

Concessions exclues du champ d'application de la directive

Face à la résistance des États membres, les articles 10 et suivants de la directive excluent un certain nombre de concessions du champ d'application de ce texte. On distingue les exclusions justifiées par l'existence de droits exclusifs de celles qui revêtent davantage un caractère sectoriel.

« S'agissant du champ d'application de la directive, que ce soit parfaitement clair aussi : pour la Commission, nous ne sommes pas dans un exercice sectoriel. Nous tiendrons compte de lois spécifiques ou de droits exclusifs là où ils existent déjà mais par ailleurs nous voulons un cadre simple, pour une application horizontale ». C'est en ces termes que s'exprimait le Commissaire européen Michel Barnier, à l'occasion d'un discours sur le cadre européen des concessions prononcé à Paris le 25 septembre 2012. Sans surprise, la volonté affichée par la Commission européenne de réglementer l'ensemble des contrats de concession dans l'UE s'est heurtée à une résistance forte des États membres et a conduit à une importante mobilisation des forces lobbyistes auprès des institutions européennes. L'article 8 de la proposition de directive relatif aux exclusions – devenu article 10 dans le dernier état du texte – est ressorti considérablement amendé des deux années de processus d'adoption législative. Davantage issu de victoires politiques que d'une logique juridique implacable, le nouvel article 10 s'étend sur pas moins de huit pages, auxquelles on doit ajouter les articles 11 et 12 relatifs aux secteurs de l'eau et des communications électroniques. Malgré son adoption en première lecture au Parlement européen à l'issue des négociations conduites en « trilogue institutionnel », des voix s'élèvent encore pour exiger la renégociation du texte⁽¹⁾. Qu'en est-il du résultat final de la négociation des exclusions au champ d'application de la directive portant sur l'attribution des contrats de concession ? Pour présenter le contenu des articles 10 à 12 de la nouvelle directive concession, on distinguera deux catégories d'exclusions : les premières sont justifiées par l'existence de droits exclusifs, quand les secondes revêtent davantage un caractère sectoriel.



Auteur

Marie-Hélène Pachon-Lefèvre

avocat associé, SCP Seban et Associés

Ilhem Haouas,

avocate à la Cour, SCP Seban et Associés



Mots clés

Concession de service • Exclusions du champ d'application de la directive • Droits exclusifs • Opérateur économique • Secteurs exclus

(1) Rapport d'information de la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale sur la directive relative aux concessions du 4 février 2014.

Les exclusions liées à la détention de droits exclusifs

L'exclusion liée à la détention de droits exclusifs découle du fait que l'octroi de tels droits à un opérateur, par nature unique, pour l'exercice d'une activité, rend impossible toute mise en concurrence portant sur cette activité. Souvent liée aux secteurs économiques les plus sensibles pour les États membres, la définition des contours de cette exclusion a constitué l'un des objets les plus débattus lors de l'adoption de la directive.

L'article 10 prévoit deux types d'exclusions liées à l'existence de droits exclusifs : dans le premier cas, ces droits sont détenus par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice ; dans le second, ils ont été accordés à un opérateur économique.

Les droits exclusifs détenus par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice

Initialement, l'article 8 de la proposition de directive excluait de son champ d'application les concessions de services attribuées à « un opérateur économique qui est une entité adjudicatrice, ou une association de tels pouvoirs ou entités, sur la base d'un droit exclusif dont l'opérateur économique bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives applicables et publiées et qui a été octroyé conformément au traité et à la législation sectorielle de l'Union concernant la gestion d'infrastructures de réseau liées aux activités figurant à l'annexe III⁽²⁾ ». Afin de bénéficier de l'exclusion liée à la détention de droits exclusifs, le contrat de concession de services devait donc être attribué à un opérateur économique, lequel devait également constituer une entité adjudicatrice au sens de la directive concession, sur la base d'un droit exclusif conforme au Traité ainsi qu'à la réglementation sectorielle relative aux activités de gestion d'infrastructures de réseau.

Cette exclusion était, d'une part, particulièrement restrictive et, d'autre part, facteur d'insécurité juridique dans la mesure où la mise en œuvre des critères de qualification d'entité adjudicatrice laissait subsister un doute d'agissant de certaines entreprises concessionnaires de grands services publics sous monopoles nationaux.

Ces inquiétudes avaient en particulier été exprimées par les sénateurs français, conduisant le Sénat à adopter, le 13 mars 2012, une résolution exigeant que les « concessions de distribution de gaz naturel en zone de desserte historique et d'électricité demeurent clairement hors du champ de la proposition de directive (...) ».

Dans un souci de clarification, l'exclusion liée à la détention de droits exclusifs a finalement été scindée en deux hypothèses figurant aux deux premiers alinéas du 1^o de l'article 10 de la directive concession.

