

Non classifié

DAF/COMP/GF/WD(2006)40



Organisation de Coopération et de Développement Economiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

03-Feb-2006

Français - Or. Anglais

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**DAF/COMP/GF/WD(2006)40
Non classifié**

Forum mondial sur la concurrence

TABLE RONDE SUR LES CONCESSIONS

Contribution de la France

-- Session I -

Cette contribution est soumise par la France au titre de la session I du Forum Mondial sur la Concurrence qui se tiendra les 8 et 9 février 2006.

JT00200543

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

Français - Or. Anglais

TABLE RONDE SUR LES CONCESSIONS

1. Procédé ancien et original, la concession constitue l'une des multiples modalités de la délégation de service public pratiquée par l'administration en France. Elle a été utilisée notamment dans des secteurs assez diversifiés tels que l'eau, l'électricité, le gaz ou encore les chemins de fer. De nos jours, elle est le mode privilégié de la délégation et joue un rôle essentiel dans la modernisation des infrastructures économiques en France.

1. Le régime juridique de la concession en droit français

2. Le droit français est caractérisé par la coexistence de plusieurs types de contrats administratifs, dont la concession. Cette pluralité a été renforcée en juin 2004 par la création d'un nouveau contrat administratif, à savoir « le contrat de partenariat public-privé ». Or, chacun de ces contrats obéit à des régimes juridiques différents qu'il convient, de ce fait, d'examiner successivement.

1.1 La délégation de service public proprement dite

3. La délégation de service public est une catégorie générale de contrat administratif dont les principaux types sont la concession, l'affermage, la régie intéressée, la gérance et le bail emphytéotiques dans certains cas. C'est la loi dite « loi Sapin » du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques qui a consacré l'existence et le régime juridique de la convention dite de délégation de service public, tout en restant muette sur sa définition. La loi du 11 décembre 2001 portant mesures d'urgence à caractère économique et financier est venue combler cette lacune majeure et a défini cette notion de délégation de service jusque là un peu floue.

4. A cet égard, l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT) dispose :

« Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

5. Selon cette définition, il est possible de dégager deux caractéristiques principales de la délégation de service public : d'une part, celle-ci suppose qu'un service public soit dévolu par voie contractuelle au délégataire et que, d'autre part, le risque financier lié à cette exploitation soit supporté par l'entreprise délégataire. Or, c'est notamment cet aspect financier qui différencie en droit français, la délégation de service public des marchés publics proprement dits. Alors qu'un marché public est conclu à titre onéreux au profit de l'entreprise soumissionnaire, la délégation de service publique suppose que la rémunération du délégataire soit substantiellement tirée de redevances perçues sur l'utilisateur.

6. Du point de vue du régime juridique, cette loi de 1993 a eu pour but essentiel d'instituer **une procédure préalable de mise en concurrence visant à la plus grande transparence**, pour l'octroi de toute délégation de service public (il s'agit de la mise en œuvre du principe de « concurrence pour le marché » suivant la terminologie du secrétariat de l'OCDE). Une procédure de publicité permettant la présentation d'offres concurrentes est imposée à l'autorité délégante, la durée de la délégation est désormais limitée et

des conditions strictes relatives à l'élaboration de ces conventions sont mises en place. Ainsi, l'article L. 1411-1 du CGCT impose l'envoi par l'autorité délégante à chacun des candidats d'un document définissant « les caractéristiques quantitative et qualitative des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur ». Par ailleurs, toujours selon cet même article, les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire.

7. Par la suite, la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public a inclus dans le champ d'application du droit de la concurrence interne, notamment dans l'article L. 410-1 du Code de commerce, les conventions de délégation de service public, qui sont ainsi rentrées dans le domaine de compétence du Conseil de la concurrence.

1.2 La concession

8. Comme il a été déjà dit, la concession fait partie de la catégorie plus générale des conventions de délégation de service public. Elle constitue le mode de gestion privilégié retenu pour la mise en place de nombreux équipements et infrastructures en France. Pourtant, il n'existe pas de définition législative ou réglementaire de la concession, sous réserve de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 transposant la directive communautaire « travaux ». La doctrine la définit comme « un contrat par lequel le concessionnaire est chargé de construire un ouvrage public et de gérer le service public à ses risques et ses périls en se rémunérant directement auprès des usagers ou étant substantiellement rémunéré par les résultats de l'exploitation ».

9. La concession implique la réalisation des infrastructures nécessaires pour l'exploitation du service public dévolu par le concessionnaire lui-même. Cela engendre des risques financiers considérables pour ce dernier, ce qui explique l'établissement des contrats de longue durée en fonction des investissements réalisés par le délégataire (10 à 20 ans, voire même plus selon les ouvrages). Les ouvrages que le concessionnaire construit pour l'exploitation de service public reviennent à la personne publique comme « biens de retour » à la fin du contrat en question.

