

# RÉFORME DE LA COMMANDE PUBLIQUE

COLLECTION

## LIVRET 4

# PASSATION ET RÉDACTION DES CONTRATS DE CONCESSION

*Ordonnance N°2016-65 du 29 janvier 2016 et Décret N°2016-86  
du 1<sup>er</sup> février 2016 relatifs aux contrats de concession*

Mars 2017



Institut de la  
**gestion déléguée**

# SOMMAIRE

<b>CONTEXTE</b> .....	4
<b>PARTIE 1 : REDACTION DES DOCUMENTS DE LA CONSULTATION ET PROCEDURE DE PASSATION DES CONCESSIONS</b> .....	5
Fiche 1 : Documents de la consultation (avis, règlement, cahier des charges) et modalités de publicité .....	6
I. Les documents de la consultation .....	7
II. La publication .....	11
Fiche 2 : Organisation de la procédure et valeur de la concession .....	13
I. Quelles sont les procédures de passation d'un contrat de concession ? .....	13
II. Comment estimer la valeur d'un contrat de concession ? .....	18
Fiche 3 : Commission d'analyse des offres .....	20
I. Composition .....	20
II. Compétence et pouvoirs .....	21
Fiche 4 : Phases et méthodologie de la négociation .....	23
I. Caractère facultatif de la négociation .....	23
II. Principes directeurs de la négociation .....	24
III. Procédure de négociation/phases de négociation .....	27
IV. Contenu de la négociation .....	30
Fiche 5 : Sélection des candidatures .....	31
I. Les interdictions de soumissionner .....	31
II. Les conditions d'aptitude et de capacité .....	35
III. Réserve à certains candidats .....	36
IV. La candidature de groupements .....	36
Fiche 6 : Sélection des offres .....	37
I. Nombre d'offres .....	38
II. Offres à éliminer et régularisation .....	38
III. Détermination des critères .....	39
IV. Hiérarchisation des critères .....	40
Fiche 7 : Obligations d'information .....	41
I. Informations des candidats sur les modifications des documents de la consultation et des modalités d'accès aux documents de la consultation .....	41
II. Informations des candidats évincés .....	41
<b>PARTIE 2 : REDACTION DES DOCUMENTS CONTRACTUELS</b> .....	43
Fiche 8 : Définition de l'objet de la concession .....	44
I. Définition de l'objet : les travaux et les services .....	45
II. Une concession peut-elle contenir une pluralité d'objets ? .....	46
Fiche 9 : Durée et définition des investissements .....	48
I. Quelle doit être la durée initiale de la concession ? .....	49
II. Quelles sont les modalités de fixation de la durée ? .....	52
III. Peut-on, et selon quelles modalités, prolonger la durée ? .....	54

<b>Fiche 10 : Spécifications techniques</b> .....	55
I. Typologie .....	55
II. Indicateurs de performance .....	56
III. Spécifications et concurrence.....	56
<b>Fiche 11 : Redevance et droits d'entrée</b> .....	57
I. Droits d'entrée et redevances : quelle notion pour quel régime ? .....	57
II. Quelles sont les règles communes aux droits d'entrée et aux redevances ? .....	60
<b>Fiche 12 : Rémunération et recettes</b> <b>(tarif/ prix/ contribution forfaitaire/ subventions d'exploitation)</b> .....	61
I. Quelle est la place de la rémunération dans la définition de la concession ?.....	62
II. Quels sont les autres principes issus de l'ordonnance et de son décret d'application régissant la rémunération ? .....	66
III. Quels sont les principes préexistants à l'ordonnance et régissant la rémunération ? .....	67
<b>Fiche 13 : Droits réels</b> .....	69
I. L'autorisation d'occupation : quel fondement ?.....	69
II. A quelles conditions et selon quelles modalités une autorité concédante peut-elle consentir des droits réels sur les biens du contrat (article 50 de l'ordonnance « Concessions ») ? .....	70
III. A quelles conditions et selon quelles modalités un concessionnaire peut-il consentir des baux et droits à un tiers au contrat (article 51 de l'ordonnance « Concessions ») ?.....	71
<b>Fiche 14 : La communication et la réutilisation des données</b> .....	72
I. Quels documents doivent être publiés et dans quels délais ?.....	74
II. Dans quelles conditions et sous quel format les données doivent-elles être publiées? .....	76
III. Quelles limites ou dérogations existe-t-il à la publication de certains documents ou données jugés sensibles ? .....	77
IV. Quelles sont les conditions de réutilisation des données publiées ?.....	79
V. Des décrets d'application devraient prochainement être publiés.....	80
<b>Fiche 15 : Exécution par des tiers</b> .....	81
I. Définition et principes.....	82
II. Le concessionnaire peut-il librement confier une partie de l'exécution à un tiers ? .....	82
<b>Fiche 16 : Annexes financières et clause indemnitaire</b> .....	83
I. Que contient la notion de dépenses utiles ? .....	84
II. Comment rédiger les clauses relatives aux dépenses utiles ? .....	87
<b>Fiche 17 : Clause de réexamen</b> .....	89
I. Comment distinguer les clauses de réexamen des options ? .....	90
II. Exemples de clauses de réexamen.....	90
<b>Fiche 18 : Contrôle de l'autorité concédante sur le concessionnaire</b> .....	92
I. Quelles sont les obligations relatives au rapport annuel du concessionnaire ? .....	93
II. Quelles sont les clauses usuelles relatives au contrôle du concédant ? .....	95
<b>ANNEXE 1 : COMITE DE REDACTION</b> .....	98

# CONTEXTE

A la suite de l'adoption de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et de son décret d'application n°2016-86 du 1er février 2016, la Commission juridique de l'Institut de la Gestion Déléguée (IGD) a entrepris la rédaction de livrets pédagogiques pour décrypter les nouveautés apportées à ces contrats (Cf. Livret 1 – les contrats de concession<sup>1</sup>) et pour détailler l'ensemble des dispositions qui leur sont applicables, objet de ce livret 4.

Pour rappel, les livrets 2 et 3 portent respectivement sur les marchés de partenariat et sur les marchés publics globaux tels qu'issus de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et ses décrets d'application n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et n°2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense et sécurité.

**Ce livret se présente sous la forme de 18 fiches thématiques regroupées en deux parties :**

- >> La rédaction des documents de la consultation et la procédure de passation des concessions
- >> La rédaction des documents contractuels.

Les membres de la Commission juridique, qui ont participé à la rédaction de ce livret, se sont efforcés d'analyser, de la manière la plus opérationnelle possible, la quasi-totalité des dispositions issues des nouveaux textes, de les comparer avec l'état du droit antérieur et d'identifier les quelques interrogations que l'application de ces textes soulève encore.

Un prochain livret traitera de la définition des autorités concédantes (pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices), des exclusions applicables aux contrats de concession, des exclusions applicables aux relations internes au secteur public (quasi-régie, coopération entre pouvoirs adjudicateurs, entreprise liée, coentreprise) et des contrats particuliers que sont les contrats mixtes. Il sera publié au cours du second semestre 2017.

Pour rappel, ci-dessous le droit applicable aux contrats de concession :

DROIT ANTÉRIEUR	DROIT APPLICABLE DÈS LE 1 <sup>ER</sup> AVRIL 2016
<b>CONCESSION DE TRAVAUX PUBLICS</b>	<b>CONTRAT DE CONCESSION</b>
> Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics	↙ <b>TRAVAUX</b> ↘ <b>SERVICES</b> ↓ <b>SERVICES PUBLICS</b>
<b>DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC :</b>	
- Concession de service public - Affermage - Régie intéressée > Loi « Sapin » du 29 janvier 1993 (art. 38 et s.) > Loi MURCEF du 11 décembre 2001 (Articles L. 1411-1 et suivants du CGCT)	> Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et Décret n°2016-86 du 1 <sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession > Art.L.1411-1 et suivants du CGCT modifiés

1. A consulter sur le site internet de l'IGD : [www.fondation-igd.org](http://www.fondation-igd.org)

# **PARTIE 1 :**

# **RÉDACTION DES DOCUMENTS DE LA CONSULTATION ET PROCÉDURE DE PASSATION DES CONCESSIONS**

<b>FICHE 1</b> DOCUMENTS DE LA CONSULTATION ET MODALITES DE PUBLICITE.....	6
<b>FICHE 2</b> ORGANISATION DE LA PROCEDURE ET VALEUR DE LA CONCESSION.....	13
<b>FICHE 3</b> COMMISSION D'ANALYSE DES OFFRES.....	20
<b>FICHE 4</b> PHASES ET METHODOLOGIE DE LA NEGOCIATION.....	23
<b>FICHE 5</b> SELECTION DES CANDIDATURES .....	31
<b>FICHE 6</b> SELECTION DES OFFRES .....	37
<b>FICHE 7</b> OBLIGATIONS D'INFORMATION.....	41

# FICHE 1

## DOCUMENTS DE LA CONSULTATION (AVIS, RÈGLEMENT, CAHIER DES CHARGES) ET MODALITÉS DE PUBLICITÉ



### SOURCES JURIDIQUES

>> Les documents de la consultation sont régis par des sources juridiques nationales et communautaires.

#### SOURCES NATIONALES

**Article 4 du décret n°2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession (ci-après dénommé décret « Concession »)** : « Les documents de la consultation sont constitués de l'ensemble des documents fournis par l'autorité concédante ou auxquels elle se réfère, pour définir l'objet, les spécifications techniques et fonctionnelles, les conditions de passation et d'exécution du contrat de concession, ainsi que le délai de remise des candidatures ou des offres et, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service public rendu à l'usager. Ils comprennent notamment **l'avis de concession, le cahier des charges** de la concession et, le cas échéant, **l'invitation à présenter une offre** ».

**Arrêté du 21 mars 2016 fixant le modèle d'avis pour la passation des contrats de concession (ci-après dénommé arrêté)** fixe le contenu minimal obligatoire de l'avis de concession pour les contrats<sup>2</sup> dont la valeur estimée est inférieure au seuil européen ou qui ont pour objet, quelle que soit leur valeur estimée, l'exploitation de services de transport de voyageurs ou la mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation 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.

#### SOURCES COMMUNAUTAIRES

**Règlement 2015/1986 du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n°842/2011 (ci-après dénommé « Règlement »)** prévoit le contenu de l'avis de concession au sein du formulaire standard<sup>3</sup> et pour les avis de concession pour les services sociaux et autres services spécifiques, le contenu est prévu au sein du formulaire 23.

2. Pour la liste des contrats, Cf. article 10 du décret « Concessions ».

3. Pour la liste des contrats, Cf. article 10 du décret « Concessions ».

**>> Les modalités de publicité de l'avis de concession sont régies par des dispositions relevant de l'ordonnance et de son décret d'application.**

**Article 35 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (ci-après dénommée ordonnance « Concessions ») :** « Afin de susciter la plus large concurrence, les autorités concédantes procèdent à une publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire, selon l'objet du contrat de concession ou sa valeur estimée hors taxe ».

**Les articles 14, 15 et 16 du décret « concessions »** viennent préciser les modalités de publicité.

**Article 5 du décret « Concessions » :** « L'autorité concédante offre, par voie électronique, un accès gratuit, libre, direct et complet aux documents de la consultation sur un profil d'acheteur, à compter de la date de publication d'un avis de concession ou de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre. [...] ».

## I. LES DOCUMENTS DE LA CONSULTATION

Les documents de la consultation comprennent notamment :

- > l'avis de concession : sa publication ouvre la procédure de consultation et permet ainsi aux opérateurs de manifester leur intérêt ;
- > le cahier des charges ;
- > le règlement de la consultation ;
- > l'invitation à présenter une offre.

### I.1. L'AVIS DE CONCESSION : QUEL CONTENU POUR QUELLE PROCÉDURE ?

Selon l'article 14 du décret, l'avis de concession « comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation ».

Pour les concessions dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure au seuil de 5 225 000€ (procédure ordinaire), le contenu de l'avis de concession est défini par le **règlement européen (A)**.

Pour les concessions dont la valeur estimée est inférieure au seuil de 5 225 000€ et pour les contrats qui, quelle que soit leur valeur estimée, portent sur les secteurs de l'eau ou sur les concessions de service public de transport de voyageurs (procédure allégée), le contenu de l'avis de concession est défini par l'**arrêté (B)**.

Pour les concessions dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil de 5 225 000€ et qui ont pour objet les services sociaux ou d'autres services spécifiques, l'avis de concession doit être conforme au modèle européen tel que défini par le règlement, alors même qu'elles relèvent de la procédure allégée.

## I.1.A. QUEL CONTENU POUR L'AVIS DE CONCESSION DANS LE CADRE D'UNE PROCÉDURE ORDINAIRE ?

Le décret « Concessions » dans son article 14, indique que l'avis de concession doit être « conforme au modèle européen fixé par le règlement d'exécution du 11 novembre 2015 susvisé ». Ce modèle<sup>4</sup> est calqué sur l'avis de marché dont on retrouve le vocabulaire spécifique : « marché » ou encore « pouvoir adjudicateur/ entité adjudicatrice ».

L'avis de concession doit comporter les rubriques suivantes<sup>5</sup> :

### **Section I : Pouvoir adjudicateur/ entité adjudicatrice**

- I.1) Nom et adresses
- I.3) Communication
- I.4) Type de pouvoir adjudicateur
- I.5) Activité principale (dans le cas d'un avis publié par un pouvoir adjudicateur)
- I.6) Activité principale (dans le cas d'un avis publié par une entité adjudicatrice)

### **Section II : Objet**

- II.1) Etendue du marché (valeur totale estimée, information sur les lots...)
- II.2) Description (critères d'attribution, durée, valeur estimée...)

### **Section III. Renseignements d'ordre juridique, économique, financier et technique**

- III.1) Conditions de participation (habilitation à exercer une activité professionnelle, capacité économique et financière, capacité technique et professionnelle, informations sur les concessions réservées)
- III.2) Conditions liées à la concession (information relative à la profession, conditions d'exécution de la concession, informations sur le personnel responsable de l'exécution de la concession)

### **Section IV. Procédure**

- IV.1) Description
- IV.2) Renseignements d'ordre administratif (date limite de remise des candidatures ou réception des offres, langues)

### **Section VI – Renseignements complémentaires**

- VI.1) Renouvellement
- VI.2) Informations sur les échanges électroniques
- VI.3) Informations complémentaires
- VI.4) Procédures de recours (instances chargées des procédures de recours, organe chargé des procédures de médiation...)
- VI.5) Date d'envoi du présent avis

Ce document renvoie à des notes de bas de pages dont il convient de préciser les conséquences suivantes :

- > Il apparaît que la valeur totale de chaque prestation (II.2.6) ne doit être renseignée que si la valeur totale estimée est elle-même indiquée (II.1.5).
- > Il n'est pas obligatoire que l'avis de concession indique les critères de sélection (III.1) et d'attribution (II.2.5) qui peuvent faire l'objet d'un renvoi aux « documents du marché ».
- > L'indication de la durée est facultative dans l'avis (les indications à son sujet doivent figurer dans les documents de la consultation<sup>6</sup>).

4. [http://publications.europa.eu/resource/cellar/ee6b003a-8910-11e5-b8b7-01aa75ed71a1.0009.01/DOC\\_1](http://publications.europa.eu/resource/cellar/ee6b003a-8910-11e5-b8b7-01aa75ed71a1.0009.01/DOC_1)

5. A noter qu'on ne trouve pas de rubrique I.2 dans la section I ni de section V.

6. Cf. Fiche 8 relative à la durée et à la définition des investissements.

## I.1.B. QUEL CONTENU POUR L'AVIS DE CONCESSION DANS LE CADRE D'UNE PROCÉDURE ALLÉGÉE ?

L'article 14 du décret « *Concessions* » indique que « pour les contrats qui relèvent de l'article 10, cet avis est établi conformément au modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie ».

Cet arrêté détermine, à son article 1<sup>er</sup>, **le contenu minimal obligatoire de l'avis de concession** pour les contrats de concession relevant de la procédure allégée<sup>7</sup>.

Les rubriques obligatoires de l'avis simplifié sont les suivantes :

### **Section I : pouvoir adjudicateur/ entité adjudicatrice**

I.1 : « Nom et adresses »

I.3 : « Communication »

### **Section II : Objet**

II.1.1 : « Intitulé »

II.2.4 : « Description des prestations »

II.2.5 : « Critères d'attribution », sans pour autant que la mention hiérarchisée des critères d'attribution ne s'impose à l'autorité concédante ;

### **Section III : Renseignements d'ordre juridique, économique, financier et technique**

III.1 : « Conditions de participation »

### **Section IV : Procédure**

IV.2.2 « Date limite de remise des candidatures ou de réception des offres ».

Comme on le voit, la description de l'objet est simplifiée, seules les conditions de participation sont précisées.

Cependant, rien n'interdit à l'autorité concédante de publier un avis plus complet. A noter que l'arrêté prévoit également, à son article 2, un contenu allégé pour les avis complémentaires, publiés au niveau national.

## I.2. CAHIER DES CHARGES

Le cahier des charges, ou projet de contrat est, à l'issue de sa négociation puis de sa signature, **un document contractuel** qui détermine les conditions dans lesquelles le contrat est exécuté et qui énumère la liste des besoins, exigences, spécifications ou contraintes que le concessionnaire doit respecter lors de la réalisation d'un projet. Il fait partie des pièces constitutives du dossier de consultation des entreprises, élaboré par l'autorité concédante.

Il n'y a pas de modèle type, les cahiers des charges sont adaptés en fonction de la nature des prestations, des particularités du service ou encore des besoins de l'autorité concédante.

Sans être exhaustif, le cahier des charges comprend des clauses générales et particulières, notamment :

- > L'objet de la concession et les caractéristiques du contrat ;
- > La durée de la concession ;

7. A savoir, les contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure au seuil de 5 225 000€ ou ceux qui ont, quelle que soit leur valeur estimée, pour objet l'exploitation de services de transport de voyageurs ou la mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation 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.

- > La définition des prestations ;
- > Les obligations du concessionnaire et les conditions de contrôle par l'autorité concédante ;
- > La fixation des tarifs ;
- > La documentation technique de référence ;
- > Le recensement des ouvrages à réaliser et/ou concédés et leurs caractéristiques techniques ;

### I.3. LE RÈGLEMENT DE LA CONSULTATION

Le règlement de la consultation est une **pièce non contractuelle, facultative, constitutive du dossier de consultation des entreprises**. Il fixe les règles de la consultation pour les opérateurs économiques.

L'ordonnance et le décret « *Concessions* » sont silencieux sur son contenu mais on peut dégager de la pratique l'exemple de plan suivant lorsqu'une procédure ouverte est retenue<sup>8</sup> :

#### Exemple de plan de règlement de consultation

Sur la page de garde, indication de la date et heure limites de réception des plis

1. Coordonnées de l'autorité concédante
2. Objet de la consultation
3. Durée du contrat
4. Description du service ou des travaux
5. Etendue des prestations (périmètre, contenu, offre de base et offre variable..)
6. Valeur estimée de la concession et méthode de calcul retenue pour estimer la valeur de la concession<sup>9</sup>
7. Conditions de la consultation
  - a. Modes de consultation
  - b. Composition du dossier de consultation
  - c. Modifications de détail ou informations complémentaires apportées au dossier de consultation
  - d. Correspondances
  - e. Délai de validité des offres
  - f. Visite des installations du service
  - g. Langue de la procédure
  - h. Unité monétaire
8. Présentation des candidatures et des offres
  - a. Modalités de dépôt des plis (candidatures + offres)
  - b. Date et heure limite de dépôt des plis
  - c. Forme et contenu des plis
  - d. Contenu des candidatures (déclaration sur l'honneur, interdictions de soumissionner, justificatifs des capacités techniques, professionnelles, économiques et financières, dispositions relatives aux groupements ..)
  - e. Contenu des offres
    - i. Le projet de contrat complété, daté et signé
    - ii. Le compte d'exploitation prévisionnel
    - iii. Mémoire technique du candidat (présentation de l'organisation, des moyens humains et matériels et des modalités d'exploitation que le candidat s'engage à mettre en œuvre pour remplir ses missions)
    - iv. Notes sur les relations entre le délégataire et l'autorité concédante
    - v. Variantes obligatoires et facultatives : possibilité pour le candidat de faire des propositions de modifications ou des compléments au projet de contrat qui doivent être justifiées et rester dans les limites précisées par les documents de la consultation
    - vi. Projet de grille tarifaire (si applicable)
  - f. Examen des candidatures et jugement des offres (production des pièces manquantes ou incomplètes, critères de sélection des candidatures et des offres, préparation de la phase de négociation),
9. Renseignements complémentaires : le candidat peut demander des renseignements complémentaires dont la réponse sera alors communiquée à l'ensemble des candidats
10. Informations sur les procédures de recours

8. Conseil d'Etat, 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, n°298618 ; Décret « *Concessions* », notamment article 18.

9. Les textes imposent seulement de mentionner la méthode de calcul mais il paraît aussi prudent d'indiquer une valeur estimée de la concession (Cf. Fiche 2 relative à l'organisation de la procédure et valeur de la concession).

#### I.4. L'INVITATION À PRÉSENTER UNE OFFRE

Dans l'hypothèse où la procédure dissocie la remise d'une offre et la remise d'une candidature, les documents de la consultation peuvent comporter une lettre de l'autorité concédante invitant l'opérateur économique, dont la candidature a été retenue, à remettre son offre.

#### A NOTER...



Toute modification des documents de la consultation doit être communiquée aux opérateurs économiques, aux candidats admis à présenter une offre et aux soumissionnaires dans des conditions garantissant leur égalité et leur permettant de disposer d'un délai suffisant pour remettre leurs candidatures ou leurs offres.

## II. LA PUBLICATION

Les articles 14, 15 et 16 du décret « *Concessions* » précisent les **modalités de publicité, selon l'objet du contrat de concession ou sa valeur estimée hors taxe.**

### II.1. PROCÉDURE ORDINAIRE

L'avis de concession est publié *au JOUE, au Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics (BOAMP)* (qui devrait logiquement s'intituler Bulletin officiel de la commande publique) ou dans un *Journal d'Annonces Légales (JAL)* ainsi que dans une publication spécialisée du secteur économique concerné.

### II.2. PROCÉDURE ALLÉGÉE

La publication est faite au *BOAMP* ou dans un *JAL*.

De plus, si elle l'estime nécessaire, l'autorité concédante publie dans une revue spécialisée ou au *JOUE*. Il n'est pas exclu qu'un juge estime un tel complément de publicité comme obligatoire, compte tenu des circonstances pour alerter ceux que le décret dénomme, après le Conseil d'État (*CE 1<sup>er</sup> avril 2009 Communauté urbaine de Bordeaux, 323585*) « opérateurs économiques raisonnablement vigilants ».

Les avis concernant des contrats relatifs à des services sociaux ou spécifiques lorsqu'ils sont supérieurs au seuil font l'objet d'une publicité au *JOUE* et au *BOAMP*, alors même qu'ils relèvent de la procédure allégée.

