



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 15.11.2005
COM(2005) 569 final

**COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU
CONSEIL, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU COMITÉ
DES RÉGIONS**

**Concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire
des marchés publics et des concessions**

TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction	3
2.	Questions clés en vue d'un suivi éventuel	4
2.1.	Questions exigeant un suivi au niveau CE	4
2.2.	Dialogue compétitif : la Commission apportera des éléments de clarification.....	5
2.3.	Questions pour lesquelles aucune initiative CE distincte n'est proposée à ce stade	5
2.3.1.	Pas de nouvelle législation couvrant l'ensemble des PPP contractuels	5
2.3.2.	Pas d'action communautaire sur d'autres aspects spécifiques des PPP	6
2.4.	Poursuite du débat sur les PPP au niveau communautaire.....	6
3.	Concessions.....	7
3.1.	Contexte	7
3.2.	Possibilité de fournir une sécurité juridique en matière de concessions.....	7
3.3.	Contenu d'une éventuelle initiative communautaire sur les concessions	9
4.	PPP Institutionnalisés.....	10
4.1.	Approche privilégiée.....	10
4.2.	Contenu d'une éventuelle communication interprétative sur les PPP institutionnalisés.....	10
5.	Etapas ultérieures	12

COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU COMITÉ DES RÉGIONS

Concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions

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

1. INTRODUCTION

Les pouvoirs publics de tous niveaux cherchent de plus en plus à coopérer avec le secteur privé lorsqu'il s'agit de créer des infrastructures ou de fournir un service. L'intérêt que suscitent ces formes de coopération, dénommées habituellement « partenariats public-privé » (PPP), s'explique en partie par les avantages que les pouvoirs publics pourraient tirer du savoir faire du secteur privé, notamment pour améliorer l'efficacité, et par les contraintes des budgets publics. Toutefois, les PPP ne sont pas une solution miracle: pour chaque projet, il convient de déterminer si le partenariat constitue réellement une valeur ajoutée au service ou aux travaux publics concernés, par rapport à d'autres possibilités telles que la passation d'un marché plus classique.

Le droit communautaire est neutre en ce qui concerne la question de savoir si les pouvoirs publics choisissent de fournir eux-mêmes un service économique ou de le confier à un tiers. Si les pouvoirs publics décident toutefois de faire intervenir des tiers pour la fourniture d'un service, le droit communautaire des marchés publics et des concessions peut entrer en jeu.

Le droit communautaire des marchés publics et des concessions vise essentiellement à créer un marché intérieur qui garantisse la libre circulation des biens et des services ainsi que le droit d'établissement et les principes fondamentaux d'égalité de traitement, de transparence, de reconnaissance mutuelle et du rapport qualité/prix obtenu lorsque des pouvoirs publics achètent des produits ou confient des travaux ou des services à des tiers. En vue d'accroître l'importance des PPP, il a été jugé nécessaire de déterminer dans quelle mesure les dispositions communautaires existantes répondent à ces objectifs quand il s'agit d'attribuer des contrats ou des concessions de type PPP. Il devrait être ainsi possible à la Commission de déterminer s'il y a lieu de clarifier, de compléter ou d'améliorer le cadre législatif existant au niveau européen. À cet effet, la Commission a adopté le livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions¹ le 30 avril 2004.

Le débat qui a suivi la publication du livre vert a suscité beaucoup d'intérêt et a généralement été accueilli favorablement. La Commission a reçu près de 200 contributions émanant d'une grande variété de répondants, dont de nombreux États

¹ COM(2004) 327 final, 30.4.2004.

membres. Tant le Comité économique et social européen² que le Comité des régions³ ont adopté des avis sur le livre vert. En mai 2005, un rapport analysant l'ensemble des contributions soumises durant la consultation publique a été publié⁴.