10. Compte tenu des longues durées caractérisant ces contrats de concession et de leur importance financière, le processus de désignation des concessionnaires revêt une importance particulière, notamment en ce qui concerne le respect des règles de concurrence.

1.3 Les contrats de partenariat « public-privé »

11. L'ordonnance du 17 juin 2004, prise sur le fondement de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003, a mis en place ce nouveau contrat administratif, aux côtés des marchés publics et des délégations de service public. La particularité de ce nouveau procédé découle du fait qu'il n'est soumis à aucun des régimes juridiques existants. Autrement dit, le contrat de partenariat n'est ni soumis au Code des marchés publics, ni à la loi Sapin de 1993 régissant les délégations de service public.

12. Ce nouveau contrat, qui est conçu comme une alternative entre marchés publics et délégations de service public, est fortement inspiré des contrats anglo-saxons de *Private Finance Initiative (PFI)* développés depuis une dizaine d'années.

13. Il se définit selon l'article L. 1414-1 du CGCT comme « des contrats administratifs par lesquels la personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur

maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. »

14. Par ailleurs, toujours selon l'article précité «... la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. »

15. Donc, on voit bien que les contrats de partenariat se distinguent des marchés publics par la possibilité de recourir à des contrats qui peuvent s'étendre sur un long terme. Par ailleurs, l'objet même du contrat est beaucoup plus global que celui d'un marché public, pouvant aller de la conception d'un ouvrage et de sa construction jusqu'à sa maintenance et à son exploitation. Enfin, à la différence d'une délégation de service public, le cocontractant est rémunéré par la personne publique durant toute la durée du contrat de partenariat.

16. Le recours à un contrat de partenariat est strictement encadré par la loi qui impose à l'autorité publique une évaluation qui sera appréciée par l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou par l'organe délibérant de l'établissement public sur le principe du recours à un contrat de partenariat. Cela est justifié par l'importance de la délégation dans le cadre d'un contrat de partenariat dont l'essentiel intérêt est de permettre aux personnes publiques d'échapper à des difficultés de financement s'agissant des services publics nécessitant des équipements et des investissements lourds.

17. Comme dans le cadre des délégations de service public, le contrat de partenariat est précédé d'une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. Par ailleurs, la procédure de passation d'un contrat de partenariat est soumise aux règles de la commande publique, à savoir, les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures. Enfin, le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

2. L'interaction entre le droit de la concession et le droit de la concurrence

18. L'importance des contrats de délégations au plan financier, notamment dû à leur longue durée, nécessite une attention particulière de la part de l'autorité nationale de concurrence qui doit veiller sur les comportements des opérateurs privés dans un environnement susceptible de faciliter les pratiques anticoncurrentielles nuisibles au bon fonctionnement du marché.

2.1 La soumission des autorités délégantes et des délégataires au droit de la concurrence

19. Comme il a été dit au préalable, les délégations de service public rentrent, depuis la loi n° 95-127 du 8 février 1995, dans le champ d'application du droit de la concurrence interne.

20. Ainsi, l'article L. 410-1 du Code de commerce dispose :

« Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public. »

21. Comme on le sait, selon l'article L. 1411-1 du Code des collectivités territoriales, l'attribution d'un contrat de délégation de service public est subordonnée à une mise en concurrence, par appel public à candidatures et à une sélection des candidats éligibles à remettre une offre. Or, la grande transparence qui entoure l'attribution d'un contrat de délégation, notamment en raison de la procédure de publicité préalable, donne lieu à une asymétrie entre les informations qui doivent être données aux opérateurs privés par l'autorité publique et le respect du libre jeu de concurrence nécessitant l'autonomie et l'indépendance

des offres soumises, afin de ne pas induire l'acheteur sur la situation réelle de la concurrence sur le marché en question.

22. Ainsi, dans son avis du 18 mars 2003¹ relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public, le Conseil de la concurrence énonce que « *le déroulement de la procédure de délégation de service public doit respecter les règles du droit de la concurrence. La collectivité est responsable devant le juge administratif de ses propres manquements à ces règles (conditions d'accès à la mise en concurrence, clauses du contrat de délégation) mais pas des pratiques anticoncurrentielles imputables aux candidats à la délégation, à l'entreprise sortant, ou à l'entreprise retenue* ». Il ajoute à cet égard que « *...s'agissant de marchés sur appels d'offres, que le libre jeu de la concurrence impose, d'une part, l'existence chez les candidats de la plus grande incertitude possible quant à l'issue de la consultation et, d'autre part, l'autonomie totale des offres déposées* ». Donc, on voit bien que l'attribution d'un contrat de délégation de service public peut donner lieu à des ententes entre les opérateurs soumissionnaires prohibées par l'article L. 420-1 du Code de commerce. Le risque d'entente entre opérateurs peut être ainsi accru par le volume important des informations communiquées sur le marché par les opérateurs publics, de même que la prévisibilité à moyen terme sur l'ensemble de leurs politiques d'achats publics, du fait des obligations découlant des règles de marchés publics : en d'autres termes, ***le droit des concessions ne se conçoit pas sans le corollaire indispensable représenté par le droit de la concurrence.***

