



## L'évolution du droit des concessions en droit communautaire

Par François Lichère

Professeur à l'Université Montpellier I

Traiter de l'évolution du droit des concessions en droit communautaire présuppose qu'il existerait non seulement une notion communautaire de concession mais également un ensemble de règles d'origine communautaire suffisamment cohérentes et ciblées pour pouvoir se voir attribuer le label de « droit » des concessions. Or, ni l'un, ni l'autre de ces présupposés ne revêt les habits de la certitude. Le droit communautaire originaire est muet sur la question des concessions, le droit dérivé ne définira, jusqu'en 2004, que les seules concessions de travaux. On trouve désormais, il est vrai, depuis la directive 2004/18, une définition de la concession de service, dont le critère de distinction d'avec les marchés publics est exclusivement financier (contrat ayant le même objet qu'un marché dont la rémunération consiste dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service ou dans ce droit assorti d'un prix). Mais lorsque l'on se penche sur les communications de la Commission de Bruxelles – en admettant que ces dernières participent à l'élaboration du droit communautaire, sous forme alors de « soft law » - les différentes initiatives en la matière (1991, 1996, 2000, 2004) ne révèlent pas une parfaite homogénéité conceptuelle. Par souci de simplicité, on s'en tiendra à la dernière acception en date, celle issue du livre vert sur les partenariats public-privé et le droit des marchés publics et des concessions, adopté en 2004. Pour la Commission, le partenariat public privé de type concessif « se caractérise par le lien direct existant entre le partenaire privé et l'usager final: le partenaire privé fournit un service au public, "à la place", mais sous le contrôle du partenaire public. Il se caractérise également par le mode de rémunération du co-contractant, qui consiste en des redevances perçues sur les usagers du service, le cas échéant complété par des subventions de la part des pouvoirs publics »<sup>1</sup>.

Etonnement, cette définition correspond à celle qui a traversé les âges. A l'exception de la Grèce antique, dans laquelle l'accomplissement par des personnes privées de tâches publiques, appelées « liturgies » (de leitōs : public et ergon : tâche), étaient accomplies par des grandes familles à titre gratuit, en guise d'imposition<sup>2</sup>, le droit romain puis le droit de l'ancien régime ont consacré la concession telle que décrite ci-dessus. En France, on peut même dire que la concession a accompagné l'émergence de l'Etat et des municipalités, sur le modèle seigneurial<sup>3</sup>. Paradoxalement, le XIX<sup>ème</sup> siècle, présenté comme le siècle libéral par excellence, sera celui de l'apogée des concessions en France. L'usage de la concession apparaît ainsi, selon les époques, porteuse de significations idéologiques contraires. Quoiqu'il en soit, la définition retenue par la Commission ne diffère guère de celle généralement retenue au cours des siècles, et synthétisée en France en 1916 par le commissaire du gouvernement Chardenet : « contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou de ceux qui bénéficient du service public »<sup>4</sup>. On ne retrouve pas, dans la définition de

<sup>1</sup> COM 2004/0327 Final

<sup>2</sup> D. Triantafyllou, Evolutions de la notion de concession de service public sous l'influence du droit communautaire, RMCUE, 1997, p. 558.

<sup>3</sup> J-L Mestre, Introduction historique au droit administratif français, PUF 1985, spec. p. 45 et s.

<sup>4</sup> Conclusions sur CE 30 mars 1916, Gaz de Bordeaux, RDP 1916, p. 213. On doit relever tout de même que l'expression de concession recouvre d'autres acceptions en droit français : les concessions funéraires et les concessions

la Commission, la référence au service public pour des raisons que l'on retrouvera. Mais l'économie du contrat de concession est bien la même dans les deux définitions. On doit ajouter toutefois, que, implicitement mais nécessairement, du moins d'après la plupart des auteurs, la concession confie une mission à titre exclusif<sup>5</sup>.

Si l'on peut, sur cette base, retenir une acception communautaire – parmi d'autres - de la concession, existe-t-il pour autant un « droit communautaire des concessions » ? Certes, le sujet qu'il est proposé de traiter se garde bien de reprendre une telle expression. Il n'en implique pas moins au premier abord l'idée que le droit communautaire appréhenderait les concessions *a minima*, qu'il les reconnaîtrait, non comme une question majeure impliquant l'élaboration d'un système complet et cohérent de règles, comme peut l'être le droit des aides d'Etat ou celui des marchés publics au niveau communautaire ou encore le droit des délégations de service public en droit français, mais comme, à tout le moins, une question étant abordée par lui. Or, rien n'est moins sûr en droit positif, même depuis l'adoption des directives marchés du 31 mars 2004. La seule obligation procédurale textuelle est et demeure l'obligation d'une publicité européenne pour les seules concessions de travaux d'un montant supérieur à un seuil. D'aucun pourrait dénoncer ici une vision par trop « droit écrit » du droit, qui négligerait l'apport de la jurisprudence. Celle-ci n'est pas neutre en effet en la matière, mais elle se borne à appliquer aux concessions des principes généraux issus des traités européens, trahissant précisément l'absence d'une prise en compte spécifique. Dès lors qu'il n'existe pas un droit des concessions en droit communautaire, il paraît encore plus difficile d'en retracer l'évolution. Mais le sujet peut être lu comme invitant à s'interroger sur l'évolution du traitement communautaire des concessions ou de l'impact du droit communautaire sur les concessions. Or, après l'ignorance initiale, il est permis de voir dans des initiatives récentes des signes avant-coureurs d'une prise en compte globale des concessions. Et puisque le sujet appelle à inscrire la réflexion dans le temps, il semble possible de dégager deux phases dans le traitement communautaire des concessions : l'inexistence initiale d'un droit des concessions en droit communautaire (I) cède la place à l'ébauche d'un droit communautaire des concessions (II). L'année 2000 représente à cet égard l'année charnière – même si toute césure de cet ordre est toujours nécessairement un peu simplificatrice et donc artificielle.

