

**Colloque : le droit communautaire des concessions : une construction
inachevée ?**
Institut d'études politiques de Paris – Institut de la Gestion Déléguée (IGD)

Paris, le 18 janvier 2011

Table ronde n°3 : Les enjeux juridiques actuels

**Points de convergence / Points de divergence entre la jurisprudence du Conseil d'Etat et
le droit européen des concessions**

Gilles LE CHATELIER
Cabinet ADAMAS
Professeur associé à l'ENS de Lyon

Depuis l'origine, le droit des concessions en France s'est largement construit à partir des sources jurisprudentielles. Des pans entiers du régime des concessions sont issus de la jurisprudence du Conseil d'Etat, tant en ce qui concerne les règles de passation, de vie du contrat ou de cause de cessation de la relation contractuelle. Depuis le début des années 1980 sous l'action concomitante du législateur communautaire (à travers la législation sur la concession de travaux) et du juge de Luxembourg, s'est aussi progressivement construit un droit européen des concessions. Si les influences réciproques ont pu jouer, cette dernière construction s'est aussi souvent faite « en parallèle » de la jurisprudence nationale.

A l'heure où la Commission européenne envisage l'adoption d'une directive sur les concessions de services¹, il est important d'identifier dans la jurisprudence du Conseil d'Etat les points de convergence (I) comme les points de divergence (II) susceptibles d'exister entre la jurisprudence nationale et le droit européen. En effet, à partir de ces constats, il sera possible de recenser les points sur lesquels une directive européenne sera en mesure de conforter le système français et de renforcer la sécurité juridique des acteurs pratiquant ces formules contractuelles (III).

¹ Proposition 18 de la Communication de la Commission « Vers un Acte pour le marché unique, Pour une économie sociale de marché hautement compétitive, 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble » du 27.10.2010 COM (2010) 608 final : « *La Commission adoptera en 2011 une initiative législative sur les concessions de service. Des règles claires et proportionnées permettront d'améliorer l'accès au marché pour les entreprises européennes, en garantissant la transparence, l'égalité de traitement et des règles du jeu identiques pour les opérateurs économiques. Elles encourageront les partenariats public-privés et développeront le potentiel d'un meilleur rapport qualité-prix pour les usagers des services et pour les collectivités contractantes* ».

I) LES POINTS DE CONVERGENCE ENTRE JURISPRUDENCE NATIONALE ET DROIT EUROPEEN DES CONCESSIONS

Les premières applications du droit européen par le Conseil d'Etat se sont d'abord situées sur le terrain de la mise en œuvre des dispositions de la directive « marchés publics de travaux » relatives aux concessions de travaux, qu'il s'agisse de la détermination du champ d'application de ce texte (CE Assemblée 10 juin 1994 Commune de Cabourg, Rec.301) ou des règles applicables en matière de publicité préalable à la passation (CE Assemblée 6 février 1998 Tête, Rec.30). Par la suite, diverses affaires, au gré des instances contentieuses et des saisines de juge, lui ont permis d'approfondir sa jurisprudence sur les concessions de services et de confronter sa jurisprudence traditionnelle aux règles issues du droit européen.

Aujourd'hui – et si on se livre à une analyse à très grands traits - une certaine convergence peut être identifiée entre la jurisprudence du Conseil d'Etat et le droit européen sur essentiellement quatre questions.

1. On a assisté ces dernières années à un rapprochement tout d'abord sur la définition même de la concession se caractérisant comme le contrat organisant **un transfert de risques du concédant au concessionnaire**.

Alors que la jurisprudence du Conseil d'Etat s'était déjà orientée dans cette direction dès les premières applications de la « Loi Sapin »², l'intervention du droit européen en a fait clairement un critère distinctif majeur des concessions vis-à-vis des marchés publics. Suivant les recommandations de la communication interprétative de la Commission en date du 12 avril 2000, la Cour de justice devait effectivement faire rapidement du transfert de risques un élément déterminant pour identifier cette famille de contrats (CJCE 13 octobre 2005 Parking Brixen GmbH aff C-458/03, CJCE 18 juillet 2007 Commission c/ Italie, aff C-382/05).

