

DROIT EXCLUSIF ET COMMANDE PUBLIQUE

Laurent Richer

Professeur émérite (Université Paris I)

Avocat à la Cour

Lors de l'élaboration des directives de 2014 sur les marchés et les concessions la question du droit exclusif a tenu une place assez importante dans les discussions, compte tenu, notamment, de la volonté de la France de préserver le monopole d'ERDF qui est consacré par l'article L. 111-52 du code de l'énergie. En ce cas le droit exclusif permet d'échapper aux obligations de publicité et concurrence, puisque si un opérateur est seul à pouvoir fournir un bien ou une prestation sur un territoire déterminé il est logique que les acheteurs ne soient pas soumis à l'obligation d'organiser une procédure préalable qui serait dénuée de toute utilité et qui pourrait même déboucher sur une attribution illégale dès lors que la loi protège le monopole. La première fonction du droit exclusif est dès lors de permettre la conclusion de contrats négociés sans publicité ni mise en concurrence.

Mais le droit exclusif a aussi une fonction diamétralement opposée puisque sa présence est dans certains cas la condition de la soumission aux règles de passation des contrats de la commande publique. On peut, toutefois, se demander si cette ambivalence n'est pas neutralisée par la nécessité dans le premier cas de n'attribuer le droit exclusif qu'après une procédure objective et non discriminatoire.

Le droit exclusif, justification de l'absence de publicité et de mise en concurrence

Le droit exclusif détenu par ERDF et, dans certaines zones par les DNN autres que des régies (SEM, SICAÉ) permet aux collectivités locales de négocier et conclure les concessions de distribution d'électricité directement avec ces entreprises ; il en va de même, en principe jusqu'en 2019, pour les conventions de transports ferroviaires conclus entre les régions et SNCF Mobilités (article L. 2121-4 du Code des transports). Il arrive aussi que le détour ne soit pas fait par un contrat, que l'activité soit prise en charge sur la seule base de l'acte attribuant le droit exclusif, alors que si ce droit n'existait pas un contrat eût été nécessaire. Par exemple, l'article 199 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (loi Macron) dispose que « la mission d'aménager et de gérer le marché d'intérêt national de Paris-Rungis ainsi que toutes les installations se rapportant directement à l'activité de ce marché est confiée par l'Etat à la société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de la région parisienne jusqu'au 31 décembre 2049 ».

Il s'agit d'une concession unilatérale par acte législatif.

Une telle attribution a été, jadis, qualifiée de « concession » par le Conseil d'État pour qui la loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports a accordé une concession à Aéroports de Paris (CE 25 avril 2007 Fédération Nationale de l'aviation marchande (FNAM), 291976).

Cependant, la directive 2014/23 n'a pas repris la doctrine de la Cour de Justice selon laquelle une concession pouvait être aussi bien un contrat qu'un acte unilatéral (CJCE l'arrêt Brixen (CJCE 13 octobre 2005 Parking Brixen, aff. C-458/03) ; une loi ou un acte administratif ne peut donc plus être qualifié de concession. Il n'est, cependant, pas exclu que dans le cas où une procédure préalable s'impose, l'absence de conclusion d'un contrat soit considérée comme un détournement si, par ailleurs, il s'avère que la justification par le droit exclusif est invoquée à tort.

Exclusion et dérogation

Les directives mentionnent à plusieurs reprises le droit exclusif comme motif de soustraction aux règles de passation.

Une première disposition remonte à la première directive sur les marchés publics de services (Directive 92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services) dont l'article 6 disposait que la directive ne s'appliquait pas « aux marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1^{er} point b) sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité ». La directive 2004/18 a maintenu cette rédaction (art. 18), qui a été reprise en 2014 (art. 11 dir. 2014/24 et art. 22 dir. 2014/25) et transposée par l'article 14 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (article L. 2512-1 du projet de code de la commande publique).