La présente communication fait le point sur les options politiques envisageables à l'issue de la consultation, en vue d'assurer une saine concurrence pour les PPP sans réduire de manière excessive la souplesse requise pour concevoir des projets innovants et souvent complexes. Le fait d'énoncer ses préférences politiques à ce stade est conforme à l'engagement de responsabilité publique et de transparence qu'a pris la Commission pour l'exercice de son droit d'initiative, ce qui constitue un principe de base du projet visant à « mieux légiférer pour la croissance et l'emploi dans l'Union Européenne ».⁵

Si la présente communication cherche à tirer des conclusions politiques de la consultation relative au livre vert sur les PPP, le choix des possibilités qu'elle expose doit être envisagé dans un contexte plus vaste, tenant compte des conclusions tirées des arrêts de la Cour européenne de justice, de l'expérience acquise à la suite des procédures que la Commission a lancées en vertu de l'article 226 du Traité CE à l'encontre des États membres et des contacts bilatéraux établis avec les parties prenantes.

Si le processus de consultation a permis d'obtenir à la fois des données factuelles sur l'expérience pratique acquise en ce qui concerne les PPP et sur les avis des parties prenantes en ce qui concerne les options politiques envisageables, il ne se substitue pas pour autant à une analyse approfondie des impacts de ces politiques. Par conséquent, la décision finale sur les éventuelles initiatives législatives permettant de clarifier, de compléter ou d'améliorer le droit communautaire des marchés publics et des concessions sera soumise à une évaluation d'impact telle qu'elle est exigée aux termes des principes visant à « mieux légiférer ».

2. QUESTIONS CLES EN VUE D'UN SUIVI EVENTUEL

2.1. Questions exigeant un suivi au niveau CE

Le livre vert sur les PPP a couvert une grande variété de thèmes liés aux PPP et au droit communautaire des marchés publics et des concessions. Les réponses des parties prenantes obtenues dans le cadre du processus de consultation donnent à penser que seul un petit nombre de ces questions exige des initiatives de suivi au niveau CE. Parmi elles figurent en particulier:

² Avis sur le livre vert sur les partenariats publics-privés et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, Bruxelles, 27-28 octobre 2004, CESE 1440/2004.

³ Avis du Comité des Régions du 17 novembre 2004 sur le livre vert sur les partenariats publics-privés et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM(2004) 327 final), ECOS-037.

⁴ SEC(2005) 629, 3.5.2005. Ce rapport et la plupart des contributions envoyées à la Commission sont disponibles sur le site web de la Commission:
http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm.

⁵ Voir les communications de la Commission, Gouvernance européenne: mieux légiférer, COM(2002) 275 final, 5.6.2002, et Mieux légiférer pour la croissance et l'emploi dans l'Union européenne COM(2005)97 final, 16.3.2005.

- l'attribution de concessions (questions 4 à 6 du Livre vert – chapitre 3 de la présente Communication);
- la création d'entreprises détenues conjointement par un partenaire public et un partenaire privé afin de fournir des services publics (PPP institutionnalisés – PPPI) (questions 18 et 19 du livre vert – chapitre 4 de la présente communication);

Sur ces deux questions, une nette majorité de parties prenantes demande des initiatives communautaires fournissant davantage de sécurité juridique. Différentes parties de la présente communication font le point sur les mesures de suivi adéquates.

2.2. Dialogue compétitif : la Commission apportera des éléments de clarification

Une des questions qui a beaucoup intéressé les parties prenantes est le dialogue compétitif qui est une nouvelle procédure de passation introduite par la directive 2004/18/CE et conçue spécifiquement pour les marchés publics complexes. Certaines parties prenantes ont contesté l'importance de cette procédure. De nombreux répondants ont demandé à faire bénéficier la propriété intellectuelle d'une protection complète et à limiter les ressources que les soumissionnaires sont tenus d'investir dans le cadre de cette procédure.