Le Conseil d'Etat a repris récemment à son compte cette grille d'analyse dans sa décision du 7 novembre 2008 « Département de la Vendée »³. Après avoir admis que le caractère variable de la rémunération du cocontractant de l'administration était un indice fort de l'existence d'une délégation de service public (CE 20 octobre 2006 Commune d'Andeville, AJDA 2006 concl. D.Casas p.2340), le Conseil d'Etat a repris la notion de transfert du risque d'exploitation pour interpréter les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993, telles que modifiées par la loi Murcef du 11 décembre 2001⁴.

Mais, encore faut-il que le transfert porte sur une « part significative » du risque d'exploitation, tout transfert de risque ne suffisant pas, ni aux yeux du juge national, ni à ceux du juge communautaire pour reconnaître l'existence d'une concession. Ainsi, le contrat qui ne laisse à l'exploitant qu'un risque d'exploitation limité, même si ce dernier peut se traduire par un déficit pour l'opérateur qui ne sera pas couvert par une subvention d'équilibre par la

² CE 15 avril 1996 Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc, RFDA 1996 p.715 concl. Chantepy

³ AJDA 2008 p.2454 note L. Richer, G. Le Chatelier « Une contribution importante au droit des délégations de service public » CP-ACCP n°86 mars 2009 p.59

⁴ La loi prévoit qu'est qualifié de délégation de service public le contrat où le cocontractant de l'administration voit sa rémunération « substantiellement liée aux résultats de l'exploitation ».

collectivité publique, n'est pas une délégation de service public, ni donc une concession au sens européen du terme⁵.

On doit également reconnaître que l'analyse économique des contrats par le Conseil d'Etat tend à devenir de plus en plus précise. Ainsi, après avoir estimé que la variabilité du chiffre d'affaires pouvait être un critère de l'existence d'une délégation de service public, dès lors qu'elle portait sur une part importante du volume d'activité (CE 30 juin 1999 Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères du Centre-Ouest, Rec.p.229), la Haute assemblée semble avoir recentré son analyse sur la variabilité du résultat, ce qui paraît plus conforme à la notion de risque d'exploitation. Néanmoins, la jurisprudence ultérieure devra aussi être clarifiée pour confirmer cette évolution.

L'accord des juges sur le critère du transfert du risque semble condamner (définitivement ?) une approche de la définition du champ d'application des concessions par la nature de l'activité concernée. On pourra sans doute le regretter, dès lors que pour une même activité, on sera tantôt en présence d'un marché public, tantôt en présence d'une délégation de service public – concession, selon qu'une part significative du risque d'exploitation aura ou non été transférée à l'opérateur (transports publics urbains, restauration collective...). Il n'est pas ici certain que ce prisme soit le plus opérant même vu de Bruxelles, dès lors que l'objectif poursuivi par le droit européen reste celui de l'ouverture à la concurrence de secteurs d'activité, considérés globalement.

2. Le second rapprochement effectué par le juge national porte sur **la procédure de passation des « concessions de services », et en particulier sur les règles de publicité.**

Depuis la décision de la Cour de Justice « Telaustria »⁶, le droit européen exige que la passation des contrats de concession de services respecte « les règles fondamentales du Traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, en particulier ». Même si ultérieurement la Cour a limité cet impératif aux seuls contrats présentant un intérêt transfrontalier certain⁷, ce principe est suffisamment puissant pour avoir inspiré de nombreuses juridictions qui ont estimé que la conclusion de certains contrats devaient être soumise à des procédures respectant la transparence et la publicité, même si les textes nationaux n'en faisaient pas l'obligation⁸.

