

LES CONCESSIONS : RÉNOVATION OU RÉVOLUTION ?

Transposition de la directive 2014/23/UE



Actes du Colloque IGD du jeudi 24 septembre 2015



Institut de la
gestion déléguée

Les Echos

SciencesPo
CHAIRE MUTATIONS DE L'ACTION
PUBLIQUE ET DU DROIT PUBLIC


UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE


UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

ÉDITO DE HUBERT DU MESNIL

PRÉSIDENT DE L' INSTITUT
DE LA GESTION DÉLÉGUÉE



La gestion déléguée des services publics représente 7 % du PIB français, générant un chiffre d'affaires de 130 milliards d'euros pour un total de 1,8 million d'emplois en France. La concession, qui en est l'un de ses principaux outils, constitue ainsi un levier de développement économique au bénéfice des collectivités et de l'État.

Hérité d'une longue pratique, ce modèle s'est imposé aux quatre coins du monde permettant à des groupes français de devenir leaders mondiaux et aux collectivités de bénéficier d'un choix entre des modes de gestion garants de l'efficacité de leur service public.

La directive européenne 2014/23/UE relative aux contrats de concession, adoptée en février 2014, vient harmoniser les règles en matière d'attribution et d'exécution de ces contrats à l'échelle de l'Union européenne et ainsi impacter leur cadre juridique en France.

Le processus de transposition de la directive en France viendra-t-il « rénover » sans remettre en cause les grands équilibres de notre droit ou bouleverser le cadre juridique de la DSP ?

Ce colloque, animé par Guillaume BREGERAS, rédacteur en chef du cahier « Entreprises & Collectivités » Les Echos, permettra de s'interroger sur ces grands enjeux en donnant la parole aux représentants de l'État, élus, universitaires, opérateurs et représentants européens.



9 h 00 : Accueil des participants et petit déjeuner**9 h 30 : Introduction générale par Pierre DELVOLVÉ,**

Membre de l'Institut, Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon Assas

10 h 00 : Table Ronde 1 : Point d'étape de la transposition en France et dans les autres États membres : convergences, divergences et résistances

La directive européenne 2014/23/UE relative aux contrats de concession, adoptée en février 2014, vient harmoniser les règles en matière d'attribution et d'exécution de ces contrats à l'échelle de l'Union européenne. Quel est le calendrier de la transposition de cette directive ? Quels sont les choix opérés par la France et par les autres États membres ?

Intervenants :

- **Stéphane BRACONNIER**, Professeur de droit public, université Paris 2 Panthéon-Assas
- **Pierre DELSAUX**, Directeur Général Adjoint – Direction générale Marché intérieur, industrie, entrepreneuriat et PME – Commission européenne
- **Hélène HOEPFFNER**, Professeur droit public – Université Toulouse I
- **Jean MAÏA**, Directeur des Affaires Juridiques de Bercy
- **Thierry FRANCK DE PREAUMONT**, Président d'IDEX

11 h 30 : Table Ronde 2 : Quelles garanties de l'efficacité économique des concessions ?

La gestion déléguée des services publics représente 7% de notre PIB, générant un chiffre d'affaires de 130 milliards d'euros pour un total de 1,8 million d'emplois en France. Quelles seront les implications juridiques et économiques de cette réforme ? À quelle condition la gestion déléguée pourrait-elle rester pour l'État et les collectivités un levier de développement économique ?

Intervenants :

- **François ARBAULT**, Chef de l'Unité Stratégie des marchés publics - Direction générale Marché intérieur, industrie, entrepreneuriat et PME - Commission européenne
- **Laurent VIDAL**, Directeur du département de droit public de l'économie (IRJS), Université Paris I Panthéon Sorbonne et avocat au Barreau de Paris
- **Pierre COPPEY**, Président ASFA
- **Jean-Pierre FARANDOU**, Président de l'UTP
- **Pascal PESLERBE**, Directeur commercial valorisation et innovation, Veolia propreté France
- **Hubert du MESNIL**, Président de l'IGD

13 h 00 : Pause déjeuner / Cocktail déjeunatoire**14 h 00 : Table Ronde 3 : Que reste-t-il de la DSP ?**

Hérité d'une longue pratique, notre modèle a permis à des groupes français de devenir leaders mondiaux et aux collectivités de bénéficier d'un choix entre des modes de gestion garants de l'efficacité de leur service public. Le processus de transposition de la directive en France viendra-t-il « rénover » notre droit sans en remettre en cause les grands équilibres ?

Intervenants :

- **Philippe LAURENT**, Secrétaire Général de l'Association des Maires de France, député-maire de Sceaux.
- **Laurent RICHER**, Professeur de droit public- Paris I Panthéon Sorbonne
- **Philippe MAILLARD**, Président de FP2E
- **Jean-Marc JANAILLAC**, PDG TRANSDEV
- **Bruno GAZEAU**, Président FNAUT: le point de vue des usagers

15 h 30 : Conclusion par Jean-Bernard AUBY,

Professeur de droit public à Sciences Po -

Directeur de la Chaire «Mutations de l'Action Publique et du Droit Public»

INTERVENANTS



Guillaume BREGERAS

Chef de service « marchés publics », il dirige le cahier hebdomadaire Entreprises & Collectivités depuis un an.

Avant de rejoindre Les Echos en 2014, il occupait la fonction de rédacteur en chef adjoint du magazine LSA (Groupe Infopro), après avoir passé plusieurs années en tant que journaliste indépendant pour la presse grand public et créé un journal d'information gratuit sur le jazz.



Pierre DELVOLVÉ

Membre de l'Institut (Académie des sciences morales et politiques)

Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon -Assas

Cofondateur et codirecteur de la Revue française de droit administratif

Consultant et arbitre en matière administrative et constitutionnelle

Il est l'auteur de nombreux ouvrages dont : Le principe d'égalité devant les charges publiques (préf. G.Vedel), LGDJ, 1969; Le droit administratif (Coll. Connaissance du droit, Dalloz), 6^{ème} éd. 2014; Droit public de l'économie (Dalloz, 1998) (nouvelle édition à paraître en 2016) et coauteur du Traité des contrats administratifs (LGDJ ; 2 vol. ; 2^{ème} éd. 1983-1984), avec A. de Laubadère et F. Moderne ; Coauteur depuis 1980 de l'ouvrage de Droit administratif du Doyen Vedel (PUF, coll. Thémis) et depuis 1990 des Grands arrêts de la jurisprudence administrative (Dalloz, 20^{ème} éd. 2015) avec MM. Long, Weil, Braibant et Genevois.

Il a également écrit de nombreux articles qui doivent *paraître prochainement* : « Précisions sur la validité et le contentieux des contrats », Revue française de droit administratif 2015, n° 5

« Les marchés de partenariat » in Des contrats de partenariat aux marchés de partenariat, éd. Bruylant

« Service public, travaux publics, domaine public : les transformations de la concession », in Mélanges en l'honneur du Président Long, Dalloz.



Thierry FRANCK de PREAUMONT

Ingénieur des Ponts et Chaussées de formation, Thierry Franck de Préaumont a consacré l'essentiel de sa carrière au service public, d'abord au sein de l'administration, puis avec le Groupe GDFSUEZ, où il a notamment été successivement DGA de Degrémont, Président d'Endel, de CPCU et de Climespace.

Thierry Franck de Préaumont est depuis 2012 Président du groupe IDEX.

Thierry Franck de Préaumont est Vice-Président de FEDENE et Président du SNCU.



Stéphane BRACONNIER

Stéphane Braconnier est agrégé de Droit public et professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas), où il dirige le Master Professionnel de «Droit Public de l'Économie».

Il préside l'Association française de droit des collectivités locales et l'École des Partenariats Public-Privé.

Il est en outre consultant au sein de l'équipe Droit Public du cabinet Bird&Bird. Il dispose d'une expertise incontestée dans plusieurs domaines du droit public des affaires : droit des marchés publics, délégations de service public et partenariats public-privé, droit des services publics, droit public de la concurrence.

Il est l'auteur de nombreuses publications sur ces sujets et anime fréquemment, en France et à l'étranger, des séminaires et sessions de formation.



Pierre DELSAUX

Juriste de formation (Liège, Northwestern University-Chicago), Pierre Delsaux a d'abord été le collaborateur direct du juge belge (René Joliet) à la Cour de Justice.

Il a ensuite travaillé au Service juridique de Solvay SA. Il a aussi enseigné le droit de la propriété intellectuelle à l'Université de Liège, pendant vingt ans.

Fonctionnaire à la Commission européenne depuis 2001, il a occupé différentes fonctions de responsabilité dans les secteurs du droit de la concurrence, des marchés publics et des services financiers. Il a été nommé Directeur dans le domaine des services financiers en 2007. Il a notamment été impliqué dans de nombreuses négociations internationales sur les règles de comptabilité et d'audit. Depuis 2011, il est Directeur Général adjoint responsable pour le Marché intérieur. À ce titre, il gère plusieurs centaines de personnes.

Il a la responsabilité pour préparer et mettre en œuvre la politique de la Commission dans des domaines comme la libéralisation des services, le commerce électronique ou encore les marchés publics. Il est aussi impliqué dans la préparation des « *Country specific recommendations* ». Enfin, il supervise la politique d'infractions dans le domaine du marché intérieur.



Hélène HOEPFFNER

À la suite de son doctorat (*La modification du contrat administratif*, LGDJ 2009), Hélène Hoepffner est devenue maîtresse de conférences à l'Université Panthéon Assas puis professeur agrégé à l'Université Toulouse 1 Capitole où elle assure des enseignements principalement en droit administratif (général, des biens, des contrats).

L'essentiel de ses travaux de recherche est consacré au droit des contrats administratifs.

Elle est notamment membre du comité de rédaction de la revue *Contrats et Marchés publics*.



Jean MAÏA

Avant d'être nommé directeur des affaires juridiques, il exerçait la fonction de conseiller juridique au cabinet du ministre de l'économie et des finances.

Ancien élève de l'École normale supérieure, Jean Maïa est diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris. À sa sortie de l'École nationale d'administration, en 1997, il a été nommé auditeur au Conseil d'État, rapporteur à la Section du contentieux, puis rapporteur à la Section des travaux publics.

Responsable du Centre de documentation du Conseil d'État de septembre 2000 à février 2002, il a ensuite rempli, entre mars 2002 et mars 2006, les fonctions de conseiller juridique au secrétariat général du comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne, devenu le secrétariat général des affaires européennes en octobre 2005.

Entre avril 2006 et juin 2012, il a été conseillé technique pour la qualité de la réglementation auprès du Premier ministre, puis chef du service de la législation et de la qualité du droit au secrétariat général du Gouvernement.

Depuis juin 2012, avant sa nomination au poste de directeur des affaires juridiques, Jean Maïa exerçait la fonction de conseiller juridique au cabinet du ministre de l'économie et des finances.



François ARBAULT

François Arbault dirige l'unité «Stratégie des marchés publics» de la Direction générale «Marché intérieur, Industrie, Entrepreneuriat et PME» à la Commission européenne depuis Juin 2015. Diplômé en sciences politiques et en droit et titulaire d'un Master d'études européennes du Collège d'Europe de Bruges, François Arbault intègre la Commission européenne en septembre 1995.

Il rejoint rapidement la Direction générale de la Concurrence, où il exerce successivement diverses fonctions. En août 2003, il est détaché auprès du Tribunal général de l'Union européenne, en tant que Référénaire au sein du Cabinet de Madame le juge Maria-Eugenia Martins Ribeiro.

François Arbault rejoint ensuite le Service juridique de la Commission en janvier 2006. Il devient membre du Cabinet du Vice-Président Jacques Barrot, Commissaire à la Justice, la Liberté et la Sécurité en octobre 2008, puis rejoint en janvier 2010 le Cabinet de Michel Barnier, Commissaire en charge du Marché intérieur et des services financiers. François Arbault devient en août 2013 chef de l'unité «Propriété industrielle» à la Direction générale du Marché intérieur, avant de rejoindre la Direction du Marché unique pour les administrations publiques en juin 2015.



Laurent VIDAL

Laurent Vidal est enseignant-chercheur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne).

Outre le master 2 « Droit public des affaires » et le diplôme d'université « Droit de l'énergie », il codirige le Département de droit public de l'économie de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne - André Tunc (IRJS).

Il est par ailleurs avocat spécialisé en droit public au barreau de Paris. Ses activités l'ont conduit à travailler sur les rapports entre le droit et l'économie.



Pierre COPPEY

Pierre Coppey, diplômé de l'Institut d'études politiques de Strasbourg et de l'École nationale supérieure des PTT, a commencé sa carrière à la direction de la communication de La Poste.

Entré dans le groupe VINCI (SGE) en 1992, il a occupé différentes fonctions avant de devenir directeur puis directeur général adjoint en charge de la communication, des ressources humaines et des synergies.

Fin 2007, Pierre Coppey devient président-directeur général de Cofiroute.

En juillet 2009, il est nommé président de VINCI Autoroutes, qui regroupe ASF, Cofiroute, Escota et Arcour. Le 15 avril 2014, Pierre Coppey est nommé directeur général délégué de VINCI et président de VINCI Concessions. Il est également président de l'Association des sociétés françaises d'autoroutes depuis 2012 et président de l'association Aurore depuis 2000.



Jean-Pierre FARANDOU

Jean-Pierre Farandou, ingénieur des Mines de Paris, a travaillé pour la compagnie minière américaine AMAX à Denver (Colorado) avant de rentrer à la SNCF en 1981.

Après avoir occupé différents postes de responsable production et marketing, il a été nommé chef de projet pour le lancement du TGV Paris-Lille en 1993.

Il a ensuite créé à Bruxelles la structure juridique de Thalys International dont il a assuré la direction générale de 1993 à 1998. Il a été successivement Directeur des Cadres RH de 1998 à 2000 et Directeur Adjoint Grandes Lignes de 2000 à 2002.

Il a dirigé jusqu'en janvier 2005, la région SNCF Rhône Alpes dont le réseau TER est le plus important de France puis a pris le poste de Directeur Général de Keolis Lyon (4200 salariés) opérateur des bus, métros et tramways lyonnais.

Il est nommé en octobre 2006 Directeur de la Branche SNCF Proximités, regroupant Transilien, les 20 TER, Intercités et le Groupe Keolis/EFFIA.

Nommé le 1^{er} juin 2012 Directeur Général Délégué de l'EPIC SNCF, il prend le poste de Président du Directoire le 7 août 2012.



Laurent RICHER

Laurent RICHER, Avocat au Barreau de Paris, spécialiste en droit public et en droit économique (Cabinet Richer & Associés), Professeur émérite de droit public de l'Université Paris I (École de droit de la Sorbonne), Président de la commission juridique de l'IGD.

Auteur de nombreux articles de revues dans le domaine du droit des contrats publics et des ouvrages : Droit des contrats administratifs (LGDJ, 9e éd. 2014), l'Europe des marchés publics (Lextenso, 2009), La concession en débat (LGDJ, 2014).

Il est co-auteur et directeur scientifique de l'ouvrage collectif Délégation de service public (éd. Moniteur).



Pascal PESLERBE

Pascal Peslerbe travaille au sein du groupe Véolia depuis 20 ans. Directeur d'Agence Régionale en Rhône-Alpes pendant 7 ans, il devient en 1997, Directeur Régional des activités du groupe dans les Territoires d'Outre-Mer (Polynésie et Nouvelle Calédonie). Il met en place deux filières de traitement de déchets avec centre de valorisation matières et stockage de déchets et gère les activités de collecte et de traitement de déchets liquides et solides.

En 2004, il prend la direction de la Routière de l'Est Parisien (stockage de déchets, valorisation matériaux et valorisation énergétique), filiale de VEOLIA Propreté Ile de France.

Il devient, en 2006, Directeur du Pôle Traitement de VEOLIA Propreté Ile de France où il coordonne les opérations de quatre directions d'Agence Régionale et pilote les grands projets de développement.

En 2009, il est également nommé Directeur Général Délégué de VEOLIA Propreté Ile de France.

En 2012, Il est nommé Directeur Commerce Valorisation Innovation de l'activité Recyclage et Valorisation des Déchets de Veolia France.



Hubert du MESNIL

Hubert du Mesnil, diplômé en 1969 de l'École polytechnique, et de l'École Nationale des Ponts et Chaussées en 1974, est Ingénieur général des Ponts et Chaussées depuis 2001.

De 1974 à 1981, Hubert du Mesnil est chef du Service Maritime d'Ille-et-Vilaine à la Direction Départementale de l'Équipement et assure parallèlement la Direction du port de Saint-Malo.

Après avoir été Directeur de l'exploitation du port autonome de Marseille entre 1981 et 1987, il prend la tête du port autonome de Dunkerque. Nommé par la suite à la Direction des Ports et de la Navigation maritimes au Ministère de l'Équipement et des Transports en 1993, Hubert du Mesnil poursuivra comme directeur des transports terrestres au Ministère des Transports de 1995 à 2001. Il rejoint alors Aéroports de Paris, en tant que Directeur Général pour une durée de quatre ans. En octobre 2005, Hubert du Mesnil devient Directeur Général de Réseau Ferré de France, puis est nommé Président-Directeur Général en septembre 2007.

Il a été Président de nombreux organismes, tels que « European Infrastructure Managers », l'Institut français des sciences et technologies des transports, de l'aménagement et des réseaux, RAILENIUM, Institut de Recherche Technologique pour l'infrastructure et les systèmes ferroviaires ou encore la Fondation Nationale Entreprise et Performance.

Il est depuis novembre 2012 Président de l'Institut de la Gestion Déléguée, et depuis mars 2013 Président de la société Lyon- Turin Ferroviaire (LTF).



Philippe LAURENT

Élu local depuis 1977 à Sceaux : conseiller général des Hauts-de-Seine de 1998 à 2011, et maire depuis mars 2001 (3^{ième} mandat), Philippe Laurent est professionnel du conseil et a accompagné pendant vingt-cinq ans près de 1000 collectivités locales dans les domaines du management, de la gestion et de la communication financières, de l'intercommunalité, de la fiscalité locale et de la mise en place d'outils de gestion.

Il a créé en 1991 sa propre entreprise de conseil spécialisée dans la gestion locale, qui a compté jusqu'à 28 collaborateurs, et qu'il a cédée en 2006. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages et de nombreux articles sur la gestion publique locale, la décentralisation et la gouvernance locale.

Il préside ou participe à de nombreuses instances de réflexion et de proposition dans ces domaines, et notamment aux instances consultatives nationales. Il préside le Conseil supérieur de la fonction publique territoriale (CSFPT). Il exerce des responsabilités dans de nombreuses associations de collectivités locales en France. Il enseigne au CNAM.



Philippe MAILLARD

Ingénieur diplômé de l'École Polytechnique et de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, Philippe Maillard intègre Lyonnaise des Eaux en 1993 et occupe depuis diverses fonctions de direction dans le Groupe Suez, tant dans les métiers de l'eau, que celui des déchets, en France et à l'International (Porto Rico et Australie).

En octobre 2011, Philippe Maillard est nommé Directeur Général de Lyonnaise des Eaux. Il est membre du Comité Exécutif de Suez. Depuis mars 2013, Philippe Maillard est également Directeur Adjoint de la Business Unit Water Europe regroupant les activités Eau de Suez en Europe.

En avril 2014, il a été élu à la Présidence de la Fédération professionnelle des entreprises de l'eau.



Jean-Marc JANAILLAC

Jean-Marc JANAILLAC est diplômé d'HEC, titulaire d'une licence en droit, ancien élève de l'ENA.

Il a été Directeur de cabinet du préfet du Finistère, puis du préfet du Val d'Oise (1980-1983), Chef de cabinet du secrétaire d'État au tourisme (1983-1984), Directeur général du Service français du tourisme à New York (1984-1987), Directeur général du GIE Maison de la France (1987-1997), Directeur général adjoint en charge des affaires commerciales, puis directeur général délégué d'AOM (1997-2000), Président directeur général du groupe Maeva (2000-2002), Président de l'Office du tourisme et des congrès de Paris (2002-2004) et Directeur général au développement du groupe RATP et président du directoire de RATP Dev. (2004-2012)

Il est le Président directeur général de Transdev depuis le 3 décembre 2012 et membre du comité de direction du groupe Caisse des Dépôt.



Bruno GAZEAU

Bruno Gazeau est diplômé de l'ESSEC.

Après un séjour aux USA (cycle Master de UCLA), il entre comme ingénieur conseil au BERU (Bureau d'Étude et de Réalisations Urbaines). Il y reste cinq ans avant de devenir directeur de l'Agence de Développement du Territoire de Belfort en charge des services marchands des collectivités (eau, logement, transport, économie). Il modernise le réseau de transport de Belfort.

En 1985, il devient le premier directeur des services de la Région Franche Comté, où il réalise la séparation des services de l'État et de la Région. Après trois passages en cabinets ministériels (Recherche, Industrie, Éducation), il poursuit une carrière classique de directeur commercial et directeur grand compte dans différents secteurs (industrie, édition). Puis en 2003, il rejoint l'UTP qu'il va diriger pendant dix ans, la faisant passer d'organisation professionnelle des transports à celle de la mobilité, en l'ouvrant aux opérateurs ferroviaires, aux gestionnaires d'infrastructure, ou stationnement. Rompu aux négociations sociales, il a signé une quinzaine d'accords sociaux, dont celui du service garanti dans l'urbain et les accords sur le fret dans le ferroviaire.

Retraité depuis 2014, il a créé sa propre entreprise.



Jean-Bernard AUBY

Professeur à Sciences Po Paris depuis 2006, directeur de la Chaire « Mutations de l'Action Publique et du Droit Public ».

Il a été de 1998 à 2000, directeur adjoint de l'Institut de droit européen et comparé de l'Université d'Oxford, de 1989 à 1993, doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Paris XII (Saint-Maur), de 1994 à 2006, professeur de droit public à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas).

Il est Professeur invité auprès des Universités de Pompeu Fabra de Barcelone (2006), de Rome - La Sapienza (2007), de Kobé, Japon (2008), Bocconi de Milan (2009) et de l'Université de Pennsylvanie (2009).

Président d'honneur de l'Association Française de Droit des Collectivités Locales (AFDCL), Jean -Bernard Auby est Directeur du Juris-Classeur Administratif, Editions Lexis Nexis, Directeur de la revue « Droit Administratif », Editions Lexis Nexis et Directeur de la collection « Droit Administratif/ Administrative Law », Editions Bruylant, ainsi que membre des comités éditoriaux de « European Public Law », de la « Review of European Administrative Law », de « l'International & Comparative Law Quarterly » et de la « Revue Européenne de Droit Public ».

Il est l'auteur de divers ouvrages, dont: Droit de la fonction publique, Dalloz, 5^e édition, 2009 ; La décentralisation et le droit, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006.



INTRODUCTION GÉNÉRALE PIERRE DELVOLVÉ

MEMBRE DE L'INSTITUT,
PROFESSEUR ÉMÉRITE,
UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-ASSAS



Guillaume BREGERAS - Bonjour à toutes, bonjour à tous. Bienvenue à la faculté d'Assas. Bienvenue au colloque de l'IGD sur les concessions : rénovation ou révolution ? On a vécu et on est en train de vivre une année particulièrement riche... Je suis Guillaume Bregeras, je m'occupe du cahier "entreprises et collectivités", au sein du journal Les Échos. Je suis ravi d'animer cette journée qui va être riche en enseignements et en débats. Donc, les concessions : rénovation ou révolution ? Une question est posée. On essaiera d'y répondre tout au long de cette journée. Je vous invite à préparer vos questions et surtout à ne pas hésiter à nous les poser et à les poser aux intervenants, des grands spécialistes qui vont pouvoir vous éclairer. Donc surtout, n'hésitez pas. Il y a des micros qui vont tourner pendant toute la journée et vous êtes évidemment bienvenue pour poser vos questions. La journée va se dérouler en 3 temps. Vous allez avoir deux premières tables rondes ce matin, suivies d'une pause pour déjeuner. Et ensuite, il y aura une dernière table ronde qui clôturera la journée. Donc pour ouvrir, une allocution qui va être faite par Monsieur Delvolvé que j'invite à me rejoindre, Professeur émérite que vous connaissez, j'imagine pour la plupart. Et, qui je crois, a donné son dernier cours en 2010, juste ici même, dans ces locaux. Donc, c'est avec un grand plaisir qu'on l'accueille et merci encore d'ouvrir ce colloque.

Pierre DELVOLVÉ - Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, les concessions sont anciennes, elles font l'objet d'une réglementation nouvelle. Mais de la même manière qu'on ne peut comprendre le Nouveau Testament qu'en se référant à l'Ancien, on ne peut comprendre la réglementation nouvelle qu'en remontant dans le passé. Il nous faut donc rappeler l'ancien pour venir au nouveau.

L'ancien : les concessions vivent depuis longtemps et avec peu de textes. C'est dans un cadre législatif très limité que se sont développés les réseaux de chemins de fer, les réseaux de gaz, les réseaux d'électricité et ceux de l'eau. Le domaine des concessions s'est étendu aux spectacles, casinos, théâtres, à la restauration collective, à l'aménagement régional, à l'aménagement urbain, aux autoroutes, aux déchets, à l'assainissement, pour ne citer que les exemples les plus importants.

Pour l'essentiel, c'est dans le cadre de la jurisprudence que toutes ces concessions ont pu vivre. Elle a donné quelques grands arrêts : "Déville-Lès-Rouen", "Chemins de fer de l'est", "Tramways de Marseille", "Gaz de Bordeaux", "Tramways de Cherbourg", pour ne citer que les plus connus.

Le cadre conceptuel a été défini par le commissaire du gouvernement Chardonnet dans ses conclusions sur l'arrêt du 30 mars 1916, "Gaz de Bordeaux": la concession, « c'est le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subventions, avec ou sans garantie d'intérêts, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou du service ». De 1916 à 2015, rien n'a changé. Tout y est : le contrat, les frais à la charge du concessionnaire, la rémunération par l'exploitation de l'ouvrage ou l'exécution du service, la distinction de deux objets de la concession (travaux, service). Nous en serons au même stade à la fin de cette journée.

Dans le cadre de cette jurisprudence, ont été mises en évidence deux caractéristiques essentielles de la concession : l'*intuitus personae*, le service public. L'*intuitus personae* implique le libre choix du concessionnaire et une négociation permettant de déterminer les droits et obligations des parties. Au service public s'appliquent des principes qui ont été dégagés à propos des concessions : le principe de continuité, le principe d'adaptabilité, le principe d'égalité, avec des droits pour les tiers de contester l'attribution et les clauses de la concession, et pour les usagers d'invoquer à leur profit ces clauses pour en faire assurer le respect.

Le cadre législatif a longtemps été mince : des lois d'approbation de certaines concessions, notamment en matière de chemins de fer ; des lois précisant le régime de certaines concessions, notamment en matière d'électricité la loi de 1906 complétée par la loi de 1925 ; en matière d'aménagement régional, la loi de 1951 ; des lois sur l'urbanisme pour les concessions d'aménagement ; la loi du 18 avril 1955 s'agissant des concessions d'autoroutes. De plus ont été adoptées des dispositions réglementaires avec des cahiers des charges types, notamment en matière de transport, d'eau. Mais la législation et la réglementation portant sur les concessions étaient partielles. De cadre législatif d'ensemble, point !

Il va venir progressivement. D'abord, mais sans grand développement, la loi d'orientation du 6 février 1992 sur l'administration territoriale de la République parle, pour la première fois, de convention de délégation de service public, formule appelée à un grand avenir, notamment avec la loi, que vous tous connaissez bien, du 29 janvier 1993 sur la corruption de la République, dont les articles 38 et suivants se rapportent aux conventions de délégation de service public.

Déjà, avec cette formule générale de la convention de délégation de service public, la concession s'introduit dans une notion plus vaste. Elle est sans doute la convention de délégation de service public la plus importante,

mais elle est complétée dans cette notion générale par l'affermage, la régie intéressée, voire par des contrats innomés. Je ne parle pas de la gérance, puisque notamment avec l'arrêt de 1999, "commune de Guilhaumand-Granges", la gérance a finalement rejoint le champ des marchés.

L'évolution législative interne s'est doublée d'une évolution législative européenne. Mais ce fut d'abord par la bande, par le travers des marchés publics et des directives dont ils ont été l'objet par étapes successives, le législateur européen prenant et reprenant ses textes. Ils ont évoqué les concessions d'abord à propos des marchés de travaux: la directive du 26 juillet 1971, la directive du 18 juillet 1989, la directive 93/37 du 14 mars 1993, qui toutes portent sur des marchés de travaux, ont toutes une définition de la concession de travaux publics pour exclure la concession du champ de la réglementation des marchés. Mais cette définition est calée sur celle des marchés : la concession de travaux publics a pour caractéristique d'avoir le même objet que celui des marchés de travaux, avec une rémunération résultant du droit d'exploiter l'ouvrage ou de ce droit assorti d'un prix.

La directive 2004/18 du 31 mars 2004 sur les marchés de travaux, qui reprend encore la même définition de la concession de travaux publics comporte cette fois des dispositions sur certains aspects de son régime. Il nous a donc fallu la transposer à ce sujet. C'est ce qui a été fait par l'ordonnance du 15 juillet 2009 (qui a obtenu valeur législative par sa ratification en 2012), et a fait l'objet d'un décret d'application du 26 avril 2010. Une innovation est résultée de l'inclusion dans le champ d'application de ces textes, de concessions qui sont conclues entre des personnes privées.

Mais de la concession de service, il n'est pas encore question dans les directives. C'est encore la jurisprudence, mais cette fois-ci essentiellement celle de la Cour de justice de l'Union européenne, qui a apporté certains éléments pour identifier la concession et pour en préciser le régime. On ne peut ici que rappeler des arrêts que vous connaissez tous : les arrêts sur le risque d'exploitation "*Parking Brixen GmbH*" du 13 octobre 2005 et "*Norma-A SIA*" du 10 novembre 2011. Le Conseil d'État a lui-même mis en évidence l'importance du risque d'exploitation comme critère de la concession, dans son arrêt du 7 novembre 2008, "*Département de la Vendée*". S'agissant du régime, la jurisprudence "*Telaustria*" du 7 décembre 2000 a, à partir du principe de non-discrimination, mis en place une obligation de procédure comportant publicité, ouverture à la concurrence. Grand principe, beau principe, mais pas toujours facile à mettre en œuvre.

Nous en étions là lorsqu'il a fallu reprendre le processus législatif relatif aux marchés publics. Cette fois-ci les concessions ne sont plus l'objet de dispositions dans une directive relative aux marchés, elles donnent lieu à une directive spéciale, celle qui nous réunit aujourd'hui : la directive 2014-23 du 26 février 2014.

Voilà le nouveau - nouveau qui n'est pas achevé puisqu'à la directive, pour la transposer, doit s'ajouter une ordonnance et un décret, dont, Monsieur le Directeur, vous avez soumis les projets à la concertation. C'est de tous ces textes qu'il faut parler pour identifier ce qui est nouveau. Il y a deux caractéristiques à mettre en évidence : s'agissant de l'identification de la concession, sa généralisation ; s'agissant du régime de la concession, ses contradictions.

Généralisation de la concession par les définitions qui sont données par la directive et par le projet d'ordonnance, et par un champ d'application qui couvre en principe tous les pouvoirs adjudicateurs, toutes les entités adjudicatrices et tous les domaines.

Pouvoirs adjudicateurs, entités adjudicatrices : vous savez bien que parmi eux, pour l'essentiel, on trouve des personnes morales de droit public (État, collectivités territoriales et leurs groupements, établissements publics, personnes publiques « particulières ») mais qu'on trouve aussi des personnes morales de droit privé (principalement des sociétés). C'est pour nous, en droit français, une grande nouveauté par rapport à tout ce que nous avons connu précédemment. Elle se trouvait déjà dans les textes sur les concessions de travaux (directive de 2004, ordonnance de 2009). Elle est maintenant étendue à toutes les concessions : c'est bien la généralisation personnelle de la notion et du régime de la concession.

Champ d'application matériel : la définition de la concession est générale et couvre aussi bien les travaux que les services, avec une subdivision distinguant le cas des travaux et celui des services, et un petit ajout dans le projet d'ordonnance, pour les services publics. Mais, pour l'essentiel, la notion de concession constitue un ensemble unique, couvrant toutes les personnes pouvant passer des concessions et tous les domaines dans lesquels une concession peut être passée.

Ainsi, nos concessions de service public, nos concessions de travaux publics, qui avaient fait l'objet de certaines précisions en jurisprudence et en législation, sont intégrées, je ne dis pas noyées, mais sont intégrées dans un ensemble plus vaste. Si déjà la concession était une subdivision de la convention de délégation de service public avec la loi de 1993, la concession de service public n'est qu'une subdivision de la concession de service, elle-même sous-catégorie de la concession en général. Elle couvre des activités multiples. Nous avons déjà vu en France combien la concession de service public s'est étendue à des domaines variés. Avec les nouveaux

textes, l'éventail des matières concessives s'ouvre à des activités qui ne sont plus nécessairement des activités de service public ou de travaux publics.

En restent exclus des contrats ne correspondant pas aux critères de la concession que sont l'attribution au cocontractant, de l'exécution de travaux ou de celle d'un service, avec transfert du risque d'exploitation, moyennant une rémunération consistant dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service (assorti éventuellement d'un prix). Ainsi n'entrent dans le champ des textes sur les concessions ni les marchés publics (en ce que le cocontractant y est seulement rémunéré par un prix et que le risque d'exploitation ne lui est pas transféré) ni les concessions domaniales ne confiant au cocontractant aucun service ni aucun travail, mais lui permettant seulement d'occuper une dépendance domaniale dans son seul intérêt – qu'il vaudrait mieux désormais appeler simplement conventions domaniales pour éviter toute confusion avec les vraies concessions.