Un document de travail de la Commission européenne du 4 octobre 2011¹ souligne que tous les droits exclusifs ne sont pas concernés, seuls le sont ceux qui résultent d'un texte législatif, réglementaire ou administratif publié. Est également donnée dans ce document l'explication de la restriction aux marchés de services conclus avec d'autres pouvoirs adjudicateurs : « le fait que cette exemption soit limitée aux contrats conclus avec des entités qui sont elles-mêmes des pouvoirs adjudicateurs garantit la mise en concurrence sur les marchés en aval, étant donné que le pouvoir adjudicateur qui jouit du droit exclusif doit respecter les directives UE sur les marchés publics pour ses propres acquisitions ».

Conformément à la volonté d'uniformisation qui a prévalu dans la rédaction de la directive 2014/23 sur les concessions, l'exception ainsi prévue pour les marchés publics de services a été étendue aux concessions de services, mais avec une différence de taille qui consiste en l'ajout d'un alinéa selon lequel « 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'Union européenne et aux actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités visées à l'annexe II » (art. 10-1, alinéa 2 transposé à l'art. 13-1° de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ; art. L. 3213-1 du projet de code de la commande publique). Introduit sous la pression de la France pour préserver la situation des opérateurs historiques du secteur de l'énergie, cette disposition, qui n'est pas limitée à ce secteur, perd de vue la *ratio legis* exposée dans le document de travail de 2011 puisque les opérateurs mentionnés n'ont pas nécessairement le caractère d'entités adjudicatrices ou pouvoirs adjudicateurs.

Dans ces deux cas le marché ou la concession conclu avec le titulaire du droit exclusif ne relève pas du champ d'application de la législation sur les marchés et concessions.

Mais la notion de droit exclusif permet aussi de soustraire aux règles de publicité et concurrence des contrats qui relèvent du champ d'application des textes mais sont dispensés de publicité et mise en concurrence préalables pour un certain nombre de motifs au nombre desquels figure « l'existence d'un droit exclusif » ou « la protection de droits d'exclusivité »².

La dispense de publication d'un avis de marché ou de concession dans le cas où le contrat est conclu avec le titulaire d'un droit exclusif ne rend-elle pas inutile l'exception spécifique aux marchés et concessions de services ? Tel n'est pas le cas pour deux raisons.

¹ document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public », SEC(2011) 1169 final)

² dir. 2014/23, art. 31-4 ; dir. 2014/24, art. 32-b-iii ; dir. 2014/25, art. 50-c-iii ; décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession, art. 11 ; art. R. 3121-6 du projet de code de la commande publique ; décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, art. 30 ; art. R. 2122-3 du projet de code de la commande publique.

En premier lieu, pour invoquer valablement le motif de dispense de publication d'un avis, il est nécessaire que l'acheteur soit à même d'établir qu'« il n'existe aucune solution alternative ou de substitution raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des paramètres » de l'attribution de la concession ou du marché. Cette restriction ne figure pas dans les textes relatifs à l'attribution d'un marché ou d'une concession de services à un pouvoir adjudicateur.

En second lieu, dans le cas où la directive ne s'applique pas il n'existe pas d'obligation de publier un avis d'attribution du marché public, alors que dans le champ d'application des directives sur les marchés publics -le cas de la concession étant différent (v. *infra*)-la publication d'un avis d'attribution est obligatoire dès lors que le marché est de seuil européen. Et cet avis doit indiquer la justification du recours à la procédure négociée sans publicité préalable (rubrique 7 du formulaire standard).

Quand il s'agit d'une concession la différence entre le contrat hors champ d'application des textes et le contrat qui est dans leur champ, mais couvert par une dérogation s'estompe. En effet, dans le cas où la concession est attribuée sans procédure de publicité préalable au titulaire d'un droit exclusif qui est un opérateur économique et non un pouvoir adjudicateur, la publication d'un avis d'attribution est obligatoire sauf « si la législation sectorielle de l'Union européenne ne prévoit pas d'obligations de transparence » (pour les concessions : art. 10-2 dir. 2014/23 ; art. 32-3° ; déc. 1^{er} février 2016 ; art. R. 3220-1 du projet de code de la commande publique).

