

COMMUNICATION INTERPRÉTATIVE DE LA COMMISSION SUR LES CONCESSIONS EN DROIT COMMUNAUTAIRE

(2000/C 121/02)

Le 24 février 1999 la Commission a adopté et publié un projet de communication interprétative sur les concessions en droit communautaire des marchés publics⁽¹⁾ qu'elle a soumis à une large consultation. Tenant compte des nombreuses contributions⁽²⁾ qui lui ont été adressées suite à la publication du projet initial au *Journal officiel des Communautés européennes*, la Commission a adopté la présente communication interprétative.

1. INTRODUCTION

1. Les concessions constituent un instrument utilisé de longue date dans certains États membres, en particulier pour réaliser et financer des grands travaux d'infrastructures tels que les liaisons ferroviaires ou une partie importante des liaisons routières. L'implication du secteur privé a décliné à partir du premier quart du XX^e siècle dans la mesure où les États ont privilégié la réalisation et la gestion directe des équipements et des services fournis au public.
2. Avec les restrictions budgétaires, la volonté de limiter l'intervention des pouvoirs publics et de faire bénéficier le secteur public des expériences et des modes de fonctionnement du secteur privé, la concession a connu un regain d'intérêt ces dernières années.
3. Il est utile de rappeler, à titre liminaire, que la Communauté ne privilégie aucun mode d'organisation de la propriété, qu'il soit public ou privé; l'article 295 (ex-article 222) du traité garantit en effet la neutralité à l'égard du statut public ou privé des entreprises.
4. Étant donné le recours de plus en plus fréquent à cette forme d'association avec les opérateurs, notamment pour les grands travaux d'infrastructures ainsi que pour certains services, la Commission estime nécessaire d'assurer par la présente communication interprétative l'information des opérateurs concernés et des pouvoirs publics quant aux dispositions qu'elle estime applicables aux concessions, en l'état actuel du droit communautaire. La Commission est en effet confrontée de manière répétée à des plaintes pour non-respect du droit communautaire applicable au phénomène des concessions, à l'occasion d'opérations complexes dans lesquelles les pouvoirs publics font appel au savoir-faire et aux capitaux des opérateurs économiques. Aussi a-t-elle été amenée à cerner le concept de «concession» et à dégager les orientations qu'elle a suivies jusqu'ici dans l'instruction de ces cas. La présente communication interprétative est donc un acte de transparence nécessaire visant à clarifier le cadre juridique actuel, à la lumière de l'expérience acquise dans le traitement des cas examinés jusqu'à présent.
5. Dans la version en projet de cette communication interprétative⁽³⁾, la Commission avait indiqué son intention de traiter également les autres formes de partenariat utilisées

pour faire appel au financement et au savoir-faire privés. La Commission a renoncé à appréhender les formes de partenariat qui ne présentent pas des caractéristiques analogues à celles de la concession au sens de la présente communication interprétative, les contributions reçues s'étant par ailleurs prononcées en faveur d'une telle approche. En effet, la richesse des hypothèses et leur développement constant, tels qu'ils se sont révélés dans les réponses reçues au projet de communication interprétative, appellent une réflexion approfondie sur les caractéristiques communes à ces phénomènes. Le débat qui a été engagé par la publication du projet de communication interprétative doit donc se poursuivre sur cette question.

6. Les contributions relatives aux concessions ont permis à la Commission d'affiner son analyse et de cerner les caractéristiques propres aux concessions, permettant de les distinguer des marchés publics, notamment en raison de la délégation de services d'intérêt général opérée par ce type de partenariat.
7. La Commission entend rappeler que le présent texte ne vise pas à interpréter les régimes spécifiques découlant des directives adoptées dans certains secteurs tels que, par exemple, l'énergie et les transports.

La présente communication interprétative (ci-après dénommée «communication») précisera, d'une part, les règles et principes du traité régissant toutes les formes de concessions et, d'autre part, les règles particulières que la directive 93/37/CEE sur les marchés publics de travaux⁽⁴⁾ (ci-après «la directive travaux») prévoit pour les concessions de travaux publics.

2. DÉFINITION ET PROBLÉMATIQUE GÉNÉRALE DES CONCESSIONS

Les concessions ne sont pas définies par le traité. La seule définition en droit communautaire dérivé est celle de la directive travaux, qui prévoit un régime spécifique pour la concession de travaux⁽⁵⁾. Les autres formes de concessions ne sont pas, en revanche, visées par les directives relatives aux marchés publics⁽⁶⁾.

Cela ne signifie pas pour autant que les concessions échappent aux règles et aux principes du traité. En effet, dans la mesure où ces concessions résultent d'actes étatiques ayant pour objet des prestations d'activités économiques ou la fourniture de biens, elles sont soumises aux dispositions pertinentes du traité ainsi qu'aux principes dégagés par la jurisprudence de la Cour en la matière.

Afin de délimiter le champ d'application de la présente communication, et avant de préciser le régime qui est applicable au phénomène des concessions, il importe d'en esquisser tout d'abord les traits distinctifs. À cet effet, il est utile de rappeler la notion de concession de travaux telle qu'elle résulte de la directive travaux.

2.1. LA CONCESSION DE TRAVAUX

2.1.1. La définition telle qu'elle résulte de la directive 93/37/CEE

Le législateur communautaire a choisi de définir la notion de concession de travaux à partir de celle de marché public de travaux.

Le texte de la directive travaux prévoit en effet que les marchés publics de travaux «sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur (...) et ayant pour objet soit l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage (...), soit la réalisation par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur» [article 1^{er}, point a)].

L'article 1^{er}, point d), de la même directive définit la concession de travaux publics comme étant «un contrat présentant les mêmes caractères que les marchés publics de travaux à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.»

De cette définition, il ressort que le principal caractère distinctif de la notion de concession de travaux réside dans l'octroi du droit d'exploiter l'ouvrage comme contrepartie de la construction de celui-ci; ce droit d'exploitation peut également être accompagné d'un prix.

2.1.2. Délimitation des notions de «marché public de travaux» et de «concession de travaux»

La Commission est d'avis que le critère du droit d'exploitation permet de déduire certains indices pour distinguer une concession de travaux d'un marché public.

Ainsi, le droit d'exploitation permet au concessionnaire de percevoir des droits sur l'utilisateur de l'ouvrage (par exemple par le biais de péages ou de redevances) pendant une certaine période de temps. La durée de la concession constitue dès lors un élément important de la rémunération du concessionnaire. Ce dernier n'est donc pas directement rémunéré par le pouvoir

adjudicateur mais il obtient de celui-ci le droit de percevoir les revenus résultant de l'utilisation de l'ouvrage réalisé (7).

Le droit d'exploitation implique aussi le transfert de la responsabilité d'exploitation. Une telle responsabilité couvre à la fois les aspects techniques, financiers et de gestion de l'ouvrage. Ainsi, par exemple, c'est au concessionnaire qu'incombe la tâche d'effectuer les investissements nécessaires pour que son ouvrage puisse être utilement mis à la disposition des usagers. C'est aussi à lui qu'incombe le poids de l'amortissement de l'ouvrage. En outre, le concessionnaire assume non seulement les risques liés à toute construction mais il devra supporter également les risques inhérents à la gestion et à la fréquentation de l'équipement (8).

Il découle des considérations qui précèdent que, dans une concession de travaux, les aléas inhérents à l'exploitation sont transférés au concessionnaire (9).

La Commission constate qu'il existe de plus en plus de cas de marchés publics de travaux faisant l'objet d'un montage juridique complexe (10). De ce fait, la frontière entre ces montages et la concession de travaux publics peut être parfois difficile à tracer.

Pour la Commission, l'on est en présence de marchés publics de travaux au sens du droit communautaire dès lors que le coût de l'ouvrage est supporté pour l'essentiel par le pouvoir adjudicateur et que le contractant ne se rémunère pas par le biais de droits perçus directement auprès des usagers de l'ouvrage.