## **Dispositions particulières applicables aux services de transport de voyageurs**

En complément des dispositions applicables à la procédure allégée telle que décrite précédemment, et s'agissant des services de transport de voyageurs relevant du règlement C.E n°1370/2007 du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route (*dit règlement O.S.P*), d'autres modalités de publicité sont à préciser :

- > Obligation de pré information : au plus tard, un an avant le lancement de la procédure de mise en concurrence, ou un an avant l'attribution directe du contrat, l'autorité compétente doit publier au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE), au minimum les informations suivantes : *le nom et les coordonnées de l'autorité compétente, le type d'attribution envisagée, les services et le territoire susceptibles d'être concernés ;*
  
- > Obligation de publication d'un avis d'attribution (*en cas d'attribution directe d'un contrat de transport par chemin de fer*) : l'autorité compétente doit rendre publiques les informations suivantes, dans le délai d'un an à compter de cette attribution : *nom de la partie contractante, structure de son capital et, le cas échéant, nom de l'organe ou des organes de contrôle légal, durée du contrat de service public, description des services de transports de voyageurs à exécuter, description des paramètres de calcul de la compensation financière, objectifs de qualité, tels que la ponctualité et la fiabilité, ainsi que primes et pénalités applicables, conditions relatives aux actifs essentiels.*

L'avis de pré-information (article 7.2 du règlement O.S.P) et l'avis d'information relatif à l'attribution du contrat (article 7.3 du règlement O.S.P) font l'objet de formulaires standards mis en ligne par les services du J.O.U.E (T01 – 1370/07 et T02 – 1370/07).

### **DÉMATÉRIALISATION DE L'ACCÈS DES DOCUMENTS DE LA CONSULTATION**

L'article 5 du décret « *Concessions* » prévoit que « l'autorité concédante offre, **par voie électronique, un accès gratuit, libre, direct et complet aux documents de la consultation sur un profil d'acheteur**, à compter de la date de publication d'un avis de concession ou de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre.

Le profil d'acheteur est la plate-forme de dématérialisation permettant notamment aux autorités concédantes de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires.»

Cette dernière disposition ne s'applique pas lorsque des « raisons de sécurité exceptionnelle » ou des raisons techniques ou particulièrement sensibles rendent la dématérialisation impossible. L'autorité concédante indique alors dans l'avis de concession ou dans l'invitation à présenter une offre, les modalités de transmission de ces documents.

Un arrêté relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs doit être publié prochainement par le Ministère de l'Economie.

## FICHE 2

# ORGANISATION DE LA PROCÉDURE ET VALEUR DE LA CONCESSION

### SOURCES JURIDIQUES<sup>10</sup>



L'ordonnance n° 2016-65 du 29 février 2016 relative aux contrats de concession (dénommée ci-après ordonnance « *Concessions* ») et le décret n° 2016-86 relatif aux contrats de concessions (dénommé ci-après décret « *Concessions* ») définissent deux procédures applicables à la passation des contrats de concession :

- > une procédure de passation ordinaire ;
- > une procédure de passation allégée.

La procédure ordinaire s'applique à tous les contrats, hors secteurs exclus, dont la valeur est supérieure ou égale au seuil européen. Les nouveaux textes explicitent cette notion de valeur, notamment en précisant les modalités de calcul et les effets juridiques.

## I. QUELLES SONT LES PROCÉDURES DE PASSATION D'UN CONTRAT DE CONCESSION ?

### Unification des procédures de passation quel que soit l'objet de la concession

En matière de procédure de passation, **il n'y a plus de distinction selon l'objet de la concession (travaux ou services)**. Toutes les concessions sont soumises au même régime, avec des obligations renforcées lorsque leur montant est supérieur au seuil européen (5 225 000€ HT).

CONCESSION < 5 225 000€ HT	CONCESSION > 5 225 000€ HT
+	↓
Concession dans un secteur exclu quel que soit le montant (eau, assainissement, transport public de voyageurs, communications électroniques, les services sociaux ou d'autres services spécifiques)	Procédure ordinaire
↓	
Procédure allégée (modalités de publicité, notification et délai de stand still adaptés)	

En tout état de cause, elles doivent respecter les grands principes de la commande publique : **liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures**.

10. Dans un souci de clarté et compte tenu du nombre important d'articles, ces derniers seront mentionnés au fur et à mesure des développements abordés dans cette fiche.

# PROCÉDURE D'ATTRIBUTION ALLÉGÉE POUR LES CONTRATS DE CONCESSION DONT LA VALEUR EST INFÉRIEURE AU SEUIL DE 5 225 000 € ET POUR CERTAINS SECTEURS EXCLUS QUEL QUE SOIT LEUR MONTANT

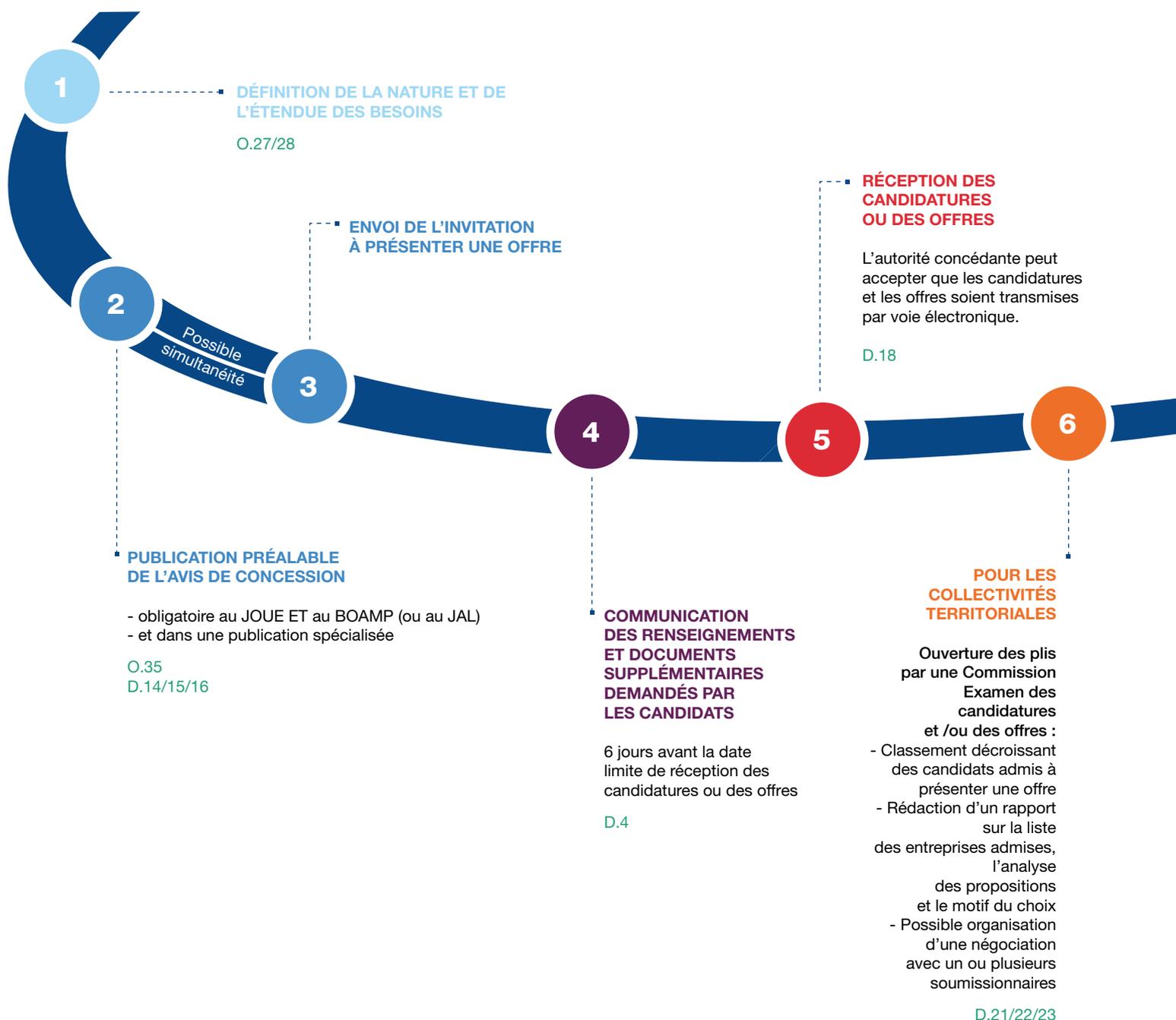


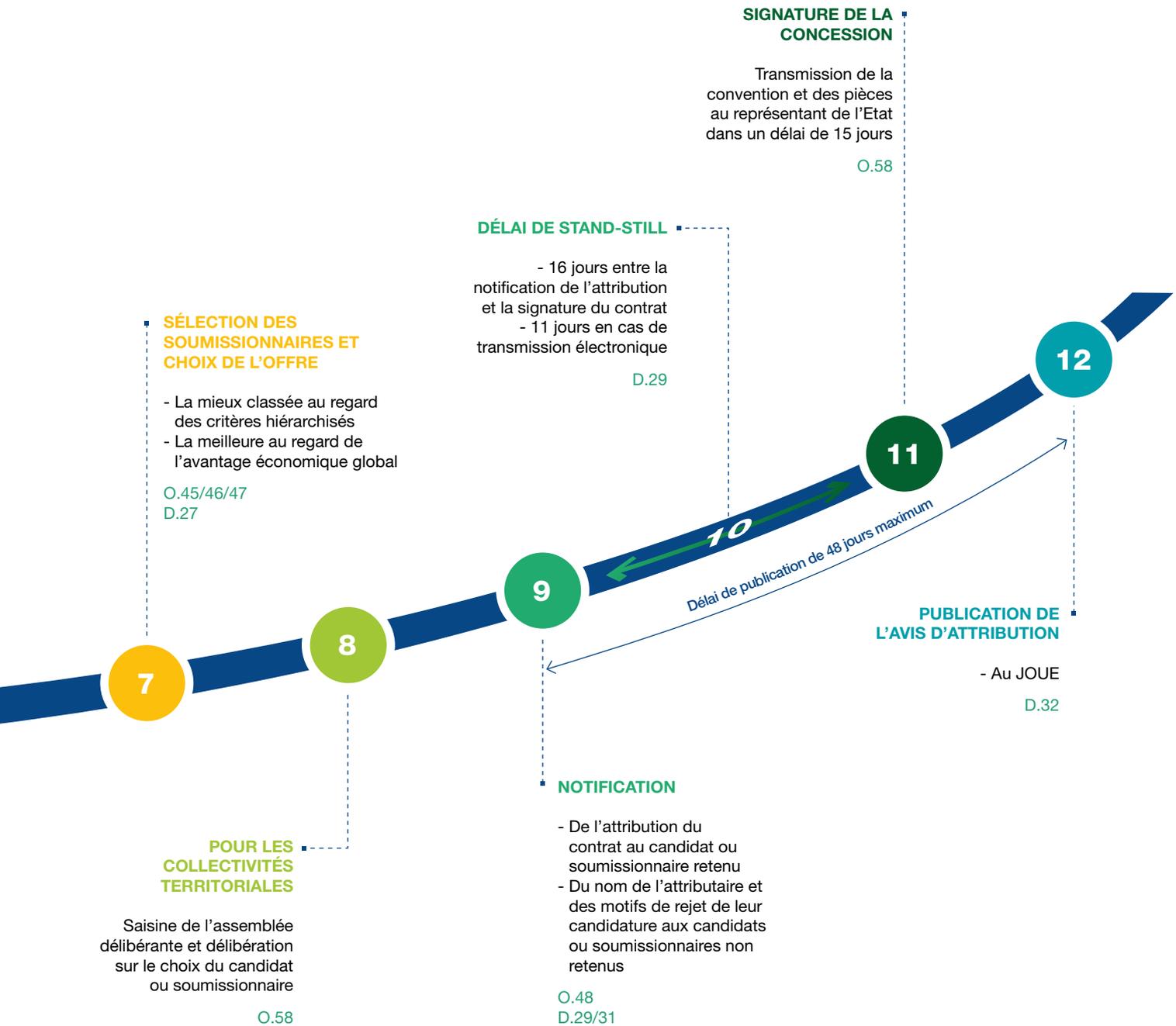


Pour « O. X » lire « article X de l'ordonnance »  
Pour « D.X » lire « article X du décret »

# PROCÉDURE D'ATTRIBUTION ORDINAIRE POUR LES CONTRATS DE CONCESSION DONT LA VALEUR EST ÉGALE OU SUPÉRIEURE AU SEUIL DE 5 225 000€ HT (EX-PROCÉDURE FORMALISÉE)

**NB :** L'autorité concédante a l'obligation de consigner toutes les étapes de la procédure.





Pour « O. X » lire « article X de l'ordonnance »  
Pour « D.X » lire « article X du décret »

## II. COMMENT ESTIMER LA VALEUR D'UN CONTRAT DE CONCESSION ?

### II.1. MÉTHODE DE CALCUL

La valeur estimée du contrat de concession correspond au **chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat**, eu égard à la nature des prestations qui font l'objet de la concession<sup>11</sup>.

Elle est calculée selon une **méthode objective** qui doit être précisée par l'autorité concédante dans les documents de la consultation<sup>12</sup>.

L'autorité concédante prend notamment en compte :

- i) La valeur de toute forme d'option et les éventuelles prolongations prévues de la durée du contrat de concession ;
- ii) Les recettes perçues sur les usagers des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte de l'autorité concédante ou d'autres personnes ;
- iii) Les paiements effectués par l'autorité concédante ou toute autre autorité publique ou tout avantage financier octroyé par l'une de celles-ci au concessionnaire ;
- iv) La valeur des subventions ou de tout autre avantage financier octroyés par des tiers pour l'exploitation de la concession ;
- v) Les recettes tirées de toute vente d'actifs faisant partie de la concession ;
- vi) La valeur de toutes les fournitures et services mis à la disposition du concessionnaire par l'autorité concédante, à condition qu'ils soient nécessaires à l'exécution des travaux ou à la prestation des services ;
- vii) Toutes primes ou tous paiements au profit des candidats ou des soumissionnaires.

Lorsque l'ouvrage ou le service concédé peut donner lieu à l'attribution de contrats de concession en lots séparés, il faut prendre en compte la valeur globale estimée de la totalité de ces lots.

### II.2. MENTION DE LA VALEUR DANS LE DOCUMENT DE CONSULTATION DES ENTREPRISES

Aux termes de l'article 7 du décret « *Concessions* », la méthode de calcul de la valeur estimée du contrat est précisée dans les documents de la consultation.

Il est également conseillé aux autorités concédantes d'indiquer la valeur estimée dans ces mêmes documents.

Pour rappel, le modèle d'avis européen, qui doit être utilisé dans le cadre de la procédure ordinaire (art. 14 du décret « *Concessions* »), comprend une rubrique relative à la valeur estimée du contrat (annexe XXI du règlement d'exécution 2015/1986 du 11 novembre 2015).

### II.3. CONSÉQUENCES ATTACHÉES À LA VALEUR

#### II.3.A. CONSÉQUENCES AU REGARD DU CHOIX DE LA PROCÉDURE

La valeur estimée du contrat constitue un élément déterminant permettant aux autorités concédantes de faire le choix entre procédure ordinaire et procédure allégée (art. 9 et 10 du décret « *Concessions* »).

11. Article 7 du décret « *Concessions* »

12. Cf. Fiche 1 relative aux documents de la consultation et aux modalités de publicité

Les autorités concédantes doivent dès lors veiller à ne pas faire une estimation trop modeste de la valeur du contrat à conclure. A défaut, elles pourraient voir leurs procédures remises en cause. De même, le choix de la méthode de calcul utilisée par l'autorité concédante ne doit pas avoir pour effet de soustraire le contrat aux dispositions du décret « *Concessions* » qui lui sont applicables (*i.e* en particulier s'agissant de la détermination de la procédure applicable), notamment en scindant les travaux ou services (art. 7-III du décret « *Concessions* »).

L'article 8 du décret « *Concessions* » accorde néanmoins une certaine latitude aux autorités concédantes. Une nouvelle procédure, respectant les conditions de la procédure ordinaire, n'est nécessaire qu'aux conditions cumulatives suivantes :

- > la valeur du contrat de concession au moment de l'attribution est supérieure de plus de 20 % à sa valeur précédemment estimée ;
- > elle excède alors le seuil visé à l'article 9 ;
- > les règles de la procédure ordinaire n'ont pas été respectées.

Quant à la dernière condition, la collectivité dispose en effet de la faculté, même lorsque la valeur estimée est inférieure au seuil européen, de suivre la procédure ordinaire, plus stricte que la procédure allégée. Or, la collectivité a tout intérêt à procéder de la sorte lorsque la valeur estimée est, bien qu'inférieure, très proche du seuil européen afin de sécuriser la procédure d'attribution de la concession.

### **II.3.B. CONSÉQUENCES AU REGARD DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT DES CANDIDATS**

Les textes ne précisent pas les conséquences d'une mésestimation de la valeur en début de procédure, au regard notamment de celle du contrat finalement conclu, en termes d'égalité de traitement des candidats.

Dans ce cadre, il est conseillé aux autorités concédantes, lorsqu'elles mentionnent la valeur estimée, d'indiquer aux candidats :

- > soit que cette valeur est seulement estimative, conformément à la portée qu'en donne l'avis européen (*cf. II.1.5 de l'avis intitulé « valeur estimée totale »*) et non une valeur-cible. La proposition financière des soumissionnaires sera alors seulement appréciée au moyen de l'éventuel critère « *prix* » retenu pour la notation des offres ;
- > soit que cette valeur, en plus de permettre de déterminer la procédure applicable, constitue une valeur-cible que les soumissionnaires ne pourront pas dépasser. La valeur devient alors un critère de conformité de l'offre.

## FICHE 3

# COMMISSION D'ANALYSE DES OFFRES



### SOURCES JURIDIQUES

L'article 58 de l'Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (ci-après dénommée ordonnance « Concessions ») modifie l'article L.1411-5 du CGCT qui fixe les règles liées à la composition de la Commission d'Analyse des Offres (CAO).

## I. COMPOSITION

La composition de la commission des concessions est régie par l'article L.1411-5 du CGCT.

Cette commission ayant la même composition que la CAO pour les marchés publics, il est donc possible de se référer à la fiche technique sur les Commissions d'Appels d'Offres qui a été établie par la Direction des Affaires Juridiques<sup>13</sup>. Elle indique notamment que plusieurs commissions peuvent être créées et qu'il revient à l'acheteur (ici au concédant) de définir les règles de fonctionnement de la commission, tel le délai de convocation.

### I.1. CE QUI NE CHANGE PAS PAR RAPPORT À LA LÉGISLATION ANTÉRIEURE

En ce qui concerne les membres élus, les règles ne changent pas.

La présidence est assurée par l'exécutif ; les autres membres, au nombre de cinq ou de trois selon la taille de la collectivité, sont élus à la représentation proportionnelle au plus fort reste, ce qui suppose la constitution de listes de candidats parmi les membres de l'assemblée délibérante. Sont en même temps élus des suppléants.

**REMARQUE :** Le code de l'urbanisme prévoit des règles différentes pour les concessions d'aménagement (art. R. 300-9) : il ne fixe pas le nombre de membres de la commission et ceux-ci sont élus à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne.

13. Ministère des Finances et des Comptes publics / Ministère de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique.

## I.2. CE QUI CHANGE AVEC LA NOUVELLE LÉGISLATION

Jusqu'ici, faisaient partie de droit de la commission avec voix consultative le comptable de la collectivité et le représentant du ministre en charge de la concurrence. Désormais, ils peuvent être ou ne pas être invités aux réunions.

Pouvaient aussi participer à la commission un ou plusieurs agents de la collectivité désignés par le président à raison de leur compétence.

Le nouveau texte étend cette possibilité à des « personnalités ». À ce titre, peut être désigné le représentant du bureau d'étude qui a assisté l'autorité concédante, ce qui était auparavant illégal.

La personne doit faire l'objet d'une désignation par le président, il ne suffit pas de la convoquer et il ne peut s'agir que d'une personne physique.

L'article L. 1411-5 mentionne la participation d'agents « ou » de personnalités, mais il ne semble pas que ce « ou » doive être interprété comme imposant une alternative entre présence d'un agent ou d'une personnalité.

## II. COMPÉTENCE ET POUVOIRS

La commission intervient pour toutes les concessions des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics, qu'il s'agisse de concession de travaux, de concession de service ou de délégation de service public (art. L. 1410-3 CGCT).

Elle a, comme c'était déjà le cas, un pouvoir de décision pour sélectionner les candidats puisque c'est elle qui « dresse » la liste des candidats admis à présenter une offre.

Cette liste est établie après examen des garanties professionnelles et financières, du respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés et de l'« aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public ». La référence au service public doit être considérée comme sans objet lorsque la concession n'est pas une délégation de service public.

**REMARQUE :** Quand il s'agit d'une concession d'aménagement, la commission n'a qu'un rôle consultatif.

Sur les offres, la commission ne fait que donner un avis préalable qui doit intervenir avant la négociation, lorsque négociation il y a et qui doit être présenté à l'assemblée délibérante.

Elle donne également un avis, comme antérieurement, sur les projets d'avenant entraînant une augmentation du montant global de plus de 5% en ce qui concerne les délégations de service public.

## EN SYNTHÈSE

LA COMMISSION D'ANALYSE DES OFFRES		
	POUR UNE RÉGION, LA COLLECTIVITÉ TERRITORIALE DE CORSE, UN DÉPARTEMENT, UNE COMMUNE DE PLUS DE 3 500 HABITANTS ET UN ÉTABLISSEMENT PUBLIC <sup>14</sup>	POUR UNE COMMUNE DE MOINS DE 3 500 HABITANTS
COMPOSITION	<p><b>Membres obligatoires avec voix délibérative</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; L'autorité habilitée à signer la convention de DSP ou son représentant, en tant que président</li> <li>&gt; Cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste</li> </ul>	<p><b>Membres obligatoires avec voix délibérative</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; Le maire ou son représentant en tant que président</li> <li>&gt; Trois membres du conseil municipal élus par le conseil à la représentation proportionnelle au plus fort reste</li> </ul>
	<p><b>Membres sur invitation du président avec voix consultative</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; Le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence</li> </ul> <p><b>Membres pouvant participer sur désignation du président avec voix consultative</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; Des personnalités ou un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés en raison de leurs compétences dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public</li> </ul>	
FONCTIONS	<ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; Ouvrir les plis contenant les candidatures ou les offres</li> <li>&gt; Dresser la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, et quand il s'agit d'un service public, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés (prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.</li> </ul> <p><b>N.B.</b> Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention transmet à l'assemblée délibérante i) le rapport de la commission présentant la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions, ii) les motifs du choix de la candidate et iii) l'économie générale du contrat.</p>	

## FICHE 4

# PHASES ET MÉTHODOLOGIE DE LA NÉGOCIATION

### SOURCES JURIDIQUES<sup>14</sup>



L'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (dénommée ci-après ordonnance « *Concessions* ») et le décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession (dénommé ci-après décret « *Concessions* ») portant réforme du droit des concessions fixent de nouvelles dispositions relatives à la procédure de passation des contrats.