La Commission a la conviction que l'expérience pratique de cette procédure, qui n'est pas encore mise en œuvre dans la plupart des États membres⁶, permettra de dissiper ces craintes. Comme l'ont demandé de nombreuses parties prenantes, un document explicatif pourra être consulté sur le site Web de la Commission et clarifiera les dispositions régissant le dialogue compétitif.⁷

2.3. Questions pour lesquelles aucune initiative CE distincte n'est proposée à ce stade

2.3.1. Pas de nouvelle législation couvrant l'ensemble des PPP contractuels

L'ensemble des PPP peuvent être considérés, dans la mesure où ils relèvent du champ d'application du traité CE, comme des marchés publics ou des concessions. Étant donné que des règles divergentes s'appliquent toutefois à l'attribution des marchés publics et des concessions, le droit communautaire ne prévoit pas de procédure d'attribution uniforme conçue spécialement pour les PPP.

Dans ce contexte, la Commission a demandé aux parties prenantes si elles seraient favorables à une nouvelle législation couvrant l'ensemble des PPP contractuels, qu'il s'agisse de marchés publics ou de concessions, ce qui les soumettrait à des dispositions d'attribution identiques (question 7 du livre vert).

La consultation a fait apparaître que les parties prenantes étaient assez opposées à un régime réglementaire couvrant l'ensemble des PPP contractuels, sans distinction

⁶ Les États Membres doivent faire entrer en vigueur les lois, les réglementations et les dispositions administratives nécessaires pour se mettre en conformité avec cette directive au plus tard le 31 janvier 2006.

⁷ http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/index_fr.htm

selon leur qualification de marchés publics ou de concessions. Par conséquent, la Commission n'envisage pas de les soumettre à des procédures d'attribution identiques.

2.3.2. *Pas d'action communautaire sur d'autres aspects spécifiques des PPP*

En ce qui concerne la question des PPP dont l'initiative émane du secteur privé (question 9 du livre vert), les réponses n'ont pas fait apparaître de nécessité immédiate de prendre des mesures au niveau communautaire en vue de favoriser de tels projets.

L'écho n'a pas été favorable non plus aux initiatives communautaires clarifiant le cadre contractuel des PPP au niveau communautaire (question 14 du livre vert) ou encore clarifiant ou aménageant les règles de sous-traitance (question 17 du livre vert).

2.4. **Poursuite du débat sur les PPP au niveau communautaire**

La présente communication ne vise pas à conclure le débat sur les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions. L'expérience des PPP est en constante évolution. L'ensemble des parties prenantes, y compris les autorités nationales et la Commission, tirent en permanence des enseignements de l'expérience pratique acquise à la suite de l'application du droit communautaire à ces partenariats. Si le processus ne doit pas empêcher la Commission de prendre des initiatives destinées à palier les lacunes actuellement perçues dans le cadre législatif existant, les discussions entre les services de la Commission et les parties prenantes à l'élaboration des PPP doivent se poursuivre à tous les niveaux et l'évaluation d'impact prévue devra prendre en compte, dans la mesure du possible, ce dialogue continu⁸.

Les discussions se poursuivront dans les comités existant au niveau de la Commission, auxquels participent des spécialistes des marchés publics⁹ et des représentants¹⁰ des États membres¹¹, à travers la participation à des conférences sur les PPP et les marchés publics et au moyen de contacts directs entre les représentants de la Commission et des experts dans le domaine des PPP. En outre, un consensus général semble se dégager des groupes de travail « *tasks forces* » nationaux « PPP » selon lequel le développement d'infrastructures pourrait être amélioré si le secteur public disposait de moyens plus efficaces pour faire partager les expériences existantes en matière de politiques, de développement de programmes et de mise en œuvre de projets concernant les PPP. Aussi les *tasks forces* envisagent-elles, en liaison avec la Banque européenne d'investissement, de créer un centre d'expertise en PPP. La Commission serait favorable en principe à une telle initiative.

⁸ Dans ce contexte, une attention particulière devrait être accordée aux questions relatives aux PPP constitués pour construire et exploiter des infrastructures trans-frontalières.

⁹ Comité consultatif « Ouverture des marchés publics » mis en place en vertu de la décision 87/305/CEE de la Commission.

¹⁰ Comité consultatif « Contrat de travaux publics » mis en place en vertu de la décision 71/306/CEE de la Commission.

¹¹ Conformément aux dispositions relatives à la période intermédiaire, les comités comprennent non seulement des représentants des États membres, mais aussi des observateurs des pays en phase d'adhésion (Bulgarie et Roumanie).

