

Une anomalie de la directive 2014/23 sur l'attribution des concessions : l'exclusion de l'eau

Laurent RICHER

Professeur émérite de l'université Paris I

Avocat au Barreau de Paris

Dans la France contemporaine le service immédiatement associé à la concession est celui de l'eau potable. Il y a à cela plusieurs raisons, bonnes ou mauvaises. En premier lieu intervient l'ancienneté du rôle de la concession en ce domaine¹ ; en second lieu, l'importance actuelle de la gestion déléguée dans ce secteur² : la population est desservie à 61% par un service d'eau géré dans le cadre d'une délégation de service public, et à 53 % par un service d'assainissement en gestion déléguée ; en troisième lieu, l'eau potable est au cœur du débat sur la concession, à raison du caractère essentiel de l'eau et, accessoirement, à cause de la publicité jadis donnée à certaines affaires de corruption.

Légiférer sur la concession en excluant le secteur de l'eau potable constitue donc, au moins d'un point de vue français, un paradoxe extraordinaire.

C'est à ce paradoxe que nous confronte la directive 2014/23 du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, puisque son article 12 prévoit que « La présente directive ne s'applique pas aux concessions attribuées pour : a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable; b) l'alimentation de ces réseaux en eau potable ». Cette exclusion a été transposée par le décret d'application de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 (décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, art. 9-2°-a) ; elle n'entraîne pas la soustraction totale des concessions du secteur de l'eau à l'obligation de mise en concurrence, mais leur soumission à la procédure allégée, qui est définie

¹ cf. L. RICHER, *Les paradoxes du service public de l'eau potable*, in IFSA Colloque historique 2010 : *L'État et l'eau : approvisionnement, gestion, hygiène publique*.

² cf. Les services publics de l'eau et de l'assainissement en France, FP2E-BIPE, 2015, p. 46.

par des règles purement nationales, mais constitue la mise en œuvre du principe de transparence.

La proposition initiale de directive ne comportait pas cette disposition, introduite au cours de la procédure législative, en 2013.

2013- 2014 : la brièveté de cette histoire n'empêche pas qu'elle soit riche de sens ; elle nous apprend beaucoup sur la perception de la concession en Europe, sur la relation de la concession avec les droits économiques et sociaux, sur la fabrique du droit de l'UE. Le résultat final n'est pas des plus satisfaisants et l'on peut même s'interroger sur sa validité au regard du Traité et cela à cause du décalage qui existe entre les motifs et le dispositif de l'exclusion.

I.-LES MOTIFS

Le 21 juin 2013 Monsieur Barnier, commissaire européen, publie un communiqué par lequel il annonce que la directive sur les concessions ne s'appliquera pas au secteur de l'eau. Pour justifier cette décision référence est faite aux réactions de l'opinion face à la menace de privatisation de l'eau potable ; certes, précise le communiqué, concéder n'est pas privatiser, mais à partir du moment où l'assimilation erronée entre concession et privatisation est ancrée dans certains esprits il faut tenir compte de cette opposition. En d'autres termes *error communis facit jus*. Cette motivation embarrassée dissimule les véritables raisons de l'exclusion, qui sont d'ordre politique, mais la démarche politique a emprunté des voies détournées dans lesquelles le législateur européen a mis ses pas.

La cause directe de l'exclusion de l'eau a été la signature par 1 600 000 personnes d'une pétition dans le cadre d'une initiative citoyenne, la première à avoir abouti.

A. L'initiative citoyenne

L'article 11 § 4 du TFUE organise la procédure qui a été dénommée « initiative citoyenne » par l'article 24 du TFUE et qui, bien que distincte du droit de pétition au sens du traité (art. 227), s'y apparente.

Selon ce texte un million de citoyens « ressortissants d'un nombre significatif d'États membres » peuvent apporter leur soutien à une proposition d'acte juridique de l'Union qui est soumise à la Commission.

Les modalités d'organisation et effets de l'initiative sont déterminées par le règlement 211/2011 du 16 février 2011 relatif à l'initiative citoyenne³. On en retiendra que la Commission doit, dans un délai de trois mois, publier une communication par laquelle elle précise « ses conclusions juridiques et politiques

³ JOUE 11 mars 2011, L. 65/1.

sur l'initiative citoyenne, l'action qu'elle compte entreprendre, le cas échéant, ainsi que les raisons qu'elle a d'entreprendre ou de ne pas entreprendre cette action ».

