

Le champ d'application de la directive concession

Les premiers articles de la directive concessions précisent le champ d'application organique de ce texte et définissent des notions telles que la concession de travaux ou de services. Enfin, l'article 8 fixe le seuil au-dessus duquel les dispositions de la directive auront vocation à s'appliquer.

Le 15 janvier et le 11 février 2014, après la rédaction de plusieurs projets et de nombreux mois de préparation, le Parlement européen et le Conseil compétitivité ont respectivement adopté le projet de directive concessions. À l'issue de la prochaine étape – notamment la promulgation des textes prévues au premier trimestre 2014 – les États membres disposeront de deux ans pour transposer la directive en droit national. La directive concessions va ainsi venir créer un cadre propre à ces contrats et, comme cela a été rappelé par la Commission, combler un vide, les contrats de concession de services n'étant jusqu'alors encadrés que par les grands principes du Traité, contrairement aux autres contrats de la commande publique et, en particulier, aux concessions de travaux publics. Ce nouvel encadrement des contrats de concession de services par le droit communautaire invite à examiner le champ d'application de cette directive sur un plan tant organique que matériel, étant toutefois précisé que le présent article ne traitera pas de la question des exclusions prévues par la directive.

Ce sont donc les tous premiers articles de la directive concessions qui font l'objet de la présente analyse et, plus particulièrement, l'article 1er qui décrit l'objet et le champ d'application de ce texte, les articles 6 et 7 qui donnent des informations sur son champ d'application organique et son article 8 qui définit le seuil au-dessus duquel la directive va trouver à s'appliquer.

Quelles sont les entités concernées par la directive concessions ?

En matière de concessions, ce sont les notions de « pouvoir adjudicateurs » et « d'entités adjudicatrices », bien connues des praticiens de la commande publique, qui sont consacrées par le directive. Ainsi, l'article 1er dispose que la directive « établit les règles applicables aux procédures de passation de contrats de concession par des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices ». Concernant la définition de ces notions, l'article 6 de la directive précise que les pouvoirs adjudicateurs sont « l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de

Auteur

Guillaume Gauch
avocat associé

Olivier Metzger
avocat

Mots clés

Concession de services • Concession de travaux
• Droits exclusifs • Droits spéciaux • Entité adjudicatrice
• Pouvoir adjudicateur • Seuils

ces organismes de droit publics, autres que les autorités, organismes ou associations qui exercent l'une des activités visées à l'annexe II, et qui attribuent une concession ayant pour objet l'exercice d'une de ces activités ». Si la définition de « l'État » ne suscite aucune interrogation, la directive prend le soin de préciser que les « autorités régionales » sont toutes les autorités des unités administratives, dont une liste non exhaustive pour les niveaux NUTS 1 et 2 figure dans le règlement (CE) n° 1059/2003 du 26 mai 2003 du Parlement européen et du Conseil, les « autorités locales » étant quant à elle concernées par le niveau NUTS 3 et les unités administratives de taille plus petite visées dans le règlement précité. S'agissant de la France, il s'agit des régions, des départements ou encore des communes. Enfin, s'agissant de l'« organisme de droit public », il s'agit une définition reprise de celle figurant notamment dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004 qui a été retenue. Ainsi, l'organisme doit avoir été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, jouir de la personnalité juridique et être financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales, ou par d'autres organismes de droit public ou que sa gestion soit soumise à un contrôle par ces organismes ou autorités, ou que son organe d'administration, de direction ou de surveillance soit composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, des autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public. Il importe en particulier de noter que le considérant 21 de la directive concessions apporte des précisions concernant ces organismes en indiquant qu'il « faudrait [...] préciser qu'un organisme qui opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité ne devrait pas être considéré comme un « organisme de droit public », étant donné que les besoins d'intérêt général pour la satisfaction desquels il a été créé ou qu'il a été chargé de satisfaire peuvent être réputés avoir un caractère industriel ou commercial » et que « la condition liée à l'origine du financement de l'organisme considéré a également été examinée par la Cour, qui a précisé que la notion de « financement majoritaire » signifie un financement pour plus de la moitié, qui peut comprendre des paiements provenant d'utilisateurs qui sont imposés, calculés et recouverts conformément aux règles de droit public ».