Cette fiche présente, après un bref rappel du caractère désormais facultatif de la négociation (I), les principes directeurs de cette procédure (II). Sont ensuite décrites les dispositions et bonnes pratiques relatives, d'une part, à la procédure de négociation (III) et, d'autre part, au contenu de celle-ci (IV).

## I. CARACTÈRE FACULTATIF DE LA NÉGOCIATION

**Alors qu'elle était de principe dans le cadre de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993** relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, ci-après **Loi « Sapin »**, **la négociation n'est désormais plus qu'une faculté en matière de concession.**

L'article 36 de l'ordonnance « *Concessions* » pose un principe de liberté de l'autorité concédante quant à la définition de la procédure qui conduit au choix du concessionnaire :

*« Sans préjudice des dispositions du chapitre préliminaire et du chapitre Ier du titre Ier du livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales, l'autorité organise librement la procédure qui conduit au choix du concessionnaire, dans le respect des principes énoncés à l'article 1<sup>er</sup> de la présente ordonnance, des dispositions du présent chapitre et des règles de procédure fixées par voie réglementaire ».*

La négociation n'est donc plus que l'une des procédures auxquelles l'autorité concédante peut avoir recours. **Il appartient à l'autorité concédante de définir la procédure par laquelle elle entend désigner le futur concessionnaire.**

La négociation demeure néanmoins la seule qui soit explicitement mentionnée et décrite dans l'ordonnance et le décret « *Concessions* » et, partant, la seule qui soit encadrée :

*« Les autorités concédantes peuvent librement organiser une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans les conditions prévues par voie réglementaire. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation » (art. 46 de l'ordonnance « *Concessions* »).*

14. Compte tenu de la longueur et du nombre d'articles et dans un souci de clarté, le contenu des articles n'est pas repris dans les sources juridiques.

Les règles impératives fixées par les nouveaux textes « *Concessions* » en ce qui concerne la procédure de négociation, qui seront détaillées ci-après, sont en nombre limité. Elles ne semblent dès lors pas obérer la plupart des principes régissant la négociation que le juge administratif a pu antérieurement dégager. Les développements qui suivent tiennent compte de ces derniers.

### **QUELLES PROCÉDURES RETENIR EN-DEHORS DE LA NÉGOCIATION ?**

Conformément aux dispositions précitées de l'article 36 de l'ordonnance « *Concessions* », l'autorité concédante peut préférer à la négociation une procédure différente, qui serait par exemple de type **appel d'offres** ou **dialogue compétitif**.

Elle aurait tout intérêt, si elle faisait ce choix, de s'inspirer des procédures établies pour les marchés publics (art. 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ; décret n° 2016-360 du 25 février 2016 relatif aux marchés publics) afin de s'assurer de leur compatibilité avec les principes généraux de la commande publique.

Il reste que **ni l'appel d'offres ni le dialogue compétitif ne sont, sauf cas exceptionnel, adaptés à la passation des contrats de concession**.

Ces deux procédures figent en effet les offres des soumissionnaires. Elles ne permettent pas d'en discuter tous les aspects au stade de la remise d'une offre finale et donc ne répondraient pas au mieux aux attentes et spécifications de l'autorité concédante.

Pour l'appel d'offres, cela résulte du fait que l'autorité concédante doit juger et noter les offres reçues sans discussions ultérieures avec les soumissionnaires (art. 66 à 70 du décret « *Marchés* »).

Pour le dialogue compétitif, cela résulte du fait que ce ne sont pas les offres qui sont discutées mais les solutions sur la base desquelles les candidats remettent une offre finale ne pouvant plus faire l'objet de modifications majeures (art. 75 et 76 du décret « *Marchés* »).

Au contraire, **la négociation a pour vertu de faire évoluer les offres remises dans le sens d'une plus grande compatibilité avec les besoins de l'autorité concédante**. Cette adaptabilité des offres est importante en matière de concessions, qui sont des contrats généralement longs et portant sur des objets larges et complexes.

L'autorité concédante, dans le cas où elle ne souhaite pas s'imposer *ab initio* le recours à la négociation, devrait pouvoir indiquer dans les documents de la consultation qu'elle se réserve le droit de négocier. Cette solution a pu récemment être validée par le juge en matière de marchés à procédure adaptée (*Conseil d'Etat, 18 septembre 2015, Société Axxess, n° 380821*), dont le propre est, comme pour les concessions, de laisser à l'acheteur public une liberté dans la définition de la procédure de sélection des offres (art. 42 de l'ordonnance « *Marchés* »).

## **II. – PRINCIPES DIRECTEURS DE LA NÉGOCIATION**

### **II.1. PRINCIPE D'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT DES CANDIDATS**

Le principe d'égalité de traitement des candidats irrigue le droit de la commande publique (art. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance « *Concessions* » ; *Conseil constitutionnel, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC*).

Il impose des règles de bon sens qui visent à ne pas favoriser un candidat par rapport à un autre. Cela vaut par exemple :

- > pour les phases de négociation (*égalité de traitement dans le processus de présentation des offres, d'audition, de questions-réponses, de discussions des différents chapitres de l'offre, soit une méthodologie devant permettre à chaque candidat de faire valoir les caractéristiques et l'originalité de son offre ou de ses offres successives, dans des conditions prédéfinies et encadrées*) ;
- > pour la sélection des offres, qui se fait sur la base des critères d'attribution mentionnés dans les documents de la consultation ;
- > pour la modification du cahier des charges en cours de négociation, qui ne doit notamment pas présenter un caractère discriminatoire (*Conseil d'Etat, 21 février 2014, Société Dalkia France, n° 373159*).

## II.2. PRINCIPE DE CONFIDENTIALITÉ

Le principe de confidentialité est posé au I de l'article 38 de l'ordonnance « Concessions » :

*« Sans préjudice des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'accès aux documents administratifs, **l'autorité concédante ne peut communiquer les informations confidentielles** qu'elle détient dans le cadre du contrat de concession, telles que celles dont la divulgation violerait le secret en matière industrielle et commerciale ou **pourrait nuire à une concurrence loyale** entre les opérateurs économiques, notamment par la communication, **en cours de consultation**, de la valeur globale ou détaillée des offres.*

*Toutefois, l'autorité concédante peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées. »*

**Le principe de confidentialité s'entend<sup>15</sup> :**

- > En premier lieu, sans préjudice des documents administratifs communicables (cf. Livre III du code des relations entre le public et l'administration). Il convient sur ce point de se reporter à la jurisprudence de la commission d'accès aux documents administratifs et du juge administratif pour vérifier, au cas par cas, que les documents dont l'autorité concédante envisage la communication sont bien communicables au regard de la notion de secret industriel et commercial, cette dernière étant commune aux textes régissant les concessions et la transmission des documents administratifs ;
- > En deuxième lieu, comme une protection du secret industriel et commercial et de la concurrence entre les candidats. Cela recoupe le principe d'égalité de traitement des candidats, dont le prix et le contenu technique des propositions, en particulier celles portant sur des innovations, ne doivent pas être divulgués aux autres soumissionnaires en lice ;
- > En troisième lieu, dans les limites autorisées par les soumissionnaires eux-mêmes. Dès lors, il est recommandé qu'une autorité concédante qui souhaite, par exemple, solliciter de l'ensemble des soumissionnaires le chiffrage d'une solution proposée par l'un d'eux, demande à ce dernier qu'il consente, par écrit, à ce que sa solution soit divulguée.

La conduite des négociations ne doit pas aboutir à la divulgation de procédés ou solutions originales caractérisant l'offre de l'un des candidats ; l'objectif de la négociation n'étant pas d'aboutir à un alignement « technique » et contraint des différentes propositions au travers de l'amélioration d'un cahier des charges ne comprenant pas initialement ladite spécification.

15. Cf. Fiche 7 relative à la transmission des données de la partie 2 consacrée à la rédaction des documents du contrat.

Les négociations en phase successive doivent permettre d'identifier les améliorations apportées au contenu de l'offre initiale, selon l'approche multicritères mentionnée à l'article 47 de l'ordonnance « *Concessions* ».

Il convient enfin de relever, quant à la confidentialité, qu'elle peut également jouer au profit des autorités concédantes. En effet, elles « *peuvent imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'elles communiquent dans le cadre de la procédure de passation du contrat de concession* » (II de l'article 38 de l'ordonnance « *Concessions* »).

### II.3. PRINCIPE DE TRAÇABILITÉ

Le décret « *Concessions* » impose aux autorités concédantes, pour leurs contrats de concession relevant de la procédure « *ordinaire* »<sup>16</sup>, de consigner, « *par tout moyen approprié, les étapes de la procédure de passation* » (art. 13 du décret « *Concessions* »).

Si le décret ne précise pas la teneur de l'obligation de consignation qu'il édicte, l'étude d'impact réalisée par le Gouvernement apporte quelques éléments utiles de compréhension :

*« Ce suivi permet, en cas de besoin, de disposer de « **preuves** » des événements **procéduraux, des différentes décisions prises et de leur objectivité**, notamment en cas de recours gracieux ou contentieux ou de demande de communications de documents. (...)*

*La mise en place de ce dispositif doit permettre d'effectuer **un suivi systématique et méthodique de l'ensemble des exigences procédurales** mises en œuvre par l'autorité concédante. Elle constitue un préalable indispensable aux « opérations de contrôle » prévues par la directive, qui impliquent des éléments d'information fiables. (...)*

*Au-delà du caractère « contraignant » que pourrait revêtir cette obligation, la traçabilité peut s'avérer utile pour l'autorité concédante. A titre d'illustration, **la consignation des questions adressées à chacun des soumissionnaires, la conservation des comptes rendus de négociations facilitent le suivi et le choix final de l'offre**. Cette documentation permettra de prouver, par exemple, que l'ensemble des soumissionnaires a été invité à négocier dans des conditions identiques.*

*Par ailleurs, **la sauvegarde de toutes les décisions prises et de leurs justifications permettront aux autorités concédantes, en cas de besoin (contentieux, demande de communications de documents administratifs, ...) de disposer de preuves** ».*

En application du principe de traçabilité, il est préconisé d'établir des procès-verbaux à l'occasion des différentes phases de négociation. Antérieurement, aucune obligation de dresser des PV ne prévalait (cf. CAA Marseille, 23 avril 2013, Société La Baie du Roi, n° 10MA02456).

**REMARQUE :** Pour les DSP conclues par les collectivités territoriales et leurs groupements : les éléments consignés peuvent tout à fait être présentés en annexes du rapport sur le choix du délégataire que l'autorité habilitée à signer la convention adresse à l'assemblée délibérante en application de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales - CGCT.

16. Cf. fiche 2 relative à l' « Organisation de la procédure et valeur de la concession ».

## III. PROCÉDURE DE NÉGOCIATION/PHASES DE NÉGOCIATION

### III.1. CALENDRIER DE LA NÉGOCIATION

Pas plus qu'auparavant (*Conseil d'Etat, 18 juin 2010, Communauté urbaine de Strasbourg, n° 336120*), les nouveaux textes « Concessions » n'imposent à l'autorité concédante de définir *ab initio* un calendrier de négociation.

L'autorité concédante est également toujours libre de solliciter des soumissionnaires un report de la date de validité de leurs offres. L'ensemble des soumissionnaires devront avoir donné leur accord, explicite ou implicite, pour que le report puisse être décidé (cf. *Conseil d'Etat, 24 juin 2011, Commune de Bourgoin-Jaillieu, n° 347889 ; Conseil d'Etat, 13 décembre 1996, SI pour la revalorisation des déchets du secteur Cannes-Grasse, n° 169706*).

- > **Délai minimum en matière de DSP conclues par les collectivités territoriales et leurs groupements** : l'assemblée délibérante ne peut se prononcer sur le choix du délégataire avant l'expiration d'un délai de deux mois à compter de l'ouverture des plis contenant les offres (art. L. 1411-7 du CGCT ; *Conseil d'Etat, Avis, 15 décembre 2006, Préfet des Alpes-Maritimes, n° 297846*).

### III.2. CHOIX DES SOUMISSIONNAIRES RETENUS EN VUE DE LA NÉGOCIATION

#### III.2.A. ELIMINATION DES OFFRES INAPPROPRIÉES ET NON CONFORMES<sup>17</sup>

A l'occasion de l'ouverture des plis contenant les offres, l'autorité concédante doit vérifier la conformité de ces dernières au regard des prescriptions qu'elle a édictées dans les documents de la consultation, en vue d'éliminer les « *offres inappropriées ou qui ne respectent pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation* » (art. 25 du décret « Concessions »).

Pour rappel, « *Est inappropriée l'offre qui est sans rapport avec l'objet de la concession parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, **sans modifications substantielles**, de répondre aux besoins et aux exigences de l'autorité concédante spécifiés dans les documents de la consultation* » (art. 25 du décret « Concessions »).

Aux termes de ces dispositions, le caractère inapproprié d'une offre paraît relever plus d'un rapport de compatibilité avec les besoins et exigences de l'autorité concédante que de conformité avec ces dernières. L'autorité concédante ne semble en conséquence, pas pouvoir éliminer d'office une offre au motif qu'elle ne respecterait pas exactement les exigences du dossier de consultation des entreprises.

Le décret « Concessions » ajoute de surcroît que :

« *L'autorité concédante ne peut pas rejeter une offre au motif qu'elle n'est pas conforme aux spécifications techniques et fonctionnelles, si le soumissionnaire prouve dans son offre, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose respectent **de manière équivalente** ces spécifications.* » (art. 2 - III du décret « Concessions »)

Le décret « Concessions » diffère sur ce point, de la solution retenue antérieurement par le Conseil d'Etat. La Haute Juridiction n'empêchait aucunement l'autorité concédante d'écarter une offre au motif qu'elle ne correspondait « *pas exactement aux exigences du service public énoncées dans le règlement particulier d'appel d'offres* » (*Conseil d'Etat, 14 mars 2003, Société Air Lib, n° 251610*).

17. Cf. fiche 6 relative à « la sélection des offres ».

Signe de la liberté dont bénéficiait l'autorité concédante, cette dernière pouvait en revanche demander à certains soumissionnaires, dans le cadre des négociations, de modifier leurs offres afin qu'elles satisfassent à ces exigences (même décision ; *Conseil d'Etat, 5 janvier 2011, Société Voyages Dupas Lebeda, n° 342158*).

### III.2.B. NÉGOCIATION AVEC UN OU PLUSIEURS SOUMISSIONNAIRES

Ainsi qu'en dispose très explicitement l'ordonnance « *Concessions* », « *Les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires* » (art. 46 de l'ordonnance « *Concessions* »).

Le décret « *Concessions* » souligne cette faculté. Il ne précise toutefois pas, contrairement à ce qu'il prévoit pour la sélection des candidatures, si l'autorité concédante doit annoncer dans les documents de la consultation qu'elle limitera le nombre de soumissionnaires admis aux négociations (sur la sélection des candidatures, cf. 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 22 du décret « *Concessions* » ; sur la sélection des offres, cf. 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 26 du décret « *Concessions* »).

Dès lors, rien n'empêche de réduire le nombre de soumissionnaires en lice au cours de négociations, en fonction des discussions menées, pour autant que la sélection ait lieu sur la base des critères d'attribution<sup>18</sup> (2<sup>nd</sup> alinéa de l'article 26 du décret « *Concessions* »).

Cette faculté de sélection existait dans le droit antérieur, sans obligation de « pré-information » dans les documents de la consultation des candidats (*Conseil d'Etat, 18 juin 2010, Communauté urbaine de Strasbourg, n° 336120, précité ; Conseil d'Etat, 14 mars 2003, Société Air Lib, n° 251610, précité*).

En conséquence, l'élimination, par étapes, des soumissionnaires implique inévitablement un phasage et un encadrement prédéfinis de la procédure devant recouvrir successivement :

- > l'ouverture, l'examen et le classement des offres initiales au vu des critères d'attribution prédéfinis ;
- > puis, l'engagement de négociations avec les seuls soumissionnaires sélectionnés.

Enfin, la durée des différentes phases de négociation devra être suffisante et adaptée à l'objet et à la complexité des prestations attendues, afin de garantir une saine mise en concurrence.

### III.3. CONDUITE DE LA NÉGOCIATION

S'agissant des contrats de DSP conclus par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, il est précisé que les négociations sont menées par l'autorité habilitée à signer la convention (art. L. 1410-3 du CGCT et art. L. 1411-5 du CGCT).

Cette autorité correspond à l'autorité exécutive de la collectivité territoriale, du groupement ou de l'établissement public considéré.

Le juge administratif a pu décider que le suivi des négociations pouvait, sous certaines conditions, être assuré par un adjoint (*CAA Bordeaux, 31 janvier 2006, Société Partouche, n° 02BX02398*).

L'autorité chargée de conclure la convention peut également « *s'adjoindre, pendant la négociation, les conseils de personnes qualifiées* » (*CE, 21 juin 2000, SI des Côtes-d'Armor, n° 209319*).

18. Cf. fiche 5 relative à la « Sélection des candidatures et des offres – critères d'attribution et hiérarchisation ».

S'agissant des autres personnes morales de droit public, en particulier l'Etat, les textes « *Concessions* » ne désignent pas l'autorité chargée de suivre les négociations. Sa détermination résulte donc des textes régissant l'organisation de la personne morale en cause.

### **III.4. FORME DE LA NÉGOCIATION / DISCUSSIONS**

Les textes ne sont pas prescriptifs en ce qui concerne la forme de la négociation.

L'autorité concédante est dès lors libre de procéder comme elle l'entend (auditions, échanges, écrits,...), sous réserve de respecter l'égalité des candidats et le principe de traçabilité :

- > égalité des candidats : il est recommandé d'appliquer les mêmes procédés à tous les soumissionnaires sélectionnés pour les négociations, que ce soit sous forme de courriers ou d'auditions (*CAA Marseille, 4 juin 2013, Commune de l'Enclave des Papes, n° 12MA002775*) ;
- > traçabilité : en cas d'auditions, ou plus généralement d'échanges oraux, afin de respecter le principe de traçabilité, il est recommandé d'établir des procès-verbaux, en les adressant le cas échéant aux candidats concernés.

### **III.5. FIN DE LA NÉGOCIATION**

Les textes ne sont pas diserts sur les conditions dans lesquelles la négociation prend fin.

Ils axent les prescriptions sur l'information des soumissionnaires évincés<sup>19</sup>.

Pour le reste, la jurisprudence ancienne paraît applicable.

En particulier, si l'autorité concédante peut demander aux soumissionnaires une offre finale, elle doit en tirer les conséquences, en ne revenant pas vers un seul des soumissionnaires après la remise de cette dernière offre (*Conseil d'Etat, 15 juin 2001, SI d'assainissement de Saint-Martin-de-Ré et de la Flotte-en-Ré, n° 223841*).

Elle peut également décider, avant la clôture des négociations, d'engager des négociations exclusives avec un seul soumissionnaire (*Conseil d'Etat, 18 juin 2010, Communauté urbaine de Strasbourg, n° 336120, précité*).

### **III.6. RÉOUVERTURE DES NÉGOCIATIONS**

S'agissant des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics, l'assemblée délibérante, après saisine par l'autorité habilitée à signer la convention de DSP du choix du soumissionnaire auquel elle a procédé (art. L. 1410-3 du CGCT et art. L. 1411-5 du CGCT), peut inviter cette dernière à poursuivre les négociations qu'elle avait engagées avec les soumissionnaires de son choix (*Conseil d'Etat, 9 août 2006, Compagnie Générale des Eaux, n° 286107*).

En tout état de cause, l'autorité chargée de conclure la convention ne peut s'écarter de la décision prise par l'assemblée. En particulier, elle ne peut, « sans méconnaître les règles de compétence posées par les dispositions précitées, reprendre les négociations avec une entreprise et proposer au conseil municipal d'approuver un nouveau projet de contrat dont les clauses seraient substantiellement modifiées par rapport à celles adoptées initialement » (*CAA Marseille, 26 mars 2007, Société d'exploitation du casino de Briançon, n° 04MA00354*).

19. Cf. fiche 6 relative aux « Obligations d'information ».

## IV. CONTENU DE LA NÉGOCIATION

### IV.1. SUJETS EXCLUS

L'ordonnance « *Concessions* » dispose que :

*« La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation » (art. 46 de l'ordonnance « Concessions »).*

Ce principe rejoint le principe d'égalité des candidats, qui serait nécessairement remis en cause si les « *règles du jeu* » préalablement définies par l'autorité concédante étaient modifiées par elle après la remise des offres et ce, notamment en fonction des seules caractéristiques d'une offre présentée par l'un des candidats.

Il est complété par une règle plus générale, fixée par le Conseil d'Etat, et qui semble être encore pleinement d'actualité :

*« (...) la personne responsable de la passation du contrat de délégation de service public peut apporter des adaptations à l'objet du contrat qu'elle envisage de conclure au terme de la négociation lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire (...) » (Conseil d'Etat, 21 février 2014, Société Dalkia France, n° 373159, précité).*

### IV.2. MODIFICATION DES OFFRES

La négociation peut, par définition, aboutir à une évolution des offres initialement remises par les soumissionnaires, par exemple la proposition d'un prix très inférieur (*Conseil d'Etat, 9 août 2006, Compagnie Générale des Eaux, n° 286107*).

## FICHE 5

# SÉLECTION DES CANDIDATURES

### SOURCES JURIDIQUES<sup>20</sup>



Les **articles 39, 40 et 42 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession** (dénommée ci-après ordonnance « *Concessions* ») prévoient une liste importante d'interdictions de soumissionner en distinguant deux catégories : les interdictions obligatoires et générales et les interdictions facultatives, c'est-à-dire celles qui peuvent être prononcées par l'autorité concédante au cas par cas.

A noter qu'il est toutefois possible, à condition de respecter les délais minima de réception, de prévoir un dépôt simultané des candidatures et des offres.

L'**article 45 de l'ordonnance « Concessions »** prévoit « les conditions de participation à la procédure de passation propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer une activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du contrat de concession ».

Les **articles 19, 20 et 21 du décret n°2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession** (dénommé ci-après décret « *Concessions* ») précise les modalités d'examen des candidatures (déclaration sur l'honneur, documents justifiant les capacités et les aptitudes...).

L'**article 29 de l'ordonnance « Concessions » et l'article 3 du décret « Concessions »** posent les conditions de la réservation de contrats de concession à des opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés.

L'**article 24 du décret « Concessions »** offre la possibilité aux groupements d'opérateurs économiques de se porter candidats.

## I. LES INTERDICTIONS DE SOUMISSIONNER

La notion d'interdiction de soumissionner est nouvelle. Auparavant, n'existaient que des obligations limitées de justifier du respect de certaines obligations générales (emploi de travailleurs handicapés, obligations fiscales et sociales, absence de certaines condamnations pour manquement à la législation du travail – cf. décret 97-638 du 31 mai 1997 abrogé).

### I.1. INTERDICTIONS OBLIGATOIRES

#### I.1.A. LES CAS

20. Compte tenu de la longueur et du nombre d'articles et dans un souci de clarté, le contenu des articles n'est pas repris dans les sources juridiques.