En l'espèce, l'initiative citoyenne européenne « L'eau et l'assainissement sont un droit humain! L'eau est un bien public, pas une marchandise », initiative dite « *Right2Water* » a été lancée en 2012 par la Fédération syndicale européenne des services publics, donc par une fédération de syndicats de fonctionnaires. Cette pétition a recueilli 1 600 000 signatures. Elle embrasse un nombre considérable de questions. La Commission est invitée « à proposer une législation qui fasse du droit à l'eau et à l'assainissement un droit humain au sens que lui donnent les Nations unies, et à promouvoir la fourniture d'eau et l'assainissement en tant que services publics essentiels pour tous ».

L'initiative « demande instamment que :

- les institutions européennes et les États membres soient tenus de faire en sorte que tous les habitants jouissent du droit à l'eau et à l'assainissement ;
- l'approvisionnement en eau et la gestion des ressources hydriques ne soient pas soumis aux règles du marché intérieur et que les services des eaux soient exclus de la libéralisation ;
- l'UE intensifie ses efforts pour réaliser l'accès universel à l'eau et à l'assainissement ».

La Commission a publié une communication le 19 mars 2014 (COM(2014) 177 final) par laquelle elle identifie certaines lacunes de la politique européenne de l'eau : les règles ne sont pas toujours bien appliquées, la transparence doit être accrue, notamment quant à la qualité de l'eau, les aides aux pays en développement doivent être améliorées. Sur ces points la Commission entreprendra des actions.

La seconde des trois propositions de l'initiative citoyenne concerne plus particulièrement le mode de gestion du service ; derrière une rédaction alambiquée elle signifie que parce que l'eau est un « bien public » et non une marchandise la concession à des entreprises doit être exclue. Il convient de s'arrêter sur cette motivation avant de voir comment la Commission a réagi sur ce point.

a. L'eau, « bien public »

La pétition reprend les idées défendues depuis longtemps par une partie du monde associatif, par les « altermondialistes », par la fondation France Libertés. L'eau étant un bien commun de l'humanité, il faut garantir l'accès de tous à l'eau dans des conditions équitables. Cela passe par l'éviction des entreprises privées, dont l'intervention entraîne des hausses de tarifs à des niveaux souvent

inabordables pour les populations. En conséquence, la gestion de l'eau doit être publique et collective.

Cette position est résumée dans la « Charte des porteurs d'eau » que France Libertés ouvre à la signature (www.france-libertes.org) :

« 1. L'eau n'est pas une marchandise, l'eau est un bien commun non seulement pour l'Humanité mais aussi pour le Vivant.

2. Afin de garantir la ressource pour les générations futures, nous avons le devoir de restituer l'eau à la nature dans sa pureté d'origine.

3. L'accès à l'eau est un droit humain fondamental qui ne peut être garanti que par une gestion publique, démocratique et transparente, inscrite dans la loi ».

La Charte des porteurs d'eau qualifie l'eau de « bien commun », la pétition européenne de « bien public ». La différence n'est pas négligeable.

La notion de bien public ou bien collectif désigne, selon Samuelson, des biens dont la consommation est collective, sans que la satisfaction de l'un diminue celle de l'autre. Par exemple, l'utilisation par A des prévisions météo ne réduit pas la disponibilité des prévisions pour B et le bénéfice que retire X des services de sécurité ne diminue pas le niveau de sécurité de Y ; il s'agit de biens « non excludables »⁴.

La notion de « bien commun » se rapproche de celle de bien collectif ou public en ce qu'il s'agit de biens à usage collectif, mais elle s'en distingue par l'existence d'effets d'éviction : « les effets d'éviction et les problèmes de surutilisation sont chroniques dans les situations de ressources communes mais inexistantes pour les biens publics purs »⁵. La fameuse « tragédie des biens communs » décrite par Garrett Hardin⁶ consiste en ce que les utilisateurs ont tendance à se comporter en passagers clandestins pour tirer le plus grand profit du bien commun avec pour conséquence sa destruction. De là découle la nécessité d'une intervention extérieure, d'une surveillance qui peut être confiée à une institution publique ou à la communauté des intéressés organisée.

