'article 5.
2. La présente directive s'applique à l'acquisition de travaux et de services, y compris les fournitures accessoires par rapport à l'objet de la concession, auprès d'opérateurs économiques choisis par l'un des acteurs suivants:
 - a) un pouvoir adjudicateur, que les travaux et services, y compris les fournitures qui s'y rapportent, aient une finalité publique ou non;
 - b) une entité adjudicatrice, pour autant que les travaux et services, y compris les fournitures qui s'y rapportent, visent l'exercice de l'une des activités énumérées à l'annexe III.

Article 2 Définitions

1. Aux fins de la présente directive, on entend par:
 - (1) «concessions»: des concessions de travaux publics, de travaux ou de services;
 - (2) «concession de travaux publics»: un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, dont l'objet est l'exécution de travaux, la contrepartie de ces travaux étant soit uniquement le droit d'exploiter les travaux qui font l'objet du contrat, soit ce droit accompagné d'un paiement;

- (3) «écrit(e)» ou «par écrit»: tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques;
- (4) «concession de travaux»: un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et une ou plusieurs entités adjudicatrices, dont l'objet est l'exécution de travaux, la contrepartie de ces travaux étant soit uniquement le droit d'exploiter les travaux qui font l'objet du contrat, soit ce droit accompagné d'un paiement;
- (5) «exécution de travaux»: soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences définies par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence décisive sur le type d'ouvrage ou la conception de l'ouvrage;
- (6) «ouvrage»: le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique;
- (7) «concession de services»: un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou une ou plusieurs entités adjudicatrices, dont l'objet est la fourniture de services autres que ceux visés aux points 2) et 4), la contrepartie de ces services étant soit uniquement le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit ce droit accompagné d'un paiement;
- (8) «candidat»: un opérateur économique qui a sollicité une invitation ou a été invité à participer à une procédure d'attribution de concession;
- (9) «concessionnaire»: un opérateur économique auquel une concession a été attribuée;
- (10) «opérateur économique»: toute personne physique ou morale ou entité publique, ou groupement de ces personnes et/ou entités, qui offre l'exécution de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché;
- (11) «soumissionnaire»: un opérateur économique qui a présenté une offre;
- (12) «moyen électronique»: un équipement électronique de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données diffusées, acheminées et reçues par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques;
- (13) «documents de concession»: tous les documents fournis par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ou auxquels ils se réfèrent afin de décrire ou de définir des éléments de la passation de marché ou de la procédure de passation de marché, y compris l'avis de marché, les spécifications techniques, les conditions contractuelles proposées, les formats de présentation des documents par les candidats et les soumissionnaires, les informations sur les obligations généralement applicables et tout autre document additionnel;
- (14) «cycle de vie»: l'ensemble des états consécutifs et/ou liés entre eux, comprenant notamment la production, le transport, l'utilisation et la maintenance, qui existent pendant la durée d'un produit, de travaux ou de la fourniture d'un service, de

l'acquisition des matières premières ou de la production des ressources jusqu'à l'élimination, la liquidation et la finalisation.

2. Le droit d'exploiter les travaux ou services, visé au paragraphe 1, points 2), 4) et 7), implique le transfert au concessionnaire de l'essentiel du risque opérationnel. Le concessionnaire est réputé assumer l'essentiel du risque opérationnel 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 services qui font l'objet de la concession.

Ce risque économique peut être:

- a) le risque lié à l'utilisation des travaux ou à la demande de fourniture du service; ou
- b) le risque lié à la disponibilité de l'infrastructure mise à disposition par le concessionnaire ou utilisée pour la fourniture du service aux usagers.