**I.1.A.a. Exclusion à raison d'une condamnation définitive remontant à moins de cinq ans de la personne morale ou d'un de ses dirigeants pour une des infractions suivantes :**

<b>DIRECTIVE 2014/23</b>	<b>ORDONNANCE CONCESSIONS : ART. 39</b>
§1-a) Participation à une organisation criminelle telle qu'elle est définie à l'article 2 de la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil (Infractions se rapportant à la « criminalité organisée »)	222-34 à 222-40 C. pén.: trafic de stupéfiants 313-1 C. pén : escroquerie 314-1 C. pén : abus de confiance 450-1 C. pén : association de malfaiteurs
§1- b) Corruption, telle qu'elle est définie à l'article 3 de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne et à l'article 2, paragraphe 1, de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil , ou telle qu'elle est définie dans le droit national du pouvoir adjudicateur ou de l'opérateur économique	432-10 C. pén: concussion 432-11 et 433-1, 433-2 ; 435-3 et s C. pén. : corruption 432-12 à 432-16 C. pén: prise illégale d'intérêts, détournement de biens, atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics 434-9 C. pén. : entrave à l'exercice de la justice 445-1 C. pén. : corruption (privée)
§1- c) Fraude au sens de l'article 1 <sup>er</sup> de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes	441-1 et s. C. pén: faux
§1- d) Infraction terroriste ou infraction liée aux activités terroristes, telles qu'elles sont définies respectivement à l'article 1 <sup>er</sup> et à l'article 3 de la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil , ou incitation à commettre une infraction, complicité ou tentative d'infraction telles qu'elles sont visées à l'article 4 de ladite décision-cadre;	421-1 à 421-2-4, 421-5 C. pén : terrorisme
§1- e) Blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme tels qu'ils sont définis à l'article 1 <sup>er</sup> de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil	324-1, 324-5, 324-6 C. pén: blanchiment
§1- f) Travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains définis à l'article 2 de la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil	227-4-1 et 224-4-7 C. pén. : traite des êtres humains
§ 2 - Manquement par l'opérateur économique à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale lorsque celui-ci a été établi par une décision judiciaire ayant force de chose jugée ou une décision administrative ayant un effet contraignant	1741 à 1743, 1746 ou 1747 CGI : fraude fiscale

**I.1.A.b. Exclusions applicable pendant trois ans à compter de la constatation de l'infraction :**

<b>DIRECTIVE, ART. 30 § 3</b>	<b>ORDONNANCE CONCESSIONS : ART. 39</b>
« les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X ».	- infractions au droit du travail : travail dissimulé (L8221-1 C. trav.), marchandage (L8231-1 C. trav.), prêt de main-d'œuvre (L8241-1 C. trav.), emploi de salariés étrangers en situation irrégulière (L8251-1 et L8251-2 C. trav.), ainsi que discriminations dans l'emploi (L1146-1 C. trav : méconnaissance de l'égalité hommes-femmes ; 225-1 c. pén. discrimination). - personnes qui n'ont pas respecté l'obligation de négociation collective prévue à l'article L. 2242-5 du code du travail. - exclusion des contrats administratifs en application de l'art. L. 8272-4 c. trav. sur le travail illégal (avec cependant possibilité de justification et d'auto-réhabilitation).

### **I.1.A.c. Condamnation à une peine d'exclusion des marchés publics datant de moins de trois ans**

Avec cependant possibilité de justification et d' « auto-réhabilitation ».

### **I.1.A.d. Personnes n'ayant pas souscrit les déclarations ou acquitté le paiement des impôts et cotisations sociales**

- > Arrêté du 25 mai 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics et de contrats de concession

### **I.1.A.e. Exclusion des entreprises en difficulté**

- > Liquidation judiciaire
- > Faillite ou interdiction de gérer
- > Redressement sans poursuite d'activité

## **A NOTER...**



L'article 40 de l'ordonnance « *Concessions* » prévoit des exclusions spécifiques pour les concessions en matière de défense et de sécurité.

## **I.1.B. LES JUSTIFICATIFS**

Il n'existe pas comme en matière de marchés publics, de liste limitative des documents qui peuvent être exigés.

### **I.1.B.a. Délivrance de certificats**

Sont prévus par l'arrêté du 25 mai 2016 :

- > La délivrance d'un certificat pour l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les sociétés, la taxe sur la valeur ajoutée ;
- > La présentation de l'attestation de la Sécurité sociale prévue à l'art. L. 243-15 CSS ;
- > Certificat relatif aux cotisations d'assurance vieillesse et d'assurance invalidité-décès ;
- > Attestation des caisses de congés payés ;
- > Attestation de l'Association de gestion du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés de la régularité de la situation de l'employeur au regard de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-2 à L. 5212-5 du même code.

### **I.1.B.b. Déclaration sur l'honneur (art. 19 décret 1<sup>er</sup> février 2016)**

Elle est relative à l'absence d'exclusion obligatoire ou facultative.

#### **REMARQUE : Difficulté d'application**

Dans le cas des grandes entreprises multi-contrats doit être mis en place un système de veille nationale et même internationale.

### I.1.B.c. Casier judiciaire

Il n'est pas mentionné. On peut observer que le bulletin n° 2 d'extrait du casier judiciaire n'est délivré qu'à certaines administrations et organismes dont les entités adjudicatrices ne font pas partie (sauf la SNCF, cf. art. R. 79 Code Proc. Pén.).

Le bulletin n° 3 délivré à la personne qu'il concerne est très expurgé.

### I.1.C. DÉROGATION

L'opérateur relevant d'un cas d'exclusion peut être admis à condition que « *cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le contrat de concession en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des contrats de concession* ». Cette disposition, à l'instar de toute dérogation, est d'interprétation restrictive, comme le souligne la directive qui prévoit que la dérogation peut être prévue « *à titre exceptionnel, pour des raisons impératives relevant de l'intérêt public telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement* ».

## I.2. INTERDICTIONS FACULTATIVES

### I.2.A. LES CAS

L'exclusion ne peut être prononcée qu'après avoir mis le candidat à même de prouver qu'il a remédié à la situation et que, le cas échéant, sa participation ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement (cas des informations confidentielles p. ex.). C'est une transposition partielle des dispositions de la directive admettant le « *self-cleaning* ».

Les cas sont les suivants :

- > Mauvaise exécution grave d'un précédent contrat de concession ou marché antérieur au cours des trois années précédentes : dommages, intérêts, résiliation.
- > Comportements qui traduisent de la part de leurs auteurs une volonté d'altérer le bon fonctionnement de la procédure de passation :
  - pratiques faussant la procédure (tentative d'influer indûment sur l'attribution, captation d'informations confidentielles, fausses informations) ;
  - Indices d'entente ;
  - Risque de conflit d'intérêts dans le cadre de la procédure de passation.

**REMARQUE :** L'exclusion supposera le plus souvent la mise en œuvre d'un important pouvoir d'appréciation, qui devra être exercé avec précaution.

### I.2.B. JUSTIFICATIFS

Seule la déclaration sur l'honneur prévue à l'article 19 du décret « *Concessions* » est pertinente en l'absence de toute autre source.

## I.3. INTERDICTIONS FACULTATIVES

Dans le cas où des pièces font défaut, l'autorité concédante peut, sans y être obligée, demander aux candidats de compléter leur dossier en informant les autres candidats de cette demande.

## II. LES CONDITIONS D'APTITUDE ET DE CAPACITÉ

### II.1. RÈGLES GÉNÉRALES

Les conditions doivent être en rapport d'objet et de proportionnalité avec l'objet ou les conditions d'exécution du contrat.

Les conditions ne peuvent porter que sur :

- > L'aptitude à exercer l'activité professionnelle
- > La capacité économique et financière

Les exigences, par exemple en matière de capitalisation, doivent être adaptées à l'importance du contrat.

- > Les capacités techniques et professionnelles

### II.2. SPÉCIFICITÉ DANS LE CAS DE GESTION DÉLÉGUÉE DU SERVICE PUBLIC

#### II.2.A. HORS SECTEUR LOCAL (ÉTAT NOTAMMENT)

Les conditions **peuvent** porter sur l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

#### II.2.B. COLLECTIVITÉS LOCALES (DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC)

Les conditions **doivent** porter sur l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public (L. 1411-5 CGCT).

**REMARQUE :** Il est assez difficile d'identifier la spécificité de ces critères par rapport aux critères généraux d'aptitude technique et financière.

### II.3. JUSTIFICATIFS

Déclaration sur l'honneur attestant l'exactitude des renseignements fournis :

Il est possible de se prévaloir des capacités d'autres opérateurs à condition de prouver que le candidat en disposera (ex. : contrat de mise à disposition, promesse de contrat, engagement de créer une structure de coopération, déclaration d'intention de conclure un contrat...)

### III. RÉSERVATION À CERTAINS CANDIDATS

L'article 29 de l'ordonnance « *Concessions* » et l'article 3 du décret « *Concessions* » permettent, en conformité avec la directive 2014/23 (art. 24), de réserver des concessions à certains opérateurs économiques.

Il s'agit d'opérateurs économiques ayant la qualité de :

- > Structures d'insertion par l'activité économique employant au moins 50 % de travailleurs défavorisés. Selon l'article L. 5132-4 du Code du travail, ces structures sont des entreprises d'insertion, des entreprises de travail temporaire d'insertion, des associations intermédiaires, ou des ateliers et chantiers d'insertion ;
- > Des entreprises adaptées ou des établissements et services d'aide par le travail employant au moins 50 % de travailleurs handicapés (articles L. 5213-13 du Code du travail et L. 344-2 du Code de l'action sociale et des familles).

### IV. LA CANDIDATURE DE GROUPEMENTS

La pratique et la jurisprudence antérieures à 2016 ont admis que des groupements dénués de la personnalité morale peuvent être délégataires de service public. Dans ce cas, le contrat a le caractère d'un acte conjoint.

L'article 24 du décret « *Concessions* » consacre cette possibilité en prévoyant, comme en matière de marchés publics, que la forme du groupement (solidaire ou conjoint) ne peut être imposée qu'après signature du contrat.

Les règles applicables en matière de marchés pour apprécier la capacité du groupement ou pour remplacer un membre défaillant semblent transposables.

## FICHE 6

### SÉLECTION DES OFFRES

(Critères d'attribution et hiérarchisation/ pondération)

#### SOURCES JURIDIQUES



**L'article 47 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession** (ci-après dénommée ordonnance « Concessions ») pose les règles relatives à la sélection des offres :

*« Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution.*

*Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective ».*

**L'article 22 du décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession** (dénommé ci-après décret « Concessions ») définit le nombre de candidats admis à présenter une offre :

*« L'autorité concédante peut décider de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre. Dans ce cas, elle fixe, dans les documents de la consultation, un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et, le cas échéant, un nombre maximum. Le nombre de candidats admis à présenter une offre doit garantir une concurrence effective. Elle procède à la sélection des candidats en appliquant des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du contrat de concession relatifs à leurs capacités et à leurs aptitudes. Ces critères sont mentionnés dans les documents de la consultation.*

*Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, l'autorité concédante peut continuer la procédure avec le ou les seuls candidats sélectionnés. »*

**L'article 25 du décret « Concessions »** définit les offres inappropriées :

*« Les offres inappropriées ou qui ne respectent pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation sont éliminées.*

*Est inappropriée l'offre qui est sans rapport avec l'objet de la concession parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences de l'autorité concédante spécifiés dans les documents de la consultation. »*

**L'article 27 de l'ordonnance « Concessions »** permet de déterminer les critères en fonction des besoins de l'autorité concédante :

*« La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnemental ».*

## I. NOMBRE D'OFFRES

Avant 2016 en matière de DSP, il n'était pas possible de limiter le nombre de soumissionnaires et l'autorité concédante avait compétence liée pour retenir la candidature de tout opérateur répondant aux conditions de capacité et d'aptitude.

Le décret « *Concessions* » permet de fixer un nombre minimum et un nombre maximum de candidats admis à présenter une offre (soumissionnaires). Bien entendu, la règle du minimum ne s'applique que si le nombre de candidats est suffisant.

## II. OFFRES À ÉLIMINER ET RÉGULARISATION

Il résulte de l'article 25 du décret « *Concessions* » que doivent être éliminées, sans alternative, deux sortes d'offres :

- > L'offre inappropriée, qui est définie comme celle « *qui est sans rapport avec l'objet de la concession parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences de l'autorité concédante spécifiés dans les documents de la consultation* » ;

**OBSERVATION :** Une offre qui peut répondre aux besoins et exigences de l'autorité concédante moyennant des modifications non substantielles n'est pas inappropriée ; elle n'est donc pas obligatoirement éliminée.

- > Les offres qui « ne respectent pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ».

**OBSERVATION :** Il convient d'indiquer dans les documents de la consultation, les conditions et caractéristiques dont le défaut de respect entraînera l'élimination des offres.

À côté des offres qui doivent être rejetées en application de l'article 25 du décret « *Concessions* », il y a celles qui peuvent l'être parce qu'elles ne sont pas conformes aux documents de la consultation.

Il est à penser que reste valable la jurisprudence Corsica Ferries (*Conseil d'Etat, 15 décembre 2006, Sté Corsica Ferries, req. n° 298618*) selon laquelle « *lorsque le règlement de la consultation ou le cahier des charges impose la production de documents ou de renseignements à l'appui des offres, l'autorité habilitée à signer la convention ne peut, après avis de la commission mentionnée à l'article L. 1411-5, engager de négociation avec un opérateur économique dont l'offre n'est pas accompagnée de tous ces documents ou renseignements que si cette insuffisance, d'une part, ne fait pas obstacle à ce que soit appréciée la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges et, d'autre part, n'est pas susceptible d'avoir une influence sur la comparaison entre les offres et le choix des candidats qui seront admis à participer à la négociation* ».

Les textes ne mentionnent pas l'élimination des offres anormalement basses. Les offres anormalement basses paraissent difficilement compatibles avec les principes d'une concurrence loyale et peuvent dégrader la qualité des travaux ou des services. A telle enseigne, la jurisprudence a admis la possibilité d'éliminer de telles offres en matière de délégation de service public.

### III. DÉTERMINATION DES CRITÈRES

Les critères seront déterminés en fonction des besoins, lesquels doivent être définis « avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale » (art 27 de l'ordonnance « *Concessions* »).

Dans le cas où le pouvoir de décision appartient à une assemblée délibérante, il n'est pas prévu que les critères doivent faire l'objet d'une approbation.

L'information des opérateurs économiques sur les critères est assurée soit dans l'avis d'appel à la concurrence, soit dans le dossier de consultation.

L'ordonnance « *Concessions* » impose d'attribuer la concession à **l'offre qui est la meilleure au regard de « l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères »**.

L'ordonnance et le décret « *Concessions* » imposent la pluralité des critères ; il est donc exclu de ne se fonder que sur un critère, notamment celui du prix.

Par avantage économique global il ne faut, évidemment pas entendre « offre la moins-disante ».

Dans ce cadre, la détermination des critères est laissée à l'appréciation du concédant, à qui n'est imposé un critère déterminé que dans un cas : « Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers » (art. 27 du décret « *Concessions* »).

En reprenant l'apport de la jurisprudence, l'article 47 de l'ordonnance « *Concessions* » définit les caractères généraux que doivent présenter les critères : objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution.

L'objectivité implique notamment l'absence de caractère discriminatoire : pas de critère qui aurait pour effet de réserver le contrat à une ou plusieurs entreprises.

L'exigence de précision rejoint celle qui figure aussi à l'article 47 de ne pas « conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante ».

Les critères doivent être « liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution ». Cette exigence venue des directives sur les marchés publics a été transposée par la jurisprudence en matière de délégation de service public. Elle doit être interprétée comme en matière de marchés publics, même si les textes sur la concession ne sont pas aussi explicites que ceux sur les marchés.

En matière de marchés « sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit » (article 67 § 3 dir. 2014/24), ce qui intègre l'apport du très important arrêt de 2012 sur le label Max Havelaar (*CJUE 10 mai 2012 Commission c/Pays-Bas, aff. C-368/10*) et, ce faisant, lève les obstacles à l'utilisation des critères sociaux et environnementaux.

En ce sens l'article 27 du décret « *Concessions* » prévoit que : « Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation ».

Il est donc possible de prévoir des critères sociétaux à condition qu'ils soient liés à l'objet ou aux conditions d'exécution du contrat. Ainsi, les offres peuvent être appréciées au regard d'un critère social relatif au recrutement et à la formation de chômeurs pour l'exécution du contrat ; c'est en rapport avec l'objet. En revanche, ne serait pas en rapport avec l'objet un critère concernant la politique sociale de l'entreprise dans son ensemble.

Les exigences sociales et environnementales ont un coût qui, lorsque le service ou l'ouvrage est financé par l'utilisateur, se répercute sur le tarif, lequel doit être proportionnel au coût de la prestation fournie à l'utilisateur ; les dispositions de l'ordonnance consacrant la validité des critères sociétaux devraient empêcher qu'un usager soutienne que les coûts induits ne correspondent pas à une prestation à son avantage.

## IV. HIÉRARCHISATION DES CRITÈRES

### IV.1. CHAMP D'APPLICATION RESTREINT

Pour les concessions qui relèvent de la procédure allégée, la seule obligation est de définir à l'avance les critères ; en revanche, quand la concession relève de la procédure ordinaire, l'obligation de hiérarchiser les critères s'applique.

### IV.2. MISE EN ŒUVRE

Selon l'article 27 du décret « Concessions », « pour les contrats de concession qui relèvent du 1° de l'article 9, l'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation ».

L'obligation de hiérarchiser n'est qu'un minimum ; il n'est pas interdit de prévoir une pondération des critères, ce qui a pour effet de restreindre le pouvoir d'appréciation, mais aussi de rendre plus difficile la contestation.

La hiérarchisation ne dispense pas d'examiner toutes les offres au regard de l'ensemble des critères ; elle ne correspond pas à une succession d'épreuves.

Par exemple si le critère du prix est placé en premier, il n'est pas possible d'éliminer d'emblée l'offre la plus chère sans la comparer aux autres offres au regard des autres critères et il se peut que la qualité de cette offre au regard du critère classé en deuxième ou troisième position soit telle qu'en fin de compte, l'offre la plus chère l'emporte.

### IV.3. MODIFICATION DE LA HIÉRARCHIE

Selon l'article 27 du décret « Concessions », « L'autorité concédante peut modifier, à titre exceptionnel, l'ordre des critères pour tenir compte du caractère innovant d'une solution présentée dans une offre. Une telle modification ne doit pas être discriminatoire. Une offre est considérée comme présentant une solution innovante lorsqu'elle comporte des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, et qu'elle ne pouvait être prévue par une autorité concédante diligente. L'autorité concédante publie un nouvel avis de concession ou envoie une nouvelle invitation à présenter une offre dans le respect des délais fixés à l'article 18 ».

Bien que le décret ne le précise pas, l'obligation de publier un nouvel avis ne concerne que l'hypothèse où les critères ont été indiqués dès l'avis de concession, ce qui n'est pas forcément le cas.

## OBLIGATIONS D'INFORMATION

### SOURCES JURIDIQUES



L'**Article 48 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession** (dénommée ci-après ordonnance « *Concessions* ») dispose :

« *Le choix des autorités concédantes à l'issue de la procédure de passation est communiqué aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.*

*Les autorités concédantes rendent public le choix de l'offre retenue dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire. »*

L'**Article 4 du décret « Concessions »** prévoit, lorsque les documents de la consultation ont été modifiés, les modalités de publication.

Les **articles 29, 30 et 31 du décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession** (dénommé ci-après décret « *Concessions* ») définit les conditions d'information des candidats et des soumissionnaires non retenus.

## I. INFORMATIONS DES CANDIDATS SUR LES MODIFICATIONS DES DOCUMENTS DE LA CONSULTATION ET DES MODALITÉS D'ACCÈS AUX DOCUMENTS DE LA CONSULTATION

Conformément à l'article 4 du décret « *Concessions* » et aux règles de transparence, dès lors que l'autorité concédante modifie les documents de la consultation<sup>21</sup>, elle doit en informer l'ensemble des opérateurs économiques, ou des candidats, ou des soumissionnaires, en fonction du stade de la procédure au cours duquel cette modification est opérée.

Il convient de noter que l'autorité concédante ne pourra pas procéder à de telles modifications / renseignements complémentaires moins de six jours avant la date limite de réception des candidatures ou des offres.

## II. INFORMATIONS DES CANDIDATS ÉVINCÉS

Les nouvelles obligations d'information des candidats et soumissionnaires évincés et de motivation à la charge des autorités concédantes vont-elles faciliter l'engagement de recours par les candidats et soumissionnaires évincés ?

L'ordonnance concessions est venue combler le vide juridique laissé par la loi Sapin.

21. Cf. Fiche 1 relative aux documents de la consultation et aux modalités de publicité de la partie 1 du présent livret.

Ainsi, son article 48 prévoit que « *le choix des autorités concédantes à l'issue de la procédure de passation est communiqué aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue* », outre leur obligation de publication de l'avis d'attribution qui est maintenue.

Les conditions de cette nouvelle obligation à la charge des autorités concédantes sont précisées aux articles 29 à 31 du décret « *Concessions* ».

L'article 29 dispose ainsi que, pour les contrats de concession dont la valeur est égale ou supérieure au seuil européen (5 225 000 € HT), à l'exception des contrats de concession portant sur les services publics de production, de transport et de distribution d'eau potable et sur les services de transport de voyageurs, « *l'autorité concédante, dès lors qu'elle a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats et soumissionnaires le rejet de leur candidature ou de leur offre* ».

Cet article ajoute en particulier que « ***cette notification précise les motifs de ce rejet et, pour les soumissionnaires, le nom du ou des attributaires ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de l'offre*** ».

L'autorité concédante a donc non seulement l'obligation d'informer personnellement tous les candidats/soumissionnaires évincés, mais doit en outre motiver son refus. Cette information doit être effectuée dans le délai d'au moins 16 jours avant la signature du contrat (11 jours en cas de transmission électronique).

La motivation de la décision est également obligatoire dès lors que l'autorité concédante renonce à la procédure d'attribution. L'article 30 du décret « *Concessions* » dispose en effet que « *lorsque l'autorité concédante décide de ne pas attribuer le contrat de concession ou de recommencer la procédure, elle informe, dans les plus brefs délais, les candidats ou soumissionnaires des motifs de sa décision* ».

Pour les contrats n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 29 du décret « *Concessions* », l'autorité concédante n'est tenue à une obligation d'information et de motivation à l'égard des candidats ou soumissionnaires écartés, qu'à condition qu'ils en fassent la demande. Elle doit alors leur indiquer le nom du ou des attributaires ainsi que le motif du rejet de leur candidature/offre dans les 15 jours de la réception d'une demande à cette fin. Dans l'hypothèse où l'offre a été écartée pour d'autres motifs que ceux de l'offre inappropriée ou irrégulière<sup>22</sup>, alors l'autorité concédante doit communiquer aux soumissionnaires les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue.

