COMMISSION
EUROPÉENNE

Bruxelles, le 28.7.2023
COM(2023) 460 final

RAPPORT DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU CONSEIL

sur le fonctionnement de la directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession et sur l'incidence sur le marché intérieur des exclusions prévues à l'article 12

{SWD(2023) 267 final}

RAPPORT DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU CONSEIL

sur le fonctionnement de la directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession et sur l'incidence sur le marché intérieur des exclusions prévues à l'article 12

1. INTRODUCTION

La Commission estime que la valeur globale des marchés publics dans l'UE était d'environ 2 163 000 000 000 EUR en 2018, soit 13,6 % du PIB de l'UE[1], dont environ 670 000 000 000 EUR[2] étaient couverts par les trois directives sur les marchés publics. Lorsque les pouvoirs publics doivent mobiliser des capitaux et du savoir-faire privés pour compléter des ressources publiques limitées, les concessions peuvent constituer un moyen très attrayant de réaliser des projets d'intérêt public tout en limitant la dette publique. Les concessions sont des contrats par lesquels un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou une ou plusieurs entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux ou la réalisation et la gestion de services à un ou à plusieurs opérateurs économiques. Les contrats de concession, d'une valeur moyenne de 63 000 000 000 EUR par an, soutiennent les partenariats entre le secteur public et les entreprises privées dans des secteurs stratégiques clés. C'est notamment le cas pour le développement d'infrastructures telles que les ports et les aéroports, les parkings, les routes à péage, l'entretien des autoroutes ou la fourniture de services d'intérêt économique général tels que l'énergie ou l'élimination des déchets.

La directive 2014/23/UE[3] sur l'attribution de contrats de concession (ci-après la «directive») a été adoptée pour remédier à l'absence d'un cadre cohérent et global pour les concessions au niveau de l'UE. L'objectif de la directive est de fournir un cadre juridique clair qui encourage le recours aux concessions tout en améliorant l'accès des entreprises au marché en garantissant transparence et équité dans les procédures d'attribution.

L'article 53, quatrième alinéa, de la directive charge la Commission d'«[examiner] le fonctionnement de la […] directive et [d'en rendre compte] au Parlement européen ainsi qu'au Conseil» tandis que le troisième alinéa dudit article impose à la Commission d'«[évaluer] les effets économiques sur le marché intérieur des exclusions [du secteur de l'eau]» du champ d'application de la directive. Le présent rapport expose les principales conclusions de cet examen et de cette évaluation. Il s'appuie sur les informations contenues dans le document de travail des services de la Commission sur l'application de la directive (ci-après le «document de travail des services de la Commission»), qui doit être lu en combinaison avec le présent rapport.

---

1 Indicateurs des marchés publics 2018, DG GROW, 17 mai 2021 (https://ec.europa.eu/docsroom/documents/48156).

2 Voir note 1, page 1.

3 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (JO L 94 du 28.3.2014, p. 1).

Le rapport et le document de travail des services de la Commission reposent sur un ensemble de preuves provenant de sources multiples, telles que des données extraites de la base de données Tenders Electronic Daily (TED); les informations mises à disposition par les États membres conformément à l'article 45 de la directive[4]; l'étude sur la mise en œuvre de la directive sur les concessions réalisée pour le compte de la Commission par London Economics Europe et Spark Legal (2021)[5]; une étude lancée par les services de la Commission en 2021 pour recueillir des informations auprès des États membres sur l'organisation du secteur de l'eau et les positions exprimées par les parties prenantes lors d'un événement en ligne organisé par la Commission sur le réexamen du fonctionnement de la directive et l'évaluation de l'exclusion du secteur de l'eau.

La transposition tardive de la directive par tous les États membres — la directive n'est appliquée dans l'ensemble de l'UE que depuis 2020 — empêche une évaluation complète du fonctionnement de la directive et de l'exclusion du secteur de l'eau à ce stade. Une plus grande expérience en ce qui concerne la directive est nécessaire pour procéder à une évaluation complète de son fonctionnement ainsi que de l'effet des exclusions du secteur de l'eau du champ d'application de la directive. Néanmoins, les tendances observées sur la base des données disponibles indiquent une transparence accrue dans les contrats de concession, une plus grande participation des PME aux concessions et une amélioration de la capacité de l'administration à superviser les marchés publics et les concessions au niveau national.

2. LE MARCHE DES CONCESSIONS DE L'UE

La valeur totale des concessions couvertes par la directive et attribuées entre 2016 et 2021 est estimée à 377 500 000 000 EUR. La valeur totale des concessions représente 12 % du total annuel des marchés publics couverts par les trois directives sur les marchés publics combinées[6]. La directive s'applique aux concessions d'une valeur égale ou supérieure à 5 382 000 EUR[7].

Le nombre total de concessions attribuées dans l'UE a plus ou moins doublé depuis le 18 avril 2016 (date limite de transposition) et continue d'augmenter[8]. Cette tendance à la hausse peut être observée dans la plupart des États membres.

---

4 L'article 53, quatrième alinéa, de la directive indique que l'examen du fonctionnement de la directive se fait sur la base des informations que les États membres fournissent conformément à l'article 45, paragraphe 3.