Tout le droit de l'eau est dominé par l'idée de rareté et cela même en Europe, qui est en état de *stress* hydrique. Il paraît donc difficile de considérer que l'eau peut être consommée par les uns sans que cela finisse par l'être aux dépens des autres. C'est un bien commun et non un bien public. Il est à penser que l'initiative citoyenne a employé l'expression « bien public » (*public good*) uniquement parce qu'y figure le mot « public », sans prêter attention au fait que la puissance publique n'est pas forcément active dans la fourniture de biens

⁴ F. LÉVÊQUE, *Économie de la réglementation*, La Découverte, 1998, p. 78 et s.

⁵ Elinor OSTROM, *Gouverner des biens communs*, De Boeck, 2010, p. 47.

⁶ G. HARDIN, « The Tragedy of the Commons », 1968, *Science*, December 13, 1968 - <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243>. Full.

collectifs⁷. Mais n'oublions pas que la pétition a été lancée par un syndicat européen de fonctionnaires.

b. L'eau n'est pas une marchandise

Il faut se rappeler qu'à l'époque de l'initiative citoyenne en Angleterre était en discussion un *Water Bill* qui avait pour objet de libéraliser la distribution d'eau potable.

La pétition à laquelle en fin de compte il a été fait droit s'oppose à la libéralisation et à la soumission aux règles du marché intérieur ; l'idée générale est qu'il faudrait considérer que la production et la distribution d'eau potable ne sont pas des activités économiques. On est renvoyé à de très anciens tabous des sociétés primitives. Comme l'a écrit Karl Polanyi dans son ouvrage posthume *La subsistance de l'homme*⁸ : « dans la société primitive les transactions portant sur les aliments sont proscrites étant considérées comme antisociales car elles affectent la solidarité de la communauté ». En toute logique l'idée que l'eau, don de la nature, ne peut être traitée comme une marchandise devrait conduire à la gratuité, ce qui n'est guère compatible avec la préservation de la ressource. La vérité est que l'eau potable est un bien rare qui, dans les pays industrialisés, est le résultat d'un processus industriel, de plus en plus complexe. Certes, l'eau ne naît pas marchandise, mais elle le devient nécessairement. L'affirmation contraire vise seulement à soustraire l'eau au secteur marchand privé, pour la laisser au secteur marchand public, comme, par exemple, les *Stadtwerke* allemandes.

B. Les réactions

L'initiative citoyenne a trouvé des échos d'une part dans la directive 2014/23, d'autre part dans la communication publiée par la Commission. L'ensemble n'est pas des plus cohérents.

Tout en affirmant la liberté de choix des modes de gestion (art. 2) , ce qui neutralise les critiques selon lesquelles la directive sur les concessions pénaliserait la gestion publique, la directive a quand même tenu compte de l'initiative citoyenne, en dépit de son absence de fondement.

Le considérant 40 de la directive, qui explique les motifs d'exclusion de l'eau, reprend partiellement la motivation de l'initiative citoyenne : « Les concessions dans le secteur de l'eau sont souvent soumises à des arrangements spécifiques et complexes qui doivent faire l'objet d'une attention particulière, compte tenu de l'importance de l'eau en tant que bien public revêtant une importance fondamentale pour l'ensemble des citoyens de l'Union. Les caractéristiques

⁷ LÉVÊQUE, *op. cit.* , p. 78.

⁸ Karl POLNAYI, *La subsistance de l'homme*, Flammarion, 2011.

particulières de ces arrangements justifient d'exclure le secteur de l'eau du champ d'application de la présente directive ».

Le texte reprend la qualification de « bien public », mais ne lui fait évidemment pas produire la même conséquence que l'initiative citoyenne. L'exclusion de l'eau du champ d'application de la directive ne repose pas sur l'idée que la concession et l'entreprise doivent être bannies du secteur de l'eau potable. Au contraire, dans la Communication qu'elle a publiée le 19 mars 2014 sur l'initiative citoyenne (COM (2014) 177 final) la Commission ne remet aucunement en cause la légitimité du recours au secteur privé : « Les autorités publiques sont entièrement libres d'accomplir directement cette mission, par leurs propres moyens, ou de la confier à des entités internes, juridiquement distinctes et totalement publiques. Elles peuvent également décider d'externaliser partiellement ou entièrement ces services auprès d'une structure privée ou mixte. Dans un tel cas, les autorités publiques sont pleinement habilitées à imposer des obligations claires aux opérateurs privés afin de garantir que les services fournis dans la zone géographique relevant de leurs compétences satisfont aux normes établies » (page 6).