3. CONCESSIONS

3.1. Contexte

L'un des éléments clés des concessions est le droit des concessionnaires d'exploiter la construction ou le service concédé en échange de la réalisation de cette construction ou de la fourniture de ce service. Par rapport aux marchés publics, la principale différence réside dans le risque qui est inhérent à une telle exploitation et que supporte le concessionnaire fournissant généralement les moyens financiers nécessaires pour au moins des parties des projets pertinents. L'intervention de capitaux privés est considérée comme l'une des principales mesures susceptibles d'inciter les pouvoirs publics à participer à des PPP. Malgré leur importance pratique, seules quelques dispositions de la législation communautaire secondaire coordonnent les procédures d'attribution pour les concessions de travaux. Quant aux dispositions applicables à l'attribution de concessions de services, elles ne s'appliquent que par référence aux principes résultant des articles 43 et 49 du Traité CE, en particulier des principes de transparence, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle. Dans ce contexte, le livre vert (question 6) pose la question de savoir si, de l'avis des parties prenantes, une initiative législative communautaire visant à réglementer la procédure d'attribution des concessions est souhaitable.

La grande majorité des participants au processus de consultation ont confirmé qu'une plus grande sécurité juridique était souhaitable en ce qui concerne les dispositions communautaires régissant l'attribution de concessions. Toutefois, les avis divergeaient quant aux moyens de fournir cette sécurité juridique (par voie de législation ou via un instrument non contraignant, de nature interprétative).

3.2. Possibilité de fournir une sécurité juridique en matière de concessions

La consultation a fait apparaître la nécessité d'un cadre législatif stable et cohérent pour l'attribution de concessions au niveau de l'UE, notamment en vue de réduire le coût des transactions (en faisant diminuer les risques juridiques) et plus généralement en renforçant la concurrence. De nombreuses parties prenantes ont fait valoir qu'une sécurité juridique et une concurrence renforcées dans le domaine des concessions représenteraient un moyen pratique de promotion des PPP, ce qui permettrait d'accroître la contribution financière privée au projet à une période où les budgets publics sont soumis à des contraintes sévères. Les parties prenantes ont insisté en particulier sur le fait que seules des actions au niveau communautaire peuvent fournir une sécurité juridique permettant d'éviter les problèmes posés par le patchwork de législations nationales, notamment en ce qui concerne les nouveaux États membres qui ont le plus besoin de financements privés. En fait, cette exigence peut être remplie de deux façons: (1) par des lignes directrices non contraignantes, sous la forme d'une communication interprétative en particulier, et (2) par une législation explicitant les obligations qui résultent des principes généraux du Traité CE.

Communication interprétative

La Commission a déjà adopté (en avril 2000) une communication interprétative sur les concessions relevant du droit communautaire qui explique le champ d'application et le contenu des principes du Traité CE applicables à l'attribution de concessions. De nombreuses parties prenantes ont fait valoir qu'une communication interprétative

constituait un outil rapide et efficace pour clarifier la situation. Toutefois, des observations formulées par des parties clés au cours du débat donnent à penser que la communication interprétative existante sur les concessions n'a pas fait ressortir assez clairement les répercussions des principes du Traité CE sur l'attribution de concessions. De manière surprenante, les contributions de plusieurs parties clés étaient encore fondées sur le présupposé selon lequel le droit communautaire existant n'exige pas l'ouverture à la concurrence des procédures d'attribution de concessions, notamment en permettant à l'ensemble des entreprises de faire part de leur intérêt à se voir octroyer les concessions concernées.

D'autres parties prenantes estiment qu'une communication interprétative serait un outil idéal pour délimiter plus clairement les marchés publics et les concessions. Toutefois, le degré de sécurité que fournit une communication interprétative est limité, car elle ne fournit que des interprétations du droit en vigueur. Dans de nombreux cas, il est très difficile de surmonter un manque de précision dans la loi au moyen d'une interprétation. Il est donc probable que si une mise à jour de la communication interprétative d'avril 2000 fournirait une certaine valeur ajoutée, elle ne permettrait sans doute pas de répondre à l'exigence d'une plus grande sécurité juridique.