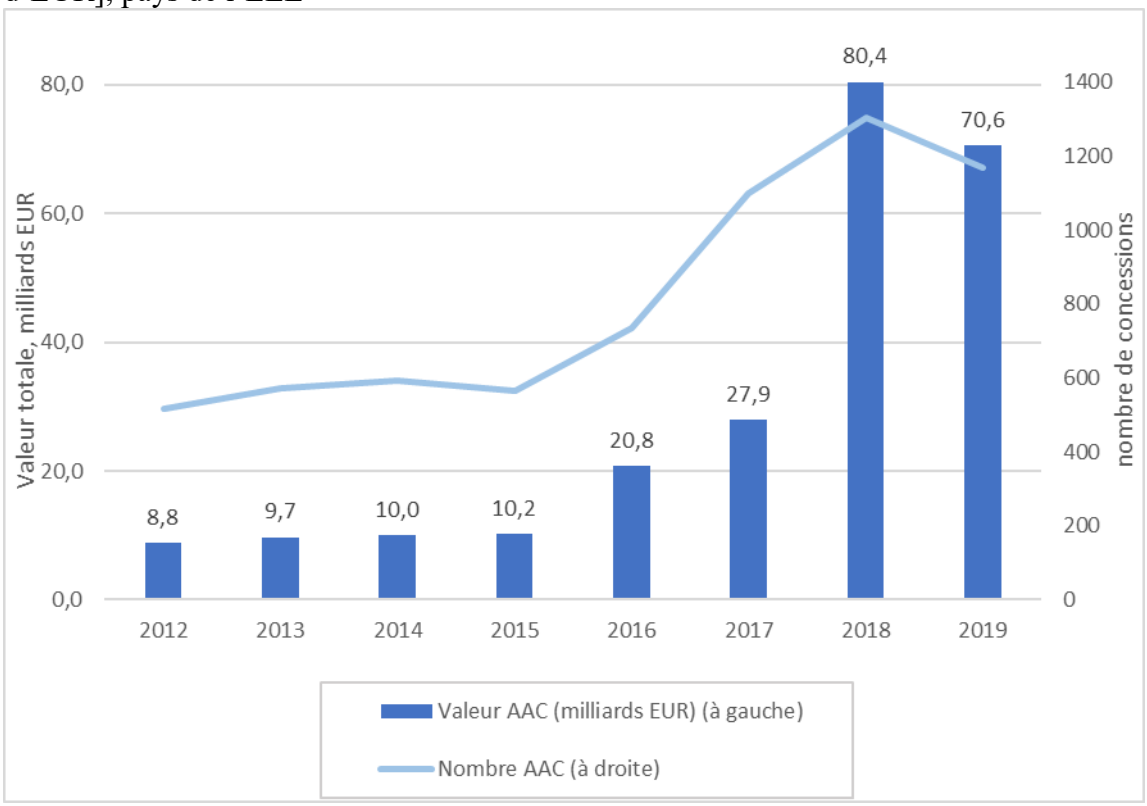
5 L'étude sera publiée en même temps que le présent rapport.

6 Données de 2018 qui se réfèrent aux directives 2014/23/UE et 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO L 94 du 28.3.2014, p. 65) et à la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (JO L 94 du 28.3.2014, p. 243).

7 Les concessions dont les valeurs sont inférieures à ce seuil sont souvent publiées dans la base de données TED.

8 Comparaison entre le nombre total de concessions attribuées au cours de la période 2012-18 avril 2016 et la période du 19 avril 2016 à 2019. Pour plus de détails, voir le chapitre 3 du document de travail des services de la Commission.

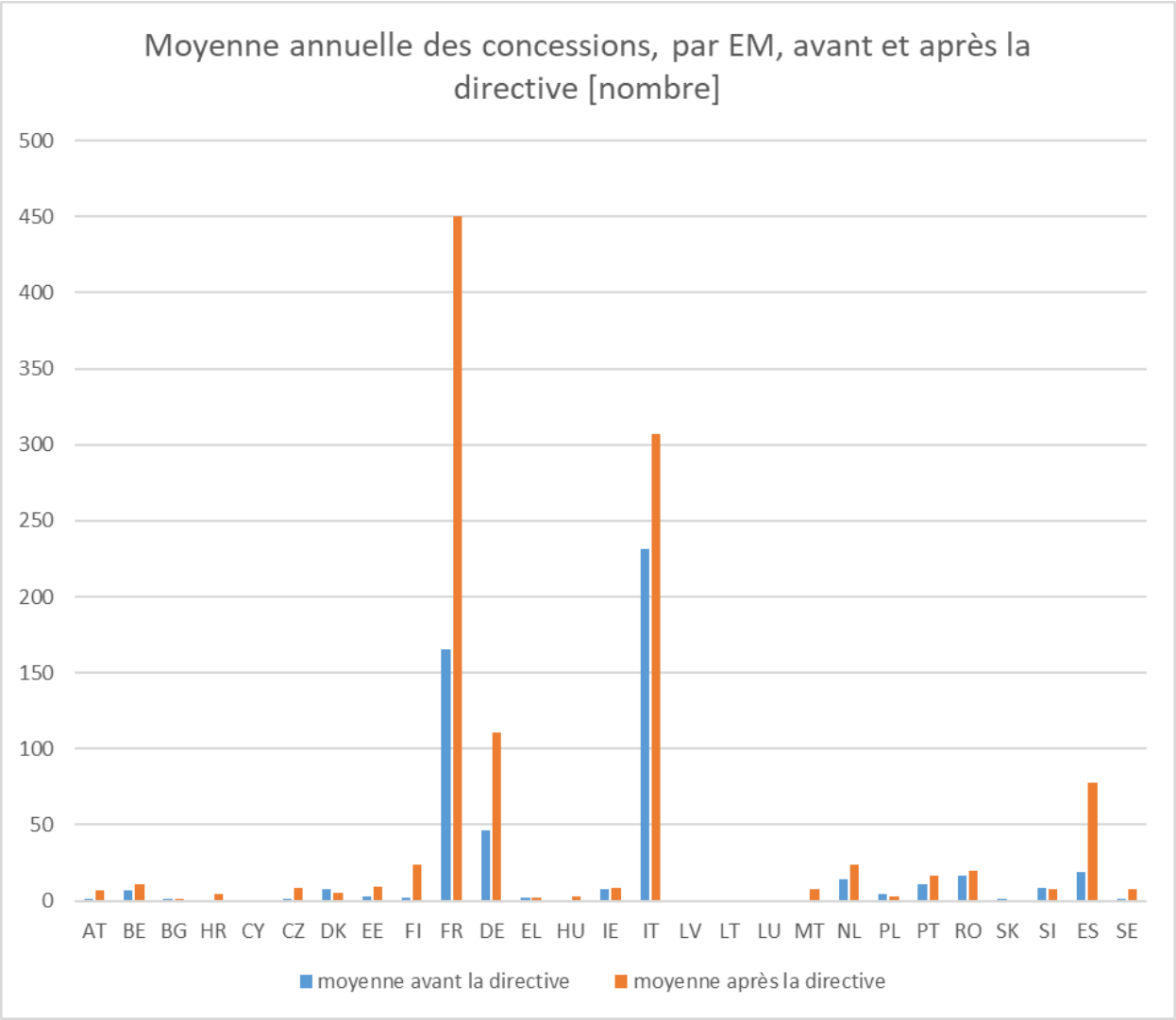
Graphique 1: Avis d'attribution de concession par année [nombre, valeur en milliards d'EUR], pays de l'EEE



Source: Study on the implementation of the Concessions Directive — London Economics Europe et Spark Legal (2021), graphique 41.