De même, le Conseil d'Etat a fait une application remarquable de la jurisprudence « Telaustria » pour admettre que la passation d'un contrat de délégation de service public portant sur l'exploitation des transports publics devait respecter « les règles fondamentales du Traité...au nombre desquelles figure le principe de non discrimination en fonction de la nationalité ». Ainsi, la collectivité publique devait mettre en œuvre une « procédure de

⁵ CE 5 juin 2009 Sté Avenance Enseignement-Santé n°298641, G.Le Chatelier « La notion de part significative du risque d'exploitation en phase avec l'Europe ? » CP-ACCP n°95 janvier 2010 p.32

⁶ CJCE 7 décembre 2000 « Telaustria » aff C-324/98, AJDA p.106 note L. Richer

⁷ CJCE 13 novembre 2007 Commission c/ Irlande aff C-507/03, CJCE 21 février 2008 Commission c/ Italie aff C-412/04

⁸ Plusieurs juridictions, en s'appuyant sur les principes de la jurisprudence « Telaustria », ont ainsi entendu soumettre la conclusion des conventions d'occupation du domaine public à de telles règles de publicité. Le Conseil d'Etat vient cependant de rappeler solennellement qu' « aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance » CE Section 3 décembre 2010 Ville de Paris – Association Paris Jean Bouin, n°338272-338527

publicité adéquate compte tenu de l'objet, du montant financier et des enjeux économiques de la délégation de service public en cause » prenant notamment en compte la situation où le contrat est susceptible d'intéresser des opérateurs implantés sur le territoire d'autres Etats-membres de l'Union Européenne (CE 1^{er} avril 2009 Communauté urbaine de Bordeaux et société Kéolis n°323585, n°323593).

La volonté du juge national tend bien à vouloir se rapprocher du droit européen, même si les modalités concrètes de la solution retenue par le juge dans le présent litige n'aboutissent pas à une application « par dérivé » des règles prévues par les directives européennes en matière par exemple de concessions de travaux⁹.

3. Le troisième point de convergence porte **sur le libre choix du mode gestion des services publics.**

Ce principe est traditionnel en droit français. Appliqué aux collectivités locales, il constitue l'expression du principe à valeur constitutionnelle de libre administration reconnue à ces dernières. Le Conseil d'Etat a constamment rappelé qu'il n'appartenait pas au juge de contrôler le choix fait par la collectivité publique en faveur de tel ou tel mode de gestion de ses services publics (CE 18 mars 1988 Loupias, Rec.t.p.975 ; CE 7 juin 1995 Comité mixte à la production de la SEM locale de Bordeaux, Rec.p.226). Ce principe rejoint celui selon lequel toute collectivité locale est seule compétente pour fixer les règles générales d'organisation de ses services publics, ainsi que pour créer ou supprimer un tel service public, dès lors que son existence, voire certaines de ses caractéristiques, ne sont pas fixées par la loi (CE Section 6 janvier 1995 Ville de Paris, Rec.p.4).

On peut également rattacher à cette même approche la censure par le Conseil constitutionnel des dispositions de la « loi Sapin » qui limitaient la liberté contractuelle des collectivités territoriales en matière de durée des contrats de délégation de service public(CC 92-316 DC du 20 janvier 1993).

Le droit européen reconnaît de longue date le principe de neutralité, issu de l'article 222 du Traité de Rome, selon lequel le droit européen doit être neutre vis-a-vis des choix portant sur l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics des différents Etats-membres (CJCE 10 octobre 1978 Hansen). Le principe de subsidiarité, introduit dans le droit européen par le Traité de Maastricht en 1992, est encore venu renforcer ce principe de liberté des autorités locales dans la détermination des modes de gestion de leurs services publics.

Même si cette vision peut parfois apparaître un peu idyllique – pour ne pas dire naïve – au regard de la multiplication des contraintes de tous ordres venant encadrer l'action quotidienne des pouvoirs publics dans de nombreux domaines d'intervention, elle a encore été renforcée par le récent Traité de Lisbonne. L'article 14 du Traité et surtout le Protocole n°26 qui reconnaît « un large pouvoir discrétionnaire aux autorités nationales, régionales et locales » des Etats membres dans la gestion de leurs « services d'intérêt général », ont encore renforcé cette situation.

A cet égard, les termes mêmes de la proposition n° 18 de la communication interprétative de la Commission en date du 27 octobre 2010 confortent cette analyse, s'agissant de la future initiative législative dans le domaine des concessions de services. De même, les

⁹ Voir sur ces questions F. Gilbert et L. Givord « Publicité adéquate : retour sur la jurisprudence CUB et Keolis » CP-ACCP n°95 janvier 2010 p.45

propos des responsables de la Commission sur ce sujet, à commencer par les déclarations de M. Barnier, Commissaire en charge du marché intérieur, ont toujours été constantes sur ce point.

