



**Les concessions de travaux publics
et les concessions de services:
situation légale actuelle
et nouvelle Directive
européenne**

Gauthier Ervyn
Avocat

I) Notions préliminaires

- **Figure traditionnelle du PPP contractuel**
- **Mode de financement privé et de gestion d'équipements collectifs/services publics**
- **Concessions de « travaux publics » et de « services »**
- **Définition (Art. 1.3 et 1.4 de la Directive 2004/18/CE et 3.12° Loi 15/06/2006) :**
 - « *La concession de travaux publics/services est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux/services, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.* »
 - Un contrat ;
 - A titre onéreux = **droit d'exploiter** ;
 - Entre un ou plusieurs opérateurs économiques ;
 - Et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ;
 - Ayant pour objet l'exécution de travaux ou de services.
- **A ne pas confondre avec la concession domaniale**
- **Objet principal de la concession : travaux ou services ?**

I) Notions préliminaires (suite)

- Evolution de la notion de « droit d'exploiter » vers la notion de « (transfert du) risque d'exploitation » :

- CJUE, 13 octobre 2005, C-458/03, Parking Brixen

*« La rémunération du prestataire de services provient non pas de l'autorité publique concernée, mais des montants versés par les tiers pour l'usage du parking concerné. **Ce mode de rémunération implique que le prestataire prend en charge le risque d'exploitation des services en question et caractérise ainsi une concession de services publics.** Dès lors, dans une situation telle que celle au principal, il s'agit non pas d'un marché public de services, mais d'une concession de services publics ».*

- CJUE, 18 juillet 2007, C-382/05, Commission / Italie

« L'on est en présence d'une concession de services lorsque le mode de rémunération convenu tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation et implique que celui-ci prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question ».

I) Notions préliminaires (suite)

- CJUE, 10 septembre 2009, C-206/08, WAZV Gotha / Eurawasser

*Il y a concession « dès lors que **le cocontractant prend en charge l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation encouru par le pouvoir adjudicateur**, même si ce risque est, dès l'origine, très limité en raison des modalités de droit public de l'organisation du service. »*

- CJUE, 15 octobre 2009, C-196/08, Acoset SpA

« Si le mode de rémunération est l'un des éléments déterminants pour la qualification d'une concession de services, il ressort, en outre, de la jurisprudence que la concession de services implique que le concessionnaire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question. L'absence de transfert au prestataire du risque lié à la prestation des services indique que l'opération visée constitue un marché public de services et non pas une concession de services. »

- CJUE, 10 mars 2011, C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler

II) Règlementation actuelle relative aux concessions de travaux publics

A) Soumission aux règles de MP

- **Secteurs classiques :**
 - ❖ soumis avec régime ad hoc
 - ❖ Loi du 15/06/2006, art. 3,12° et 34
 - ❖ AR passation du 15/07/2011, art. 147 à 157
 - ❖ AR exécution du 14/01/14, art. 104 et dispositions visées
- **Secteurs spéciaux publics et privés :**
 - ❖ non soumis (Directive 2004/17/CE, art. 18 et Loi 15/06/2006 : art. 45 et 60)
 - ❖ Principes d'égalité, de transparence et de non-discrimination

B) Régime spécifique des concessions de travaux publics, en secteurs classiques :

- **Passation des concessions de travaux publics**

- ❖ Procédure « restreinte » : candidatures et offres (art.151 AR 15/07/11)
- ❖ Avis de concession spécifique et publicité simplifiée (art.149 AR 15/07/11)
- ❖ Liberté de fixation des critères de sélection qualitative (sauf agrégation et engagements des sous-traitants) (art.150 AR 15/07/11)
- ❖ Délais pour les candidatures : 52j/22j (art.151 AR 15/07/11)
- ❖ Absence de délais de dépôt des offres (art.152 AR 15/07/11)
- ❖ Facilité de sous-traitance pour les groupes d'entreprises (art.153 AR 15/07/11)
- ❖ Attribution par négociation, sur base de critères définis(art.154 AR 15/07/11)
- ❖ Possibilité d'attribuer des compléments de travaux au concessionnaire (art.155 AR 15/07/11)

C) Régime spécifique des concessions de travaux publics, en secteurs classiques (suite)

• Exécution des concessions de travaux publics

- ❖ Application partielle du RGE (art. 104 AR 14/01/2013) : souplesse en matière de cautionnement, réceptions, paiements
- ❖ Octroi possible du droit de superficie sur le terrain au concessionnaire (art. 105 AR 14/01/2013) mais
 - sans droit de démolition
 - pas de paiement des immeubles construits par le PA au terme
 - hypothèque possible si accord PA
 - pas de servitude possible
 - cession possible si accord PA
- ❖ Cautionnement fixé en fonction de la valeur des travaux et de l'exploitation (art. 108 AR 14/01/2013)
- ❖ Obligation de continuité du service public (art. 109 AR 14/01/2013)
- ❖ Responsabilité décennale sur les travaux (art. 110 AR 14/01/2013) et assurance (art. 107 AR 14/01/2013)
- ❖ Prix forfaitaire périodique, révisable, à dater de la fin des travaux (art. 111 AR 14/01/2013)
- ❖ Redevance périodique, forfaitaire ou proportionnelle au CA, à dater de la fin des travaux (art. 112 AR 14/01/2013)
- ❖ Durée de la concession : si > 30 ans, résiliable (art. 113 AR 14/01/2013)
- ❖ Résiliation anticipée de la concession en cas de force majeure ou de faute grave, avec indemnités forfaitaires et cession de la propriété au PA (art. 114 AR 14/01/2013)

