

Fiche explicative – directive secteurs¹

Définition des droits exclusifs ou spéciaux

1. L'actuelle directive secteurs, directive 93/38/CEE, ainsi que la nouvelle directive secteurs, directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux², s'appliquent aux pouvoirs adjudicateurs et aux entreprises publiques sous deux conditions, c'est-à-dire, que l'entité exerce une des activités visées par la directive et que le marché est passé pour la poursuite de cette activité. S'agissant d'entreprises privées, elles ne rentrent dans le champ d'application qu'à la condition supplémentaire d'exercer l'activité en question sur base de droits exclusifs ou spéciaux au sens de la directive. D'où l'importance que revêt cette notion pour la détermination du champ d'application.
2. Dans son article 2, paragraphe 3, la directive 93/38/CEE définit la notion de droits exclusifs ou spéciaux comme étant 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. Il est en outre prévu qu'«une entité adjudicatrice est considérée comme bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, notamment:
 - a) lorsque, pour la construction des réseaux ou la mise en place des installations visées au paragraphe 2, cette entité peut jouir d'une procédure d'expropriation publique ou d'une mise en servitude, ou utiliser le sol, le sous-sol et l'espace au-dessus de la voie publique pour mettre en place les équipements de réseaux;
 - b) lorsque, dans le cas du paragraphe 2, point a), cette entité alimente en eau potable, électricité, gaz ou chaleur, un réseau qui est lui-même exploité par une entité bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par une autorité compétente de l'État membre concerné.»
3. Dans son jugement du 12 décembre 1996, la Cour de justice³ a déclaré qu'il ressort de l'article 2 de la directive 94/46⁴ qui modifie les définitions donnés par

¹ Ce document correspond au document CC/2004/33 FR du 18.6.2004

² JO L 134 du 30.4.2004 p. 1.

³ The Queen contre Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications plc., affaire c-302/94, Recueil 1996 I-6417.

⁴ Directive 94/46/CE de la Commission du 13.10.1994 modifiant la directive 88/301/CEE et la directive 90/388/CEE notamment en ce qui concerne les communications par satellites, JO L 268 du 19.10.1994, p. 15.

la directive 90/388⁵ et reprises dans l'article 2, points 1 et 2, de la directive 90/387⁶, ainsi que du contexte factuel dans lequel les directives 90/387, 90/388 et 92/44⁷ ont été adoptées et de leurs objectifs, "que 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."

La Cour de justice a ajouté que des droits exclusifs ou spéciaux pour l'établissement de réseaux publics de télécommunications et, le cas échéant, la fourniture de services publics de télécommunications au sens de l'article 2 de la directive 90/387 ne peuvent pas être caractérisés par la possibilité pour les organisations de télécommunications autorisées à bénéficier de certaines prérogatives, notamment le droit d'acquérir des terrains par la contrainte, de pénétrer sur des terrains à des fins d'exploitation et d'acquérir des terrains par contrat, ou de placer des équipements de réseau au-dessus ou en dessous des voies publiques et des appareils sur des terrains privés avec le consentement des personnes intéressées sauf dispense accordée par les tribunaux, dans la mesure où ces prérogatives, "qui sont simplement destinées à faciliter l'établissement des réseaux par les opérateurs concernés et qui sont ou peuvent être attribués à tous ces opérateurs, ne confèrent pas à leurs titulaires d'avantage substantiel par rapport à leurs concurrents potentiels."

Il est vrai que le jugement interprète exclusivement la notion de "droits spéciaux ou exclusifs" au regard des directives de télécommunications concernées et que cette interprétation ne peut pas être appliquée à la définition de tels droits dans d'autres directives, si leur texte montre clairement que le législateur communautaire a explicitement entendu donner un champ d'application différent à cette notion ou lorsque le contexte législatif, dans lequel la définition s'insère, est différent. Tel est précisément le cas de la directive 93/38/CEE. En premier lieu, les dispositions de l'actuel article 2, paragraphe 3, sous a) et b), montrent clairement que la définition couvre des situations, qui, aux fins des directives de télécommunications interprétées par la Cour de justice, ne constituent pas des droits spéciaux ou exclusifs.

Il était, néanmoins, préjudiciable qu'un même concept soit défini de deux manières tellement différentes dans la législation communautaire du marché

⁵ Directive 90/388/CEE de la Commission du 28.6.1990 sur la concurrence sur les marchés pour les services de télécommunications, JO L 192 du 24.7.1990, p. 10.

⁶ Directive 90/387/CEE du Conseil du 28.6.1990 sur l'établissement du marché intérieur pour les services de télécommunications par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications, JO L 192 du 24.7.1990, p. 1.

⁷ Directive 92/44/CEE du Conseil du 5.6.1992 sur l'application de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications aux lignes louées, JO L 165 du 19.6.1992, p. 27.

intérieur au sens large. La définition a par conséquent été modifiée dans la nouvelle directive secteurs.

4. La nouvelle directive secteurs introduit donc une nouvelle définition dans son article 2, paragraphe 3, et des éléments d'interprétation au considérant 25. Ces dispositions sont, respectivement, les suivants :

«3. Aux fins de la présente directive, les "droits spéciaux ou exclusifs" sont des droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux articles 3 à 7 et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité.