4° Enfin, on mentionnera pour mémoire, **l'application par le juge national des règles du référé précontractuel, devenu dans notre pays un outil juridictionnel quasi quotidien.** La transposition loyale et dans des délais rapprochés des directives communautaires sur ces sujets, ainsi que la jurisprudence du Conseil d'Etat visant à en faire une voie de droit efficace, ont conforté cette convergence. L'effort principal résulte cependant ici du législateur national dans son choix de soumettre très tôt et volontairement les délégations de service public à cette voie de droit originale¹⁰.

II) MALGRE CES EFFORTS DE RAPPROCHEMENT SUBSISTENT TOUJOURS ENCORE DES DIVERGENCES D'APPROCHE NON NEGLIGEABLES ENTRE LE JUGE NATIONAL ET LE DROIT EUROPEEN

Même si le temps de la « guerre des juges » est passé, demeurent encore aujourd'hui différents points – d'importance variable – pour lesquels subsistent des écarts, voire de réelles divergences entre droit national et droit européen sur le régime applicable aux concessions de services. Ceux-ci sont principalement au nombre de quatre également.

1. Certains développements récents de la jurisprudence de la CJCE ont introduit un certain trouble dans le critère d'identification des concessions, **en semblant redonner toute son importance au critère de l'origine de la rémunération.**

Ainsi, dans son arrêt « Eurawasser » du 10 septembre 2009¹¹, la Cour considère que le fait pour l'opérateur d'être rémunéré directement par des tiers impliquerait nécessairement la reconnaissance du contrat comme constituant une concession. Le versement d'une rémunération par l'utilisateur signifierait qu'il y a alors automatiquement transfert du risque d'exploitation du concédant vers le concessionnaire.

Si cette ligne jurisprudentielle devait se confirmer, elle introduirait alors une source de trouble dans le régime juridique européen des concessions, tel qu'il a pu être compris et interprété par les juridictions nationales depuis plusieurs années. On sait qu'un des effets principaux de l'intervention de la loi du 29 janvier 1993 a été de mettre un terme au critère de l'origine de la rémunération qui était antérieurement l'élément majeur permettant de distinguer les marchés publics des montages contractuels concessifs (concession, affermage, régie intéressée, gérance)¹². Sa réintroduction, en sus de celui du transfert de risque d'exploitation, est à l'évidence source d'insécurité juridique.

¹⁰ On remarquera également que l'ordonnance du 17 juin 2004 fait de même pour les contrats de partenariat

¹¹ CJCE 10 septembre 2009 WAZV Gotha c/ Eurawasser aff n°C-206-08, AJDA 2010 p.162 avec note D.A. Camous « L'arrêt Eurawasser marque-t-il la maturité de la jurisprudence communautaire en matière de concession ? »

¹² Voir pour la disparition de ce critère comme élément distinctif de la DSP par rapport au marché, par exemple, CAA Paris 16 décembre 2008 Commune de Boulogne-Billancourt n°07PA00954

Pour prendre un exemple concret, elle aboutirait dans la décision « Sté Avenance » du 5 juin 2009 précitée à inverser le sens de la solution, puisque dans cette affaire l'essentiel des ressources du cocontractant de l'administration provenait de recettes perçues auprès des usagers.

De même, l'interprétation a contrario de l'arrêt « Eurawasser » aboutirait à exclure les concessions avec paiements de la part de la personne publique, de type « shadow toll », voire les contrats dans lesquels la subvention de fonctionnement accordée par la puissance publique peut être un élément majeur de l'équilibre du contrat, et donc de la part de risque transférée à l'opérateur, dès lors que le montant même de cette subvention est bien évidemment lui-même variable (voir pour un exemple d'un tel cas de figure CE 7 novembre 2008 Département de la Vendée précitée).

On le voit bien, cet écart, pour ne pas à ce stade parler de divergence, est à l'évidence un élément de fragilisation du système, tel qu'il peut exister aujourd'hui.