La France et l'Italie représentent plus des deux tiers du marché des concessions de l'UE. Avec l'Espagne et l'Allemagne, ces États membres représentent 85 % de l'augmentation totale des concessions attribuées au cours de la même période. Des États membres tels que l'Autriche, la République tchèque, la Finlande, la Hongrie, la Croatie, Malte et la Suède ont également enregistré une forte augmentation de l'utilisation des concessions.

Graphique 2: Nombre annuel moyen de concessions par État membre, avant et après la directive [nombre]



Source: Calcul en interne fondé sur l'étude sur la mise en œuvre de la directive sur les concessions — London Economics Europe et Spark Legal (2021), graphique 17.

Le nombre d'attributions de concessions de services a fortement augmenté depuis le 18 avril 2016, date limite de transposition. Toutefois, le nombre d'attributions de concessions de travaux a progressivement diminué avant cette date et a continué à suivre la même tendance après.

Les secteurs qui ont obtenu le plus grand nombre de concessions depuis 2016 sont les suivants: 1) services d'hôtellerie, de restauration et de commerce au détail; 2) services récréatifs, culturels et sportifs; et 3) travaux de construction.

3. TRANSPOSITION ET PROCEDURES D'INFRACTION

L'objectif de la Commission est de parvenir à une mise en conformité précoce afin que les citoyens et les entreprises puissent bénéficier le plus rapidement possible des avantages du droit de l'UE. C'est la raison pour laquelle la Commission a renforcé son soutien aux États

membres au fil des ans, l'objectif étant d'éviter que des infractions ne se produisent en premier lieu ou d'y remédier aux premiers stades de la procédure, sans avoir à saisir la Cour de justice d'un recours contre un État membre. Cela a entraîné une diminution du nombre de cas de transposition tardive des directives. Dans la même ligne, la Commission propose de fixer des objectifs concrets en matière d'application de la législation dans le but de limiter tant le déficit de transposition que le déficit de conformité à 0,5 %[9].

En ce qui concerne la directive, les États membres devaient transposer la directive dans leur droit national au plus tard le 18 avril 2016. À l'expiration de la période de transposition, seuls six États membres avaient communiqué à la Commission les mesures nécessaires et des procédures d'infraction pour non-communication ont été engagées en 2016. En février 2020[10], tous les États membres de l'UE avaient transposé la directive et toutes les infractions relatives aux retards de transposition avaient été clôturées. Toutefois, trois États membres n'ont pas transposé l'article qui prévoit des exclusions spécifiques de l'application de la directive dans le domaine de l'eau, et trois ne l'ont fait que partiellement. Ces États membres appliquent donc (en tout ou en partie) la directive aux concessions de travaux et de services dans des domaines spécifiques du secteur de l'eau.

Une évaluation des mesures nationales de transposition a révélé que seuls dix États membres se conformaient pleinement à toutes les obligations de la directive à la date d'expiration du délai de transposition. La Commission a donc engagé des procédures d'infraction à l'encontre des autres États membres lors de quatre vagues successives (janvier 2019, octobre 2019, juin 2021 et décembre 2021). À la suite de la notification des mesures nationales et de leur évaluation, les procédures engagées à l'encontre de huit États membres ont été formellement clôturées à la suite des mesures législatives correctives qu'ils ont prises. Les procédures restantes sont en cours[11] et portent sur des éléments tels que le champ d'application, les critères d'exclusion des opérateurs économiques et la modification des contrats.

Dans plusieurs États membres, les autorités nationales ont publié des orientations sur les règles relatives aux concessions.

---

9 Communication du 16 mars 2023 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulée «Le marché unique a 30 ans» [COM (2023) 162 final du 16 mars 2023].

10 Le dernier État membre à avoir transposé la directive l'a fait le 26 février 2020.

11 Certaines des procédures d'infraction concernent les trois directives relatives aux marchés publics et ne seront donc formellement clôturées que lorsque toutes les questions (relatives aux trois directives mentionnées dans la note de bas de page 6) auront été résolues. À cet égard, il peut apparaître que certains États membres ont des infractions en cours, alors que, dans les faits, les problèmes liés à la mise en œuvre de la directive ont pu être résolus entre-temps.

4. PRINCIPALES CONCLUSIONS DE L'EXAMEN DU FONCTIONNEMENT DE LA DIRECTIVE

La directive a deux objectifs principaux: 1) assurer la sécurité du cadre juridique en définissant certaines notions et en codifiant certains principes relatifs à l'attribution de concessions, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, et 2) améliorer l'accès aux marchés des concessions en renforçant la transparence et l'équité dans les procédures d'attribution.

4.1. Sécurité juridique

La définition de «concession»

La directive fournit une définition des concessions au niveau de l'UE[12]. Dans la pratique, il semble que le terme «concession» soit souvent utilisé dans la législation des États membres pour des secteurs et des questions qui dépassent le champ d'application de la directive. Plus particulièrement, dans la majorité des États membres, la législation nationale utilise souvent le terme «concession» pour désigner d'autres concepts juridiques, tels que les autorisations ou les licences[13].

Ces divergences peuvent entraîner des coûts plus élevés, étant donné que les opérateurs économiques participant à des concessions transfrontières ne peuvent se prévaloir d'un seul sens de «concession». Elles peuvent également entraîner des malentendus chronophages tant de la part des pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices que des opérateurs économiques, non seulement sur l'interprétation de la définition applicable, mais aussi sur la législation applicable.