Ce qui reste inclus dans le champ des concessions, personnellement et matériellement, est déterminé de manière très large, par une volonté de généralisation et en même temps de simplification pour que cet ensemble soit régi par des règles homogènes.

Vous êtes sûr ? Si l'on regarde les solutions adoptées, ou en voie de l'être, on observe certaines contradictions.

Oh ! Je n'insisterai pas sur les contradictions dans les termes « procédures simplifiées », « procédures formalisées », « procédures négociées » : la procédure simplifiée est déjà une procédure formalisée ; la formalisation est au cœur même d'une procédure (procédure formalisée est donc un pléonasme). Il faudrait plutôt dire « encadrement de la procédure », en distinguant une procédure simplifiée et une procédure normale ou procédure de droit commun - ce serait plus exact, Monsieur le Directeur. Quant à « procédure négociée », c'est un monstre de langage au regard de la langue française. Je sais bien que l'expression vient des directives communautaires et qu'il faut l'imputer aux négociateurs français ou aux traducteurs. Mais il n'y a pas de « procédure négociée » : ce n'est pas la procédure qui est négociée, c'est le contrat qui l'est. L'adjectif « négocié » ne se rapporte pas à la procédure, il se rapporte à l'objet de la procédure : le contrat. Il y a des procédures de négociation. Alors, pour le respect de la langue française, rayez définitivement la « procédure négociée » et substituez-lui « la procédure de négociation ». On dira que c'est secondaire. Mais non ! Les mots correspondent à des notions, et la perversion des mots, c'est la perversion des notions.

Parlons du fond. Les auteurs des textes ont bien compris qu'en dépit de leur volonté d'unification, de généralisation, il y avait des spécificités à prendre en compte. On ne peut pas contester qu'il y ait matière à adapter certaines solutions aux particularités de telle ou telle situation. Mais si l'on regarde les textes, on observe d'une part que certaines spécificités sont peu justifiables et d'autre part que d'autres spécificités n'ont pas été prises en compte.

Les spécificités peu justifiables constituent une contradiction majeure par rapport avec la volonté de généralisation et d'unification qui a conduit à l'adoption des nouveaux textes. Elles apparaissent organiquement et matériellement.

Organiquement, nous avons vu, avec les pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices, l'extraordinaire généralité des personnes morales, de droit public, de droit privé, qui sont couvertes par nos textes. Et cependant, il y a des cas où organiquement les obligations résultant des textes ne sont pas imposées. Ce sont, non pas des exceptions, mais plus grave, des exclusions. Vous les trouvez facilement dans les textes, s'agissant des entreprises dépendantes et des entreprises liées.

Vous y retrouvez ce que l'on appelait naguère encore d'un vocabulaire détestable, les relations « in-house », que, Monsieur le Directeur, vous avez transformé, et merci cette fois pour la langue française, en « quasi régies », que je préfère appeler « entreprises dépendantes ». La directive et, pour sa transposition, le projet d'ordonnance comportent une extension des critères de ces entreprises, entraînant leur soustraction au champ des textes sur la concession.

Ce n'est pas tout: sont également exclues les entreprises liées, nouvellement et largement définies; c'est encore une extension des exclusions et donc de la soustraction des concessions correspondantes aux règles de la concession. Faut-il voir dans les dispositions adoptées à ce sujet une volonté d'un État voisin de se préserver de la migration des entreprises européennes à l'intérieur de son territoire ?

On va la retrouver avec des exclusions matérielles. Certains secteurs ne sont pas soumis aux dispositions de la directive. Il s'agit essentiellement du domaine de l'eau et de celui des transports. En matière de transports, le règlement sur les obligations de service public peut justifier qu'il y ait des aménagements particuliers. Mais l'eau, qui est l'objet principal de nos concessions aujourd'hui, n'est pas dans le champ d'application de la directive. Pourquoi ? C'est là encore parce qu'un État voisin veut également se protéger de la migration des entreprises étrangères. Vous vous rattrapez avec le projet d'ordonnance en soumettant quand même, heureusement, le domaine de l'eau à certains aspects de la procédure, la procédure simplifiée. Est-ce exactement- c'est une

question qui sera posée dans les discussions de l'après-midi – celle qu'on connaissait déjà avec la mise en œuvre de la loi du 29 janvier 1993.

Aux spécificités que la directive traite sans que cela soit justifié, s'ajoutent celles que l'on trouve dans le projet d'ordonnance au sujet du contentieux : les contrats de concession passés par les personnes publiques sont des contrats administratifs, non les contrats de concession passés par des personnes privées : ainsi le contentieux des premiers relèvera du juge administratif, celui des seconds du juge judiciaire. Vous tenez donc compte de la spécificité organique des deux catégories de concessions. Je rends hommage ici, ou plutôt c'est vous qui rendez hommage à la jurisprudence du Tribunal des Conflits du 9 mars 2015, "Madame Rispal contre Société des Autoroutes du sud de la France"... Objection ! Tous ces contrats de concession sont des contrats qui ont une unité matérielle, et, quelle que soit la personne qui les passe, personne publique ou personne privée, le critère organique n'est pas essentiel. D'ailleurs l'ordonnance du 15 juillet 2009 sur les concessions de travaux les qualifiait toutes « contrat administratif » et en confiait donc pour toutes le contentieux au juge administratif. Je sais bien que vous n'avez pas le droit, dans le cadre de l'article 209 de la loi du 6 août 2015 habilitant le gouvernement à adopter l'ordonnance sur les concessions, de procéder à une nouvelle répartition des compétences entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire, parce que selon la jurisprudence, cela fait partie des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, qui relèvent du domaine de la loi. Mais vous avez introduit dans la compétence administrative, et c'est quand même savoureux, des contentieux se rapportant à des contrats de concession passés par des personnes publiques qui ne se rapportent ni à des services publics ni à des travaux publics et qui par conséquent, selon les critères matériels de la jurisprudence, seraient des contrats de droit privé. Vous avez donc forcé la porte de la répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire. Pour assurer une unité du contentieux des concessions correspondant à l'unité de la notion et du régime des concessions, il faudra, sans tenir compte de la particularité secondaire que constitue la nature de la personne attribuant la concession, reconnaître à toutes un caractère administratif.

Il faudra aussi tenir compte, en sens inverse, de spécificités qui ne sont guère prises en compte.

J'ai déjà dit tout à l'heure qu'il y avait dans les textes certains aménagements propres à certaines situations. Le plus général concerne les seuils, au-dessous desquels les obligations de l'autorité concédante sont allégées. D'autres particularités concernent certains services. L'étude d'impact du projet d'ordonnance a remarquablement fait l'inventaire de ceux qui relèvent de dispositions particulières (restauration collective, remontée mécanique, transports urbains, pour citer les principaux), résumées dans un tableau final : sont identifiées notamment les dispositions qui s'ajouteront à celles du régime général des concessions. On ne peut reprocher aux textes d'avoir oublié ces spécificités.

Mais il y en a d'autres dont la prise en compte paraît absolument insuffisante.

Je reviens ici à deux notions fondamentales : celles de service public et de travail/ouvrage public, dont nous avons vu qu'elles étaient au cœur du régime de la concession selon les solutions anciennes.

Il n'en est rien dit dans la directive. Dans le projet d'ordonnance, on trouve une phrase disant que lorsque la concession de service porte sur un service public c'est une concession de service public : c'est une bonne tautologie. Rien sur les concessions de travaux publics, ou d'ouvrage public : pas de tautologie du tout.

Quant au régime, c'est seulement aux articles 35 et 42 que l'on trouve une particularité concernant la concession de service public, l'un pour que l'autorité concédante vérifie l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers, l'autre pour que le concessionnaire rende annuellement un rapport au concédant... Pour le surplus, rien, alors qu'il s'agit des concessions les plus importantes et les plus spécifiques.

S'il n'en est rien dit dans les textes, les clauses des contrats de concession portant sur un service public, des travaux ou un ouvrage public pourront encore déterminer les droits et obligations en rapport avec les particularités d'un tel objet.

Si elles sont lacunaires, elles pourront être compensées par les précisions que la jurisprudence pourra donner à l'occasion de contentieux.

Ainsi, la jurisprudence, qui a été déterminante pour préciser la conception et le régime de la concession dans les solutions anciennes, gardera sa place pour la mise en œuvre des solutions nouvelles.

Guillaume BREGERAS - *Merci beaucoup pour cette formidable introduction où tous les thèmes ont été posés pour la journée.*



TABLE RONDE N°1

POINT D'ÉTAPE DE LA TRANSPOSITION
EN FRANCE ET DANS LES AUTRES ÉTATS
MEMBRES : CONVERGENCES, DIVERGENCES
ET RÉSISTANCES



Stéphane BRACONNIER

Professeur de droit public, Université Paris II Panthéon-Assas

Pierre DELSAUX

*Directeur Général Adjoint - Direction Générale Marché intérieur,
industrie, entrepreneuriat et PME - Commission européenne*

Hélène HOEPFFNER

Professeur droit public - Université Toulouse I

Jean MAÏA

Directeur des Affaires Juridiques de Bercy

Thierry FRANCK DE PREAUMONT

Président d'Idex

POINT D'ÉTAPE DE LA TRANSPOSITION EN FRANCE ET DANS LES AUTRES ÉTATS MEMBRES : CONVERGENCES, DIVERGENCES ET RÉSISTANCES

Guillaume BREGERAS - *Je vais tout de suite appeler à me rejoindre, les invités de la première table ronde: Jean Maïa, Pierre Delsaux, Hélène Hoepffner, Thierry Frank de Preaumont ainsi que Stéphane Braconnier. Je vous invite à vous installer autour de moi. Installez-vous. Bonjour Messieurs, bonjour Madame. Donc encore une fois, vous avez la chance d'avoir des interlocuteurs de haut niveau en face de vous. N'hésitez surtout pas à poser des questions. Il y a des personnes avec des micros, je crois, dans la salle. Vous levez le bras et on vous cèdera la parole. On va commencer avec Jean Maïa. Je crois que c'était logique, qu'après une telle intervention, vous soyez le premier à répondre à certains points qui ont été évoqués. Donc cette table ronde s'intitule : le point d'étape de la transposition en France et dans les autres états membres. Convergences, divergences et résistances. Beaucoup de résistances, j'ai remarqué. Mais d'autres points également. Donc Monsieur Maïa simplement avant de vous céder la parole, vous êtes énarque, vous avez eu plusieurs postes au sein du Conseil d'État. Vous avez été conseiller juridique au cabinet du Ministre de l'économie et des finances en 2012, avant votre nomination à la tête de la DAJ, la Direction des Affaires Juridiques de Bercy. Donc, vous connaissez bien ce sujet. Vous êtes l'homme-orchestre de cette transposition donc celui vers qui les regards se tournent depuis quelques temps maintenant. Et, je voulais que vous nous rappeliez quand même la méthode et le calendrier de cette transposition. Je pense que ce n'est pas inutile d'avoir ces éléments en tête.*

Jean MAÏA - Merci beaucoup, Monsieur Bregeras. Bonjour à toutes et à tous.

Guillaume BREGERAS - *Je pense qu'il faut monter le son du micro, s'il vous plaît.*

Jean MAÏA - Merci aux organisateurs de ce colloque de nous permettre aujourd'hui de poursuivre des échanges qui sont noués. Le Professeur Delvolvé l'a souligné, il y a un instant, depuis plusieurs mois, vous l'avez dit, Monsieur Bregeras, il revient à la Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l'économie et des finances de préparer la transposition de la directive de février 2014. Et, pour répondre à votre question : où en sommes-nous au moment précis ? Nous sommes dans la situation d'une consultation publique que le Ministre de l'économie a souhaité ouvrir le 22 juillet dernier, sur le projet d'ordonnance et le projet de décret qui doivent permettre de transposer entièrement cette directive de février 2014 dans le droit français. Et puis, si vous m'invitez à parler de méthode, je voudrais dire ce matin que je suis ici en auditeur libre, d'une certaine manière. Et je dois dire que l'intervention du Professeur Delvolvé est extrêmement précieuse, évidemment. Déjà pour nous, je suis sûr que tous les travaux de la journée le seront puisque dès la négociation, mais aussi dès l'adoption de la directive, le gouvernement a souhaité associer l'ensemble des acteurs aux enjeux de l'opération qui nous réunit aujourd'hui, c'est-à-dire essayer de travailler le plus finement possible avec l'ensemble des parties prenantes à la rénovation ou la révolution. Je ne réponds pas encore à cette question, seule la journée permettra d'y répondre ; en tout cas, à cette évolution du droit des concessions.

Plusieurs d'entre vous avaient participé, je crois, à un programme qui avait été annoncé en mars 2014 par le Ministre de l'économie dans un colloque organisé à Bercy. Donc, ce que nous avons fait, c'est que nous avons proposé au Parlement, au début de l'année 2015, un chemin pour transposer cette directive. Ce chemin est fixé par l'article 209. En effet, le Professeur Delvolvé l'a relevé de la loi dite croissance ou parfois appelée loi Macron. Il est tracé par un article d'habilitation qui nous donne 9 mois pour achever cette transposition. Et, je m'arrête un instant sur cette étape qui a été importante, même structurante évidemment pour les étapes à venir. L'article d'habilitation, vous l'avez peut-être à l'esprit, nous dit que le gouvernement a la possibilité dans cette ordonnance de faire 2 choses : transposer la directive qui est une exigence constitutionnelle, mais aussi

TABLE RONDE N°1

essayer d'unifier ce corpus du droit des concessions dont le Professeur Delvolvé, il y a un instant, a rappelé qu'il est en grande partie jurisprudentiel, mais qui est tout de même assez épars aujourd'hui entre différents textes au niveau législatif et réglementaire. Si le gouvernement a sollicité une habilitation rédigée en ce sens auprès du Parlement et si le Parlement a bien voulu la voter, c'est que, vous le savez peut-être, nous essayons d'inscrire nos travaux dans la perspective de la confection d'un code de la commande publique qui réunirait, alors, et c'est un chantier évoqué depuis fort longtemps dans notre pays, un code qui donnerait aux usagers l'ensemble des règles gouvernant les marchés publics et les concessions en un seul ouvrage bâti selon les bonnes règles de la codification. Et donc, au-delà de la transposition, nous sommes clairement engagés dans un effort de rassemblement des textes relatifs aux concessions dans cette ordonnance, sachant que certaines règles demeureront quand même dans d'autres codes, et dans le décret. Je finis de répondre à votre question, Monsieur Bregeras, en vous disant donc ce matin et très librement, que pour la Direction des Affaires Juridiques qui travaille sous l'autorité du gouvernement à ces questions, au moment où nous nous réunissons, il est très important de rassembler toutes les observations que nos projets du texte peuvent susciter. Toutes ces observations, que pourraient susciter également les études d'impact, nous avons fait le choix de les verser à la consultation publique. Je me permets d'insister parce que cette méthode-là, n'est pas très courante et pour ma part, j'y crois beaucoup. Je ne pense pas que notre office soit seulement de faire un travail juridique, mais il nous importe beaucoup d'essayer de mesurer avec les parties prenantes les effets des textes que nous préparons.

Et, il faut vous dire que c'est au 30 septembre, qu'en principe, se clôt cette consultation publique, car nous sommes tenus par une échéance de transposition qui se situe au 18 avril 2016. Et le gouvernement souhaiterait même, en réalité, faire paraître ces textes en amont des champs de transposition. De manière notamment, et cela je pense que pour plusieurs des participants à notre journée c'est une chose importante, à aménager un temps entre la publication des textes et leur entrée en vigueur. Donc par construction, il faudra que cette entrée en vigueur se situe avant le 18 avril 2016. Mais dans la matière contractuelle, il me semble qu'il serait quand même bon d'aménager ce différé d'entrer en vigueur.

Monsieur Bregeras, je remercie beaucoup à la fois l'Université d'Assas et l'Institut de la Gestion Déléguée d'avoir bien voulu organiser, aujourd'hui même, cet échange. Il va être très précieux pour nous. Mais, il nous reste quelques jours aussi pour rassembler toutes les observations que ceux qui sont intéressés par ce chantier voudront bien nous faire.



POINT D'ÉTAPE DE LA TRANSPOSITION EN FRANCE ET DANS LES AUTRES ÉTATS MEMBRES : CONVERGENCES, DIVERGENCES ET RÉSISTANCES

Guillaume BREGERAS - *Donc, il reste 6 jours, pour être exact, avant la fin de cette période de consultation. Quel champ, quelle latitude vous vous laissez pour adapter encore ce texte ?*

Jean MAÏA - En toute transparence, ce champ-là est celui de la délibération gouvernementale. Je vous dis en toute honnêteté dans quel état d'esprit avec le Ministre de l'économie, nous essayons de travailler. Les textes qui ont été soumis à la consultation, ce n'est un mystère pour personne ici, sont très fortement commandés par les termes de la directive puisque notre premier objectif évidemment, c'est de garantir la sécurité juridique des usagers de ces textes et donc de faire une transposition complète et fidèle. C'est évidemment notre premier objectif. Il reste, et cela a déjà été souligné par le Professeur Delvolvé, il y a un instant, mais aussi par des opérations qui ont été faites publiquement, que d'abord on peut débattre des termes même, et le Professeur Delvolvé l'a fait, il y a un instant de la transposition. La seule limite, c'est qu'on ne saurait évidemment, dans le choix des termes, trahir les termes de la directive. Et pour le reste, il se trouve, et là aussi le Professeur Delvolvé l'a très heureusement souligné, que la directive a comme particularité de comprendre des exclusions sectorielles assez nombreuses et que son champ d'application est aussi limité au-dessus d'un seuil qui est de plus de 5 millions d'euros. Donc, au plan national, est ouverte évidemment la question de savoir si en dehors de ses frontières qui sont celles de la directive, on étend le régime de la directive ou si, comme on a, à ce stade, prévu de le faire, pour dire les choses comme elles ont été dites dans le débat au parlement, là où la directive ne prescrit rien, on en reste au régime de la loi Sapin. Ce qui est donc la manière la plus simple de dire les choses et la manière dont le gouvernement a présenté son chantier au Parlement et l'esprit dans lequel a été voté l'article de l'habilitation.

Guillaume BREGERAS - *Alors de nombreuses questions évidemment se posent. Vous avez parlé d'exclusion tout à l'heure, un terme qui aurait pu être choisi différemment, mais qui est celui-ci, où vont être fléchés ces différents contrats ?*

Jean MAÏA - En tout cas, nos textes, ordonnances et décrets... Enfin, je m'arrête un instant sur le fait que les 2 textes soient présentés à la consultation publique simultanément. L'intérêt à le faire justifiait, selon nous, la démarche qui a été suivie d'habilitation. On aura peut-être ce débat aujourd'hui. Cette question ne méritait-elle pas dès le début 2015, un débat parlementaire approfondi ? Pour avoir une vision d'ensemble du chantier et le parlement l'a admis, il semblait vraiment important de pouvoir travailler concomitamment à l'ordonnance et au décret. Donc pour répondre à votre question, Monsieur Bregeras, les exclusions sont traitées, si je puis dire, dans les textes qui sont déjà à la consultation. Et donc on dit même, au-delà du champ strict de la directive, comment les concessions seront régies à l'avenir.

Guillaume BREGERAS - *Il y a 2 directives qui ont marqué le droit public cette année, c'est celle des marchés publics et c'est celle des concessions. Vous avez pris un petit peu plus de temps pour les marchés publics et vous l'avez formulé en 2 temps : d'abord l'ordonnance puis le décret. Là, vous avez souhaité tout faire en même temps. Pourquoi ?*

Jean MAÏA - En sus de tous les principes juridiques que nous allons évoquer tout au long de la journée, un principe de réalité qui fait que, dans le délai de ce chantier qui est de 2 ans, il ne nous était pas possible de tout

TABLE RONDE N°1

préparer simultanément. Donc concrètement, je viens de le dire pour les concessions, par la démarche qui a été suivie, nous avons pu organiser un calendrier qui nous amène aujourd'hui à avoir une consultation publique sur les 2 textes dans ce décret ou concomitamment pour les marchés publics. Et pour essayer de profiter au mieux, si je puis dire, des 2 ans qui nous ont été donnés, on a avancé à bon pas sur l'ordonnance. Et de manière imminente, la consultation publique va s'ouvrir sur le décret principal. Il y en aura 2 en réalité : le décret général et le décret sur les marchés des forces et de sécurité. Donc voilà, nous avons essayé dans ce délai qui est relativement bref de 2 ans, d'utiliser le ton au mieux en gardant toujours cette méthode de consultation la plus ouverte possible. Et déjà, avec le propos très stimulant du Professeur Delvolvé, on voit que quand même cette démarche a de l'importance pour essayer de faire une réforme la plus utile possible.

Guillaume BREGERAS - *Ce grand code de la commande publique, que Monsieur Delvolvé vous suggérerait d'appeler plutôt «code des contrats publics», rappelez-nous le tempo aussi de ce grand code. Et s'il peut changer de nom encore ou pas ? Ou est-ce trop tard ?*

Jean MAÏA - Il y a deux questions quand même de ce point de vue parce que pour ce qui est du nom évidemment, le nom renvoie au périmètre que l'on choisira pour le futur code. On peut évidemment avoir un débat sur le point de savoir si le futur code devrait être effectivement un code de l'ensemble des contrats publics. Ce n'est pas, je vous le dis très clairement, l'optique à ce stade, parce qu'il existe déjà des codes régissant certains contrats publics et on n'a pas au Ministère de l'Économie l'ambition de les défaire. On va plutôt se concentrer sur le code de la commande publique, donc marchés publics et contrats de concession. Quant au tempo, il y a deux choses à souligner : la première, c'est que le travail de codification en lui-même, au sens traditionnel du terme, sera fait une fois que l'ensemble des textes de transposition auront été publiés. Donc, c'est un travail qui s'engagera dès le premier trimestre 2016. Et, il faudra que le Parlement invite le gouvernement à le faire. Mais les parlementaires ont déjà acquiescé cette idée dans le vote des habilitations marchés publics et concessions. L'autre chose à souligner, c'est quand même que le travail que nous faisons actuellement pour les marchés publics et les concessions est déjà, en tout cas dans mon esprit, une étape préparatoire à la codification, puisque nous avons rassemblé avec l'ordonnance marchés publics 17 textes en un seul et même texte. Nous rassemblons dans l'ordonnance concessions, des règles relatives aux concessions de travaux et aux concessions de services. Donc, il y a déjà un effort de rassemblement du corpus, si vous voulez, qui préfigure largement quand même le travail de codification, mais celui-ci restera à faire à partir de début 2016.

Guillaume BREGERAS - *Le gouvernement est par ailleurs engagé dans un énorme travail de simplification. Est-ce que vous n'avez pas peur que finalement ce travail ait trop nourri le travail de transmission ? Et en d'autres termes, est-ce que ce n'est pas trop simplifié ?*

Jean MAÏA - Alors, on nous soupçonne plutôt, en règle générale, de ne pas assez simplifier. Mais la notion de simplification évidemment, se prête à de nombreux débats parce que d'abord, on ne peut être sûr de simplifier qu'en vérifiant de quel point de vue on se place. La simplification pour telle partie prenante n'en est pas nécessairement une pour une autre partie prenante. Si l'on se concentre sur le dossier des concessions, je crois quand même... Enfin il me semble que les textes qui sont à la consultation montrent qu'on est quand même d'abord dans un travail de transposition, et même une transposition assez sèche, peut-être trop sèche d'ailleurs d'un certain point de vue. Je notais évidemment l'interrogation, et plus que cela, du Professeur Delvolvé, sur

POINT D'ÉTAPE DE LA TRANSPOSITION EN FRANCE ET DANS LES AUTRES ÉTATS MEMBRES : CONVERGENCES, DIVERGENCES ET RÉSISTANCES

ce que l'on a appris pour appeler la procédure simplifiée qui en réalité était simplement en substance la reprise de la loi Sapin. En tout cas, il y a une chose que déjà le Parlement comme le Gouvernement lui avait soufflé, c'est l'idée qu'à l'occasion de la transposition, on aille bouleverser les règles existantes là où la transposition ne l'exige pas. Donc, c'est là au moins qu'on a un axe de travail qui doit nous prémunir contre les alourdissements de charges pour les différentes parties prenantes.

Guillaume BREGERAS - *Très bien. Écoutez, merci. On va passer aux autres intervenants. Préparez vos questions. Il y aura un petit temps après la table ronde. Pierre Delsaux, vous êtes Directeur général adjoint politique du marché unique, donc vous êtes au sein des institutions européennes depuis 1991. Vous connaissez assez bien la commande publique, je crois, puisque vous avez notamment suivi le sujet des marchés publics à l'OCDE ou à l'OMC. Votre point de vue m'intéressait notamment sur l'intention et le pourquoi d'une réglementation européenne.*



Pierre DELSAUX - Merci beaucoup. J'ai le sentiment qu'après l'intervention du Professeur Delvolvé je n'ai plus rien à dire parce que tout a été dit dans son intervention. Et notamment il expliquait que nous n'avons rien inventé au niveau européen et que c'est un phénomène qui existait depuis extrêmement longtemps. Cette perception est exacte sans doute en France. Elle est moins exacte dans les autres États membres. Parce que dans les autres États membres, ils faisaient des concessions sans savoir qu'ils faisaient des concessions. Et donc, il y avait des phénomènes qui s'apparentaient à ce que nous avons maintenant appelé la concession, mais qui n'étaient pas perçus comme tels dans d'autres États membres. Alors pourquoi est-ce que la question s'est posée ? La question s'est posée parce qu'en fait, si on regarde un contexte macroéconomique, il est clair que les États membres ont moins de ressources. Je ne vais pas vous faire le débat ici sur l'union monétaire, sur les critères de Maastricht en matière de déficit budgétaire et ainsi de suite. Mais, il est clair qu'on constate que la commande publique dans les États membres a tendance un peu à diminuer et par contre le phénomène des

TABLE RONDE N°1

concessions, c'est-à-dire de participation du secteur privé d'une manière ou d'une autre à des grands projets notamment d'infrastructures, est un phénomène qui se répand de plus en plus dans tous les États membres. Alors, c'est vrai que ce n'était pas une zone de non-droit au niveau européen puisqu'il y avait les principes du traité qui s'appliquaient. Mais reconnaissons-le, et même si je ne devrais pas l'avouer, mais pour la plupart des autorités publiques dans la plupart des États membres, je ne suis pas certain que les principes du traité et les arrêts de la Cour de justice faisaient partie de leur quotidien. Et donc, il est clair qu'il n'y avait peut-être pas toujours une parfaite application de ces principes.

Le second élément c'est que ces arrêts de la Cour de justice sont évidemment extrêmement importants. J'ai travaillé à la Cour de justice donc je ne vais sûrement pas critiquer la Cour de justice. Mais soyons clairs, ces arrêts de la Cour de justice ne nous donnaient pas nécessairement la réponse à toutes les questions qui pouvaient se poser. Et donc, nous n'avons fait finalement que suivre l'évolution qui a été expliquée par le Professeur Delvolvé, c'est que finalement nous avons décidé de consacrer au niveau européen un régime spécifique pour la concession de manière à avoir, et là, désolé pour le français, mais c'est le terme « *a level playing field* », c'est-à-dire avoir les mêmes conditions qui s'appliquent dans tous les États membres. Alors pour la France, pour répondre à votre question, je ne pense pas que ça va être une révolution. Parce qu'effectivement, vous aviez déjà la loi Sapin, ses principes étaient déjà ancrés dans un texte législatif. Pour d'autres États membres, c'est une révolution et c'est un changement parce que tout simplement ils n'avaient pas conscience qu'ils devaient respecter certains principes de manière détaillée. Et donc, pour eux, c'est clair que cela va introduire des changements. Et les réactions que nous avons eues pendant que nous avons négocié le texte, ont montré que certains États membres étaient même assez farouchement opposés à l'idée d'une concession. Ce n'était pas le cas de la France, mais c'était le cas d'autres États membres. Alors, autre problème qui s'est posé, c'est qu'évidemment lorsque nous avons soumis notre proposition de texte législatif, il y avait la crainte que finalement nous venions avec un régime très lourd. Et c'est une crainte que même la France a exprimée. Il y avait la crainte que finalement, on transpose le régime de la commande publique aux concessions et qu'on arrive donc à un mécanisme qui soit extrêmement lourd et qui pénalise ce type d'action qui doit avoir une certaine flexibilité, une certaine souplesse. Cette critique, nous l'avons entendue pendant longtemps. Et donc, ça consistait en quoi ? Tout d'abord, qu'il y ait un texte spécifique pour les concessions. Nous n'avons pas inséré les concessions dans la commande publique. Et, je suis sûr que si nous l'avions fait, le Professeur Delvolvé nous aurait de toute façon « tués » encore plus ! Donc, nous n'avons pas osé le faire, sachant à l'avance les critiques qu'il nous ferait. Donc, on a eu un texte spécifique et ce texte spécifique, bien sûr, reprend certains éléments de la commande publique, mais de manière assouplie. Et, c'était effectivement quelque chose qui nous paraissait nécessaire si nous voulions que ce texte ait une chance d'être adopté au niveau européen par l'ensemble des États membres et du Parlement européen. Et donc, je ne vais pas revenir sur les principes qui ont déjà été mentionnés. Il y a effectivement, notamment le principe de la transparence, on va y revenir, qui est un principe extrêmement important. Il y a un certain encadrement des procédures d'attribution des contrats de concessions. Mais c'est clair que nous allons moins dans le détail que dans le cas de la commande publique et ça se justifie tout simplement parce que le phénomène de concessions est très important sur le plan économique, les modalités sont différentes, les concessions sont peut-être moins uniformisées que les contrats de la commande publique et puis il y avait ce souci aussi de ne pas être trop envahissant par rapport aux pratiques qui existaient dans certains États membres et qui donc ne connaissaient pas le régime de la concession.

Guillaume BREGERAS - *Quels ont été les grands principes les plus difficiles à faire admettre ou les plus rétifs ?*

Pierre DELSAUX - Il y a d'abord la question du champ d'application. Le Professeur Delvolvé l'a déjà évoquée, mais on va peut-être y revenir. En dehors de la question de champ d'application, d'abord le problème de la

POINT D'ÉTAPE DE LA TRANSPOSITION EN FRANCE ET DANS LES AUTRES ÉTATS MEMBRES : CONVERGENCES, DIVERGENCES ET RÉSISTANCES

définition qui existait déjà et qui avait déjà des embryons. Mais le problème de la définition était quelque chose qui était compliqué à percevoir pour certains États membres. Et donc, la définition en tant que telle, nous a déjà donné pas mal de problèmes. Ça paraît sans doute évident dans cette salle lorsqu'on voit la définition qui a été reprise finalement dans le texte communautaire. Mais je peux vous garantir que c'était quelque chose qui n'était pas aussi évident pour d'autres États membres. Lorsqu'on est entré dans le détail évidemment des procédures que l'on met en place, là aussi, il y a eu des critiques en nous disant : c'est beaucoup trop compliqué, vous devriez simplement rappeler les principes du traité et de la Cour de justice. Le problème évidemment de cette approche, c'est pourquoi avoir un texte législatif s'il se contente de répéter ce qui est déjà dans le traité. Donc, il fallait aller au-delà, mais le simple fait d'aller au-delà était difficile pour certains États membres et pour certains participants à la négociation, même du côté du Parlement européen. Donc effectivement, le problème fondamental a été de convaincre l'ensemble des États membres qu'il était nécessaire d'avoir un texte et que c'est nécessaire d'avoir un texte qui soit souple, mais tout de même qui pose un certain nombre de règles. Et une fois qu'on est parvenu à faire passer ce message, et c'est un message qui n'a pas toujours été simple à faire passer, mais une fois qu'on est parvenu à faire passer ce message, je dirais que la négociation de la directive en tant que tel a été relativement simple, sauf sur la question du champ d'application. Elle a été relativement simple, pourquoi ? Parce que tout simplement, les principes que nous mettions sur la table, n'étaient pas complètement nouveaux. C'était des principes de bon sens, c'était des principes qui existaient, en France notamment et qui existaient dans une certaine mesure dans le droit de la commande publique.