Article 3 *Pouvoirs adjudicateurs*

3. Aux fins de la présente directive, les «pouvoirs adjudicateurs» sont l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public, autres que celles qui attribuent une concession ayant pour objet l'exercice d'une activité visée à l'annexe III.
4. Les «autorités régionales» sont toutes les autorités des unités territoriales des niveaux NUTS 1 et 2, telles que visées dans le règlement (CE) n° 1059/2003 du Parlement européen et du Conseil¹⁶.
5. Les «autorités locales» sont toutes les autorités des unités territoriales du niveau NUTS 3 et des unités administratives de taille plus petite, telles que visées dans le règlement (CE) n° 1059/2003.
6. Un «organisme de droit public» est tout organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes:
 - a) il a été créé à la fin de satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, ou il a un tel objet;
 - b) il jouit de la personnalité juridique;
 - c) soit il est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales, ou d'autres organismes de droit public; soit sa gestion est soumise à un contrôle par ces derniers; soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la

¹⁶ JO L 154 du 21.6.2003, p. 1.

moitié sont désignés par l'État, des autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public.

Aux fins du point a), premier alinéa, un organisme qui opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité n'a pas pour objet de satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

Article 4
Entités adjudicatrices

1. Aux fins de la présente directive, une «entité adjudicatrice» est:
 - (1) soit l'État, une autorité régionale ou locale, un organisme de droit public, une association formée par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public, au sens de l'article 3, paragraphes 2 à 4;
 - (2) soit une entreprise publique au sens du paragraphe 2 du présent article;
 - (3) soit une entité qui n'est ni un pouvoir adjudicateur, ni une entreprise publique, qui opère sur la base de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par l'autorité compétente d'un État membre,

qui attribue une concession aux fins de l'exercice de l'une des activités visées à l'annexe III.

2. Une «entreprise publique» est toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété de cette entreprise, de la participation financière qu'ils y détiennent ou des règles qui la régissent.

L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs adjudicateurs, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise:

- a) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise, ou
 - b) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou
 - c) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.
3. Des «droits spéciaux ou exclusifs» sont des droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie à l'annexe III et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité.

Les droits octroyés au moyen d'une procédure ayant fait l'objet d'une publicité appropriée et selon des critères objectifs ne constituent pas des «droits spéciaux ou exclusifs» au sens de la présente directive. Ces procédures sont notamment:

- a) les procédures de passation de marché avec mise en concurrence préalable, conformément à la directive [2004/18/CE ou 2004/17/CE] ou à la présente directive;
- b) des procédures en vertu d'autres actes législatifs de l'Union, énumérés à l'annexe XI, qui garantissent une transparence préalable adéquate pour l'octroi d'autorisations sur la base de critères objectifs.

La Commission est habilitée à adopter des actes délégués conformément à l'article 46 pour modifier la liste des actes législatifs de l'Union figurant à l'annexe XI dès lors que cette modification est rendue nécessaire par l'adoption ou l'abrogation d'actes législatifs de l'Union.

Article 5 *Seuils*

1. La présente directive s'applique aux concessions suivantes dont la valeur est égale ou supérieure à 5 000 000 EUR:
 - a) les concessions conclues par une entité adjudicatrice aux fins de l'exercice de l'une des activités visées à l'annexe III;
 - b) les concessions conclues par un pouvoir adjudicateur.
2. Les concessions de services dont la valeur est égale ou supérieure à 2 500 000 EUR, mais inférieure à 5 000 000 EUR, autres que les services sociaux et autres services spécifiques, sont soumises à l'obligation de publication d'un avis d'attribution de concession prévue aux articles 27 et 28.

Article 6 *Méthodes de calcul de la valeur estimée des concessions*

1. Le calcul de la valeur estimée d'une concession est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, y compris toute forme d'option éventuelle et les éventuelles extensions de la durée de la concession.
2. La valeur estimée d'une concession est calculée comme étant la valeur de l'ensemble des travaux ou des services, même si ceux-ci sont acquis au moyen de plusieurs marchés, dès lors que ces marchés font partie d'un même projet. Peuvent indiquer l'existence d'un seul et même projet une planification et une conception préalables globales par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, le fait que les différents éléments achetés répondent à une même finalité économique et technique, ou le fait qu'ils sont autrement rattachés les uns aux autres par des liens logiques.