**En conséquence, cette nouvelle obligation d'information détaillant les raisons du rejet de la candidature et la motivation du choix de l'offre pourrait faciliter l'introduction de recours par les candidats et soumissionnaires évincés, qui auront désormais plus d'informations à leur disposition pour contester la décision prise par l'autorité concédante, à l'image de ce qui existe déjà dans le cadre de la procédure d'attribution des marchés publics.**

---

22. Voir article 25 du décret « *Concessions* ».

# **PARTIE 2 :**

# **REDACTION DES DOCUMENTS CONTRACTUELS**

<b>FICHE 8</b> IMPLICATION DE LA DEFINITION DE L'OBJET DE LA CONCESSION.....	44
<b>FICHE 9</b> DUREE ET DEFINITION DES INVESTISSEMENTS.....	48
<b>FICHE 10</b> SPECIFICATIONS TECHNIQUES.....	55
<b>FICHE 11</b> REDEVANCES ET DROIT D'ENTREE.....	57
<b>FICHE 12</b> REMUNERATION ET RECETTES .....	61
<b>FICHE 13</b> DROITS REELS.....	69
<b>FICHE 14</b> LA COMMUNICATION ET LA REUTILISATION DES DONNEES.....	72
<b>FICHE 15</b> EXECUTION PAR DES TIERS.....	81
<b>FICHE 16</b> ANNEXES FINANCIERES ET CLAUSE INDEMNITAIRE.....	83
<b>FICHE 17</b> CLAUSE DE REEXAMEN.....	89
<b>FICHE 18</b> CONTROLE DE L'AUTORITE CONCEDANTE SUR LE CONCESSIONNAIRE.....	92

## FICHE 8

# DÉFINITION DE L'OBJET DE LA CONCESSION



### SOURCES JURIDIQUES

Une des premières clauses du contrat porte naturellement sur son objet.

L'objet de la concession est défini à l'**article 5 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession** (ci-après dénommée ordonnance « *Concessions* ») ; il est également précisé par l'article 6 de ce texte.

**Article 5 de l'ordonnance :** « *les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques [...]* ».

#### **Article 6 de l'ordonnance :**

« *I. - Les contrats de concession de travaux ont pour objet :*

*1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française ;*

*2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante.*

*Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.*

*II. - Les contrats de concession de services ont pour objet la gestion d'un service. Ils peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public. Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.*

*III. - Lorsqu'un contrat de concession porte sur des travaux et des services, il est un contrat de concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux ».*

La notion d'objet correspond à deux aspects de la concession selon que l'on envisage l'objet matériel ou l'objet juridique :

- > **Du point de vue matériel**, la concession porte sur des travaux ou des services et sur tel ou tel type de travail ou de service ;
- > **Du point de vue juridique**, le contrat de concession peut comporter, outre ses stipulations proprement concessives, d'autres stipulations qui relèvent d'une autre catégorie de contrats (notamment la catégorie des marchés publics) car la pluralité d'objets ne fait pas obstacle à la qualification comme concession.

# I. DÉFINITION DE L'OBJET : LES TRAVAUX ET LES SERVICES

L'article 5 de l'ordonnance « *Concessions* » dispose que les concessions « *confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service* ».

Dans le cas de l'exécution de travaux il faut comprendre qu'est aussi confiée la gestion de l'ouvrage réalisé, sans quoi on ne voit pas comment pourrait être transféré le risque lié à l'exploitation de l'ouvrage.

La distinction entre travaux et services est dénuée de conséquences puisque la procédure de passation est uniforme. Toutefois, l'ordonnance, de même que la directive, donnent deux définitions de la concession de travaux et de la concession de services, ce qui reste utile pour distinguer la concession d'autres types de contrats.

## I.1. QU'EST-CE QUE DES « TRAVAUX » ?

La définition de la concession de travaux donnée à l'article 6 de l'ordonnance est en partie la reproduction de celle du marché de travaux. Cette définition comporte deux volets.

**Article 6 de l'ordonnance** : « *Les contrats de concession de travaux ont pour objet :*

*1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française ;*

*2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante ».*

**La première catégorie de travaux** porte sur des travaux de bâtiment et génie civil dont la liste, qui ne fait que reproduire une annexe de la directive, a été donnée par un avis *relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique*<sup>23</sup>.

Ces travaux ne portent pas nécessairement sur la réalisation d'un ouvrage neuf. Il n'est par ailleurs aucunement précisé que les travaux sont exécutés dans l'intérêt de l'autorité concédante, mais cela va de soi dès lors que la concession relève de la commande publique.

**La seconde catégorie de travaux** débouche sur la réalisation d'un ouvrage. Comme en matière de marché public, il est nécessaire que l'ouvrage réponde aux besoins du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice. Tel est le cas lorsque la réalisation des travaux est une obligation et si les spécifications sont fixées par le contrat.

### **CONCESSION DE TRAVAUX ET SIMPLE AUTORISATION : COMMENT LES DISTINGUER ?**

Lorsque le contrat ne fixe pas les spécifications et/ou ne rend pas obligatoire la réalisation des travaux, il revêt la nature d'une autorisation et non d'une concession de travaux.

23. Avis publié au *JORF*, n° 0074 du 27 mars 2016, texte n° 63.

## I.2. QU'EST-CE QU'UN « SERVICE » ?

La concession de service a pour objet, selon l'article 6 de l'ordonnance, la « *gestion d'un service* », ce qui **peut consister à « déléguer la gestion d'un service public »**. Il ne s'agit donc pas d'une simple prestation.

**Le caractère « public » du service peut dépendre de la rédaction du contrat.** En effet, une activité peut être un service public, soit parce qu'elle est qualifiée comme telle par la loi (par exemple, les services d'eau), soit parce qu'elle remplit les critères posés par la jurisprudence administrative selon laquelle :

*« une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'Administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que, même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'Administration a entendu lui confier une telle mission »* (Conseil d'Etat, sect., 22 février 2007, Association personnel relevant des établissements pour inadaptés, n° 264541).

Si le contrat organise un contrôle et confie des prérogatives de puissance publique (par exemple, l'exclusivité sur le territoire concerné) ou assujettit à des obligations spécifiques (égalité d'accès, tarification, continuité, etc.), il est révélateur de la volonté de créer un service public.

## II. UNE CONCESSION PEUT-ELLE CONTENIR UNE PLURALITÉ D'OBJETS ?

### II.1. PLURALITÉ MATÉRIELLE

#### Une concession de travaux peut-elle également porter sur des services ?

L'article 6 III de l'ordonnance dispose que « *lorsqu'un contrat de concession porte sur des travaux et des services, il est un contrat de concession de travaux si son **objet principal** est de réaliser des travaux* ».

C'est donc le critère de l'objet principal qui est déterminant. Ce critère a été précisé par la jurisprudence : il fait appel à l'intention des parties.

L'objet principal est en effet déterminé au regard des obligations essentielles « *par opposition à celles qui ne revêtent qu'un caractère accessoire ou complémentaire et sont imposées par l'objet même du contrat, le montant respectif des différentes prestations en présence n'étant, à cet égard, qu'un critère parmi d'autres à prendre en compte aux fins de ladite détermination* » (CJCE, 21 février 2008, Commission c./ Italie, aff.C-412/04). Les concessions d'autoroutes ont, par exemple, été considérées comme des concessions de travaux par le Conseil d'État, ce qui n'empêche pas que la gestion des autoroutes présente le caractère d'un service public administratif.

#### Une concession de service peut-elle porter sur plusieurs services publics ?

Antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance, l'article L. 1411-1 du CGCT disposait que « *la délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public* ».

La référence à « **un service public** » semblait laisser entendre que le contrat de délégation de service public ne pouvait confier la gestion de plusieurs services publics. La jurisprudence a cependant admis que plusieurs services pouvaient faire l'objet d'un seul contrat. Tel a été le cas

pour les services du stationnement payant en surface et en souterrain, du traitement de déchets et du chauffage urbain, de fourrière et de refuge pour animaux, de mobilité urbaine, etc<sup>24</sup>.

Une certaine complémentarité entre les services est toutefois exigée et le périmètre du contrat ne doit pas être manifestement excessif. Le contrat doit par ailleurs tenir compte des spécificités de chaque service et il ne doit pas permettre leur compensation afin de respecter le principe de proportionnalité entre les tarifs et la prestation.

L'article 6 de l'ordonnance dispose certes que « *les contrats de concession de services ont pour objet la gestion d'un service* ». Mais l'emploi du singulier, comme sous l'empire du droit antérieur, ne devrait pas avoir plus de portée que précédemment.

## II.2. PLURALITÉ JURIDIQUE

Il arrive qu'un contrat porte à la fois sur des prestations relevant des règles sur les concessions et des prestations relevant des règles relatives aux marchés publics. L'ordonnance sur les marchés publics s'applique, indépendamment de l'objet principal, lorsque les prestations sont considérées comme étant **dissociables**. C'est en revanche le critère de l'objet principal qui prévaut lorsque les prestations sont **indissociables**.

La directive en donne une illustration.

**Considérant 29 de la directive** : « [le] *besoin justifié de conclure un contrat unique pourrait, par exemple, exister dans le cas de la construction d'un seul et même bâtiment dont l'une des parties est destinée à être utilisée directement par le pouvoir adjudicateur concerné et l'autre à être exploitée sur la base d'une concession, par exemple pour offrir des emplacements de stationnement au public. Il convient de préciser que la nécessité de conclure un contrat unique peut être due à des raisons tant techniques qu'économiques* ».

Des prestations payées par un prix versé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent être incluses dans une concession à condition que ces prestations pouvant correspondre à un marché soient indissociables et que le risque demeure à la charge de l'opérateur économique<sup>25</sup>.

## II.3. ACTIVITÉS ACCESSOIRES

Il existe enfin une pluralité juridique lorsque le contrat prévoit la réalisation d'activités accessoires par le concessionnaire.

Si l'article 30 de l'ordonnance « *Concessions* » prévoit que « le contrat de concession ne peut contenir de clauses par lesquelles le concessionnaire prend à sa charge l'exécution de services, de travaux ou de paiements étrangers à l'objet de la concession », il n'est pas interdit que la concession confie ou autorise des activités accessoires qui sont complémentaires de l'activité principale et n'en contrarient pas l'exercice.

Ces activités ne doivent cependant pas conduire l'autorité concédante à outrepasser sa compétence. Tel est le cas si elle concède la réalisation d'un équipement manifestement surdimensionné pour permettre au concessionnaire de fournir des prestations à une collectivité voisine.

En outre, l'article 51 de l'ordonnance « *Concessions* » prévoit une possibilité d'activité accessoire consistant à conclure des baux, lesquels peuvent, avec l'accord du concédant, excéder la durée de la concession. Les recettes provenant de ces activités accessoires sont considérées comme faisant partie des recettes d'exploitation et sont prises en compte dans l'appréciation globale du risque.

24. Voir à titre d'illustration, Conseil d'Etat, 21 septembre 2016, Communauté Urbaine du Grand Dijon, n° 399656.

25. Sur ce point voir concl. Gilles Pellissier sur Conseil d'Etat, 21 septembre 2016, Communauté urbaine du Grand Dijon, n°399656

## FICHE 9

# DURÉE ET DÉFINITION DES INVESTISSEMENTS



### SOURCES JURIDIQUES

Le principe de la durée des concessions est régi par l'**article 34 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession** (ci-après dénommée ordonnance « Concessions ») et par l'**article 6 du décret n°2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession** (ci-après dénommé décret « Concessions »).

#### **Article 34 de l'ordonnance :**

*« I. - Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire.*

*II. - Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les contrats de concession ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par l'autorité compétente de l'Etat, à l'initiative de l'autorité concédante, des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen sont communiquées, le cas échéant, aux membres de l'organe délibérant compétent, avant toute délibération de celui-ci ».*

#### **Article 6 du décret :**

*« I. - Pour l'application de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel.*

*II. - Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat.*

*III. - L'autorité compétente de l'Etat mentionnée au II de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée est le directeur départemental des finances publiques. »*

Ces dispositions ne s'appliquent pas aux concessions de service public de transport de voyageurs, qui demeurent soumis à l'article 4 du Règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, dit « Règlement relatif aux obligations de service public (ROSP).

# I. QUELLE DOIT ÊTRE LA DURÉE INITIALE DE LA CONCESSION ?

## I.1. LA DURÉE DOIT ÊTRE LIMITÉE

Ce principe est posé par l'article 34 de l'Ordonnance « **Concessions** » selon lequel la durée est limitée par l'autorité concédante « **en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire** », ainsi que par l'article 6 du Décret « **Concessions** » qui dispose que « **pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat** ».

Cette limitation est destinée, selon la directive, à éviter le « verrouillage » du marché et la limitation de la concurrence<sup>26</sup>.

Sur la base de cette nouvelle rédaction, qui reprend pour l'essentiel le contenu de l'ancien article L.1411-2 du CGCT issu de la loi Sapin de 1993 - qui avait déjà imposé ce lien étroit entre la durée de la délégation de service public et sa réalité économique - deux obligations particulières sont respectivement ajoutées ou rappelées :

- > **Au-delà de 5 ans**, il convient de calculer la durée en fonction des investissements (au sens large) à amortir et du retour sur capitaux investis ; ce seuil constitue une nouveauté ;
- > **Au-delà de 20 ans**, mais uniquement dans les domaines de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, il convient de recueillir l'avis du Directeur Départemental des Finances Publiques (DDFiP) ; cette obligation est reprise de la loi du 2 février 1995 dite « loi Barnier ».

### LIMITATION DE DURÉE : QUELLES CONSÉQUENCES ?

Il résulte des textes que la durée de 5 ans n'est pas instituée comme un principe général.

Toutefois, si la mise en place d'un seuil de 5 ans peut a priori favoriser une certaine concurrence, il convient de noter que cela peut également induire certains inconvénients pour les concédants :

- > moins de Gros Entretien Renouvellement, plus de maintenance curative et non préventive, avec un impact sur l'état du patrimoine des collectivités ;
- > moins d'innovation et de performance ;
- > impact sur la qualité du service ;
- > une durée courte renforce l'avantage au bénéfice du concessionnaire sortant : elle porte atteinte à l'attractivité des concessions, plus particulièrement pour les candidats concurrents, et se révèle in fine, assez contre-productive en termes de concurrence ou de réduction de prix ;
- > instabilité de l'emploi : transfert de personnels à la fin du contrat ; risque d'une baisse des investissements en formations qui seront plus difficilement rentabilisées ;
- > coûts pour les collectivités et les candidats délégataires de procédures d'attribution des contrats plus rapprochées.

26. Le considérant 52 de la directive précise en effet que « la durée d'une concession devrait être limitée afin d'éviter le verrouillage du marché et la limitation de la concurrence. En outre, les concessions de très longue durée sont susceptibles d'entraîner le verrouillage du marché, ce qui peut nuire à la libre circulation des services et la liberté d'établissement. Toutefois, une telle durée peut se justifier si elle est indispensable pour permettre au concessionnaire de recouvrer les investissements prévus pour l'exécution de la concession ainsi que pour obtenir un retour sur les capitaux investis. Par conséquent, pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée devrait être limitée à la période au cours de laquelle on peut raisonnablement escompter que le concessionnaire recouvre les investissements consentis pour l'exploitation des travaux et des services et obtienne un retour sur les capitaux investis dans des conditions d'exploitation normales, compte tenu des objectifs contractuels spécifiques à la réalisation desquels le concessionnaire s'est engagé pour respecter les exigences concernant, par exemple, la qualité ou le prix pour les utilisateurs. L'estimation devrait être valable au moment de l'attribution de la concession ».

## I.2. QUELS SONT LES ÉLÉMENTS JUSTIFIANT LA DURÉE ?

L'Ordonnance « *Concessions* » et son décret d'application sont venus confirmer l'ensemble des règles anciennement établies par les textes et la jurisprudence relatifs aux délégations de service public et concessions de travaux, tels que rappelées et synthétisées dans l'arrêt « *Maison Comba* »<sup>27</sup>.

Pour rappel, la Commission européenne, dans une communication interprétative sur les concessions en droit communautaire du 29 avril 2000, avait elle-même relevé que « *la durée de la concession doit être fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis, tout en maintenant un risque inhérent à l'exploitation pour le concessionnaire* ».

- > **L'article 6 du décret « *Concessions* » précise ainsi le principe énoncé par l'ordonnance : il définit ce que recouvre la notion d'« *investissements* » ;**
- > **Pour les contrats d'une durée supérieure à cinq ans, il énonce qu'elle doit permettre au concessionnaire d'amortir les investissements et d'avoir un « *retour sur capitaux investis* ».**

La définition retenue renvoie ainsi à l'arrêt « *Maison Comba* » précité<sup>28</sup> qui définissait la « *durée normale d'amortissement des installations* » comme **la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse « *couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, de la prévision des tarifs payés par les usagers* ; « *qu'en jugeant que la durée normale des investissements ne saurait se réduire par principe à la durée comptable mais résultait d'un équilibre global entre les différents éléments précités, la cour [...] n'a pas commis d'erreur de droit* »** : cet arrêt introduisait donc déjà l'idée que la notion d'investissement et d'amortissement dans un contrat de DSP devait s'apprécier au sens large du terme, au sens « *économique* » et non strictement « *comptable* » et que la durée devait tenir compte de plusieurs éléments dans le cadre d'un équilibre global. A noter, enfin, que la durée d'amortissement n'intègre pas la durée de réalisation des travaux ou équipements (Conseil d'Etat, 8 février 2010, *Commune de Chartres*, n°323158), qui vient donc s'y ajouter.

### **La notion d' « investissement »**

**Sur la notion même d' « investissement »** : la notion d' « *investissement* » recouvre les investissements **nécessaires** pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. Une liste non limitative d'exemples est donnée à l'article 6 du décret : « *travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel* ».

Les textes précisent désormais expressément que la notion d' « *investissements* » doit être entendue dans son **acception la plus large**, c'est-à-dire non limitée à la stricte notion comptable. Elle inclut notamment explicitement les dépenses de « *renouvellement* » réalisées pendant la durée du contrat.

**Sur le périmètre des investissements<sup>29</sup>** : compte tenu de l'emploi de l'adverbe « *notamment* », des dépenses d'exploitation peuvent être qualifiées d'investissement au sens du texte, tels par exemple les investissements matériels (locaux, outils, véhicules, fichiers,...), les investissements immatériels (obtention de certification, acquisition de licences), les frais

27. Pour rappel, dans la « *fiche d'impact* » ayant accompagné le projet d'ordonnance concession, il était précisé au sujet de l'approche retenue par la directive 2014/18, reprise dans le projet d'ordonnance, que celle-ci « *rejoint l'approche économique adoptée par le Conseil d'Etat en la matière* » (Conseil d'Etat, 11 août 2009, *Soc. Maison Comba*, n° 303517). La *fiche d'impact* relative au projet de décret d'application faisait également référence à un « *maintien de l'équilibre des modalités de calcul de la durée des contrats de concession* ».

28. Voir *fiche d'impact* précitée.

29. Cf. article 6 du décret « *Concessions* ».

financiers (intérêts intercalaires d'emprunts...), les « droits d'entrée » dans les cas où ils ne sont pas interdits (eau, assainissement, déchets).

Il s'agit aussi bien des investissements initiaux que des investissements prévus en cours d'exécution du contrat<sup>30</sup>.

### **La notion de « retour sur capitaux investis »**

Par application du considérant 52 de la directive, « *la durée devrait être limitée à la période au cours de laquelle on peut raisonnablement escompter que le concessionnaire recouvre les investissements consentis pour l'exploitation des travaux et des services et obtienne un retour sur les capitaux investis dans des conditions d'exploitation normales, **compte tenu des objectifs contractuels** spécifiques à la réalisation desquels le concessionnaire s'est engagé pour respecter les exigences concernant, par exemple, la qualité ou le prix pour les utilisateurs* ».

**En droit de l'Union.** – La Commission européenne dans une Déclaration effectuée lors de l'adoption de la Directive et en vue de la transposition à intervenir, à destination des Etats membres sur l'article 18 de la Directive, a précisé que, pour garantir une application uniforme, il était important que les mesures nationales d'exécution interprètent l'article 18 précisément à la lecture du considérant 52. Pour ces contrats, le concessionnaire doit bénéficier d'une durée de contrat permettant un « *retour sur capitaux investis* » d'un niveau raisonnable. Cette notion peut notamment être appréciée en référence à la notion de Taux de Rentabilité Interne (ou TRI) ou de Valeur Actuelle Nette (ou VAN).

La CJCE a d'ailleurs reconnu (Altmark 24/07/2003, affaire 280/00), qu'une compensation des charges de service pouvait couvrir les coûts d'exécution des obligations de service public, augmentés d'un « **bénéfice raisonnable** ».

**En droit français.** – Les textes français ne précisent pas la notion de « *retour sur les capitaux investis* »<sup>31</sup> mais renvoient malgré tout à l'état du droit antérieur à l'Ordonnance, de sorte qu'il semble possible d'affirmer que cette notion peut être rapprochée, par exemple, de celle du « *bénéfice raisonnable* »<sup>32</sup> déjà pris en compte par la jurisprudence et la réglementation européenne. Bertrand Dacosta, dans ses conclusions sur la décision du Conseil d'Etat, *Sté Maison Comba* précitée, a affirmé que la durée devait être calculée « *de façon à permettre au délégataire d'équilibrer ses charges et de réaliser une marge normale* ».

Le Ministre des Transports, dans une réponse ministérielle à la question n° 20763 (JO Sénat 10 novembre 2011), a également indiqué que la durée d'une délégation devait « *être définie de manière à permettre au concessionnaire d'obtenir un bénéfice raisonnable* ».

Sur la notion de « *bénéfice raisonnable* » :

> Selon une instruction du 28 mars 2014 du Ministère de l'Intérieur « *relative aux obligations de rapport sur l'application par les collectivités territoriales du droit de l'Union européenne relatif aux aides publiques octroyées aux entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général* » (SIEG) (NOR : INT/B/14/04669/N), le bénéfice raisonnable « *correspond au taux de rendement du capital qu'exigerait une entreprise moyenne s'interrogeant sur l'opportunité de fournir le SIEG pendant toute la durée du mandat, **en tenant compte du niveau de risque** ; Le taux de rendement du capital est défini comme le **taux de rendement interne** que l'entreprise obtient sur son capital investi pendant la durée du mandat. Le niveau de risque dépend du secteur concerné, du type de service et des caractéristiques de la compensation. Pour déterminer ce qui constitue un bénéfice raisonnable, les Etats membres peuvent introduire des critères incitatifs, liés notamment à la qualité du service fourni et aux gains d'efficacité productive* ».

30. Article 14 de la Directive.

31. La directive 2014/23/UE ne fournit pas plus d'indications sur cette notion, et se borne à préciser dans son considérant 52 que : « la durée devrait être limitée à la période au cours de laquelle on peut raisonnablement escompter que le concessionnaire recouvre les investissements consentis pour l'exploitation des travaux et des services et obtienne un retour sur les capitaux investis dans des conditions d'exploitation normales, compte tenu des objectifs contractuels spécifiques ».