Le fait que la directive permette que le droit d'exploitation soit accompagné d'un prix ne change pas cette analyse. Il s'agit d'une hypothèse qui existe en pratique. Ainsi, il arrive que l'État supporte partiellement le coût d'exploitation de la concession afin que le prix à payer diminue pour l'utilisateur (pratique des «prix sociaux») (11). Cette intervention peut prendre différentes modalités (somme forfaitaire garantie, somme fixe mais versée en fonction du nombre d'usagers, etc.). Ces interventions ne changent pas nécessairement la nature du contrat si le prix versé ne couvre qu'une partie du coût de l'ouvrage et de son exploitation.

En effet, rentrent toujours dans la définition de concession les hypothèses où un prix est payé par l'État en contrepartie des travaux effectués pourvu qu'il n'élimine pas le risque inhérent à l'exploitation. En précisant que le droit d'exploiter l'ouvrage peut être assorti d'un prix, la directive travaux indique que la rémunération du concessionnaire doit provenir de l'exploitation.

Même si dans la plupart des cas l'origine de la ressource — prélevée directement sur l'utilisateur de l'ouvrage — est un élément significatif, c'est la présence du risque d'exploitation, liée à l'investissement réalisé ou aux capitaux investis, qui reste déterminante, en particulier lorsqu'un prix est payé par l'autorité concédante.

Il est vrai que même dans le cadre des marchés publics il peut y avoir, le cas échéant, une part de risque à la charge du contractant⁽¹²⁾. Cependant, les aléas dus au montage financier de l'opération, que l'on pourrait qualifier de «risque économique», sont propres au phénomène des concessions. En effet, ce type de risque, qui dépend étroitement des revenus que le concessionnaire pourra tirer de la fréquentation⁽¹³⁾, constitue un élément distinctif important entre les concessions et les marchés publics.

En conclusion, le droit d'exploiter s'accompagne du transfert au concessionnaire des aléas résultant de cette même exploitation; la répartition des risques entre concédant et concessionnaire s'effectue cas par cas en fonction de leurs capacités respectives à gérer au mieux les risques en question.

Si les pouvoirs publics prennent à leur charge les aléas liés à la gestion de l'ouvrage, en assurant par exemple le remboursement des financements, l'élément du risque fait défaut. Dans ce cas là, la Commission est d'avis qu'il s'agit d'un marché public de travaux et non pas d'une concession⁽¹⁴⁾.

2.2. LA CONCESSION DE SERVICES

Aux termes de son article 1^{er}, la directive 92/50/CEE sur les marchés publics de services (ci-après dénommée «la directive services») s'applique aux «marchés publics de services» qui sont définis comme «des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur, à l'exclusion (. . .)».

Contrairement à la directive travaux, la directive services ne contient pas de définition de la notion de concession de services⁽¹⁵⁾.

Dans le seul but de distinguer le phénomène économique de la concession de services par rapport à la notion de marché public de services, et donc de délimiter le champ d'application de la communication, il importe d'identifier les traits essentiels dudit phénomène.

À cette fin, il semble opportun de se fonder sur des éléments qui s'inspirent de la notion précitée de concession de travaux, et qui tiennent compte de la jurisprudence de la Cour en la matière⁽¹⁶⁾ ainsi que de l'*opinio juris*⁽¹⁷⁾.

L'objet des concessions de travaux est par hypothèse différent de celui des concessions de services. Ceci peut conduire à des différences en termes d'investissement et de durée qui peuvent exister entre les deux types de concessions. Cependant, compte tenu des critères précités, un contrat de concession revêt en général les mêmes caractéristiques, quel que soit l'objet sur lequel il porte.

En effet, comme pour les concessions de travaux, le critère de l'exploitation constitue une caractéristique essentielle pour déterminer si l'on est en présence d'une concession de

services⁽¹⁸⁾. En application de ce critère, une concession existe lorsque l'opérateur supporte les risques liés au service en cause (établissement du service et son exploitation) en se rémunérant sur l'usager, notamment par la perception de redevances, sous quelque forme que ce soit. Le mode de rémunération de l'opérateur est, de même que pour la concession de travaux, un élément permettant de déterminer la prise en charge du risque d'exploitation.

Comme la concession de travaux, la concession de services se caractérise par un transfert de la responsabilité d'exploitation.

Enfin, la concession de services porte normalement sur des activités qui, de par leur nature, leur objet et les règles auxquelles sont soumises, sont susceptibles de relever de la responsabilité de l'État et qui peuvent faire l'objet de droits exclusifs ou spéciaux⁽¹⁹⁾.

Il convient en outre de rappeler que dans l'arrêt *Lottomatica* précité, la Cour a bien fait la distinction entre un transfert de responsabilité au concessionnaire en ce qui concerne les opérations de loto, susceptibles d'être qualifiées d'activités relevant de la responsabilité de l'État dans le sens indiqué, et la simple fourniture de systèmes informatiques à l'administration. Elle en a conclu, en l'espèce, qu'en l'absence d'un tel transfert on était en présence d'un marché public.

2.3. LA DÉLIMITATION ENTRE CONCESSION DE TRAVAUX ET CONCESSION DE SERVICES

Étant donné que seule la directive 93/37/CEE prévoit un régime particulier concernant les procédures à suivre lors de l'attribution d'une concession de travaux, il est utile de déterminer dans quelle hypothèse l'on se trouve en présence d'un tel type de concession, surtout s'il s'agit d'un contrat mixte qui comporte aussi un aspect de prestation de services. C'est d'ailleurs presque toujours le cas en pratique puisque le concessionnaire de travaux publics rend souvent un service à l'usager sur la base de l'ouvrage qu'il a réalisé.

En matière de délimitation du champ d'application des dispositions des directives travaux et services, le considérant 16 de cette dernière précise que si les travaux sont accessoires et ne forment pas l'objet du contrat, ils ne peuvent justifier la classification du contrat comme marché public de travaux. Ces dispositions ont été interprétées par la Cour de justice dans l'affaire *Gestión Hotelera Internacional* dans laquelle la Cour a déclaré que «lorsque les travaux n'ont qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet principal de l'adjudication, l'ensemble de cette adjudication ne peut être qualifié de marché publics de travaux.»⁽²⁰⁾. Le problème des contrats mixtes a aussi été abordé par la Cour de justice dans une autre affaire⁽²¹⁾ de laquelle il résulte que lorsque un contrat comporte deux objets dissociables (par exemple, des fournitures et des services), il convient d'appliquer à chacun les règles qui leur sont spécifiques.

Bien que ces principes aient été développés à propos de marchés publics, la Commission considère qu'il convient d'adopter une approche analogue pour déterminer si une concession est soumise ou non à la directive travaux. Le champ d'application «*ratione materiae*» de celle-ci est en effet le même, que l'on se trouve en présence d'un marché de travaux ou d'une concession de travaux ⁽²²⁾.

Dès lors, selon la Commission, il s'agit avant tout de savoir si l'objet principal du contrat porte sur la construction d'un ouvrage ou sur l'exécution et la réalisation de travaux pour le compte du concédant ou si, au contraire, ces travaux ou la construction de cet ouvrage ne sont qu'accessoires par rapport à l'objet principal du contrat.

Si le contrat porte à titre principal sur la construction d'un ouvrage pour le compte du concédant, il s'agit, selon la Commission, d'une concession de travaux.

Dans ce cas, le régime prévu par la directive travaux doit s'appliquer, pour autant que le seuil d'application de cette directive soit atteint (5 000 000 d'euros), même si des aspects liés aux services sont présents. Le fait que les travaux ou les ouvrages soient en fait réalisés par des tiers ne change pas la nature du contrat de base. L'objet du contrat reste identique.

À l'opposé, un contrat de concession qui ne comporterait la réalisation de travaux qu'à titre accessoire, ou qui porterait uniquement sur l'exploitation d'un ouvrage existant, s'analyse en une concession de service.