La référence à la notion de bien public qui figure dans le préambule de la directive n'est pas assortie de réelle conséquence.

Il est seulement avancé que la directive ne doit pas s'appliquer parce que « les concessions dans le secteur de l'eau sont souvent soumises à des arrangements spécifiques et complexes ». Le lien entre ces « arrangements » et la notion de bien public est plutôt flou ; la rédaction du texte laisse place à deux interprétations : on peut comprendre soit que les concessions dans le secteur de l'eau doivent faire l'objet d'une attention particulière, « compte tenu de l'importance de l'eau en tant que bien public », soit que les caractéristiques particulières des arrangements résultent de la nature de bien public. La première interprétation doit, vraisemblablement être éliminée, car il paraît fort improbable que l'attention particulière portée à un secteur doive se traduire par l'élimination de ce secteur. Il est donc à penser que c'est la deuxième interprétation qui doit être retenue : le caractère de bien public a pour conséquence des « arrangements spécifiques et complexes ».

Cette motivation est fort peu convaincante, car s'il existe dans le secteur une complexité susceptible d'être reliée au caractère de bien collectif, c'est dans la réglementation (environnement, qualité de l'eau) et non dans les arrangements contractuels. Au surplus, à partir du moment où la directive permet d'avoir recours à la négociation pour passer le contrat, il n'existe pas d'incompatibilité entre l'application des règles d'attribution des concessions qu'elle définit et la complexité.

La motivation donnée à l'exclusion de l'eau est donc embarrassée, peu claire et, en fin de compte, fort peu convaincante. De ce fait le doute est jeté sur la validité de l'exclusion de l'eau puisque l'article 296 du TFUE impose l'obligation de motiver, ce qui implique que les motifs invoqués sont exacts et pertinents.

II.- LE DISPOSITIF

La directive étend l'exclusion au-delà des seules activités relatives à la fourniture d'eau potable, ce qui a été repris dans la transposition en France, mais, par ailleurs, les textes français opèrent une surtransposition.

A. Étendue de l'exclusion

L'article 12 de la directive sur l'attribution des concessions définit les exclusions spécifiques dans le domaine de l'eau. La formulation reprend la définition des activités telle qu'elle se présente depuis 1992 dans les directives sur les marchés pour identifier les entités adjudicatrices du secteur de l'eau.

Dans l'article 10 de la directive 2014/25 sur les marchés des entités adjudicatrices les activités en question sont définies de la manière suivante :

« 1. En ce qui concerne l'eau, la présente directive s'applique aux activités suivantes :

a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable ;

b) l'alimentation de ces réseaux en eau potable.

2. La présente directive s'applique également aux marchés ou concours qui sont passés ou organisés par les entités adjudicatrices exerçant une activité visée au paragraphe 1 et qui sont liés à l'une des activités suivantes :

a) des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau destiné à l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau mis à disposition par ces projets ou ces installations d'irrigation ou de drainage ;

b) l'évacuation ou le traitement des eaux usées ».

Quand un acheteur (pouvoir adjudicateur par nature, organisme de droit public, entreprise publique, titulaire de droits exclusifs ou spéciaux) a pour objet une ou plusieurs de ces activités il a le caractère d'une entité adjudicatrice.

Pour définir non plus les personnes concernées, mais les contrats de concession exclus l'article 12 de la directive sur les concessions reprend à peu près la rédaction de la directive sur les marchés :

« 1. La présente directive ne s'applique pas aux concessions attribuées pour :

a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable ;

b) l'alimentation de ces réseaux en eau potable.

2. La présente directive ne s'applique pas non plus aux concessions portant sur l'un des objets suivants ou sur les deux lorsqu'elles concernent une activité visée au paragraphe 1 :

a) des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau destiné à l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau mis à disposition par ces projets ou ces installations d'irrigation ou de drainage ; ou

b) l'évacuation ou le traitement des eaux usées ».

On relève une légère différence de rédaction entre les deux définitions des activités. Les articles relatifs aux entités adjudicatrices mentionnent les marchés passés par les entités adjudicatrices exerçant une activité visée au paragraphe 1 et qui sont liés à des activités de génie hydraulique, d'irrigation de drainage, d'évacuation ou de traitement des eaux usées. L'article excluant les concessions d'eau mentionne, quant à lui, les « concessions portant sur l'un des objets suivants ou sur les deux lorsqu'elles concernent une activité visée au paragraphe 1 ». Cette formulation est moins claire, mais il ne semble pas qu'une quelconque conséquence doive y être attachée, comme en témoigne le texte anglais qui dans les deux cas mentionne des contrats « *connected* » avec le contrat ayant pour objet la fourniture d'eau.