2. Le deuxième point consitue lui à l'évidence une vraie divergence : c'est celui dans lequel le choix de l'opérateur est le fruit d'une décision unilatérale.

On sait que, pour le juge national, dans une telle hypothèse, il n'y a pas obligation de mise en concurrence préalable. En effet, la « Loi Sapin » qui traite des contrats de délégation de service public ne s'applique pas aux hypothèses – certes limités en droit interne – où l'investissement de l'exploitant se fait par la voie d'une décision unilatérale (Avis du CE du 28 septembre 1995 n° 357262-357263 EDCE 1995 p.402, pour un exemple récent CE 13 juillet 2007 Commune de Rosny-sous-Bois n°299207).

Or, la Cour de Justice, suivant en cela les recommandations de la Commission qui s'était exprimée en ce sens dès sa communication interprétative du 12 avril 2000, vient de juger qu'il n'y avait pas matière à distinguer, pour le respect des règles de publicité et de transparence, la situation de l'opérateur titulaire d'un contrat, de celle où il ne détient qu'une licence unilatérale dont la délivrance doit donc être soumise aux mêmes principes généraux de publicité et de transparence (CJCE 3 juin 2010 Sporting Exchange Ltd aff C-203/08 ; CJCE 8 septembre 2010 Carmen Média Group aff C-46/08).

Il est vrai que, dans les deux affaires ici considérées, n'étaient pas en cause des concessions de services, mais la réglementation des activités de jeu. Mais, le raisonnement suivi semble pouvoir être transposé sans difficulté aucune à la matière qui nous intéresse ici.

On ne peut que saluer la solution dégagée par la Cour de Justice : l'hypothèse inverse qui ferait dépendre le régime applicable du mode d'investissement aurait en effet constitué un formidable encouragement à contourner les règles européennes, en se contentant de prévoir une procédure d'attribution unilatérale exonérant alors les autorités compétentes de toute obligation de mise en concurrence préalable.

Néanmoins, la confirmation d'une telle jurisprudence au cas particulier des concessions de services – outre qu'elle mettra directement en difficulté la conception française de ce régime – pourrait avoir une portée beaucoup plus large, en mettant également en cause des montages intéressant l'organisation même des services publics (PPPI notamment) dans des hypothèses qui échappent aujourd'hui largement à toute mise en concurrence

3. Un troisième point de difficulté réside certainement dans la procédure de négociation pour le choix du cocontractant, telle qu'elle est interprétée par le juge national.

En droit français, le recours à la procédure de négociation est un des signes distinctifs des délégations de service public, vis-à-vis de la vaste famille des marchés publics¹³. C'est un dernier vestige du principe de « l'intuitu personae » qui caractérisait les concessions dans le régime antérieur à l'intervention de la loi du 29 janvier 1993. C'est aussi un des points de contestation du régime français par les autorités communautaires, même si le droit européen des marchés publics reconnaît, dans certaines hypothèses, la possibilité pour les autorités publiques de recourir à la procédure de négociation.

Certes, le juge national a cherché à intégrer le système national dans un cadre plus conforme aux exigences de transparence et d'égalité issues notamment du droit européen. Ainsi, le Conseil d'Etat a admis que la personne publique devait apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres, une modification de ces derniers en cours de procédure étant de nature à entacher d'irrégularité cette dernière (CE 23 décembre 2009 Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles n°328827, AJDA 2010 avec note J.D. Dreyfus).

Notons toutefois que pour ce faire, le Conseil d'Etat ne se fonde pas sur les principes de droit communautaire mais sur « les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique »¹⁴.

En revanche, le Conseil d'Etat a maintenu sa position selon laquelle l'autorité publique n'était pas tenue de négocier avec l'ensemble des candidats retenus après la phase d'admission des candidatures, lui laissant ainsi une vaste liberté de choix dans la conduite de la procédure (CE 23 mai 2008 Musée Rodin n°306153, AJDA 2008.1768 avec note P. Sablière). Plus récemment encore et de manière plus catégorique, le Conseil d'Etat a rappelé « qu'aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation des négociations par la personne publique » dans la passation des contrats de délégation de service public (CE 21 mai 2010 Commune de Bordeaux c/ Sté Les nouveaux Golfs de France n°334845).