Par ailleurs, il est aussi possible de rencontrer dans la pratique des opérations qui comportent à la fois la réalisation d'un ouvrage ou de travaux et la prestation de services. Ainsi, en marge d'une concession de travaux, des concessions de services peuvent être conclues pour des activités complémentaires mais indépendantes de l'exploitation de la concession de l'ouvrage. À titre d'exemple, les services de restauration d'une autoroute peuvent faire l'objet d'une concession de service différente de la concession de construction ou de gestion de l'autoroute. Selon la Commission, dès lors que les objets de ces contrats sont dissociables, les règles relatives à chacun de ces types de contrats s'appliquent respectivement.

2.4. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA PRÉSENTE COMMUNICATION INTERPRÉTATIVE

Comme il a été indiqué ci-dessus, les concessions, même si elles ne sont pas visées par les directives marchés publics, sont soumises aux règles et aux principes du traité, dans la mesure où elles sont octroyées par le biais d'actes imputables à l'État, et ont pour objet la prestation d'activités économiques.

En effet, qu'il soit contractuel ou unilatéral, tout acte étatique ⁽²³⁾ fixant les conditions auxquelles une prestation d'activités économiques est subordonnée, est à apprécier au regard des règles et des principes du traité et tout spécialement de celles des articles 43 à 55 (ex-articles 52 à 66) ⁽²⁴⁾.

Sont donc visés par la présente communication, les actes imputables à l'État, par lesquels une autorité publique confie à un tiers — que ce soit par un acte contractuel ou par un acte unilatéral ayant reçu le consentement de ce tiers — la gestion totale ou partielle de services qui relèvent normalement de sa responsabilité et pour lesquels ce tiers assume les risques d'exploitation. Ces services ne sont visés par la communication que s'ils s'analysent en une prestation d'activités économiques au sens des articles 43 à 55 (ex-articles 52 à 66) du traité.

Ces actes étatiques seront désignés ci-après par le terme «concessions», indépendamment de leur qualification juridique en droit national.

Compte tenu de ce qui précède, et sans préjudice des dispositions de droit communautaire qui pourraient être applicables, la présente communication ne vise pas:

- les actes par lesquels une autorité publique confère une habilitation ou octroie une autorisation à l'exercice d'une activité économique alors même que ces actes seraient qualifiés de concessions dans certains États membres ⁽²⁵⁾,
- les actes visant des activités à caractère non économique, telles que la scolarisation obligatoire ou la sécurité sociale.

En revanche, il y a lieu de relever que lorsqu'une concession arrive à terme, son renouvellement est assimilable à une nouvelle concession et est de ce fait couvert par la communication.

Un problème particulier se pose lorsqu'il existe, entre le concessionnaire et le concédant, une forme de délégation interorganique qui ne sort pas de la sphère administrative du pouvoir adjudicateur ⁽²⁶⁾. La question de savoir si et dans quelle mesure le droit communautaire s'applique à ce type de relations a été abordée par la Cour ⁽²⁷⁾. Toutefois, d'autres affaires actuellement pendantes devant la Cour pourraient apporter des éléments complémentaires à cet égard ⁽²⁸⁾.

En revanche, les relations entre pouvoirs publics et entreprises publiques chargées de missions d'intérêt économique général sont en principe visées par la communication ⁽²⁹⁾. Il est vrai que, selon une jurisprudence constante de la Cour ⁽³⁰⁾, rien dans le traité ne s'oppose à ce que les États membres, pour des considérations d'intérêt public, de nature non économique, soustraient au jeu de la concurrence, certains services d'intérêt général, en conférant des droits exclusifs ⁽³¹⁾. La Cour ajoute toutefois que les modalités d'organisation et l'exercice d'un monopole ainsi créé ne doivent pas porter atteinte aux dispositions du traité en matière de libre circulation des marchandises et des services ainsi qu'aux règles de concurrence ⁽³²⁾. De même, les modalités selon lesquelles ces droits exclusifs sont octroyés sont soumises aux règles du traité et sont dès lors susceptibles de rentrer dans le champ d'application de la présente communication.

3. RÉGIME APPLICABLE AUX CONCESSIONS

Comme cela a été indiqué ci-dessus, seules les concessions de travaux atteignant le seuil fixé par la directive 93/37/CEE (5 000 000 d'euros) font l'objet d'un régime spécifique.

Cependant, comme tout acte étatique fixant les conditions auxquelles une prestation d'activités économiques est subordonnée, les concessions sont soumises aux dispositions des articles 28 à 30 (ex-articles 30 à 36) et 43 à 55 (ex-articles 52 à 66) du traité ou aux principes dégagés par la jurisprudence de la Cour⁽³³⁾. Il s'agit notamment des principes de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence, de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité⁽³⁴⁾.

Le traité ne restreint pas la liberté d'un État membre d'avoir recours à des concessions pour autant que les modalités d'octroi soient compatibles avec le droit communautaire.

Ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour, même si, en vertu du traité, les États membres restent libres de fixer des règles matérielles et procédurales, ils doivent respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire, et notamment les interdictions qui découlent des principes consacrés par le traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation de services⁽³⁵⁾. Par ailleurs, la Cour a souligné l'importance des principes et des règles découlant du traité en précisant notamment que les directives relatives aux marchés publics visent d'une part «à faciliter la réalisation à l'intérieur de la Communauté de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services» et d'autre part, «à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité dans le secteur des marchés publics de travaux et de fournitures»⁽³⁶⁾.

Certains États membres ont parfois estimé que l'attribution d'une concession échappait aux règles du traité parce qu'il s'agissait d'une délégation d'un service au public qui ne pouvait être accordée que sur la base d'une confiance réciproque (*intuitu personae*). Il résulte du traité et d'une jurisprudence constante de la Cour que les seules raisons permettant aux actes étatiques s'analysant en une violation des articles 43 et 49 (ex-articles 52 et 59) du traité d'échapper à l'interdiction prévue par ces articles sont celles visées aux articles 45 et 55 (ex-articles 55 et 66), dont les conditions d'application très restrictives indiquées par la Cour seront explicitées ci-après⁽³⁷⁾. Rien dans le traité ou dans la jurisprudence de la Cour ne permet de considérer qu'il en aille différemment pour les concessions.

La Commission rappellera ci-après les règles du traité et les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour qui sont applicables aux concessions visées par la présente communication.

3.1. LES RÈGLES ET PRINCIPES DU TRAITÉ OU DÉGAGÉS PAR LA COUR

Comme cela a déjà été mentionné, le traité ne vise expressément ni les marchés publics, ni les concessions. Plusieurs de ses dispositions sont cependant pertinentes. Il s'agit des règles du

traité qui instaurent et garantissent le bon fonctionnement du marché unique, à savoir:

- les règles interdisant toute discrimination en raison de la nationalité (article 12, paragraphe 1, ex-article 6, paragraphe 1),
- les règles relatives à la libre circulation des marchandises (article 28, ex-article 30, et suivants), à la liberté d'établissement (article 43, ex-article 52, et suivants) et à la libre prestation de services (article 49, ex-article 59, et suivants) ainsi que les exceptions à ces règles prévues aux articles 30, 45 et 46 (ex-articles 36, 55 et 56)⁽³⁸⁾,
- les dispositions de l'article 86 (ex-article 90) du traité peuvent également guider dans la détermination de la légitimité de l'octroi des droits.

Ces règles et les principes que la Cour en a dégagés sont explicités ci-après.

Il est vrai que la jurisprudence citée concerne en partie les marchés publics. Cependant, il n'en demeure pas moins que les principes qui s'en dégagent ont souvent une portée qui dépasse le cadre des marchés publics. Ils sont donc également applicables à d'autres situations, telles que les concessions.

3.1.1. L'égalité de traitement

Selon la jurisprudence constante de la Cour, «le principe général d'égalité de traitement, dont l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité est seulement une expression spécifique, est un des principes fondamentaux du droit communautaire. Ce principe impose de ne pas traiter de façon différente des situations analogues, à moins que la différence de traitement ne soit justifiée par des raisons objectives»⁽³⁹⁾.