La définition du «risque d'exploitation»

L'existence d'un risque d'exploitation[14] est ce qui différencie les contrats de concession des autres types de marchés publics. Par conséquent, la transposition de cette notion est essentielle pour garantir la bonne mise en œuvre de la directive. Cependant, seuls quatre États membres ont transposé le concept exactement tel qu'il est défini dans la directive. Plus de vingt États membres ont transposé le concept dans une formulation légèrement différente de celle prévue

---

12 La directive définit les concessions comme des contrats écrits entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices et un (ou plusieurs) opérateur économique (concessionnaire), lorsque ce dernier est chargé de l'exécution de travaux ou de la fourniture et de la gestion de services et qu'il est rémunéré par le droit d'exploiter les travaux ou services concernés ou par l'octroi de ce droit assorti d'un paiement.

13 Il convient de la distinguer des «autorisations» ou des «licences» qui impliquent une autorité publique établissant les conditions pour qu'un contractant puisse réaliser une opération particulière. Alors qu'une autorisation ou une licence confère à un contractant le droit d'exploiter cette autorisation ou licence, un concessionnaire est soumis à une obligation. La directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (JO L 376 du 27.12.2006, p. 36) s'applique aux autorisations et aux licences.

14 La directive définit la notion de «risque d'exploitation». Les contrats de concession impliquent toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique. Cela signifie que le concessionnaire peut ne pas récupérer les investissements réalisés et les coûts encourus pour l'exploitation des travaux ou des services attribués dans des conditions normales d'exploitation, même si une partie du risque reste à la charge du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice.

par la directive, et deux États membres n'ont pas du tout abordé le risque d'exploitation dans leur législation nationale. À ce stade, il n'est pas possible de dire si ces divergences ont une incidence économique pratique. Des interprétations différentes du risque d'exploitation pourraient signifier que les marchés publics pour le même type de prestations de travaux ou de services seront traités différemment d'un État membre à l'autre, ou pourraient ne pas relever des dispositions transposant la directive.

Modifications des contrats de concession

La directive comprend également des dispositions spécifiques sur la modification des contrats de concession élaborées par la jurisprudence et fournit des solutions pratiques pour faire face à des circonstances imprévues nécessitant la modification d'une concession en cours. Les modifications des contrats doivent être traitées avec soin, en particulier les modifications sans nouvelle ouverture à la concurrence, afin de garantir une concurrence effective et la transparence.

Quelques États membres ont élaboré des orientations sur les modifications des contrats. Onze États membres ont introduit dans leur législation nationale une exigence explicite selon laquelle toute modification doit être approuvée par une autorité gouvernementale autre que l'autorité contractante responsable du contrat initial. Toutefois, les modifications apportées aux contrats en cours, y compris la prolongation abusive des contrats et les modifications sans nouvel appel à la concurrence, sont souvent signalées comme une source de mauvaise application.

Concessions et autres partenariats public-privé

La directive clarifie les cas dans lesquels un contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique n'est pas soumis aux règles d'attribution des concessions. Cette approche est guidée par les principes énoncés dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, étant donné qu'il n'existe pas de législation de l'Union définissant et réglementant la notion de partenariat public-privé.

Les États membres ont adopté différentes approches pour légiférer sur les partenariats public-privé. Certains cadres juridiques nationaux comprennent des règles qui précisent comment les partenariats public-privé renvoient aux règles relatives aux concessions, tandis que dans d'autres États membres, il existe des définitions divergentes du terme «partenaires public-privé» au niveau national et/ou un manque de clarté quant à la manière dont la législation en la matière fait référence à la définition et aux règles relatives aux concessions.

4.2. Application et exécution — sources de mauvaise application des règles d'attribution de contrats de concession

Tous les États membres font état d'efforts importants et couronnés de succès pour mettre en place des autorités et des structures de contrôle afin de garantir une application correcte et efficace des règles d'attribution des concessions. La plupart des États membres ont désigné une autorité unique de surveillance des marchés publics. Les rapports établis par les États membres ne font pas de distinction entre les concessions et les autres types de marchés publics. Les informations sur les causes de mauvaise application ou de problèmes structurels

ou récurrents sont donc présentées de manière générale pour tous les types de marchés publics.

Les causes les plus fréquentes de mauvaise application ou d'insécurité juridique, selon les États membres, sont le manque de compétences en matière de passation de marchés, la modification des contrats en cours, le calcul de la valeur estimée du marché et la division artificielle en lots.

En ce qui concerne l'application pratique des règles, les États membres font état de difficultés liées à l'interprétation et à la vérification des motifs d'exclusion, à la formulation de critères d'attribution qui aient du sens, autres que le prix uniquement, y compris de critères liés aux objectifs stratégiques, au recours à une procédure négociée sans publication, à la classification des marchés en tant que marchés publics ou concessions, et à la transparence.

Certains États membres avaient mis en place une législation et des institutions générales de lutte contre la corruption avant même l'adoption de la directive. Dans la plupart des États membres, les autorités nationales de concurrence, les procureurs et les autres services répressifs sont responsables au premier chef de la mise en œuvre de ces politiques. En outre, certains États membres disposent d'institutions spécifiques dédiées à la lutte contre la fraude ou la corruption.

Afin d'atténuer les risques de conflits d'intérêts, de corruption, de collusion et d'ententes, la plupart des États membres ont adopté des mesures non contraignantes telles que des stratégies nationales de lutte contre la corruption, des orientations (par exemple pour détecter les comportements collusoires, des actions de sensibilisation et de formation, des programmes de clémence pour les opérateurs qui présentent des activités d'information et de prévention), des codes de conduite pour les fonctionnaires et des codes de professionnalisation. En outre, la plupart des États membres ont adopté des mesures allant au-delà des exigences de la directive, en introduisant, par exemple, des définitions plus larges des conflits d'intérêts, des sanctions, voire l'annulation des contrats, conformément aux lignes directrices de l'OCDE[15].

Encadré nº 1: Orientations sur la lutte contre la collusion dans les marchés publics et les concessions

La Commission a récemment publié de nouvelles orientations[16] à l'intention des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices européens sur la manière de traiter les cas présumés de collusion dans les marchés publics et les concessions.