Initiative législative

Les malentendus signalés en ce qui concerne le champ d'application et le contenu des obligations de droit communautaire applicables aux pouvoirs adjudicateurs pour l'attribution de concessions confirment l'avis des parties prenantes selon lequel les principes généraux du Traité CE, même s'ils étaient clarifiés par un document interprétatif de la Commission, ne fournissent pas assez de sécurité juridique. Ils laisseraient trop de marge de manœuvre aux pouvoirs adjudicateurs et ne pourraient donc pas garantir l'égalité de traitement des entreprises européennes dans l'ensemble de l'UE. En effet, tant la pratique que la doctrine juridique montrent qu'en dépit de la clarification fournie par la Cour européenne de justice¹², les exigences du Traité CE sont comprises différemment. Ceci a notamment créé des difficultés pour les soumissionnaires ayant engagé des recours devant les tribunaux nationaux, portant sur l'attribution de concessions. Il est clair que cette situation pourrait décourager les entreprises de soumissionner pour des concessions et pourrait réduire la concurrence pour les PPP et par là même menacer leur succès.

D'une manière générale, il est difficile de comprendre pourquoi les concessions de services qui sont souvent utilisées pour des projets complexes et de grande valeur sont entièrement exclues de la législation communautaire secondaire. Certains arguments expliquant cette absence de procédure d'attribution détaillée au niveau communautaire ont été soumis durant la consultation réalisée pour le livre vert. Au nombre de ces arguments figurent la souplesse qui est censée être nécessaire dans le domaine des concessions ainsi que le principe de subsidiarité. Ces arguments allant à l'encontre d'une initiative communautaire contraignante dans ce domaine ne sont cependant pas convaincants : le fait d'adopter une législation communautaire sur l'attribution de concessions ne signifie pas que les pouvoirs publics ne devraient pas

¹²

Affaire C-324/98 *Telaustria* [2000] Rec. I-10475, affaire C-231/03 *Coname* [2005] pas encore publié au Rec.

avoir de marge de manœuvre lorsqu'ils choisissent un partenaire privé pour les PPP. Il convient de tenir compte de l'éventuelle complexité des concessions et de la nécessité de négociation entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires dans une initiative législative sur l'attribution de concessions. Dans ce contexte, il est difficile de voir pour quelle raison le fait d'exposer les règles applicables à l'attribution de concessions se traduirait automatiquement par une limitation injustifiée de la marge de manœuvre qu'auraient les pouvoirs adjudicateurs pour attribuer les concessions de services. De la même manière, le contenu précis d'une telle initiative devrait déterminer s'il y a ou non conformité avec le principe de subsidiarité. Il n'y a pas de raison de considérer d'office qu'une telle initiative ne serait pas conforme à ce principe.

Après avoir examiné de près l'ensemble des arguments ainsi que les informations factuelles soumises au cours du processus de consultation réalisé dans le cadre du livre vert PPP, il apparaît actuellement qu'une initiative législative est l'option préférable en matière de concessions. Toutefois, conformément à ce qui a été indiqué plus haut, avant de proposer formellement une législation, il sera nécessaire de réaliser une analyse approfondie conformément aux principes visant à « Mieux légiférer » afin (1) de déterminer si une initiative communautaire destinée à réglementer les procédures d'attribution des concessions est réellement nécessaire et, dans ce cas, (2) de formuler une telle initiative et (3) de mieux comprendre ses répercussions potentielles.

3.3. Contenu d'une éventuelle initiative communautaire sur les concessions

Comme cela a été indiqué ci-dessus, il est probable que les principes généraux découlant du Traité CE devront être explicités clairement au moyen d'une législation communautaire sur l'attribution des concessions. La législation, qui couvrirait à la fois les concessions de travaux et de services, fournirait une délimitation claire entre les concessions et les marchés publics. Elle nécessiterait une publicité adéquate de l'intention d'attribuer une concession et définirait les règles applicables à la sélection des concessionnaires sur la base de critères objectifs et non discriminatoires. D'une manière plus générale, ces règles viseraient à appliquer le principe d'égalité de traitement à l'ensemble des participants à la procédure d'attribution. En outre, les problèmes relatifs à la longue durée des concessions, tels que la nécessité de les adapter dans le temps ainsi que ceux relatifs aux PPP constitués pour construire et exploiter des infrastructures trans-frontalières, pourraient être traités dans le cadre de cette initiative.