Le 1^{er} alinéa du 1^o de l'article 10, qui correspond à la première hypothèse de l'exclusion ici commentée, dispose que « la présente directive ne s'applique pas aux conces-

sions de services attribuées à un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice au sens de l'article 7, paragraphe 1, point a), ou à une association de tels pouvoirs ou entités, sur la base d'un droit exclusif ».

Ainsi, les entités adjudicatrices⁽³⁾ visées par cette exclusion sont donc désormais exclusivement celles visées à l'article 7, § 1, point a) de la directive, c'est-à-dire l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public et les associations formées par ces autorités ou organismes de droit public. Les autres entités adjudicatrices (entreprises publiques et les opérateurs économiques titulaires de droits exclusifs), ne sont plus susceptibles de bénéficier de cette exclusion.

Cette exclusion semble pouvoir concerner les établissements publics locaux ou nationaux ou les régies locales, sous réserve que ceux-ci disposent de droits exclusifs. En revanche, les entreprises privées concessionnaires de services publics ne sont pas organiquement visées. S'agissant de ces dernières, un deuxième alinéa a été inséré à la suite du premier, créant un deuxième cas d'exclusion lié à la détention de droits exclusifs.

Les droits exclusifs détenus par un opérateur économique

Aux termes du deuxième alinéa du 1^o de l'article 10 de la directive concession : « La présente directive ne s'applique pas aux concessions de services attribuées à un opérateur économique sur la base d'un droit exclusif qui a été octroyé conformément au traité sur le fonctionnement de l'UE et aux actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités visées à l'annexe II ».

D'emblée, on relève que la condition organique, qui figurait dans la proposition initiale de directive, liée à l'exigence de « double casquette » du titulaire des droits exclusifs – opérateur économique et entité adjudicatrice –, ne figure plus au deuxième alinéa du 1^o de l'article 10 de la directive concession, qui n'exige plus du bénéficiaire des droits exclusifs que la qualité d'opérateur économique.

Mais – pour simplifier sans doute – en supprimant ici la condition organique liée à la qualité d'entité adjudicatrice du titulaire des droits exclusifs, la nouvelle rédaction de l'article 10 fait disparaître la référence aux activités de l'annexe II, c'est-à-dire aux activités liées aux « secteurs spéciaux » ou « utilities services » exercées par les entités adjudicatrices.

Défaut rédactionnel issu des modifications successives apportées à cet article au cours des travaux parlementaires

(3) Aux termes de l'article 7 : « on entend par "entités adjudicatrices" les entités qui exercent l'une des activités visées à l'annexe II et qui attribuent une concession pour l'exercice de l'une de ces activités, et qui sont :

- a) soit l'État, une autorité régionale ou locale, un organisme de droit public, ou une association formée par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public ;
- b) soit une entreprise publique au sens du paragraphe 4 du présent article ;
- c) soit une entité autre que celles visées aux points a) et b) du présent paragraphe mais qui opère sur la base de droits spéciaux ou exclusifs, conférés pour l'exercice d'une des activités visées à l'annexe II ».

(2) L'annexe III de la proposition de directive relative aux activités exercées par les entités adjudicatrices est devenue l'annexe II dans la version finale de la directive votée par le Parlement le 15 janvier 2014.

ou volonté délibérée de ne pas limiter l'exclusion liée à la détention de droits exclusifs par un opérateur économique à l'exercice des activités de l'annexe II ?

Quoiqu'il en soit, l'article 10 dans sa version finale ne comporte pas de limitation matérielle expresse s'agissant de l'exclusion des concessions de service attribuées à un opérateur économique disposant d'un droit exclusif. Ce faisant, il accorde une place prépondérante à la question de la compatibilité des droits exclusifs octroyés par l'État membre avec la législation de l'UE, primaire comme dérivée.

C'est ainsi que, loin de conforter les monopoles existants en France dans les secteurs du gaz ou de l'énergie, la directive concession ne fait que rappeler que ceux-ci doivent être conformes au droit de l'Union, et en particulier à la réglementation sectorielle en cause, question qu'elle n'a ni pour objet, ni pour effet de trancher.

Cela étant, même si elle n'est pas reflétée par la rédaction actuelle du texte, la volonté politique d'exclure du champ d'application de la directive les activités exercées sous monopole de l'annexe II ressort certainement des débats qui ont entouré l'adoption de la directive concession.

On note à cet égard que la limitation originelle de l'exclusion aux activités de gestionnaires de réseau a été supprimée dans le but d'étendre cette exclusion aux activités de l'annexe II qui, sans constituer des activités de gestionnaires de réseau, font néanmoins l'objet de tarifs réglementés. Et l'activité de fourniture d'électricité au détail a été ajoutée à l'annexe II, à laquelle l'article 10 ne renvoie plus, apparaît finalement inopérante.