La mention de la transparence peut paraître étrange alors que le contrat a été attribué sans publicité ni mise en concurrence, mais il faut comprendre que l'obligation de transparence dont s'agit est celle qui s'impose lors de l'attribution du droit exclusif et non celle du contrat. L'idée est, une fois encore, que l'existence d'une autre procédure transparente justifie un allègement des obligations de publicité ; si le droit exclusif a été attribué après une procédure préalable permettant au tiers intéressés de présenter une candidature et/ou de vérifier la légalité du droit exclusif il n'est pas indispensable de leur faciliter un second contrôle.

Cette question, en fin de compte, secondaire, de l'avis d'attribution amène à poser une question fondamentale qui est celle de savoir si un droit exclusif peut être attribué sans procédure transparente.

Attribution du droit exclusif et transparence

Depuis longtemps le débat existe en France pour les concessions de distribution d'électricité conclues entre les collectivités locales et ENEDIS.

La directive 2009/72 du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité comporte, en son article 24, une disposition relative à la désignation des gestionnaires des réseaux de distribution. Il est indiqué que les États membres désignent ou demandent aux entreprises propriétaires ou responsables de réseaux de distribution de désigner, pour une durée à déterminer en fonction de considération d'efficacité, un ou plusieurs gestionnaires de réseaux de distribution. Si la directive prévoit que les États membres désignent les gestionnaires des réseaux de distribution, elle ne dit pas comment. Plus encore, en employant l'expression : « ou demande aux entreprises propriétaires de désigner », elle semble impliquer qu'il n'y a pas de mise en concurrence obligatoire. Mais cet argument de texte est faible dès lors qu'il s'agit de déroger à un principe fondamental.

C'est ce raisonnement qui a néanmoins été adopté par la cour administrative d'appel de Paris en 2013 (CAA Paris, 15 février 2013 M. Z X c/ VP, EDF et ERDF, n° 12PA00593). La cour juge qu'« il ne saurait résulter de l'obligation de transparence que les conventions passées par les collectivités publiques avec les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité devraient faire l'objet de mesures particulières de publicité et de mise en concurrence, dès lors que de telles mesures n'ont pas été prévues par les dispositions de la directive 2003/54/CE, qui fixe l'ensemble des règles applicables aux activités de production, de transport, de distribution et de

fourniture d'électricité ». Mais cette solution n'est guère convaincante car il n'est pas exact que la directive opère une harmonisation complète ; au contraire, elle définit un ensemble de règles minimales tout en laissant aux législations nationales le soin de les compléter. Dès lors qu'elle ne réalise pas une harmonisation complète, les principes du Traité ont lieu de s'appliquer.

Or, il est acquis en jurisprudence, sur la base des articles 43 et 49 du TFUE, que le principe de transparence et de non discrimination est applicable en matière d'octroi des droits exclusifs, sauf raison impérieuse d'intérêt général (CJUE 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd*, agissant sous le nom de « Betfair », 9 septembre 2010 *Ernst Engelmann*, aff. C-203/08). Cela implique au minimum un « degré de publicité adéquat permettant une ouverture à la concurrence »³ ainsi que « le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution à l'attribution du droit exclusif », dès lors que l'activité présente un intérêt transfrontalier⁴.

Mais la publicité, complétée par l'information de la Commission européenne dans les cas prévus à l'article 32 de la directive 2014/23, ne suffit pas à établir la validité du droit exclusif ; encore faut-il que l'existence même du droit exclusif soit compatible avec le Traité.