Guillaume BREGERAS - *Vous l'avez mentionné, la question de la transparence est éminemment importante, elle est au niveau européen vraiment inscrite dans l'ADN de l'Europe. Quelle est son importance dans ce projet ? Et sa mise en œuvre exacte ?*

Pierre DELSAUX - Elle est évidemment fondamentale. Pourquoi ? Quel est l'objectif finalement, que nous poursuivons au niveau européen ? Pourquoi est-ce que nous avons ce genre de texte sur la commande publique ou sur les concessions ? Pour une raison toute simple, c'est que nous avons le sentiment que s'il y a une vraie concurrence pour l'octroi des concessions, effectivement vous obtiendrez le meilleur concessionnaire possible. Et c'est dans l'intérêt de l'autorité publique et c'est dans l'intérêt de la collectivité au sens large. Et donc, la clé de ce que nous voulons faire, c'est tout simplement être sûr d'avoir la meilleure offre possible pour le contrat de concession. Et si vous voulez avoir la meilleure offre possible, tout simplement il faut que les entreprises soient au courant, soient parfaitement informées de l'existence de cette offre. Et donc, dans ce contexte, le principe de la transparence, et c'est là où ça devient difficile, la transparence au niveau européen, est pour nous fondamentale. Parce que ça permet à tous les acteurs économiques de l'ensemble des États membres de participer à des opérations de concession. Alors évidemment, soyons clairs, soyons honnêtes, ce n'est pas toujours facile pour un pouvoir public d'accepter de recevoir des offres d'un autre État membre et c'est quelque chose qui est sur le plan politique pas toujours simple. Mais, ce que nous voulons dire, c'est qu'en faisant cela, nous parviendrons à obtenir de meilleures concessions, obtenir des résultats qui sont meilleurs pour l'ensemble de la collectivité. L'autre élément qui nous paraît être extrêmement important, c'est la transparence, même pour les concessions, parce qu'on parle de grands contrats, mais nous espérons que des petites et moyennes entreprises, pas vraiment des toutes petites entreprises, mais des moyennes entreprises pourraient être associées d'une manière ou d'une autre à des concessions. Simplement parce qu'elles seront informées de l'existence d'une concession et donc pourraient par exemple entrer en négociation avec le concessionnaire, comme sous-traitant. Donc, nous considérons que la transparence est fondamentale. Mais j'insiste bien sur la transparence au niveau européen. Alors maintenant, soyons un peu cyniques. Pour la France, ça change pas grand-chose parce qu'il y avait déjà la loi Sapin, il y a déjà une forme de transparence. Pour d'autres États membres, en dépit de l'importance de la Cour de justice, en dépit de l'importance du traité, pour d'autres États membres, ça va les obliger à publier concrètement des avis de concessions qui n'existaient

TABLE RONDE N°1

pas jusqu'à présent, enfin publications qui n'existaient pas jusqu'à présent. Et donc de ce point de vue, c'est une opportunité pour l'ensemble des opérateurs économiques de participer à des concessions qui jusque-là leur étaient fermées. Tout simplement, parce qu'ils n'étaient pas au courant de l'existence de la concession.

Guillaume BREGERAS - *Vous parlez de meilleures offres, c'est un débat qui a eu lieu aussi dans le cadre de la directive marchés publics. Souvent, le prix est le critère le plus important. Vous parlez de meilleure offre, est-ce que ce n'est pas un moyen de, finalement, baisser le niveau de service et d'aller uniquement vers le prix ?*

Pierre DELSAUX - De nouveau, la directive ne fait que mettre des outils à la disposition des pouvoirs publics. Et la directive n'impose pas de donner la concession ou la commande publique au meilleur prix. Les directives plus exactement donnent la possibilité aux pouvoirs publics soit de faire le meilleur prix, soit effectivement d'avoir l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'une série de critères. Et il est clair que dans le cas des concessions, le prix ne sera sans doute généralement pas le critère décisif, ce sera un des critères parmi tous ceux qui seront utilisés. Et je peux vous dire que dans les discussions notamment avec le Parlement européen - il y a ces trilogues dans lesquels on passe la soirée où il y a beaucoup de discussions, parfois pour pas grand-chose —, mais la question du critère d'attribution et le fait qu'il fallait clairement laisser la flexibilité aux autorités publiques de choisir soit le meilleur prix - le prix le plus bas - soit la meilleure offre économiquement la plus avantageuse, est une question qui est extrêmement importante et on voulait laisser cette flexibilité. Mais si je peux me permettre une remarque un peu provocatrice, on a souvent le sentiment que Bruxelles impose des choix. En réalité et parfois, les autorités publiques se cachent derrière Bruxelles pour justifier leurs choix. Nous laissons la flexibilité, vous avez la flexibilité, tous les pouvoirs publics ont la flexibilité et c'est à eux de décider ce qu'ils veulent faire.

Guillaume BREGERAS - *Tout à l'heure, ça a été mentionné à plusieurs reprises. Il y a eu une approche sectorielle avec certains secteurs exclus - l'eau pour ne pas le nommer. Il y a eu un vif débat autour de l'eau avec notre voisin - qui n'a pas été nommé tout à l'heure, mais on voit très bien de qui il s'agit. Est-ce que vous pouvez nous donner les dessous de ces débats ?*

Pierre DELSAUX - Comme l'a expliqué le professeur Delvolvé - il ne l'a pas dit, mais moi je le dis - dans la proposition de la Commission européenne, le secteur de l'eau était couvert. Donc effectivement, nous pensions qu'il fallait que les principes de la directive concessions s'appliquent aussi au secteur de l'eau qui est un secteur extrêmement important. Vous dites qu'il y a eu un vif débat avec un grand voisin de la France, c'est-à-dire - soyons clairs - l'Allemagne. Je ne suis pas sûr qu'il y ait vraiment eu un débat. Il y a plutôt eu une attaque massive contre la proposition de la commission et la voix de la Commission européenne dans ce débat comme vous dites n'a pas été tellement entendue, ni la voix d'ailleurs des autres États membres. Ce qu'il faut savoir, c'est que lorsque cette proposition a été connue - donc le fait que la directive concessions s'appliquerait aussi au secteur de l'eau - il y a eu une réaction extrêmement vive en Allemagne parce que ça a été perçu comme si l'Europe, Bruxelles - vous savez ces bureaucrates dans leur tour d'ivoire - imposait la privatisation du secteur de l'eau. Et à terme le résultat de cette privatisation serait que les Allemands seraient finalement incapables de boire de l'eau potable normalement. Je caricature à peine, c'est exactement le message qui est passé. Et donc nous avons essayé d'expliquer qu'en fait, on ne voulait pas aborder la question de la privatisation de l'eau, que nous ne voulions pas forcer la privatisation du secteur de l'eau. Ce que nous avons essayé d'expliquer c'est

POINT D'ÉTAPE DE LA TRANSPOSITION EN FRANCE ET DANS LES AUTRES ÉTATS MEMBRES : CONVERGENCES, DIVERGENCES ET RÉSISTANCES

que ce choix de privatiser ou non la distribution de l'eau potable dans une municipalité ou dans une région est un choix qui était laissé aux autorités publiques. Ce que nous voulions simplement faire, c'est que lorsque le choix était fait par cette municipalité ou cette autorité publique de privatiser, elle devait respecter certaines règles. Mais ce message était sans doute trop subtil et je peux vous garantir qu'il n'est pas passé. Et donc pendant des mois et des mois, vous regardiez la télévision allemande et vous aviez des reportages massifs sur les pauvres citoyens allemands qui allaient être assoiffés à cause de Bruxelles. Et évidemment, ça a même déclenché une pétition - vous savez que depuis le traité de Lisbonne, il y a la possibilité d'avoir une pétition et donc des citoyens peuvent se rassembler s'ils sont 1 million. Les auteurs du traité de Lisbonne avaient mis un critère de 1 million en se disant qu'il n'y aurait jamais 1 million de citoyens qui vont signer cela - je peux vous garantir que dans le cas de l'eau, on a largement dépassé le million de signatures - essentiellement en Allemagne reconnaissons-le - disant « Il y a une pétition, il faut que la Commission européenne réponde. » Et nous sommes toujours d'ailleurs en train de traiter cette pétition.

Donc soyons honnêtes et soyons transparents, si vous regardez la directive, il y a une justification de pourquoi on exclut le secteur de l'eau. On a essayé d'inventer quelque chose. La vraie raison c'est un choix politique, c'est que la pression allemande était telle que le texte n'aurait pas pu passer sans une exclusion du secteur de l'eau. C'est aussi simple que ça. Donc il y a eu toute une série d'éléments qui ont joué, le résultat est que le secteur de l'eau n'est pas couvert au niveau européen, mais ça n'empêche - comme je l'espère va le faire la France, mais je ne veux pas préjuger évidemment des décisions du gouvernement français - qu'un État membre peut décider de couvrir ce secteur lorsqu'il transpose la directive au niveau national tout simplement. Donc j'espère que même s'il n'y a pas d'obligation, beaucoup d'États membres vont tout de même choisir cette voie et effectivement appliquer les mêmes principes de transparence aussi au secteur de l'eau au niveau national en tout cas.

Guillaume BREGERAS - *On va passer à l'intervenante suivante. Hélène HOEPFFNER, vous êtes professeur à l'Université des sciences de Toulouse, agrégée des facultés de droit et vous êtes notamment passée par Assas donc vous connaissez bien les locaux. Je pense que c'est important que vous rebondissiez notamment sur la notion de concessions qui a été évoquée par Monsieur DELSAUX pour rentrer peut-être un tout petit plus en détail sur la différence qu'on peut avoir d'un État membre à l'autre.*

Hélène HOEPFFNER - Je souhaite commencer par remercier les organisateurs : ce colloque est l'occasion pour moi de revenir dans cette Université où j'ai passé 12 ans et de réfléchir à ce sujet, vaste et passionnant de la transposition de la directive *Concessions*. Lorsque le sujet de cette brève intervention m'a été proposé (« l'état du droit des concessions en Europe », en 15 minutes), j'ai eu quelques doutes sur ma capacité de donner un aperçu pertinent d'un sujet aussi vaste, doutes aggravés à la lecture des travaux de Philippe JUVIN : ce droit est un véritable patchwork juridique. Si j'en crois ensuite Michel BARNIER, le marché intérieur est fragmenté, incomplet. Il convient donc d'essayer de mettre un peu d'ordre, en se basant sur les travaux de la Commission européenne, les travaux de Ph. Cossalter (thèse) et le traité de droit comparé des contrats publics (Bruylant).

A la veille de la transposition :

- six États membres n'ont pas de législation sur les concessions, notamment la Suède et la Finlande ;
- une douzaine d'États ont des législations incomplètes : certains ont uniquement une législation sur les concessions de travaux (depuis l'adoption des directives de 2004) ; d'autres, comme la Bulgarie (depuis 2006), ont adopté une loi sur les concessions couvrant les concessions de travaux et de services, mais aussi

TABLE RONDE N°1

les concessions d'extraction. Si on prend cet exemple précis, la loi prévoit une mise en concurrence des concessions mais ne fixe pas les modalités de calcul du montant de la concession, ni de seuil à partir duquel il y a des obligations de mise en concurrence. Cette législation est donc incomplète ;

- dans une série d'États, il existe des dispositifs réglementaires, mais qui restent souvent assez inappliqués « *notamment parce que les pouvoirs adjudicateurs craignent que ces dispositions puissent s'avérer incompatibles avec les principes d'égalité de traitement et de transparence qui régissent l'attribution des contrats de concessions au niveau européen* » (M. Barnier) ... ce qui n'est pas le moindre des paradoxes. C'est le cas de Malte, mais c'est aussi le cas du Royaume-Uni où il existe, depuis 2006, une réglementation très partielle sur les contrats publics ;
- dans d'autres États enfin, les concessions sont attribuées de gré à gré, de façon assez opaque : les services de la commission révèlent que seuls 37% des répondants ont affirmé être au courant des cas d'attribution de gré à gré.



La France semble ainsi faire figure de bon élève, tout comme l'Espagne où il y a une législation assez complète, quoique ces dispositifs nationaux soient aujourd'hui en léger décalage avec la directive *Concessions*.

En quelques minutes, il nous revient ainsi d'essayer de mettre en évidence les points de divergence et de convergence entre les droits applicables dans les différents États membres ; de mettre en lumière l'hétérogénéité mais également, à certains égards, l'homogénéité du marché unique à l'heure actuelle.

Pour ce faire, nous procéderons – classiquement – en deux temps permettant d'abord de mettre en évidence la très grande diversité des définitions de la concession puis, paradoxalement, l'unité des régimes juridiques applicables (lorsqu'ils existent).

POINT D'ÉTAPE DE LA TRANSPOSITION EN FRANCE ET DANS LES AUTRES ÉTATS MEMBRES : CONVERGENCES, DIVERGENCES ET RÉSISTANCES

Le premier temps de mon propos consiste à insister sur la difficulté de définir la concession. Le terme de concession est très hétérogène en Europe. La définition est très difficile à saisir. Il est vrai que si on regarde ne serait-ce que la jurisprudence de la Cour de justice, depuis 2000, 25 arrêts sont consacrés aux concessions et 13 à sa définition : ils tentent d'en circonscrire les contours.

En schématisant, il est possible d'identifier 3 catégories d'États.

Une première catégorie regroupe les États où la concession désigne un contrat, où la concession est d'essence contractuelle. C'est le cas de la France dont le modèle a été exporté dans toute une série d'États qui ont une culture juridique assez proche de la nôtre ; je pense également à l'Espagne, au Portugal, à la Belgique, à la Finlande, à Chypre, à la République tchèque, à l'Italie. Ce sont des pays qui ont une culture juridique proche de la France et qui connaissent (en général) aussi la notion de contrat administratif. Néanmoins, il est possible de noter quelques différences. En Belgique, la notion de concession désigne surtout des cas où l'activité concédée emporte occupation du domaine public. Leurs concessions se rapprochent de nos concessions domaniales, adossées à des conventions de délégation de service public. En Italie, la notion de concession, qui existait en doctrine, a été ensuite théorisée avec une loi de 1994 qui avait pour objectif de transposer la directive de 1989 (v. travaux de Ph. Cossalter). Cette loi regroupe, sous le label de concession de travaux, toute une série de contrats qui ne rentrent pas nécessairement dans notre conception traditionnelle de la concession. En Espagne enfin, quatre contrats forment une catégorie appelée « les contrats de gestion de services publics » : les concessions de service public (qui s'apparentent aux concessions de service public en droit français) ; le *concierto* (sur lequel je reviendrai tout à l'heure en abordant la question des procédures de mise en concurrence) qui est une modalité de concession de service public ; la société mixte qui est une sorte de contrat public et la gestion intéressée, proche de la régie intéressée française. Dans tous ces États cependant, la difficulté est que la concession de « services », désigne une concession de « service public » et non pas une concession de « services » au sens de la directive.

Une seconde catégorie regroupe les États où la concession n'est pas clairement identifiée ou, plus exactement, des États où elle ne désigne pas nécessairement un contrat : elle désigne un acte unilatéral qui peut néanmoins être soumis à des règles proches du droit de la commande publique. La concession peut en effet désigner des actes unilatéraux donnant à un opérateur une exclusivité pour exercer une activité. Prenons quelques exemples. Au Royaume-Uni, la réglementation sur les contrats publics datant de 2006 a transposé la notion de concession de travaux mais également celle de concession de services. En matière de transports cependant, il existe des concessions qui sont en réalité des licences de transport public, c'est à dire des actes unilatéraux. En Pologne également, il existe des licences audiovisuelles, des licences de distribution d'énergie, des licences de transport. En Estonie encore, les concessions sont octroyées par le biais d'agréments. Dans tous ces cas, les concessions sont des actes administratifs unilatéraux, soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence.

Une dernière catégorie regroupe des États où la notion de concession n'a pas le même sens. C'est le cas en Allemagne où la notion de concession n'est pas absente (« Konzession »), mais où elle ne désigne pas une modalité de gestion de service. En Allemagne - cela a été déjà rappelé - les services publics locaux, surtout dans les grandes villes, sont gérés par des sociétés, des entreprises municipales et polyvalentes, appelées les Stadtwerke (littéralement, « travaux de ville »). Ces entreprises gèrent en général le gaz, le chauffage urbain, l'eau, voire les transports publics. Même si il existe plusieurs catégories de Stadtwerke, elles s'apparentent, en droit français, à la régie autonome : elles sont une forme d'administration municipale. Cela ne signifie pas pour autant que la concession est absente. La notion existe, mais dans un sens plus large. Elle désigne une autorisation administrative. Par exemple, il y a des concessions pour ouvrir un restaurant (« *Gaststättenkonzession* ») ou encore des concessions de taxi (« *Taxikonzessionen* »). Elle est également utilisée pour l'usage d'un bien ou d'une dépendance publique. Il existe ainsi des concessions pour utiliser les réseaux énergétiques (« *Wegenutzungskonzession* »). Les concessions ne sont alors pas soumises aux règles de la commande publique; elles sont soumises à d'autres règles de droit administratif.

TABLE RONDE N°1

Il me semble donc que - et les propos qui ont été tenus auparavant le confirment - l'immense difficulté, est d'harmoniser au niveau européen la notion même de concession: il y a un certain nombre d'États pour lesquels cela va poser des difficultés. C'est donc sur ce point – la notion – que l'effort d'harmonisation sera le plus important. En revanche et paradoxalement, le régime applicable aux concessions est déjà plus homogène.

Je passe au second temps de mon propos: le régime juridique des concessions à la veille de la transposition de la directive. Paradoxalement, alors qu'il n'existe pas d'unité sur la notion, il ressort de l'étude d'impact de la commission, qu'il existe déjà une forme d'hétérogénéité quant au régime juridique applicable aux concessions.

S'agissant de la passation, l'unité s'explique. Le droit des concessions de travaux était déjà encadré par la précédente directive (2004). Le droit des concessions de services était embryonnaire mais la jurisprudence *Telaustria* a, depuis plus d'une décennie, imposé la mise en place d'un minimum de publicité. Aujourd'hui, certains pays sont plus avancés que d'autres. Tel est le cas de la France: la passation des délégations de service public fait l'objet d'une réglementation relativement complète depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin. Tel est le cas de la Belgique où les principes de concurrence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, qui sont des principes généraux du droit administratif, ont permis de soumettre les concessions de services à des obligations de publicité et de mise en concurrence. Tel est le cas de l'Italie où la transposition des directives de 1989 et 2004 a eu pour conséquence de soumettre les concessions de travaux à des obligations de mise en concurrence et de la jurisprudence *Teleaustria* a eu pour effet d'imposer des obligations de publicité pour les concessions de services. Tel est le cas de la Pologne et de l'Estonie où des obligations de publicité ont été instaurées (y compris pour la passation des concessions domaniales). Tel est le cas enfin de l'Espagne : les procédures de publicité et de mise en concurrence actuellement en vigueur ne sont que partiellement conformes à la directive *Concessions*. En effet, non seulement la notion de contrat de gestion de service public ne correspond pas à la notion de concession de services au sens de l'Union européenne, mais en outre les procédures qui existent à l'heure actuelle ne sont pas conformes aux obligations posées par la directive. Tel est le cas des règles qui encadrent la passation du concerto. L'administration a, à l'heure actuelle, la liberté de choisir un cocontractant au sein d'un pôle d'entreprises qui sont déjà chargées d'un certain nombre de services, qui sont déjà titulaire d'un contrat de type concessif. Autrement dit, il est loisible à l'Administration de ne pas ouvrir le marché à la concurrence à des entreprises tierces et de se contenter de proposer aux entreprises déjà titulaires de contrats de ré-postuler pour obtenir un contrat supplémentaire. Ce contrat-là a priori, ou en tout cas cette procédure-là, devra être supprimée. L'avant-projet de réforme du droit des contrats de concession en Espagne supprime le concerto et même plus généralement la notion de contrat de gestion de service public. Il opère une refonte totale de tous les contrats.

La directive *Concessions* va avoir pour conséquence d'harmoniser ces procédures car, en l'état actuel du droit, les formes diffèrent et des exceptions à cette dévolution concurrentielle minimum existent. Certains pays pratiquent essentiellement des procédures négociées ou de dialogue compétitif (comme par exemple l'Italie ou la République Tchèque) ; d'autres appliquent des procédures ouvertes plus rigoureuses (par exemple la Bulgarie).

Je terminerai sur la phase de l'exécution sur laquelle j'aurais bien des choses à dire notamment parce qu'il me semble qu'en dépit des promesses, la spécificité des concessions (contrat de longue durée, incomplet) est gommée. Leur régime est aligné sur celui des marchés publics. Le temps me manque. Les informations sur l'état du droit dans les pays de l'Union sont ici plus éparées. Il me semble que deux remarques peuvent être faites. D'abord, certains pays ne connaissent pas la notion de contrat administratif : de fait, le principe de mutabilité, caractéristique du contrat administratif français, fait défaut. C'est le cas, par exemple, du Royaume-Uni. Ensuite, il y a les pays qui connaissent la notion de contrat administratif, mais dont les législations sur l'exécution sont finalement assez pauvres. C'est le cas de la France où, jusqu'à récemment, la phase de l'exécution était essentiellement régie par des règles jurisprudentielles. En Allemagne et en Italie, il existe quelques dispositions législatives sectorielles qui ont donné lieu à quelques jurisprudences connues de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE 13 avr. 2010, *Wall AG* ; CJCE 27 oct. 2005, *Commission c/ République Italienne*). Les dispositions de la directive *Concession* étant précises et complètes, le travail de transposition devrait être important dans tous les États membres.

POINT D'ÉTAPE DE LA TRANSPOSITION EN FRANCE ET DANS LES AUTRES ÉTATS MEMBRES : CONVERGENCES, DIVERGENCES ET RÉSISTANCES

Guillaume BREGERAS - *Merci pour ce panorama très précis et complet sur lequel on pourra bien évidemment revenir s'il y a des questions. Ce qui me permet de donner la parole à Thierry FRANCK de PREAUMONT, président d'Idex. Vous êtes polytechnicien ingénieur des ponts. Vous avez débuté votre carrière dans le public en 1982 dans le département de la Manche, puis au ministère des finances. Et vous avez réalisé une carrière d'une vingtaine d'années chez GDF-Suez, CPCU et autres. Lorsqu'on a préparé cette table ronde, la première chose que vous m'avez dite c'est « Je me sens comme Astérix chez les Wisigoths. » Dites m'en plus parce que je pense que vous n'êtes pas le seul ici aujourd'hui à vous sentir comme ça.*



Thierry FRANCK de PREAUMONT - Je confirme ce sentiment. Le langage auquel je suis coutumier, c'est plutôt le langage de l'ingénieur; j'ai déjà eu du mal à m'adapter au langage des comptables, que je trouve artistique, mais là, je dois dire je suis en terre inconnue. Même si les mots je les comprends, leur assemblage devient de plus en plus complexe. Quelques mots sur l'entreprise et puis pour vous expliquer le sujet de préoccupation que je peux avoir. Idex est une entreprise nationale qui a comme vocation d'agir dans la transition énergétique avec deux grands volets. Un premier volet classique qui concerne les services d'efficacité énergétique: on entretient les bâtiments pour consommer le moins possible et être les plus performants sur le plan énergétique. Et un deuxième volet, qui nous concerne plus directement aujourd'hui, qui est le volet de valorisation des énergies du territoire. Nous valorisons au mieux toutes les énergies locales qui sont disponibles et ça donne lieu à des concessions soit sur les énergies dites fatales ou de récupération, c'est le cas de la méthanisation des usines d'incinération d'ordures ménagères ; soit en matière de transport de cette énergie puisqu'il faut la redistribuer, ce sont les réseaux de chaud et de froid qui donnent également lieu à des concessions. On répond très régulièrement aux collectivités lors d'appels d'offres. Pendant que nous réalisons notre travail de préparation, notre travail d'ingénieurs, on a au-dessus de la tête des drones qui circulent de manière récurrente, qui sont une menace, qui est en fait la façon dont nous allons répondre et l'adaptation que nous devons avoir en

TABLE RONDE N°1

permanence face à une règle de réglementation qu'on trouve incertaine, pas très claire et assez évolutive. C'est une menace qui existe évidemment en amont, mais qui va se poursuivre pendant toute la réalisation du contrat puisque ces contrats ont des durées longues - les infrastructures énergétiques ont une durée de vie qui est très longue - et donc à partir de là, il y aura une vie de ce contrat et ce contrat va devoir s'adapter progressivement à la réglementation, à la législation et à leurs évolutions diverses.

Guillaume BREGERAS - *Dans le monde économique de tous les jours, comment accueillez-vous ce travail et est-ce que vous pensez qu'il va améliorer ou pas les relations que vous pouvez avoir avec les collectivités par exemple ?*

Thierry FRANCK de PREAUMONT - D'une manière générale, la lecture qu'on peut faire à la fois du projet d'ordonnance et du projet de décret va plutôt dans le sens de la clarification, c'est-à-dire qu'on y voit des éléments tout à fait positifs. On a parlé des critères qui doivent être présentés. Il y a un certain nombre d'éléments de fond qui vont améliorer et clarifier le positionnement qu'on peut avoir en amont donc je dirais que c'est un terrain qui est globalement beaucoup plus clair et positif pour nous pour aborder ces opérations. Mais nous avons encore quelques incertitudes. Je voudrais en prendre plusieurs exemples. Premièrement, une inquiétude de complexité: vous savez que lorsqu'il y a plus de 100 millions d'euros d'investissement, il faut réaliser des études préalables. Or, on le voit sur les grandes métropoles où les investissements sont largement supérieurs à 100 millions d'euros, cela vient rajouter une couche supplémentaire à l'ensemble des travaux qui ont été faits dans le mille-feuilles administratif. Sur ces parties énergétiques, vous devez réaliser un schéma climat-air-énergie entre l'État et la région. Ensuite, vous avez le plan climat-énergie territorial. Puis vous avez un schéma directeur qui doit être fait au niveau de la métropole, complété d'ailleurs par les dernières dispositions de la loi NOTRe. Ce sont des éléments qui au fond concourent au même esprit, c'est-à-dire connaître la légitimité et l'intérêt de l'organisation et de la planification territoriale, mais qui s'ajoutent les uns aux autres. Et là je n'y vois pas vraiment de mesures de simplification globale. Mais ça ne concerne que quelques métropoles.

Le deuxième élément que je voudrais signaler, c'est le dispositif de la loi Grenelle. Vous savez qu'on a une ambition en France de développement des énergies renouvelables; ce développement ne se fera que grâce à une extension très forte des réseaux de chaleur et à une mutation de ces réseaux en les faisant passer d'énergies fossiles à énergies renouvelables. La loi Transition énergétique et la croissance verte prévoient une multiplication par 5 à l'horizon 2030 des énergies qui seront véhiculées par les réseaux de chaleur sous forme d'énergie renouvelable. Cela suppose donc que les réseaux actuels soient rapidement transformés pour être en mesure à la fois d'avoir des systèmes de production basés sur les énergies locales - le bois, la géothermie - et de transformer ces concessions en cours de route. C'est d'ailleurs ce que prévoit la loi Grenelle puisque lorsqu'on est à au moins 3 ans de l'échéance de la concession, on peut la prolonger quitte à transformer, à muter les schémas de production. Or, le projet prévoit une barrière inamovible à 50%. Et on voit bien que dans un certain nombre de cas, les investissements extrêmement lourds pour passer aux énergies renouvelables vont être largement supérieurs à cette barrière de 50%. Dans ces conditions, est-ce que la loi Grenelle continue à s'appliquer ou est-ce qu'on n'aura pas un nouveau frein pour la mutation énergétique que l'on ambitionne d'avoir pour le pays ? Voilà 2 exemples d'interrogations qu'on a sur les délégations de service public dans le domaine de l'énergie telles qu'elles existent.

Guillaume BREGERAS - *Vous l'avez souligné, avec la loi NOTRe, on est dans un monde où il y a une grande mutation et un transfert de compétences très complexe et très forte. Comment les acteurs avec qui vous travaillez au quotidien vivent ce travail qui est en train d'être mené ? Est-ce que vous en parlez avec eux déjà ? Est-ce qu'ils sont plutôt craintifs, rassurés ?*

POINT D'ÉTAPE DE LA TRANSPOSITION EN FRANCE ET DANS LES AUTRES ÉTATS MEMBRES : CONVERGENCES, DIVERGENCES ET RÉSISTANCES

Thierry FRANCK de PREAUMONT - L'inquiétude est plutôt en croissance et ça, on peut le mesurer à la montée progressive des recours. Dans notre secteur, il y avait jusqu'à il y a quelques années très peu de recours. On les voit maintenant monter les uns derrière les autres. Il s'agit à la fois de référés précontractuels pour essayer de paralyser la mise en œuvre du contrat et en même temps, de recours, qui tous deux prospèrent. Mais là encore, on voit en filigrane dans les projets un certain nombre de clarifications qui devraient à mon avis éviter de se retrouver dans une impasse. Je prends un exemple qui est la délégation de service public de Lyon, la concession sur le réseau de chaleur de Lyon : voilà une délégation qui depuis 10 ans est dans une situation où le titulaire actuel est là de manière parfaitement temporaire puisqu'il y a deux recours qui ont prospéré l'un derrière l'autre. Donc ça fait 10 ans de vagabondage juridique - je dirais - pour un contrat qui est quand même un des grands contrats phares en termes de délégation de service public sur les réseaux de chaleur.

Guillaume BREGERAS - *En préparant cette table ronde également vous me parlez de la hiérarchisation des critères, est-ce que le travail mené actuellement ouvre en quelque sorte la marge de manœuvre des autorités déléguées ?*

Thierry FRANCK DE PREAUMONT - Alors le fait que les critères soient clairement explicités et hiérarchisés clarifie les relations: au moins on a une meilleure vision des objectifs. Par contre, quels sont les pourcentages, comment est-ce qu'ils sont évalués ? Ça, c'est moins clair donc, au fond on peut se dire que c'est la marge de manœuvre, le degré de liberté, qu'on va laisser à la collectivité pour son intime appréciation du meilleur candidat, qui devrait a priori différencier le moins-disant du mieux-disant. C'est l'obscurité clarté des critères dans la mesure où ils ne sont pas quantifiés.

Guillaume BREGERAS - *Merci. Stéphane BRACONNIER, professeur à l'Université Panthéon Assas, donc chez vous en quelque sorte. Vous êtes professeur et consultant. Vous êtes aussi président fondateur de l'école des PPP donc vous connaissez bien les relations privé/public. Ce qui m'intéressait dans votre propos, c'était surtout de voir un peu quelle était la situation de la directive dans le panorama global des contrats.*

Stéphane BRACONNIER - Effectivement, la question des frontières - qui correspond un peu au thème général de cette première table ronde - est importante si on la replace face à l'un des objectifs assignés au processus de transposition des directives de 2014, qui était un objectif de simplification, voire de clarification. Et c'est la question que l'on peut se poser à ce stade, celle de savoir si, au regard de l'ordonnance qui a été publiée au mois de juillet 2015 - c'est-à-dire l'ordonnance « marchés publics » - et au regard du projet d'ordonnance qui a été soumis à concertation à peu près à la même date, cet objectif de simplification et de clarification peut être atteint ou est en mesure d'être atteint et ce, à deux points de vue : d'abord au regard des deux grandes catégories de contrats que sont les marchés publics et les concessions ; à l'intérieur de chacune de ces deux catégories ensuite.

Au regard des deux grandes catégories de contrats, à l'évidence le processus de transposition clarifie les choses. Aujourd'hui en droit français, ou plutôt à l'avenir en droit français, lorsque l'ordonnance « concessions » sera publiée, tout sera marchés publics ou concessions. Pour avoir pleine conscience du progrès accompli, il faut prendre en compte le capharnaüm assez indescriptible dans lequel nous étions jusqu'à présent, avec une multitude de contrats nommés ou innommés, (concessions de travaux publics, délégations de service

TABLE RONDE N°1

public, contrats de partenariat, BEAH, etc.), auxquels étaient adjoints une multitude de régimes juridiques, plus ou moins dérogatoires au droit commun des marchés publics et concessions. À partir du moment où l'ordonnance concessions va être publiée, tout contrat public d'affaires sera soit un marché publics, soit une concession. Certes, c'était déjà le cas du point de vue du droit de l'Union européenne puisque ce dernier ne connaît justement, et depuis longtemps, que les marchés et les concessions. Mais ce qui est intéressant, c'est que ce qui était vrai sur le plan notionnel en droit européen ne se traduisait pas, en droit français, sur le plan du régime juridique. La difficulté n'était donc pas une difficulté de notion, c'était une difficulté de régime juridique. De ce point de vue, l'intérêt de la transposition et des deux nouvelles ordonnances est d'assigner un régime juridique spécifique à chaque grande catégorie de contrats, en faisant disparaître, autant que faire se peut les régimes « périphériques », qui apparaissaient comme autant de régimes « parasites ». De ce point de vue, l'ordonnance « marchés publics » adopte une démarche assez radicale, puisqu'elle fait disparaître du paysage juridique l'ensemble des baux sectoriels et interdit même aux personnes publiques d'avoir recours à des contrats innommés à partir, par exemple, d'un bail emphytéotique administratif ou d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droit réel, c'est-à-dire en gros de faire du partenariat public/privé ou de la concession simplement à partir d'un BEA ou d'une AOT constitutive de droit réel.



Il y a donc indiscutablement, du point de vue de la *summa divisio* marché public/concession une forme de clarification. Restera seulement, au regard de ces deux catégories de contrats - même s'il n'en a pas été question ce matin - à régler la question de certains contrats portant occupation du domaine public et qui ont pour objet des travaux, dont le Conseil d'État, de manière un peu surprenante et selon les cas, nous dit qu'il s'agit de simples conventions d'occupation du domaine public et donc qu'il ne s'agit pas de concessions de travaux publics, ni de délégations de service public ou de marchés publics de travaux. Ces contrats sont dispensés de toute procédure de publicité ou mise en concurrence préalable. Cependant, la position de ces contrats-là au regard des deux catégories de contrats susvisés me paraît très fragile et il me semble qu'elle

POINT D'ÉTAPE DE LA TRANSPOSITION EN FRANCE ET DANS LES AUTRES ÉTATS MEMBRES : CONVERGENCES, DIVERGENCES ET RÉSISTANCES

devra sensiblement évoluer. Compte tenu, en effet, de l'élargissement de la définition du marché public de travaux et de la concession de travaux, ces contrats tomberont nécessairement, dès lors qu'ils répondent à des prescriptions énoncées par un pouvoir adjudicateur, soit dans le champ des marchés, soit dans le champ des concessions selon le mode de rémunération qui sera retenu. Il n'y aura que les vraies conventions d'occupation du domaine public - c'est-à-dire celles par lesquelles la collectivité publique autorise un opérateur économique à occuper le domaine public pour qu'il exploite son activité purement privée - qui resteront - comme ce doit être le cas d'ailleurs - en dehors du champ des marchés et des concessions même si on pourra se poser, ensuite, la question de leur mise en concurrence.