Une telle législation sur les concessions se traduirait notamment par un bond qualitatif dans le niveau de protection des soumissionnaires dans la plupart des États membres, étant donné que les concessions – une fois qu'elles seraient couvertes par la législation communautaire secondaire – relèveraient du champ d'application des directives communautaires relatives aux recours nationaux en matière de passation des marchés publics, qui offrent des recours beaucoup plus efficaces et adaptés que les principes fondamentaux de protection juridictionnelle posés par la Cour européenne de justice.

Il n'est pas possible de donner à ce stade des détails sur le contenu d'une initiative communautaire potentielle relative aux concessions. L'existence et la forme de telles règles dépendent de recherches complémentaires que la Commission doit

entreprendre dans le contexte d'une évaluation d'impact complète. Il est donc trop tôt pour se prononcer sur le champ d'application global de telles règles, y compris la fixation de seuils au-dessus desquels ces règles seraient applicables. En tout état de cause, une initiative de ce type n'aurait pas pour objet de modifier la réglementation communautaire sectorielle couvrant l'attribution de concessions dans certains secteurs.

4. PPP INSTITUTIONNALISES

4.1. Approche privilégiée

La consultation publique organisée à propos du livre vert sur les PPP a fait apparaître la nécessité de clarifier de quelle manière des dispositions communautaires relatives aux marchés publics s'appliquent à la création d'entreprises détenues conjointement par un partenaire public et un partenaire privé en vue de fournir des services publics (PPP institutionnalisés – PPPI). Certaines parties prenantes ont déclaré qu'une telle clarification était urgente. Il a été indiqué que des pouvoirs publics évitent de s'associer à des PPPI innovateurs pour ne pas courir le risque de créer des PPPI qui pourraient se révéler par la suite non conformes au droit communautaire. Seules quelques parties prenantes ont toutefois fait valoir qu'il convenait d'assurer une sécurité juridique dans ce domaine au moyen d'un instrument législatif contraignant.

Dans le domaine des PPPI, il semble à l'heure actuelle qu'une communication interprétative soit le meilleur moyen d'encourager une concurrence efficace et de fournir une sécurité juridique. D'une part, et à la différence des concessions, aucune expérience n'a été acquise pour l'instant en matière de communication interprétative expliquant comment appliquer les règles relatives aux marchés publics à la création de PPPI. D'autre part, la création d'entités mixtes de type public/privé destinées à fournir des services d'intérêt économique général est un concept plutôt nouveau et innovateur dans la plupart des États membres. Une initiative non contraignante dans ce domaine fournirait les lignes directrices requises sans porter atteinte à l'innovation. En outre, une réponse rapide aux incertitudes perçues semble particulièrement importante en ce qui concerne les PPPI.

Globalement, il apparaît actuellement qu'une communication interprétative serait mieux à même de répondre à cette demande qu'une législation en bonne et due forme. Toutefois, si une analyse future montre - comme dans le cas des concessions - qu'une communication interprétative ne suffit pas à assurer l'application correcte du droit communautaire, l'adoption d'une proposition législative demeure une option.

4.2. Contenu d'une éventuelle communication interprétative sur les PPP institutionnalisés

Une communication interprétative sur les PPPI et le droit communautaire des marchés publics devraient avant tout clarifier l'application des dispositions des marchés publics relatives (1) à la création d'entités à capitaux mixtes dont l'objectif est de fournir des services d'intérêt économique général et (2) à la participation d'entreprises privées à des entreprises publiques qui fournissent de tels services. Dans ce cadre, toute future communication devrait en particulier exposer les

possibilités de création de PPPI permettant de faire en sorte que l'attribution correspondante des tâches soit compatible avec le droit communautaire¹³.