Il ne paraît pas certain qu'une telle manière de faire soit complètement en ligne avec les principes susrappelés du droit communautaire qui exigent à la fois transparence et égalité de traitement. En effet, comment en assurer pleinement le respect si l'autorité nationale peut librement écarter tout candidat au commencement de la procédure de choix, sans avoir même à se justifier sur ce point ? Il y a bien là une difficulté qui ne peut être écartée du revers de la main.

4. Le dernier point concerne la vie des contrats et l'évolution de ceux-ci dans le temps.

La jurisprudence communautaire s'est considérablement durcie depuis quelques années pour considérer que toute évolution significative dans la vie du contrat aboutissait à en

¹³ Pour une analyse des spécificités du régime des DSP voir G. Le Chatelier « Dix ans de jurisprudence sur les DSP : vers un régime unifié du droit des contrats » CP-ACCP juin 2010 n°100 p.118

¹⁴ Principes qui sont d'ailleurs dotés d'une valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil constitutionnel 2004-473 DC du 26 juin 2003

changer la nature, justifiant dès lors qu'un terme soit mis au contrat initial et qu'une nouvelle procédure de mise en concurrence soit alors engagée.

Le raisonnement suivi consiste à estimer que la modification d'un contrat de concession de services en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure d'attribution initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre différente de celle initialement retenue (CJCE 19 juin 2008 *Presstext*, C-454/06 ; CJCE 13 avril 2010 *Wall AGC c/ Ville de Francfort sur le Main*, C-91/08).

Cette interprétation est réellement pénalisante pour les contrats de long terme comme les concessions de services notamment. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat, dans son avis du 8 juin 2000¹⁵, avait retenu une approche plus souple de la question, admettant que dans certaines hypothèses, les changements portant sur le contrat n'avaient pas d'effet sur sa continuation, notamment s'agissant d'une cession n'affectant pas le contenu même du contrat. On ne peut ici que souhaiter que l'influence du juge national porte sur l'approche européenne qui peut apparaître sur ce point trop éloignée de la pratique contractuelle et de la dimension économique de la vie des contrats.

III) EN GUISE DE CONCLUSION : LE CONTENU POSSIBLE D'UNE FUTURE DIRECTIVE EUROPEENNE SUR LES CONCESSIONS DE SERVICES

Arrivé à ce stade, les avantages d'une intervention du législateur européen apparaissent clairs, le premier d'entre eux étant certainement de clarifier certains des points sur lesquels, comme on vient de le constater, certaines divergences entre juge national et droit européen peuvent exister, au risque d'entretenir une bien fâcheuse insécurité juridique. De même, la construction du droit par la jurisprudence n'est peut-être pas la voie de droit la plus rapide, ni la plus efficace. Outre que le juge ne se prononce qu'à l'occasion des litiges dont les requérants veulent bien le saisir avec toutes les particularités de fait qui s'attachent à chacun d'entre eux, la méthode peut être longue en plus d'être pointilliste.

En effet, il s'agit moins d'un dialogue des juges que de plusieurs dialogues qui se croisent et s'entremêlent ; rien que sur la définition de la délégation de service public / concession, il faut ajouter au dialogue entre juge national et juge européen, le dialogue entre les diverses juridictions de l'ordre administratif général et celui qui intervient entre les différents ordres juridictionnels : juge administratif, juge pénal, juge des comptes... La diversité des solutions apportées à des questions similaires plaide certainement pour une intervention du droit positif

En sens inverse – et au risque d'apparaître quelque peu contradictoire – il serait illusoire de croire que l'on puisse s'en remettre à la magie d'un texte écrit dont l'intervention réglerait à elle seule l'ensemble des questions qui se posent aux praticiens. L'intervention d'une nouvelle loi – les praticiens français de ces questions le savent bien – peut aussi être source de bouleversements juridiques et d'instabilité dans les situations acquises. La promulgation de la loi du 29 janvier 1993 faisant apparaître une nouvelle catégorie de contrats – les délégations

¹⁵ Grands Avis du Conseil d'Etat Avis n°364.803 n°44 p.449 avec commentaire de C. Maugué

de service public – sans même en donner une définition, est un exemple encore trop récent pour avoir été oublié.

