

Point de vue

Vers une directive concessions ?

Par Gilles Le Chatelier, Associé, Adamas

Le statut juridique des concessions de service a longtemps été incertain en droit européen. Exclues du champ d'application des directives Marchés publics, ces contrats ont été définis par la jurisprudence comme ceux comportant un transfert de risque d'exploitation de la collectivité publique concédante vers le concessionnaire. De même, depuis l'arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000, leur passation doit respecter l'obligation de transparence, découlant du principe de non discrimination figurant dans les traités.



procédure de droit commun. De même, les règles relatives à la durée risquent de limiter dans le temps de manière abusive celle des contrats concernés. Enfin, les dispositions relatives aux avenants rapprochent le régime des concessions de celui des marchés publics, pourtant de nature totalement différente.

Le rapport de Philippe Juvin au Parlement européen du 10 juillet 2012, a pointé ces défauts et réclamé une plus

grande marge de manœuvre pour les autorités concédantes, dans la conduite du processus de négociation et de choix du concessionnaire. Sa nouvelle version modifie profondément le projet de la Commission, consacrant la formule d'un « *contrat incomplet* » reconnaissant, s'agissant de contrats de longue durée, le

pouvoir d'en adapter les clauses pour intégrer les changements de toute nature susceptibles d'en affecter l'exécution.

Le droit français respecte ces principes avec la loi du 29 janvier 1993 qui soumet la conclusion des contrats de délégation de service public à une procédure de publicité et de mise en concurrence préalables, et limite dans le temps leur durée.

“ *Le recours à la négociation pour la conclusion du contrat, s'il est prévu par le texte, n'est pas admis comme la procédure de droit commun* ”

Toutefois, pour donner une meilleure base juridique européenne

à ces contrats, le commissaire européen Michel Barnier a proposé un projet de directive sur les concessions de service en décembre 2011. Alors que le texte devait se contenter de fixer des règles minimales qui n'auraient pas bouleversé les règles applicables notamment en France, le projet a retenu une approche plus ambitieuse, couvrant de larges secteurs d'activité et réglant complètement la procédure de passation de ces contrats.

Ce projet a été critiqué pour procéder à une assimilation trop forte des concessions aux marchés publics. Ainsi, le recours à la négociation pour la conclusion du contrat, s'il est prévu par le texte, n'est pas admis comme la

Le débat tenu début septembre au Parlement a confirmé ces critiques. En particulier, il a été demandé d'exclure expressément les contrats de transport et de distribution d'énergie du champ d'application du texte.

Face à ces critiques, la Commission, qui dispose du pouvoir de retirer son projet à tout moment, a fait savoir qu'elle ne pourrait avaliser une version contraire aux principes du droit européen. L'opposition convergente du Parlement et du Conseil, au sein duquel plusieurs membres, à commencer par l'Allemagne, n'ont jamais caché le peu de sympathie qu'il pouvait avoir pour cette démarche, risque, quant à elle, de condamner la démarche.

Cette semaine

■ **Restructuring** : Cécile Dupoux quitte Linklaters pour Hogan Lovells (p2)

■ **Davis Polk et Shearman** sur l'émission d'obligations « Yankees » de GDF Suez (p3)

84

C'est l'âge auquel Louise del Busto Gomez vient de prêter son serment d'avocate à Toulouse.