À l'intérieur des deux grandes catégories de contrats maintenant, l'œuvre de simplification apparaît peut-être plus nuancée, surtout si on se réfère au projet de directive « concessions » qui a été soumise en juillet dernier à la concertation. À l'intérieur de la grande catégorie des marchés publics, je crois que l'on a fait œuvre de simplification - je n'y insiste pas - en ménageant simplement un régime spécifique pour les marchés de partenariat, qui prennent le relais des anciens contrats de partenariat et de l'ensemble des partenariats public/privé innommés qui étaient soumis à des régimes juridiques très diversifiés. Donc, de ce point de vue, il y a une forme de clarification et il y a même eu une clarification entre ce qui relève des contrats globaux ordinaires - c'est-à-dire sans paiement différé - de ce qui relève des marchés de partenariat qui, eux, sont à paiement public différé.

Pour les concessions, les choses apparaissent en revanche un petit peu plus complexes pour deux raisons et - c'est un avis personnel naturellement - je trouve que la manière dont est rédigé le projet d'ordonnance « concessions » traduit une forme d'embarras ou, à tout le moins, un choix hésitant de la part du gouvernement sur la question des concessions ayant pour objet la délégation d'une activité de service public, en clair sur la question du sort des conventions de délégation de service public par rapport à la notion générique de « concessions ». Que fait le projet d'ordonnance sur ce point ? -Elle ménage, sans vraiment lui donner de la consistance la catégorie particulière des « concessions de service public » au paragraphe 2 de l'article 5, catégorie à laquelle n'est toutefois attaché qu'un régime juridique réduit à la portion congrue : article 42 sur le rapport annuel et article 35, qui précise que, dans le cas des concessions de service public, parmi les critères de sélection des candidatures, doit être prise en compte la capacité du candidat à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. En gros, on maintient la catégorie des concessions de service public, mais pour n'y attacher que deux conséquences qui, de surcroît, ne sont que la réécriture particulière de ce que l'on a écrit par ailleurs de façon générale pour toutes les autres concessions. On oblige en outre les rédacteurs de l'ordonnance à prévoir une disposition spécifique pour distinguer les concessions de service « ordinaire » des concessions de service public. Le paragraphe 3 de l'article 5 dispose ainsi que lorsqu'une concession a pour objet des services et des services publics, elle est une concession de service si le service public est plus important que le service. Cela paraît assez abracadabrant, vous en conviendrez. C'est un facteur de complexité inutile qui peut être résolu assez facilement en faisant disparaître purement et simplement la notion de concessions de service public de l'ordonnance, ou alors il faut lui attacher un régime juridique qui ait une véritable densité. Ce facteur de complexité est d'autant plus regrettable que le sort des textes applicables, cette fois, aux conventions de délégation de service public - c'est-à-dire aux conventions soumises à la loi « SAPIN » n°93-122 du 29 janvier 1993 (V° également : CGCT, art. L. 1411-1 s.) n'est pas complètement tranché par l'ordonnance. On perçoit bien la volonté des rédacteurs de l'ordonnance de « fondre » les délégations de service public dans la catégorie générale des concessions, ce serait un véritable facteur de simplification. Mais on sent bien également que cette fusion n'est pas si simple que ça à opérer. Que dit le projet d'ordonnance sur ce point ? Il faut aller, pour mesurer précisément les choses, jusqu'à la fin de l'ordonnance, c'est-à-dire jusqu'aux dispositions finales, qui procèdent notamment aux modifications du code général des collectivités territoriales intéressant les conventions de délégation de service public. Le projet d'ordonnance fait ainsi disparaître quasiment tous les articles du code général des collectivités territoriales qui visent la notion de délégation de service public tout en préservant l'intitulé du chapitre consacré aux conventions de délégation de service public. J'ai pris le code général des collectivités territoriales et ai rayé tout ce qui est supprimé, ajouté ou modifié par le projet d'ordonnance dans le CGCT. On s'aperçoit, une fois cet exercice réalisé, qu'au final, il ne reste plus rien, dans le régime des DSP, de véritablement différent du régime applicable aux

TABLE RONDE N°1

concessions. En d'autres termes, le régime « résiduel » applicable aux conventions de délégation de service public, tel qu'il est issu du projet d'ordonnance, se révèle tellement réduit que l'on peut s'interroger sur la pertinence de son maintien. On paraît en effet maintenir artificiellement actif un régime juridique dont la nécessité ne paraît pas avérée, au regard du régime juridique général applicable aux concessions.

En conclusion, je dirais que si l'on a procédé à une simplification indiscutable au regard des deux grandes catégories de contrats, je crois qu'il y a encore un effort à faire au sein de la catégorie des concessions pour faire en sorte que les collectivités publiques - et notamment les collectivités locales - et les opérateurs privés ne soient pas perdus et ne considèrent pas qu'il y a un risque juridique là où finalement il n'y en a pas, à passer une concession qu'ils ont qualifiée de concession de services et qui pourrait s'avérer une concession de service public. Or, lorsqu'on connaît les difficultés qu'il y a à qualifier une activité d'intérêt général d'activité de service public, on sent bien, ici, qu'il y a un vrai facteur de risque juridique.

Guillaume BREGERAS - *Est-ce que les spécificités de la concession à la française sont vraiment préservées à travers ce travail ? On pense à l'évolution des contrats, à la procédure de négociation et à d'autres éléments.*

Stéphane BRACONNIER - Je n'aime pas trop l'expression «concession à la française», que je trouve à la fois galvaudée et dépassée. Quoiqu'il en soit, il y a un certain nombre de spécificités qui ont été préservées dans la directive européenne et, au-delà, dans le projet d'ordonnance, notamment ce que l'on appelle le libre choix du cocontractant à l'issue de la procédure, le principe de la procédure négociée, le principe de la possibilité de faire évoluer ces contrats en cours d'exécution. Ces principes ont été des points de crispation très forts au début de la négociation de la directive « concessions ». La France s'est opposée, notamment, à la tendance forte d'un certain nombre d'acteurs à la Commission, mais pas seulement à la Commission de vouloir transposer purement et simplement le régime des marchés aux concessions. Et effectivement, une transposition pure et simple du régime des marchés à la concession n'aurait correspondu ni à l'économie des concessions ni à leurs pratiques.

Guillaume BREGERAS - *Est-ce que ça a été un risque ça d'ailleurs, Monsieur DELSAUX ? Est-ce que ça a été évoqué de fusionner ces deux ?*

Pierre DELSAUX - Fusionner les deux, non, mais il est clair que dans certains projets initiaux de la Commission européenne, il y avait peut-être une tendance à apporter trop massivement les principes et les règles de la commande publique au secteur des concessions. Et donc c'est vrai que - comme l'a dit le professeur BRACONNIER - il y a eu effectivement une levée de boucliers, il y a eu une série de personnes qui ont réagi en disant «le contrat de concession doit conserver ses spécificités propres et donc avoir un régime juridique qui est plus souple et qui est plus simple » et finalement c'est le texte dont on a beaucoup parlé.

Guillaume BREGERAS - *On voulait terminer également sur quelque chose que vous connaissez très bien : les futurs marchés de partenariat. Vous évoquiez les avantages et les inconvénients entre ce type de contrat et celui des concessions, est-ce que vous voulez revenir dessus ?*

POINT D'ÉTAPE DE LA TRANSPOSITION EN FRANCE ET DANS LES AUTRES ÉTATS MEMBRES : CONVERGENCES, DIVERGENCES ET RÉSISTANCES

Stéphane BRACONNIER - Oui, vous avez tout à fait raison Monsieur BREGERAS. La question un peu plus générale, c'est celle des pratiques des personnes publiques et des opérateurs privés. Alors ça vaut pour les marchés de partenariat, ça vaut aussi - de mon point de vue - pour les concessions. Il s'agit de se poser la question de savoir quel va être l'impact de ces directives et ordonnances sur la pratique des acteurs des concessions, des contrats de partenariat, des marchés publics. Une réforme quelle qu'elle soit - et celle-ci est d'une ampleur quand même assez grande - ne peut pas être déconnectée des réalités pratiques. On peut se référer à des modèles économiques ou à des modèles juridiques élaborés, mais au final, le vrai succès d'une réforme se mesure à son impact, positif ou négatif, sur la pratique de ceux qui ont à la mettre en œuvre, qu'ils soient maires, présidents d'EPCI ou ministres. Et la question que l'on peut se poser, s'agissant de la transposition de la directive concessions, c'est celle-là. C'est de savoir s'il va vraiment y avoir un impact positif sur la pratique des personnes publiques et des opérateurs privés. Pour les marchés publics, l'idée a été de banaliser ce qui paraissait compliqué. Et si on lit le texte de l'ordonnance, je crois que l'objectif est en grande partie atteint, notamment par la banalisation des marchés de partenariat que tente l'ordonnance du 23 juillet 2015. Et un contrat qui apparaît banal à une personne publique sera plus facilement utilisé par cette personne publique ou, au moins, sera utilisé avec beaucoup moins de craintes par une personne publique. Certes, des éléments de régime juridique vont influencer également sur la mesure du risque ou sur cette pratique, mais je dirais que la banalisation et la clarification auxquelles procède l'ordonnance, conjuguées à un assouplissement de certains éléments clés de régime juridique va sans doute mettre de la fluidité dans l'utilisation pleine et entière par les personnes publiques de l'éventail des contrats mis à leur disposition. En revanche, s'agissant des concessions, une sorte de paradoxe émerge. La concession - ça a été rappelé à plusieurs reprises ce matin - c'est un contrat très traditionnel en droit français. C'est pour ça que l'on parle parfois, comme vous l'avez fait tout à l'heure, Monsieur Bregeras, de concession « à la française ». Parce que la concession est profondément inscrite dans la pratique des collectivités locales et notamment des communes. Et il en est de même, finalement, au bout de plus de 20 ans, des conventions de délégation de service public qui se sont acculturé et acclimaté à la pratique publique parce qu'elles sont nées dans un contexte, celui de la concession, très connu des personnes publiques et notamment des collectivités locales. Or la transposition de la directive concessions telle qu'elle est actuellement rédigée - comporte - de mon point de vue - des éléments qui obscurcissent un petit peu les choses. L'embarras des rédacteurs de l'ordonnance, ou du moins le fait que le débat sur la place du service public dans la concession ne soit pas véritablement tranché risque clairement de perdre les acteurs de la concession et notamment les personnes publiques qui risquent de ne plus savoir exactement si en recourant à une concession - qu'elles appellent une concession de services ou une concession de travaux - elles ne prennent pas le risque de passer une concession de service public à laquelle serait attaché un régime juridique particulier. Si on ajoute à cela que l'on a transposé dans la directive concessions - parce que les directives l'imposaient - la matrice générale qui est celle des contrats publics d'affaires en droit de l'Union européenne, c'est-à-dire les grands principes de la commande publique, un certain nombre de principes sur l'évolution des contrats, un certain nombre d'exclusions, d'exceptions, d'exemptions, qui n'étaient pas inscrites dans les régimes juridiques passés de la concession de travaux publics ou de la délégation de service public, force est de constater que les personnes publiques font désormais face à un paysage juridique qui évolue très sensiblement et qui risque, en dépit des efforts de clarification auxquels procèdent ces textes, de les perdre un peu. Ces éléments d'hésitation catégorielle ou notionnelle apparaissent périlleux pour les personnes publiques. C'est ce qui risque, en matière de concessions, d'avoir une influence peut-être négative sur la pratique des personnes publiques et des opérateurs privés.

Guillaume BREGERAS - Très bien merci pour cette analyse. Il nous reste quelques minutes pour poser des questions, donc c'est tout à fait ouvert. Je vois qu'il y a un monsieur là-bas. Est-ce qu'on peut lui apporter un micro, s'il vous plaît ? Si vous pouvez juste vous présenter avant de poser la question et à qui vous vous adressez en particulier, si votre question s'adresse à quelqu'un en particulier.

TABLE RONDE N°1



Xavier BEZANÇON - Je m'appelle Xavier BEZANÇON, je suis délégué général des EGF-BTP, entreprises générales de France et auteur de pas mal de bouquins sur les concessions, dont ma thèse LGDJ sur l'histoire des contrats de travaux et de service public. Je note qu'il y a 2 contradictions : il y a une contradiction européenne et peut-être une contradiction française, ce n'est pas encore réglé. La contradiction européenne, c'est qu'on a mis en place une directive avec la volonté, au départ, de la Commission européenne d'ouvrir ce secteur, de fixer des règles, et lors de l'adoption de ce texte, on a broyé le texte, on a mis que du « In-house » ça c'est le logiciel espion de nos amis allemands, c'est la tricherie massive. Il y a des textes entiers, les articles 15, 16, etc... de la directive sur le logiciel espion du « In-house » des Stadtwerke qui ne supportent pas le système compétitif de la concurrence. Et puis deuxièmement, il y a eu toute la massivité du « In-house » jusqu'à la règle du 20/80 qui était absolument extraordinaire. Nous, on ne nous donne pas côté secteur privé une règle du 20/80. Et puis de l'autre côté, on a toutes les exemptions, tous les pays qui ont dit « Non, mais attendez moi l'eau, pas question. Moi le pétrole, pas question. Moi le gaz, pas question » et on n'en a pas beaucoup parlé - le professeur DELVOLVÉ l'a évoqué - une longue liste d'exemptions, un peu douloureuse pour le champ de la concession. Donc là, on a une contradiction terrible entre un texte qui a un objectif et en fait une réalité de ce texte qui est presque à l'opposé de cet objectif puisqu'il est presque une incitation au In-house pour toute l'Europe. Côté français, moi je m'inquiète du sujet suivant. Monsieur MAÏA vous avez dit qu'on ne saurait trahir les termes de la directive. Mais peut-on trahir les termes du Conseil Constitutionnel qui, lors de la loi du 29 janvier 1993 a expressément dit que les SEM sont dans la concurrence ? Et là, il y a un vrai problème - et c'est un beau problème de droit d'ailleurs - est-ce que le droit européen l'emporte sur le Conseil Constitutionnel ou est-ce que nos principes constitutionnels l'emportent sur le droit européen ? Et pour préciser un peu, je voudrais quand même dire que dans les textes européens, on a dit « Ah oui c'est un très bon texte, une avancée. » Non, c'est un recul. Les SEM qui étaient soumises à la compétition depuis l'arrêt Stadt Halle de 2003 ne sont plus soumises à la compétition. On avait également la liberté du commerce et de l'industrie - l'arrêt d'Allard - qui disait qu'on ne pouvait créer des régies que dans des conditions exceptionnelles. C'est passé par pertes et profits, on n'en entend plus parler. Le thème général de l'ouverture des marchés publics qui était le thème fondamental de l'Europe, on en entend plus parler. Alors est-ce que oui ou non les entités « In-house » - sont définitivement hors de la concurrence et pourquoi, pour quelle raison ? Où est-ce qu'un jour ou l'autre, on va les faire ré-renter dans la concurrence, ne serait-ce que pour vérifier que les deniers publics sont bien utilisés ? C'est une vraie question. Ma question est sur les contradictions.

POINT D'ÉTAPE DE LA TRANSPOSITION EN FRANCE ET DANS LES AUTRES ÉTATS MEMBRES : CONVERGENCES, DIVERGENCES ET RÉSISTANCES

Guillaume BREGERAS - *On va laisser Monsieur MAÏA répondre.*

Jean MAÏA - C'est une lourde responsabilité, vous comprendrez d'ailleurs que je n'apporte pas immédiatement une réponse à cette question ce matin, puisque nous sommes dans une phase de concertation, mais j'ai déjà à l'esprit cette question et je suis sûr qu'on va poursuivre l'échange au-delà de la journée. Je ne sais pas si c'est vraiment le lieu pour entrer dans le débat sur les exigences de la transposition, mais c'est quand même une exigence constitutionnelle de transposer les directives. Et un autre point mentionné ici, c'est quand même que les termes de l'habilitation sont ce qu'ils sont, ils ont été votés par le Parlement et donc nous sommes quand même dans un exercice de transposition bien cadré, de ce point de vue, celui de la marge de manœuvre. Sur tous ces aspects, nous aurons d'autres échanges je pense, mais nous sommes quand même assez contents.

Guillaume BREGERAS - *Et la question du In-house sera abordée également à d'autres moments dans la journée donc il y aura peut-être quelques éléments qui vont nourrir ce débat. Est-ce que quelqu'un d'autre souhaite répondre éventuellement ? Une question.*

Jean Bernard AUBY - 2 questions très précises parce que je ne suis pas sûr de ce que ma mémoire me dit là-dessus. Stéphane, tu as dit que tous les contrats économiques maintenant sont classés du côté des marchés ou des concessions ; quid des contrats d'aménagement ? Ça, c'est ma première question. La seconde concerne le positionnement de l'électricité et du gaz par rapport au texte que nous commentons aujourd'hui. Est-ce dedans ou non ?

Stéphane BRACONNIER - Alors sur les concessions d'aménagement, leur régime juridique reste le même, je parle sous le contrôle de Monsieur MAÏA. Et c'était un régime juridique que j'ai toujours trouvé parfaitement défendable en dépit de tout ce qui a été dit et des critiques qui ont été faites, c'est-à-dire que la concession d'aménagement est un marché public lorsque le concessionnaire est rémunéré au moyen d'un prix et est une concession de travaux lorsque le concessionnaire est rémunéré sur l'exploitation de l'ouvrage. Et ce régime juridique subsiste et il subsiste pour une raison parfaitement simple, c'est qu'il est parfaitement compatible. Je dirais même qu'il est la traduction pure et simple des directives européennes et du dualisme des directives européennes.

Guillaume BREGERAS - *La deuxième partie de la question, Monsieur MAÏA ? Électricité et gaz.*

Jean MAÏA - Il n'y a pas d'exclusion dans ce champ.

Guillaume BREGERAS - *Une autre question ?*

Hélène HOEPFFNER - C'est sans doute un peu naïf, mais je ne comprends pas pourquoi vous souhaitez absolument que le code prenne l'intitulé de commande publique. Ça a été rappelé à plusieurs reprises. En

TABLE RONDE N°1

réalité, le but est de distinguer très ouvertement les marchés et les concessions, 2 logiques différentes. Je peine à comprendre pourquoi est-ce qu'on s'entête à vouloir ce terme de commande publique ?

Jean MAÏA - Je crois que ceux qui promeuvent ce terme se réfèrent au terme de la jurisprudence constitutionnelle elle-même. Je sais que la décision du Conseil constitutionnel du début des années 2000 a fait beaucoup de débats, mais évidemment, l'administration la tient pour référence. Cela dit, le débat reviendra j'en suis sûr au moment de l'habilitation puisqu'il nous faudra bien une habilitation à codifier et donc rien n'est définitivement fait.

Pierre DELVOLVÉ - Monsieur DELSAUX est venu à mon secours, si j'ose dire lorsqu'il a distingué la commande publique: le marché et les concessions. Le marché, je commande, la concession, je confie.

Jean MAÏA - Je reconnais qu'il y a un débat, mais encore une fois vous comprendrez que l'administration a une certaine révérence pour la décision du Conseil constitutionnel.





TABLE RONDE N°2

QUELLES GARANTIES DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE ?



François ARBAULT

*Chef de l'Unité Stratégie des marchés publics -
Direction générale Marché intérieur, industrie, entrepreneuriat et PME -
Commission européenne*

Laurent VIDAL

*Directeur du département de droit public de l'économie (IRJS),
Université Paris I Panthéon-Sorbonne et avocat au Barreau de Paris*

Pierre COPPEY

Président de l'ASFA

Jean-Pierre FARANDOU

Président de l'UTP

Pascal PESLERBE

Directeur commercial valorisation et innovation, Veolia propreté France

Hubert DU MESNIL

Président de l'IGD

QUELLES GARANTIES DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE ?



Hubert DU MESNIL - Alors l'économie et peut-être un peu de politique. Au fond, dans l'esprit de l'IGD, il y a l'idée que les services publics en France comptent tellement, non seulement dans l'esprit des citoyens puisque nous disons et répétons qu'ils y sont très attachés, et comptent tellement en matière de poids économique qu'on ne peut pas en faire simplement une lecture ou une analyse strictement technique ou strictement juridique. Et que donc, dans cette approche pluridisciplinaire, nous prenons en compte les éléments du droit qui fixent le cadre de la pensée, la rigueur de la pensée. Mais nous élargissons notre champ de vue et nous faisons de l'économie, dans tous les sens du terme, et nous ne sommes donc pas très loin de la politique, pour comprendre les véritables enjeux de cette économie et pour voir à travers l'exercice juridique de la transposition, comment cet exercice peut servir les enjeux de l'intérêt général ou les enjeux de l'économie ou au contraire constituer des difficultés pour les acteurs de l'économie. Ce que nous allons emporter dans cette table ronde, au fond, c'est d'élargir notre champ de vue. Et je proposerai volontiers qu'on le fasse sous trois angles possibles. Et je laisserai bien sûr les intervenants ensuite explorer ces trois angles. Il y en a un qui est volontiers macroéconomique : le poids des services publics en France. Vous connaissez les chiffres, ils sont dans tous nos documents : les 130 milliards d'euros de chiffre d'affaires, les 6.5 % du PIB, les 1,2 millions de salariés. Le poids donc que représentent ces activités dans l'économie nationale. Est-ce que ces activités-là vont trouver, avec notamment la transposition, un cadre propice à leur développement sachant que les besoins sont là et qu'ils ne sont pas remis en cause ? Les Français ne sont pas en train de nous dire : on n'a plus besoin d'eux, on n'a plus besoin de transport. Ça va de soi. Mais le contexte par ailleurs change : évolution du contexte institutionnel, compétences territoriales, évolutions du contexte financier, créer des finances publiques. Dans ce contexte-là, est-ce que ce besoin national, ce volume d'activité nationale, va trouver à travers la transposition un cadre propice à son évolution et son développement ou bien est-ce qu'il va se heurter à des difficultés, des incompréhensions, des fragilités nouvelles ?

Deuxième angle d'approche, l'angle de la performance économique : la manière dont les contrats vont être préparés, négociés, exécutés et contrôlés. Est-ce que ces éléments-là vont conduire à une stimulation de la recherche de performance économique ou pas ? Est-ce que les éléments sur lesquels les entreprises vont être jugées, évaluées, rémunérées vont constituer pour ces entreprises-là un cadre propice à la génération d'une

TABLE RONDE N°2

nouvelle performance, c'est-à-dire un service de meilleure qualité pour un meilleur prix ? Est-ce que cette performance-là va s'y retrouver dans ce cadre nouveau ou pas ?

Troisième angle d'attaque : l'international. Bon nombre d'entreprises acteurs sont leader au niveau mondial et ne nous disent pas que le marché français est usé, fatigué ou le contexte national ne s'y prête pas et que donc elles quittent ce marché pour aller prospérer dans les marchés étrangers. Elles nous disent que pour prospérer sur le marché européen ou le marché international, l'une des conditions c'est qu'elles disposent sur le territoire national d'une base propice à leur développement, à leurs innovations et à leurs inventions. Et donc, est-ce que le cadre nouveau va être propice de ce point de vue ? Premier niveau, le niveau européen. On a déjà en partie répondu ce matin. Est-ce que oui ou non le marché européen va s'ouvrir ? Est-ce que nos entreprises vont trouver la possibilité de développer leur savoir-faire dans les autres pays de l'Europe, dans un cadre ouvert à la concurrence et harmoniser oui ou non ? On a vu que la réponse malheureusement, n'est pas entièrement positive, c'est le moins qu'on puisse dire. Est-ce qu'au-delà de l'Europe, au niveau mondial, les bases françaises et européennes vont leur permettre de rester parmi les meilleures du monde ?

Guillaume BREGERAS - *Merci d'avoir dressé déjà un panorama des débats à venir lors de cette table ronde, avec laquelle on va commencer avec François Arbault, Chef de l'unité «Stratégie des marchés publics» au sein de la Direction générale Marché intérieur, industrie, entrepreneuriat et PME» à la Commission européenne. Vous avez intégré la Commission européenne en septembre 1995 et vous avez notamment été membre du cabinet de Michel Barnier de 2010 à 2013, donc vous connaissez évidemment bien ces sujets. La première question est la mise en perspective de ce travail et qu'est-ce qu'il ajoute finalement en termes d'efficience économique ? Qu'est-ce qu'il apporte réellement ce travail ?*

François ARBAULT - C'est évidemment une très vaste question que ce thème de la table ronde : garantir l'efficacité économique des concessions. Il y a d'abord la question de savoir si, en effet, la concession est un mode efficace d'exploitation, d'exécution d'un service. Évidemment, en toile de fond, la question des services publics a une pertinence particulière en France. Puis il y a la question : est-ce que finalement, la directive élargit en quelque sorte les garanties de l'efficacité de ce modèle ? Ou est-ce qu'au contraire, elle les menace, notamment dans le cadre spécifiquement français ? Donc c'est une question extrêmement vaste.

Je ne veux ni rentrer dans les équations – que je serais bien incapable de poser, ni enfoncer trop de portes ouvertes. Pour jeter les bases de la discussion, je voudrais essayer de mettre en perspective ce modèle de la concession par rapport à ce qu'a essayé d'apporter l'Europe dans le cadre de la négociation de la directive. Je crois que le point de départ – on est tous d'accord – c'est la recherche de l'efficacité dans la réalisation d'une infrastructure, son exploitation ou dans l'exécution d'un service. Donc, on cherche une efficacité. Ce qui implique aussi des investissements à consentir. Il faut trouver des gens qui sont prêts à investir.

Et puis, il y a évidemment la question de la spécificité du service public. On a vu qu'il peut y avoir une ambiguïté à cet égard. Non pas qu'il y ait une quelconque dissolution, dans un sens péjoratif, de cette notion du fait du texte. Mais il est vrai que la directive n'est clairement pas aussi axée, comme c'est le cas en France, sur la notion de service public, de délégation de service public.

Donc, si on veut garantir cette efficacité, deux exigences. D'abord, susciter l'investissement, comme je l'ai dit. Je crois que là, il y a un souci de mobilisation de l'épargne privée dans le contexte qu'on connaît sur lequel je ne reviens pas. Ensuite l'autre exigence est l'optimisation de la réalisation de l'exécution. Cette optimisation peut prendre plusieurs formes. Ça peut prendre la forme de créer des incitations dans le cadre de la sphère publique. Ça peut être un choix politique qui est fait. Ou alors, d'externaliser la réalisation, et dans ce cas-là, il va

QUELLES GARANTIES DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE ?

falloir maintenir une pression, disons compétitive, un aiguillon compétitif sur l'opérateur, auquel on aura confié, comme disait le Professeur Delvolvé, cette mission.

On voit se dessiner en creux, à mon avis, tout le sujet, qui est celui de cet équilibre extrêmement délicat à trouver entre, d'une part, une certaine prédictibilité, une certaine sécurité, une certaine visibilité à long terme pour garantir l'investissement et l'attractivité pour les opérateurs privés de ces concessions, et d'autre part, le maintien d'un aiguillon compétitif. Avec la concession on n'est pas dans un cas d'immersion dans le marché, on n'est pas dans le cas d'un opérateur privé qui subit la pression concurrentielle de ses concurrents au quotidien. Donc, il va falloir trouver des mécanismes pour pallier ça et pour mettre en concurrence, au niveau de l'attribution de la concession et puis évidemment il va y avoir la question de la régularité de cette remise en concurrence. Et de la capacité aussi - là je reviens peut-être à la logique visibilité à long terme - à offrir une sécurité juridique. Enfin il faudra garantir l'adaptabilité de la mission qui est confiée à l'opérateur.

Il y a évidemment une tension, d'une part, entre le droit exclusif, en quelque sorte, qu'on va confier à un opérateur pendant une durée déterminée, ce qui va lui donner de la visibilité, et la nécessité de lui permettre d'avoir un retour sur investissement qui soit correct mais pas excessif non plus, car cela ne doit pas se transformer en rente de situation. L'objectif est, encore une fois, de maintenir un aiguillon concurrentiel. L'objectif initial, c'est bien l'efficacité de la réalisation de l'infrastructure ou de la prestation de service.

Donc, qu'est-ce qu'on a essayé de faire dans le cadre de cette directive ? C'est précisément, au niveau européen, de paramétrer au mieux ou en tout cas de permettre aux États membres, puisqu'en effet on est dans la logique d'un cadre léger - je ne reviens pas là-dessus, de paramétrer de manière optimale ce calibrage entre ces deux objectifs. Il s'agit bien de créer les conditions d'une sécurité juridique renforcée. Pierre Delsaux a insisté très justement là-dessus.

Je crois qu'il est très important de ne pas avoir une perception, disons, franco-centrique. Évidemment la directive, elle se négocie dans un cadre européen. Donc évidemment, on était parfaitement conscient - j'étais au cabinet de Michel Barnier à l'époque, qu'il y a une loi Sapin, qu'elle est parée de très nombreuses vertus, et cetera. Mais dans un cadre européen, on ne peut pas partir du postulat qu'il existe une loi Sapin en France et donc qu'il n'y a pas besoin de légiférer en matière de concessions. Le point de départ, c'était qu'il y avait un vide en termes de droit dérivé qui était celui des concessions et que ça créait une insécurité juridique. Ce n'était pas assez propice, précisément à la mobilisation de l'investissement privé en Europe. Il y avait donc une volonté, au-delà des articles du traité, de donner davantage de sécurité juridique. C'est ce qu'on a essayé de faire. On a essayé à la fois de garantir cette sécurité juridique, d'organiser la concurrence de manière, je dirais, «proactive» parce que quand même à la base de la notion même de concession il y a cette idée que confier ça à un opérateur privé, ça va être une garantie de l'efficacité à condition que la concurrence joue. Ce n'est pas simplement le privé pour le privé. C'est le privé dans la concurrence. Donc ça, c'est un point très important.

Et puis, il y a évidemment un troisième point fondamental qui est le cadre européen. Je sais qu'on est dans un contexte disons, politique, où il devient de plus en plus inaudible de dire qu'on raisonne dans un cadre européen. Il n'en demeure pas moins que la finalité du traité et la finalité de la Commission européenne, c'est de créer un marché intérieur. Or, on sait que ce marché intérieur, il est extrêmement en retard s'agissant de la commande publique ou des concessions, pour des raisons qui peuvent être parfaitement légitimes. Il n'en demeure pas moins qu'on peut considérer aujourd'hui qu'on n'est pas au maximum du gain d'efficacité qu'on pourra obtenir en faisant jouer davantage de concurrence au niveau européen sur les marchés ou sur les concessions qui véritablement ont un intérêt transfrontalier évident. Et, on voit bien que le seuil qu'on a fixé dans le texte, il vise seulement ce marché intrinsèquement transfrontalier. Et les États membres restent parfaitement libres d'organiser le cadre juridique qu'ils souhaitent en dessous de ce seuil.

Donc voilà, l'idée c'était de garantir un effet peut-être positif supplémentaire de la concurrence potentielle qui

TABLE RONDE N°2

existe au niveau européen, et de garantir une sécurité juridique pour attirer les investissements des opérateurs privés. Un certain nombre de paramètres qui sont fixés dans cette directive, même si on reste dans un cadre léger, garantissent précisément ce paramétrage, disons optimal mais très difficile à trouver, entre la sécurité juridique et la visibilité à long terme d'une part, et l'aiguillon de la concurrence d'autre part, à travers les principes de publicité et de non-discrimination. Tout opérateur qui a vocation à être candidat, en quelque sorte, devrait pouvoir être informé, devrait savoir exactement quelles sont les procédures à respecter même s'il y a un respect de l'autonomie procédurale des États membres en la matière. Publicité, non-discrimination, traitement équitable, « level playing field » auquel faisait référence Pierre Delsaux, mais aussi capacité d'adapter le contrat. Je ne reviens pas là-dessus, mais il y a une faculté évidemment de modifier le contrat, d'abord sur la base des éléments contractuels prévus dans le contrat, sur la base d'événements extérieurs imprévisibles, sur la base de nouveaux éléments de réalisation qui pourraient apparaître nécessaires, et cetera.

Donc voilà, je crois qu'on a réussi... Enfin, c'est évidemment un exercice imparfait et je connais toutes les critiques portant notamment sur les règles gouvernant le « In-house ». On parle ici du résultat d'une négociation politique. Quand on est sur une discussion d'un texte à 28, parfois certains peuvent être « un peu plus égaux que d'autres » ou un peu moins, il est clair qu'à la fin c'est un compromis politique. Et je crois qu'il faut garder une vision à long terme, c'est une avancée, je crois, dont le solde est largement positif. Il y a des choses qui auraient pu être différentes. On pourrait espérer que la concurrence joue davantage dans certains domaines.

En tout cas, on a des principes qui sont clairs et c'est un processus de très long terme. Et je crois que le principe de concurrence, quoi qu'il en soit, est présent dans le traité à de très nombreux titres. Pas seulement dans le cadre de marchés publics et des concessions. Dans l'approche par exemple, par le droit de la concurrence des droits exclusifs. Par l'approche, par exemple des autorisations administratives ou des concessions d'occupation du domaine public, dans le cadre de la directive services. Donc je crois qu'on ne peut pas soupçonner le droit européen de faire l'impasse sur le principe de concurrence, quand il s'agit de confier à des opérateurs, un certain nombre de missions. On n'est pas au bout de cette histoire. Mais évidemment, on s'inscrit dans le long terme en matière de cadre législatif européen. Merci.