L'article 11-I-3° de l'ordonnance du 29 janvier 2016, auquel renvoie le décret sur la passation des concessions (art. 10) opte pour le verbe « lier » : « Sont également soumis aux dispositions applicables aux entités adjudicatrices les contrats de concession passés par les entités adjudicatrices exerçant une des activités mentionnées à l'alinéa précédent qui sont liés : a) Soit à l'évacuation ou au traitement des eaux usées ; b) Soit à des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets ».

L'extension à des activités autres que la fourniture d'eau ainsi prévue à l'article 12 de la directive repose sur l'idée de complémentarité d'activités. La complémentarité ne résulte pas du traitement par un contrat unique, puisque la directive prévoit que la concession peut porter sur un seul objet ou sur les deux, il n'est donc pas nécessaire, par exemple, que l'assainissement et la distribution d'eau potable fassent l'objet d'un contrat unique pour que l'exclusion soit étendue à l'assainissement, mais pour autant, l'assainissement n'est exclu que s'il est lié à une activité en matière d'eau potable.

Au point de vue technique ce lien existe toujours, puisque l'assainissement a pour objet de traiter les effluents issus de l'utilisation de l'eau potable, mais ce n'est pas à ce type de lien que se réfère la directive. Si on interprète l'article 12 à la lumière des dispositions sur les marchés des entités adjudicatrices on comprend que le lien est organique, il résulte de ce que la même entité exerce plusieurs activités.

L'exclusion ainsi définie n'a, cependant, qu'une portée limitée.

Le communiqué de Michel Barnier le mentionnait : l'exclusion du champ d'application de la directive laisse subsister les obligations issues du Traité. En effet, ce n'est que dans le cas d'une exclusion précise et reposant sur un motif objectif que l'on peut admettre que l'exclusion emporte aussi celle des principes généraux. En pareil cas, ainsi que l'a relevé un avocat général : « Les principes qui découlent du traité ne sauraient imposer une obligation de publicité devant être satisfaite même lorsque les directives prévoient expressément une dérogation. Si tel était le cas, la dérogation serait inutile »⁹.

Si, en présence d'une dérogation limitée et précise, les dispositions de droit dérivé ont un caractère exhaustif qui exclut l'application du droit primaire, il en va autrement quand l'exclusion est très large et repose sur des motifs politiques. La jurisprudence *Telaustria* est alors applicable ; l'autorité concédante doit procéder à une publicité préalable et respecter le principe de non discrimination.

L'ordonnance et le décret sur les concessions mettent en œuvre les principes issus du Traité ainsi que les principes de la commande publique en organisant la publicité et la mise en concurrence des concessions qui sont en dehors du champ de la directive.

Pour ces concessions il eût été concevable de conserver les règles de passation applicables aux délégations de service public selon la « loi Sapin » ; mais c'est à une autre solution que s'est arrêté le gouvernement.

Le régime qui est mis en place pour les concessions de travaux, de services et de service public est composé de trois éléments :

- une procédure de passation allégée par rapport à la procédure formaliste définie pour les concessions visées par la directive ;
- l'application générale de certaines règles de la directive, donc la surtransposition de la directive ;
- le maintien de certaines dispositions de la loi Sapin pour les concessions de service public.

Ces règles seront applicables dans le secteur de l'eau potable, qui connaît chaque année quelques centaines de procédures. Des règles similaires devraient, en principe, être appliquées au moins dans certains cas aux *Stadtwerke* intervenant dans le secteur de l'eau, sans que la limitation du champ d'application de la directive y change quoi que ce soit. En effet, si certaines *Stadtwerke* sont des démembrements de la collectivité publique en situation de « *in house* », d'autres comportent des associés privés, qui poursuivent un intérêt financier, comme, par exemple, des fonds d'investissement spécialisés, ce qui, selon la jurisprudence, de la Cour ne permet pas de considérer que la société est en situation de quasi-régie.