Les orientations énumèrent les outils visant, d'une part, à aider les États membres et les pouvoirs adjudicateurs à renforcer leurs capacités à traiter les cas de collusion et, d'autre part, à encourager la coopération entre les autorités centrales nationales chargées des

[15] OCDE, *Recommandation sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, disponible à l'adresse: https://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonfightingbidriggininpublicprocurement.htm

[16] *Communication sur les outils de lutte contre la collusion dans les marchés publics et orientations sur la manière d'appliquer le motif d'exclusion y relatif* [C (2021) 1631, du 15.3.2021].

marchés publics et les autorités chargées de la concurrence afin de garantir un soutien aux pouvoirs adjudicateurs. Elles contiennent également des conseils conviviaux à l'intention des pouvoirs adjudicateurs sur la manière d'appliquer le motif d'exclusion lié à la collusion prévu dans les directives sur les marchés publics.

4.3. Constatations relatives à l'amélioration de l'accès au marché des concessions

Pour déterminer si la directive a amélioré l'accès au marché des concessions, les facteurs suivants ont été pris en considération: i) la transparence par la publication; ii) la participation des PME à l'attribution de concessions; iii) le nombre d'offres; et iv) la participation transfrontière au marché des concessions de l'UE.

Transparence par la publication

Les données extraites de la base de données TED indiquent que, depuis le 18 avril 2016, le nombre d'avis de concession publiés a considérablement augmenté, passant de 664 en 2016 à 1 877 en 2021. De même, la moyenne annuelle des avis d'attribution de concessions publiés est passée de 143 en 2016 à 993 en 2021.

Il semble toutefois que le nombre d'avis de concession soit encore environ deux fois plus élevé que le nombre d'avis d'attribution de concession[17]. Cet écart entre le nombre d'avis de concession et le nombre d'avis d'attribution de concession apparaît dans tous les États membres et semble dû à plusieurs facteurs, notamment: les concessions peuvent faire l'objet d'une publicité au moyen d'avis, mais il se peut qu'elles ne soient finalement pas attribuées, et plusieurs avis de contrat peuvent devenir une attribution de concession unique[18].

La qualité des données communiquées dans TED devrait augmenter avec la mise en œuvre du règlement (UE) 2019/1780[19] concernant les nouveaux formulaires types pour les avis (formulaires électroniques), qui deviendront obligatoires à partir du 25 octobre 2023[20].

Si l'augmentation des publications d'avis de concession et d'avis d'attribution de concession laisse à penser que la transparence s'est améliorée depuis le 18 avril 2016, il convient également de noter que le nombre d'attributions de concessions sans publication préalable

---

17 Les avis de concession sont publiés au Journal officiel au début de la procédure d'appel d'offres afin d'assurer une publicité adéquate de l'appel d'offres, tandis que les avis d'attribution de concession sont publiés à la fin et contiennent des informations sur le résultat de la procédure d'appel d'offres. Pour de plus amples informations, veuillez consulter le chapitre 5.2 «Providing Better Access to the concessions market» du document de travail des services de la Commission accompagnant le rapport.

18 La différence peut également être méthodologique, étant donné que les concessions non attribuées et annulées ont été supprimées de la base de données enregistrant les avis d'attribution, mais pas de la base de données enregistrant les avis de concession.

19 Règlement d'exécution (UE) 2022/2303 de la Commission du 24 novembre 2022 modifiant le règlement d'exécution (UE) 2019/1780 du 23 septembre 2019 établissant les formulaires types pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics (JO L 305 du 25.11.2022, p. 12).

20 Le règlement (UE) 2022/2303 est applicable à partir du 14 novembre 2022. Entre cette date et le 24 octobre 2023, l'utilisation des formulaires électroniques par les acheteurs n'est que facultative. La plupart des États membres passeront à ces nouveaux formulaires à la fin de la période de transition.

d'un avis de contrat[21] a augmenté dans TED. Depuis 2018, la valeur annuelle totale des concessions attribuées sans publication d'un avis de concession est supérieure à celle des concessions attribuées à la suite de la publication d'un avis de concession. Par exemple, en 2021, la valeur totale des concessions attribuées sans publication d'un avis de contrat s'élevait à 44 000 000 000 EUR, tandis que la valeur totale des concessions attribuées à la suite de la publication d'un avis de concession était de 37 000 000 000 EUR. L'attribution de concessions sans publication préalable intervient principalement dans le secteur de la distribution d'électricité, qui se caractérise par un petit nombre de fournisseurs et où des raisons techniques ou l'existence de droits exclusifs peuvent expliquer l'absence de concurrence.

Participation des PME à l'attribution de concessions

Avant le 18 avril 2016, les informations relatives à la taille des contractants n'étaient pas enregistrées dans TED; il n'est donc pas possible de comparer l'incidence des subventions accordées aux PME avant et après cette date. Toutefois, depuis 2016, le nombre de concessions accordées aux PME a considérablement augmenté, passant de 22,4 % en 2016 à 31,6 % en 2021. Certains éléments indiquent que les États membres qui fournissent des orientations nationales sur les concessions attirent davantage de PME[22].

Toutefois, en valeur, les PME ne représentent pas une part aussi importante des contrats attribués. Selon TED, les PME se sont principalement vu attribuer des contrats de faible valeur (leur part est passée de 11,2 % en 2017 à 3,9 % en 2021). Bien que les grands concessionnaires n'aient remporté que deux contrats de concession sur trois au cours de la période considérée, ces contrats représentaient près de 92 % du marché des concessions en valeur. Le nombre et la valeur des concessions accordées aux PME sont relativement faibles par rapport à leur importance globale dans l'économie.

La stratégie en faveur des PME et le plan d'action sur les droits de propriété intellectuelle[23] ont souligné que les marchés publics de solutions innovantes offrent des possibilités encore inexploitées aux jeunes pousses et pour le développement de solutions innovantes. L'investissement public et l'innovation sont deux moyens essentiels de relever les défis de la reprise, de la transition verte et numérique et d'une économie plus résiliente au sein de l'UE. La Commission considère le marché public écologique comme un instrument important pour stimuler la demande de produits à zéro émission nette à grande échelle, comme le montre le plan industriel du pacte vert pour l'Europe[24].