## **I/ L'inexistence initiale d'un droit des concessions en droit communautaire**

On pourrait, pour illustrer cette première phase chronologique, paraphraser ce qui a pu être dit à propos des services publics : le droit communautaire n'a pas instruit le procès des concessions, il a fait pire : il les a longtemps ignorées. Cette ignorance s'est non seulement traduite par un quasi-mutisme du droit communautaire à l'endroit des concessions (I.1)<sup>o</sup> mais aussi et surtout par une application compromettante du droit de la concurrence (I.2).

### *I.1 Le quasi-mutisme originare du droit communautaire sur les concessions*

Bien qu'ayant voulu appréhender dès la fin des années 80 les concessions, la Commission de Bruxelles s'est heurté au refus des Etats de toute initiative en matière de concession de service. Seule une réglementation minimale en matière de concession de travaux a été admise en 1989. Il est permis de se demander si ce refus d'une communautarisation du droit des concessions n'est pas responsable en partie de la réduction de la notion de concession au profit de celle de marché.

---

d'occupations domaniales se bornent à autoriser l'occupation du domaine public, la concession de main d'œuvre pénale est un contrat de droit privé par lequel l'Etat fournit une prestation de service, la concession de lais et relais de la mer est une vente, et la concession de mines n'est même pas un contrat (cf. Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> édition, p. 521).

<sup>5</sup> A l'exception notable de M. Triantafyllou qui développe l'idée de concessions concurrentes et de concessions dominantes concurrencées, dans son article précité.

### I.1.1. Un refus de communautarisation du droit des concessions

Ce refus fut clairement exprimé à l'occasion de l'adoption de la directive marché de service du 18 juin 1992. Alors que dans une proposition de directive de 1991 sur « les concessions de service public », la Commission suggérait d'en réglementer l'usage, sur le modèle des marchés publics, les Etats ont entendu exclure les concessions des règles du droit des marchés publics ou même seulement de règles qui s'en inspirent. Contrairement à ce qu'avait pu suggérer le Professeur Sue Arrowsmith<sup>6</sup>, en dépit d'une certaine ambiguïté rédactionnelle qui se bornait – et se borne toujours – à une référence au caractère onéreux du contrat<sup>7</sup>, la définition du marché public retenue par la directive service n'incluait pas les concessions, ainsi que la Commission elle-même l'a reconnu dans son livre vert sur le droit des marchés publics de 1996. Seule la directive marché de travaux du 18 juillet 1989 a introduit une définition de la concession de travaux, aujourd'hui reprise dans la directive 2004/18. Il s'agit d'« un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix » (art. 1<sup>er</sup>, 3). La directive ne se bornait pas ici à définir mais imposait le respect de mesures de publicité pour les concessions de travaux au-delà de 5 millions d'euros. Pour le reste, le pouvoir adjudicateur restait entièrement libre de choisir son cocontractant.

Ce refus de préciser davantage le régime des concessions de travaux et surtout de ne pas l'étendre aux concessions de service a eu probablement trois causes. En premier lieu, le motif mis en avant par le Conseil en 1991 a consisté à constater que ce mode contractuel n'était pas répandu de façon uniforme au sein des pays européens<sup>8</sup>. En deuxième lieu - et il s'agit d'une préoccupation que l'on retrouve encore aujourd'hui, en particulier dans les remarques de certains Etats-membres faites à la suite du livre vert de 2004 – la perspective d'une législation communautaire en la matière aurait pu conduire à une réglementation ne laissant pas suffisamment de souplesse de mise en œuvre. Les contrats de concession, contrats généralement complexes et de longue durée, s'accommoderaient mal d'un carcan empêchant des adaptations et des négociations en cours de procédures ou des modifications en cours de contrats. Il conviendrait même pour certains de préserver le principe de *l'intuitu personae*, qui suppose une confiance dans la personne du cocontractant et la possibilité de le choisir directement. En troisième lieu, les Etats-membres ont pu craindre, peut-être à tort, qu'une initiative communautaire pourrait avoir pour effet de remettre en cause l'existence même de concessions dans certains domaines. Des prérogatives de puissance publique pouvaient être contestées dès l'instant où l'on aurait pu se saisir de cette opportunité pour définir le champ des activités pouvant faire l'objet de concessions exclusives de celles qui doivent être ouvertes à la concurrence. La Grande-Bretagne n'autorise-t-elle pas déjà la concurrence des distributeurs d'eau pour les gros consommateurs ?<sup>9</sup> Autant les Etats pouvaient consentir à une réglementation des opérations d'achats, autant il pouvait leur paraître attentatoire à leur souveraineté que de s'intéresser aux concessions. L'usage même de l'expression de concessions « de service public » dans la communication de 1991 a pu nourrir cette crainte. Or, ce refus d'une communautarisation est peut-être directement à l'origine d'une définition restrictive de la concession en jurisprudence.