En outre, la Cour a précisé que le principe d'égalité de traitement, dont les articles 43 (ex-article 52) et 49 (ex-article 59) du traité sont une expression particulière, «prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, (...) mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat»⁽⁴⁰⁾.

Le principe d'égalité de traitement implique notamment que les règles du jeu doivent être connues de tous les concessionnaires potentiels et doivent s'appliquer à tous de la même manière. Il résulte de la jurisprudence de la Cour, en particulier de l'arrêt Raulin⁽⁴¹⁾ ainsi que de l'arrêt Parlement/Conseil⁽⁴²⁾ que le respect du principe d'égalité de traitement exige non seulement la fixation de conditions d'accès non discriminatoires à une activité économique, mais également que les autorités publiques prennent toutes les mesures susceptibles d'assurer l'exercice de cette activité.

La Commission estime qu'il découle de cette jurisprudence que le principe de mise en concurrence doit être respecté.

Dans les arrêts *Storebaelt* et *Bus wallons*, la Cour a eu l'occasion de préciser la portée du principe d'égalité de traitement en matière de marchés publics, en affirmant, d'une part, que le respect du principe d'égalité de traitement exige que toutes les offres soient conformes aux prescriptions du cahier des charges afin de garantir une comparaison objective entre les offres ⁽⁴³⁾, et d'autre part, que, lorsqu'une entité adjudicatrice prend en compte une modification apportée aux offres initiales d'un seul soumissionnaire, ce dernier est avantagé par rapport à ses concurrents, ce qui porte atteinte au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et nuit à la transparence de la procédure. De plus, la Cour constate que «la procédure de comparaison des offres (doit) respecter, à tous ses stades, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires que celui de la transparence, afin que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres» ⁽⁴⁴⁾

La Cour a donc précisé dans cette jurisprudence relative à l'application des directives, que le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires ne dépend pas d'une éventuelle discrimination en raison de leur nationalité ou d'autres critères de distinction.

L'application de ce principe aux concessions (qui de toute évidence n'est possible que lorsque le pouvoir adjudicateur négocie avec plusieurs concessionnaires potentiels) laisse le concédant libre de choisir la procédure d'octroi la plus appropriée, notamment en fonction des caractéristiques du secteur concerné, et de fixer les exigences que les candidats doivent satisfaire tout au long des diverses phases d'une procédure ⁽⁴⁵⁾. Toutefois, il implique que le choix du ou des candidats doit être opéré sur la base de critères objectifs et que la procédure doit se dérouler dans le respect des règles et des exigences fondamentales qu'il s'est fixées au départ ⁽⁴⁶⁾. Dans l'hypothèse où ces règles n'auraient pas été fixées, l'application du principe d'égalité de traitement exige, en tout état de cause, que le choix des candidats se fasse d'une manière objective.

Ainsi, il y a lieu, notamment, de considérer comme contraires aux règles précitées du traité et au principe d'égalité de traitement des dispositions réservant des contrats publics aux seules sociétés dans lesquelles l'État ou le secteur public détient, de façon directe ou indirecte, une participation majoritaire ou totale ⁽⁴⁷⁾, des pratiques permettant l'acceptation des offres non conformes au cahier des charges ou modifiées postérieurement à leur ouverture ainsi que la prise en compte des solutions alternatives, lorsque cette possibilité n'était pas prévue dès le projet initial. De plus, il ne faut pas que le projet initial soit dénaturé, en cours de négociations, au regard des critères et des exigences fixées au début de la procédure.

En outre, lorsque, dans certains cas, le concédant n'a pas la possibilité de définir ses besoins en termes techniques suffisamment précis, il va alors rechercher des offres alternatives susceptibles d'apporter des solutions différentes à un problème exprimé en termes généraux. Cependant, dans ces hypothèses,

le cahier des charges doit toujours, pour assurer une concurrence saine et efficace, présenter de manière non discriminatoire et objective ce qui est demandé aux candidats et surtout les modalités de l'approche qu'ils doivent suivre en préparant leurs offres. De cette manière, chacun des candidats sait à l'avance qu'il a la possibilité de prévoir des solutions techniques différentes. Plus généralement, le cahier des charges ne doit pas comporter d'éléments contraires aux règles et aux principes du traité précités. Les besoins du concédant peuvent aussi être déterminés en collaboration avec des entreprises du secteur dans la mesure où ceci n'a pas pour effet d'empêcher la concurrence.

3.1.2. La transparence

La Commission rappelle que dans sa jurisprudence la Cour a souligné le lien entre le principe de transparence et le principe d'égalité de traitement, dont il vise à assurer l'effet utile en garantissant des conditions de concurrence non faussées ⁽⁴⁸⁾.

La Commission constate que dans la quasi-totalité des États membres il existe des règles ou des pratiques administratives suivies en matière de concessions prévoyant que les entités désirant confier la gestion d'une activité économique à un tiers doivent, afin d'assurer un minimum de transparence, rendre publique leur intention selon des modalités appropriées.

Ainsi que la Cour l'a confirmé dans sa jurisprudence la plus récente, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité implique une obligation de transparence afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de son respect ⁽⁴⁹⁾.

La transparence peut être assurée par tout moyen approprié, y compris la publicité, en fonction et pour tenir compte des spécificités des secteurs concernés ⁽⁵⁰⁾. Ces formes de publicité contiennent, en général, les informations nécessaires pour permettre aux concessionnaires potentiels de décider s'ils sont intéressés à participer à la procédure (par exemple, critères de sélection et d'attribution, etc.). Ceci inclut l'objet de la concession ainsi que la nature et l'étendue des prestations attendues du concessionnaire.

La Commission considère que, dans de telles conditions, l'obligation de transparence est respectée.

3.1.3. La proportionnalité

Le principe de proportionnalité est reconnu par une jurisprudence constante de la Cour «comme faisant partie des principes généraux du droit communautaire» ⁽⁵¹⁾; il s'impose également aux autorités nationales dans l'application du droit communautaire ⁽⁵²⁾, même lorsqu'elles disposent d'une large marge discrétionnaire ⁽⁵³⁾.

Le principe de proportionnalité exige que toute mesure choisie soit à la fois nécessaire et appropriée au regard du but recherché⁽⁵⁴⁾. En effet, dans le choix des mesures à prendre, un État membre doit faire recours à celles qui comportent le moins de perturbations pour l'exercice d'une activité économique⁽⁵⁵⁾.

Appliqué aux concessions, ce principe, tout en laissant aux organisations concédantes la faculté de définir, notamment en termes de performances et de spécifications techniques, l'objectif à atteindre, exige cependant que toute mesure choisie soit à la fois nécessaire et appropriée au regard de l'objectif fixé.

Ainsi, par exemple, un État membre ne saurait exiger, lors de la sélection des candidats, des capacités techniques, professionnelles ou financières disproportionnées et excessives par rapport à l'objet de la concession.

Le principe de proportionnalité exige aussi de concilier concurrence et équilibre financier; la durée de la concession doit donc être fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis⁽⁵⁶⁾, tout en maintenant un risque inhérent à l'exploitation pour le concessionnaire.

3.1.4. La reconnaissance mutuelle

Le principe de la reconnaissance mutuelle a été dégagé par la Cour et progressivement précisé dans une abondante jurisprudence en matière de libre circulation des marchandises, des personnes et des services. Selon ce principe, un État membre est tenu d'accepter les produits et les services fournis par des opérateurs économiques d'autres pays de la Communauté dans la mesure où ces produits et services répondent de manière équivalente aux objectifs légitimes poursuivis par l'État membre destinataire⁽⁵⁷⁾.

L'application de ce principe aux concessions implique notamment que l'État membre où la prestation est fournie est tenu d'accepter les spécifications techniques, les contrôles, ainsi que les titres, certificats et qualifications exigés dans un autre État membre dans la mesure où ils sont reconnus équivalents à ceux requis par l'État membre destinataire de la prestation⁽⁵⁸⁾.

3.1.5 Les exceptions prévues par le traité

Des restrictions à la libre circulation des marchandises, à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services ne peuvent être admises que lorsqu'elles sont justifiées par une des raisons indiquées aux articles 30, 45, 46 et 55 (ex-articles 36, 55, 56 et 66) du traité.