D) Régime spécifique des concessions de travaux publics, en secteurs classiques (fin)

- **Obligations, en cas de sous-traitance, à charge des concessionnaires (art. 34 Loi) :**
 - Qui sont des pouvoirs adjudicateurs : respect des MP à l'égard des tiers
 - Qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs : respect des règles de publicité fixées à l'art. 157 AR 15/07/11 si > seuil européen, sauf contrat avec une entreprise concessionnaire ou liée (influence dominante, c'est-à-dire majorité au K ou majorité des droits de vote ou majorité dans les organes sociaux)
 - Pas d'autre exigence de passation de ces marchés.

III) Règlementation actuelle relative aux concessions de services

- Définies mais pas régies par la réglementation des MP (art. 17 Directive 2004/18/CE et art. 18 Directive 2004/17/CE) ;
- Principes d'égalité, transparence et non-discrimination : cfr. notamment CJUE, arrêt C-231/03 du 21 juillet 2005, CONAME ;
- Communication interprétative du 29 avril 2000 de la Commission sur les concessions en droit communautaire.

IV) La directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession

1) Introduction

- ❖ Partie de la nouvelle réforme des MP à l'UE
- ❖ Objectif : adopter un cadre juridique approprié, équilibré et flexible pour l'attribution de concessions en vue d'assurer un accès effectif et non discriminatoire au marché et la sécurité juridique
- ❖ Facilitation de l'accès aux PME
- ❖ Directive similaire aux directives MP : 55 articles
- ❖ Transposition requise en droit belge pour le 18 avril 2016

2) Éléments essentiels

- ❖ Application aux concessions de travaux publics et de services (art. 5.1) (sauf les SIGNE)
- ❖ CA total pendant la concession > 5.186.000 EUR (art. 8)
- ❖ PA et entités adjudicatrices (entreprises publiques / entités droits spéciaux ou exclusifs accordés sans MP) (art. 6 et 7)
- ❖ Définition précisée (art. 5.1) :
 - Exigence d'un transfert de risque d'exploitation
 - Risque lié à la demande, à l'offre ou aux deux
 - Présomption de risque si incertitude d'amortissement des investissements engagés
 - Réelle exposition aux aléas du marché

2) Éléments essentiels (suite)

- ❖ Exclusions diverses (art. 10 & svts), notamment :
 - ✓ Les concessions de services attribuées à un PA ou une EP sur base d'un droit exclusif ;
 - ✓ Défense et sécurité;
 - ✓ Acquisition et location de terrains ou biens immeubles existants;
 - ✓ Réseaux d'eau (potable – usée);
 - ✓ Concession entre entité adjudicatrice et entreprise liée (80% de CA);
 - ✓ Concession en quasi « in house » (80% de CA, contrôle analogue et participation privée nulle ou non-bloquante);
 - ✓ Concession en coopération public-public (< 20% de CA en concurrence)

- ❖ Durée des concessions : 5 ans ou plus si justifié sur base des investissements

3) Règles d'attribution des concessions

- ❖ Respect des principes d'égalité, non-discrimination et transparence (art. 30);
- ❖ Publication d'un avis de concession, sauf exceptions (pas d'offre adaptée) (art. 31);
- ❖ Accès électronique gratuit direct et complet des documents de concession (art. 34) :
 - Incluant les spécifications techniques et fonctionnelles (art. 36);
 - Les critères d'attribution (art. 37 -40).
- ❖ Délai de réception des candidatures > 30 jours (ou 22 jours si négociations en phases / -5 jours si offres électroniques) (art. 39);
- ❖ Sélection qualitative : critères d'exclusion énumérés et exigences de capacité proportionnées (art. 38);
- ❖ Information des candidats retenus;
- ❖ Critères d'attribution objectifs et liés à l'objet de la concession, listés par ordre décroissant d'importance;
- ❖ Publication d'un avis d'attribution de concession (art. 32).

4) Règles d'exécution des concessions

- ❖ Identification des sous-traitants et responsabilité (art. 42);
- ❖ Modification de la concession (art. 43) :
 - Suivant formule de révision prévue dans les documents;
 - Travaux ou services supplémentaires nécessaires (< 50%) (avis de marché);
 - Modification nécessaire due à des circonstances imprévues (< 50%) (avis de marché);
 - Remplacement de concessionnaire;
 - Modifications non-substantielle;
 - Modifications < 10% de la concession initiale.
- ❖ Résiliation possible de la concession si (art. 44) :
 - Modification substantielle;
 - Concessionnaire en situation d'exclusion;
 - Manquement dans l'attribution constaté par la CJUE.

CONCLUSIONS

- ❖ Pas de concession sans transfert du risque d'exploitation : sinon MP;
- ❖ Si concession, obligations accrues de transparence, égalité et non-discrimination;
- ❖ Favoriser l'accès aux contrats publics, notamment pour les PME;
- ❖ A quand une nouvelle loi « concessions » ?

A blue-tinted photograph of classical columns with the text "Merci pour votre attention." overlaid in orange.

Merci pour votre attention.