De la même manière, l'écriture du texte peut constituer sur certaines questions un exercice redoutable. Comment, pour prendre un exemple, codifier dans un texte normatif la notion de « transfert de risque significatif » : quel type de risques doit être pris en compte ? comment mesurer le caractère significatif du transfert ? A l'évidence, ces questions ne pourront pas toutes être réglées par le législateur –aussi talentueux soit-il- laissant ainsi au juge le soin d'intervenir à son tour pour apporter les interprétations qui s'imposent....

En imaginant que ce débat soit tranché dans le sens de l'intervention d'un texte – c'est après tout aujourd'hui l'intention de la Commission – trois questions méritent d'être abordées par ce nouveau texte.

1. D'abord, la directive doit comporter **une définition de la concession de services**. Avant soit de reprendre une « dérivée » de la définition donnée par le droit européen de la concession de travaux ou d'entériner le critère du transfert de risque, il serait souhaitable que le débat sur le critère tiré de la nature de l'activité ait au moins lieu. Sans revenir sur une conception française articulée autour d'une notion de service public dont on sait qu'elle est difficile à traduire – dans tous les sens du terme- auprès de nos voisins européens, le souhait doit néanmoins pouvoir être formé qu'une réflexion soit conduite « à 27 » sur les secteurs d'activité pour lesquels la logique des marchés publics n'est pas nécessairement ni la plus adaptée, ni la plus pertinente.
2. Le deuxième sujet sur lequel doit porter le futur texte européen est **celui de la procédure de passation**. D'abord, la directive doit définir les règles de publicité imposées aux collectivités publiques. Si la jurisprudence « Communauté urbaine de Bordeaux » constitue un effort louable de rapprochement avec le droit européen, son « subjectivisme » quant à l'appréciation à porter sur la nécessité d'une publicité européenne ainsi que sur les moyens de l'assurer n'est certainement pas de nature à rassurer les praticiens de ces question. De même, les acteurs français doivent pouvoir plaider pour une reconnaissance européenne de la validité de la technique de la négociation pour le choix du cocontractant, même si certaines clarifications et garanties en termes de transparence et d'égalité de traitement doivent pouvoir être apportées au déroulement concret de cette procédure.
3. Enfin, le dernier sujet porte sur **l'évolution du contrat dans le temps**. La jurisprudence communautaire actuelle n'est pas assez empreinte de la réalité économique de ces contrats de longue durée que sont les concessions de services. S'il apparaît normal de pouvoir sanctionner de véritables fraudes à la loi où la procédure de mise en concurrence serait immédiatement méconnue pour permettre de retenir le vrai titulaire du contrat ou d'afficher le contenu effectif de ce dernier, le droit européen doit aussi pouvoir admettre que des changements, même importants, dans la vie du contrat puissent intervenir sans provoquer une nouvelle mise en concurrence. Si l'exercice d'écriture du texte est sans doute sur ce point particulièrement malaisé, il n'en reste pas moins indispensable pour garantir la sécurité juridique minimale dont ont besoin les acteurs concernés.



Le droit communautaire des concessions : une construction inachevée ?



sous le parrainage du
Ministère de l'Economie,
de l'Industrie et de l'Emploi

Inscription et renseignements :

Emilie CHEVALIER
Chaire Mutations de l'Action Publique et du Droit Public
13 rue de l'Université 75337 Paris cedex 07 France
T/ +33 (0)1 45 49 76 32 - F/ +33 (0)1 45 49 76 30
<http://chairemadp.sciences-po.fr/>

Pour vous rendre au colloque

En métro :
stations Saint-Germain des Prés (ligne 4)
Sèvres-Babylone (lignes 10, 12) Rue du Bac (ligne 12)

En bus :
arrêts Saint-Germain-des-Prés, Saint-Guillaume, Varenne - Raspail, Sèvres-Babylone

Depuis les aéroports :
RER B jusqu'à la station Saint Michel puis métro Saint Germain des Prés.