### I.1.2 Une notion concurrencée par la définition extensive des marchés publics

<sup>6</sup> Public procurement law review, 1995, p. 262

<sup>7</sup> Sans doute, la version anglaise était-elle encore plus équivoque puisque, contrairement au français, le droit anglais ne dispose pas d'un terme traduisant l'idée de contrat d'achat – marché public en français – mais utilise l'expression générique de « public contracts ». A cet égard, il serait bienvenu que les directives parlent plutôt de public procurement contracts lorsqu'elles visent les marchés publics.

<sup>8</sup> Joël Arnould, Le texte définitif de la communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire, RFDA 2000, p. 1016

<sup>9</sup> Voir Philippe Cossalter, Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne, LGDJ, 2007, p. 433.

Alors même que les Etats-membres ont rejeté l'idée d'un alignement du droit des concessions sur le droit des marchés publics, la jurisprudence de la Cour de justice conduit, dans un certain nombre de cas, à grignoter la notion de concession par une conception particulièrement extensive de celle de marché public<sup>10</sup>. L'hypothèse ici avancée consiste à dire que l'absence de véritable réglementation des concessions au plan communautaire a sans doute poussé le juge à qualifier de marchés publics des contrats de type concessif. Certes, théoriquement, la concession n'est pas une exception au marché public de sorte que, comme avait pu le faire remarquer l'avocat général Fennelly dans ses conclusions sur l'affaire Telaustria<sup>11</sup>, elle ne devrait pas être interprétée strictement. Il n'en demeure pas moins vrai que la Cour, s'abritant derrière l'effet utile des directives marchés, a développé une conception à ce point large qu'elle ne peut s'expliquer que par le souci de soumettre des contrats financièrement conséquents à des règles formelles de mise en concurrence et pas seulement au principe général de transparence. Cet « effet pervers » de l'absence de communautarisation du droit des concessions ne s'est pas fait sentir tout de suite. A vrai dire, il s'illustre encore de nos jours, ce qui démontre d'ores et déjà que l'ébauche de réglementation que l'on croit déceler depuis 2000 est sans doute encore insuffisante.

Trois affaires illustrent cette conception extensive du marché là où l'on aurait pu facilement déceler la présence d'une concession. Dans un arrêt *Ordre des avocats de la province de Milan et Lodi* du 12 juillet 2001 (aff. C-399/98), la Cour qualifie de marchés de travaux un contrat par lequel un lotisseur construit des ouvrages publics sans être rémunéré par le pouvoir adjudicateur. Certes, dans cette affaire, le lotisseur est dispensé de payer une taxe pour les équipements collectifs (il s'agit donc d'un abandon de recettes) mais il se rémunère surtout par l'exploitation de la zone, de sorte que l'on aurait pu y voir une concession d'aménagement ; or la Cour se borne à y voir un marché public en se référant uniquement à l'abandon de recettes. Il était d'ailleurs possible de voir que la solution émise à propos d'une législation italienne pouvait avoir des incidences sur les concessions d'aménagement en droit français<sup>12</sup>. L'arrêt *Auroux* du 18 janvier 2007 (aff. C-220/05) confirme ce dernier point puisqu'il qualifie une concession d'aménagement de marché public. Certes, en l'espèce, le contrat prévoyait une clause de rachat des ouvrages non vendus par le « concessionnaire », de telle manière que la plupart des commentateurs ont pu y voir une illustration du critère du risque d'exploitation, le cocontractant en l'espèce ne supportant en somme aucun risque. Mais il est possible d'adopter une interprétation plus radicale : il n'y aurait pas concession de travaux dans la mesure où il n'y aurait pas exploitation des ouvrages construits pour le compte des personnes publiques. Seul sont « exploités » les terrains avoisinants grâce à la revente d'immeubles privés construits sur ces terrains. De fait, à aucun moment le juge ne s'appuie sur l'absence de risque d'exploitation pour qualifier le contrat de marché public. Dans ce cadre, toutes les concessions d'aménagement devraient être qualifiées de marchés publics au sens communautaire. Cette interprétation peut être corroborée par l'arrêt du 18 juillet 2007 *Commission c/ Italie* (aff. C-382/05) qui ajoute que l'existence de recettes en provenance de tiers n'a pas d'incidence sur la qualification si ces recettes ne proviennent pas de l'activité principale. Il n'est pas sûr, par ailleurs, que la définition française de la délégation de service public soit fondée sur l'idée de risque d'exploitation<sup>13</sup>.