Le droit exclusif est par son objet restrictif des libertés d'établissement et de circulation et discriminatoire ; mais sa création peut être justifiée⁵. Elle peut l'être par des considérations d'ordre public ou de santé publique (art. 52 TFUE), mais dans la jurisprudence contemporaine la justification repose presque toujours sur l'article 106 § 2 du TFUE⁶ et, plus spécialement, sur la prise en charge d'un service universel et la proportionnalité de la mesure accordant le droit exclusif⁷.

Au regard de ces conditions de procédure et de fond l'attribution d'un contrat de la commande publique au titulaire d'un droit exclusif autre qu'un droit de propriété intellectuelle devrait être tout à fait exceptionnelle. Il est loin d'être certain que dans le cas français elle le soit suffisamment, ni que le juge administratif exerce un contrôle suffisant⁸.

Mais le droit exclusif n'est pas toujours la justification de l'absence de publicité et concurrence, il peut aussi avoir un effet inverse.

Le droit exclusif, condition d'application des obligations de publicité et concurrence

Dans certains cas c'est à raison de l'absence de droit exclusif que les règles de passation des contrats de la commande publique ne s'appliquent pas. En effet, d'une part, un contrat qui n'attribue pas un droit exclusif n'est pas un marché public, d'autre part, une entreprise de réseau qui ne bénéficie pas d'un droit exclusif ou spécial n'a pas le caractère d'une entité adjudicatrice.

³ Ou la contestation de l'attribution du droit exclusif, comme c'est le cas, par exemple, en matière de brevets.

⁴ Voir M. Szydło « The process of granting exclusive rights in the light of Treaty rules on free movement », *German Law Journal*, vol. 12, n°7, 2011, p. 1408; S. Nicinski « Les droits exclusifs », *RFDA* 2018. 479

⁵ Voir C. Gavalda, G. Parleani, B. Lecourt *Droit des affaires de l'UE* LexisNexis, 7^e éd., 2015, p. 549.

⁶ « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union ».

⁷ Voir not. C. Gavalda, G. Parleani, B. Lecourt *Droit des affaires de l'UE* LexisNexis, 7^e éd., 2015, p. 551 et s. ; J. L. Buenda Sierra *Exclusive rights and State monopolies under EC Law*, Oxford University Press, 1999; D. Berlin, *Jel Europe*, Fasc. 710, Droit d'établissement et F. Berrod, *ibid.* fasc. 1510, Monopoles publics.

⁸ Le Conseil d'État contrôle la nécessité du droit exclusif mais ne se préoccupe pas du mode d'attribution (ex. : CE 26 janvier 2007 Syndicat professionnel de la géomatique, n° 276928 (marché conclu avec l'IGN), *Contrats et Marchés publics* n° 3, Mars 2007, comm. 67 obs. Zimmer) ; *Droit Administratif* n° 5, Mai 2007, comm. 67, obs. Marson ; CE 12 juill. 2017 Sté CFTA, 399953, concl. Domino (convention avec SNCF Mobilités), *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 10, Octobre 2017, comm. 57).

Sans droit exclusif pas de commande publique

Le marché public et la concession peuvent être analysés comme des actes qui confèrent un droit exclusif, en l'espèce un droit à paiement. Ce droit exclusif est particulier, il n'a rien à voir avec les autres droits exclusifs qui reposent sur la rareté⁹, soit la rareté naturelle, qui impose une répartition des usages (ex. : ondes hertziennes), soit la rareté artificielle, qui est créée par la loi pour un motif d'intérêt général (ex. : autorisations de jeux) ; mais cette différence n'empêche pas que le droit de la commande publique a très largement été la source d'inspiration de la jurisprudence relative à l'attribution des droits exclusifs.

De la sorte, il n'est pas illogique de considérer qu'à partir du moment où un contrat n'accorde pas un avantage particulier au cocontractant la mise en concurrence perd sa raison d'être. Toutefois, les définitions du marché et de la concession données par les directives n'intègrent pas la notion de droit exclusif. Cela n'a pas empêché la jurisprudence de le faire.