23. De la même manière, mais cette fois-ci au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce, le Conseil peut être amené à sanctionner un opérateur privé dans le cadre du renouvellement d'une délégation de service public parce que ce dernier abuse de sa position dominante sur le marché en question. C'est notamment le cas de la décision du 3 novembre 2005² relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'eau potable en Ile-de-France. Il s'agit en l'espèce du marché de la production d'eau en Ile-de-France qui est dominé par trois opérateurs essentiels. Or, les communes ou syndicats de communes sont, soit de petite taille et ne possèdent que la partie terminale des réseaux de distribution les concernant, soit des entreprises intégrées de grande taille confiant la gestion de la totalité de la chaîne de production et distribution qu'elles possèdent à l'un des deux grands opérateurs : la CGE pour le Sedif et la Sagep (rive droite de Paris), la Lyonnaise des Eaux pour la Sagep (rive gauche).

24. Dans sa décision, le Conseil de la concurrence précise que la Lyonnaise des Eaux se trouve en monopole de fait sur la fourniture de l'eau. En effet, celui-ci reproche à la Lyonnaise de recourir à des pratiques de couplage s'agissant notamment de la production et de la distribution de l'eau, pour pouvoir rester le délégataire du service de distribution de l'eau de plusieurs communes franciliennes en abusant de sa position dominante. A cet égard, le Conseil constate que lors des différentes procédures d'attributions de délégation, le contrat a toujours été remporté par la société qui produit également cette eau. En l'occurrence : la Lyonnaise. Ainsi, le Conseil précise que « *...aucun renouvellement de délégation n'a permis le changement de l'opérateur quand il est en monopole sur le réseau d'apport de l'eau* ».

2.2 Les problèmes soulevés dans le cadre des contrats de concessions au regard du droit de la concurrence

25. La concession, le mode privilégié de la délégation de service public en France, implique, comme on l'a déjà dit, une dévolution du service au profit d'un opérateur privé. Or, les risques d'ordre financier incombant à ce dernier sont beaucoup plus importants que dans le cadre des autres contrats administratifs,

1. Avis n° 03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public

2. Décision n° 05-D-58 du 3 novembre 2005 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'eau potable en Ile-de-France

ce qui suppose l'établissement des contrats de longue durée. En d'autres termes, du point de vue économique, force est de constater que l'opérateur retenu pour une quelconque concession est en quelque sorte « *sauvé pour la vie* ».

26. Cela nécessite notamment qu'une attention particulière soit portée par l'autorité de la concurrence aux conditions dans lesquelles les opérateurs sont amenés à présenter une offre afin d'obtenir la concession du service public au terme du processus concurrentiel. Concrètement, cela signifie que des pratiques anticoncurrentielles telles que la répartition du marché entre les opérateurs concessionnaires ou encore des pratiques d'abus de la part de l'opérateur titulaire, sont susceptibles de se produire dans le cadre de ces contrats de concessions.

27. Ainsi, dans sa décision du 24 avril 2001³ relative à des pratiques relevées à l'occasion de la construction du tramway de Grenoble, le Conseil a précisé que si le choix par l'autorité publique de confier une concession n'est pas un acte de production, de distribution ou de services relevant de la compétence du Conseil de la concurrence, « *des concertations entre entreprises en vue de répondre à une demande d'un maître d'ouvrage relative à la réalisation de travaux peuvent constituer des pratiques détachables de la décision administrative d'attribution et sont susceptibles de tomber sous le coup des dispositions du livre IV du code de commerce* ».

3. Décision n° 01-D-16 du 24 avril 2001 relative à des pratiques relevées à l'occasion de la construction du tramway de Grenoble

Annexe1

Communiqué de presse du Conseil de la concurrence du 7 novembre 2005 Le Conseil de la concurrence souhaite plus de concurrence sur le marché de la fourniture d'eau en Ile-de-France

A l'occasion de la publication de la décision 05-D-58, relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'eau potable en Ile-de-France, le Conseil de la concurrence souhaite attirer l'attention des collectivités de la région Ile-de-France sur l'importance d'introduire une réelle concurrence sur le marché amont de la fourniture d'eau.