Toutefois, les trois nouvelles directives peuvent, dans certains cas, permettre à des sociétés majoritairement publiques mais comportant des associés privés d'échapper à la mise en concurrence. Cela résulte d'une part de l'élargissement

⁹ concl. SHARPSTON sur CJCE 26 avril 2007 *Commission c/Finlande* aff. C-195/04, point 76.

que donnent les directives à l'exception de « quasi-régie » (*in house*), d'autre part de l'application qu'elles font en matière de concessions de l'exception d'entreprise liée.

B. Surtransposition

Pour toutes les concessions la directive étend l'exception de *in house* par rapport à ce qu'avait admis la jurisprudence.

La Cour de Justice, qui est à l'origine de la théorie du *in house*, a jugé que « la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services »¹⁰. La directive ne va pas jusqu'à remettre en cause cette règle, ce qui risquerait de la rendre contraire aux principes issus du Traité, mais elle introduit un assouplissement en prévoyant au nombre des conditions que « la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ».

Par une autre disposition, comparable à la précédente en ce qu'elle repose sur l'existence d'un lien de dépendance entre l'autorité concédante et l'opérateur économique, est introduite dans le domaine des concessions l'exception d'entreprise liée, qui existe en matière de marchés des entités adjudicatrices depuis 1993 (directive 93/38/ du 14 juin 1993, art. 13). Cette exception ne concerne que les concessions des entités adjudicatrices et son applicabilité constitue d'ailleurs la seule conséquence de la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice en matière de concessions¹¹. L'entreprise liée ainsi visée peut comporter une part d'actionnariat privé plus importante que dans le cas de quasi-régie, puisque, selon l'article 13 de la directive 2014/23, le critère de l'entreprise liée est soit la consolidation des comptes de l'entreprise avec ceux de l'entité, soit l'influence dominante.

Dans le cas de la quasi-régie, comme dans celui de l'entreprise liée l'exception paraît susceptible d'englober les concessions attribuées aux SEM.

¹⁰ CJCE 11 janvier 2005 *Stadt Halle*, aff. C-26/03, point 49.

¹¹ Cette extension a pour conséquence implicite de transformer la notion d'entité adjudicatrice, qui n'est plus la même en matière de concession qu'en matière de marché. En effet, en matière de marché il est acquis que le régime des entités adjudicatrices ne s'applique pas aux contrats qui ont pour objet de confier l'activité, parce que pour être une entité adjudicatrice il est nécessaire d'exercer effectivement l'activité d'entreprise (CJCE 17 septembre 2002 *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99 ; CE 9 juillet 2007 *syndicat EGF-BTP, CP-ACCP* n° 69, p. 20, note RICHER ; *Ctts et MP* 2007, com. 240, obs. ZIMMER). Étendre la notion d'entité adjudicatrice en matière de concession entraîne donc une mutation de la notion : il suffit que le concédant soit compétent juridiquement pour la gestion de l'activité de réseau pour qu'il ait le caractère d'une entité adjudicatrice.

L'applicabilité de l'exception de quasi-régie aux SEM est parfois mise en doute au motif que la participation directe de capitaux privés ne serait pas requise par les dispositions législatives nationales, mais tel n'est pas le cas. En effet, si l'article L. 1522-2 du CGCT prévoit que « la participation des actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements ne peut être inférieure à 15 % du capital social » sans préciser que les autres actionnaires doivent être privés, en revanche, l'article L. 1521-1 dispose que les collectivités locales peuvent créer des « sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques ». La présence d'au moins un actionnaire privé est donc requise par la loi, ce qui rend applicable la dérogation prévue par la directive, mais il paraît difficile d'admettre que cette dérogation puisse être étendue en dehors du champ d'application de la directive et, donc, au domaine de l'eau.

L'ordonnance sur les concessions opère pourtant une telle extension puisque son article 18 ne se contente pas de transposer l'exception d'entreprise liée, il opère une surtransposition en la rendant applicable à toutes les concessions des entités adjudicatrices et, donc, au secteur de l'eau. En elle-même, la surtransposition est déconseillée¹², mais pas irrégulière. Elle peut, toutefois, le devenir lorsqu'elle contrevient à une norme constitutionnelle, ce qui paraît bien être le cas ici.

On sait que par la décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 le Conseil constitutionnel a déclaré non conforme à la Constitution la dispense de mise en concurrence des sociétés dont le capital est, directement ou indirectement, majoritairement détenu par la collectivité délégante pour méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité. En effet ces dispositions dérogatoires ne pouvaient « se justifier ni par les caractéristiques spécifiques du statut des sociétés en cause, ni par la nature de leurs activités, ni par les difficultés éventuelles dans l'application de la loi propres à contrarier les buts d'intérêt général que le législateur a entendu poursuivre ».