(25) Il convient d'assurer une définition appropriée de la notion de droits spéciaux et exclusifs. Cette définition a pour conséquence que le fait qu'une entité puisse, pour la construction des réseaux ou la mise en place des installations portuaires ou aéroportuaires, jouir d'une procédure d'expropriation publique, ou d'une mise en servitude, ou utiliser le sol, le sous-sol et l'espace au-dessus de la voie publique ne constitue pas en soi un droit exclusif ou spécial au sens de la présente directive. Le fait qu'une entité alimente en eau potable, électricité, gaz ou chaleur, un réseau qui est lui-même exploité par une entité bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par une autorité compétente de l'État membre concerné ne constitue pas non plus en soi un droit exclusif ou spécial au sens de la présente directive. De même, 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. »

5. Les conséquences de ces changements sont multiples. Tout d'abord, ce changement de la définition aura pour effet que des entités adjudicatrices, qui tombent dans le champ d'application de la directive 93/38/CEE *exclusivement* parce qu'elles sont considérées comme bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux au titre de l'article 2, paragraphe 3, a ou b ne seront plus soumises à la nouvelle directive⁸. Il ne sera donc plus possible de conclure à l'existence de droits exclusifs ou spéciaux uniquement sur base de l'activité exercée⁹ - il faudra analyser au cas par cas si l'entité en question possède ou non des droits ayant pour effet « d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité ». Sous le régime de la nouvelle directive, l'analyse ne peut cependant pas s'arrêter là – il faudra également examiner *comment* l'entité a obtenu les droits en question.

⁸ Voir en ce sens explicitement le nouveau considérant 25.

⁹ Sous l'actuelle directive, il est en effet impensable en pratique qu'une entité puisse par exemple distribuer de l'électricité sans avoir au moins le droit de mettre ses pylônes sur le sol public.

6. En effet, si l'entité a obtenu des droits – même exclusifs – pour l'exercice d'une des activités visées par la directive sur base de « critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires », alors de tels droits ne constituent **pas** de droits exclusifs ou spéciaux au sens de la nouvelle directive secteurs. Il est toutefois nécessaire que la procédure utilisée pour l'octroi des droits en question se déroule après qu'une publicité adéquate ait été assurée – en effet, sans une telle publicité, il ne peut pas être garanti que les critères ouvrent effectivement à tout intéressé les remplissant la possibilité d'obtenir le droit en question. Donc, quelle que soit la base juridique de la mise en concurrence – un appel d'offre selon les directives marchés publics¹⁰, une mise en concurrence (« Telaustria ») d'une concession de services¹¹ ou pour la passation d'un marché de services concernant un service I/II B ou XVI/XVII B¹², ou une procédure pour l'octroi d'une autorisation selon une législation sectorielle¹³ - si celle-ci est conduite sur base de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires, les entités privées opérant sur base de tels droits ne sont **pas** à considérer comme des entités adjudicatrices au sens de la nouvelle directive secteurs.
7. Bien entendu, il reste possible que des entités privées continueront à avoir des droits exclusifs ou spéciaux – même après la nouvelle définition. D'une part, des entreprises privées peuvent avoir reçu leurs droits sans mise en concurrence¹⁴ ou des entreprises publiques ayant simplement été créées pour l'exercice d'une des activités visées par la directive peuvent passer du statut d'entreprise publique à celui d'entreprise privée¹⁵.

¹⁰ Par exemple une procédure d'attribution selon la directive services, 92/50/CEE, ou l'actuelle directive secteurs pour la passation de marché portant sur l'opération d'un service de transport par bus dans une ville déterminée ou un appel d'offre selon la nouvelle directive classique pour l'octroi d'une concession de travaux portant sur la construction et gestion d'un aqueduc ...

¹¹ Par exemple pour la gestion d'un port maritime ...

¹² Par exemple pour l'opération d'une ligne de chemin de fer ...

¹³ Comme exemples on peut citer : l'octroi d'une autorisation pour l'exploitation d'installations de gaz naturel selon les procédures prévues à l'article 4 de la Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel ; une autorisation ou un appel d'offre pour la construction de nouvelles installations de production d'électricité selon les dispositions de la Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité ; l'octroi selon les procédures prévues à l'article 9 de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service pour l'octroi d'une autorisation concernant un service postal qui n'est pas ou ne peut pas être réservé ou encore une procédure pour l'octroi d'une autorisation à exercer une activité d'exploitation de hydrocarbures selon la Directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures.

¹⁴ Par exemple, si une entreprise liée reçoit un contrat pour l'exercice d'une des activités visées par la directive sur base de l'exception « intra-groupe » prévue à l'article 23 de la nouvelle directive secteurs – ou l'a reçu sous l'article 13 de la directive 93/38/CEE.

¹⁵ c'est-à-dire une entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent (plus) exercer une influence dominante au sens de l'article 2, paragraphe 1, point b, de la nouvelle directive secteurs (ou l'article premier, paragraphe 2 de la directive 93/38/CEE)

8. En conclusion, l'existence de droits exclusifs ou spéciaux au sens de la nouvelle directive secteurs doit faire l'objet d'un examen au cas par cas.