L'absence d'un véritable droit communautaire des concessions pourrait expliquer cette conception restrictive de la concession. Mais le droit communautaire a pu conduire à remettre en cause les concessions par le biais du droit de la concurrence.

## *1.2 L'impact négatif du droit de la concurrence sur les concessions*

<sup>10</sup> Cf, Laurent Richer, *Que reste-t-il de la délégation de service public ?*, AJDA 2007, p. 2225

<sup>11</sup> CJCE 7 décembre 2000, aff. C-324/98

<sup>12</sup> On nous permettra de renvoyer sur ce point à notre analyse de cet arrêt, CP-ACCP mars 2002, p. 52

<sup>13</sup> Voir sur ce point notre fascicule *régie intéressée*, n° 755, *Jurisclasseur collectivités territoriales* ; voir aussi, pour une confrontation des notions et régimes de la délégation de service public et de la concession au sens communautaire, Jean-François Sestier, *Délégation de service public et droit communautaire*, *Contrats et marchés publics*, mai 2003, p. 26

En droit, le silence vaut souvent rejet. L'inexistence d'un droit des concessions a amené l'application du droit de la concurrence (lato sensu) aux concessions avec toutes les conséquences que cela peut entraîner en terme de déconstruction. La libéralisation dans les secteurs des réseaux, opérées depuis les années 90, a jeté le discrédit sur des systèmes fondés sur des droits exclusifs dont la concession est le principal instrument. De manière plus marginale le droit communautaire a imposé des obligations particulières à certains concessionnaires.

### I.2.1 La libéralisation des secteurs de réseaux, vecteur d'une remise en cause des concessions

Il n'est pas utile de revenir sur les détails, connus de tous, des directives et jurisprudences de la Cour de justice ayant conduit à une ouverture à la concurrence des divers secteurs de réseaux. Il sera simplement souligné qu'elles ont eu pour effet de remettre en cause, partiellement ou totalement, l'existence de droits exclusifs et par là même des concessions qui en étaient le support. Le marché apparaît comme mieux à même de répondre aux besoins de la population et des entreprises là où, pendant tout le XXème siècle, le même souci avait pu conduire à la justification de monopoles. La théorie des monopoles naturels avait amené les Etats occidentaux à confier en effet l'exploitation d'un réseau unique en raison des surcoûts qu'engendrait la duplication des réseaux, en dépit d'une expérience contraire dans l'Angleterre du XIXème siècle<sup>14</sup>. La remise en cause des monopoles, généralement concédés au plan national ou régional, peut trouver des raisons d'être dans les progrès technologiques (possibilité d'utiliser le réseau téléphonique par plusieurs opérateurs) et économiques (construction achevée des réseaux et installations amorties). Toutefois, c'est plus certainement une conception idéologique, sous influence anglo-saxonne, qui a promu le marché au détriment de la concession. Les secteurs des télécommunications, de l'énergie, des services postaux et dans une moindre mesure des transports ferroviaires ont été touchés par ce phénomène. Les missions de services publics, lorsqu'elles demeurent, ne permettent plus de justifier la concession exclusive et sont seulement accomplies par un des opérateurs grâce à des compensations. Encore convient-il de remarquer que la libéralisation des secteurs de réseaux ne se traduit pas par une disparition totale de la concession. La présence d'un réseau unique suppose un gestionnaire unique de ce réseau ou de certaines parties de ce réseau. La concession se trouve cependant réduite alors à l'acheminement du produit (à l'image du transport et de la distribution d'électricité), quand hier elle englobait aussi la production, l'importation, l'exportation et la fourniture. C'est cette absence de concurrence pour certains services qui a conduit le droit communautaire à imposer des obligations particulières à certains concessionnaires.

### I.2.2 La soumission de certains concessionnaires à des contraintes minimales

L'existence de tels droits exclusifs explique qu'en 1989, la directive communautaire marché de travaux se soit intéressée aux marchés passés par ces concessionnaires. L'absence de concurrence entre gestionnaires de réseaux pouvait laisser craindre – à juste titre dès lors qu'ils ne sont pas nécessairement exclusivement soumis à une logique de concurrence – que le choix de cocontractants ne se fasse pas dans des conditions de stricte égalité. Il y a pourtant ici quelques paradoxes à imposer à un concessionnaire de mettre en concurrence ses cocontractants (sous la forme il est vrai souple du marché négocié avec publicité) alors que le contrat passé en amont pour le choisir comme concessionnaire ne fait l'objet d'aucune obligation communautaire de mise en concurrence.