Depuis 1993 le principe d'égalité n'est pas sorti du bloc de constitutionnalité, mais il va devoir être concilié avec les dispositions de la directive 2014/23 sur la quasi-régie et l'entreprise liée en ce qu'elles admettent, comme on l'a vu, l'attribution des concessions sans mise en concurrence à des opérateurs qui peuvent être des SEM.

Dès lors que cette possibilité de déroger à l'obligation de publicité et concurrence est prévue par une directive, il ne peut être objecté qu'un principe constitutionnel fait obstacle à la transposition de la directive. En effet, « la

¹² Voir Commission, Communication : Réexamen du « *Small Business Act* » pour l'Europe, Bruxelles, le 23.2.2011 COM(2011) 78 final ; Résolution du Parlement européen du 4 septembre 2007 sur un examen stratégique du programme " Mieux légiférer " dans l'Union européenne (2007/2095(INI) ; Premier ministre, circulaire du 17 juillet 2013 relative à la mise en œuvre du gel de la réglementation.

transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle »¹³ ; une limite n'existe que dans le cas exceptionnel où la transposition d'une directive irait « à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » (id.). L'égal accès des candidats à un contrat public n'étant vraisemblablement pas un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, la directive doit l'emporter sur lui.

Mais cela ne vaut, bien entendu, que dans le champ d'application de la directive. Celle-ci ne s'applique qu'au-dessus du seuil de 5 225 000 euros et ne s'applique pas à certains secteurs, dont l'eau et les transports de voyageurs.

Hors champ, le principe constitutionnel continue à s'appliquer, c'est-à-dire que toutes les SEM sont dans la même situation, sans qu'il y ait lieu de faire de distinction selon l'importance de la participation privée.

Dans ces conditions, il paraît contestable que les articles 16 et 18 de l'ordonnance généralisent à toutes les concessions, y compris celles qui ne sont pas concernées par la directive, les exceptions. Sauf à admettre que par un « effet de levier »¹⁴ la modification de la législation européenne entraîne celle du principe constitutionnel d'égalité.

Une autre solution, mais qui n'est valable que pour l'exception de quasi-régie, consisterait à retenir une interprétation « validante » de l'article 16 en considérant qu'il ne s'applique pas aux SEM. On peut, en effet, considérer que la législation n'est pertinente que si elle prévoit non la participation de n'importe quelle personne privée, dont on ne voit pas pourquoi elle serait privilégiée par rapport à d'autres, mais celle d'une catégorie particulière. La lettre du texte de la directive va en ce sens. L'emploi de l'expression « formes de participation » paraît impliquer qu'il ne s'agit pas de n'importe quelle participation, qu'il ne suffit pas que la loi prévoit une participation privée quelconque. C'est ce que semble aussi confirmer la formulation du préambule qui fait référence à « la participation d'opérateurs économiques privés spécifiques dans le capital de la personne morale contrôlée ». Mais il faut rappeler que le préambule n'est pas normatif par lui-même, qu'il ne constitue qu'une aide à l'interprétation, ce qui fait que l'interprétation proposée n'est pas certaine.

Nonobstant, le fonctionnement du marché des concessions dans le secteur de l'eau en France ne devrait pas être modifié profondément par la réforme, puisqu'une procédure de passation proche de celle qui s'appliquait depuis 1993 reste en vigueur, mais l'exclusion de l'eau aura vraisemblablement pour conséquence de limiter les possibilités de développement des entreprises

¹³ CC 27 juillet 2006 - Décision n° 2006-540 DC *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, CC 30 novembre 2006 - Décision n° 2006-543 DC *Loi relative au secteur de l'énergie*.

¹⁴ Cet effet est étudié en droit de l'UE par S. TREUMER et E. WERLAUFF, « The leverage principle in Community law as a lever for the development of primary Community law », *European Law Review*, 2003. 124.

UNE ANOMALIE DE LA DIRECTIVE 2014/23 SUR L'ATTRIBUTION DES CONCESSIONS :
L'EXCLUSION DE L'EAU

françaises dans les autres États membres, car si les principes des traités s'appliquent, l'expérience passée a montré que leur mise en œuvre laissait à désirer.