En ce qui concerne tout particulièrement l'article 45, ex-article 55, (qui permet des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services pour les activités participant même à titre occasionnel à l'exercice de l'autorité publique), la Cour a souligné à maintes reprises⁽⁵⁹⁾ «qu'en tant que dérogation à la règle fondamentale de la liberté d'établissement, l'article 55 du traité doit recevoir une interprétation qui limite sa portée à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que cette disposition permet aux États

membres de protéger». Une telle exception doit être limitée à celle des activités visées par les articles 43 et 49 (ex-articles 52 et 59) qui, par elles-mêmes, comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique⁽⁶⁰⁾.

Par conséquent, la portée de l'exception introduite dans l'article 45 (ex-article 55) doit être limitée aux cas dans lesquels le concessionnaire participe directement et spécifiquement à l'exercice de l'autorité publique.

Ainsi, les activités accomplies en vertu d'une obligation ou d'une exclusivité établie par la loi ou qualifiées par les autorités nationales comme étant de service public, ne relèvent pas automatiquement de cette exception⁽⁶¹⁾. Il est vrai que toute activité déléguée par les pouvoirs publics a, en principe, une connotation d'utilité publique, mais cela ne signifie pas pour autant que cette activité participe nécessairement à l'exercice de l'autorité publique.

À titre d'exemple, la Cour de justice a écarté l'application de l'exception de l'article 45 (ex-article 55) sur la base de constatations telles que:

- l'autorité publique gardait le contrôle sur les activités transférées et disposait de moyens utiles pour assurer la sauvegarde des intérêts dont elle avait la charge⁽⁶²⁾,
- les activités transférées étaient de nature technique et, partant, étrangères à l'exercice de l'autorité publique⁽⁶³⁾.

Tel que précisé ci-dessus, le principe de proportionnalité exige que toute mesure restreignant l'exercice des libertés prévues aux articles 43 et 49 (ex-articles 52 et 59) soit à la fois nécessaire et appropriée au regard des objectifs poursuivis⁽⁶⁴⁾. Ce qui implique notamment que dans les choix des mesures garantissant la réalisation de l'objectif poursuivi, l'État membre doit privilégier celles qui comportent le moins d'entraves pour l'exercice de ces libertés⁽⁶⁵⁾.

De plus, dans le cadre de la libre prestation de services, l'État membre d'accueil devra vérifier que l'intérêt à sauvegarder ne l'est pas par les règles auxquelles est soumis le candidat dans l'État membre où il exerce normalement son activité.

3.1.6. La protection des droits des particuliers

Dans une jurisprudence constante relative aux libertés fondamentales du traité, la Cour affirme que les décisions de refus ou de rejet doivent être motivées et doivent pouvoir faire l'objet de recours juridictionnels de la part de leurs destinataires⁽⁶⁶⁾.

Ces exigences sont d'application générale car, comme le précise la Cour, elles découlent des traditions constitutionnelles communes aux États membres et consacrées par la convention européenne des droits de l'homme⁽⁶⁷⁾.

Elles sont dès lors également applicables aux particuliers qui estiment avoir été lésés lors de l'attribution d'une concession au sens de la présente communication.

3.2. LE RÉGIME SPÉCIFIQUE DE LA DIRECTIVE 93/37/CEE POUR LES CONCESSIONS DE TRAVAUX

La Commission estime utile de rappeler que les règles et les principes qu'elle a explicités ci-dessus sont applicables aux concessions de travaux. Pour ces dernières, cependant, la directive 93/37/CEE prévoit en outre un régime particulier qui contient notamment des règles de publicité.

Il va sans dire que pour les concessions qui n'atteignent pas le seuil prévu par la directive 93/37/CEE, seuls les règles et les principes du traité sont applicables.

3.2.1. La phase en amont: le choix du concessionnaire

3.2.1.1. Les règles de publicité et de transparence

En ce qui concerne les concessions de travaux, les pouvoirs adjudicateurs sont obligés de publier au *Journal officiel des Communautés européennes* un avis de concession selon le modèle prévu dans la directive 93/37/CEE en vue de mettre en concurrence ce contrat au niveau européen ⁽⁶⁸⁾.

Un problème rencontré par la Commission porte sur l'attribution de concessions entre personnes publiques. Certains États membres semblent avoir considéré que les dispositions de la directive 93/37/CEE applicables aux concessions de travaux ne s'appliquaient pas aux contrats passés entre une collectivité publique et une personne morale de droit public.

Cependant, la directive 93/37/CEE impose une publicité préalable pour l'attribution de tout contrat de concession de travaux publics que le concessionnaire potentiel soit privé ou public. L'article 3, paragraphe 3, de la directive 93/37/CEE prévoit d'ailleurs expressément que le concessionnaire puisse être l'un des pouvoirs adjudicateurs visés par la directive, ce qui implique bien que ce type de relation soit soumis en amont à une publication conformément à l'article 3 paragraphe 1, de cette même directive.

3.2.1.2. Le choix du type de procédure

En ce qui concerne les concessions de travaux, le concédant est libre de choisir la procédure la plus appropriée, et notamment d'entrer en procédure négociée.

3.2.2. La phase en aval: les marchés passés par le titulaire du contrat ⁽⁶⁹⁾

La directive 93/37/CEE a défini certaines règles en ce qui concerne les marchés passés par le concessionnaire de travaux publics pour les travaux dont la valeur égale ou dépasse 5 000 000 d'euros. Elles varient cependant en fonction du type de concessionnaire.

Si le concessionnaire est lui-même un pouvoir adjudicateur au sens de la directive, les contrats pour l'exécution de ces travaux doivent être attribués dans le plein respect de toutes les dispositions que la directive prévoit pour les marchés publics de travaux ⁽⁷⁰⁾.

Si le concessionnaire n'est pas lui-même un pouvoir adjudicateur, la directive impose uniquement le respect de certaines règles de publicité. Ces règles ne sont cependant pas applicables lorsque le concessionnaire passe des marchés de travaux avec des entreprises liées, au sens de l'article 3, paragraphe 4, de la directive. La directive établit en outre que la liste limitative de ces entreprises doit être jointe à la candidature à la concession et mise à jour par la suite selon les modifications qui interviennent ultérieurement dans les liens entre les entreprises. Cette liste étant limitative, le concessionnaire ne pourra pas invoquer la non-applicabilité des règles de publicité pour la passation d'un marché de travaux avec une entreprise qui ne paraît pas dans la liste précitée.

Par conséquent, qu'il soit ou non lui-même un pouvoir adjudicateur au sens de la directive, le concessionnaire est toujours tenu de faire connaître au niveau communautaire son intention de passer un marché de travaux avec un tiers.

Enfin, la Commission considère qu'un État membre méconnaît les dispositions de la directive 93/37/CEE en ce qui concerne les travaux exécutés par des tiers lorsqu'il utilise, comme intermédiaire, une société avec laquelle il a des liens pour attribuer des marchés de travaux à des entreprises tierces sans aucun appel d'offres.

3.2.3. Les règles applicables aux recours

L'article 1^{er} de la directive 89/665/CEE prévoit que «les États membres prennent (...) les mesures nécessaires pour assurer que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et en particulier aussi rapides que possible», dans les conditions énoncées dans la directive «au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit».

Cette disposition de la directive est applicable aux concessions de travaux ⁽⁷¹⁾.

Par ailleurs, la Commission rappelle aussi les exigences de l'article 2, paragraphe 7, de la directive 89/665/CEE, selon lequel «les États membres veillent à ce que les décisions prises par les instances responsables des procédures de recours puissent être exécutées de manière efficace».

Ceci implique que les États membres doivent s'abstenir de toute mesure matérielle ou procédurale qui pourrait priver d'effet utile les mécanismes mis en place par cette directive.