Par ailleurs, l'exclusion relative aux opérateurs économiques titulaires de droits exclusifs fait l'objet d'un encadrement renforcé par rapport à celle étudiée *supra*. En effet, un avis d'attribution devra, par dérogation à l'exclusion du champ d'application de la directive, être publié « lorsque la législation sectorielle de l'Union visée audit alinéa ne prévoit pas d'obligations sectorielles de transparence ». Cette disposition renvoie à une étude au cas par cas des réglementations sectorielles concernées.

De plus, il est prévu que « lorsqu'un État membre accorde un droit exclusif à un opérateur économique pour l'exercice d'une des activités visées à l'annexe II, il en informe la Commission dans un délai d'un mois suivant l'octroi de ce droit exclusif ». Cette obligation d'information, qui ne figurait pas dans la proposition de directive initiale, est motivée par la volonté d'« éviter les abus »⁽⁴⁾.

Il y a lieu toutefois de s'interroger sur la mise en œuvre d'une telle obligation s'agissant des monopoles légaux qui ne prévoient pas de limitation dans le temps, comme c'est le cas en France en matière de distribution de gaz naturel en zone de desserte historique et d'électricité. Et en conséquence de se questionner sur l'éventuelle nécessité d'informer la Commission européenne à chaque renouvellement des concessions portant sur ces activités afin d'assurer l'efficacité du dispositif.

(4) Rapport sur la proposition de directive du Parlement et du Conseil sur l'attribution des contrats de concession du 1^{er} février 2013.

Les exclusions sectorielles

Les exclusions sectorielles de la directive concession se sont multipliées au cours des discussions qui ont précédé l'adoption du texte. On peut distinguer selon qu'elles sont liées à des secteurs protégés par les États ou à des secteurs réglementés par le droit de l'Union.

Les secteurs protégés par les États

L'adoption de la directive concession s'est accompagnée de véritables batailles politiques menées par les États membres afin de tenter de faire exclure du champ d'application du texte certains secteurs stratégiques.

L'un des combats les plus notoires a été mené par l'Allemagne à propos du service public de l'eau, confié à des Stadtwerke, sociétés de quasi-régie à capitaux mixtes, qui gèrent ce service sans mise en concurrence.

À la suite de longues négociations et d'une initiative citoyenne lancée sur le fondement de l'article 11 du Traité sur l'UE, Michel Barnier a officiellement renoncé à inclure le secteur de l'eau du champ d'application de la directive concession dans un discours prononcé le 21 juin 2013.

Cette victoire politique s'est traduite par l'introduction d'un 40^e considérant aux termes duquel « les concessions dans le secteur de l'eau sont soumises à des arrangements spécifiques et complexes qui doivent faire l'objet d'une attention particulière, compte tenu de l'importance de l'eau en tant que bien public revêtant une importance fondamentale pour l'ensemble des citoyens de l'Union ». Cette exclusion, introduite à l'article 11 de la directive, vise les concessions de travaux et de services portant sur la « mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service lié à la production, au transport ou à la distribution d'eau potable » et à l'alimentation des réseaux en eau potable. Elle inclut également, lorsque ces activités sont liées à l'une des activités précitées, les concessions portant sur les projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage⁽⁵⁾ et l'évacuation ou le traitement des eaux usées.

Si elle a vocation à permettre à l'Allemagne de continuer à attribuer les concessions pour l'eau potable à des Stadtwerke sans mise en concurrence, elle ne remet pas directement en cause les dispositions de la « loi Sapin », qui encadrent en France la passation et l'exécution des contrats de délégation de service public.

La Commission devra communiquer au Parlement et au Conseil, dans les 60 jours suivant la publication de la directive au JOUE, un rapport destiné notamment à évaluer les effets économiques de cette exclusion sur le marché intérieur⁽⁶⁾.

Le secteur des loteries figure également au nombre des secteurs exclus en raison, d'une part, de l'existence de droits exclusifs au bénéfice d'organismes opérant dans ce secteur et, d'autre part, de la « nécessité de préserver la possibilité pour les États membres de réguler au niveau

(5) « Si le volume d'eau destiné à l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau mis à disposition par ces projets ou ces installations d'irrigation ou de drainage ».

(6) 84^e considérant.

national le secteur des jeux en raison de leurs obligations en termes de protection de l'ordre public et social »⁽⁷⁾.

Les concessions de services de loteries⁽⁸⁾ attribuées par un État membre à un opérateur économique sur la base d'un droit exclusif sont donc exclues du champ d'application de la directive aux termes du 9° de son article 10. La directive ajoute que le droit exclusif doit avoir été publié au JOUE.