---

21 Conformément à l'article 31, paragraphe 4, de la directive, un acheteur public n'est pas tenu, dans certaines circonstances et pour certains secteurs, de publier un avis de concession.

22 Study on the implementation of the Concessions Directive — London Economics Europe et Spark Legal (2021), p. 108.

23 Communication de la Commission: «Exploiter au mieux le potentiel d'innovation de l'Union européenne – Un plan d'action en faveur de la propriété intellectuelle afin de soutenir la reprise et la résilience dans l'Union européenne». COM(2020) 760 final du 25.11.2020.

24 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions intitulée «Plan d'investissement du pacte vert pour l'Europe», COM(2023) 62 final du 1er février 2023.

En outre, en 2021, la Commission a adopté des orientations sur la passation de marchés de solutions innovantes[25] visant à stimuler cette dernière et à aider les opérateurs économiques à mettre au point des solutions innovantes dans les principaux écosystèmes industriels, en particulier lorsque les acheteurs publics sont des investisseurs critiques.

Nombre d'offres

L'analyse des données recueillies auprès de TED depuis le 18 avril 2016 montre que la moyenne annuelle du nombre d'offres par avis d'attribution de concession a diminué entre 2016 et 2019. En 2020 et 2021, le nombre moyen d'offres a augmenté, mais le chiffre de 2021 (2,44 offres par attribution) reste inférieur aux valeurs de 2016.

Participation transfrontière[26] au marché des concessions de l'UE

Pour les concessions de faible valeur relevant de la directive, la part des opérateurs économiques qui répondent à des offres depuis leur marché national pour remporter une concession dans un autre État membre (opération transfrontière directe) est de 2,4 %. La part des opérateurs économiques qui répondent à un appel d'offres et le remportent par l'intermédiaire de filiales locales (opérations transfrontières indirectes) est de 15,5 %. L'attribution transfrontière de concessions de valeur élevée s'élève à 3,4 % pour les concessions transfrontières directes et à 8,5 % pour les concessions transfrontières indirectes[27].

En ce qui concerne les attributions (transfrontières) au sein de l'UE, les entreprises ayant leur siège en France mais possédant des filiales dans d'autres États membres figurent parmi les gagnants les plus fréquents d'un contrat de concession (transfrontière) intra-UE, suivies par des entreprises du Luxembourg, d'Allemagne et de Suède[28].

Une enquête réalisée dans le cadre d'une étude récente[29] a montré que les entreprises perçoivent les éléments suivants comme des obstacles en ce qui concerne le processus de participation transfrontière et étrangère et la mise en œuvre des contrats: la lourdeur des exigences administratives et du cadre juridique, la difficulté d'accès aux informations sur les marchés publics et la langue.

Encadré nº 2: Participation étrangère au marché des concessions de l'UE

25 Communication de la Commission intitulée «Orientations sur la passation de marchés de solutions innovantes», C(2021) 4320, du 18 juin 2021.

26 Contrats attribués au sein de l'UE par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice dans un État membre à un opérateur économique d'un autre État membre.

27 Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market, Final report, Prometeia SpA, BIP Business Integration Partners – Spa, Economics for Policy a knowledge Center of Nova School of Business and Economics Lisboa, mars 2021, p. 66 et 78.

28 Pour de plus amples informations, veuillez consulter le chapitre 5.3 «Cross-border and foreign participation in the EU concessions market» du document de travail des services de la Commission accompagnant le rapport.

29 Voir note de bas de page 25, p. 10.

Si l'on compare le nombre d'attributions intra-UE (transfrontières) à celui des attributions hors UE (attributions étrangères)[30], ce sont les concessionnaires de pays tiers qui prévalent. En ce qui concerne les attributions hors UE, ce sont les entreprises ayant leur siège au Royaume-Uni et aux États-Unis mais possédant des filiales au sein de l'UE qui remportent le plus fréquemment des contrats de concession.

La Commission a adopté des mesures visant à prévenir les distorsions du marché intérieur dues aux subventions étrangères, y compris sur le marché des marchés publics et des concessions. À cet égard, le règlement relatif aux subventions étrangères[31] adopté le 14 décembre 2022 vise à éviter efficacement que des offres bénéficient de subventions étrangères dans le cadre de marchés publics et de concessions qui provoquent des distorsions sur le marché intérieur. La Commission a le pouvoir, après la notification préalable à l'attribution d'un marché ou d'une concession, d'examiner les informations relatives aux contributions financières étrangères octroyées aux opérateurs économiques participants dans le cadre d'une procédure de passation de marchés publics ou de concessions. Les notifications préalables sont obligatoires au-delà d'un seuil de 250 000 000 EUR, afin d'identifier les cas économiquement importants. Le règlement sera applicable à partir du 12 juillet 2023.

Le règlement portant sur l'instrument relatif aux marchés publics internationaux[32] vise à ouvrir les marchés publics et les marchés de concessions de pays tiers qui restreignent l'accès des opérateurs économiques, des produits ou des services de l'UE en permettant à la Commission d'enquêter sur certains cas et d'organiser simultanément des consultations avec le pays tiers concerné sur la suppression des restrictions alléguées. Toutefois, si les consultations avec ce pays tiers échouent, la Commission peut adopter des mesures relevant de l'instrument relatif aux marchés publics internationaux afin de restreindre l'accès des opérateurs, des produits et des services de ce pays tiers aux marchés publics et aux marchés de concessions de l'UE.

5. CONCLUSIONS SUR L'INCIDENCE DE LA DIRECTIVE SUR LE SECTEUR DE L'EAU

La directive exclut les concessions pour la fourniture ou l'exploitation de réseaux destinés à assurer la production, la distribution ou le transport de l'eau en tant que service au public. Toutes les concessions relatives à l'approvisionnement en eau de ces réseaux sont exclues, de même que celles relatives à l'élimination ou au traitement des eaux usées. Toutefois, certains États membres ont décidé d'inclure toutes ces activités dans leurs mesures nationales de transposition.