Mardi 18 janvier 2011

Amphithéâtre Jacques CHAPSAL
Sciences Po - 27 rue saint Guillaume - 75007 Paris
de 9h00 à 17h00



Le droit communautaire des concessions : une construction inachevée ?

En droit communautaire les concessions se définissent comme des marchés publics spécifiques auxquels s'appliquent une réglementation simplifiée. La Commission européenne a annoncé le 27 octobre 2010 dans la communication une initiative législative sur les concessions de service. La mise en œuvre prochaine de cette proposition interpelle les parties prenantes. Quelle est la réalité de la situation dans les Etats membres ? En quoi les concessions des services se distinguent-elles des marchés publics ? Quel est l'état du droit européen ? Quelles options sont envisageables au regard des positions respectives des acteurs (Commission, Parlement, Etats membres, ...) ? Les participants au colloque, spécialistes européens des domaines concernés, contribuent au débat.

8h30	Inscription et café d'accueil		
9h00	Ouverture par Richard DESCOINGS, <i>Directeur de Sciences Po</i>		
9h30	Séance Inaugurale Intervention de Monsieur Laurent WAUQUIEZ, <i>Ministre auprès de la Ministre d'Etat, Ministre des affaires étrangères et européennes, Chargé des affaires européennes*</i>		
10h00	Introduction des travaux; Jean-Bernard AUBY, <i>Directeur de la chaire "Mutations de l'action publique et du droit public" à Sciences Po</i>		
10h15	Première session, Panorama des concessions <i>Les premiers résultats d'une enquête IGD/chaire MADP sur l'état du droit des concessions en Europe.</i>		
	Animation	Jean-Bernard AUBY	
	Intervenants	Philippe COSSALTER, <i>Professeur de droit Public, Universität des Saarlandes</i> Rozen NOGUELLOU, <i>Professeur de droit public, Université Paris Est-Créteil</i>	
11h30	Deuxième session, La dimension économique des concessions <i>Les mécanismes économiques des contrats de long terme : une analyse préalable indispensable à la bonne régulation et à la passation de ces contrats.</i>		
	Animation	Claude MARTINAND, <i>Président de l'IGD</i>	
	Intervenants	Stéphane STRAUB, <i>Professeur, Toulouse school of economics</i> Vincent PIRON, <i>Directeur de la stratégie, Vinci concession</i> Rainier d'HAUSSONVILLE, <i>Directeur des affaires européennes, Veolia environnement</i> Philippe BRAIDY, <i>Directeur du développement territorial et du réseau, caisse des dépôts et consignations</i>	
12h30	Cocktail déjeunatoire dans les locaux de Sciences Po		
14h00	Troisième session, Les enjeux juridiques actuels <i>Quels seraient les risques d'un statu quo ? Que nous enseignent les récentes décisions jurisprudentielles ? Le droit actuel est-il un catalyseur efficace des projets ?</i>		
	Animation	Laurent RICHER, <i>Professeur de droit Public à Paris 1 Panthéon-Sorbonne</i>	
	Intervenants	Gilles Le CHATELIER, <i>Conseiller d'Etat, Directeur général des services de la région Rhône-Alpes</i> Paul LIGNIERES, <i>Avocat, Managing Partner, cabinet Linklaters</i> Paolo de CATERINI, <i>Professeur à l'Université de Rome</i>	
15h30	Perspectives d'avenir <i>Au regard des dimensions et du contexte communautaires du dossier, quelles options sont envisageables ?</i>		
	Animation	Bertrand FABRE, <i>ancien rédacteur en chef du Moniteur</i>	
	Intervenants	Bertrand CARSIN, <i>Directeur de la politique des marchés publics à la DG Market</i> Gabriel ECKERT, <i>Professeur de droit public à l'Université de Strasbourg</i> Yves-Thibault de SILGUY, <i>Vice-Président Administrateur référent de Vinci</i> Charles A. GASOLIBA, <i>Président du Comité Espagnol de la Ligue Européenne de Coopération Economique</i>	
16h30	Conclusions Synthèse des travaux par Michel BARNIER, <i>Commissaire européen en charge du marché intérieur et des services*</i>		

* sous réserve de confirmation