Pour ce qui est des concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs, outre les obligations déjà mentionnées auparavant, leurs marchés publics sont soumis à l'obligation de motivation prévue par l'article 8 de la directive 93/37/CEE, qui impose au pouvoir adjudicateur de motiver sa décision dans un délai de quinze jours, ainsi qu'aux voies de recours prévues par la directive 89/665/CEE.

3.3. LA CONCESSION DANS LES SECTEURS SPÉCIAUX

La directive 93/38/CEE sur les marchés passés par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (ci-après dénommée «directive secteurs spéciaux») ne contient de règles spécifiques ni sur les concessions de travaux ni sur les concessions de services.

Pour déterminer les règles applicables, la personnalité juridique du concédant ainsi que son activité sont des éléments décisifs. Plusieurs situations sont envisageables.

Le premier cas est celui de l'octroi par l'État ou une autre collectivité publique n'opérant pas spécifiquement dans un des quatre secteurs visés par la directive secteurs spéciaux, d'une concession visant une activité économique dans l'un de ces quatre secteurs. Cet octroi relève des règles et principes du traité décrits ci-dessus, et même de la directive travaux, s'il s'agit d'une concession de travaux.

Le second est l'hypothèse d'une entité publique opérant spécifiquement dans l'un des secteurs visés par la directive secteurs spéciaux qui décide d'octroyer une concession. Les règles et principes du traité sont ainsi applicables dans la mesure où le concédant est une entité publique. Même lorsqu'il s'agit d'une concession de travaux, seules les règles et principes du

traité sont applicables, la directive travaux n'étant pas applicable à l'octroi des concessions par une entité opérant spécifiquement dans les secteurs couverts par la directive 93/38/CEE.

Enfin, dans l'hypothèse où le concédant est une entité privée, celle-ci n'est soumise ni aux règles, ni aux principes décrits ci-dessus ⁽⁷²⁾.

La Commission est confiante que la publication de la présente communication contribuera à la clarification des règles du jeu et à l'ouverture des marchés à la concurrence dans le domaine des concessions.

Par ailleurs, la Commission tient à souligner que l'effort de transparence que représente la publication de la présente communication ne préjuge toutefois pas d'une éventuelle proposition législative en matière de concessions, s'il s'avérait que celle-ci était nécessaire pour renforcer la sécurité juridique.

Enfin, les éléments susceptibles d'être dégagés aujourd'hui des règles du traité, des directives ainsi que de la jurisprudence, pourraient être précisés davantage par la Cour, qui est actuellement saisie de questions préjudicielles ⁽⁷³⁾. La présente communication pourrait donc être complétée le moment venu, pour tenir compte de ces nouveaux éléments.

⁽¹⁾ JO C 94 du 7.4.1999, p. 4.

⁽²⁾ La Commission tient à exprimer ses remerciements aux opérateurs économiques, représentants d'intérêts collectifs, autorités publiques et personnes privées qui lui ont permis par leurs contributions d'enrichir la présente communication.

⁽³⁾ Voir également le point 2.1.2.4 de la communication de la Commission sur les marchés publics dans l'Union européenne, COM(98) 143, adoptée le 11 mars 1998.

⁽⁴⁾ Directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199 du 9.8.1993, p. 54).

⁽⁵⁾ Directive 93/37/CEE, précitée.

⁽⁶⁾ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209 du 24.7.1992, p. 1); directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199 du 9.8.1993, p. 1); directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199 du 9.8.1993, p. 84).

⁽⁷⁾ L'exemple le plus connu de concession de travaux publics est le contrat par lequel un État attribue à une société le droit de construire et d'exploiter une autoroute en lui permettant de se rémunérer par la perception d'un péage sur l'usager.

⁽⁸⁾ La vérification devra être faite cas par cas, en tenant compte de plusieurs éléments, tels que l'objet, la durée et le montant du contrat, la capacité économique et financière du concessionnaire, ainsi que tout autre élément utile permettant d'établir que le concessionnaire supporte effectivement un risque.

⁽⁹⁾ Si le remboursement des financements était assuré par le pouvoir adjudicateur sans un aléa lié à la gestion de l'ouvrage, l'élément de risque ferait défaut et le contrat devrait être qualifié de marché de travaux et non de concession. De plus, si le concessionnaire reçoit, de façon directe ou indirecte, pendant la durée du contrat, voire même à son expiration, une rémunération (sous forme de remboursement, couverture des pertes, etc.) autre que celle liée à l'exploitation, le contrat ne pourrait plus être qualifié de concession. Dans cette situation, la compatibilité du financement ultérieur devrait être appréciée au regard de toute disposition de droit communautaire pertinente.

⁽¹⁰⁾ Ainsi, à titre d'exemple, la Commission a déjà eu à connaître des cas où un consortium composé d'entrepreneurs et de banques s'engageait à réaliser un ouvrage destiné à satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur, en échange du remboursement par le pouvoir adjudicateur du prêt contracté par les entrepreneurs auprès des banques, accompagné d'un bénéfice pour les partenaires privés. La Commission a analysé cette situation comme un cas de marchés publics car le consortium ne se livrait à aucune exploitation, et ne supportait dès lors aucun risque lié à celle-ci. La Commission a abouti à la même conclusion dans un autre cas où, en dépit d'une apparence d'exploitation par le partenaire privé effectuant les travaux, celui-ci bénéficiait en réalité d'une garantie de la puissance publique d'être indemnisé dans des conditions telles que celle-ci assumait en fait les risques liés à l'exploitation.

⁽¹¹⁾ Par exemple, lorsque le péage d'une autoroute est fixé par l'État à un niveau qui ne couvre pas le coût de l'exploitation.

⁽¹²⁾ Par exemple, le risque résultant de modifications, en cours d'exécution du contrat, du contexte réglementaire (en termes, par exemple, de protection de l'environnement nécessitant des modifications de l'ouvrage ou de fiscalité bouleversant l'équilibre financier du contrat) ou le risque d'obsolescence technique. Ce type de risques, d'ailleurs, est davantage susceptible de se produire dans le cadre d'une concession, compte tenu du fait que normalement celle-ci s'étend sur une période de temps relativement longue (à propos de la durée de la concession, voir point 3.1.3).

⁽¹³⁾ Il convient de remarquer que même dans l'hypothèse d'un péage fictif, c'est-à-dire pris en charge par le concédant, le risque économique demeure si la rémunération dépend du taux de fréquentation.