De manière quelque peu surprenante, cette directive « réseaux » ne concerne pas tous les gestionnaires de réseaux. Les concessionnaires d'ouvrages routiers tels les autoroutes ont été oubliés. Lors de la privatisation des concessions d'autoroutes en 2005 en France, le Conseil de la

<sup>14</sup> Cf. Laurent Richer (coord.), Concurrence pour le marché, concurrence dans le marché, LGDJ 2007

concurrence a ainsi été amené à recommander la mise en concurrence des contrats des sociétés concessionnaires qui ne remplissaient pas les critères de l'organisme de droit public au sens de la directive 2004/18<sup>15</sup>. Ce sont les cahiers de charges de ces concessions qui imposent donc le respect de règles de mise en concurrence pour les contrats passés par ces sociétés.

La directive de 1989 représentait la première esquisse d'un droit visant spécifiquement des concessionnaires. Mais il s'agissait d'une législation ne touchant que certains concessionnaires. On assiste aujourd'hui à une prise en compte plus globale.

## **II/ L'ébauche contemporaine d'un droit des concessions en droit communautaire**

Si l'on a choisi l'année 2000 comme symbole d'un changement d'orientation du droit communautaire, avec toutes les réserves qui doivent accompagner un choix aussi simplificateur, c'est parce qu'elle a été celle de la communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique mais aussi celle de l'application du principe de transparence à la passation des concessions par la Cour de justice. Progressivement se met en place un cadre juridique pour les concessions, avec les limites toutefois que représentent l'usage de la « soft law » (II.1)<sup>16</sup>. Discrètement, c'est le modèle de la concession qui semble reconnu, entre marché et dirigisme (II.2).

### *II.1 L'encadrement communautaire des concessions, entre droit écrit, droit jurisprudentiel et soft law*

#### II.1.1 Etat des lieux du droit positif

L'ébauche d'un droit des concessions qui se dessine s'illustre d'abord dans le droit dérivé. La directive 2004/18 du 31 mars 2004 consacre un titre III comportant 7 articles relatifs aux règles applicables aux concessions de travaux. On pourrait glosier sur l'opportunité de la présence de telles dispositions au sein d'une directive relative aux marchés publics. Même si cela illustre bien l'idée de l'absence d'un droit spécifique pour les concessions, ce qui importe finalement est bien l'existence de règles encadrant la mise en concurrence. Après avoir fixé un seuil d'applicabilité à ces concessions, l'article 57 en exclut un certain nombre du champ d'application de la directive (télécommunications, contrats secrets, contrats dans le domaine international, contrats des entités adjudicatrices). Le calcul des seuils fait l'objet de précisions petit à petit par la jurisprudence, et la tendance est manifestement à l'acception large de la notion d'ouvrage<sup>17</sup>. L'ensemble de ces exclusions (en dessous du seuil fixé à l'article 56 ou en fonction des domaines) posent évidemment la question de leur compatibilité avec le principe général de transparence dégagées en 2000 à propos des concessions de service public. Très probablement, ce principe implique un minimum de publicité des concessions exclues, sauf pour les cas des marchés secrets car on peut y voir un motif impérieux d'intérêt général<sup>18</sup>. Il reste à déterminer quelle doit être cette publicité. Pour les

<sup>15</sup> Avis n°05-A-22, 2 décembre 2005

<sup>16</sup> Voir, notamment, Ulla Neergaard, Public service concessions and related concepts – the increased pressure from community law on member states' use of concessions, P.P.L.R. 2007, 6, 387-409

<sup>17</sup> CJCE, 27 oct. 2005, aff. C-187/04 et C-188/04, Commission des communautés européennes c/ République italienne, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 21, 22 Mai 2006, 1113, note Linditch.

<sup>18</sup> La jurisprudence communautaire a recours à cette notion pour justifier des dérogations à l'application de différents principes – cf. Henri Courivaud, La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen, Revue Internationale de Droit Economique 2004- 4 (t. XVIII), 4

concessions inférieures au seuil fixé, la publicité dépendra en grande partie du montant de la concession. Pour les exclusions par domaines, la question se pose de savoir si l'on ne doit pas faire application de la solution dégagée récemment dans l'affaire Commission contre Irlande à propos des marchés de service de l'annexe II.B de la Directive qui préconise une publicité pour les seules contrats ayant un intérêt transfrontalier certain<sup>19</sup>.