La différence entre « pouvoirs adjudicateurs » et « entités adjudicatrices » repose sur l'exercice par ces dernières des activités visées à l'annexe II. Les activités visées par cette annexe concernent les secteurs du gaz et de la chaleur, de l'électricité, des transports par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus ou câble, des activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique aux fins de mettre un aéroport, un port maritime ou intérieur ou d'autres terminaux à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des activités relatives à la fourniture de services postaux et d'autres services que des services postaux, pour autant que ces services soient réalisés par une entité réalisant également des services postaux, des activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique dans le but d'extraire du pétrole ou du gaz ou de procéder à la prospec-

tion ou à l'extraction de charbon ou d'autres combustibles solides. Il convient donc principalement de retenir tout d'abord que les activités dans les domaines de l'eau et de l'assainissement ne sont pas rangées au titre des secteurs « spéciaux » comme cela est le cas dans la directive 2004/17/CE. Cela ne signifie pas qu'un sort particulier ne leur sera pas réservé puisqu'il semble que ce secteur soit purement et simplement exclu du champ d'application de la nouvelle directive concessions. Ensuite, s'agissant des activités dans le domaine de l'électricité, la nouvelle directive précise de manière explicite que l'alimentation électrique comprend la production, ainsi que la vente d'électricité en gros et au détail. De la même manière, la définition des « services autres que les services postaux » sera centrée sur les services de gestion des services de messagerie. Enfin, s'agissant de l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire, le pétrole et le gaz ne semblent susceptibles d'être concernés que par cette dernière composante.

Outre la question de l'activité concernée, la définition des entités adjudicatrices ne recouvre pas uniquement celle des pouvoirs adjudicateurs. En effet, les entreprises publiques et les entités opérant sur la base des droits spéciaux ou exclusifs sont également concernées.

S'agissant des entreprises publiques, il s'agit de « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer, directement ou indirectement, une influence dominante du fait de la propriété de cette entreprise, de la participation financière qu'ils y détiennent ou des règles qui la régissent ». Il est précisé que « l'influence dominante est présumée [...] lorsque les pouvoirs adjudicateurs, directement ou indirectement [...] détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise, [...] disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, [...] peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise ». Cette définition n'est pas nouvelle dès lors qu'il s'agit d'une reprise de celle figurant dans la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006.

S'agissant de la question des entités opérant sur la base des droits spéciaux ou exclusifs, c'est l'article 5 de la directive concessions qui précise la définition de tels droits. Ainsi, est un droit exclusif le droit accordé « par une autorité compétente d'un État membre au moyen de toute loi, de tout règlement ou de toute disposition administrative publiée qui est compatible avec les traités ayant pour effet de réserver l'exercice d'une activité à un seul opérateur économique et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer cette activité ». Le droit spécial est quant à lui le même droit mais accordé à plusieurs opérateurs économiques et ayant de la même manière pour conséquence d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer cette activité. Une fois encore, la définition ne saurait surprendre dans la mesure où la directive 2004/17/CE en son article 2 point 3 en donnait déjà un énoncé similaire « les « droits spéciaux ou exclusifs » sont des droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité [...]

et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité ». Il importe en revanche de noter que dans la mesure où de tels droits spéciaux ou exclusifs auront été octroyés au moyen d'une procédure ayant fait l'objet d'une publicité appropriée et selon des critères objectifs, les titulaires de ces droits ne seront pas considérés comme des « entités adjudicatrices ». Il est précisé que cette procédure peut résulter de la mise en œuvre des procédures de passation de marché avec mise en concurrence préalable, ou encore de procédures fondées sur d'autres actes juridiques de l'Union, qui garantissent une transparence préalable adéquate pour l'octroi d'autorisations sur la base de critères objectifs. Ces actes sont énumérés à l'annexe III de la directive concessions qui vise « l'octroi d'une autorisation d'exploiter des installations de gaz naturel conformément aux procédures définies à l'article 4 de la directive 2009/73/CE », « l'autorisation de soumissionner ou l'invitation à soumissionner aux fins de la construction de nouvelles installations de production d'électricité, conformément à la directive 2009/72/CE », « l'octroi, conformément aux procédures définies à l'article 9 de la directive 97/67/CE, d'autorisations liées à un service postal qui n'est pas ou ne doit pas être réservé », « une procédure d'octroi d'une autorisation de mener à bien une activité impliquant l'exploitation d'hydrocarbures conformément à la directive 94/22/CE » et enfin « les contrats de service public au sens du règlement (CE) n° 1370/2007 pour la fourniture de services de transport public de passagers par autobus, par tramway, par chemin de fer ou par métro attribués sur la base d'une procédure de mise en concurrence, conformément à l'article 5, paragraphe 3, dudit règlement, à condition que leur durée soit conforme à l'article 4, paragraphe 3 ou 4, dudit règlement ».