30 Contrats attribués par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice dans un État membre à un opérateur économique d'un pays tiers.

31 Règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur (JO L 330 du 23.12.2022, p. 1).

32 Règlement (UE) 2022/1031 du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2022 concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers (Instrument relatif aux marchés publics internationaux — IMPI) (JO L 173 du 30.6.2022, p. 1).

Aperçu du secteur de l'eau dans l'UE

En 2021, le secteur de l'eau de l'UE fournissait de l'eau potable à environ 450 millions de résidents de l'UE. Selon Eurostat, près de 15 500 entreprises sont actives dans la collecte, le traitement et la distribution d'eau et environ 11 000 dans les eaux usées. Alors que les entreprises actives dans le secteur de l'eau opèrent principalement au niveau national, il existe une certaine participation transfrontière, principalement indirecte, par l'intermédiaire de filiales locales détenues à l'étranger.

D'un point de vue économique, l'eau est un secteur à forte intensité de capital, dont les défaillances du marché peuvent nécessiter une intervention de l'État. Il s'agit, d'une part, de la nature essentielle de l'eau et, d'autre part, de l'ampleur des investissements irrécupérables dans les réseaux, notamment dans les zones éloignées ou peu peuplées, qui impliquent des délais de récupération longs et des risques importants. La reconnaissance de l'importance sociétale et la prévention des défaillances du marché dans le secteur de l'eau ont conduit au traitement spécial prévu par la directive sur les concessions.

Les États membres appliquent différents modèles de gestion pour la fourniture de services liés à l'utilisation de l'eau. L'organisation des services liés à l'eau dépend d'une combinaison de facteurs historiques, culturels, économiques et sociétaux.

Plusieurs formes de participation du secteur privé au secteur de l'eau en Europe remontent au XIX^{e} siècle. Le nombre de contrats impliquant des partenaires privés a commencé à augmenter sensiblement après 1980. Parmi les facteurs susceptibles d'avoir favorisé la participation du secteur privé figureraient une potentielle amélioration de la qualité et de l'efficacité des services et l'amélioration de l'efficacité de la gestion (c'est-à-dire un accès plus aisé aux marchés des capitaux). La participation du secteur public est néanmoins restée importante pour répondre aux besoins plus larges de la société.

Le secteur de l'eau depuis le 18 avril 2016

Trois États membres appliquent intégralement les dispositions de la directive pour les concessions dans le secteur de l'eau (République tchèque, Pologne, Roumanie), tandis que trois autres (Bulgarie, France, Espagne) l'appliquent partiellement.

Sur la base des données anciennes de GWI WaterData[33] sur le secteur de l'eau, les États membres qui ont décidé d'appliquer la directive dans le domaine de l'eau comptaient déjà sur une expérience significative relative à une participation privée similaire dans le passé. À l'inverse, certains États membres qui ont décidé de maintenir le secteur de l'eau en dehors de leurs mesures nationales de transposition ont enregistré une certaine participation du secteur privé, notamment l'Italie, l'Allemagne et le Portugal.

Depuis avril 2016, on observe plus de transparence dans les contrats de concession dans le secteur de l'eau. Selon TED, il y a eu environ 225 avis d'attribution de concessions au cours

[33] La base de données GWI Global Ultimate Owners contient des informations détaillées sur les projets municipaux de traitement de l'eau et des eaux usées dans lesquels tout ou partie du coût de l'investissement en capital a été supporté par le secteur privé.

de la période 2016-2021, passant de 3 avis d'attribution de concessions en 2016 à 66 en 2021. La grande majorité des concessions (194) ont été conclues par des pouvoirs adjudicateurs français, suivis par des autorités tchèques (18), espagnoles, polonaises et roumaines.

La valeur totale des avis d'attribution de concessions pour le secteur de l'eau, telle qu'enregistrée dans TED, s'élevait à près de 7 000 000 000 EUR entre 2016 et 2021. Par rapport à la valeur totale des concessions attribuées au cours de la même période (377 500 000 000 EUR), la valeur des concessions dans le secteur de l'eau représente moins de 2 %. En outre, par rapport à un autre secteur des services d'utilité publique important, celui de l'électricité, la valeur des concessions dans le secteur de l'eau ne représente que 3,6 %. La valeur annuelle totale des avis d'attribution de concession dans le secteur de l'eau a augmenté au cours des premières années de la directive, se multipliant par plus de dix entre 2016 et 2018. Elle a légèrement diminué au cours des deux années suivantes, mais l'augmentation enregistrée en 2021 a compensé cette baisse.

Le nombre moyen d'offres reçues par appel d'offres pour des concessions dans le secteur de l'eau et la participation des PME étaient légèrement inférieurs à la moyenne dans les autres secteurs. Cela peut s'expliquer par le fait que le secteur de l'eau est hautement spécialisé et à forte intensité de capital par rapport à d'autres secteurs. En outre, le concessionnaire doit avoir la capacité financière de supporter dès le début le coût total de l'investissement ainsi que les risques d'exploitation.

En ce qui concerne la participation transfrontière, elle semble avoir une incidence relativement élevée sur les appels d'offres par l'intermédiaire de filiales locales, mais détenues à l'étranger.

La plupart des parties prenantes estiment que les systèmes actuellement en place dans les États membres fonctionnent bien et soutiennent l'exclusion du secteur de l'eau du champ d'application de la directive. Invoquant des exemples de remunicipalisation des services liés à l'utilisation de l'eau, elles font valoir que la participation du secteur privé n'est pas considérée comme nécessaire. Par ailleurs, les représentants du secteur des entreprises ont mis en avant les expériences positives qu'ils ont tirées de la directive. La conclusion générale est que le choix du système de gestion varie en fonction de facteurs sociétaux locaux (efficacité opérationnelle, investissements à long terme, prix abordable, conservation de l'eau, sécurité de l'approvisionnement, santé publique, etc.).

En raison de données limitées, il n'est pas encore possible de tirer des conclusions définitives concernant l'incidence de la directive sur le secteur de l'eau.