Les règles de publicité se résument à la publication selon un modèle d'un avis au J.O.U.E. Mais il est également prévu un délai minimum pour présenter les candidatures, fixé à 52 jours sauf exceptions. Le pouvoir adjudicateur peut également imposer au concessionnaire de recourir à la sous-traitance jusqu'à une certaine hauteur. L'article 61 prévoit un régime d'attribution de travaux complémentaires nécessités par la survenance d'un événement imprévu qui reprend pour l'essentiel les dispositions relatives aux marchés complémentaires. On peut se demander toutefois si les concessions de travaux, compte tenu de leur complexité, de leur durée et de l'évolution des besoins qu'il pourrait advenir, ne devrait pas connaître d'un régime plus souple de travaux complémentaires. Une disposition prévoit bien en ce sens qu'il la possibilité de confier des travaux complémentaires « lorsque ces travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement. » mais cette disposition se retrouve en matière de marchés publics (cf. art. 31.4.a de la directive 2004/18). D'autres dispositions imposent une publicité des marchés passés par les concessionnaires lorsqu'ils n'ont pas le statut de pouvoir adjudicateur, mais le seuil fixé (aujourd'hui 5 150 000 euros) paraît excessivement élevé et reprend en outre l'exclusion, déjà présente dans la directive réseau et très controversée, du recours à des entreprises membres du groupement concessionnaire et surtout du recours à des entreprises qui leur sont liées.

On remarquera qu'en outre, ces règles ne valent que pour les pouvoirs adjudicateurs, pas pour les entités adjudicatrices au sens de la directive 2004/17 sur les réseaux. Il n'en demeure pas moins que les concessions de travaux sont soumises désormais à un régime de publicité minimal, sans pour autant être soumises à un régime de mise en concurrence.

On ne trouve aucune disposition équivalente pour les concessions de service, en dépit du fait qu'elles sont désormais définies par la directive 2004/18 du 31 mars 2004. C'est la célèbre jurisprudence *Telaustria* de 2000 qui implique un minimum de publicité adéquate en application du principe de transparence qui découle des traités communautaires. Il reste à déterminer ce que peut être cette publicité. L'avocat général Fennelly indiquait dans ces conclusions que, selon lui, cela ne signifiait pas nécessairement publication mais que l'on pourrait admettre une consultation de quelques entreprises. Pareille interprétation semble toutefois aléatoire dans la mesure où de telles consultations ne garantissent pas du respect du principe de non discrimination. Fort logiquement cependant, la Cour a appliqué l'exception *in house* aux contrats de concession<sup>20</sup>.

### I.1.2 Rôle et limites du soft law

Peu de temps avant la jurisprudence *Telaustria*, et certainement en lien avec elle, la Commission a produit une importante communication interprétative sur les concessions de services d'utilité publique<sup>21</sup>. Outre l'introduction d'une notion nouvelle, jusqu'alors inutilisée en droit communautaire, qui traduit sans doute les leçons tirées du rejet de la communication sur les concessions de service public et peut-être aussi l'influence des droits anglais et américains (« public utilities »), cette communication jette les bases d'un véritable droit communautaire des concessions.

<sup>19</sup> CJCE 13 novembre 2007, Commission c/ Irlande, aff. C-507/03

<sup>20</sup> CJCE, 6 avr. 2006, aff. C-410/04, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c/ Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA

<sup>21</sup> Voir Alfonso Mattera, La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique : un instrument de transparence et de libéralisation, RDUE 2000, p. 253 ; Christophe Fouassier, Vers un véritable droit communautaire des concessions ? RTDE 2000, p. 675 ; voir également l'article de Joël Arnould précité à la RFDA 2000.

Elle y indique les principes qui s'appliquent et les conséquences que l'on peut en tirer : principe de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle.

Mais ce régime n'a que la valeur de la « soft law » et c'est là le principal reproche que l'on peut faire à ces règles. Elles ne s'imposent pas juridiquement, en tout cas n'impliquent pas une transposition en droit national et leur application peut rester largement théorique dans certains pays. Elle ne garantit pas surtout une pleine sécurité juridique dès lors que les interprétations de la Commission pourraient ne pas être suivies par les juridictions communautaires, en particulier s'agissant de l'interprétation de principes très généraux. Elle ne règle pas tous les problèmes enfin, à l'image de la possibilité de cessions du contrat de concession à des tiers. Il est vrai que sur ce dernier point, la commission a été amenée à préciser sa position, par une simple lettre, reprenant à peu près à l'identique, les solutions qui avaient été préconisées par le Conseil d'Etat<sup>22</sup>. La question de la durée des concessions mériterait également d'être précisée. Même si la communication indique qu'elle doit être liée à la durée d'amortissement, la pratique laisse apparaître des durées très longues, à l'image de la concession du viaduc de Millau octroyée pour 75 ans alors que de récentes déclarations des dirigeants de la société concessionnaire font état d'un amortissement au bout de 16 années d'exploitation<sup>23</sup>.

La présence d'une réglementation pour les concessions de travaux alors qu'il n'en existe pas pour les concessions de service risque de produire l'effet pervers (déjà relevé pour les marchés) d'une hypertrophie de la catégorie des concessions de travaux, d'autant que la jurisprudence existante en la matière est d'interprétation délicate<sup>24</sup>.

De même, le régime de l'adaptation du contrat de concession devrait être précisé.

Enfin, la question de l'inclusion des concessions unilatérales dans le champ d'une directive, alors que la Commission recommande le respect du principe de transparence dans son livre vert de 2004, mériterait elle aussi d'être tranchée dans un souci de sécurité juridique.