Guillaume BREGERAS - *Merci. Il y aura certainement des questions. Je pense qu'il y en aura plein. Moi, j'en ai aussi. On va continuer le tour de table. On va enchaîner avec Pierre COPPEY. Vous êtes président de l'Association des Sociétés Françaises d'Autoroutes et Directeur Général délégué de Vinci en charge des concessions. Vous connaissez bien évidemment aussi ce sujet. Je crois vous teniez quand même à faire un petit bilan des concessions. Tout simplement pour rappeler que c'est un modèle qui marche, mais preuves à l'appui, si je puis dire.*

Pierre COPPEY - C'est une question téléphonique. Je n'avais pas forcément prévu les choses comme ça. Je suis là comme effectivement vous m'avez gentiment invité comme président de l'Association des Sociétés Françaises d'Autoroutes. Et j'ai également la casquette de la responsabilité des concessions de Vinci qui sont dans le domaine des autoroutes, dans le domaine du stationnement et dans le domaine aéroportuaire. Et incidemment, également dans le domaine des stades. En France et à l'étranger. Je voudrais remercier le professeur DELVOLVÉ parce que je suis revenu ici de nombreuses années après avoir usé mes fonds de culotte comme étudiant sur ces bancs. Et je trouve la simplicité et la limpidité de ce que vous dites, extrêmement réconfortant pour nous autres, acteurs privés qui avons besoin de nous repérer dans un maquis qui est extrêmement pesant. Et en vous entendant, j'ai tout à coup eu l'image de l'expérience que nous avons actuellement, nous discutons d'une concession au Japon. Et au Japon, la réglementation est extrêmement simple. Elle repose sur l'idée magnifique que vous avez résumée : marché public, je commande. Concession, je confie. Confie, confiance. Et il y a dans ce pays, une culture de confiance. Une culture de respect de la

QUELLES GARANTIES DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE ?

parole donnée. Et une culture du respect de l'engagement, autour de laquelle tout s'ordonne. Et je trouve ça extrêmement reposant, extrêmement sécurisant par rapport au maquis dans lequel nous nous égarons. Je suis navré de le dire. Mais, c'est quand même le terrain dans lequel nous sommes aujourd'hui en France. Et c'est vrai que d'un côté, on parle de simplification et de l'autre, on est en permanence en train d'empiler des textes dans lesquels il est très difficile de se repérer. Je suis navré, c'est très terre-à-terre de le dire. Cela paraît même un peu polémique. Mais, la question de la table ronde, c'est comment garantir l'efficacité économique des concessions.

La première condition de l'efficacité économique, c'est la confiance, c'est la simplicité et aujourd'hui, on est ni dans un cas ni dans l'autre. Donc, je revendique ces principes de base qui sont les principes de l'efficacité économique : celui de la lisibilité, celui de la confiance et celui de la simplicité. Et je dis que nous vivons aujourd'hui dans la société française en général et dans le domaine des concessions en particulier, plus sous le régime de la suspicion que sous le régime de la confiance. Et que rappeler cette idée simple ferait sans doute beaucoup progresser, et l'économie française en général, et les concessions, en particulier. La suspicion et la défiance ont des conséquences dévastatrices sur l'activité économique et sur le progrès des contrats et des projets. Cette idée simple mérite d'être dite ici, je crois.

J'ai une deuxième idée simple à vous proposer qui est l'idée du respect du contrat. C'est un dérivé de ma première idée. Respecter le contrat tel qu'il a été négocié, tel qu'il a été signé, tel qu'il a été écrit. Un contrat s'il doit évoluer, ne peut évoluer sans l'accord des parties. Là aussi pardon d'enfoncer cette porte ouverte. On a eu dans l'expérience récente les uns et les autres quelques occasions de rappeler que le contrat est la loi des parties, que les parties ont besoin de se mettre d'accord, que le contrat est synallagmatique. Et que si on n'a pas donné notre accord, ça ne peut pas marcher. Parfois, ça prend du temps. Parfois, c'est long. Parfois, c'est compliqué. Mais rester sur cette idée simple, ça fait un bien fou.

La troisième idée, c'est logiquement, que, au fond l'efficacité économique, et l'efficacité de nos contrats gagneraient beaucoup à être sanctuarisées. Ou en tout cas être à l'abri de la polémique politique. Nous vivons dans un univers en France dans lequel, il est de bon ton de caricaturer à peu près tous les concessionnaires d'eau. Alors c'est vrai que les concessionnaires d'autoroutes ont plutôt pas mal porté le chapeau et ont dû faire des vacances aux autres, ces derniers temps. Mais, chacun a eu son paquet, tour à tour. Je ne vais pas faire la liste, on a tous eu de sales quarts d'heure à passer. Et je pense que c'est souvent le fruit d'une méconnaissance économique et d'une inculture juridique de nos responsables politiques. Voire d'ailleurs des journalistes et des parlementaires qui parlent de ce sujet. Nous avons fait une expérience très douloureuse dans le domaine des concessions d'autoroutes, puisque nous avons été l'objet d'une polémique qui a duré près d'un an, suite à une somme de contresens ahurissante de l'autorité de la concurrence, sur le régime des concessions d'autoroutes. Et donc, si nous pouvions être à l'abri de la polémique politicienne, si nous pouvions simplement bénéficier, juste d'une lecture ou d'un jugement qui serait fait d'une part, sur l'analyse juste de nos concessions, de l'analyse économique juste. On nous juge par nos TRI, et pas par nos résultats d'exploitation. Et d'autre part, l'analyse contractuelle, je pense que ce serait une condition d'efficacité économique. C'est vrai qu'on peut en sourire. Mais, c'est vrai qu'on a perdu énormément de temps dans la période récente. Et c'est vrai que des corps de contrôle de l'État les plus hauts, la Cour des comptes et l'autorité de la concurrence ont de ce point de vue-là, peu contribué à la clarté du débat. C'est un euphémisme.

Ma quatrième idée de condition de l'efficacité économique, serait de dire qu'on abandonne l'idée qu'un bon concessionnaire est un concessionnaire qui perd de l'argent. Et que le modèle de gestion glorifié en France, c'est celui de la SNCF. Je crois que nous avons besoin de rompre avec l'idée qui est quand même l'esprit dominant dans l'opinion. Qu'il faut privatiser les pertes et nationaliser les gains. Et moi, je pense que, je ne vais pas reprendre ce qui a été dit sur le fait qu'un contrat de concession se fait aux risques et périls du concessionnaire. Un concessionnaire qui prend des risques, un concessionnaire qui investit, un concessionnaire qui va chercher plusieurs dizaines de milliards d'euros sur les marchés financiers prend des risques qui ont besoin d'être rémunérés, emprunte de l'argent qui a besoin d'être rémunéré, mobilise de l'argent qui a besoin

TABLE RONDE N°2

d'être rémunéré. La vertu de la gestion déléguée, la vertu de la concession, c'est de rappeler que l'argent a un coût. Ce que la dette publique abyssale sous laquelle nous vivons a fait oublier. Et il reste dans l'opinion, l'idée que l'argent public ne coûte rien. Et que l'argent privé coûte trop cher. Et que ces concessionnaires qui gagnent de l'argent en gagnent trop. Avec simplement le contresens terrible qui est omniprésent dans la vie politique française, que l'argent public ne coûte rien. Donc, abandonnons l'idée qu'un bon concessionnaire est un concessionnaire qui perd de l'argent. Et soyons fiers des concessionnaires qui en gagnent. Parce qu'ils investissent, ils embauchent. Et, ils ont la possibilité simplement de remplir leurs obligations. Cela me conduit à dire et là, c'est là que je vais vous rencontrer, et vous dire mon désaccord. Cela me conduit à dire que les grands contrats et les contrats longs sont mieux que les contrats courts et les contrats petits. Parce que nous sommes souvent comme concessionnaires, chargé de lourds investissements, de lourdes infrastructures. Et de projets qui ne peuvent s'amortir que sur la durée. Faire des petits contrats, et faire des petits contrats courts c'est, au nom de la concurrence, faire le contraire de ce qu'on affiche. Faire des petits contrats courts, c'est faire des concessionnaires malheureux, ce n'est pas grave. Mais c'est faire payer très cher, les usagers, là où les contrats longs et les contrats larges permettent d'avoir une meilleure efficacité économique. Si c'est opaque, je peux simplement vous donner un exemple simple : quand vous faites un petit tronçon autoroutier, vous faites des concessions qui durent 75 ans. 75 ans, ça veut dire que l'État aliène ses droits pour une durée extrêmement longue. Vous faites des concessions «archi-endettées», avec des concessionnaires qui sont sous le niveau de la mer, pendant des années et des années. Et, vous faites des concessions qui sont très chères. L'exemple de la France, c'est que depuis la fin de l'adossement, les concessions d'autoroutes dévolues par petites sections sont deux fois plus chères que les grands réseaux. Et ça, c'est l'enfant de la directive européenne et de l'idéologie de la concurrence, mal appliquée et traduite de façon totalement dogmatique.



Donc je le dis et je le redis, une petite concession et une grosse concurrence, ce n'est pas nécessairement bénéfique aux usagers. Et pour optimiser l'intérêt économique de l'État, de l'État concédant, du concessionnaire et des usagers, on arrive même régulièrement à faire le contraire. Je revendique pour ma part les vertus de l'effet de réseaux. Je revendique pour ma part, les vertus de l'adossement. Je revendique pour ma part, les

QUELLES GARANTIES DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE ?

vertus de la mobilisation des capacités d'investissement des concessionnaires, par l'allongement de la durée des concessions. Et par l'extension de leur périmètre géographique. J'ai en tête des exemples qui sont de mon point de vue imparables. Un est celui des petites sections autoroutières. Mais, j'ai également en tête l'exemple du tunnel de Toulon qui vient d'être intégré à la concession d'Escota, je ne vois pas de meilleur modèle économique, pour les collectivités, pour l'État concédant et pour l'intérêt collectif que d'adosser un tunnel, que personne ne savait financer à une concession qui par allongement peut intégrer des dépenses. Donc, je le dis et je le redis, l'adossement est vertueux. Donc, dans le même ordre d'idée, je revendique l'évolutivité du service public et l'évolutivité des concessions. Et l'idée qu'il faut savoir désacraliser le contour des objets concessifs en admettant des évolutions au cours du temps, par l'inclusion de nouveaux tronçons ou par des adaptations qui permettent de répondre à des besoins d'investissements, qui incidemment ne peuvent être aujourd'hui satisfaits que par là. En tout cas, dans le domaine routier ou autoroutier compte tenu de l'état des finances publiques. Je voudrais pour finir, dire deux choses et si vous me laissez une minute de plus, je ferai un peu de polémique. Je crois que nous avons besoin d'un concédant fort. Nous avons la synthèse de tout ce que je viens de dire, c'est qu'il n'y a de bons concessionnaires que dans le cadre d'un dialogue solide et clair entre deux partis, l'État concédant et les concessionnaires. Nous avons besoin d'un état fort. Je vois s'installer des idées bizarres. Nous avons construit des concessions dans le domaine aéroportuaire avec la DGSC, dans le domaine autoroutier avec la direction des routes. Et on voit s'installer, l'intrusion d'un régulateur au milieu des contrats de concession, que je vois moi, avec stupeur. Un contrat de concession a besoin d'être suivi par le concédant, qui peut mettre tous les indicateurs de suivi et toutes les sanctions qu'il veut sur le concessionnaire pour s'assurer de la bonne exécution du contrat, au risque du concessionnaire. Mais faire rentrer un régulateur dans la gestion d'un contrat de concession, je crie casse-cou et je vous commande Professeur Delvolvé, d'ores et déjà, une étude de doctrine sur le bonheur de la régulation d'un contrat qui me paraît un contresens monstrueux. Mais vous l'expliquerez mieux que moi. Et donc je dis : oui nous avons besoin d'un Etat fort qui fasse respecter les obligations des concessionnaires. Oui, nous avons besoin de rester dans le cadre des contrats, mais attention aux dérives dans l'application des contrats dont on voudrait se protéger politiquement en s'abritant derrière un régulateur. Un contrat, ça s'applique, ça ne se régule pas. Plus c'est simple plus c'est facile à appliquer. Plus c'est compliqué, moins on a de facilité à l'appliquer.

Je voudrais enfin et, c'est avec vous, Monsieur ARBAULT, que j'ai envie de polémiquer un instant, vous faire part d'une expérience de concessionnaire. Au fond, dans le monde merveilleux de la concurrence que vous nous vendez, vous dites : il faut un grand marché européen dans lequel tout le monde pourra soumissionner et qui sera le « nirvana des PME ». Alors moi, j'adore les PME. Comme concessionnaire, comme président de l'ASFA je dis que les concessionnaires d'autoroutes sont le premier maître d'ouvrage public. Nous faisons travailler des milliers de PME en direct ou en sous-traitance des grands groupes qui, en général, sont les seuls capables de faire des grands travaux. Et dans le modèle que vous nous décrivez, j'ai un peu le cauchemar de l'entreprise hollandaise qui viendrait répondre avec un sous-traitant portugais qui ferait travailler des ouvriers roumains, en application d'une autre directive. Et moi, ça ne me pose pas de problème. Je trouve ça merveilleux cette Europe. Simplement, quand je me lève le matin, j'ai un coup de fil du préfet qui me dit : « bon Monsieur le Président, faites passer les PME locales quand même. Parce que l'emploi local, c'est prioritaire ». Et puis ensuite, j'ai un coup de fil des politiques qui me disent : « bon quand même, faites en sorte que bon, l'emploi local. Et puis, pensez aux PME ». Et puis après, j'essaie de faire vivre une entreprise et j'essaie de faire vivre des concessions. Et je me dis qu'on est dans une espèce de fantasme d'une concurrence qui permettrait à chacun d'accéder à un marché dont je ne comprends pas bien après quoi il court parce que je suis depuis des années et des années soumis à des règles de concurrence dans la dévolution des marchés qui me permettent de faire travailler des grands groupes, des petits groupes, des moyens groupes, qui me permettent de faire travailler des entreprises européennes. Et donc, le fait d'en rajouter et de nous chanter la chanson des PME alors que nous sommes des grands groupes qui réunissent des PME et qui font travailler des PME, j'avoue que je ne comprends pas bien et j'avoue surtout que je suis un peu malheureux des contradictions qu'il y a dans les injonctions de l'État sur la concurrence. Parce qu'au fond, à force de parler de concurrence et à force de parler de la valorisation des PME, on finit par faire peser le soupçon sur les acteurs existants qui vivent dans

TABLE RONDE N°2

la concurrence, qui vivent dans la concurrence internationale et qui font travailler les PME. Donc, de grâce, essayons d'être plus nuancés à la fois dans la manière d'exprimer les objectifs et dans la manière de décrire la réalité des conditions dans lesquelles nous travaillons. Voilà, ça c'était la page polémique pour finir. Merci.

Guillaume BREGERAS - *Est-ce que Monsieur Arbault, vous souhaitez apporter un élément de réponse ?*

François ARBAULT - Il ne me semble pas que je sois tombé dans une idolâtrie des PME. Je crois qu'on a le souci en effet, de garantir un accès dans la mesure du possible des PME à la commande publique. Ce n'était pas mon propos principal au demeurant. Je n'ai pas fait de mention moi-même de la question des PME dans mon intervention.

Je crois que qu'on ne sortira jamais du mythe, de cette espèce de 'doxa' fantasmée qui ferait de la Commission européenne une idole de la concurrence. Je crois que mon propos était plus mesuré que ça. Je voudrais simplement insister sur le fait qu'on n'a pas besoin d'aller chercher des entreprises néerlandaises pour trouver d'éventuels Roumains ou Bulgares employés par des entreprises en France. Et donc, il s'agit d'un sujet certes, d'une très grande pertinence, y compris dans son impact politique, mais qui est tout à fait distinct de la question des concessions. Je crois qu'on n'a pas besoin d'aller chercher des exemples à l'étranger pour éventuellement trouver matière à soulever ce débat. Je crois que les grands groupes français sont tout aussi désireux d'aller chercher des opportunités à l'étranger. Et donc je crois que c'est précisément être dans son rôle pour l'Union européenne que de permettre à cette concurrence de jouer quand elle fait un sens. Et je crois que même si évidemment un contrat de concession est un contrat, il faut rappeler qu'évidemment, c'est un contrat qui se base sur un droit exclusif d'exploiter l'infrastructure. Et je crois qu'il est tout à fait légitime, avec toutes les précisions que vous avez apportées, qu'on soit attentif à ne pas tomber dans des rentes de situation non plus. Et je crois que l'exemple des autoroutes est un exemple extrêmement intéressant qui prouve que la flexibilité existe. Et le plan autoroutier français, je crois, a montré y compris que même les règles européennes peuvent être relativement élastiques et créatives, quand il s'agit de relancer la croissance. Mais on peut être créatif à l'intérieur de la compatibilité avec les règles. C'est la définition même d'un métier de juriste.



QUELLES GARANTIES DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE ?

Pascal PESLERBE - Oui, évidemment. Les concessions sont dans leur nature des contrats à risque. Avant de vous répondre, je précise souscrire à la quasi intégralité des propos tenus auparavant. Chez Veolia, je m'occupe en particulier de la partie Recyclage et Valorisation des déchets. J'ai pu participer, depuis les années 1990 et au fur à mesure des évolutions législatives, à la création d'une véritable industrie du déchet, et à celle consistant à faire du déchet, une ressource.

Aujourd'hui, Veolia Recyclage et Valorisation des déchets en France, c'est une trentaine de concessions exploitées sur tout le territoire. Ainsi, une trentaine de marchés (sur cinquante) sont exploitées en concessions selon divers modes : délégation de services publics, affermage, régie intéressée. Certains contrats ont été déclinés. L'expérience du passé nous a donc permis de mettre en place cette industrie, qui était inexistante lorsqu'on a souhaité créer ces marchés et faire évoluer la réglementation.

Alors l'efficacité économique c'est bien sûr la concurrence. Elle a souvent été évoquée : la manière dont on met en concurrence les différents intervenants au début de ces marchés. Et puis, c'est également le contrôle de l'efficacité économique tout au long du contrat. On confie effectivement des services publics. Je reprends à mon compte ce qu'a dit mon collègue précédemment sur le lien : confié/confiance. Il est donc nécessaire de définir la façon dont cette efficacité économique va être mesurée au cours du temps.

La confiance suppose une vraie capacité à développer, tout au long du contrat, des relations avec les autorités concédantes basées sur l'examen de nos résultats, de nos capacités à produire de l'énergie à partir des déchets, de nos capacités à valoriser au mieux les différents types de déchets.



Il y a eu une première période de développement de ces contrats. La transposition de cette directive comporte évidemment des points d'ajustement. Ma conviction est également que certains secteurs d'activités relèvent de la commande publique, plutôt dans des logiques de marchés (un peu à l'image de ce qui s'est passé au début des années 90), et qui peuvent sans doute être renouvelés et remis dans les schémas concessifs. Cette analyse ne veut pas dire qu'ils ne pouvaient pas forcément l'être avant, mais je souhaite attirer l'attention sur les réelles évolutions en cours, en particulier dans le secteur d'activité que je représente. Je l'évoquais auparavant : le cadre législatif et l'évolution de la société créent de nouveaux besoins.

TABLE RONDE N°2

Comme évoquée auparavant, la récente loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte crée de nouvelles obligations. Elles sont plutôt liées à l'individualisation : on veut aller davantage vers le principe du pollueur-payeur, la récompense du geste de tri, la facturation de manière individuelle d'un certain nombre de services et de résultats. À travers la redevance incitative par exemple qui est un moyen de récompenser le geste de tri, on arrive à des mécanismes beaucoup plus complexes que ceux qu'on avait auparavant à travers la taxe notamment. Il me semble donc que des pans nouveaux d'activités devraient pouvoir basculer de la logique de marchés à la logique des concessions.

La transposition de cette directive peut générer davantage d'efficacité dans un certain nombre de secteurs. Pour le démontrer, je vais citer deux secteurs illustrant notamment l'activité chez Veolia et qui sont exploités dans le cadre de marchés publics. Ils ont été progressivement, au nom d'une certaine conception de l'efficacité économique, atomisés, allotés, définis en obligations de moyens notamment. De mon point de vue, l'efficacité n'a pas été au rendez-vous sur ces marchés notamment en termes d'efficacité économique. C'est également ma conviction profonde de penser que beaucoup de ces marchés pourraient être revus dans le cadre de contrats de performance plus longs avec des engagements de résultats.

Je pense notamment à la collecte des déchets ménagers qui représente un secteur considérable en termes d'emplois, et de besoins des administrés. Ce secteur commence à mélanger les déchets publics et les déchets privés. C'est également un secteur sur lequel on cherche à avoir des ressources qui soient à la fois, les ressources du service public et aussi le traitement de tout ce qui peut être des déchets privés. Sur ce sujet, il y a sans doute un renouveau et quelque part une utilisation et un rebond à avoir sur la transposition et sur le dispositif des concessions pour monter des contrats de performance s'inscrivant dans la durée. On a mentionné la durée qui est effectivement un critère particulièrement important dans l'obtention d'une meilleure efficacité. Sur la collecte des ordures ménagères avec les nouvelles organisations territoriales, des gains d'efficacité non négligeables profiteraient aux différentes parties prenantes.

La situation est identique dans des secteurs connexes comme ceux des déchetteries. Des grands réseaux de déchetteries se sont montés dans les années 1990. Aujourd'hui, il y a un marché, je crois, en concession de service public en déchetteries. La déchetterie est un équipement public, mais qui reçoit également des déchets d'origine privée. J'ai le sentiment que l'on peut s'appuyer là-dessus pour avoir un nouveau rebond au regard de la loi relative à la transition énergétique notamment et quelque part, redévelopper ce modèle concessif auquel Veolia croit fortement et dans lequel nous nous sommes beaucoup investis.

Comme vous le disiez, la notion de rentabilité de ce qu'on fait, elle doit s'exprimer effectivement par le TRI plutôt que par le résultat d'exploitation. Et je peux vous assurer que dans l'ensemble de nos marchés, la concurrence est extrêmement forte. Nous nous battons effectivement sur des taux de TRI liés aux investissements qu'on est amené à faire au départ de ces contrats. Alors sur ce qui a été dit notamment sur la quasi-régie, pour reprendre la traduction française de ces contrats dits « in house », il y a effectivement un paradoxe que je souhaitais moi aussi soulever. Il paraît contradictoire d'avoir exclu un secteur aussi important que celui de l'eau du champ de la directive, tout en ayant étendu les dérogations au principe de mise en concurrence et aux obligations de transparence de la directive dont bénéficient le secteur public et les entreprises au capital mixte. Car dans le même temps des entreprises municipales allemandes, associées à des SEM françaises, viennent concurrencer - au nom des fameux 20 % - des entreprises privées sur des marchés publics français dans le domaine du traitement des déchets.

Guillaume BREGERAS - *Vous craignez, du coup, davantage la concurrence du «in house» ou des entreprises étrangères européennes ?*

QUELLES GARANTIES DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE ?

Pascal PESLERBE - Les deux à partir du moment où la concurrence est déloyale. Or cela peut être le cas quand des entreprises disposent de marché de gré à gré sur un territoire, bénéficiant parfois de subventions croisées, et viennent ensuite participer à des appels d'offres concurrentiels sur le marché ouvert. Cela me semble être un paradoxe intéressant à soulever.

Guillaume GREGERAS - *Donc finalement, et là une question peut-être plus pour Monsieur Arbault, est-ce que ce n'est pas une garantie de l'efficacité économique des collectivités plutôt que des entreprises qui sont délégataires ?*

François ARBAULT - Je crois qu'on connaît toute la difficulté qui a été celle de ce débat du «in house». Il y avait une volonté collective du législateur de trouver un compromis pour avoir un texte qui par ailleurs, présentait un certain nombre d'avantages. C'est vrai qu'il y a une ouverture par rapport à ce qu'était la vision disons, jusqu'ici, du «in house», que parfois on considérait aussi comme extrêmement exigeante en matière de coopération public-public. Et puis, je crois qu'il ne faut pas non plus exagérer à outrance l'impact de ce 80/20. Maintenant, c'est clair qu'il y a une évolution qui permet à un certain nombre d'opérateurs en effet, relativement marginalement néanmoins par rapport à leur activité, leur business en quelque sorte, d'être sur un marché concurrentiel. Je crois qu'il faudra faire le point. La pratique européenne consiste à faire le point régulièrement sur l'état de la situation, sur ce qui se passe sur le marché. Donc, je crois qu'on aura l'occasion de revenir là-dessus quand on saura quels sont les effets qui se produiront sur le marché. Et, il y a encore une fois, et ce n'est pas forcément la solution miracle, mais il y a des cordes de rappel y compris dans le droit européen à travers les principes de concurrence qui doivent être équitables, non faussés, et cetera. Il y a les problématiques d'aides d'État qui vont toujours de pair avec ces problématiques-là. Donc, je dirais que ça ne devrait pas être la porte ouverte à des concurrents qui vraiment auraient un avantage compétitif sur le marché qui serait complètement indu. Et on devra regarder ça de près évidemment.

Guillaume BREGERAS - *D'accord merci. On continue le tour de cette table ronde. Jean-Pierre Farandou, vous êtes Président de l'Union des Transports Publics et Ferroviaires. Et à ce titre, je voulais que vous interveniez notamment sur la question : en quoi la délégation de service public contribue à l'efficacité économique au départ ?*

Jean-Pierre FARANDOU - Je commencerai par un peu d'histoire et terminerai moi aussi, mon propos par un peu de polémique. Alors, l'histoire quelle est-elle ? En France il y a la loi Sapin. Il y a aussi trois entreprises françaises de transport qui figurent parmi les cinq premiers champions mondiaux. Et nous le devons certainement à la loi Sapin, dont on a fêté les 20 ans en 2013. Et qu'est-ce qu'il y a de bien dans la loi Sapin ? Il y a, en particulier, la notion de durée et la notion de négociations, qui sont fondamentales comme on l'a dit. Il y a aussi la manière dont les choses se déclinent dans les délégations de service public de transport. Quand on est opérateur à Lyon, on se voit confier l'ensemble des modes : le tramway, le métro, les bus... On a tout. Et c'est très important. Cela permet aux opérateurs français d'être les champions de la multi-modalité. La compréhension de l'optimisation des déplacements dans une agglomération est un point fort à l'export et pour la concurrence. Et la concurrence, cela a déjà été dit par mes collègues de VINCI Concessions et de VEOLIA Environnement, nous oblige au progrès permanent. Quand vous êtes soumis à des appels d'offres tous les sept ou huit ans, vous n'avez pas le choix, il faut être meilleur que le concurrent et vous donnez le meilleur en termes de rapport qualité/prix. Cela est important et j'y reviendrai. Et donc forcément, vous êtes dans l'innovation, vous

TABLE RONDE N°2

êtes dans l'optimisation des solutions. Vous vous tournez vers les clients. On a peu prononcé le mot «clients» jusqu'à présent. Et je vois Bruno Gazeau, le Président de la Fédération Nationale des Associations d'Usagers des Transports qui est dans la salle. Le client, il est double. C'est le client collectivité donneur d'ordre, mais c'est aussi le client final, qui est au cœur de nos préoccupations. Ce n'est donc pas un hasard si les trois entreprises françaises remportent des succès en Asie, en Amérique, en Europe. Elles ont été, en quelque sorte, préparées par le cadre fixé par la loi Sapin et en ont tiré quelques avantages.



Et puis, il y a le règlement «OSP». Puisque nous aussi, nous avons un règlement sectoriel. Il nous va bien d'ailleurs. Nous ne sommes pas dans une ligne de défense de notre pré-carré français par rapport à des règles européennes qui ont été décidées et qui nous vont bien. En revanche, ce qui nous pose problème, ce n'est pas l'Europe mais aujourd'hui c'est la France ! On nous dit qu'il y a une directive concessions qui a priori ne nous concerne pas tout comme le secteur de l'eau.

N'étant pas concernés, nous ne sommes pas inquiets et puis tout à coup nous apprenons que nous pourrions l'être. Alors là, tout devient subtil ! Nous arrivons au maquis évoqué par Pierre Coppey. Nous n'avons pas vu que les buissons poussaient dans notre dos ! Tout à coup on nous explique que nous ne sommes pas concernés, mais quand même... Et qu'à l'occasion donc de cette transposition de directive européenne, et là on arrive bien au débat franco-français ; Je vais vous mettre à l'aise. L'Europe n'y est absolument pour rien. En revanche, je m'adresserai aux représentants de l'État français qui semblent vouloir faire du zèle, en quelque sorte. Et alors que nous n'étions pas concernés nous risquons de l'être puisqu'on va toiletter la loi Sapin. Les enjeux pour nous, sont très clairs. C'est justement de ne pas revenir sur ce qui fait la force du cadre réglementaire dans lequel nous évoluons. Pourquoi pour nous, les notions de durée et de négociations sont-elles clés ? Le contre-exemple, nous le connaissons. Dans nos activités de transport et tout particulièrement s'agissant des transports dans les départements, nous sommes confrontés aux marchés publics. C'est une « horreur » les marchés publics ! Pourquoi ? C'est exactement ce que vous disiez c'est la commande. La commande ne donne aucune place à la discussion. Vous exécutez une commande. Cela tire inévitablement les prix par le bas. Le prix devient le

QUELLES GARANTIES DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE ?

seul critère. Même la qualité, on l'a complètement oubliée. Et quand le prix devient le seul critère, vous tirez inévitablement tout vers le bas. Il n'y a pas de mystère. On peut parler de productivité, mais elle a ses limites. Donc à un moment donné, c'est la prestation elle-même qu'on va dégrader. Alors là, les usagers, pour le coup, vont être à mon avis très attentifs à ce que cette spirale infernale ne vienne pas dégrader la qualité.

On sait que les français sont très attentifs à avoir des services publics de qualité. Si on s'orientait vers la généralisation du marché public, cela ne serait pas bon pour les usagers. Ce serait la fuite en avant vers une baisse de la qualité de service. Par ailleurs, les marges des opérateurs seraient érodées. Ce serait un problème pour les entreprises et le marché français, on finirait par se demander si cela vaudrait la peine d'y rester. Et c'est tout le paradoxe évoqué par Hubert du Mesnil. Alors que nous sommes nés sur ce marché français, que nous souhaitons toujours avoir des bases solides de référence, d'avoir des vitrines en France, il se pourrait, si cette tendance continuait qu'on finirait par se réduire en France pour aller s'exporter de plus en plus. Ce serait un comble quand même que les entreprises françaises, au lieu de montrer Lyon, Lille ou Paris comme vitrine, montrent Melbourne, Boston ou Shanghai. Il y aurait une espèce de paradoxe. Ce que je raconte là n'est pas complètement de la science-fiction. Les enjeux pour nous sont majeurs. Alors qu'on a un cadre juridique qui nous va bien, à la fois au niveau français et européen, ne cassons pas ce qui marche ! Je pense que la crainte est sérieuse.

Enfin, ce n'est pas l'Europe, c'est toujours du franco-français. Nous avons en France, l'OSP plus la loi Sapin. Cela nous va bien. On nous dit : vous allez avoir l'OSP plus la transposition de la directive. On est très inquiets. On est d'autant plus inquiets que nos collègues européens, ils n'ont que l'OSP. C'est là qu'on voit que le zèle administratif auquel nous sommes confrontés va en plus nous handicaper. Dans l'univers de compétition où nous sommes au plan européen et même mondial, on va rajouter un champ de contraintes franco-français uniquement aux entreprises françaises. Le risque, non négligeable, c'est qu'au lieu d'une évolution du cadre législatif plein de bonnes intentions, on est tous d'accord, on nous affiche l'intérêt général, la baisse des prix, l'amélioration de la qualité pour les clients, la concurrence, et cetera. Et dont les intentions sont louables. Et dans la manière de les traduire dans les textes, on arrive quasiment à l'objectif contraire. C'est le message que je voulais passer. Je pense qu'il est encore temps, on est dans la dernière ligne droite, et c'est en cela d'ailleurs que l'initiative d'Hubert du Mesnil tombe bien, puisqu'il est encore temps, mettons du bon sens ! Il y a des règles européennes. Nous, dans les transports publics nous disons : elles nous vont bien. Mais en France, qu'on n'en rajoute pas et qu'on ne se tire pas des balles dans le pied qui sont, à mon avis, contraires à l'intérêt de l'utilisateur, à l'intérêt des collectivités et de l'économie française.

Guillaume BREGERAS - *Les points concrets sur lesquels vous souhaitez qu'il y ait un retour du gouvernement français.*

Jean-Pierre FARANDOU - Ils ont été cités. Par exemple, quand on va vers des durées de cinq ans, parce qu'en zone d'investissement chez nous, on peut la discuter. Dans la DSP à la française, dans l'urbain, dans les grandes villes, l'opérateur fait assez peu d'investissements durs. On n'achète pas le matériel roulant, on n'investit pas dans les infrastructures. Alors, on investit dans les systèmes d'information, dans la formation. On voit qu'il y a une certaine largesse d'acception dans son investissement. Mais si jamais c'était cinq ans, cela revient très vite. C'est comme des élections, pendant un an, vous négociez. Et un an avant, il ne se passe plus rien. Donc en gros, une concession ne dure pas 5 ans mais 4 ! Vous avez un an qui est complètement neutralisé. Puis, cela coûte un appel d'offres. L'ordre de grandeur pour une grande ville, c'est un million d'euros. Et, il n'y a pas toujours des mécanismes de compensation. Donc, si vous perdez un million d'euros tous les quatre ans, il y a peut-être un problème. C'est le côté un peu absurde d'avoir une durée trop courte. On a parlé d'investissements durs. Effectivement, les logiques économiques de (TRI) imposent des durées plus longues,

TABLE RONDE N°2

à l'évidence, et de rémunération des capitaux apportés. Mais nous, nous sommes souvent dans la logique de transformation et de changement. La caractéristique de nos métiers, c'est des métiers de main d'œuvre. Nous atteignons très vite des milliers de salariés. Un grand réseau urbain comme Lille ou Lyon, c'est 3 000 - 4000 salariés. L'efficacité économique, elle passe par quoi ? Par la capacité de transformer les organisations. Il faut appeler un chat un chat. Il faut faire de la productivité. Mais la productivité, c'est du changement. Vous avez beaucoup de main-d'œuvre, assez syndiquée. Je peux vous dire que ce n'est pas simple. Il faut du temps. Il faut du temps de préparation. Il faut du temps de conviction. Il faut du temps dans le déploiement. Il faut un retour d'expérience quand on a fait le changement. Il faut recalculer tout ça. Et à cinq ans, à l'évidence c'est beaucoup trop court. Vous ne pouvez pas faire tous les changements la première année de votre contrat. Il faut les étaler dans le temps, et cetera. Donc à l'évidence, il faut absolument qu'on revienne à des durées de 7,8 10 ans.