C'est ce qu'a d'abord décidé l'arrêt du 2 juin 2016, Falk Pharma, (aff. C-410/14) qui est relatif à un système d'acquisition de médicaments consistant pour un organisme allemand de Sécurité sociale à admettre en tant que fournisseur tout opérateur économique qui remplit les conditions préalablement fixées. La juridiction de renvoi a indiqué dans sa question préjudicielle que la jurisprudence germanique est partagée sur cette question : « pour certaines juridictions, un marché public est un contrat accordant à l'opérateur choisi une exclusivité, de sorte qu'un marché qui est conclu avec tous les opérateurs qui le demandent ne constituerait pas un marché public. D'autres juridictions estiment que tout marché conclu par un pouvoir adjudicateur est un marché public et que le choix d'un des soumissionnaires, et donc l'octroi d'une exclusivité, est une obligation pour le pouvoir adjudicateur ».

La Cour de Justice se réfère aux objectifs de la législation sur les marchés publics : les directives visent à écarter le risque de favoriser les opérateurs économiques nationaux, cet objectif « est intimement lié à la sélection que le pouvoir adjudicateur entend opérer parmi les offres recevables et à l'exclusivité qui va découler de l'attribution du marché considéré à l'opérateur dont l'offre aura été retenue ». Il s'ensuit que « lorsqu'une entité publique cherche à conclure des contrats de fourniture avec tous les opérateurs économiques désireux de procurer les produits concernés aux conditions indiquées par cette entité, l'absence de désignation d'un opérateur économique auquel l'exclusivité d'un marché serait accordée a pour conséquence qu'il n'existe pas de nécessité d'encadrer par les règles précises de la directive 2004/18 l'action de ce pouvoir adjudicateur de façon à empêcher que celui-ci attribue un marché en favorisant les opérateurs nationaux ». Le contrat ainsi conclu n'est donc pas un marché public.

Cet arrêt donne autant d'importance à la sélectivité de la procédure qu'au droit exclusif. Mais un deuxième arrêt met l'accent sur le droit exclusif.

L'arrêt du 1^{er} mars 2018 Maria Tirkkonen (aff. C-9/17 ; *Contrats et Marchés publics* 2018, comm. 101, obs. Ubaud-Bergeron) concerne le système « *Newo 2020 – Maatilojen neuvontajärjestelmä* », système de conseil agricole, qui existe en Finlande. La loi prévoit que les conseillers sont sélectionnés pour une période déterminée par une Agence à l'issue d'un appel d'offres. Les candidats doivent établir qu'ils sont qualifiés, régulièrement formés et expérimentés et si tel est le cas ils sont retenus sans limitation de nombre et un contrat à titre onéreux est conclu avec eux.

La Cour de Justice rappelle la raison d'être de la législation sur les marchés publics en reprenant la formulation de l'arrêt Falk. Il en est déduit que « l'absence de désignation d'un opérateur économique auquel l'exclusivité d'un marché serait accordée a pour conséquence qu'il n'existe pas de nécessité d'encadrer par les règles précises de la directive 2004/18 l'action de ce pouvoir

⁹ Cf. C. Jansen « Allocation of limited rights from a European public procurement law perspective » in P. Adriaanse, F. van Ommeren, W. den Ouden, Johan Wolswinkel (dir.) *Scarcity and the State I: The Allocation of Limited Rights by the Administration*, p. 239 et s.

adjudicateur de façon à empêcher que celui-ci attribue un marché en favorisant les opérateurs nationaux ». De la sorte la notion d'exclusivité est intégrée aux critères du marché public et le système de conseil agricole ne relève pas de la directive sur les marchés publics.