32. Il convient de noter, d'un point de vue financier, que différents indicateurs permettent d'apprécier le bénéfice raisonnable d'un contrat, et qui peuvent être définis au cas par cas pour chaque contrat : par exemple, le taux de rentabilité interne (ou TRI) ou la valeur actuelle nette (ou VAN).

> Par exemple, le Règlement relatif aux obligations de service public dans le transport définit le bénéfice raisonnable comme « *un taux de rémunération du capital habituel pour le secteur dans un État membre donné, et qui prend en compte le risque ou l'absence de risque encouru par l'opérateur de service public du fait de l'intervention de l'autorité publique* » (point 6 de l'annexe au règlement n°1370/2007 du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route).

La durée doit également tenir compte du risque opérationnel pris par le concessionnaire, soit une exposition réelle aux aléas du marché (définition de la concession de service public).

La durée doit enfin tenir compte des tarifs payés par les usagers – a fortiori lorsque ceux-ci sont déterminés par le concédant - dans la mesure où leur niveau influe directement sur le retour sur investissement du concessionnaire<sup>33</sup>.

Ainsi, la durée du contrat, dont la détermination intègre i) le tarif payé par l'utilisateur et ii) le temps nécessaire pour permettre au concessionnaire de couvrir les charges supportées et d'assumer le risque d'exploitation :

> **donne de la valeur aux engagements prévus**, lesquels s'apprécient dans la durée ;  
> **permet d'étaler des charges non récurrentes** (investissements liés aux premières années d'exploitation, « pics » de dépenses de GER en cours de contrat) ; si un concessionnaire reprend un service géré par un précédent opérateur, il faut bien entendu compter avec la prise de connaissance concrète du service (préparation de la reprise du service, formation du personnel, mise en place des outils de suivi/reporting), mais de tels coûts existent aussi lorsque le sortant est reconduit (coûts de l'offre, mise en place ou adaptation d'une organisation adaptée aux nouvelles conditions contractuelles).

## II. QUELLES SONT LES MODALITÉS DE FIXATION DE LA DURÉE ?

### II.1. LE PRINCIPE DE LA FIXATION DE LA DURÉE DANS LES DOCUMENTS DE LA CONSULTATION<sup>34</sup>

C'est la collectivité qui doit normalement fixer la durée du contrat quand elle lance sa procédure : « *La durée maximale de la concession devrait être indiquée dans les documents de concession, à moins que la durée ne constitue un des critères d'attribution du contrat* » (considérant 52 de la Directive).

La durée du contrat constitue en effet, de jurisprudence constante, un élément « *essentiel* » du contrat de concession, et, par conséquent, de la procédure de mise en concurrence. Ceci conduit l'autorité concédante à devoir, dans le cadre de la procédure puis dans celui de l'exécution du contrat, respecter un certain nombre de règles consistant à :

> **Informers clairement les candidats sur la durée du contrat** dans le cadre du processus de mise en concurrence à travers le contenu de l'AAPC et ou du dossier de consultation des entreprises (*Conseil d'Etat, 23 mai 2008, Musée Rodin, req. n°306153 ; CAA de Marseille 26 mars 2007, Commune de Briançon, n°04MA00412*) ; Dans le modèle d'avis pour la procédure simplifiée, la durée n'est pas une rubrique obligatoire mais cela n'empêche pas de l'indiquer dans les documents de la consultation.  
> **Ne pouvoir modifier la durée par voie d'avenant** que dans le respect des articles 6, 36 et 37 du décret « *Concessions* ». La durée constitue d'ailleurs un élément déterminant de la valeur du contrat que la collectivité doit apprécier avant de mener sa procédure d'attribution.

33. Le tarif est une variable de la détermination de la durée. On peut noter à ce titre que sous l'ancienne réglementation, la prolongation du contrat était d'ailleurs autorisée afin d'éviter une augmentation de tarif manifestement excessive pour l'utilisateur résultant de l'amortissement des investissements supplémentaires sur la durée résiduelle (ancien article L1411-2 du CGCT).

34. Cf. fiche 1 de la partie 1.

**Article 7 du décret « Concessions » :** « I. – La valeur estimée du contrat de concession est calculée selon une méthode objective, précisée dans les documents de la consultation mentionnés à l'article 4. Elle correspond au chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat, eu égard à la nature des prestations qui font l'objet de la concession ».

Il apparaît prudent, compte tenu de la rédaction des nouveaux textes, de détailler autant que possible la relation entre la durée définie au contrat et les contraintes ou prestations mises à la charge du concessionnaire.

## II.2. LES HYPOTHÈSES DE MODULATION OU DE NÉGOCIATION DE LA DURÉE

Comme cela est évoqué par la directive et la jurisprudence, il est toutefois possible pour l'autorité concédante de prévoir une durée modulable en fonction d'options mises en place ou autorisées dans le cadre de la consultation.

En effet, malgré le caractère essentiel de cette donnée, la jurisprudence est venue autoriser que la mise en concurrence et la négociation elles-mêmes puissent porter sur la durée du contrat sous réserve qu'un certain nombre de conditions soient respectées afin de garantir la transparence de la procédure et l'égalité de traitement entre les candidats<sup>35</sup> et, en particulier que :

- > Des précisions soient apportées concernant les « *circonstances de nature à justifier* » une offre sur une durée plutôt qu'une autre, cette condition consistant a priori à informer les candidats des conditions dans lesquelles l'autorité concédante vient à faire de la durée une donnée de la négociation.
- > Les conditions dans lesquelles l'autorité concédante appréciera les différentes offres au regard de la durée du contrat, soient indiquées ; ces conditions pouvant consister à faire apparaître les critères de choix des offres au regard des durées proposées.

Dans sa jurisprudence (*Conseil d'Etat, 15 décembre 2008, CIVIS, n° 312350*), le juge administratif a eu l'occasion de fournir certaines indications dans le cadre d'une approche fondée sur des « options » de durée, approche qui semble donc être la voie à privilégier.

Dans le cadre de cette approche, et afin de respecter au mieux les critères évoqués ci-dessus, il pourrait être précisé, dans le cadre de l'AAPC et/ou du règlement de consultation et/ou du cahier des charges :

- > Que la mise en place d'options de durée résulte par exemple de la volonté du concédant de disposer d'une certaine flexibilité afin par exemple d'anticiper un déblocage attendu de budget, de baser son analyse sur un ratio investissements/durée ;
- > Que, conformément au cadre juridique fixé pour l'analyse des offres et de leur(s) option(s), que 1°) les candidats auront l'obligation de répondre à l'ensemble des options et que 2°) les offres et leurs « options » seront analysées selon les règles fixées par la jurisprudence<sup>36</sup>.

On peut s'interroger sur le point de savoir si, au-delà du recours aux « options » de durée, il ne serait pas possible, moyennant un règlement de consultation et des critères adaptés, de procéder à une mise en concurrence sur la durée à l'intérieur d'une fourchette donnée, l'ensemble des offres/variantes proposées par les candidats étant alors analysées sur la base d'un critère consistant en un « ratio » durée / investissements.

35. Voir en ce sens Conseil d'Etat, 15 décembre 2008, CIVIS, n°312350 ; Conseil d'Etat, 8 août 2009, CIVIS, n°303517.

36. Il convient ici de préciser que la notion d' « option » et son articulation avec des notions semblables (« variantes », « prestations supplémentaires éventuelles ») reste un sujet de discussions (voir également note n°9), de sorte qu'il conviendra de réaliser une analyse au cas par cas de la dénomination des « options » de durée en fonction notamment de leur périmètre, des modalités de leur présentation et des modalités d'analyse de ces « options » au regard du règlement de la consultation. Voir par exemple sur ce sujet la fiche « L'examen des offres » publiée sur le site de la DAJ.

### III. PEUT-ON, ET SELON QUELLES MODALITÉS, PROLONGER LA DURÉE ?

Les modalités de prolongation de la durée étaient autrefois régies, s'agissant des DSP, par l'article L.1411-2 du CGCT qui prévoyait deux cas : « a) Pour des motifs d'intérêt général » et « b) Lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive ».

Désormais, ce sont les dispositions relatives aux modifications du contrat qui s'appliquent aux accords prolongeant la durée du contrat de concession (article 55 de l'ordonnance « Concessions » et articles 36 et 37 de son décret d'application).

Le principe est que le contrat peut être modifié au cours de son exécution si et seulement si les modifications ne changent pas sa nature globale, et dans certaines limites précisées par le texte. L'allongement de la durée peut être une modification prévue à la signature du contrat ou non prévue à cette date.

#### III.1. LA PROLONGATION SELON OPTION

En vertu du 1° de l'article 36 du décret, la modification du contrat peut intervenir « lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque »<sup>37</sup>.

Ainsi, lors de la préparation du contrat de concession, il est nécessaire que les parties envisagent les cas de modifications prévisibles afin de les encadrer de façon claire, précise et sans équivoque. Il peut être par ailleurs inscrit dans le contrat que sa durée pourra être prolongée en cas de motif d'intérêt général notamment lié à une difficulté rencontrée par la collectivité retardant l'organisation de la procédure d'attribution du nouveau contrat ou la mise en œuvre du nouveau mode de gestion choisi par la collectivité, pour une période raisonnable (par exemple, 2 ans si la durée initiale était de 10 ans).

Les parties au contrat pourraient par ailleurs prévoir que la durée initiale soit augmentée en cas de réalisation d'investissement prévisibles à la date de signature mais non réalisables dès le début du contrat pour des raisons diverses tenant par exemple à l'application de réglementation ou législation en cours d'élaboration au moment de la signature ou à l'obtention d'autorisation nécessitant un délai supplémentaire ou à l'atteinte de certains objectifs.

Par exemple, dans le secteur de l'assainissement, il pourrait être envisagé de créer, en fonction de la finalisation d'un plan climat énergie territorial (PECT), en application de la loi dite « Grenelle 2 », une installation de méthanisation pour réduire le volume de boues et valoriser ce produit en assurant la récupération des gaz issus de la fermentation.

#### III.2. LA PROLONGATION SANS OPTION

Une telle modification devra respecter les dispositions de l'ordonnance et du décret « Concessions » applicables tant à la durée qu'aux modifications (voir fiche sur la modification du contrat).

La nouvelle durée de la prolongation sera calculée en fonction de la nature et du montant **des prestations ou des investissements** demandés au concessionnaire tout en garantissant le maintien de l'équilibre économique du contrat d'origine (à savoir le maintien du taux de retour sur investissement du concessionnaire).

Par ailleurs, la modification de la durée ne devra pas changer la nature globale du contrat. En outre, elle ne pourra pas non plus modifier « l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial »<sup>38</sup> ou étendre considérablement le champ d'application du contrat.

37. A noter ici que cette « option » au sens du droit communautaire doit être distinguée de l'« option » de durée décrite ci-dessus, qui correspond plus à une « option » au sens du droit de la commande publique nationale.

38. Article 36.5°.b) du décret « Concessions ».

# SPÉCIFICATIONS TECHNIQUES

## SOURCES JURIDIQUES



Les spécifications techniques sont envisagées à l'**article 28 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession** (dénommée ci-après ordonnance « *Concessions* »).

**Article 28 de l'ordonnance :** « *Les prestations à réaliser sont définies par référence à des spécifications techniques et fonctionnelles* ».

*Le décret n°2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession (dénommé ci-après décret « Concessions ») apporte en outre des précisions.*

*Article 2 du décret : « I. - Les spécifications techniques et fonctionnelles définissent les caractéristiques requises des travaux ou des services.*

*Ces caractéristiques peuvent se référer au processus spécifique de production ou d'exécution des travaux ou des services demandés, à condition qu'ils soient liés à l'objet du contrat de concession et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.*

*II. - Les spécifications techniques et fonctionnelles ne font pas référence à un mode ou procédé de fabrication particulier ou à une provenance ou origine déterminée ni référence à une marque, un brevet ou un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits.*

*Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du contrat de concession ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du contrat de concession n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : « ou équivalent ».*

*III. - L'autorité concédante ne peut pas rejeter une offre au motif qu'elle n'est pas conforme aux spécifications techniques et fonctionnelles, si le soumissionnaire prouve dans son offre, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose respectent de manière équivalente ces spécifications ».*

Les spécifications **peuvent être fonctionnelles**. Elles peuvent donc être **définies en termes d'objectifs**.

## I. TYPOLOGIE

Les spécifications, quoique « techniques », peuvent comporter des aspects environnementaux et sociaux.

C'est ce qui résulte du **considérant 66 de la directive** selon laquelle « *les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir dans les spécifications techniques des exigences sociales caractérisant directement le produit ou service concerné, telles que l'accessibilité pour les personnes handicapées ou la conception destinée à tous les usagers* ».

**L'article 33 de l'ordonnance « Concessions »** précise quant à lui que « *les conditions d'exécution d'un contrat de concession peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du contrat de concession* ».

**L'article 2 du décret « Concessions »** précise en outre que « *ces caractéristiques peuvent se référer au processus spécifique de production ou d'exécution des travaux ou des services demandés, à condition qu'ils soient liés à l'objet du contrat de concession et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs* ».

## II. INDICATEURS DE PERFORMANCE

Les spécifications peuvent comporter la définition de performances. La performance est un résultat chiffrable en termes de durée, de quantité ou de coût. Elle n'a de sens que si elle porte sur des obligations caractéristiques de la prestation.

**Les indicateurs de performances peuvent constituer ou non des objectifs contractuels.**

L'indicateur de performance peut être utilisé comme **instrument de contrôle a posteriori**. Telle est, par exemple, la finalité des indicateurs définis par le décret n° 2007-675 du 2 mai 2007 pris pour l'application de l'article L. 2224-5 du CGCT (art. D. 2224-1, D. 2224-2, D. 2224-3D. 2224-1, D. 2224-2, D. 2224-3 CGCT et Arrêté du 2 mai 2007 relatif aux rapports annuels sur le prix et la qualité des services publics d'eau potable et d'assainissement).

Mais l'indicateur de performance peut aussi être érigé en **objectif contractuel**, alors assorti de réfaction ou majoration de prix ou de pénalités.

Le contrat doit définir les modalités de constatation de la performance et les conséquences du défaut d'obtention de celle-ci.

## III. SPÉCIFICATIONS ET CONCURRENCE

Ainsi que le rappelle le considérant 67 de la directive, « *les spécifications techniques et fonctionnelles établies par les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices doivent permettre l'ouverture des procédures de passation de concession à la concurrence* ».

À cette fin l'article 2 du décret « Concessions » dispose, comme en matière de marchés publics, que « *les spécifications techniques et fonctionnelles ne font pas référence à un mode ou procédé de fabrication particulier ou à une provenance ou origine déterminée ni référence à une marque, un brevet ou un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du contrat de concession ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du contrat de concession n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : « ou équivalent »* ».

Et, en conséquence, le même texte poursuit : « *l'autorité concédante ne peut pas rejeter une offre au motif qu'elle n'est pas conforme aux spécifications techniques et fonctionnelles, si le soumissionnaire prouve dans son offre, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose respectent de manière équivalente ces spécifications* ».

## REDEVANCE ET DROITS D'ENTRÉE

### SOURCES JURIDIQUES



Les droits d'entrée et redevances sont visés à l'**article 31 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions** « dénommée ci-après ordonnance « *Concessions* »).

**Article 31 de l'ordonnance :** « *Les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le concessionnaire à l'autorité concédante doivent être justifiés dans les contrats de concession.*

*Le versement par le concessionnaire de droits d'entrée à l'autorité concédante est interdit quand la concession concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets ».*

En outre, l'article 30 de l'ordonnance « Concessions » rappelle les dispositions de l'ancien article L. 1411-2 du CGCT.

**Article 30 de l'ordonnance :** « *Les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation ».*

## I. DROITS D'ENTRÉE ET REDEVANCES : QUELLE NOTION POUR QUEL RÉGIME ?

Droits d'entrée et redevances obéissent à deux régimes juridiques différents.

### I.1. LE RÉGIME DES DROITS D'ENTRÉE

**La notion de droits d'entrée n'a été définie, ni par le législateur, ni par la jurisprudence.**

La doctrine a tenté d'en préciser les contours en indiquant qu'elle recouvre « *tout versement prévu par le contrat qui soit n'est pas la contrepartie d'une prestation (au sens large, c'est-à-dire y compris la mise à disposition des installations), soit n'est pas la prise en charge d'une dépense précise du délégant liée au service (remboursement d'emprunts, remboursement de la taxe foncière, etc.)* »<sup>39</sup>. Selon cette définition, le droit d'entrée ne trouve donc pas de contrepartie pour les usagers ; il est dès lors susceptible d'illégalité au seul titre de l'article 30 de l'ordonnance « *Concessions* ».

39. L. Richer et F. Lichère Droit des contrats administratifs, 10e éd., 2016, n°1414.

Une autre approche de la notion de droits d'entrée, plus extensive, apparaît dans un avis de 2005 du Conseil d'Etat<sup>40</sup>, qui, sans définir la notion, apporte des précisions sur son contenu potentiel, en indiquant que : « *Bien qu'aucune décision juridictionnelle n'ait tranché ce point, on peut admettre qu'ils ne pourraient inclure ceux des frais d'une résiliation qui seraient la conséquence d'une faute de la collectivité à l'égard du précédent délégataire, frais par nature étrangers à l'objet de la délégation. Mais ils pourraient comprendre une somme correspondant à l'indemnité versée au délégataire sortant au titre des investissements non amortis qu'il a réalisés. Enfin, si les biens nécessaires à l'exécution du service appartiennent en principe à l'autorité délégante et ne peuvent faire l'objet d'un « rachat », il ne paraît pas impossible que les « droits d'entrée » comprennent le coût de biens utiles à la délégation (biens de reprise) que le délégataire sortant aurait cédés à la collectivité.* ».

Dans une instruction de 2010, la doctrine administrative<sup>41</sup> en donne la définition suivante : « *Par droit d'entrée on entend les sommes que les délégataires versaient aux collectivités à l'occasion de la reprise en exploitation d'un service* ».

A cette occasion, elle précise qu'en matière d'eau et d'assainissement, les délégations de service public « *ont très souvent donné lieu au versement, par le délégataire, de droits d'entrée ainsi qu'à la reprise des annuités d'emprunts préalablement souscrits par la collectivité [pour le financement des installations]* ». Sont ainsi différenciés (i) les droits d'entrée et (ii) la reprise d'annuités d'emprunts souscrits par la collectivité pour le financement des biens de retour, qui est licite même dans les secteurs d'activité où les droits d'entrée sont prohibés (son coût est alors intégré au montant d'investissements du nouveau délégataire<sup>42</sup>). Or, dès lors qu'aucune justification ne permettrait d'expliquer que soit traité différemment le financement des biens de retour non amortis selon s'il est le fait de l'autorité délégante ou du délégataire sortant, ou encore selon qu'il ait ou non pris la forme d'un emprunt, il paraît devoir être considéré, si l'on suit la logique de cette instruction ministérielle, que l'ensemble de ces cas de figure doivent pouvoir s'analyser comme ne constituant pas des droits d'entrée.

En outre, parfois qualifiés dans les contrats de « redevance initiale », **les droits d'entrée ont été appréciés au cas par cas par le juge administratif**. Ainsi, sont notamment considérés comme tels :

- > Le versement de contributions à l'autorité concédante<sup>43</sup> ;
- > le remboursement de subventions accordées par l'autorité concédante<sup>44</sup> ;
- > le remboursement par le concessionnaire du prix d'achat des biens de reprise que le délégant a souhaité récupérer à la fin du contrat<sup>45</sup>.

**Le droit d'entrée constitue une dépense utile du concessionnaire** qui, pour sa part non amortie, doit être remboursée à ce dernier en cas de nullité du contrat, indépendamment de l'utilisation qui en est faite par la collectivité. Il résulte en effet, de son seul versement, un enrichissement de la personne publique concédante<sup>46</sup>.

## I.2. LE RÉGIME DES REDEVANCES

Les redevances versées par le concessionnaire à la collectivité peuvent être variées et correspondre, en général soit à l'utilisation du domaine public de l'autorité concédante, soit à l'utilisation d'aménagements ou d'équipements acquis par la collectivité et mis à disposition du concessionnaire, ou bien encore au versement de sommes destinées à permettre à l'autorité concédante d'assurer le contrôle de la concession.

40. CE, Avis, n° 371.234, 19 avril 2005 sur le régime juridique des conventions d'exploitation des remontées mécaniques.

41. Ministère du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, DGFP, Instruction N° 10-029-MO du 7 décembre 2010 « Conséquences de l'arrêt Commune d'Olivet (durée des délégations de service public) ».

42. Il est encore précisé par cette instruction ministérielle que les annuités d'emprunt reprises par le concessionnaire se répercutent sur les tarifs, et que l'amortissement de ces emprunts peut aller, dans les comptes du délégataire, au-delà de l'échéance initiale des prêts souscrits par la collectivité.

43. CAA Bordeaux, 9 juin 2011, Société Lyonnaise des Eaux France, n° 06BX01135 et 09BX00894.

44. CAA Bordeaux, 9 juin 2011, Société Lyonnaise des Eaux France, n° 06BX01135 et 09BX00894.

45. CAA Bordeaux, 23 mai 2006, Association Fouras Environnement Ecologie, n° 03BX00062.

46. Conseil d'Etat, 20 févr. 2013, Société Raphaëloise de stationnement, n° 352762.

## **Les redevances d'occupation du domaine public**

Établie par l'**article L. 2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques**, la redevance d'occupation domaniale est, sauf exception prévue par le texte, obligatoire dès lors qu'il y a occupation ou utilisation par un tiers du domaine public.

Dans certaines situations, l'occupation ou l'utilisation peut être octroyée à titre gratuit, notamment lorsqu'elle :

- > est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous ;
- > contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même ;
- > contribue directement à assurer l'exercice des missions des services de l'État chargés de la paix, de la sécurité et de l'ordre public ou du contrôle aux frontières dans les aéroports, les ports et les gares ;
- > permet l'exécution de travaux relatifs à une infrastructure de transport public ferroviaire ou guidé ;
- > est octroyée aux associations à but non lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général.

Ainsi, sauf exception, les contrats comportant occupation du domaine public doivent comporter une redevance, ce qui paraît assez illogique et pourrait être remis en cause à l'occasion de la refonte du Code général de la propriété des personnes publiques.

**Le montant de la redevance d'occupation du domaine public doit en outre tenir compte de l'ensemble des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'occupation.** Dans certains secteurs, le calcul de la redevance d'occupation du domaine public fait l'objet de dispositions spécifiques. Il en est ainsi pour les domaines du transport et de la distribution d'électricité de gaz<sup>47</sup> ainsi que pour la distribution d'eau et l'assainissement<sup>48</sup>.

Dans les contrats où l'autorité concédante porte les investissements, la redevance d'affermage correspond à la mise à disposition des équipements acquis par celle-ci.