La particularité du marché de la fourniture d'eau en Ile-de-France

Le marché de la production d'eau est dominé par trois opérateurs : le Syndicat des eaux d'Ile-de-France (Sedif) avec 37 % du marché, la Société anonyme de gestion des eaux de Paris (Sagep) avec 33 %, et le groupe Lyonnaise des Eaux avec 19 %. A eux trois, ils couvrent 90 % des besoins franciliens.

La production d'eau est largement excédentaire en Ile-de-France, puis qu'elle représente le double de la consommation, ce qui va bien au-delà de la marge nécessaire au titre de la sécurité générale de l'approvisionnement et pour couvrir les pics de consommation en été.

En outre, les réseaux des producteurs d'eau sont interconnectés au niveau des canalisations principales ou secondaires de transport notamment pour les besoins de l'alimentation de secours.

Les fournisseurs d'eau ne proposent pas de tarif de vente d'eau en gros à destination d'une demande située en dehors de leur zone de distribution respective, ce qui empêche la formation d'un prix de gros par des mécanismes de marché.

Le marché reste cloisonné entre les différentes zones contrôlées par chacun des producteurs

Les communes ou syndicats de communes sont, soit de petite taille et ne possèdent que la partie terminale des réseaux de distribution les concernant, soit des entreprises intégrées de grande taille confiant la gestion de la totalité de la chaîne de production et distribution qu'elles possèdent à l'un des deux grands opérateurs : la CGE pour le Sedif et la Sagep (rive droite de Paris), la Lyonnaise des Eaux pour la Sagep (rive gauche).

Bien que toutes les conditions techniques -en termes de ressource et d'interconnexion- soient réunies pour la mise en place d'un marché de gros de la fourniture d'eau, on constate aujourd'hui que le marché reste cloisonné entre les différentes zones contrôlées par chacun des producteurs.

Faute de marché de gros, il n'existe aucune concurrence possible entre les producteurs d'eau lors de la mise en concurrence des délégations de distribution de l'eau, et il n'arrive que très rarement que la délégation soit obtenue par une entreprise autre que celle qui produit l'eau.

Les communes ont un rôle particulier à jouer pour introduire davantage de concurrence sur le marché de la fourniture et du transport de l'eau

Le Conseil insiste sur la possibilité pour les communes de la région Ile-de-France de dissocier désormais le marché de la fourniture d'eau de celui de sa distribution lors de la remise en concurrence des délégations de service public de distribution d'eau.

Ce dégroupage permettrait aux communes de pouvoir appeler prioritairement les ressources disponibles en eau les moins chères au bénéfice de leurs usagers et de pouvoir parallèlement bénéficier des meilleures prestations en matière de distribution.

Les communes sont, en effet, en droit :

- de cesser de s'adresser exclusivement à l'offreur d'eau en gros qui détient le monopole du réseau de moyen débit qui dessert leur territoire ;
- et de dégroupier leur délégations de service public, lorsqu'elles sont remises en concurrence, en séparant ce qui concerne le service de la fourniture d'eau en gros du service de sa distribution dans la commune.

La décision 05-D-58 que le Conseil de la concurrence vient de rendre, sanctionne le comportement de la Lyonnaise des Eaux et celui du Syndicat des eaux d'Ile-de-France (Sedif)

Le comportement de la Lyonnaise des Eaux illustre, de façon concrète et éclairante, par quels moyens un opérateur en monopole de fait sur la fourniture de l'eau, a obtenu d'être choisi par un syndicat comme délégataire du service de distribution de l'eau.

La Lyonnaise des Eaux a offert au Syndicat du nord-est de l'Essonne (NEE), un prix de vente en gros de l'eau -en cas de fourniture seule- supérieur de 17 % au prix consenti dans sa proposition globale « fourniture + distribution ». Cette pratique de couplage visait manifestement à handicaper toute offre concurrente sur la partie distribution, puisqu'elle permettait à La Lyonnaise de se réserver de manière discriminatoire un prix inférieur à celui de son offre dissociée de vente en gros.

Le comportement du Syndicat des eaux d'Ile-de-France montre, par ailleurs, comment un opérateur en monopole de fait sur la fourniture de l'eau, est intervenu pour empêcher toute ouverture, même très ponctuelle, du marché de l'eau en gros. Ce syndicat est intervenu afin de peser sur la finalisation d'un contrat de fourniture d'eau entre l'un de ses principaux clients, la Semmaris (société gérant le Marché d'intérêt national de Rungis) et son concurrent, la Société anonyme de gestion des eaux de Paris (Sagep), qui disposait d'eau en gros livrable au MIN de Rungis à un prix plus faible de 22,5 %.

➤ **Décision n° 05-D-58 du 3 novembre 2005 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'eau potable en Ile-de-France**