En somme le chantier est ouvert, et il ne faudrait pas craindre de le terminer dans la mesure où l'on garderait à l'esprit la souplesse qui doit gouverner la passation et l'exécution de ces contrats. En particulier, rien ne devrait imposer selon nous la procédure de dialogue compétitif pour la passation des concessions. La souplesse ne doit pas être perçue comme pas nécessairement synonyme d'absence de réglementation ; bien encadrée, au contraire, elle peut être source de confiance.

## *II.2 La reconnaissance discrète des concessions comme 3<sup>ème</sup> voie entre dirigisme et privatisation*

Cette reconnaissance est très largement implicite en droit communautaire. Elle résulte de l'absence de remise en cause de nouveaux régimes concessifs mais aussi de la promotion des partenariats public-privé.

### **II.2.1 Le maintien probable du régime concessif dans un certain nombre de domaine**

Si les années 90 ont été celles des privatisations, les années 2000 pourraient être celles des concessions. Du moins ne devraient-ils guère y avoir d'autres remises en causes. La libéralisation de nouveaux réseaux est plus qu'hypothétique, en particulier pour les réseaux locaux, très variés d'un Etat à l'autre, contrairement aux grands réseaux nationaux<sup>25</sup>. Et même l'ouverture à la

<sup>22</sup> Voir Paul Lignères, Le droit communautaire des marchés publics autorise la cession des contrats, Droit Administratif n° 4, Avril 2005, prat. 4

<sup>23</sup> Le contrat contient toutefois une disposition intéressante, avec la présence d'une fin automatique de la concession en cas d'atteinte d'un chiffre d'affaire cumulé et actualisé de 375 millions d'euros.

<sup>24</sup> CJCE 19 avril 1994, Gestion Hotelera internacional, aff. C6331/92

<sup>25</sup> Cf. Philippe Cossalter, op. cit., p. 433



concurrence de ces derniers ne supprime pas toutes concessions, comme il a été vu plus haut. Dans le domaine des ouvrages d'art, les ressources limitées des Etats, conjuguées aux critères de Maastricht plafonnant l'endettement public, devraient conduire de plus en plus souvent les pouvoirs publics à faire le choix de la concession, seule forme contractuelle permettant la réalisation de ces ouvrages sans coûts pour le contribuable, à l'image du viaduc de Millau.

D'autres raisons peuvent légitimer le recours aux concessions. Entre dirigisme et libéralisme, régie directe et privatisation, les concessions permettent à la personne publique de bénéficier des compétences du secteur privé, sans perdre le contrôle des activités, ni de façon définitive, ni même temporairement puisque le contrat autorise un contrôle pendant toute sa durée. L'externalisation complète d'un service présente moins de risques qu'une privatisation pure et simple. Les résultats parfois décevants de l'ouverture à la concurrence des secteurs de réseaux, à l'image de l'électricité, qui ne garantit pas une sécurité d'approvisionnement parfaite du fait d'un taux élevé d'utilisation des centrales, et qui connaît une hausse des tarifs contrairement à ce qui était escompté, sont de nature à légitimer le système concessif.

Cette méfiance à l'égard de la libéralisation s'illustre parfaitement dans le domaine des transports terrestres (par rail, route ou voie navigables), alors même que tous ne sont pas soumis à de fortes contraintes de réseaux<sup>26</sup>. Le règlement du 26 juin 1969 posait le principe d'élimination des obligations inhérentes à la notion de service public, celui du 20 juin 1991 envisageait des « contrats exclusifs de service public » et d'autres non exclusifs, la proposition de règlement du 21 février 2002 suggérait de mettre en place un véritable régime de la concession de transport, tout en fixant à long terme l'interdiction de gestion en régie de ces services. Même si ce dernier point a finalement été rejeté par les Etats-membres lors de l'adoption du règlement du 3 décembre 2007, il traduit l'idée selon laquelle les concessions devraient devenir un mode normal d'action publique dès lors qu'est en jeu une activité économique. Se dessinent ainsi les contours d'une véritable obligation de concéder, certes contraire à la plupart des traditions nationales qui laisse un libre choix entre internalisation et externalisation, mais qui, s'il était mis en œuvre, contribuerait à l'expansion des concessions. Cette obligation pourrait être le pendant, pour des services marchands, du maintien de droits exclusifs et traduirait bien l'idée d'un Etat faisant faire plutôt que faisant lui-même. Elle va toutefois à l'encontre de l'idée, très en vogue, de l'évaluation préalable au recours à l'externalisation et de celle, plus classique, du libre choix du mode de gestion.

On fera remarquer que ni la communication interprétative de 2000, ni le guide vert de 2004 ne cherchent à déterminer précisément – et donc limitativement – le champ des concessions. La crainte que les Etats-membres pouvaient avoir d'une réduction des possibilités de recours à la concession semble ainsi s'éloigner et à l'inverse, la concession et les PPP de manière générale sont parés des vertus de la modernité : la Commission en appelle ouvertement à leur utilisation, en particulier pour favoriser les investissements pour les infrastructures transnationales.