- (14) Dans un cas instruit par la Commission, en dépit d'une apparence d'exploitation, le partenaire privé bénéficiait d'une garantie des pouvoirs publics d'être indemnisé dans des conditions telles que ceux-ci assumaient en fait les risques d'exploitation.
- (15) L'absence de référence à la notion de concession de services dans la directive services appelle quelques commentaires. Alors que la Commission, lors des travaux préparatoires de cette directive, avait proposé de prévoir pour ce type de concession un régime analogue à celui existant pour les concessions de travaux, le Conseil n'a pas accepté cette proposition. La question s'est donc posée de savoir si l'octroi des concessions de services ne relève pas entièrement du régime mis en place par la directive services. Celle-ci s'applique, tel que précisé ci-dessus, à «tout contrat à titre onéreux, conclu par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur», sauf certaines exceptions mentionnées dans la directive parmi lesquelles ne figure pas le contrat de concession.
Une interprétation littérale de cette définition, suivie par certains auteurs, pourrait conduire à inclure le contrat de concession dans le champ d'application de la directive services, puisque celui-ci a été conclu à titre onéreux et par écrit. Une telle approche signifierait que l'attribution d'une concession de services devrait respecter les règles de cette directive, et serait donc soumise à une procédure plus complexe que celle des concessions de travaux.
Cependant, en l'absence de jurisprudence de la Cour sur ce point, la Commission n'a pas suivi une telle interprétation dans les cas concrets qu'elle a eu à traiter. Une question préjudicielle pendante devant la Cour soulève la question de la définition et du régime juridique applicable aux concessions de services [affaire C-324/98 *Telaustria Verlags Gesellschaft mbH contre Post & Telekom Austria (Telaustria)*].
- (16) Arrêt de la Cour du 26 avril 1994, affaire C-272/91, *Commission contre Italie (Lottomatica)*, Rec. I-1409.
- (17) Conclusions de l'avocat général La Pergola dans l'affaire C-360/96, *Arnhem*.
Conclusions de l'avocat général Alber dans l'affaire C-108/98, *R.I.SAN Srl contre commune d'Ischia*.
- (18) Dans l'arrêt du 10 novembre 1998, dans l'affaire C-360/96, *Arnhem*, art. 25, la Cour a écarté la qualification de concession de services au motif que la rémunération versée consistait uniquement dans un prix payé par l'autorité publique et non pas dans le droit d'exploiter le service.
- (19) Conclusions précitées de l'avocat général dans l'affaire *Arnhem*; conclusions précitées de l'avocat général dans l'affaire *R.I.SAN Srl* précitée.
- (20) Arrêt de la Cour du 19 avril 1994 dans l'affaire C-331/92, *Gestion hôtelière*, Rec. I-1329.
- (21) Arrêt de la Cour du 5 décembre 1989 dans l'affaire 3/88, *Data Processing*, Rec., p. 4035.
- (22) La Cour a d'ailleurs appliqué le même principe pour délimiter les marchés de fournitures et de services dans son arrêt du 18 novembre 1999 dans l'affaire C-107/98, *Teckal Srl contre Commune di Viano et AGAC di Reggio Emilia (Teckal)*.
- (23) Dans le sens le plus large du terme, à savoir les actes adoptés par l'ensemble des pouvoirs publics faisant partie de l'organisation de l'État (collectivités territoriales, régions, départements, communautés autonomes, communes) ainsi que ceux adoptés par toute autre entité qui, bien qu'ayant une existence juridique propre, est rattachée à l'État par des liens si étroits qu'elle doit être considérée comme faisant partie de son organisation. Sont également compris dans la notion d'actes étatiques les actes imputables à l'État, c'est-à-dire les actes qui, bien que n'étant pas adoptés par les pouvoirs publics, leur sont cependant imputables eu égard aux possibilités d'intervention qu'ils ont pour empêcher leur adoption ou en imposer la modification.
- (24) Un raisonnement analogue doit être suivi en ce qui concerne les concessions de fournitures, qui doivent être appréciées au regard des articles 28 à 30 (ex-articles 30 à 36) du traité.
- (25) Par exemple, les concessions de taxi ou les autorisations d'utiliser la voie publique (kiosques à journaux, terrasses de cafés), les actes concernant les pharmacies, les pompes à essence.
- (26) Relations qui s'apparentent au phénomène parfois défini comme «in-house». Ce dernier a d'abord été analysé par les avocats généraux La Pergola (affaire *Arnhem* précitée), Cosmas (affaire *Teckal* précitée) et Alber (affaire *R.I.SAN* précitée).
- (27) Dans l'arrêt *Teckal* précité, la Cour a précisé que, pour que la directive 93/36/CEE soit applicable, «il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière», en ajoutant qu'«il ne peut aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.» (att. 50).
- (28) Affaires C-94/99, *Arge* et C-324/98, *Telaustria* précitée.
- (29) Dans le secteur audiovisuel, il faut tenir compte du protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres, annexé au traité d'Amsterdam, modifiant le traité sur l'Union européenne (entré en vigueur le 1^{er} mai 1999).
- (30) Arrêts *Sacchi* du 30 avril 1974 dans l'affaire 155/73 et *Elliniki Radiophonia* du 18 juin 1991 dans l'affaire C-260/89.
- (31) Arrêt *Elliniki Radiophonia* précité, att. 10.
- (32) Arrêt *Elliniki Radiophonia* précité, att. 12.
- (33) Il convient de rappeler, en ce qui concerne le secteur des transports, que les dispositions pertinentes gouvernant la libre prestation de services sont, par effet de renvoi de l'article 51 (ex-article 61), les articles 70-80 (ex-articles 74-84) du traité. Il n'en demeure pas moins que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les principes généraux du droit communautaire s'appliquent en ce domaine (voir arrêts du 4 avril 1974, affaire C-167/73, *Commission contre France*, du 30 avril 1986, affaires jointes 209/84 et 213/84, *ministère public contre ASJES et al.*, du 17 mai 1994, affaire C-18/93, *Corsica ferries*, du 1^{er} octobre 1998, affaire C-38/97 *Autotrasporti Librandi snc/Cuttica*).
Les services de transport par chemin de fer, par route et par voie navigable sont, en outre, couverts par le règlement (CEE) n° 1191/69, tel que modifié par le règlement (CEE) n° 1893/91 qui prévoit les mécanismes et les procédures que les autorités publiques peuvent utiliser pour s'assurer que leurs objectifs pour le transport public sont atteints.
- (34) Il est évident que les actes et comportements du concessionnaire sont soumis aux règles et principes précités dans la mesure où ils sont imputables à l'État au sens de la jurisprudence de la Cour de justice.
- (35) Arrêt du 9 juillet 1987, affaires jointes 27/86; 28/86 et 29/86, *Bellini*.
- (36) Arrêts du 10 mars 1987, affaire 199/85, *Commission contre Italie* et du 17 novembre 1993, affaire C-71/92, *Commission contre Espagne*.
- (37) Arrêt *Lottomatica* précité. Dans cet arrêt, la Cour de justice a estimé qu'au vu des faits de l'espèce, les tâches du concessionnaire se limitaient à des activités à caractère technique et étaient, comme telles, soumises au traité.
- (38) La Commission rappelle que des mesures restrictives mais non discriminatoires sont contraires aux articles 43 (ex-article 52) et 49 (ex-article 59) du traité si elles ne sont pas motivées par des raisons impérieuses d'intérêt général dignes de protection. Tel est le cas lorsque les mesures ne sont ni adaptées ni nécessaires pour atteindre le but poursuivi.
- (39) Arrêt du 8 octobre 1980, affaire 810/79, *Überschär*.