Un intérêt réside dans le fait que la redevance est assujettie à la TVA. En l'état de l'analyse de la doctrine, elle pourrait permettre à l'Autorité concédante de récupérer directement la TVA, ce qui n'est plus possible pour les contrats conclus à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016 avec la suppression du mécanisme du transfert du droit à déduction de la TVA sur les investissements (qui était prévu par l'article 210 du code général des impôts).

## **Les redevances de participation**

Les redevances de participation servent à associer la collectivité aux résultats d'exploitation. Il peut s'agir, par exemple :

- > **d'un pourcentage du chiffre d'affaires** lorsque celui-ci dépasse un certain montant ;
- > **d'un pourcentage de la différence** entre le chiffre d'affaires prévisionnel et le chiffre d'affaires réalisé ;
- > **d'un pourcentage d'une grandeur représentative du bénéfice** (exemple : excédent brut d'exploitation, résultat avant impôt).

Il ne faut pas que cela aboutisse à vider le droit d'exploiter (corollaire du transfert du risque d'exploitation) de son contenu.

S'agissant de la gestion d'un service public, doit au surplus être respecté le principe d'équivalence entre le tarif et la contre-prestation pour les usagers.

47. L. 2333-84 et R. 2333-105 et ss et R 2333-105 du CGCT.

48. L. 2224-11-2 et R. 2333-121 et ss du CGCT.

De plus, quand il s'agit d'un SPIC, l'article L.2224-1 du CGCT impose le principe d'équilibre budgétaire.

### **Les redevances de contrôle**

Alors qu'aucun texte ne définit la mise en place de redevances de contrôle, sauf dans certains secteurs en raison de leur spécificité, leur légitimité ayant été confirmée par la jurisprudence, certains contrats peuvent prévoir leur application.

Les redevances de contrôle sont en principe destinées à fournir à l'Autorité concédante les moyens d'exercer son contrôle sur l'activité déléguée.

Le concessionnaire ne doit pas se voir imputer, au moyen d'une redevance, le financement de dépenses dont la charge repose sur la personne publique notamment dans le domaine de la sécurité. Le montant de ces redevances doit donc être suffisamment justifié dans la convention et correspondre à des dépenses réelles.

## **II. QUELLES SONT LES RÈGLES COMMUNES AUX DROITS D'ENTRÉE ET AUX REDEVANCES ?**

Le régime des droits d'entrée et le régime des redevances présentent certains points communs.

### **II.1. DROITS D'ENTRÉE ET REDEVANCES DOIVENT ÊTRE EN LIEN AVEC L'OBJET DU CONTRAT**

Il s'agit là d'un corollaire du principe selon lequel le contrat de concession ne peut contenir des clauses par lesquelles le concessionnaire prend à sa charge l'exécution de services, de travaux ou de paiements étrangers à l'objet de la concession, rappelé par l'article 30 de l'ordonnance « *Concessions* ». Les redevances et droits d'entrée doivent en effet avoir un lien avec l'objet du contrat auxquels ils se rapportent et doivent tendre vers les objectifs dont la réalisation est nécessaire à la bonne exploitation de la concession<sup>49</sup>.

L'ordonnance reprend ainsi des principes définis par la jurisprudence administrative.

### **II.2. DROITS D'ENTRÉE ET REDEVANCES DOIVENT ÊTRE JUSTIFIÉS**

Les droits d'entrée et redevances doivent être justifiés dans leurs montants, dans la convention elle-même, par l'indication des éléments qui caractérisent et structurent ces flux financiers. La justification de ces flux n'est pas suffisante lorsqu'elle apparait uniquement dans l'offre de l'attributaire ou dans la délibération autorisant la signature<sup>50</sup>.

La convention doit donc préciser l'existence, la finalité ainsi que le montant des droits d'entrée et détailler leur mode de calcul. À défaut, les droits et redevances en cause sont illégaux.

49. Voir en ce sens Conseil d'Etat, Ass., 30 octobre 1996, Mme Wajs et Monnier, n° 136071 (concernant les droits d'entrée) ; Conseil d'Etat, 30 septembre 1996, Société stéphanoise des eaux et ville de Saint-Etienne, n° 156176 (Concernant des redevances)

50. CAA Lyon, 28 juin 2007, Commune d'Anecy, n° 03LY01596; Conseil d'Etat, 14 janvier 1998, Société d'équipement et d'entretien des réseaux communaux, n° 161091.

# RÉMUNÉRATION ET RECETTES (TARIF / PRIX / CONTRIBUTION FORFAITAIRE / SUBVENTIONS D'EXPLOITATION)

### SOURCES JURIDIQUES



> **La rémunération du concessionnaire est régie par plusieurs dispositions relevant de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession** (dénommée ci-après- ordonnance « *Concessions* ») **et de son décret d'application n°2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession** (dénommé ci-après décret « *Concessions* »).

Elle obéit, en particulier, à la règle de principe posée à l'**article 5 de l'ordonnance « Concessions »** qui en détermine la consistance et la consacre en critère secondaire de la définition du contrat de concession.

**Art. 5 de l'ordonnance :** « *Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumettent à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.*

*La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service ».*

L'ordonnance encadre également le formalisme tenant à la détermination des tarifs à la charge des usagers (**art. 32**) et l'évaluation des offres des soumissionnaires (**art. 47**),

Quant au décret d'application « *Concessions* », il encadre les modalités de prise en compte des éléments de rémunération du concessionnaire pour l'estimation de la valeur du contrat (**art. 7**) ainsi que les obligations de transparence sur les conditions financières de la concession (**art. 34**).

> **La rémunération du concessionnaire est également régie par des règles et principes ne relevant ni de l'ordonnance « Concessions » ni de son décret d'application.**

Le régime de la rémunération obéit également à d'autres principes, consacrés par le juge administratif, que le législateur et l'autorité administrative n'ont pas intégrés aux nouveaux textes régissant les concessions. Il s'agit, pour l'essentiel, des principes applicables aux tarifs à la charge des usagers, relatifs à la liberté des prix, à la proportionnalité, à l'égalité et à la non-rétroactivité.

## I. QUELLE EST LA PLACE DE LA RÉMUNÉRATION DANS LA DÉFINITION DE LA CONCESSION ?

L'ordonnance « *Concessions* » fait de la rémunération un critère second de la concession. C'est du moins ce qu'indique l'article 5 de l'ordonnance, lequel définit les concessions comme des contrats qui confient une mission à un opérateur « à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, **en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix [...]. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service** ».

Il s'agit là d'une évolution par rapport à l'état antérieur du droit, lequel faisait jusqu'alors de la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation un critère essentiel de qualification du contrat de concession.

### I.1. PLACE DE LA RÉMUNÉRATION DANS LE RÉGIME ANTÉRIEUR À L'ORDONNANCE

Il était admis, antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance, que la rémunération du concessionnaire découlait du résultat d'exploitation. La loi accordant toutefois la faculté que cette rémunération soit assortie d'un prix versé par la collectivité concédante<sup>51</sup>.

#### La rémunération était substantiellement liée aux résultats d'exploitation (cas des DSP).

Les dispositions, applicables aux conventions de DSP, issues de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « Loi Sapin », modifiée par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractères économique et financier, dite « loi MURCEF » définissaient la concession par rapport au critère de la rémunération.

**Art. L. 1411-1 du CGCT :** « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ».

**Ainsi, la rémunération du concessionnaire, dans le cadre d'un contrat de DSP, pouvait être substantiellement liée aux résultats d'exploitation alors même que la majorité de ses revenus ne provenaient pas des redevances payées par les usagers du service délégué. Le juge administratif adoptait en la matière une analyse in concreto<sup>52</sup>.**

#### La rémunération résultait de l'exploitation de l'ouvrage et pouvait être assortie d'un prix (cas des concessions de travaux).

Les concessions de travaux étaient régies par l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

51. A noter toutefois que, sous le régime antérieur à l'ordonnance, le droit n'offrait pas de définition unique du contrat de concession. S'il était communément admis une distinction au sein des contrats de la commande publique entre les marchés publics et les concessions résultant pour l'essentiel du transfert du risque d'exploitation au concessionnaire par le concédant, le critère de rémunération était également consacré par le législateur et par le juge administratif. La rémunération devait être substantiellement liée aux résultats d'exploitation du service s'agissant des délégations de service public (« DSP ») ou résulter du droit d'exploiter un ouvrage concédé dans le cadre d'une concession de travaux publics.

52. Le Conseil d'Etat a par exemple pu considérer qu'une rémunération variable assurée à 30 % par les usagers du service était constitutive d'une rémunération substantiellement assurée par les résultats d'exploitation, alors même que les 70 % restant constituaient une part fixe de la rémunération versée par le délégant au délégataire (Conseil d'Etat, 30 juin 1999, SMOTOM Centre-Ouest-Seine-et-Marnais, n° 198147.). Ce seuil a même été abaissé à 20 %, voire à 10% (CAA Marseille, 5 mars 2001, Département du Var, n° 99MA101751). Toutefois une rémunération sur la base des résultats n'excédant pas 5 % du total des recettes du concessionnaire a conduit le juge administratif à écarter la qualification de DSP au profit de celle de marché public (CAA Versailles, 14 septembre 2006, Société Avenance enseignement et autres, n° 04VE03566).

**Art. 1 de l'Ord. n° 2009-864 du 15 juillet 2009** : « *Les contrats de concession de travaux publics sont des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* ».

Ce « *droit d'exploiter l'ouvrage* » recouvrait en substance la même définition que la rémunération liée aux résultats d'exploitation en DSP. Toutefois, l'ordonnance du 15 juillet 2009 précisait explicitement que ce droit peut être assorti d'un prix versé par l'autorité concédante, sans en fixer le plafond.

**Il était donc concevable que, dans le cadre d'une concession de travaux, la rémunération du concessionnaire ne soit pas « substantiellement » liée aux résultats d'exploitation.**

Désormais, le législateur a unifié les régimes des DSP et des concessions de travaux s'agissant de la définition de la rémunération, mais également consacré le transfert de risque du concédant vers le concessionnaire comme critère principal de tous les contrats de concessions.

## **I.2. PLACE DE LA RÉMUNÉRATION DEPUIS L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE L'ORDONNANCE**

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 5 de l'ordonnance consacre, pour toutes les concessions, la définition légale de la concession de travaux publics, en prenant en compte l'éventualité de versement d'un prix de l'autorité concédante au concessionnaire. Dès lors, le concessionnaire bénéficie « *soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix* ».

### **LA RÉMUNÉRATION DU CONCESSIONNAIRE DOIT-ELLE TOUJOURS ÊTRE « SUBSTANTIELLEMENT LIÉE AUX RÉSULTATS DE L'EXPLOITATION » ?**

Une interprétation littérale de l'article 5 alinéa 1<sup>er</sup> précité pourrait conduire à considérer que la rémunération du concessionnaire pourrait ne pas être « substantiellement » liée aux résultats d'exploitation et qu'elle devrait correspondre à l'intégralité de ceux-ci, augmentée le cas échéant d'un prix fixe ou variable versé par l'autorité concédante.

Cependant, si le concessionnaire bénéficie du droit d'exploiter l'ouvrage, le législateur n'a pas pour autant interdit qu'il puisse reverser une partie de ses résultats d'exploitation au concédant, que ce soit en particulier au titre d'une redevance d'affermage ou de contrôle.

En outre, la consécration du critère principal de transfert du risque d'exploitation induit nécessairement que la rémunération du concessionnaire ne lui garantisser pas une couverture de l'intégralité de ses charges.

L'ordonnance institue **la primauté du transfert du risque d'exploitation sur le critère de la rémunération** issue des résultats de l'exploitation et pouvant être assortie d'un prix.

Ce critère du risque devrait a priori pouvoir apporter une certaine sécurité juridique, dans la mesure où il apparaît plus aisé d'apprécier dans quelle mesure un taux de rémunération fixe est susceptible d'exonérer le concessionnaire du risque d'exploitation que d'identifier le seuil en-deçà duquel une rémunération n'est plus « substantiellement » liée aux résultats d'exploitation. Néanmoins, le débat ne manquera sans doute pas de se déplacer sur l'appréciation du caractère « *purement nominal ou négligeable* » de la « *perte potentielle supportée par le concessionnaire* ».

## Primauté du transfert de risque d'exploitation sur la rémunération

### **La Cour de Justice de l'Union Européenne a consacré le transfert du risque d'exploitation au concessionnaire comme critère déterminant de l'identification des contrats de concession et de leur distinction des contrats de marché public<sup>53</sup>.**

Si elle considère que le risque peut être « *dès l'origine, très limité* », l'identification d'un transfert d'une partie dudit risque au concessionnaire est déterminante de la qualification de concession. En cela, la Cour reconnaît une certaine hiérarchie entre les critères de rémunération du concessionnaire par des tiers et de prise en charge d'un risque d'exploitation. En l'occurrence, même lorsque le concessionnaire est rémunéré par des tiers et non par l'autorité concédante, c'est la prise en charge d'un risque qui permettra d'identifier un contrat de concession<sup>54</sup>. Cette approche a été confirmée par la suite, la Cour considérant que la rémunération du concessionnaire par des tiers n'est pas un critère suffisant pour identifier une concession dès lors qu'un transfert de risque n'est pas caractérisé<sup>55</sup>.

### **Les juridictions françaises ont retenu la même conception.**

Ainsi, une rémunération seulement partielle du concessionnaire par les usagers du service peut être considérée comme « *substantiellement assurée par les résultats d'exploitation* » dès lors que le transfert de risque est effectif<sup>56</sup>. Cette rémunération substantiellement assurée par les résultats d'exploitation permettait ainsi d'identifier un transfert de risque au délégataire. Les deux critères de la rémunération substantiellement assurée par les résultats d'exploitation et du transfert de risque se trouvaient ainsi liés. Le transfert du risque apparaît ainsi davantage comme un élément permettant de démontrer que la rémunération est bien « *substantiellement liée aux résultats de l'exploitation* », que comme un critère autonome.

## Hiérarchisation entre les critères de rémunération et de transfert de risques d'exploitation

La directive 2014/23/UE du 26 février 2014 relative aux contrats de concession consacre une hiérarchisation entre les critères de la rémunération et du risque d'exploitation. C'est du moins ce qui ressort du considérant 18 de ce texte.

**Considérant 18 de la Dir. 2014/23/UE du 26 février 2014 : « Les difficultés liées à l'interprétation des concepts de concession et de marché public ont entraîné une insécurité juridique constante pour les parties prenantes et ont donné lieu à de nombreux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Il convient par conséquent de clarifier la définition de la concession, notamment par référence au concept de risque d'exploitation. La principale caractéristique d'une concession, le droit d'exploitation de travaux ou de services, implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique, avec la possibilité qu'il ne permette pas d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de**

53. La Cour de justice a ainsi pu considérer, à propos des concessions de travaux publics, que « l'on est en présence d'une concession de services lorsque le mode de rémunération convenu tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation et implique que celui-ci prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question » et que « l'absence de transfert au prestataire du risque lié à la prestation des services indique que l'opération visée constitue un marché public de services et non pas une concession de services publics » (CJCE, 13 novembre 2008, Commission c./ République Italienne, aff. C-437/07).

54. CJCE, 10 septembre 2009, WAZV Gotha, aff. C-206/08 : « le fait que dans le cadre d'un contrat portant sur des services, le cocontractant n'est pas directement rémunéré par le pouvoir adjudicateur mais qu'il est en droit de percevoir une rémunération auprès des tiers suffit pour que ce contrat soit qualifié de « concession de service » [...] dès lors que le cocontractant prend en charge l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation encouru par le pouvoir adjudicateur, même si ce risque est, dès l'origine, très limité en raison des modalités de droit public de l'organisation du service ».

55. CJUE, 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, aff. C-274/09 : « Si le mode de rémunération est, ainsi, l'un des éléments déterminants pour la qualification d'une concession de services, il ressort, en outre, de la jurisprudence que la concession de services implique que le concessionnaire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question et que l'absence de transfert au prestataire du risque lié à la prestation des services indique que l'opération visée constitue un marché public de services et non pas une concession de services ».

56. CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, n° 291794. Le Conseil d'Etat a en l'espèce considéré que, dans le cadre d'une convention pour le service d'autocars scolaires mettant à la charge du département, en tant qu'autorité organisatrice, 80 % du coût du service, cette participation du département constituant une véritable rémunération variant avec le nombre d'usagers du service, celle-ci était effectivement assurée par les résultats d'exploitation du service.

*l'exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d'exploitation normales, même si une partie du risque continue d'être supportée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. L'application de règles spécifiques régissant l'attribution de concessions ne serait pas justifiée si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice évitait à l'opérateur économique tout risque de pertes, en lui garantissant un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat. **Parallèlement, il convient de préciser que certains dispositifs exclusivement rémunérés par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice devraient avoir le statut de concession, lorsque le recouvrement des investissements et des coûts supportés par l'opérateur pour l'exécution des travaux ou la fourniture des services dépend de la demande réelle ou de la fourniture du service ou de l'actif** ».*

### **LE CONCESSIONNAIRE PEUT-IL ÊTRE EXCLUSIVEMENT RÉMUNÉRÉ PAR L'AUTORITÉ CONCÉDANTE ?**

L'article 5 de l'ordonnance, interprété à la lumière de la directive, indique que la rémunération du concessionnaire :

- > peut être versée indifféremment par les usagers du service ou de l'ouvrage et/ou par l'autorité concédante.
- > dès lors qu'elle ne garantit pas au concessionnaire la couverture de ses investissements et de ses coûts exposés dans le cadre de l'exploitation des travaux ou services. Plus précisément, les modalités d'établissement de la rémunération ne doivent pas conduire à ce que le risque résiduel de non-amortissement des investissements ou de non-couverture des charges soit purement nominal ou négligeable.

Ceci ne fait donc pas obstacle :

- > à ce que l'utilisation de l'ouvrage ou du service concédé soit gratuit pour les usagers, dès lors qu'un risque d'exploitation est transféré au concessionnaire. Ainsi, la rémunération peut être intégralement versée par le concédant, pour peu que son montant soit lié aux résultats de l'exploitation du service (possibilité de concessions à péage virtuel où les recettes versées par l'autorité concédante, sont fonction de la fréquentation : exemple : gratuité d'un réseau de transport urbain et qui prend en compte la fréquentation).
- > ou encore à ce que le risque soit limité dès l'origine, par exemple « *dans les secteurs bénéficiant de tarifs réglementés ou lorsque le risque d'exploitation est limité par des arrangements contractuels prévoyant une compensation partielle, y compris une compensation en cas de résiliation d'une concession pour des raisons imputables au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, ou pour des raisons de force majeure* » (considérant 19 de la Directive 2014/23/UE).

### **RÉMUNÉRATION DU CONCESSIONNAIRE ET DROIT DES AIDES D'ETAT : QUELLE RELATION ?**

En marge des discussions sur la rémunération du concessionnaire en tant que caractéristique de la concession, nous attirons également l'attention sur le fait que cette rémunération est également susceptible de relever du régime des aides d'Etat.

Comme indiqué précédemment, le concessionnaire peut être rémunéré par une part fixe versée par l'autorité concédante ou bénéficier d'une subvention publique. Toutefois, l'attribution de ressources publiques à une entreprise ne doit pas avoir pour effet de fausser la concurrence au sein du marché commun européen, ainsi qu'en dispose l'article 107 § 1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

**Art. 107 § 1 du TFUE :** « *Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

Dès lors, une subvention versée par une personne publique, même lorsqu'elle est attribuée par une autorité concédante au bénéfice de son concessionnaire, devra respecter les règles applicables aux aides d'Etat, sauf à ce qu'elle constitue une compensation des obligations de service public à la charge du concessionnaire au sens de la jurisprudence de la Cour de justice (voir en ce sens *CJUE, 24 juillet 2003, Altmark, aff. C-280/00*).

## II. QUELS SONT LES AUTRES PRINCIPES ISSUS DE L'ORDONNANCE ET DE SON DÉCRET D'APPLICATION RÉGISSANT LA RÉMUNÉRATION ?

### II.1. LES TARIFS À LA CHARGE DES USAGERS ET LEURS ÉVOLUTIONS SONT DÉTERMINÉS PAR LE CONTRAT

L'article 32 de l'ordonnance « *Concessions* » pose un principe de libre détermination, par les parties, des tarifs à la charge des usagers et de leur évolution.

**Art. 32 de l'ordonnance :** « *Le contrat détermine les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution* ».

Le nouveau cadre juridique laisse donc aux parties la liberté de stipuler des tarifications forfaitaires, des tarifications intégralement variables proportionnées à l'utilisation de l'ouvrage ou du service ou encore des tarifications comportant une part fixe, généralement qualifiée d'abonnement et une part variable, ainsi que leurs modalités d'évolution automatiques. Il convient cependant de noter qu'il existe des législations sectorielles imposant des tarifications ou donnant compétence à une autorité administrative indépendante pour déterminer les méthodologies d'établissement des tarifs, par exemple en matière de distribution de gaz naturel<sup>57</sup>.

### II.2. TOUS LES ÉLÉMENTS DE LA RÉMUNÉRATION SONT PRIS EN COMPTE POUR L'ESTIMATION DE LA VALEUR DU CONTRAT

L'estimation de la valeur du contrat (et, partant, la détermination des règles applicables à sa passation) est issue de l'article 7 du décret « *Concessions* »<sup>58</sup>.

**Art. 7 du décret :** « [...] l'autorité concédante prend notamment en compte [...] :  
2° **Les recettes perçues sur les usagers** des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte de l'autorité concédante ou d'autres personnes ;  
3° **Les paiements effectués par l'autorité concédante** ou toute autre autorité publique ou tout avantage financier octroyé par l'une de celles-ci au concessionnaire ;  
4° **La valeur des subventions ou de tout autre avantage financier octroyés par des tiers** pour l'exploitation de la concession [...] ; ».

57. Article L.452-2 du code de l'énergie.

58. Voir aussi l'ordonnance du TA de Montpellier du 12 janvier 2017, n° 1606091, relative à l'indication de la valeur du contrat dans les documents de la consultation.

### II.3. L'ÉVALUATION DES OFFRES DES SOUMISSIONNAIRES TIENT COMPTE DES ÉLÉMENTS DE RÉMUNÉRATION

La prise en compte des éléments de rémunération dans l'évaluation des offres des soumissionnaires trouve son fondement dans l'article 47 de l'ordonnance « *Concessions* ».

**Art. 47 de l'ordonnance :** « *Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution* ».

### II.4. L'AUTORITÉ CONCÉDANTE EST ASSUJETTIE À DES OBLIGATIONS DE TRANSPARENCE SUR LES CONDITIONS FINANCIÈRES DU CONTRAT

Conformément aux dispositions de l'article 34 du décret « *Concessions* », à chaque étape de la vie du contrat de concession, l'autorité concédante doit assurer la transparence des conditions financières du contrat et en particulier des tarifs à la charges des usagers sur son profil d'acheteur, en tant que données essentielles du contrat :

**Art. 34 du décret :** « *I. L'autorité concédante offre [...] un accès libre, direct et complet aux données essentielles du contrat de concession, notamment aux données suivantes :*

*1° Avant le début d'exécution* du contrat de concession [...] : la valeur globale et les principales conditions financières du contrat ;

*2° Chaque année*, les données relatives à l'exécution du contrat de concession : [...] les principaux tarifs à la charge des usagers et leur évolution par rapport à l'année précédente ;

*3° Les données relatives à chaque modification* apportée au contrat de concession : [...] les incidences de la modification sur la durée ou la valeur du contrat ainsi que sur les tarifs à la charge des usagers ;

*II. - Les données mentionnées au I sont publiées selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie* ».