Les guidelines de la CNUDCI ou les recommandations de la banque mondiale ou du FMI participent elles aussi à la promotion des concessions, même si elles utilisent souvent l'expression, pourtant équivalente, de contrats Built operate transfer (BOT). Elles sont aussi à l'origine de l'expression de partenariat public privé qui contribue également au renouveau des concessions.

On doit ajouter que le droit des aides d'Etat n'oblige plus à notifier préalablement à la commission les mesures compensant les charges de service public, ce qui contribue à la reconnaissance de la

---

<sup>26</sup> A l'exception du cabotage maritime dont le régime libéralisé rend incompatible avec le droit communautaire l'octroi d'une concession, cf. CJCE 9 mars 2006, Commission c/ Espagne, aff. C-323/03, Revue de droit maritime français, 2006, p. 536, note Robert Rozenhel.

spécificité des missions des concessionnaires. Toutefois, c'est surtout dans les secteurs ouverts à la concurrence que ces règles trouvent surtout leur intérêt<sup>27</sup>.

## II.2.2 La promotion des concessions à travers les partenariats public-privé

Le livre vert sur les partenariats public-privé, adopté en 2004, entendait « discuter le phénomène du PPP au regard du droit communautaire des marchés publics et des concessions ». Il a donné lieu à une communication de la Commission en 2005 à la suite des avis recueillis<sup>28</sup>. Ce livre vert a eu le mérite d'examiner ce qui devrait faire l'objet d'une législation communautaire pour renforcer la sécurité juridique. Les concessions (à la différence des partenariats publics privés institutionnels) en font parti. Un des buts également est de permettre de promouvoir cette nouvelle forme de collaboration entre secteur public et secteur privé en Europe. Pareil objectif illustre la volonté de la Commission de Bruxelles de favoriser ces modes dont la concession est un volet. E cet égard, il ne faut pas voir dans les contrats de partenariat une concurrence faite aux concessions dans la mesure où ils viennent souvent en pratique remplacer des marchés publics ou une gestion en régie plutôt que des concessions<sup>29</sup>.

L'autre apport de ce document réside dans le maintien de la distinction marché/concession. Pour la Commission, les partenariats publics-privés peuvent être, selon les cas, soit des marchés publics soit des concessions. Il n'existe donc pas de réglementation uniforme au plan communautaire pour les PPP et la Commission n'envisage pas d'en adopter. Pareille conclusion vient conforter la notion de concession. Celle de PPP ; d'origine anglo-saxonne, transcende en effet la dichotomie traditionnelle entre marchés publics et concession. Elle se fonde sur la prise en compte de la spécificité de contrats complexes, de longue durée, qui supposent un financement privé, sans qu'importe vraiment alors le fait de savoir si l'ouvrage ou le service sera payé par le pouvoir adjudicateur ou l'utilisateur. C'est une vision plus financière que économique. En refusant de faire des partenariats public-privés une catégorie à part entière, le droit communautaire assure la pérennité de la catégorie des concessions, voire devrait même en assurer sa promotion<sup>30</sup>.

Il ne reste plus aujourd'hui qu'à asseoir davantage les règles de cette catégorie dans un texte écrit qui seul permettra de renforcer la sécurité juridique, sans pour autant sacrifier la nécessaire souplesse qui doit présider à la passation et à l'exécution de tels contrats, ce qui a été d'ailleurs annoncé par la Commission en 2005. Car, s'il n'y a pas de concurrence dans le marché, il doit y avoir une concurrence pour le marché, ainsi que l'expliquait l'économiste anglais du XIXème siècle Chadwick<sup>31</sup>, et cette concurrence requiert la définition de règles précises. La réglementation, ce travers si souvent dénoncé, est aujourd'hui seule garante d'une saine concurrence en matière de concession.

<sup>27</sup> Saut dans l'affaire Altmark où était en cause une concession (CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, Altmark), les autres affaires concernent surtout des missions de service public maintenues dans un secteur libéralisé.

<sup>28</sup> Cf. Régis Passérieux, Jean-Marc Thouvenin, Les partenariats public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession, RMCUE, 2005, p. 232 ; François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, Les perspectives communautaires en matière de PPP et de concessions, Contrats et Marchés publics n° 1, Janvier 2006, Repère 1

<sup>29</sup> Pour une opinion contraire, voir Gilles J. Guglielmi, Le droit administratif français est-il encore exportable ?, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 16, 16 Avril 2007, 2098

<sup>30</sup> Contra, Henri Courivaud, La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen, Revue Internationale de Droit Economique 2004- 4 (t. XVIII, 4)|

<sup>31</sup> Cf. Laurent Richer (coord.), Concurrence pour le marché, concurrence dans le marché, LGDJ 2007, précité.