Toutefois, les règles du TFUE sont applicables si l'objet de la procédure présente un intérêt transfrontalier certain. Doit donc être respectée l'exigence de transparence, ce qui « implique une publicité permettant à des opérateurs économiques potentiellement intéressés de prendre dûment connaissance du déroulement et des caractéristiques essentielles d'une procédure d'admission telle que celle en cause au principal ». L'absence d'exclusivité ne dispense pas de la transparence.

Sans droit exclusif (ou spécial) pas d'entité adjudicatrice

Le droit exclusif est attribué par un acte de l'autorité publique. C'est ce lien avec l'autorité publique qui explique que sont des entités adjudicatrices soumises aux règles de passation définies par la directive 2014/25 les entités qui « bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par une autorité compétente d'un État membre » (dir. 2014/25, art. 4 ; Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés public, art. 11-3°) . L'idée est que l'attribution du droit peut être à l'origine d'une dépendance qui rend possible une influence de l'État dans le sens de la préférence nationale.

Mais pour que tel soit le cas encore faut-il que l'attribution du droit exclusif ou spécial résulte d'une décision discrétionnaire, car s'il suffit à l'entité de répondre à des critères prédéfinis et précis pour l'obtenir, cette attribution ne peut être subordonnée à des conditions étrangères à ces critères. C'est pourquoi certains auteurs ont considéré très tôt que la notion de droit exclusif au sens du Traité ne vise que les droits octroyés par une mesure discrétionnaire ¹⁰.

Mais cette solution n'était pas acquise dès l'origine. Dès la première directive sur les marchés dans les secteurs de réseaux (dir. 90/531 du 17 septembre 1990) ont été visées les entités qui « bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre ».

Jusqu'en 2014 les directives n'ont pas clarifié la distinction entre « spécial » et « exclusif »¹¹. Une définition du droit spécial n'est apparue qu'en 2014 et uniquement dans la directive sur les concessions¹². La directive n° 93/38 avait donné une définition globale des droits exclusifs et spéciaux : « des droits qui résultent d'une autorisation octroyée par une autorité compétente de l'État membre concerné, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité ». La même rédaction subsistait dans la directive 2004/17.

La *ratio legis* de cette disposition figurait dans le considérant 2 du préambule de la directive 2004/17 : les entités adjudicatrices opèrent sur des marchés fermés, « cette fermeture étant due à l'octroi par les États membres de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service concerné ». C'est donc à partir de considérations relatives à l'activité qu'est défini un critère qui touche aux personnes.

Mais la seconde *ratio legis*, liée à la dépendance, est apparue à partir de la définition des droits exclusifs et spéciaux donnée par la CJCE dans un domaine autre que celui des marchés publics

¹⁰ J. L. Buenda Sierra *Exclusive rights and State monopolies under EC Law*, Oxford University Press, 1999, p. 24

¹¹ Pour un historique voir Buenda Sierra, *op. cit.*, p. 64 et s.

¹² Article 5 : 10) «droits exclusifs», des droits accordés par une autorité compétente d'un État membre au moyen de toute loi, de tout règlement ou de toute disposition administrative publiée qui est compatible avec les traités ayant pour effet de réserver l'exercice d'une activité à un seul opérateur économique et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer cette activité; 11) «droits spéciaux», des droits accordés par une autorité compétente d'un État membre au moyen de toute loi, de tout règlement ou de toute disposition administrative publiée qui est compatible avec les traités ayant pour effet de réserver l'exercice d'une activité à plusieurs opérateurs économiques et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer cette activité »

(CJCE 12 décembre 1996 *The Queen contre Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications plc.* (« leased lines »), aff. C-302/94 , Rec. 6417)

La Cour y donne une définition générale des droits spéciaux et exclusifs au sens de l'article 2 de la directive 94/46 du 13 octobre 1994 modifiant les directives 88/301 et 90/388 en ce qui concerne en particulier les communications par satellite:

« les droits exclusifs ou spéciaux auxquels il est fait référence doivent être compris, de manière générale, comme les droits qui sont conférés par les autorités d'un État membre à une entreprise ou à un nombre limité d'entreprises, selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires, et qui affectent substantiellement la capacité des autres entreprises d'établir ou d'exploiter des réseaux de télécommunications ou de fournir des services de télécommunications sur le même territoire, dans des conditions substantiellement équivalentes » (point 38 de l'arrêt).