- (40) Arrêt du 13 juillet 1993, affaire C-330/91, Commerzbank; voir également arrêt du 3 février 1982, affaires jointes 62 et 63/81, Seco et Desquenne.
- (41) Arrêt du 26 février 1992, affaire C-357/89.
- (42) Arrêt du 7 juillet 1992, affaire C-295/90.
- (43) Arrêt du 22 juin 1993, affaire C-243/89, Storebaelt, att. 37.
- (44) Arrêt du 25 avril 1996, affaire C-87/94, Bus wallons. Voir également arrêt du Tribunal de première instance (ci-après dénommé «le TPI») du 17 décembre 1998, T-203/96, Embassy Limousines & Services.
- (45) À cet égard, il y a lieu de souligner que la présente communication ne préjuge pas de l'interprétation des règles spécifiques en matière de transports prévues par le traité ou dans des règlements spécifiques en vigueur ou à venir.
- (46) Ainsi, par exemple, même si le cahier des charges peut (et ce sera souvent le cas, pour des projets d'infrastructure complexes) prévoir la possibilité pour les candidats d'apporter des améliorations techniques par rapport aux solutions envisagées par le concédant, elles ne peuvent pas porter sur des exigences essentielles d'un projet et doivent être délimitées.
- (47) Arrêt Dataprocessing, précité, att. 30.
- (48) Arrêt Bus wallons précité, att. 54.
- (49) Arrêt du 18 novembre 1999 dans l'affaire C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, att. 31.
- (50) La transparence peut être assurée, entre autres, au moyen d'un avis ou d'une préinformation dans des quotidiens, dans des journaux spécialisés ou par affichage.
- (51) Arrêt du 11 juillet 1989, affaire 265/87, Schröder, att. 21.
- (52) Arrêt du 27 octobre 1993, affaire 127/92, att. 27.
- (53) Arrêt du 19 juin 1980, affaires jointes 41/79, 121/79 et 796/79, Testa et al., att. 21.
- (54) Tel est, par exemple, le cas en ce qui concerne l'obligation d'atteindre un niveau élevé de protection de l'environnement et en ce qui concerne l'application du principe de précaution.
- (55) Voir, par exemple, l'arrêt du 17 mai 1984, affaire 15/83, Denkvit Nederland, ou l'arrêt du TPI du 19 juin 1997, affaire T-260/94, Air Inter SA, att. 14.
- (56) Voir, à cet égard, la jurisprudence récente du TPI selon laquelle le traité trouve à s'appliquer «lorsqu'une mesure adoptée par un État membre constitue une restriction au libre établissement des ressortissants d'un autre État membre sur son territoire et procure en même temps des avantages à une entreprise en la dotant du droit exclusif, à moins que cette mesure étatique ne poursuive un objectif légitime compatible avec le traité et ne se justifie en permanence par des raisons impérieuses d'intérêt général (...)». En pareil cas, le TPI ajoute qu'«il faut encore que la mesure étatique en cause soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif» (arrêt du 8 juillet 1999, affaire T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij NV, point 108).
- (57) Ce principe se dégage de la jurisprudence en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services [en particulier dans les arrêts Vlassopoulou du 7 mai 1991 (affaire C-340/89) et Dennemeyer du 25 juillet 1991 (affaire C-76/90)]. Dans le premier arrêt, la Cour a constaté que «des conditions nationales de qualification, même appliquées sans discrimination tenant à la nationalité, peuvent avoir pour effet d'entraver l'exercice par les ressortissants des autres États membres, du droit d'établissement garanti par l'article 43 (ex-article 52) du traité. Tel pourrait être le cas si les règles nationales en question faisaient abstraction des connaissances et qualifications déjà acquises par l'intéressé dans un autre État membre.» Dans l'arrêt Dennemeyer, la Cour a précisé en particulier qu'un «État membre ne peut subordonner la réalisation de la prestation de services sur son territoire à l'observation de toutes les conditions requises pour un établissement, sous peine de priver de tout effet utile les dispositions du traité destinées précisément à assurer la libre prestation de services». Enfin, dans l'affaire Webb du 17 décembre 1981 (affaire 279/80), la Cour a ajouté que la libre prestation des services exige que «(...) l'État membre destinataire de la prestation (...) tienne compte des justifications et garanties déjà présentées par le prestataire pour l'exercice de son activité dans l'État membre d'établissement».
- (58) Par exemple, l'État membre où la prestation est fournie est tenu d'accepter les qualifications équivalentes relatives aux capacités professionnelles, techniques, financières des prestataires de services déjà acquises par l'intéressé dans un autre État membre. En matière de qualifications des entreprises, au-delà de l'application des directives d'harmonisation technique, la preuve d'équivalence peut être apportée par des accords de reconnaissance mutuelle des systèmes de certification volontaire; ces accords peuvent s'appuyer sur l'accréditation qui permet de démontrer la compétence des organismes d'évaluation.
- (59) Voir notamment l'arrêt du 15 mars 1988, affaire 147/86, Commission contre République hellénique.
- (60) Arrêt du 21 juin 1974, affaire 2/74, Reyners.
- (61) Conclusions de l'avocat général Mischo dans l'affaire C-3/88, Dataprocessing, précitée.
- (62) Arrêt du 15 mars 1988, affaire 147/86, précité.
- (63) Affaires C-3/88 et C-272/91, Data Processing et Lottomatica, précitées.
- (64) Affaire T-260/94, Air Inter SA, précité. Par exemple, la Cour a écarté l'application de l'exception relative à l'ordre public lorsqu'elle n'était pas suffisamment justifiée et que l'objectif à atteindre pouvait être assuré par d'autres moyens n'impliquant pas une restriction de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services (voir l'attendu 15 de l'arrêt C-3/88, Data Processing, précité).
- (65) Arrêt du 28 mars 1996, affaire C-272/94, Guiot/Climatec.
- (66) Arrêt du 7 mai 1991, affaire C-340/89, Vlassopoulou, att. 22.
- (67) Arrêt du 15 octobre 1987, affaire 222/86, Heylens, att. 14.
- (68) «En vue de satisfaire à l'objectif de la directive d'assurer le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics, les critères et conditions qui régissent chaque marché doivent faire l'objet d'une publicité adéquate de la part des pouvoirs adjudicateurs» (voir arrêt du 20 septembre 1988, affaire 31/87, Beentjes, att. 21).

- (69) Il y a lieu de rappeler qu'au sens de l'article 3, paragraphe 2, de la directive, le pouvoir adjudicateur peut imposer au concessionnaire de confier à des tiers des marchés représentant un pourcentage minimal de la valeur globale des travaux. Le pouvoir adjudicateur peut également inviter les candidats concessionnaires à indiquer eux-mêmes, dans leurs offres, ce pourcentage minimal.
- (70) Il en va de même pour les concessionnaires de services qui sont de pouvoirs adjudicateurs au sens des directives. Les dispositions de celles-ci sont applicables aux procédures de passation de marchés qu'ils lancent dans le cadre de la concession.
- (71) Dans ce contexte, il convient de rappeler que l'avocat général Elmer, dans l'affaire C-433/93, Commission contre Allemagne, a constaté que selon la jurisprudence de la Cour (voir les arrêts du 20 septembre 1988, dans l'affaire 31/87, Beentjes, et du 22 juin 1989, dans l'affaire 103/88, Constanzo) «les directives marchés publics confèrent aux particuliers des droits dont ces derniers peuvent se prévaloir, dans certaines conditions, directement devant les juridictions nationales, à l'encontre de l'État et des pouvoirs adjudicateurs». L'avocat général soutient également que la directive 89/665/CEE qui est postérieure à cette jurisprudence ne visait pas à restreindre les droits que la jurisprudence reconnaissait aux particuliers à l'encontre des autorités publiques. Au contraire, la directive entendait renforcer «les mécanismes existant actuellement, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, ... et en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées» (voir deuxième considérant de la directive 89/665/CEE).
- (72) Toutefois, dans la mesure où le concessionnaire bénéficie de droits exclusifs ou spéciaux pour des activités visées par la directive secteurs spéciaux, il devra respecter les règles de cette même directive pour ces marchés publics.
- (73) Par exemple, l'affaire Telaustria précitée.

Notification préalable d'une opération de concentration

(Affaire COMP/M.1961 — NSH/MWCR)

(2000/C 121/03)

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

1. Le 18 avril 2000, la Commission a reçu notification, conformément à l'article 4 du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil ⁽¹⁾, modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1310/97 ⁽²⁾, d'un projet de concentration par lequel l'entreprise Nuova Holding Subalpina SpA (NHS) appartenant au groupe Sana-paolo/IMI et l'entreprise MWCRLux SARL, contrôlée par le groupe Schrodgers acquièrent, au sens de l'article 3, paragraphe 1, point b), dudit règlement, le contrôle en commun de la compagnie italienne MWCR SpA par achat d'actifs.
2. Les activités des entreprises concernées sont les suivantes:
 - NSH: transactions bancaires et services financiers,
 - MWCRLux SARL: transactions bancaires et services financiers.
3. Après examen préliminaire et sans préjudice de sa décision définitive sur ce point, la Commission estime que l'opération de concentration notifiée pourrait entrer dans le champ d'application du règlement (CEE) n° 4064/89.
4. La Commission invite les tiers concernés à lui transmettre leurs observations éventuelles sur le projet de concentration.

Ces observations devront parvenir à la Commission au plus tard dans les dix jours suivant la date de la présente publication. Elles peuvent être envoyées par télécopieur ou par courrier, sous la référence COMP/M.1961 — NSH/MWCR, à l'adresse suivante:

Commission européenne
Direction générale de la concurrence
Direction B — Task Force «Concentrations»
Avenue de Cortenberg 150
B-1040 Bruxelles
[télécopieur (32-2) 296 43 01/296 72 44].

⁽¹⁾ JO L 395 du 30.12.1989, p. 1.
JO L 257 du 21.9.1990, p. 13 (rectificatif).

⁽²⁾ JO L 180 du 9.7.1997, p. 1.
JO L 40 du 13.2.1998, p. 17 (rectificatif).