En outre, les concessions attribuées pour la fourniture de certains médias audiovisuels ou médias de radiodiffusion sont exclues dans les conditions prévues au b) du 8° de l'article 10 dans la mesure où elles « revêtent une importance culturelle ou sociale » qui « rend inadéquate l'application de règles d'attribution de concessions »⁽⁹⁾. Pour autant, là encore, l'exclusion n'est pas acquise en France au regard de la loi Sapin précitée.

Le 8° de l'article 10 exclut par ailleurs certaines concessions de services en raison de leur objet, similairement à l'exclusion de ces services du champ d'application de la directive marché (acquisition ou location de terrains existants, services d'arbitrage ou de conciliation, services juridiques et services financiers). Cette exclusion semble néanmoins bien théorique s'agissant d'activités qui devront répondre aux critères de qualification des concessions, notamment en termes d'objet et de risque.

En outre, les « services d'urgence » – défense civile, protection civile ou prévention des risques – sont exclus du champ d'application de la directive s'ils sont fournis par des organisations ou associations à but non lucratif⁽¹⁰⁾. En revanche, les services ambulanciers de transport de patients ne sont pas exclus, même exercés par des organisations à but non lucratif⁽¹¹⁾.

Enfin, la directive ne s'applique pas à la fourniture de services liés aux campagnes politiques⁽¹²⁾ par un parti politique dans le cadre d'une campagne électorale⁽¹³⁾, ni aux concessions attribuées par les entités adjudicatrices pour l'exercice de leurs activités dans un pays tiers dans des conditions n'impliquant pas l'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique dans l'Union⁽¹⁴⁾.

Les secteurs réglementés par l'Union

En dernier lieu, l'exclusion de l'article 10 de la directive porte sur un certain nombre de contrats de concession qui se trouvent exclus en raison de la réglementation du secteur auquel ils se rattachent par des textes particuliers.

Ainsi en est-il tout d'abord des concessions relatives à des services de transport aérien basés sur l'octroi d'une licence d'exploitation au sens du règlement n° 1008/2008 du 24 septembre 2008, ainsi que des concessions relatives à des services publics de transport de voyageurs au sens du règlement n° 1370/2007 du 23 octobre 2007. Cette disposition est justifiée par l'existence d'une réglementation européenne sectorielle instaurant des règles spécifiques d'attribution.

Ensuite, le secteur des communications électroniques, s'agissant des concessions « qui ont principalement pour objet de permettre aux pouvoirs adjudicateurs la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux de communications publics ou la fourniture au public de services de communications électroniques », est exclu à l'article 12 de la directive. Cette exclusion est liée à la libéralisation du secteur par la réglementation sectorielle du droit de l'Union européenne. Mais ici aussi, elle n'implique pas nécessairement l'exclusion du champ de la loi Sapin précitée.

On peut s'interroger sur l'étendue de cette exclusion, qui semble à première vue viser les seules concessions de services. Il semble en revanche que les concessions portant à la fois sur des services et des travaux liés aux communications électroniques seraient susceptibles d'être soumises aux dispositions de l'article 20 de la directive relatif aux contrats de concession mixtes. Elles pourraient ainsi ne pas échapper à l'application de la directive si le contrat portait principalement sur les travaux.

Par ailleurs, une exclusion est prévue s'agissant des concessions qui doivent être attribuées conformément à des règles de passation prévues par une organisation internationale ou une institution financière internationale, lorsque les concessions en cause sont entièrement financées par ladite organisation ou institution. La même exclusion est prévue pour les marchés passés en vertu de règles internationales dans les « directives marché ».

Enfin, un régime particulièrement complexe est instauré s'agissant des concessions conclues dans le domaine de la défense et de la sécurité, ce secteur étant l'un de ceux ayant l'objet des plus nombreuses modifications par rapport à la proposition de directive.

Dans ce domaine, sont exclues les concessions visées par la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à passation de certains marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité lorsqu'elles sont régies par des règles de procédure fixées par un cadre international. Il en est de même des concessions expressément visées au point 6° de l'article 10, et lorsque que la protection des intérêts essentiels de la sécurité d'un État membre ne peut être garantie par des mesures moins intrusives.

En définitive, cet inventaire à la Prévert des exclusions du champ d'application de la directive concession, largement revisité au gré des joutes politiques qui ont opposé les États membres de l'Union européenne, donne un goût d'inachevé à la directive concession. De la grande entreprise qui visait à sécuriser les concessions de services, oubliées des directives européennes, on retient surtout pour l'heure un chantier de dérogations qui suscitera des interrogations sur leurs contours et leur conformité au traité.

(7) 35° considérant.

(8) Ces concessions doivent relever du code CPV 92351100-7.

(9) 43° considérant.

(10) 36° considérant.

(11) Commission Européenne « Frequently Asked Questions », 15 janvier 2014, MEMO/14/19.

(12) « Relevant des codes CPV 79341400-0, 92111230-3 et 92111240-6 ».

(13) Article 10, 8°, h).

(14) Article 10, 10°.