Et puis, la négociation. La négociation qui fait qu'on aura une vraie DSP avec des transferts de risques et de l'innovation ou alors du marché public pur et dur. Même si les autorités gagnent en niveaux de compétences et c'est tant mieux. Sur ce point, je suis tout à fait d'accord avec Pierre COPPEY, plus nos concédantes sont compétentes mieux on se porte parce qu'on est entre professionnels. Au moins, on va droit au but, on est sur les vrais enjeux. Il y a de grands groupes. Vous avez aussi des petites entreprises. Mais la plupart des concessions des délégations de services publics majeures sont faites par des grands groupes. Ces grands groupes sont mondiaux. Quand on a des bonnes pratiques, en Australie, en Amérique, en Asie, on ne demande pas mieux que les importer. Certes au début de l'histoire, c'est la France qui s'est exportée. C'était il y a 20, 10 ans. Mais maintenant, je peux vous dire que le monde bouge. Et dans le domaine du transport public, il y a des choses à apprendre. Quand on est en Asie, en Amérique, il y a des choses très intéressantes et on ne demande pas mieux que de les ramener en France. Et parfois les autorités organisatrices ne les ont pas vues. Nous, dans le cadre d'une négociation, nous allons pouvoir présenter des options, présenter des variantes et discuter. Cela permettra à l'autorité d'affiner sa demande et justement d'ajuster ce qui lui paraît être le meilleur pour sa collectivité, pour son agglomération et pour ses habitants. C'est pour cela que la notion de négociation, c'est elle qui est porteuse de l'introduction d'innovation et de recherche et développement dans l'amélioration. Et je le répète, à la fin ce qui compte, c'est l'utilisateur. Donc les enjeux majeurs, c'est du bon sens autour des grands fondamentaux qui portent la dynamique de nos entreprises. Et c'est pourquoi les notions de durée et de négociation sont clés. Elles existent aujourd'hui. Il faut les conserver et faire très attention à leur traduction concrète dans la transposition de la directive.

Guillaume BREGERAS - *Très bien, merci. On va boucler le tour de table avec Laurent Vidal, enseignant-chercheur à l'université Panthéon-Sorbonne. Vous êtes également avocat en droit public au barreau de Paris. Vous souhaitez redéfinir ce qu'on appelle l'efficacité économique qui recouvre un champ très large.*

Laurent VIDAL - Ce que j'ai entendu me porte à adapter le propos que j'avais préparé. Je suis très largement d'accord avec ce qui vient d'être dit. Plusieurs points méritent d'être soulignés. Premier point : de quoi parle-t-on ? De la capacité des dispositifs juridiques à favoriser une certaine efficacité économique. Manifestement, ça n'est pas le cas. À écouter les uns et les autres, il y a encore beaucoup de progrès à faire. L'autre point qui me semble devoir être relevé, c'est qu'il y a beaucoup à tirer des retours d'expérience, encore trop peu nombreux, sur la question de l'efficacité du droit et son adaptation aux besoins des acteurs. Il n'existe à ce jour aucune étude générale d'aucune institution qui permette, de manière précise, de faire la synthèse de l'impact économique des concessions sur l'économie. Le troisième point que je voudrais évoquer c'est l'accord assez général qui existe sur ce qui est susceptible d'apparaître comme des obstacles ou au contraire des motivations ou des incitations au recours au modèle concessif. Cependant, et ce que montrent les dernières études en

QUELLES GARANTIES DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE ?



la matière et que j'évoquerai avec vous, c'est qu'au-delà de certains acquis, la mesure de l'efficacité des contrats de concession est très complexe. Que peut-on tirer de la littérature sur le sujet (rapports, entretiens, questionnaires...) ? C'est qu'intuitivement, oui, le système concessif engendre de l'efficacité économique. Le problème c'est qu'on a beaucoup de mal à quantifier précisément l'apport des contrats de concession à l'économie.

Un petit élément de contexte à titre préliminaire : on sait que d'ici 2050, dans l'économie mondiale, il faudrait consentir à un effort à peu près équivalent à 5 % du PIB pour permettre à l'ensemble des pays développés et non développés de se mettre au niveau en matière infrastructures. Or seul la moitié de cet effort peut être porté par les personnes publiques, d'où la nécessité de l'introduction de partenariats public-privé au sens large du terme. Mais revenons à l'efficacité économique du droit ou du système concessif. Je dirai qu'il y a quatre façons de l'aborder. Premièrement, le poids de la concession du système concessif dans l'économie. Deuxièmement, les effets induits sur l'économie. Là, on a plus de chiffres. Troisièmement, la performance des modes de gestion. Est-il possible de mesurer leur impact ? Enfin, et quatrième : y a-t-il une correspondance des textes avec ce que nous apprennent les économistes, notamment la microéconomie ?

Sur le premier point, le poids dans l'économie, je vais être provocateur. Le Président du Mesnil a déjà fait état d'à peu près tous les chiffres que nous connaissons. Au niveau européen, on a pu estimer qu'entre 1990 et 2009, mais on peut extrapoler jusqu'aujourd'hui, c'est à peu près 250 à 300 milliards d'euros de chiffre d'affaires qui ont été dégagés par les concessions. C'est le chiffre donné par la Banque européenne d'investissement. Problème : en France, certains auteurs considèrent que ce montant de chiffre d'affaires est plutôt à situer autour de 130 milliards. La différence, 170 milliards, serait donc réalisée par la France. C'est difficile à croire. Je ne vois pas que les autres pays ne feraient pas plus de la moitié. Après enquête, il apparaît que le périmètre retenu par la Banque européenne d'investissement n'est pas celui retenu par ceux qui avancent le chiffre de 130 milliards. Cette différence permet à tout le moins de souligner l'importance de la définition des périmètres à comparer.

Sur le deuxième point, celui de la question de l'efficacité économique, précisément, du système concessif, on dispose de plus de chiffres. Les études existent et sont assez précises car elles sont réalisées par secteur, notamment dans le secteur autoroutier qui, à lui seul, génère une partie importante du revenu des concessions. À cet égard, Monsieur Coppey a eu parfaitement raison de souligner qu'il ne faut pas confondre la marge et le TRI. Le taux de marge et le TRI, qui sont parfois confondus, doivent être clairement distingués. Par ailleurs,

TABLE RONDE N°2

au-delà du taux de rentabilité interne, on sait mesurer l'impact économique des concessions sur les usagers du service ou de l'ouvrage de même que l'on sait aujourd'hui quantifier ce que la filière autoroutière, par exemple, emporte comme effets sur l'emploi, sur l'échange de biens et services, sur la mobilité, sur le travail,....

S'agissant du troisième point et de la troisième acception qu'il est possible de retenir de la notion d'efficacité économique, c'est la question de la performance des modes de gestion qui est ici posée. La tâche est plus rude même s'il existe un consensus parmi les économistes qui s'accordent sur le fait qu'il convient de mesurer, au-delà du simple chiffre d'affaires, de la rentabilité ou encore du prix payé par les usagers, le surplus social. Le surplus social, c'est la différence entre le bien-être apporté aux usagers et le coût total pour délivrer le service. Mais là aussi, la mesure du surplus social n'est pas aisée. Empiriquement, il est difficile de prétendre à une quantification précise du surplus social. Ce qu'on sait, quoi qu'il en soit, c'est que l'alliage entre la participation privée et publique permet à la fois d'éviter certains écueils du secteur privé et du secteur public et de bénéficier des avantages communs. Au-delà, on l'a dit, prétendre que le surplus social est mieux garanti par la prise en charge des ouvrages et/ou du service par le secteur public ou par le secteur privé est risqué. Prenons deux exemples : dans le secteur de l'eau, on a pu montrer que dans le cadre d'un système concurrentiel qui fonctionne bien avec un marché à peu près efficient, le système privé, ou du moins la concession au secteur privé, donnait de meilleurs résultats. Mais cette conclusion valait il y a 10 ans... Depuis, les études et les rapports se sont multipliés. Aujourd'hui, on montre que, sous certaines conditions de taille, que le système soit géré en régie ou en concession, le résultat est à peu près le même. Cela étant dit, ces enquêtes se fondent sur la base du prix payé par l'utilisateur. Or, si l'on fait intervenir, et vous l'avez compris, l'ensemble des autres facteurs, les résultats sont beaucoup plus subtils. Dans le secteur des déchets à présent, on a longtemps considéré que le système concurrentiel était le mode organisationnel le moins performant et, qu'en réalité, les monopoles privés ou publics étaient plus efficaces, pour des raisons là aussi de modèles économiques. Ces conclusions datent de cinq/six ans. Aujourd'hui, on parvient à peu près aux mêmes conclusions que pour l'eau, à savoir que là aussi, mode public et mode privé aboutissent à des résultats assez identiques même si dans ce cas aussi. On ne dispose pas encore d'analyses suffisamment fines.

Quatrième et dernière acception que l'on peut retenir de l'efficacité économique des concessions : les dispositifs juridiques ont-ils pris en compte ce que les économistes nous ont appris à travers la microéconomie ? Vous connaissez tous ici les problématiques relatives à la négociation *ex ante* des contrats et à leur exécution *ex post*, aux asymétries d'informations, à la détention par l'opérateur d'informations que ne détient pas la puissance publique qui pose d'ailleurs, y compris pour le juge, un certain nombre de difficultés. À cet égard, je sais que certains portent un regard sur la directive « Contrats de concession » qui n'est pas très favorable. Je pense toutefois que l'ordonnance a permis d'apporter des améliorations. Qu'il s'agisse de l'information, de la durée, de l'exécution du contrat ou encore des avenants, l'ordonnance prend en compte un certain nombre de leçons tirées de la microéconomie. Au reste, il est assez facile, au regard des nombreuses informations que les acteurs ici présents sont susceptibles de faire remonter, de confronter l'état des textes avec leurs attentes, que l'on peut résumer ainsi : un texte efficace qui permette aux entreprises du secteur concessif de proposer leurs solutions dans un contexte réglementaire qui ne soit ni trop complexe ni trop instable. Or, à entendre les uns et les autres, tel n'est pas encore le cas. C'est pourquoi je m'autorise à suggérer à l'IGD de demander à ses membres de transmettre les données dont nous ne disposons encore aujourd'hui.

Guillaume BREGERAS - *Très bien merci. Je recède la parole à Monsieur du Mesnil. Vous souhaitez éventuellement faire valoir le point de vue de l'IGD sur la manière d'améliorer la notion de performance. Mais vous pouvez également répondre à ce qui vient d'être dit.*

Hubert DU MESNIL - Oui, quelques éléments de réflexion dans le prolongement de ce qui a été dit...On peut retenir deux ou trois points. D'abord, il y a un élément de consensus, c'est que l'efficacité économique

QUELLES GARANTIES DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE ?

de nos activités, de nos contrats, elle résulte d'un savant assemblage des notions de concurrence, de contrôle et de confiance. Voilà, les trois mots peuvent être rapprochés. De sorte qu'ils permettent, ces trois mots si on les combine bien, ces trois notions, de construire des contrats solides, complets, précis et susceptibles d'être respectés dans la durée. Voilà, je résumerai volontiers ce fil conducteur qui, me semble-t-il, est assez consensuel. On ne peut pas faire le procès ni à l'Europe ni au gouvernement français. On ne peut pas leur faire le procès d'avoir oublié la notion d'efficacité économique ni d'avoir négligé le poids de l'enjeu économique du secteur. On ne peut pas leur faire de procès. Cependant, les contraintes qui sont les leurs : les contraintes du fonctionnement de l'Europe et de la négociation, les contraintes d'un gouvernement qui a d'autres sujets également à prendre en compte. Ces différentes contraintes font que, alors même qu'ils ont, je crois en toute sincérité, pris en compte, le poids de ces enjeux économiques, il se trouve que dans la manière dont ils ont agi pour l'Europe et la manière dont ils agissent actuellement pour le gouvernement, il se trouve qu'il y a ce que j'appellerais des sortes de paradoxes que nous traînons comme des boulets ou en tout cas comme les risques qui sont pour l'Europe. Ce qu'il nous a été dit d'ailleurs de manière très transparente. Je pense qu'on peut leur en être reconnaissants, aux responsables de la Commission européenne qui ont reconnu qu'ils ont finalement arbitré sur un moindre mal et que pour sauver cette directive, ils ont dû accepter d'y introduire, si je puis dire, des exclusions qui sont contraires aux principes qu'ils défendaient en matière d'ouverture de marché et de principe de concurrence et d'efficacité économique. De la même manière que, toujours pour les mêmes raisons de poids de rapports de force de la négociation, il a fallu introduire dans la directive des éléments d'exclusion pour les secteurs dits « in house » qui sont contradictoires avec l'affirmation qui a été faite, et, je crois, qui est sincère, de vouloir donner à ce marché toutes les conditions de son déploiement pour qu'à l'échelle de l'Europe, l'ensemble de ces activités trouve des conditions d'efficacité économique. De la même manière que côté français, il me semble que l'on peut dire que, le gouvernement a affirmé ce qui nous a beaucoup plu, le souhait de prendre en compte les attentes des entreprises, leurs approches, leurs évaluations qui vient d'être dit en particulier par Jean-Pierre Farandou, sur le fait que l'expérience française et la pratique française de la DSP a permis à ces entreprises de déployer leurs compétences, leurs capacités d'innovation et de donner le meilleur d'elles-mêmes. Et donc, quand on a dit ça, on peut considérer que c'est un acquis durable et qu'il ne faut pas remettre cela en cause à l'occasion de la transposition. Pour autant, d'autres objectifs, qui sont d'ailleurs des principes tout à fait respectables et louables, comme par exemple la simplification, la volonté de mettre l'ensemble des textes dans un document unique, dans une construction unique, claire et rationnelle. Cet objectif, tout le monde le soutient. Sauf qu'il a comme effet de constituer un risque de ce que nous appelons « la sur transposition ». C'est-à-dire de faire perdre à certains des secteurs qui avaient des pratiques satisfaisantes, un certain nombre des atouts de cette pratique à l'occasion de cette « simplification de transposition ». Et donc, nous allons, dans les tous prochains jours en cours, continuer à agir et à plaider, ce qui est au fond l'action de l'IGD, dans un dialogue direct avec des interlocuteurs de l'État de grande qualité, je tiens d'ailleurs à le dire. Ça n'empêche pas même si nous avons des convergences, divergences, d'avoir un dialogue de grande qualité avec eux. De bien faire valoir jusqu'au bout le fait que dans cet exercice de transposition qui doit respecter bien évidemment le droit européen, l'approche française doit peut-être tirer profit pour les entreprises et les efficacités économiques de ce que cette directive apporte. Mais ne doit pas pour autant, dans une sur transposition de mauvais goût, porter atteinte à une efficacité qui, jusqu'à présent en tout cas, avait fait la force de nos entreprises. Je termine simplement peut-être sur ce qui a été dit, c'est qu'on a encore du travail à faire. Et ce travail, ce sont les branches professionnelles, les entreprises, l'IGD et les universités. Parce que la bonne manière d'évaluer et de mesurer tout ça, ce n'est pas encore tout à fait au point. Et qu'on aimerait bien pouvoir aujourd'hui prendre date en anticipant sur les années qui viennent, supposons que tout ça soit terminé et bien terminé en tout cas le mieux possible, dans quelques années on aimerait bien pouvoir mesurer tout ça. Le prix que nous avons dû payer à l'accord politique qui a été proposé. La manière dont peut-être il faut détecter des signaux qui nous conduiront peut-être à remettre sur le tapis quelques-uns de ses chantiers. Alors je pense qu'au niveau de la Commission, un chantier n'est jamais définitif, une directive n'est jamais définitive. Une directive n'est jamais la dernière. Donc, il ne faut pas renoncer à peut-être d'autres combats. Nous serons mieux armés pour ces combats si entre-temps on a amélioré l'outil de mesure, l'outil de calcul, l'outil d'évaluation. Et voilà donc, je propose qu'on retienne volontiers ce chantier comme étant un chantier de l'IGD partagé avec nos amis universitaires et les entreprises.

TABLE RONDE N°2

Guillaume BREGERAS - *J'ai tout de suite une question quand même : est-ce que cet outil de mesure ne peut pas être porté au niveau européen ?*

François ARBAULT - C'est en effet quelque chose à laquelle on est toujours attentif, d'essayer de mesurer l'impact de la législation européenne, de son action. C'est évidemment quelque chose d'extrêmement compliqué, comme ça a été souligné. Mais, c'est en effet la pratique par défaut de l'Union européenne. Il y aura évidemment des efforts qui seront faits pour mesurer l'impact de ces textes et puis pour réévaluer un certain nombre de choix qui ont été faits.

Sur la question de l'eau, par exemple, il y a une clause de rendez-vous en 2019, sur ce sujet. En 10 secondes, sur ce sujet, je crois qu'on a évoqué assez ouvertement tout à l'heure les divergences d'appréciation en fonction des sensibilités des cultures nationales. Je crois qu'il ne faut pas sous-estimer, dans le choix qui a été fait à la fin d'exclure l'eau, l'importance de la campagne d'opinion publique qui s'est développée. Ce n'est pas à moi de porter un jugement sur l'instrumentalisation ou pas d'un certain nombre d'arguments. Ce qui est absolument clair, et je me souviens très bien de ce qui passait à l'époque, c'est qu'on a vu cette campagne se développer sur un malentendu absolu. Mais c'est rien de très nouveau, hélas du point de vue de Bruxelles. L'argument était : ce texte vise à marche forcée à encourager à la privatisation de l'eau. C'était évidemment une ânerie absolue. La Commission européenne ne prescrit pas l'externalisation, ou la régie, ni aucun mode de gestion. En aucun cas ! Ce que disait la Commission c'était : vous avez un choix politique à faire. Mais si vous faites le choix de confier une mission à un opérateur privé, alors il est légitime de mettre en concurrence ou en tout cas de garantir la transparence. C'est devenu, et c'était totalement irrépressible avec les médias sociaux, les réseaux sociaux, c'est devenu «l'Europe veut forcer la privatisation de l'eau». Et, je crois que c'est au premier chef, cet élément, qui a pris la forme d'une sorte de tsunami de désinformation, qui faisait qu'il y avait une décision politique à prendre. Donc on a été débordé notamment par cette problématique de la privatisation fantasmée, et il a fallu en tirer des conséquences pour ce ça n'emporte pas tout.



QUELLES GARANTIES DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE ?

Guillaume BREGERAS - *Est-ce qu'il y a des questions ?*

Xavier BEZANÇON - Sur l'impact économique, ne vous faites pas d'illusions. Le 19e siècle, la révolution industrielle s'est faite sur les concessions. Ce n'est pas assez dit, ce n'est pas assez connu, mais c'est une réalité incontournable. Et donc, les concessions ont été le tournant économique du développement économique de la France. Premièrement. Donc, il ne faut pas s'imaginer qu'aujourd'hui ce ne serait plus le cas. C'est forcément encore le cas. Parce que le concessionnaire innove, parce que le concessionnaire prend des risques, parce que le concessionnaire est un type extraordinaire.

Guillaume BREGERAS - *Ce n'est pas une question ça.*

Xavier BEZANÇON - Non, c'est une affirmation. Mais je l'affirme avec tous les bouquins que j'ai pu écrire dans ma vie. Deuxièmement : problème de la stratégie. Monsieur Arbault, vous portez un titre extraordinaire, vous êtes un chef d'unité de la stratégie des marchés publics. Mais vous vous rendez compte. En ce moment, l'ONU, l'OCDE, le G8, le G20 disent : on ne s'en sortira pas sans le PPP. Ils m'ont appelé, je suis allé à Genève donner mon exposition sur l'histoire des concessions françaises. Ils m'ont dit : mais tu sais maintenant, c'est la révolution. Tout est en PPP. Et qu'est-ce qu'on fait nous en Europe ? On fait un texte d'espion avec un logiciel espion de tricherie massive avec le «in house». Sur le «in house» qui rentre par tous les bords. Écoutez, c'est quand même un peu fort. Quand le monde entier dit : l'avenir du futur, c'est le PPP. Nous on fait du «in house». Et on affine encore le truc, plus grand encore avec le 20 / 80. Il y avait toutes les exceptions dans les concessions. C'est un texte grotesque. Quand on veut s'amuser, nous les juristes, on peut regarder un film drôle ou relire la directive concession. Alors donc, il faudrait quand même être conscient qu'aujourd'hui, dans le monde entier, et ils l'ont dit nos amis experts, dans le monde entier ce qui se développe c'est le PPP. Faudrait quand même que l'Europe arrive à comprendre, à sortir des raisonnements grossiers, comme l'a dit Pierre Coppey, pour qu'on arrive enfin à comprendre que le PPP est l'avenir de l'économie et de la croissance des États.

Guillaume BREGERAS - *Derrière cette affirmation, est-ce que vous avez peut-être une question précise ?*

Xavier BEZANÇON - Je n'ai aucune question à poser.

Guillaume BREGERAS - *Est-ce qu'il y a d'autres questions ou affirmations ?*

Pierre COPPEY - Deux mots. Je voudrais dire que Xavier a raison. Nous ne rappelons pas suffisamment ce que nous faisons et nous avons une responsabilité dans l'explication de nos modèles et dans la pédagogie de nos investissements et de ce que nous réalisons.

Si ce n'est pas compris, c'est de notre faute.

TABLE RONDE N°2

C'est ma première remarque. Et ma deuxième remarque, c'est que nous avons, je crois, beaucoup à faire pour transformer nos contrats d'une logique « *be to be* » en une logique « *be to see* ». C'est-à-dire que, à nous de trouver dans le regard de nos clients, qui sont aussi des citoyens et des prescripteurs, la légitimité d'un modèle pour qu'il ne soit pas remis en cause avec des antennes qui finissent effectivement par être polémiques et par nous contrarier.

Guillaume BREGERAS - *Très bien. D'ailleurs, cette question-là, la question de la place des usagers sera évoquée lors de la prochaine table ronde. Et, s'il n'y a pas d'autres questions, je vous invite à faire une pause cette fois. Et qu'on se retrouvera à 14 heures précises pour expliquer le timing. Merci à tous.*

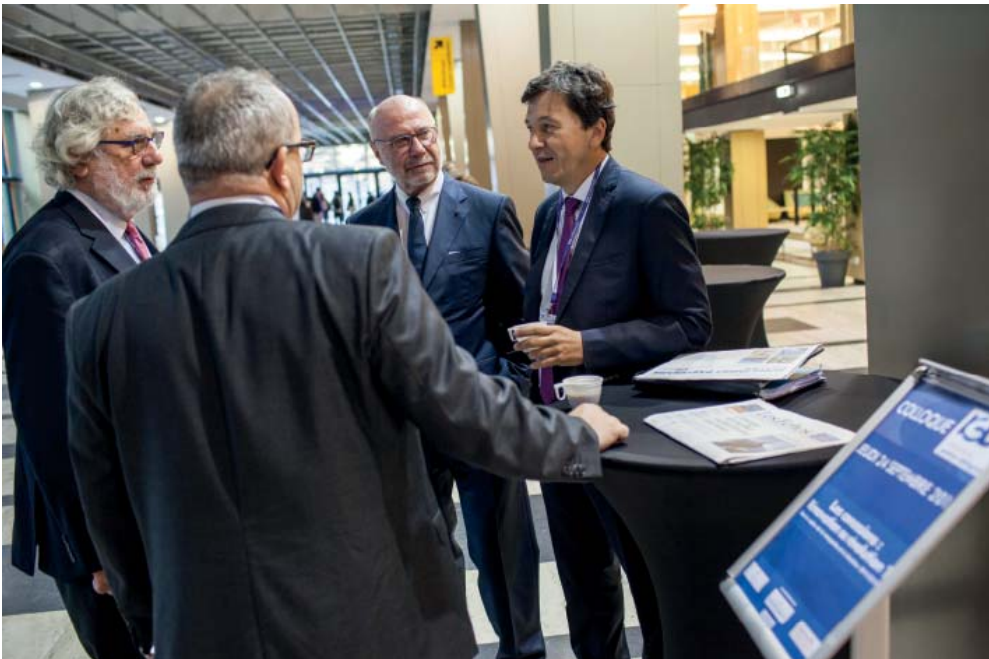




TABLE RONDE N°3

QUE RESTE-T-IL DE LA DSP ?



Philippe LAURENT

Secrétaire Général de l'Association des Maires de France, Maire de Sceaux

Laurent RICHER

Professeur de droit public – Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Philippe MAILLARD

Président de la FP2E

Jean-Marc JANAILLAC

PDG TRANSDEV

Bruno GAZEAU

Président FNAUT

QUE RESTE-T-IL DE LA DSP ?

Guillaume BREGERAS - Bonjour à ceux qui nous rejoignent. Je crois que les débats ont été assez riches ce matin, nous allons donc essayer de faire en sorte qu'ils le soient encore cet après-midi. Je vous invite encore une fois à préparer vos questions pour la fin de la table ronde, qui sera la dernière de la journée avant un mot de conclusion de Jean Bernard AUBY. Profitez de la présence de ces acteurs économiques ou publics qui malheureusement sont trop rarement dans la sphère et que nous remercions aujourd'hui. La question que nous posons lors de cette nouvelle table ronde est «Que reste-t-il de la DSP ?» Vaste question. En reste-t-il quelque chose ? Bruno GAZEAU, vous allez être le premier à vous pencher sur cette question. Vous êtes président de la fédération nationale des associations d'usagers et l'usager final a été très peu évoqué lors de la matinée. Je trouvais qu'il était intéressant et important de vous donner la parole en ouverture de cette table ronde pour bien recentrer le débat autour de ce qu'est finalement le service public in fine pour l'usager.

Bruno GAZEAU - Merci d'abord de m'avoir invité. D'habitude l'usager parle le dernier, c'est donc un progrès. Monsieur FARANDOU disait qu'il fallait le mettre au cœur des préoccupations et même des évaluations donc c'est des choses qui progressent. En quelques mots, la FNAUT est une fédération qui regroupe 160 associations d'usagers à travers la France. Pas très importante, mais elle a la particularité d'être agréée association de consommateurs. C'est donc elle qui peut porter les litiges ou les class actions si demain il y en a. Vous disiez qu'on ne parlait pas beaucoup de l'usager, je vois que le professeur DEVOLVÉ a dit qu'il y avait assez peu de textes juridiques à travers l'histoire sur la concession et que c'est la jurisprudence qui avait fait les choses. Pour les usagers c'est un peu pareil, il n'y a pas beaucoup de textes. Les textes viennent d'ailleurs de l'extérieur : c'est la directive "voyageurs" de Bruxelles et pour le reste, c'est la vie quotidienne qui fait le rapport de force entre l'usager et qui définit ses droits. Je vous dis quelles sont nos positions sur ce sujet. La FNAUT représentant les usagers des transports, on va évidemment parler de transports et de mobilité. J'ai l'habitude de dire que ce qui caractérise la mobilité - et c'est peut-être pour ça qu'il y a une spécificité aussi dans la concession - c'est que c'est une compétence partagée entre l'autorité organisatrice et les entreprises. C'est assez original puisque on ne peut pas faire rouler un bus sans évidemment avoir de la voirie, on ne peut pas faire rouler un train ou un tramway sans qu'il roule sur des rails. Donc le lien entre l'autorité organisatrice, qui organise la politique de stationnement et la politique de circulation et l'opérateur de transport à qui on confie l'exécution d'un service de transport, est évidemment très étroit. Et on se demandait ce qu'il restait de la loi Sapin : le partage de compétences entre l'autorité organisatrice et l'entreprise est quelque chose de très important et qui a été bien mémorisé. Ça me permet de vous dire que nous laissons aux collectivités le libre choix de leur mode de gestion. Nous n'avons pas de parti pris pour la DSP plutôt que pour le In-house: aux élus de choisir ce qu'ils veulent. Par contre, nous avons un certain nombre d'exigences. Je vais y venir. Deuxième principe à la FNAUT : nous sommes favorables à la concurrence entre les opérateurs. Ce qui ne veut pas dire que nous sommes favorables à la concurrence entre les modes de transport, nous sommes même défavorables à la concurrence entre les modes. Nous sommes favorables à leur complémentarité parce qu'un déplacement en général exige toujours une correspondance, voire un changement de véhicule, donc il est très important d'examiner les choses de bout en bout. Donc la complémentarité doit être quelque chose de naturel. De plus nous sommes favorables à la concurrence entre les opérateurs parce que cette concurrence-là est porteuse de qualité et d'innovation. Si j'en viens à la DSP maintenant: le fait qu'il y a 2 acteurs très importants dont les rôles sont très différents est rentré dans les mœurs. Ce qui fait la qualité en général d'un réseau de transport, c'est qu'il y a une autorité organisatrice qui sait ce qu'elle veut, qui est capable d'écrire un projet, d'avoir une stratégie et une entreprise qui est capable d'exécuter un service de transport et de faire des propositions. Donc l'équilibre entre ces 2 parties, qui est retranscrit dans un contrat, est quelque chose d'essentiel. C'est ce qui fait la qualité de nos réseaux de transports et c'est ce qui, depuis 20 ans, a apporté la preuve que ça marchait bien. Il ne faut pas qu'il y ait un dominant et un dominé, ce qui veut dire qu'il faut des autorités organisatrices fortes et des entreprises exigeantes. Et quand ça marche bien, il faut un bon contrat. Pour qu'il y ait un bon contrat on l'a dit, il faut de la durée parce que l'on gère des personnels - la gestion du personnel représente 70% des dépenses,

TABLE RONDE N°3

et que gérer le changement c'est quand même quelque chose qui se fait dans la durée, ça ne se fait pas du jour au lendemain. Il faut donc un peu de temps, la formation est essentielle et la gestion des innovations sociales également. Cet équilibre entre les acteurs est important. Il se traduit évidemment par des engagements réciproques qui sont en général bien consignés dans le contrat qui est passé avec l'entreprise. Ce qui est en général moins bien consigné, c'est les engagements que prend la collectivité. Je prends un exemple : on demande beaucoup aux entreprises - et les usagers le demandent évidemment - que la vitesse commerciale soit régulière et aussi élevée que possible et pour ça, il faut pouvoir circuler, donc avoir des couloirs pour bus, des priorités aux feux. Donc quand les collectivités signent le contrat, elles prennent des tas d'engagements, mais par contre, le retour sur les engagements pris au bout de 5 ans est moins convaincant. Donc il y a vraiment nécessité de durcir les contrats et pouvoir obtenir de la collectivité qu'elle ait aussi des malus si elle n'exécute pas les engagements qu'elle a pris pour permettre les gains de productivité de l'entreprise. Il faut des contrats qui soient assez souples. Un réseau de transport, ça vit au quotidien donc il faut pouvoir passer des avenants, évidemment. Les zones se développent, on ouvre des équipements publics, des zones industrielles, il y a des choses qui changent, donc un réseau doit vivre et pour ça, il faut pouvoir passer des avenants. Donc l'équilibre entre les parties est très important. Et je dirais que dans la rédaction des contrats, il faut aussi pouvoir laisser l'initiative à l'entreprise ; elle ne peut pas être innovante, moderne et efficace si on l'encadre par trop de contraintes. Quand je dis les contraintes, c'est des rédactions de cahier des charges qui non seulement définissent les lignes, les horaires et les fréquences, mais vont jusqu'à préciser toute une série de détails qui empêchent en général l'entreprise d'avoir suffisamment de marge de manœuvre pour pouvoir innover. En général aussi on prévoit beaucoup de malus, mais rarement du bonus. Les entreprises c'est comme les personnes, il faut qu'elles soient encouragées et pour être encouragées, il faut qu'elles soient jugées positivement et négativement. Et je dirais qu'il faudrait dans un contrat, par souci d'équilibre entre les parties qu'il y ait plus de bonus et de malus pour l'entreprise bien sûr, mais aussi des malus pour la collectivité quand elle n'honore pas les engagements qu'elle a pris. Ensuite quel est le rôle des usagers là-dedans ? Je voudrais d'abord attirer votre attention sur le fait que l'usager qu'on appelle toujours usager - d'ailleurs à la FNAUT, on dit usager de transport, c'est un peu vieillot —, mais enfin usager, ça fait référence au temps où les gens qui étaient transportés n'avaient pas de droit. Après, quelques parlementaires européens sont passés par là pour donner des droits au voyageur, l'usager est devenu voyageur. Et aujourd'hui la nouvelle économie qui fait irruption dans le champ de la mobilité bouleverse complètement les rôles et l'usager qui est devenu voyageur devient acteur de son déplacement ou consommateur, comme on veut. Quand je dis acteur, il est plus que consommateur passif, il construit son déplacement c'est-à-dire que demain - mais déjà aujourd'hui, mais demain encore plus - il va avoir le choix de composer son déplacement avec les briques de base qu'on lui propose : un peu de car, un peu de tramway, un peu de train, un peu de tout. Et donc il devient acteur et il devient juge, il a la possibilité de juger chacun des opérateurs. Et sur Internet, ça va très vite. Et non seulement il peut juger, mais il oblige l'entreprise à réagir sur elle-même. Je prends un exemple : j'étais il y a quelques jours à Bordeaux où les trains de banlieue étaient très en retard. Beaucoup des voyageurs que j'ai rencontrés avaient échangé entre eux pour se signaler les retards, le seul qui n'était pas au courant quasiment c'était le contrôleur du train, donc ça s'interroge quand même sur le fonctionnement de l'entreprise SNCF qui n'a pas la même réactivité finalement que ce qu'imposent les réseaux sociaux ou la transformation assez radicale du champ de la mobilité. L'usager doit pouvoir intervenir en amont. Je ne vous l'ai pas dit tout à l'heure, mais une des choses à laquelle nous sommes très attachés et qui différencie un petit peu la régie de la DSP, c'est que dans une DSP, il y a un appel d'offres. Et donc c'est un moment où la collectivité met sur la place publique - même si ça ne touche pour beaucoup que les spécialistes du transport - un débat public sur ce que doit être le transport. C'est très intéressant parce qu'il y a un débat qui ensuite se traduit dans un contrat. Dans le cadre des régies, ce débat n'est pas organisé puisque il est permanent ou il n'existe pas. Une différence entre la régie et la DSP, c'est que ce temps obligatoire du débat n'existe pas en termes de régie. Vis-à-vis des régies, notre exigence c'est que les élus qui sont au syndicat des transports ou à l'autorité organisatrice ne soient pas les mêmes que ceux qui sont dans l'entreprise régie. Pourquoi ? Pour que ce ne soient pas les mêmes qui fassent les questions et les réponses, c'est assez banal. Sinon ils se trouvent beaux et ils trouvent qu'ils ont bien fait leur boulot. Donc il ne faut pas que ce soient les mêmes et il faut que le débat quand il y a un appel d'offres puisse avoir lieu aussi dans

QUE RESTE-T-IL DE LA DSP ?

les régies, mais c'est une condition qui est rarement respectée. Nous, il faut qu'on puisse intervenir en tant qu'usager au moment de l'élaboration du cahier des charges et en particulier dans la critériologie de choix. C'est là qu'on peut quand même faire peser le fait que l'indicateur de prix doit être complété d'un indicateur de qualité et on a des choses à dire sur la qualité. Je dirai dans un instant sur quoi. Ensuite on doit évidemment pouvoir intervenir et porter un jugement sur le rapport du délégataire et on doit même pouvoir y mettre des items quand ils n'y sont pas pour les années suivantes. Alors pour dévoiler un petit peu le sujet, à la FNAUT on a l'habitude de juger les opérateurs principalement sur 2 critères. Le premier, c'est la gestion des interfaces donc comment ils gèrent les correspondances, entre eux, au sein de l'entreprise et avec les autres. Et deuxièmement comment ils gèrent les situations perturbées. Autrement dit, c'est dans les situations critiques qu'on juge la qualité des opérateurs et c'est là-dessus qu'on bâtit nos propres indicateurs. Encore une chose peut-être puisqu'il y a quand même beaucoup de juristes dans la salle. Aujourd'hui la nouvelle économie bouleverse les choses. Les droits des voyageurs arrivent toujours avec un peu de retard. La nouvelle économie modifie assez radicalement les conditions des modèles économiques. Il faudrait d'ailleurs que l'État soit vigilant à ce que l'équité entre les modes soit respectée. C'est aussi pour ça qu'on est pour la complémentarité des modes et pas pour leur concurrence parce que l'équité entre les modes n'est absolument pas respectée aujourd'hui et la nouvelle économie en apporte la preuve puisque elle considère que tout ce qui est public est gratuit et ne contribue pas à son financement. Blablacar aujourd'hui charge tous les gens devant les gares, mais ne contribue ni à l'entretien des gares, ni à l'investissement dans les gares, alors que le train paie son quai et que demain l'autocar paiera sans doute son toucher de quai dans la gare routière. Voilà un exemple d'iniquité entre les modes. De la même façon, le droit du voyageur est devant une page blanche avec la nouvelle économie des transports. Aujourd'hui on ne sait plus vers qui on se tournera quand on aura un problème de transport. Est-ce que c'est vers la plate-forme numérique ? Est-ce que c'est vers les gens qui ont répondu à la plate-forme numérique ? Voilà un vrai problème d'écriture des droits des voyageurs. Donc s'il y a des gens qui sont motivés par ces sujets, je suis demandeur de travailler dessus avec eux. .