Outre le champ d'application organique, la définition des contrats de concession est également essentielle afin de déterminer les contrats susceptibles d'être concernés par cette nouvelle directive.

Qu'est-ce qu'un contrat de concession ?

Tant les concessions de travaux que les concessions de services sont susceptibles de donner lieu à une procédure de passation régie par la nouvelle directive concessions. Les points communs entre ces deux catégories de concessions résident dans le fait de conclure un contrat écrit et à titre onéreux dont la contrepartie consiste, soit uniquement dans le droit d'exploiter, soit dans ce droit accompagné d'un prix, ce contrat devant également nécessairement impliquer le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Ce risque signifie que dans des conditions d'exploitation normales, le concessionnaire n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a réalisés ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La directive précise également que la perte potentielle estimée « ne doit pas être purement nominale ou négligeable ». Quant à la distinction entre ces deux types de concessions, l'un concerne l'exé-

cution de travaux et l'autre, la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux, étant précisé que l'« exécution de travaux » est, soit l'exécution, soit, conjointement, la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences définies par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice qui exerce une influence décisive sur le type d'ouvrage ou la conception de l'ouvrage.

Le seuil

Tous les contrats ne sont pas susceptibles d'être concernés par la directive concessions. En effet, au-delà de la question des exclusions prévues par la directive, cette dernière ne trouvera à s'appliquer qu'aux contrats dont la valeur est égale ou supérieure à 5 186 000 euros. Il est intéressant de noter, d'une part, que ce seuil est supérieur à celui figurant dans la proposition de directive en date de décembre 2011 et émanant de la Commission. Surtout, alors qu'un seuil intermédiaire entre 2,5 M€ et 5 M€ était prévu pour les concessions de services autres que les services sociaux et autres services spécifiques, seuil au-dessus duquel un avis d'attribution devait être publié, ce dernier a disparu de la directive adoptée le 15 janvier 2014.

Il est précisé que la valeur du contrat correspond au chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors TVA, estimé par le concédant eu égard aux travaux et services qui font l'objet de la concession, ainsi qu'aux fournitures liées auxdits travaux et services. Toutefois, si la valeur de la concession au moment de l'attribution est supérieure de plus de 20 % à sa valeur estimée, la valeur à retenir est la valeur de la concession au moment de l'attribution. Autre élément important, la valeur estimée de la concession est calculée à l'aide d'une méthode objective qui devra être précisée dans les documents de concession. S'agissant de cette méthode, la directive énumère les éléments qu'il conviendra de prendre en compte lors du calcul de la valeur estimée de la concession. Ainsi, il s'agira de tenir compte de toute forme d'option et des éventuelles extensions de la durée de la concession. Une reconduction devra donc être prise en compte. Par ailleurs, s'agissant des recettes à prendre en compte, il conviendra de retenir : celles provenant du paiement de redevances et d'amendes par les usagers des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice ; celles provenant des paiements effectués par le pouvoir adjudicateur, l'entité adjudicatrice ou toute autre autorité publique, ainsi que tout avantage financier sous quelque forme que ce soit octroyé par l'un de ceux-ci au concessionnaire, y compris la compensation due pour respect d'une obligation de service public et les subventions publiques d'investissement ; la valeur des subventions ou de tout autre avantage financier, sous quelque forme que ce soit, octroyés par des tiers pour l'exploitation de la concession ; les recettes tirées de toute vente d'actifs faisant partie de la concession ; la valeur de toutes les fournitures et de tous les services mis à la disposition du concessionnaire par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices, à condition que ces fournitures et services soient nécessaires à l'exécution des travaux ou à la prestation des services ; toutes primes ou



tous paiements au profit des candidats ou des soumissionnaires.

Enfin, il est précisé qu'en cas d'attribution par lots séparés, la valeur globale estimée de la totalité de ces lots devra être prise en compte. En dessous de ce seuil, la situation reste inchangée, à savoir que seuls les grands principes du Traité devront continuer d'être respectés.

Tels sont, à ce stade, les principes à retenir du champ d'application de cette nouvelle directive concessions. Naturellement, ce champ d'application doit être envisagé au regard des exclusions figurant dans la directive ou encore de la question des contrats de concession « mixtes » [qui font l'objet d'une étude spécifique dans le présent dossier].