Dans le contexte des PPPI, le livre vert « PPP » a étudié les relations « in-house »¹⁴. Il a été souligné, à titre de règle générale, que le droit communautaire sur les marchés publics et les concessions s'applique lorsqu'un organisme adjudicateur décide de confier une tâche à un tiers, c'est-à-dire une personne juridiquement distincte. Dans les autres cas de figure, la situation ne peut être que la suivante selon la jurisprudence de la Cour européenne de justice¹⁵: (1) la collectivité locale exerce un contrôle sur la personne concernée qui est similaire à celui qu'elle exerce sur ses propres services et, parallèlement, (2) la personne réalise l'essentiel de ses activités avec la collectivité ou des collectivités locales. Dans son arrêt du 11 janvier 2005 rendu dans l'affaire « *Stadt Halle* »¹⁶, la Cour européenne de justice a complété cette définition des relations « in-house » en déclarant que les procédures de passation fixées par les directives « marchés publics » doivent - si les autres conditions relatives à leur application sont remplies – toujours être appliquées dans les cas où un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure un marché à titre onéreux avec une entreprise juridiquement distincte dont elle détient une partie des capitaux conjointement avec au moins une entreprise privée.

Les parties prenantes du secteur public, y compris certains gouvernements des États membres, ont notamment appelé à une extension du concept « in-house » dont la Cour fait, selon eux, une interprétation trop étroite. Il ne semble toutefois pas y avoir d'éléments probants donnant à penser que la qualité des services publics pourrait être améliorée ou les prix diminués si les entreprises privées - via des PPPI - obtenaient des missions de service public sans une procédure de mise en concurrence préalable. En outre, il est difficile de voir comment un traitement privilégié des PPPI par rapport à leurs concurrents privés pourrait être conforme à l'obligation d'égalité de traitement telle qu'elle ressort du Traité CE.

Les contributions au livre vert « PPP » et les discussions menées avec les parties prenantes dans le cadre de la consultation publique, de même que l'expérience acquise dans le cadre des procédures au titre de l'article 226 du Traité CE, montrent qu'une clarification est également nécessaire pour identifier dans quelle mesure le droit communautaire s'applique à la délégation de tâches à des organismes publics et pour déterminer quelle forme de coopération ne relève pas du champ d'application des dispositions relatives au marché intérieur. Tout récemment, la Cour européenne de justice¹⁷ a précisé que les relations entre les pouvoirs publics, leurs organismes publics et, d'une manière générale, les organismes à but non lucratif de droit public ne peuvent pas a priori être exclus du droit des marchés publics. À l'évidence, des précisions supplémentaires sur ce point pourraient faire partie intégrante d'une communication interprétative sur les PPPI.

¹³ Une telle communication examinerait plus en détail les questions mises en évidence dans les paragraphes 58 à 69 du livre vert « PPP ».

¹⁴ Paragraphe 63 du livre vert PPP.

¹⁵ Arrêt du 18 novembre 1999 dans l'affaire C-107/98 *Teckal* [1999] Rec. I-08121, paragraphe 50.

¹⁶ Affaire C-26/03 [2005], paragraphe 52, pas encore publié au Rec.

¹⁷ Arrêt du 13 janvier 2005 dans l'affaire C-84/03 *Commission vs Espagne* [2005] pas encore publié au Rec.

5. ETAPES ULTERIEURES

Des analyses supplémentaires sont nécessaires en ce qui concerne les mesures discutées dans la présente communication, notamment l'instrument législatif sur les concessions et le document interprétatif relatif aux PPPI. Une consultation ciblée des parties prenantes fera partie intégrante de ces travaux.

Le document interprétatif relatif au PPPI pourrait être élaboré courant 2006.

En 2006, les services de la Commission réaliseront en outre une analyse approfondie des impacts d'une éventuelle initiative législative sur les concessions. La décision finale quant à la réalisation de cette mesure et à sa forme concrète dépendra du résultat de cette évaluation d'impact.