Guillaume BREGERAS - *Très bien. Vous l'avez mentionné, la nouvelle économie, et notamment celle du partage qui est très forte dans les transports, est-elle bien prise en compte dans les outils actuels ?*



TABLE RONDE N°3

Bruno GAZEAU - Il faut le temps que les applications se développent donc ça prend un peu de temps. Je trouve qu'elle fait irruption très vite sur le marché et donc évidemment l'encadrement juridique est toujours un peu en retard par rapport à la réalité du marché. C'est vrai pour les modèles économiques, mais c'est aussi vrai pour la garantie des droits que Bruxelles nous garantit, mais qui ne sont pas forcément respectés aujourd'hui.

Guillaume BREGERAS - *Très bien. On reviendra avec vous s'il y a des questions dans la salle après. On va poursuivre ce tour de table. Laurent RICHER, vous êtes professeur émérite à l'université Paris 1 à la Sorbonne. Vous êtes avocat au barreau de Paris, spécialiste en droit public. Vous avez beaucoup écrit sur les concessions et l'Europe des marchés publics. Vous souhaitez faire un zoom un peu plus précis et pointu sur le secteur de l'eau qui a déjà été évoqué et notamment le million et demi de signatures qui a été rassemblé et porté auprès de l'Europe.*

Laurent RICHER : Je vais reparler de l'eau, mais comme point d'entrée, la question plus générale est celle de la banalisation par la directive de la notion de service : la concession porte sur la gestion ou la fourniture ou la gestion et la prestation - formule mystérieuse - d'un service sans le mot public. Est-ce que cela signifie pour nous Français la disparition du service public ?

Vous connaissez la réponse, mais il y a quand même des interrogations à travers cette affaire qui pourrait être une histoire drôle, mais qui est plutôt l'exclusion tragique de l'eau de la directive concessions. Comme cela a été déjà rappelé ce matin, est intervenue au cours du processus de l'élaboration de la directive une pétition dans le cadre d'une initiative citoyenne qui a été lancée en 2012 par la Fédération syndicale européenne des services publics, donc par une fédération de syndicats de fonctionnaires. Cette pétition avait recueilli à l'époque 1 600 000 signatures et continue à courir, on en est à 1 800 000 actuellement. Cette pétition proclamait ceci « L'eau et l'assainissement sont un droit humain. L'eau est un bien public, pas une marchandise. » Et était réclamée de la part de la Commission européenne une action pour que l'approvisionnement en eau et la gestion des ressources hydriques ne soient pas soumis aux règles du marché intérieur et que ces services soient exclus de la libéralisation. Il faut se rappeler qu'à l'époque en Angleterre était en discussion un Water Bill qui avait pour objet de libéraliser la distribution d'eau potable justement.

La pétition, qui ne parlait pas de la concession, avait en réalité pour objet d'agir sur le législateur européen afin qu'il n'y ait pas de directive sur la concession ou que l'eau en soit exclue. La Commission européenne n'a pas fait de résistance très longtemps. Le 21 juin 2013 Monsieur Barnier publie un communiqué, un peu bizarre, schizophrénique, disant que ça n'est pas vrai, le projet de directive sur les concessions n'a pas pour objet de privatiser et n'a pas pour conséquence de porter atteinte au droit à l'eau ; mais bien que ce ne soit pas vrai, comme tout le monde comprend autre chose, eh bien il faut céder et nous allons retirer l'eau de la directive concession. Bref, comme beaucoup de gens croient que c'est vrai, il faut faire comme si c'était vrai. Et cela a abouti à l'exclusion qui est motivée (puisque je le rappelle et j'y reviendrai en terminant les directives doivent être motivées) par 2 raisons (considérant 40 de la directive).

Premièrement, ce secteur donne lieu à des arrangements spécifiques et complexes. Ce qui est radicalement faux. Un contrat d'affermage de l'eau dans une commune de 2 000 ou 5 000 habitants, ça n'est pas un arrangement spécifique et complexe.

Et deuxième motif - c'est celui-là qui me paraît intéressant - , l'eau en tant que « bien public » (expression inappropriée qui est employée au lieu de bien essentiel et non dans le sens que lui donnent les économistes) revêt une importance fondamentale pour l'ensemble des citoyens de l'Union. Ainsi, l'exclusion de l'eau est motivée par le fait que son inclusion dans la directive concessions porterait atteinte aux droits des citoyens à un

QUE RESTE-T-IL DE LA DSP ?

bien public. Immédiatement, un immense trou noir s'ouvre devant nos pieds qui logiquement devrait aspirer la directive sur les concessions. En effet si l'inclusion d'un secteur dans la directive concessions est incompatible avec les droits des citoyens à un « bien public » ou bien essentiel, il est absolument monstrueux d'adopter une directive concessions. Pourtant, la motivation de la directive paraît bien admettre qu'il y a un danger pour l'accès au « bien public ». D'où la question : la directive conduit-elle à la - « marchandisation du service public ? ».

La pétition à laquelle en fin de compte il a été fait droit s'oppose à la libéralisation et à la soumission aux règles du marché intérieur ; l'idée générale est qu'il faudrait considérer que la production et la distribution d'eau potable ne sont pas des activités économiques. On est renvoyé à de très anciens tabous des sociétés primitives. Comme l'écrit Karl Polanyi dans son ouvrage « La subsistance de l'homme » : « dans la société primitive les transactions portant sur les aliments sont proscrites étant considérées comme antisociales car elles affectent la solidarité de la communauté. »

Mais n'oublions pas que la pétition a été lancée par un syndicat européen de fonctionnaires. Plus concrètement l'idée de base est que le droit d'accès des citoyens au « bien public » ne peut être respecté que si la gestion est publique. Donc en réalité, la pétition était une pétition pour la défense de la gestion en régie plus que contre la concession. D'où 2 questions qui se posent à la lumière obscure de cette exclusion et de cette pétition.

Première question : est-ce que l'existence même d'une directive sur les concessions entraîne l'éviction de la gestion publique ? On a du mal à imaginer comment d'aucuns ont pu penser que le fait de réglementer l'attribution des concessions pouvait avoir pour conséquence de favoriser et d'encourager le développement de la régie aux dépens de la concession. Bien entendu par son contenu, la directive n'a absolument pas cet objet, ni cet effet. On peut penser que la crainte était plutôt de l'ordre du politico psychologique, c'est-à-dire l'idée qu'à partir du moment où il y a une directive, le recours à la concession qui devrait être considéré comme une anomalie par rapport à la gestion publique était en quelque sorte normalisé. Je pense que c'était le raisonnement des opposants à l'adoption de la directive sur les concessions : la directive place la concession au même niveau que d'autres modes de gestion alors que pour eux, c'est une sorte de dérogation à la gestion publique. Sur ce point, l'Initiative citoyenne a eu pour effet c'est qu'au stade de l'adoption - pas de la discussion - par le Parlement européen à la commission du marché intérieur, la directive a été amendée par des dispositions très claires qui rappellent une évidence : « La présente directive n'entame en aucune manière la liberté de choix de la part des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices quant au mode de gestion des services. » La liberté de choix est proclamée par une disposition écrite, alors qu'en droit français, jusqu'ici, ce principe de liberté de choix n'a été consacré que par la jurisprudence du Conseil d'État d'abord, par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ensuite. Aujourd'hui cela devient une règle supra législative qui figure dans la directive.

Mais se pose une deuxième question et c'est là-dessus qu'on est évidemment spécialement interpellé : est-il exact que la directive soit incompatible avec les droits des citoyens liés au service public ? Dès lors qu'une activité est un service public, tous les usagers ont un droit égal d'accès à ce service public quand ils remplissent les conditions. Donc le service public est un des moyens pour garantir le droit d'accès au « bien public ». Se pose la question de savoir jusqu'où va la banalisation. La directive ne connaît que la gestion et prestation de service, ce qui a pour effet bien entendu - on n'y reviendra pas, le professeur BRACONNIER l'a évoqué ce matin - de rendre la notion de concession bien plus extensive que celle de concession de service public. Certaines activités de services rendus vont certainement relever de la concession et non plus du marché. Pour autant on ne voit pas que cela puisse faire obstacle au maintien de concessions de service public.

Il y a partout en Europe et dans le monde des services publics qui sont régis par des règles garantissant les droits des usagers. Alors sur ce point-là, que fait le projet d'ordonnance ? On nous a dit ce matin, seuls deux articles, le 35 et le 42 maintiennent des règles spécifiques, à la concession de service public. La première règle reprends de la loi Sapin. Enfin, des articles L1411-2 et suivants du CGCT pour les collectivités locales. Le premier concerne les critères de sélection des candidats. Outre les autres critères, doivent être absolument utilisés quand il s'agit d'une concession de service public, le critère de la capacité à respecter l'égalité et le

TABLE RONDE N°3

critère de la capacité à respecter la continuité du service public. Deux critères qui ne vont pas très loin, parce que personne n'a jamais été capable de dire à quoi on peut juger qu'un candidat serait inapte à respecter l'égalité devant le service public. Et, 2^{ème} disposition de la loi Sapin, reprise à l'article 42 : le rapport. Ce n'est pas absolument tout. Au niveau de la passation, d'autres dispositions sont spécifiques à la concession de services. Également, certaines dispositions de la loi Sapin, sont généralisées à toutes les concessions, y compris lorsqu'il ne s'agit pas de service public. Je pense par exemple, à l'interdiction de mettre à la charge du concessionnaire des prestations et travaux étrangers à la concession. C'était une règle spécifique à la délégation de service public. Également, l'interdiction des droits d'entrée, rendue applicable à toutes les concessions, Également, est maintenu l'apport de la loi Barnier sur l'impossibilité de fixer une durée de 20 ans, sauf justification produite auprès du directeur départemental des finances publiques, notamment dans le secteur de l'eau.

En fin de compte il n'y a pas beaucoup de dispositions spécifiques, mais, cela me semble parfaitement normal, parce qu'il faut se rappeler que la loi Sapin est assez sommaire. Le corpus juridique applicable aux délégations de services publics, été très largement défini par la jurisprudence, sur la base des principes généraux de la commande publique qui ont été identifiés par le Conseil d'État. Par exemple, l'obligation de publier les critères, c'est la jurisprudence qui l'a introduite. Donc, il est logique qu'on retrouve peu de dispositions venues de la loi Sapin, dans le projet d'ordonnance. On peut, néanmoins, regretter l'absence d'affichage. Il ne faut pas donner à croire que, parce que la directive ne parle plus de service public, le service public a disparu. Plutôt que d'avoir saupoudré dans tout le projet d'ordonnance, des dispositions reprises de la loi Sapin, n'aurait-on pas pu regrouper les règles spécifiques à la concession de service public d'un chapitre ?

En tout cas, il est certain que la directive ne peut pas avoir pour effet, de faire disparaître la concession de service public. Elle ne pourra pas disparaître du fait d'une directive pour la simple raison que la notion de service public, est une notion fondamentalement jurisprudentielle et que, pour identifier le caractère de service public d'une activité d'intérêt général, on peut présumer que les activités qui feront l'objet des concessions de service, seront des activités d'intérêt général. Mais pour identifier le caractère d'intérêt général, on se réfère aux obligations qui sont imposées par le contrat. C'est une affaire de contenu du contrat. Et sur ce point-là, la directive et l'ordonnance, nous disent très peu de choses. Elles ne se préoccupent du contenu du contrat que pour la durée, que pour la modification, et éventuellement pour la résiliation du contrat. Rien sur le contenu des obligations qui sont le critère du service public.

Guillaume BREGERAS - Il faut qu'on avance.

Laurent RICHER - On ne doit pas déduire de cette exclusion qu'il y a incompatibilité entre « bien public » et directive. Cela signifie que, ainsi que l'a reconnu Monsieur Delsaux, l'exclusion de l'eau est justifiée par n'importe quoi. La motivation est inappropriée, entachée d'erreur manifeste d'appréciation. Cela signifie que cette exclusion est illicite. Et l'on peut souhaiter qu'à l'occasion d'un procès devant un tribunal administratif soit posé à la Cour de Justice la question préjudicielle de la validité de la directive, sur ce point, pour erreur manifeste de motivation.

Guillaume BREGERAS - *C'est une manipulation, d'habiles manipulations géopolitiques. On va continuer sur l'eau. Parce que, ce n'est un sujet si anodin que ça pour certains acteurs. Le prochain interlocuteur en est l'exemple. Philippe Maillard, vous êtes président de la FP2E, donc la Fédération Professionnelle des Entreprises de l'Eau. Et vous êtes également dans le monde de l'entreprise privée, puisque que, vous êtes au sein du groupe Suez depuis 93, je crois. La loi Sapin, exactement.*

QUE RESTE-T-IL DE LA DSP ?

D'abord, vous souhaitiez rappeler quand même l'apport de l'outil concession dans la gestion de l'eau, ce n'est pas rien. Et vous souhaitiez en dire 2 mots.

Philippe MAILLARD - Oui bonjour à tous et à toutes ! Bon d'abord la Fédération professionnelle, c'est une dizaine d'entreprises. C'est 32 000 emplois en France, avec bien évidemment les filiales françaises des groupes connus travaillant dans le domaine de l'eau, des déchets, et cetera. Et c'est 130 millions par an, d'investissements de RD. Je voudrais le rappeler. Ces entreprises d'ailleurs ne sont pas, contrairement à l'idée reçue, des délégataires de services. Moi, j'ai horreur quand on m'appelle monsieur le délégataire de services. Puisque ces entreprises interviennent de plus en plus sous toutes formes de contrats avec les collectivités locales, en tant que prestataire de services, en tant que délégataire de service public, en tant que concessionnaire, en tant qu'entreprise de travaux et donc, évidemment, le modèle historique, je vais y revenir, de délégation de service public, qui est très utilisé dans le domaine de l'eau. Mais, je voudrais quand même rappeler cette multiplicité d'interventions et qu'en France, et c'est très bien ainsi, les collectivités ont le choix du mode de passation des contrats. D'ailleurs, ce choix, je constate qu'il se complète puisque maintenant, on a les SEM à opération unique, un nouveau mode qui n'était pas possible en France, d'intervention des entreprises privées auprès des pouvoirs publics. Finalement, il y a une continuité d'intervention et différents modèles. Alors c'est vrai que la délégation de service public s'est beaucoup développée dans le domaine de l'eau. Aujourd'hui, les 2/3 des français, boivent de l'eau venant d'entreprises concessionnaires d'eau. Si je prends la concession, au sens bruxellois du terme, ou nouveau du terme. Et la moitié des eaux usées sont traitées, assainies par des entreprises concessionnaires. C'est 800 appels d'offres par an, en moyenne, de délégations de services publics. Ce qui montre quand même le dynamisme du marché, pour ceux qui ont des doutes, sur des contrats dont effectivement la durée a été, sauf exception, limitée à 20 ans et pour lesquelles aujourd'hui la durée moyenne constatée est de l'ordre de 10 à 12 ans. Et donc, cette vivacité du marché, cette concurrence, double concurrence, dit-on souvent entre les modes de gestion: mode de gestion publique, mode de gestion privé, sous forme de délégation de service public ou autre. Et puis le choix fait par la collectivité amène un dynamisme et une efficacité de notre point de vue, des services publics d'eau et assainissement en France. En témoigne le prix de l'eau moyen en France, largement inférieur à la moyenne européenne. En témoigne l'efficacité en termes techniques de la gestion de nos services d'eau et d'assainissement. Donc, je crois que c'est quand même important de rappeler finalement ce qu'a pu apporter ce modèle. Les contrats passés aujourd'hui sont très différents de ceux qui ont été passés dans les années passées. Aujourd'hui, un contrat de délégation de service public, c'est, je ne sais pas combien de pages, mais ce sont avant tout des indicateurs de performance. Ce sont des règles claires d' "incitative" ou de pénalités pour le délégataire de service public, s'il respecte ou ne respecte pas les engagements pris. Et donc, on est vraiment dans un mode de plus en plus performantiel de la relation entre la collectivité et son délégataire. Ce qui me permet de souligner que pour nous, il y a deux points qui sont fondamentaux dans les évolutions réglementaires juridiques qui sont envisagées. Premièrement, la durée. Je crois que cela a été dit 10 fois. Donc je veux le redire une 11^{ème} fois, et puis une 12^{ème} fois. Cela veut dire 5 ans n'est pas une durée acceptable dans le domaine de l'eau et l'assainissement. Tout simplement parce que pour dégager de la performance, sur un contrat, il faut du temps, il faut des investissements de renouvellement du patrimoine qu'il ne faut pas négliger. Et on ne peut pas le faire en 2,3 ans. Donc, cette durée est pour nous essentielle. D'où, un point de vigilance. Et puis, la 2^{ème} c'est la capacité de négocier. Aujourd'hui, on voudrait faire disparaître cette capacité à négocier dans les phases de dialogue compétitif avec les collectivités. Elles sont pour nous essentielles, parce que c'est le moment de pouvoir innover, de pouvoir présenter des idées, de pouvoir interférer avec la collectivité de façon à ce que le dialogue compétitif soit le plus fructueux possible pour les 2 parties ? Donc pour nous, ce sont deux points qui nous semblent essentiels à conserver dans la transposition de la directive concessions. Je pourrais commenter d'autres choses. Mais, regardons aujourd'hui, ce qui fonctionne correctement, ce qui s'est adapté au fur à mesure du temps. Avant de tout rebattre, rebalayer, réintégrer en perdant les acquis. Je crois que c'est pour nous un message essentiel que je tiens à préciser ici.

TABLE RONDE N°3

Guillaume BREGERAS - *Alors vous parliez, vous mentionniez aussi les EPL et les SEMOP. En quoi, elles représentent vraiment selon vous un danger disons, du service public ?*

Philippe MAILLARD - Alors non, les SEMOP, nous y sommes favorables. Puisque la SEMOP, c'est la constitution d'une entité : participation publique, participation privée, suite à un appel d'offres. Donc, nous sommes parfaitement favorables à ce modèle. D'ailleurs, je rappelle que c'est un modèle qui existe en Espagne, en Italie et en République Tchèque. Nous y participons dans des sociétés d'eau, dans des sociétés d'assainissement, traitement de déchets. Et donc, nous sommes favorables à cette disposition. Encore une fois, non pas comme le graal nouveau de la relation publique-privée. Non pas comme la nouvelle mode, mais simplement comme un dispositif de plus, disponible pour la collectivité, dans la manière dont elle veut gérer ses services publics d'eau, d'assainissement ou autre. Je crois que c'est toute la crispation, le débat que nous avons en France sur les modes de gestion qui nous fait oublier parfois, les enjeux de nos métiers. Les enjeux de nos métiers, c'est la protection de la ressource en eau. C'est la prise en compte des évolutions du citoyen. Mon voisin de droite l'a rappelé. C'est le renouvellement des installations, aujourd'hui passé sous silence. Et on passe beaucoup de temps à parler des modes de gestion, à parler de savoir ce qui est bien et ce qui est moins bien. Et peut-être, perdons-nous de vue, je dirais la partie métier, la partie opérationnelle, la partie service public qu'il faut continuer à assurer.

GUILLAUME BREGERAS - *Votre métier est intimement lié à ce mode de gestion, il est indissociable aujourd'hui. En d'autres termes, est-ce qu'on assiste à une libéralisation de l'économie dans certains pans ? Vous n'avez pas peur d'une «low-costisation», pardon pour les anglicismes très approximatifs, de la gestion de l'eau ?*



QUE RESTE-T-IL DE LA DSP ?

Philippe MAILLARD - Écoutez non, je ne le pense pas. Je pense que les investissements permanents que nous menons en matière de recherche et développement, les investissements que nous faisons dans le domaine des nouvelles technologies de l'information et de la communication pour dégager de la compétitivité, de la performance de nos services, la gestion en temps réel des réseaux d'eau, la gestion en temps réel des réseaux assainissement, l'intégration du pluviale, le fait de donner accès aux abonnés à leur consommation d'eau, d'être prévenus par SMS si vous avez une fuite sur votre compteur. Tous ces dispositifs qui sont des investissements que nous proposons et que nous mettons à disposition des collectivités et des usagers, font partie de la compétitivité de nos entreprises. Et encore une fois, ne confondons pas l'expertise, l'apport de l'expertise, et la manière selon laquelle cette expertise est apportée, que ce soit sous forme de prestations, sous forme de délégations de service public ou de concessions ou sous forme de travaux. Je crois que, de plus en plus, on devient attaché à cette notion d'expertise, d'enjeux de nos métiers, moins qu'à l'aspect contractuel en tant que tel, non pas qu'il soit négligeable, mais simplement le débat ne peut pas se résumer à cela. C'est ça mon point.

Guillaume BREGERAS - *Très bien si vous êtes entendu. Monsieur JANAILLAC. Vous êtes PDG de Transdev. Vous avez 2 temps dans votre carrière. Pour vous resituer, une première partie plutôt liée au secteur du tourisme. La deuxième dans les transports. Êtes-vous déçu avec ce texte ? Quand on s'est parlé, vous m'avez dit : on est déçus, nous.*



Jean-Marc JANAILLAC - En fait, le secteur des transports se porte bien avec la loi Sapin puisqu'elle consacre un type de contrats et des relations avec les collectivités à travers les Délégations de Service Public qui fonctionnent bien (85 % des réseaux urbains français aujourd'hui sont gérés dans le cadre de DSP). Et c'est un modèle que les entreprises françaises ont d'ailleurs commencé à exporter à l'international, puisque il y a 3 acteurs français très présents à l'international.

TABLE RONDE N°3

Par exemple, aux États-Unis, les contrats de transports sont souvent frustrants car les opérateurs sont généralement des "tractionnaires", ils n'ont donc pas de risque commercial. On leur rembourse les coûts de l'énergie et de l'essence etc. Et on ne fait que gérer le personnel. Nous avons réussi à exporter la DSP, d'abord à la Nouvelle-Orléans, après Katrina où la collectivité avait besoin d'avoir un opérateur qui gère et qui travaille avec elle pour repenser l'ensemble des transports. Et puis ensuite, dans un important contrat à Long Island, actuellement on est en train de négocier avec un État américain notre contrat.

Depuis le règlement OSP d'octobre 2007 est venu, en quelque sorte, conforter cette situation parce qu'il s'est largement inspiré des DSP dites "à la française". Donc, quand on a vu arriver la directive concessions, on a pensé être tranquille puisque il y a un règlement spécifique qui s'applique. Notre première réaction fût la sérénité. Puis ce fût l'inquiétude parce qu'on a réalisé que la volonté du gouvernement était de modifier la loi Sapin. Nous avons donc réalisé que pour la partie loi Sapin qui régit les transports, on allait aussi être concernés par l'ordonnance liée à la directive européenne. Aujourd'hui, on constate que nous ne sommes pas confrontés à des situations trop différentes de celles qui existaient auparavant à quelques exceptions près de règles de publicité ou de contradictions entre ce que dit le règlement et ce que dit l'ordonnance. À nos yeux, le règlement européen prend le pas sur l'ordonnance. Mais cela peut créer des confusions pour les autorités organisatrices de transport et donc une forme d'instabilité juridique. Mais globalement, on considère que l'ordonnance ne va pas profondément modifier la situation actuelle dans laquelle nous vivons.

Guillaume BREGERAS - *D'accord. Vous l'avez légèrement mentionné, mais je pense que c'est important parce que ça concerne d'autres acteurs économiques, et des grands acteurs économiques français. Est-ce que il n'y a pas le risque d'une altération de la possibilité d'exporter ce modèle ailleurs dans le monde ? Et finalement, est-ce que cette nouvelle directive ne fait pas le jeu d'autres acteurs européens et diminuer la compétitivité des acteurs français ?*

Jean-Marc JANAILLAC - Ça aurait été clairement le cas si cela avait contribué à modifier le règlement OSP européen sur les transports. Le risque qu'on voit est plus dans l'esprit que dans la précision des textes, mais très souvent l'ordonnance fait beaucoup plus référence à un état d'esprit, une rédaction liée aux marchés publics que liée aux DSP ou aux concessions. Et donc, il peut y avoir effectivement une tendance pour les collectivités, parce qu'elles vont avoir à appliquer cette directive concessions dans d'autres domaines, de l'appliquer aussi aux transports publics. Alors qu'elles auraient plus de liberté dans le secteur des transports publics grâce au règlement OSP. La distribution d'eau est affectée aussi par les évolutions des villes, mais le transport est quand même très directement lié à l'évolution démographique, l'urbanisme etc. Et donc, je crois que les collectivités locales, qui à 85 % ont choisi le mode DSP, sont tout à fait conscientes qu'elles ont besoin d'un partenaire, d'abord qui leur gère l'aspect social des transports publics, élément fondamental par rapport à d'autres secteurs. Cela leur permet aussi d'avoir un contrat qui permet de faire évoluer le service chaque année à la rentrée scolaire en fonction des besoins. Donc, ils ont tout à fait conscience qu'ils ont un système qui leur permet de profiter d'une part de l'expertise d'un opérateur et d'autre part qui permet d'accompagner la délivrance du service, de le modifier et de le faire varier en fonction de la situation de leur collectivité.

Guillaume BREGERAS - *Il y avait quelques points positifs que vous souhaitiez quand même signaler dans le travail des directives.*

QUE RESTE-T-IL DE LA DSP ?

Jean-Marc JANAILLAC - Oui, par rapport à la durée, on vit sous le règlement OSP. Donc, c'est 10 ans pour les bus et 15 ans pour les services ferroviaires. Ce sont donc des durées qui nous paraissent tout à fait normales en fonction des investissements. Nous n'avons pas de soucis. Un autre souci que l'on n'a pas - et on sera très vigilant - c'est que dans le règlement OSP, les opérateurs internes n'ont pas le droit de sortir du périmètre de l'autorité qui les contrôle alors que dans la directive concessions, il y a 20% de leur activité qui peut être faite à l'extérieur. Et si on prend les Stadtwerke - pour ne pas les nommer - qui sont à 20% de chiffre d'affaires très importants, ça fait aussi une capacité de perturber une concurrence classique. Pour le secteur des transports, on a le règlement OSP qui nous protège donc on y tient vraiment à ce règlement OSP. La Directive apporte également une définition précise de la concession - je parle sous le contrôle des éminents juristes à côté et dans la salle - qui pour nous, existait beaucoup moins dans les textes précédents et qui était surtout établie par la jurisprudence. Le deuxième élément positif, c'est la capacité reconnue de faire des avenants avec des montants qui ne sont pas négligeables et qui permettent là aussi d'adapter le service à l'évolution. Une agglomération s'adjoint deux communes, il y a une évolution démographique forte, il y a une nouvelle activité et donc cela permet de faire vivre le service en fonction de l'évolution des populations. Ce sont deux points positifs importants apportés par la Directive concession.