Sous l'influence de cet arrêt, qui répond à la logique de circonscription d'une sphère d'influence publique, l'accord s'est fait, lors de l'élaboration de la directive de 2004, sur une modification de la notion de droits exclusifs ou spéciaux, mais pas sur le sens de la modification. En effet, un désaccord est apparu entre la Commission d'une part, et d'autre part, le Conseil et le Parlement au sujet de la portée de l'arrêt *Leased lines*. Le résultat a été, comme souvent, une solution transactionnelle et donc ambiguë ¹³.

L'article 2-3 reprenait la définition des droits exclusifs et spéciaux qui figurait à la directive 93/38, sans introduire aucune référence aux critères d'attribution des droits, mais, le considérant 25 du préambule tenait compte des souhaits des réformateurs en prévoyant que : « des droits accordés par un État membre sous quelque forme que ce soit, y inclus par des actes de concession, à un nombre limité d'entreprises sur la base de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires ouvrant à tout intéressé les remplissant la possibilité d'en bénéficier, ne sauraient être considérés comme étant des droits exclusifs ou spéciaux ».

L'ambiguïté est levée depuis 2014 puisque l'article 4-3 de la directive 2014/25 énonce que « Les droits octroyés au moyen d'une procédure ayant fait l'objet d'une publicité appropriée et selon des critères objectifs ne constituent pas des «droits spéciaux ou exclusifs» au sens du premier alinéa ».

Cette précision est, cependant, loin de supprimer toutes les difficultés.

L'article 4 mentionne, à titre non exhaustif, des procédures qui doivent être considérées comme apportant des garanties de publicité et d'objectivité : procédures de passation de marchés avec mise en concurrence préalable, procédures prévues par d'autres actes de l'Union énumérés à l'annexe II de la directive, qui mentionne cinq procédures¹⁴. N'est pas mentionnée la procédure d'attribution d'une concession conforme à la directive 2014/23, ce qui laisse ouverte la question de savoir si le concessionnaire d'une activité de réseau est ou non une entité adjudicatrice. À l'époque de la loi du 29 janvier 1993 la Commission avait considéré que la procédure « loi Sapin » ne peut être assimilée à une procédure marchés publics¹⁵. Une solution différente devrait être

¹³ Cf. T. Kotsonis « The definition of special or exclusive rights in the Utilities directive : leased lines or crossed wires » *Public Procurement Law Review* 2007, p. 68.

¹⁴ autorisation d'exploiter des installations de gaz naturel (directive 2009/73/CE); construction de nouvelles installations de production d'électricité (directive 2009/72/CE); autorisation de service postal (directive 97/67/CE); exploitation d'hydrocarbures (directive 94/22/CE); contrats de service public au sens du règlement (CE) n° 1370/2007 pour la fourniture de services publics de transport de voyageurs.

¹⁵ Selon la Commission européenne, « une procédure négociée avec publication », parce qu'elle confère une large marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur et peut restreindre la participation des opérateurs intéressés, ne peut être considérée comme suffisante « pour satisfaire à la quatrième condition établie par l'arrêt *Altmark* que dans des cas exceptionnels » (Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, C(2011) 9404 final, § 66).

retenue dès lors que la procédure de passation des concessions a maintenant fait l'objet d'une directive.

Si tel est le cas il ne devrait plus exister de droit exclusif au sens de la directive 2014/25 puisque toute mesure ayant pour effet de réserver l'exercice d'une activité à un seul opérateur économique et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer cette activité doit être précédée d'une publicité appropriée et reposer sur des critères objectifs.