6. PERSPECTIVES

La Commission s'emploie à améliorer le fonctionnement de la directive, notamment au moyen de nouvelles initiatives sur la transparence et la qualité des données.

La transparence des appels d'offres et des résultats des concessions est essentielle pour atteindre les objectifs de la directive. Elle repose sur des données de qualité sur les concessions attribuées par les États membres, facilement accessibles à tous les acteurs du marché intérieur. La Commission prévoit un certain nombre d'actions et d'initiatives visant à

améliorer la transparence et la qualité globale des données relatives à la directive et à sa mise en œuvre.

Le 16 mars 2023, la Commission a annoncé la création de l'**espace de données sur les marchés publics**[34]. Cet espace reliera les bases de données européennes, y compris les données TED sur les marchés publics et les concessions, et les ensembles nationaux de données sur les marchés publics disponibles sur les portails nationaux. Il sera au cœur de la transformation numérique des marchés publics et des concessions dans l'UE et permettra d'élaborer des politiques fondées sur les données. Les acheteurs publics en tireront également des bénéfices: planification des appels d'offres, évaluation comparative et partage des connaissances plus efficaces, numérisation accrue, détection plus facile de la fraude et de la collusion. Le nouvel espace de données améliorera également l'accès aux appels d'offres, en particulier pour les PME. La transparence est aussi au cœur de l**'action préparatoire de l'Office des publications de l'UE intitulée «Transparence des marchés publics»**[35]. L'office des publications a identifié quatre domaines d'activité autour des données TED: disponibilité, qualité, lisibilité et interopérabilité. Un certain nombre de projets sont prévus pour contribuer à la mise en œuvre de l'action préparatoire.

De plus, le 17 avril 2023, la Commission a lancé l'initiative de la communauté des acheteurs publics[36]. La **plateforme des acheteurs publics** vise à renforcer la collaboration en matière de marchés publics. Les acheteurs publics peuvent tirer profit de l'échange de connaissances et de bonnes pratiques dans l'ensemble de l'UE au lieu de travailler individuellement sur des questions complexes. La communauté vise à donner aux acheteurs publics et aux personnes travaillant dans le domaine des marchés publics (acheteurs, fournisseurs, universités et autres parties prenantes) la possibilité de se réunir et de se mettre en relation avec la Commission européenne afin de favoriser l'échange d'informations sur le marché et les connaissances de pointe et d'encourager une action conjointe et une collaboration. L'un des objectifs de cette collaboration est d'améliorer l'accès des PME au marché des marchés publics et des concessions.

7. CONCLUSIONS

La directive n'est appliquée dans tous les États membres que depuis trois ans et il existe donc peu d'informations, ce qui empêche une comparaison complète avec la période antérieure à l'existence de la directive.

À ce stade, il semble trop tôt pour déterminer si la directive a atteint ses objectifs consistant à accroître la sécurité juridique et à garantir un meilleur accès au marché des concessions de l'UE. Néanmoins, il est possible de tirer un certain nombre de conclusions préliminaires, résumées ci-dessous.

---

[34] Communication de la Commission: «Marchés publics: un espace de données pour améliorer les dépenses publiques, stimuler l'élaboration de politiques fondées sur des données et faciliter l'accès des PME aux appels d'offres» (2023/C98I/01), JO C 98I du 16.3.2023, p. 1.

[35] https://simap.ted.europa.eu/web/simap/preparatory-action-on-transparency-in-public-procurement

[36] Homepage | Public Buyers Community (europa.eu)

Tous les États membres ont transposé la directive et ont mis en place des **autorités et des structures de contrôle afin de garantir une exécution correcte et efficace** des règles d'attribution des contrats de concession. Néanmoins, la grande majorité des États membres continuent de relever une interprétation peu claire et une mauvaise application des règles.

La directive **a également permis de renforcer la transparence du processus d'attribution**. **Le nombre de concessions publiées a progressivement augmenté** depuis 2016. Bien que les concessions les plus élevées soient principalement attribuées sans publication d'un avis de contrat, donc sans mise en concurrence, cette situation peut s'expliquer par le fait qu'elles correspondent principalement à la distribution d'électricité qui, dans certains États membres, se caractérise par l'existence de droits spéciaux ou exclusifs ou d'un monopole légal. Par conséquent, ces attributions ne soulèvent pas de préoccupations pour ce qui est du respect de la directive sur les concessions.

En ce qui concerne le niveau de concurrence pour les concessions, il a été observé que la **directive n'a pas eu d'incidence constante sur le niveau de participation aux appels d'offres pour les contrats de concession.**

En outre, bien qu'il soit ouvert aux soumissionnaires d'autres États membres, **le marché des concessions de l'UE n'a jusqu'à présent pas beaucoup suscité de participation transfrontière**. Cette situation n'est pas spécifique au marché des concessions, mais plutôt commune aux marchés publics en général et varie considérablement d'un État membre à l'autre**.**

Le niveau de participation des PME semble avoir augmenté au cours des 5 dernières années, bien que **la part des PME sur le marché des concessions soit relativement faible** par rapport à leur part dans l'ensemble de l'économie.

Compte tenu de l'importance des PME pour l'économie de l'UE, le peu d'éléments disponibles suggère que les États membres et les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices **accordent en priorité une attention accrue aux PME dans le cadre de l'attribution de concessions**.

En ce qui concerne le secteur de l'eau, les données limitées provenant d'un petit nombre d'États membres ne permettent pas non plus de tirer des conclusions définitives sur l'incidence de la directive sur le secteur de l'eau au sens large.

La Commission a récemment lancé plusieurs initiatives, telles que l'espace de données sur les marchés publics, l'action préparatoire sur la transparence des marchés publics et la plateforme des acheteurs publics afin de promouvoir davantage la transparence et la qualité des données sur les marchés publics et les concessions.

Avec le temps, l'expérience acquise avec la directive permettra de procéder à des évaluations plus détaillées. Le prochain rapport qui sera élaboré par la Commission devrait mieux mettre en lumière l'incidence réelle de la directive sur le marché des concessions.