Guillaume BREGERAS - *Très bien, merci. On termine le tour de table avec le seul élu- je crois aujourd'hui - présent. Philippe LAURENT, vous êtes maire UDI de Sceaux, secrétaire général de l'Association des Maires de France. On vous écoute avec attention sur votre vision de la délégation de service public et de son évolution avec la directive concessions.*



Philippe LAURENT - D'abord merci de m'avoir invité. Je voudrais d'abord commencer par dire un mot qui me paraît essentiel, le professeur RICHER l'a évoqué tout à l'heure, c'est l'attachement je crois de notre peuple et des élus qui le représentent à cette notion de service public - et j'ai vu dans le titre de la table ronde - «à la

TABLE RONDE N°3

française» – que vous l'aviez entre guillemets. Alors naturellement tout ça ne veut pas forcément dire la même chose pour tout le monde, d'autant plus que souvent, on assimile le service public et la fonction publique, ce qui n'est pas naturellement le cas, mais j'y reviendrai tout à l'heure. Cette notion de service public telle qu'elle est vraiment intrinsèquement ancrée dans l'histoire de notre pays, j'allais dire de notre nation parce que comme la nation s'est construite en grande partie à partir de l'État en France, c'est quelque chose qui est assez naturel et qui est patrimonial presque. Et moi je vois lorsque je suis en discussion avec mes collègues élus d'autres pays européens au sein des associations d'élus, des rencontres de l'AMF avec ses équivalents, mais aussi au sein du Conseil des communes et régions d'Europe dont je préside la commission Europe et services publics, on a l'occasion de rencontrer pas mal de monde. Je vois que cette notion du service public telle qu'elle a été développée chez nous est parfois enviée par d'autres pays. D'autres pays souhaiteraient la copier, mais ne peuvent pas forcément le faire. Souvent d'ailleurs parce que les États centraux eux-mêmes ne le souhaitent pas parce qu'il y a quand même une dialectique qui est assez intéressante entre collectivités locales et États centraux. Et je pense que nous avons là un atout considérable - je pense que cet atout est d'ailleurs français, mais il est surtout européen - par rapport à d'autres univers notamment comme les États-Unis ou d'autres pays ou d'autres continents. Je crois que c'est vraiment un atout considérable qu'il faut que nous essayons de garder. Ça veut dire quoi en fait le service public tel qu'on le conçoit ? On peut en parler très longuement et certainement les professeurs de droit qui sont ici sont plus habilités que moi à en faire l'histoire. Mais quand même comme ça de manière très impressionniste, il y a naturellement l'égalité d'accès, l'accessibilité pour tous aux services publics. C'est un élément qui cadre très bien avec notre notion - qui n'est peut-être d'ailleurs pas forcément toujours opportune - de l'égalité. Il y a aussi je crois la maîtrise publique par des collectivités qui sont gérées par des élus qui ont donc une responsabilité politique démocratique envers les citoyens électeurs. Et puis il y a un autre point et aujourd'hui c'est un point qui nous fait souci, c'est une certaine capacité - en tout cas croit-on et espère-t-on l'avoir encore - à la fois à être cohérents avec d'autres préoccupations politiques et puis avoir une capacité aussi à regarder sur le long terme. Moi je suis très préoccupé dans notre pays, mais ce n'est pas uniquement chez nous c'est peut-être dans le monde actuel, par une incapacité des décideurs, des élus, sans doute aussi des décideurs économiques, une incapacité pour plein de raisons, pas des raisons intellectuelles naturellement - parce que ce n'est pas à la mode et parce qu'on a autre chose à faire - de regarder le long terme et d'avoir une vision à long terme, de toujours prendre en compte le long terme, de faire de la prospective, de s'engager aussi sur le long terme. Et je crois que ça, ça fait partie intrinsèque des éléments du service public tel que nous pouvons le concevoir et très franchement, les élus locaux y sont vraiment très attachés. On le voit lorsque nous discutons de cela par exemple au bureau de l'Association des maires de France qui est un bureau totalement pluraliste - il y a toutes les tendances politiques, - ça fait l'unanimité. Alors après il y a la façon dont le service public est organisé et produit, etc, et là naturellement, nous avons en France une chance absolument incroyable qui est que les collectivités locales - enfin en tout cas jusqu'à maintenant - ont été et sont libres de choisir effectivement le mode de gestion de ces services publics - ça vous l'avez souligné - et naturellement nous, nous tenons particulièrement à cette liberté. Il se peut d'ailleurs que cette liberté engendre ici ou là des erreurs, mais ça, c'est le prix justement de l'autonomie, de la liberté et de la responsabilité aussi. Donc on est vraiment très attachés à cela. Et nous considérons qu'en fait le travail qui a été fait en France autour de la gestion des services publics depuis de longues années - marchés publics, délégations, etc. - a été important, que nous avons un système qui est en définitive relativement sophistiqué, mais qui répond bien aux demandes. Je veux dire la loi Sapin, c'est 20 ou 22 ans, ça n'a pas été facile au départ et vous avez souligné combien la jurisprudence a été importante. Mais depuis une dizaine d'années, je crois que globalement que ce soient les collectivités locales ou les délégataires, on la maîtrise la loi Sapin. On maîtrise le système, on sait comment il faut faire, on a l'expérience et ça donne effectivement de bons résultats. Tout ça pour vous dire que nous, élus locaux français, n'étions absolument pas demandeurs de ce qui se passe. Il y avait quelques bricoles sur les marchés publics, mais bon c'est du détail, on considérerait globalement quand même que les choses étaient relativement satisfaisantes. Lorsque nous avons appris que la commission européenne souhaitait mettre ces sujets que ce soient les marchés ou les concessions sur la table, nous avons été inquiets naturellement parce que - et d'ailleurs d'autres pays nous le disaient- nous étions un peu en avance par rapport à ce qui pouvait se faire ailleurs. Vous avez parlé du contrat de transport aux États-Unis qui est un

QUE RESTE-T-IL DE LA DSP ?

peu frustrant, mais c'était le cas dans beaucoup de pays, y compris européens. C'est encore le cas dans les anciens pays de l'Est, c'est très frustrant. Et donc nous, nous avons cette avance et la crainte que nous avions c'était que nous soyons tirés vers le bas par ces directives. Et on a toujours quand même un petit peu cette crainte. Un peu moins maintenant, un travail important a été fait par le rapporteur - par Philippe JUVIN qui est un eurodéputé français - donc je crois que ça a amené quand même des choses positives. Mais en tout cas, nous sommes évidemment extrêmement vigilants. Et on est très vigilants sur la transposition parce qu'on sait que dans notre pays malheureusement les transpositions sont parfois des sur transpositions, qu'à l'occasion de ça on invente d'autres choses, etc. Et nous sommes d'autant plus inquiets que le gouvernement a choisi de faire une transposition par ordonnance alors que nous aurions souhaité une transposition par un texte de loi qui donne lieu à plus de débats, qui est plus transparent, plus sur la place publique. Ça n'a pas été choisi pour des raisons de calendrier ou de facilité, je ne sais pas. Enfin si, de calendrier on a dit, mais enfin, on aurait pu s'en sortir autrement parce qu'on a déjà perdu du temps. On aurait pu faire autrement. Donc nous sommes évidemment très vigilants sur ce qui est en train de se passer dans la rédaction de cette ordonnance, dans la consultation qui est en cours, mais encore une fois, nous considérons que la façon dont ça se passe aujourd'hui est relativement satisfaisante. En réalité - et on est amenés souvent à expliquer cela aussi à nos collègues élus - la vraie question et c'est là où est la difficulté, c'est qu'il faut naturellement un équilibre entre la maîtrise par la collectivité et puis l'action, voire la puissance du délégataire, ça c'est un vrai sujet. Cet équilibre existe, parfois il est un peu bancal, mais globalement je crois qu'il existe et s'il existe, c'est aussi parce que la collectivité c'est encore aujourd'hui - mais peut-être que demain ça ne sera plus le cas - avoir dans ses propres services des gens qui sont capables d'avoir un vrai dialogue avec le délégataire et une capacité de contrôle. Je ne dis pas de contrôle tatillon, je dis simplement d'avoir une équivalence - j'allais dire - intellectuelle et technique avec le délégataire. Et c'est la raison pour laquelle avec une autre casquette qui n'a pas grand-chose à voir apparemment avec celle-ci qui est d'être président du Conseil Supérieur de la Fonction Publique Territoriale, eh bien nous nous sommes battus - on n'a pas encore eu totalement gain de cause, mais ça arrive - pour que nous puissions garder dans nos collectivités locales comme fonctionnaires territoriaux notamment des ingénieurs de haut niveau, qu'ils puissent faire une carrière suffisamment attractive pour rester dans la collectivité territoriale pendant toute leur carrière afin que nous ayons précisément des interlocuteurs au bon niveau avec les interlocuteurs et les techniciens qui sont extrêmement compétents et brillants des sociétés délégataires. Vous voyez, c'est cet équilibre-là qu'il me paraît important de conserver et ce n'est pas facile pour plein de raisons. Et puis je terminerai simplement en revenant sur le long terme. Nous avons une réflexion à mener sur le long terme, sur la capacité d'investissement et la répartition en réalité des risques d'une certaine manière, l'investissement entre la puissance publique et le délégataire, ça c'est aussi une discussion qu'il faut que nous ayons en permanence, c'est une question aussi de bon équilibre.

Guillaume BREGERAS - *Merci on va revenir sur ces points. Monsieur MAILLARD, vous souhaitez réagir sur la question du contrôle. C'est vrai qu'elle est évidemment importante.*

Philippe MAILLARD - Juste pour rebondir sur les propos de Monsieur LAURENT. J'ai rappelé l'évolution ces dernières années des clauses contractuelles dans les contrats de délégation de service public : les collectivités sont assistées par des assistants de maître d'ouvrage, ont des compétences de plus en plus fortes. Et je dirais que ce qui est inscrit aujourd'hui dans la loi sur le développement obligatoire et généralisé de l'intercommunalité avec le regroupement des services ne va faire que renforcer le pouvoir adjudicateur de l'EPCI - Établissement Public de Coopération Intercommunale - qui passera demain des contrats. Donc ça ira aussi dans le sens de discussions équilibrées, mais les progrès réalisés ces dernières années sont de notre point de vue relativement considérables pour être capables d'objectiver sur des critères techniques, technico-économiques, financiers, l'équilibre, le rapport et la performance des entreprises délégataires.

TABLE RONDE N°3

Jean-Marc JANAILLAC - Simplement pour aller dans ce sens, en 10 ans on a vu un professionnalisme vraiment très renforcé des collectivités et pour avoir participé moi-même à des discussions, des négociations avec une commission d'appel d'offres pour de gros appels d'offres, on a en face des équipes extrêmement bien armées pour effectivement négocier, poser des questions, juger et ensuite contrôler le reste du contrat. J'ai entendu parler de déséquilibre, très franchement je ne pense pas qu'on puisse aujourd'hui parler de déséquilibre entre les uns et les autres, c'est clair qu'il y a une vraie et forte compétence. Et d'ailleurs pour nous c'est beaucoup mieux d'avoir en face de nous des techniciens et des ingénieurs de bon niveau avec qui on peut parler des vrais problèmes qu'une équipe pas assez forte et qui va chercher des difficultés là où elles n'existent pas vraiment. Tout le monde a à y gagner et en tout cas, nous on le souhaite fortement parce que c'est beaucoup plus efficace.

Philippe LAURENT - Simplement que les choses soient claires, j'ai parlé de déséquilibre en disant que l'un des enjeux était de ne pas créer une asymétrie trop importante. Effectivement, le développement de l'intercommunalité c'est-à-dire le fait d'avoir des interlocuteurs de taille plus importante facilite cela, parce que les assistants à la maîtrise d'ouvrage c'est aussi quelque chose, mais ce sont des gens extérieurs et il faut vraiment qu'il y ait des gens à l'intérieur même de la collectivité territoriale, c'est-à-dire des fonctionnaires territoriaux. Et c'est un gros combat parce que la tendance globale ne va pas vraiment vers cela. Nous avons dans la fonction publique territoriale des évolutions à conduire qui ne sont pas forcément de même nature que ce qui se passe dans la fonction publique d'État. Donc on a parfois un peu de difficultés à faire passer cette préoccupation-là, mais en tout cas aujourd'hui, je suis tout à fait d'accord pour dire que ce dialogue de bonne qualité - exigeant, mais de bonne qualité - est absolument indispensable et qu'il se passe de manière quand même globalement satisfaisante selon ce que l'on peut voir et que ça aboutit à des résultats en termes de qualité du service public qui sont des résultats intéressants et qu'on nous envie- je crois - à l'extérieur.

Guillaume BREGERAS - *Et d'ailleurs vous mentionniez tout à l'heure le réseau des maires européens, comment les maires des autres pays en Europe voient arriver cette directive ? Parce qu'on imagine le point de vue des entreprises, mais celui des collectivités ?*

Philippe LAURENT - C'est très différent parce que la situation de départ n'est pas du tout la même comme je le disais tout à l'heure. Si on prend le cas de l'Allemagne, nous avons échangé pas mal avec les élus locaux allemands. Ils ont d'abord une structure institutionnelle qui n'est pas tout à fait la même et ils ont les Stadtwerke depuis très longtemps. On les a maintenant aussi d'une certaine manière avec les SPL, mais c'est tout à fait récent. Ils ont les mêmes préoccupations en matière de services publics, globalement à peu près les mêmes valeurs, mais les outils initialement n'étaient pas tout à fait les mêmes donc leur approche par rapport à ces directives est probablement un peu différente. Notre grande inquiétude si vous voulez c'est d'être tirés vers le bas par rapport aux progrès qui ont été faits ces 30 dernières années dans le domaine. Je pense qu'il y a d'autres pays par contre où probablement les élus locaux vont recouvrer peut-être un peu plus de capacités ou de poids par rapport à ce qu'ils avaient aujourd'hui parce qu'il n'y avait pas de règles.

Guillaume BREGERAS - *Il nous reste quelques minutes pour prendre des questions avant la conclusion. Est-ce que certaines personnes souhaitent émettre un commentaire ou poser une question ?*

QUE RESTE-T-IL DE LA DSP ?



Pierre François KHUN - Ma question s'adresse plus particulièrement au professeur Laurent RICHER qui a développé au début de son intervention l'historique et le développement de cette pétition millionnaire et maintenant peut-être bientôt bimillionnaire. J'avais suivi ça un petit peu il y a quelques années et j'avais été surpris du caractère à mes yeux très peu démocratique de cette procédure. Je n'ai plus les chiffres en mémoire, mais j'avais été extrêmement surpris de ce que l'on puisse atteindre le million et un nombre minimum d'États - je crois que peut-être était-ce 7 ou 8, il me semble que le nombre était peu important. Et en regardant le détail par pays, on voyait bien que venaient en premier l'Allemagne et un certain nombre de pays lui étant proches géographiquement, peut-être culturellement ou parce que le fameux syndicat qui était à l'origine avait quelques liens de cousinage avec ses confrères des pays voisins. J'ai trouvé ça très peu démocratique me semble-t-il. Alors je ne sais pas à quand remontent les règles qui ont fixé ce qui a trait aux pétitions et est-ce qu'il n'y aurait pas quelque chose à revoir dans ce domaine ? Là c'est un petit peu le secteur de l'eau qui en a fait les frais, mais ça peut s'appliquer à tout et n'importe quoi demain ou après-demain. Moi je suis extrêmement étonné, surpris et choqué des règles que j'ai en mémoire qui régissent ces pétitions.

Laurent RICHER - Alors les règles sont récentes puisque j'ai oublié la date exacte du règlement sur le sujet, mais cette pétition sur l'eau est la première à aboutir. Il y a eu 5 ou 6 autres initiatives, mais aucune n'a réuni le nombre de signatures exigé par le texte donc pas de chance, c'est sur la directive concessions que c'est tombé. C'est la première qui est arrivée à dépasser le seuil de 1 million dans 7 États différents. Quant à savoir si c'est démocratique ou pas, le droit de pétition était considéré par les révolutionnaires comme une des bases de la démocratie. La règle majoritaire n'est pas démocratique non plus à ce compte-là. Je crois que dès lors qu'il y a une organisation réglementaire qui fait que c'est suffisamment représentatif, ça ne me semble pas fondamentalement antidémocratique. Je ne connais pas les règles exactes sur l'initiative, mais je pense qu'il n'y a pas de conditions à l'initiative. Ce qui est un peu gênant c'est de voir une fédération de syndicats professionnels prendre l'initiative, ce qui donne à cela une couleur de défense des intérêts corporatifs. Mais une fois que c'est parti, c'est parti et c'est grâce à Internet que ça fonctionne. Donc je ne me prononcerai pas sur le caractère antidémocratique parce que comme le mot concession, le mot démocratie a beaucoup de sens.

Guillaume BREGERAS - *Merci pour cette réponse, y a-t-il d'autres questions ? Je ne sais pas à qui s'adresse la question, d'ailleurs vous pouvez tous répondre, mais finalement est-ce que ce n'est pas beaucoup de bruit pour rien tout ce travail ? Sans minimiser le travail que nous avons aussi mené*

TABLE RONDE N°3

aux Échos puisque nous en parlons beaucoup, mais est-ce que ce n'est pas beaucoup de bruit pour rien ? Alors qui veut répondre ? Vous êtes plusieurs.

Jean-Marc JANAILLAC - Peut-être par rapport à la situation actuelle, mais par rapport à ce qui aurait pu se passer, je ne pense pas. Je souligne ici le travail de l'IGD à la fois à Bruxelles et vis-à-vis des autorités françaises. Je parle pour les transports publics. On aurait très bien vécu sans la modification de la loi Sapin – mais tout ce travail avec les ministères nous a permis d'éviter d'avoir une situation qui soit extrêmement négative pour le secteur des transports publics dont le modèle économique est déjà bien fragile.

Laurent RICHER - La directive c'est pour quelque chose puisque ça offre des perspectives aux entreprises françaises dans le reste de l'Europe. Mais du côté de la France, tout le bruit est venu en fin de compte de ce que Monsieur BARNIER nous avait promis en 2012 une transposition à minima et cette promesse n'a pas été tenue. C'est ça le problème.

Philippe MAILLARD - Nous, nous avons considéré que ça avait été une occasion ratée à Bruxelles de pouvoir ouvrir les marchés notamment dans le domaine de l'eau - mais pas uniquement - dans les autres pays. Toutefois, je partage le fait que c'est aujourd'hui orienté de façon moins pire que ça n'aurait pu l'être. Mais je voudrais redire notre vigilance sur la durée pour préserver les investissements et pour dégager la performance nécessaire aux services d'eau et d'assainissement. La capacité de négocier est aussi une source d'innovation ou de garanties d'innovation, qui pour nous, est importante. Et là-dessus, aujourd'hui, nous ne sommes pas complètement rassurés.

Guillaume BREGERAS - *Monsieur LAURENT, vous en tant qu'élus, est ce que ça fait un peu le tri ?*

Philippe LAURENT - Je ne pense pas. Il me semble que le paysage que nous connaissons à l'heure actuelle avant la transposition est suffisamment clair, avec des choses nouvelles qui arrivent : les SPL, etc. Le nombre d'outils se développe, s'ouvre, il y a plus d'outils, mais encore une fois c'est à la collectivité de choisir en fonction de ses critères donc plus le choix est possible, plus le choix est ouvert mieux c'est. Je suis de ceux qui pensent qu'effectivement au départ l'idée d'avoir une directive européenne, c'était vraiment quelque chose d'assez léger qui avait été annoncé par Michel BARNIER et c'était surtout destiné aux pays où il n'y avait rien. Nous avons dit «D'accord pour commencer par les pays où il n'y a rien, et puis après ils monteront peu à peu, mais nous ne souhaitons pas que ça change pour nous. » Pour ce qui concerne la France - peut-être pas pour les entreprises pour les raisons que vous avez dites —, mais pour ce qui concerne les collectivités locales françaises, c'est effectivement beaucoup de bruit pour rien parce que notre système précédent globalement nous semblait convenir.

Guillaume BREGERAS - *Très bien. Merci à tous. On veut vous remercier et vous applaudir. C'était d'ailleurs une dernière table ronde riche et ce sera l'occasion de remercier l'Université d'Assas et l'IGD d'avoir organisé ce colloque. Nous, Les Echos, on est ravis de ces débats, ça donne beaucoup de grains à moudre. Donc on espère qu'il y en aura encore.*

CONCLUSION PAR JEAN-BERNARD AUBY

PROFESSEUR SCIENCES PO PARIS,
DIRECTEUR DE LA CHAIRE « MUTATIONS DE
L'ACTION PUBLIQUE ET DU DROIT PUBLIC »



CONCLUSION

Je voudrais tout d'abord remercier l'IGD d'avoir organisé cette manifestation, certainement utile, en tout cas très stimulante. C'est en vérité la 2^{ème} fois que l'IGD fait l'honneur à la Chaire MADP de l'associer à l'une de ses manifestations et c'est pour nous un très grand plaisir.

Qu'avons-nous fait jusqu'à cet après-midi ? Au fond, nous avons un dossier de base dans lequel figuraient : le droit antérieur, que Pierre DELVOLVÉ a résumé ce matin, la nouvelle directive, les textes sur les marchés publics et ce qui se prépare en matière de concessions. J'ajouterais bien une série d'évolutions jurisprudentielles qui sont un élément du background français et qui sont importants dans cette affaire. Il y a aussi un soubassement économique très fort, la crise économique, qui à la fois donne un intérêt supplémentaire au mécanisme concessif et en limite aussi le développement dans la mesure où il appelle souvent une intervention de collectivités dont les moyens financiers ont régressé.

Face à ce dossier-là, la question que nous avons eu à nous poser est la suivante. Il y a un texte et demi – un projet d'ordonnance, un projet de décret- de transposition de la directive « concessions ». Que peut-on en penser ? Est-ce que c'est adéquat ? Est-ce que ça ne va pas un peu trop loin ? Est-ce que ça ne « sur-transpose » pas ? Est-ce que ça ne distord pas nos catégories ? Voilà les questions que nous devons nous poser.

Elles ont reçu des réponses diverses, pas univoques, c'est le moins qu'on puisse dire. Je voudrais résumer ce que j'ai ressenti, ajouter peut-être quelques pièces au dossier. Je le ferai dans un style un peu plus erratique et vagabond que celui de Pierre DELVOLVÉ, en 7 points.

1. Mon 1^{er} point, et j'emploierai une formule pour le résumer, évoquera ce que j'appelle « les douleurs inégales de la transposition ». La transposition des directives communautaires est un exercice qui consiste en quelque sorte à amalgamer les concepts communautaires avec une réalité juridique nationale préexistante. Et cette réalité n'est pas uniforme, n'est pas la même dans les 28 États de l'Union européenne.

Dans certains États il n'y a rien qui régisse les concessions. L'Union européenne, la Commission, nous dit : « il faut faire quelque chose pour que les concessions y soient un peu ouvertes ». Que peut-on objecter à cela ?

Il y a par ailleurs des États dans lesquels la liberté contractuelle est plus forte que dans le système français et où les catégories contractuelles sont moins figées que dans le système français. Si vous franchissez la Manche, vous allez du système français dans lequel les contrats publics doivent rentrer dans des cases très précises, à un autre dans lequel, au fond, ces catégories sont à peu près indifférentes. On sait ce qu'est une concession Outre-Manche, d'ailleurs on pratique de temps en temps -il y a quelques ponts en concession en Grande Bretagne-, mais l'on n'attache pas à l'étiquette « concessions » posée là-dessus, de très grandes conséquences. Nous sommes davantage verrouillés en France. Les espagnols peuvent être assez proches de nous.

Cela veut dire que la transposition dans un système comme le nôtre fait nécessairement des dégâts conceptuels car elle perturbe un ordre assis, installé et un peu figé.

J'ajouterais bien un 3^{ème} cas : il y a des États dans lesquels le sujet n'est pas, contrairement à la 1^{ère} hypothèse, complètement vierge, mais qui sont protégés par des mécanismes existants. Le cas de l'Allemagne est tout à fait caractéristique car il me semble ne pas caricaturer les choses si je dis que le système allemand de gestion des services publics, en tout cas locaux, est très largement un système in house : c'est le mécanisme des Stadtwerke. Je ne suis pas tout à fait sûr, d'ailleurs, de comprendre pourquoi nos amis allemands se seraient tant battus, comme on l'a entendu dire aujourd'hui, pour l'exclusion de l'eau de la directive, alors que l'eau est distribuée dans la plupart de leurs villes par des Stadtwerke qui sont déjà protégées par le mécanisme de la quasi-régie.

Bref, la transposition vient s'appliquer dans des terrains différents. Elle y produit donc des résultats différents. Ce qu'il va falloir observer, c'est ce que les textes transposés (la directive communautaire et les compléments nationaux adoptés) auront appréhendé, système par système, pays par pays. Comment l'in house sera traitée en Estonie, comment seront appréhendés les mécanismes contractuels et unilatéraux, proches de la concession mais pas tout à fait dedans, comme les franchises, les licences etc, en Autriche ou dans tel ou tel État de l'Union européenne. À voir dans quelque temps.

2. Je baptiserai mon 2^{ème} point « les souffrances du jeune Sapin ». La loi Sapin est un texte relativement jeune -22 ans- et on a fait le choix de s'en passer pour la remplacer totalement par le système nouveau. Avec comme conséquence que des exclusions communautaires se trouvent non exclues nationalement, dans le texte de transposition. Ce qui pose des problèmes dont nous avons abondamment entendu parler aujourd'hui, aux secteurs de l'eau et des transports, dans lesquels les règles notamment de durée et de négociation, que la transposition de la directive impose, semblent pouvoir poser des problèmes très particuliers.

Il est vrai que de toute façon le passage à un régime nouveau pose un problème d'apprentissage. Ce que j'ai entendu dire par un certain nombre de professionnels du secteur c'est : « nous étions habitués à notre système, les collectivités étaient aussi habituées à lui, d'ailleurs on en a fait un article d'exportation, alors pourquoi nous impose-t-on de passer à autre chose ? » Il y a là une vraie difficulté dont on ne peut se sortir qu'en excluant ces secteurs de la transposition nationale ou en pesant pour qu'ils sortent bientôt carrément du champ des directives.

3. Mon 3^{ème} point concerne le « jeu de billard conceptuel ». La transposition des textes européens, qui vient s'amalgamer aux textes nationaux, provoque toujours, un certain méli-mélo conceptuel. La question est : est-ce que la transposition va être très perturbatrice de l'architecture des concepts nationaux ? Ce qui serait embêtant pour les universitaires, qui aiment les notions, mais aussi pour la pratique, car le flou des concepts menace la sécurité juridique.

Au fond, je n'en suis pas sûr, je vous laisse avec la question en disant ceci : naturellement, la transposition n'est pas sans effets perturbateurs, le plus dérangeant étant le fait que la concession ne sera plus, demain, ce qu'elle est aujourd'hui. Le concept de « concession » va être plus large, ne serait-ce que parce qu'il va englober des mécanismes qui en sont actuellement distincts dans le droit national comme l'affermage et la régie intéressée. Pour autant, aurons-nous beaucoup de concepts et de terminologies nouveaux ? Pas plus que nous en avons aujourd'hui. Il restera nécessaire de distinguer les contrats domaniaux purement domaniaux de ceux qui sont aussi des marchés, de ceux qui sont aussi des concessions. Il sera sans doute nécessaire de distinguer les contrats concessifs de ceux qui ne sont pas concessifs (délégation/pas de délégation), de classer les contrats d'aménagement, comme ça a été dit tout à l'heure. La clé étant largement l'idée du risque. Rien de bien neuf.

4. La transposition va reposer sur une série de sous-catégorisations à l'intérieur du régime des concessions, dont on peut dire certaines choses.

En 1^{er} lieu, l'élargissement, pas considérable mais réel, de l'in house ou quasi-régie. Également, des possibilités d'activité externe des entreprises in house.

Pour le restant, quelles sous-catégories la transposition propose-t-elle ? Pas grand-chose. Elle hiérarchise surtout les procédures, comme Pierre Delvolvé l'expliquait ce matin. Cette hiérarchie, faut-il préciser, ne reflète pas, n'est pas un effet des exclusions communautaires : elle répond à d'autres soucis.

A ce stade, je reviens sur le problème de l'inclusion des secteurs exclus par la directive communautaire. S'il y a une chance de rattraper cela, ce que je ne sais pas, je voudrais suggérer qu'il y a une alternative. L'une est de dire : «excluons l'eau et les transports de l'ordonnance de transposition et laissons ces secteurs sous l'empire de la Loi Sapin ».

L'autre consiste à inclure dans le texte de transposition un chapitre particulier qui reprendrait tout simplement la Loi Sapin et serait consacré aux secteurs exclus par le droit communautaire.

5. Est-ce que le sens profond du mécanisme « concessions » est modifié par la transposition ? Il le serait, je crois, si l'on passait de ce mécanisme quasi institutionnel, forme d'organisation du service public, à quelque chose qui ressemblerait à un régime de licence ou d'autorisation améliorée. Est-ce cela qui se produit ? Je ne suis pas sûr, personnellement, qu'il y ait lieu d'épiloguer longuement sur le fait que l'ordonnance de transposition distingue curieusement les concessions de service public des concessions de services. On va s'arracher les cheveux pour établir concrètement cette distinction, et pourtant qu'emporte-

t-elle concrètement ? On l'a dit plusieurs fois, les conséquences en sont infimes. Naturellement, nous vient l'idée selon laquelle la théorie du service public véhicule des valeurs fondamentales, notamment en termes d'égalité, que le développement de la concession « de service » (tout court) pourrait menacer. Voire. Il a été dit qu'au service public s'attachait la notion de droit d'accès. On ne peut pas dire cela : la jurisprudence n'a jamais consacré le droit d'accès. Le droit d'accès n'est pas l'égal accès, qui lui, a été consacré.

En tout cas, cela a été dit, ni la directive, ni la transposition, ne cherchent à imposer un mode de gestion ; ceci va à l'encontre des discours qui consistent à annoncer que tous ces textes communautaires sont des textes de privatisation. Ils ne pèsent pas dans ce sens-là, même s'ils imposent une évaluation du meilleur mode de gestion possible.

6. Sur le plan du régime de la concession, est-ce que la directive communautaire et la transposition perturbent extraordinairement nos habitudes et notre droit ?

On a entendu déplorer l'excès de transparence et de mise en compétition qu'engendrerait le droit européen. On peut penser que ce genre de discours ne peut nullement changer le cours des choses. Ajoutons que, lorsqu'on dit qu'il est « inutile d'ajouter de la compétition, car cela marche déjà très bien chez nous », on oublie que la directive sur les concessions n'est pas faite spécialement pour nous mais pour des pays dans lesquels la concurrence n'existe pas et où, parfois, la corruption existe fortement dans la gestion des services publics locaux.

La question de la durée : 5 ans est une durée faible en effet, mais le principe de cette durée comporte un certain nombre d'exceptions dans lesquelles devraient pouvoir rentrer de nombreuses situations nationales.

Ce qui est dit sur la vie du contrat dans la directive et dans la transposition est-il problématique ? En ce qui concerne par exemple la modification des contrats, les textes sont d'une assez grande complexité. Il faudra en outre les combiner avec la jurisprudence nationale, à la fois dans ses principes classiques, comme le droit de modification unilatérale, et dans ses évolutions les plus récentes qui donnent au juge tant de pouvoirs dans la gestion de la vie des contrats. Il y aura là des sujets de méditation.

Un autre sujet concerne une disposition que l'on trouve dans l'ordonnance « marchés », et semble-t-il aussi dans l'ordonnance « concessions », qui concerne l'indemnisation du concessionnaire : l'application de cette disposition pourrait poser des problèmes très réels.

7. Je terminerai par un dernier point, au-delà de la transposition, avec quelques « hypothèques sur le futur concret ». Je voudrais ici, aux quelques difficultés que nous avons pu observer dans la directive, dans la future transposition, ajouter à notre réflexion sur tout cela, le fait que le mécanisme concessif ne va pas arrêter d'évoluer demain matin après que l'ordonnance ait été adoptée. Il est en effet exposé à des évolutions probables et je vous en livre quelques-unes.

En ce qui concerne les usagers, vous évoquiez tout à l'heure un code des relations entre l'Administration et les administrés, qui doit être publié bientôt ; peut-être comportera-t-il des choses intéressantes.

On a évoqué mais liquidé très rapidement la question de la régulation. Quelqu'un a dit : « la régulation n'a rien à faire là-dedans ; on ne régule pas les contrats ». Mais ce n'est pas les contrats qu'il s'agirait de réguler, ce sont les tarifs bien sûr, les accès aux services. N'y a-t-il aucun grain à moudre pour le futur là-dedans ? J'aurais du mal à le penser parce que les tarifs des services concédés ont plutôt tendance à osciller entre la liberté totale de fixation par les collectivités et la négociation avec les entreprises, et le tarif réglementé quelquefois absurdement fixé sur des critères purement politiques. Et ça n'est pas excellent dans les deux sens.

Je ne plaide pas pour des autorités administratives indépendantes supplémentaires qui s'occuperaient de l'eau, des parkings... Ce n'est pas ce que je veux dire. Mais le sujet de la régulation n'est pas un sujet mineur. Subrepticement, a été évoquée la question de l'innovation. C'est une question très identifiée et très importante en matière de marché public, avec notamment l'invention des partenariats d'innovation. La question que je

pose et que je vous livre : est-ce qu'elle ne se pose pas de la même façon en matière de concessions ? Comment fait-on pour aménager un processus dans lequel on va demander aux entreprises d'imaginer un nouveau système, qu'on envisage ensuite de concéder, et pour le concéder ensuite dans le respect des règles de concurrence à celui qui l'a inventé ? En matière de marchés, on a imaginé le partenariat d'innovation, dont j'ai entendu dire qu'il marchait moyennement...En matière de concessions, la question se pose également.

En tirant un peu plus les plans sur la comète, je crois que le mécanisme concessif sera puissamment impacté par l'efficacité énergétique, la ville durable, la ville intelligente, la smart city. Dans les développements de type « ville durable », « ville intelligente », ce qui se joue ce sont des phénomènes d'interconnexion croissante des équipements, sur la base d'une infrastructure numérique sous-jacente, qui fait fonctionner ensemble les équipements urbains. En sachant que ces infrastructures de la ville, souvent concédées, ont chacune des organisations propres (parce que concédées différemment, relevant de législations différentes). Lorsque vous faites de grands quartiers, comme Confluence à Lyon (des milliers de mètres carrés), pour intégrer énergétiquement de manière à ce que dans quelques années le quartier tout entier soit à énergie positive, vous êtes obligés de faire fonctionner ensemble tout un tas de choses. Est-ce que notre droit des contrats publics est préparé ? Je n'en suis pas sûr.

Est-ce que notre droit des concessions est préparé ? Je n'en suis pas sûr.

Voilà les hypothèques qui pèsent sur le futur.

Mon dernier mot sera de remercier et de féliciter à nouveau l'Institut de la gestion déléguée, en espérant que nos réflexions seront intégrées par les rédacteurs de la transposition et par ceux qui ont encore un avis à donner sur les textes.

Mon ultime conclusion sera pour rejoindre Pierre DELVOLVÉ pour dire que le mécanisme de concession est très ancien, solidement installé et que tout indique que, même retouché par les évolutions contemporaines, il n'a certainement pas fini de nous occuper et de susciter nos réflexions.

Merci.





Retrouvez
les vidéos et les photos
du colloque
sur notre site internet

www.fondation-igd.org

Conception graphique : trente-fevrier@orange.fr - Crédit photo : Julian RENARD / Fotolia / IGD

84 rue de Grenelle - F-75007 Paris - Tél : +33 (0) 1 44 39 27 00 / Fax : +33 (0) 1 44 39 27 07
contacts@fondation-igd.org / www.fondation-igd.org



Institut de la
gestion déléguée