## III. QUELS SONT LES PRINCIPES PRÉEXISTANTS À L'ORDONNANCE ET RÉGISSANT LA RÉMUNÉRATION ?

La jurisprudence administrative a consacré certains principes régissant la détermination de la rémunération du concessionnaire. Ces principes n'ont pas été intégrés aux nouveaux textes encadrant les concessions par le législateur et l'autorité administrative. Ils n'ont pas pour autant été remis en cause.

Il s'agit, pour l'essentiel, des principes relatifs à la liberté des prix, à la proportionnalité, à l'égalité et à la non-rétroactivité. Ils ne seront cités que brièvement ci-après dans la mesure où ils n'ont pas été affectés par les dispositions issues de l'ordonnance « *Concessions* ».

### III.1. LA RÉMUNÉRATION DOIT RESPECTER LE PRINCIPE DE LIBERTÉ DES PRIX

Le principe de liberté des prix est posé à l'article L. 410-2 du Code de commerce, lequel est applicable aux contrats de concession.

Il résulte de ce texte une liberté de détermination des prix par le jeu de la concurrence, sauf :

- > lorsque la loi en dispose autrement<sup>59</sup> ;
- > lorsque les prix sont réglementés par voie réglementaire « dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison, soit de situations de monopole ou de difficultés durables d’approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires » ;
- > ou lorsque « le Gouvernement arrête, par décret en Conseil d’Etat, contre des hausses ou des baisses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé ».

### **III.2. LA RÉMUNÉRATION DOIT RESPECTER LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ ENTRE LE TARIF ET LES CHARGES**

Dans le cas de rémunération par l’usager du service public, s’impose le respect d’une obligation dite d’équivalence ou de proportionnalité entre les redevances payées par les usagers et les charges du service : les redevances à la charge des usagers doivent trouver leur contrepartie directe dans les prestations fournies par le service.

Ce principe (que la jurisprudence n’a consacré qu’à propos des services publics) n’est pas explicitement consacré par l’ordonnance « Concessions ». Toutefois, le principe relativement proche de prohibition des transferts de charges étrangères à l’objet de la concession trouve sa retranscription à l’article 30 de ce texte.

**Art. 30 de l’ordonnance :** « Le contrat de concession ne peut contenir de clauses par lesquelles le concessionnaire prend à sa charge l’exécution de services, de travaux ou de paiements étrangers à l’objet de la concession ».

### **III.3. LA RÉMUNÉRATION DOIT RESPECTER LE PRINCIPE D’ÉGALITÉ DEVANT LES CHARGES PUBLIQUES**

La rémunération doit être fixée dans le respect du principe d’égalité de traitement entre les usagers. Néanmoins, ceci n’impose pas une stricte identité de tarif entre tous les usagers d’un même service ou d’un même ouvrage. En effet, les tarifs peuvent varier d’une catégorie d’usagers à une autre, pour des motifs d’intérêt général en rapport avec l’exploitation du service ou de l’ouvrage et parce que ces usagers sont dans des situations objectivement différentes. Dans ce cas, il convient d’appliquer les différents tarifs définis aux contrats selon des critères objectifs et non-discriminatoires.

Une attention particulière doit être portée sur une tarification qui serait différenciée en fonctions des revenus des usagers. De telles pratiques, dès lors qu’elles n’avaient pas été préalablement autorisées par le législateur, ont pu faire l’objet d’un certain nombre de décisions du juge administratif, les ayant sanctionnées au titre d’une discrimination sans rapport avec l’exploitation du service ou de l’ouvrage.

### **III.4. LA RÉMUNÉRATION DOIT RESPECTER LE PRINCIPE DE NON-RÉTROACTIVITÉ**

Les clauses tarifaires des contrats sont des clauses à caractère réglementaire. Dès lors, le principe de non-rétroactivité des actes réglementaires trouve pleinement à s’appliquer et il convient que ces clauses ne disposent que pour l’avenir.

Les rédacteurs des contrats de concession devront à ce titre attacher une attention particulière aux clauses d’indexation des tarifs, afin que les évolutions tarifaires ne s’appliquent qu’aux utilisations du service ou de l’ouvrage concédé postérieures à la date de ces évolutions.

59. Il existe des législations sectorielles imposant des modalités de tarification, par exemple en matière de stationnement (Article L.224-68 du code de la consommation : « Tout exploitant de parc de stationnement affecté à un usage public applique au consommateur, pour les stationnements d’une durée inférieure à douze heures et payés à la durée, une tarification par pas de quinze minutes au plus. »), ou donnant compétence à une autorité administrative indépendante pour déterminer les méthodologies d’établissement des tarifs, par exemple en matière de distribution de gaz naturel (Article L.452-2 du code de l’énergie : « Les méthodologies utilisées pour établir ces tarifs [tarifs d’utilisation des réseaux de transport et de distribution de gaz naturel et des installations de gaz naturel liquéfié] sont fixées par la Commission de régulation de l’énergie [...] »).

Par ailleurs, dans le secteur de l’eau, la loi institue un plafonnement de la part fixe de la facture (article L.2224-12-4 CGCT).

# FICHE 13

## DROITS RÉELS

### SOURCES JURIDIQUES



Le régime de l'attribution des droits réels relève des dispositions relatives à l'occupation domaniale. Il est fixé à l'**article 50 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession** (dénommée ci-après ordonnance « Concessions »).

**Art. 50 de l'ordonnance :** « Lorsque le contrat de concession emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée.

*Si le contrat le prévoit, le concessionnaire a des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public »*

Le concessionnaire est par ailleurs susceptible de consentir des baux et des droits à des tiers dans les conditions posées par l'article 51 de l'ordonnance « Concessions ».

**Art. 51 de l'ordonnance :** « Le concessionnaire peut être autorisé, avec l'accord expressément formulé de l'autorité concédante, à conclure des baux ou droits d'une durée excédant celle du contrat de concession. Les autorisations données par l'autorité concédante, ainsi que les baux et droits réels qui en résultent, constituent des accessoires au contrat de concession et sont, à l'issue de la durée du contrat, transférés à l'autorité concédante ».

## I. L'AUTORISATION D'OCCUPATION : QUEL FONDEMENT ?

Comme pour les marchés de partenariat, il est désormais prévu, pour les concessions, que lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée<sup>60</sup>.

### QUID LORSQUE LE PROPRIÉTAIRE OU LE GESTIONNAIRE DU DOMAINE EST TIERS AU CONTRAT ?

Il est fréquent, dans des contrats de concession, que l'autorité concédante ne soit ni propriétaire, ni gestionnaire de l'ensemble du domaine public occupé. Ce point peut être traité, lorsque la loi ne confère pas au concessionnaire le droit d'occuper ledit domaine, soit en sécurisant en amont l'occupation domaniale avant de lancer la consultation pour l'attribution de la concession, soit en confiant au concessionnaire le soin d'obtenir toute autorisation / permission de voirie requise.

60. Cette disposition est apparue pour la première fois à l'article 13 de l'ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (abrogée) et figure aujourd'hui, pour les marchés de partenariat, à l'article 85 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

## II. A QUELLES CONDITIONS ET SELON QUELLES MODALITÉS UNE AUTORITÉ CONCÉDANTE PEUT-ELLE CONSENTIR DES DROITS RÉELS SUR LES BIENS OBJETS DU CONTRAT (ARTICLE 50 DE L'ORDONNANCE « CONCESSIONS ») ?

### II.1. ANTÉRIEUREMENT À L'ORDONNANCE « CONCESSIONS »

Le concessionnaire bénéficie désormais de droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise sur la seule base d'une clause du contrat de concession le prévoyant.

Cette situation marque ainsi une évolution par rapport à l'état antérieur du droit. Celui-ci conduisait en effet à autoriser l'attribution de droits réels en distinguant deux situations :

- > Soit les ouvrages n'étaient pas établis sur la propriété d'une personne publique : alors le contrat de concession pouvait prévoir que ces ouvrages fassent l'objet d'une appropriation privée ou de droits réels au bénéfice du concessionnaire.
- > Soit les ouvrages relevaient du régime de la domanialité publique : alors les droits réels ne pouvaient être octroyés au concessionnaire que dans le cadre d'une autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels (AOT)<sup>62</sup> ou d'un bail emphytéotique administratif (BEA)<sup>63</sup>.

Les textes<sup>64</sup> prévoyaient parallèlement, uniquement pour l'Etat et ses établissements publics, la possibilité qu'une concession de service public puisse être constitutive de droits réels pour son titulaire dans la mesure et aux conditions prévues par le cahier des charges et, sous réserve que les clauses correspondantes aient reçu un accord de l'administration (préfet ou ministre compétent selon un seuil de travaux de 3 M€HT mis à la charge du concessionnaire).

### II.2. LES NOUVELLES DISPOSITIONS EN MATIÈRE DE DROITS RÉELS

Désormais, « *Si le contrat le prévoit, le concessionnaire a des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise* ».

Comme par le passé, il reste impératif de préciser l'étendue du droit réel conféré au concessionnaire sous peine d'encourir la nullité de la clause instituant ce droit<sup>65</sup>.

A ce titre, l'ordonnance prescrit de préciser contractuellement « *les conditions et les limites [...] ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public* ».

En l'état des textes, il est recommandé, sous réserve des dispositions incompatibles avec les dispositions relatives à l'occupation du domaine public en matière de concessions, d'appliquer les règles qui régissent les conditions d'occupation du domaine public constitutive de droits réels prévues par le Code général de la propriété des personnes publiques.

62. Art. L. 2122-6 à L. 2122-14 du code général de la propriété des personnes publiques.

63. Art. L. 1311-2 à L. 1311-8 du code général des collectivités territoriales.

64. Art R. 2122-10 du Code général de la propriété des personnes publiques.

65. Dans le même sens, voir pour un exemple récent CAA de Marseille, 17 octobre 2016, Commune de Mons-la-Trivalle, n°15MA01741.

66. Ordonnance n° 2015-889 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, article 86 : « Afin de valoriser une partie du domaine, l'acheteur peut, après avoir procédé, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public, autoriser le titulaire :

1° A consentir des autorisations d'occupation du domaine public ;

2° A consentir des baux de droit privé pour des biens appartenant au domaine privé et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée ;

3° A procéder à des cessions pour des biens qui lui ont été préalablement cédés.

II. - L'accord de l'acheteur doit être expressément formulé pour chacune des autorisations ou des baux mentionnés aux 1° et 2° du I. Lorsque le marché de partenariat est conclu par l'acheteur pour la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'une autre personne morale de droit public ou privé pour l'exercice de ses missions ou lorsque l'opération est réalisée sur le domaine d'une autre personne morale de droit public ou privé, le titulaire peut être autorisé à valoriser une partie du domaine, après accord du propriétaire du domaine. Lorsque les baux sont consentis par le titulaire pour une durée excédant celle du contrat, les conditions de reprise du bail par l'acheteur doivent faire l'objet d'une convention entre l'acheteur, le titulaire, le preneur et, le cas échéant, le propriétaire du domaine ».

## **CONCESSIONS ET MARCHÉS DE PARTENARIAT : QUELLES DIFFÉRENCES S'AGISSANT DES DROITS RÉELS ?**

Les dispositions relatives aux droits réels dans les contrats de concessions et dans les marchés de partenariat ne sont que partiellement identiques.

**Une première différence tient au régime de l'autorisation.** Ainsi, les droits réels sont attribués :

- A. En vertu d'une clause expresse dans les contrats de concessions ;
- B. Sauf clause expresse contraire dans les marchés de partenariat (art. 85 I. de l'ordonnance du 23 juillet 2015, texte existant déjà pour les contrats de partenariat).

**Une autre différence tient à ce que la possibilité de recourir au financement par crédit-bail ou à l'hypothèque** via les actifs sur lesquels des droits réels ont été constitués n'est prévue que pour les marchés de partenariat (article 84 de l'ordonnance relative aux marchés publics) et non pour les contrats de concessions. L'interprétation de cette différence de rédaction reste peu claire à ce stade et pourra, le cas échéant, être précisée ultérieurement par le législateur ou par les juridictions. Mais au-delà de leur utilité pour le financement des biens publics, les droits réels peuvent également permettre de faciliter la constitution de servitudes par le cocontractant de la personne publique, ce qui peut présenter un intérêt opérationnel notamment pour des services publics gérés en réseau.

## **III. A QUELLES CONDITIONS ET SELON QUELLES MODALITÉS UN CONCESSIONNAIRE PEUT-IL CONSENTIR DES BAUX ET DROITS À UN TIERS AU CONTRAT (ARTICLE 51 DE L'ORDONNANCE « CONCESSIONS ») ?**

Le concessionnaire lui-même peut par ailleurs consentir des baux et des droits (y compris des droits réels) à un tiers en vue, notamment, de réaliser ou de faire réaliser des activités accessoires à l'objet principal du contrat. En outre, ces droits peuvent être **conclus pour une durée excédant celle du contrat** de concession.

Cette faculté suppose toutefois que le concessionnaire recueille préalablement **l'accord expressément formulé** de l'autorité concédante ;

Par ailleurs, l'autorisation accordée par l'autorité concédante, au même titre que les droits réels qui en résultent, constituent **des accessoires au contrat de concession**. Ils sont alors automatiquement transférés à l'autorité concédante au terme du contrat.

Cette règle doit être interprétée comme signifiant que la collectivité concédante devient bailleresse à l'issue de la concession.

La possibilité pour l'opérateur économique de consentir des droits réels à des tiers est reconnue depuis 2008, dans son principe, aux titulaires de marchés de partenariat. Ceux-ci bénéficient d'un régime juridique davantage précisé<sup>66</sup>.

A défaut de précision des textes en matière de concession, l'application de ces dispositions appelle à la prudence.

## LA COMMUNICATION ET LA RÉUTILISATION DES DONNÉES



### SOURCES JURIDIQUES

#### > *Les lois Valter et Lemaire*

Le régime juridique de la transmission des données ne relève pas uniquement des textes relatifs aux contrats de la commande publique.

La France, à l'occasion de la **loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal**, dite loi « CADA », avait déjà fait de l'ouverture des données publiques un outil de transparence de l'action publique. Le régime d'ouverture des données publiques ainsi que ses modalités pratiques ont depuis lors été adaptés aux exigences des évolutions technologiques et, en particulier, des évolutions numériques.

Plusieurs textes ont alors été adoptés, parfois sans concertation et dans des délais très contraints.

- Il s'agit, en premier lieu, de la **loi n°2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public**, dite « Valter ».
- Il s'agit, en second lieu, de la **loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique**, dite « loi Lemaire ». Ce texte modifie en profondeur la loi CADA laquelle continue d'adopter une conception très large de la notion d'« administrations ». En effet, sont considérées comme étant des « administrations » au sens de la loi, toutes les personnes chargées d'une mission de service public, qu'il s'agisse d'entreprises privées, d'établissements publics à caractère industriel et commercial ou d'autorités concédantes. Le périmètre des « *données publiques* » et documents administratifs<sup>67</sup> soumis à l'obligation de publication à titre gratuit à des fins de réutilisation est donc extrêmement vaste.

**Les lois Valter et Lemaire constituent, ensemble, le nouveau corpus juridique du régime d'ouverture et de réutilisation des données publiques.**

#### > *Les ordonnances marchés publics et concessions et leurs décrets d'application*

Les ordonnances relatives aux contrats de concession (ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 ci-après dénommée ordonnance « Concessions ») et aux marchés publics (ordonnance n°2016-899 du 23 juillet 2015) contiennent également des mesures

67. Une « donnée » est contenue dans des documents administratifs. Ainsi, une donnée publique est une donnée en lien avec les missions de service public et un document administratif peut contenir plusieurs « données publiques ».

spécifiques d'ouverture des données des contrats qui n'étaient d'ailleurs pas prévues par les directives qu'elles transposent. Sont concernés les **articles, 38, 53, 53-1 et 78 de l'ordonnance « Concessions »** ainsi que l'article **34 du décret n°2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession** (dénommé ci-après décret « Concessions »).

#### **> Les autres textes sectoriels**

Il existe par ailleurs des dispositions d'ouverture des données propres à chaque secteur. Celles-ci sont issues de plusieurs textes tels que :

- **L'article 4 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques**, dite loi « Macron », pour les données du secteur des transports ;
- **Les articles 153 et 179 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte** pour les données du secteur de l'énergie ;

### **PLURALITÉ DE TEXTES : QUELLE ARTICULATION ? QUELLES CONSÉQUENCES POUR LES PARTIES CONTRACTANTES ?**

Pour les concessionnaires et leurs autorités concédantes, ce foisonnement de textes pose évidemment des problèmes d'articulation et d'insécurité juridique. Ces lois n'ont pas, en effet, les mêmes champs d'application, ne visent pas les mêmes données, ne prévoient pas les mêmes délais d'entrée en vigueur, etc. Par ailleurs, l'absence d'appréhension globale préalable du sujet a conduit à l'adoption de textes qui s'articulent mal et qui pourraient créer une distorsion de concurrence entre les différents modes de gestion des services publics.

Il s'agit pourtant d'enjeux capitaux, les risques d'ouverture disproportionnée des données étant bien réels pour les entreprises, d'autant que cette ouverture est irréversible.

La France est également le seul pays de l'Union européenne à prévoir une ouverture aussi large des données publiques (élaborée sur un principe de gratuité de réutilisation) alors même que la loi Lemaire est fondée sur une étude d'impact dont le Conseil d'Etat a déploré « l'insuffisance [et] qui, sur plusieurs sujets, n'évalue pas les incidences des mesures prévues par le texte » (Conseil d'Etat, 3 décembre 2015, Avis sur un projet de loi pour une République numérique, n° 390741).

Par ailleurs, la Commission européenne a lancé une consultation le 10 janvier 2017 pour trois mois, sur un projet de règlement « Free flow of data ». Ce projet de règlement, contrairement à la Loi Lemaire, prévoit une protection accrue des données (savoir-faire, secret industriel et commercial...), limitant ainsi tous risques de distorsions de concurrence.

Les obligations d'ouverture des données sont régies par des dispositions différentes selon la personne (concessionnaire ou autorité concédante) et selon le type de contrat de concession (travaux, service ou service public) dont il s'agit.

Il faut alors distinguer entre :

- > **Tous les concessionnaires** (travaux, service et service public) et **toutes les autorités concédantes** qui sont concernés par l'**article 53 de l'ordonnance « Concessions »** et l'**article 34 du décret « Concessions »** ;
- > **Les seuls concessionnaires de service public** et **toutes les autorités concédantes** qui sont également concernés par les **articles 6<sup>68</sup> et 17<sup>69</sup> de la loi Lemaire**. Néanmoins, l'article 17 de la loi Lemaire ne s'applique pas aux concessionnaires de service public et aux autorités concédantes qui ne sont pas soumis à l'ordonnance « Concessions ».

## I. QUELS DOCUMENTS DOIVENT ÊTRE PUBLIÉS ET DANS QUELS DÉLAIS ?

### I.1. RÈGLES APPLICABLES À TOUS LES CONCESSIONNAIRES ET À TOUTES LES AUTORITÉS CONCÉDANTES (ARTICLE 53 DE L'ORDONNANCE « CONCESSIONS »)

Tous les concessionnaires ainsi que toutes les autorités concédantes sont soumis aux obligations découlant de l'article 53 de l'ordonnance « Concessions ».

**Art. 53 de l'ordonnance :** « Dans des conditions fixées par voie réglementaire, les autorités concédantes rendent accessibles, sous un format ouvert et librement réutilisable, les données essentielles du contrat de concession, sous réserve des dispositions de l'article 38 et à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public ».

Ainsi, les données essentielles du contrat de concession mentionnées à l'article 34 du décret « Concessions » doivent être transmises par le concessionnaire à l'autorité concédante pour que celle-ci puisse les publier sur son profil d'acheteur. Cette transmission des données essentielles se fait en dehors du cadre juridique de la loi Lemaire, de la loi CADA et du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA). Il s'agit en effet d'une obligation uniquement régie par l'ordonnance.

Sont concernées les données reprises dans le tableau suivant.

OBLIGATIONS PRÉVUES PAR LES ARTICLES 53 DE L'ORDONNANCE « CONCESSIONS » ET 34 DU DÉCRET « CONCESSIONS »	
<i>Ces dispositions entrent en vigueur au plus tard le 1<sup>er</sup> octobre 2018</i>	
TYPES DE DONNÉES	OBJET DES DONNÉES
Avant le début d'exécution du contrat, <b>le numéro attribué au contrat et les données relatives à son attribution</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; identification de l'autorité concédante</li> <li>&gt; nature et l'objet du contrat</li> <li>&gt; procédure de passation suivie</li> <li>&gt; lieu principal d'exécution des services ou travaux faisant l'objet du contrat</li> <li>&gt; durée du contrat</li> <li>&gt; valeur globale et les principales conditions financières du contrat</li> <li>&gt; identification du concessionnaire</li> <li>&gt; date de signature du contrat</li> </ul>
Chaque année, <b>les données relatives à l'exécution du contrat</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; dépenses d'investissement réalisées par le concessionnaire</li> <li>&gt; principaux tarifs à la charge des usagers et leur évolution par rapport à l'année précédente</li> </ul>
<b>Les données relatives à chaque modification apportées au contrat</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; objet de la modification</li> <li>&gt; incidences de la modification sur la durée ou la valeur du contrat ainsi que sur les tarifs à la charge des usagers</li> <li>&gt; date de modification du contrat</li> </ul>

## I.2. RÈGLES APPLICABLES AUX SEULS CONCESSIONNAIRES DE SERVICE PUBLIC ET À TOUTES LES AUTORITÉS CONCÉDANTES (ARTICLES 6 ET 17 DE LA LOI LEMAIRE)

Les concessionnaires de service public et les autorités concédantes ont des obligations supplémentaires de publication des données prévues à l'**article 6 de la loi Lemaire**. Le décret n°2016-1922 du 28 décembre 2016 précise qu'en dessous du seuil de 50 agents ou salariés exprimés en tant plein, la publication des documents administratifs prévue par l'article 6 n'est pas obligatoire. L'article 6 de la loi Lemaire désormais codifié aux articles L. 312-1-1 à L. 312-1-3 du Code des Relations entre le Public et l'Administration, prévoit quatre types de données ainsi reprises dans le tableau ci-dessous.

OBLIGATIONS PRÉVUES PAR L'ARTICLE 6 DE LA LOI LEMAIRE		
TYPES DE DONNÉES	OBJET DES DONNÉES	DONNÉES À PUBLIER À COMPTER DU
Documents administratifs communiqués et sous réserve d'être disponibles sous forme électronique	Ensemble des documents produits ou reçus dans le cadre de la mission de service public. Ces documents incluent non seulement des rapports, des comptes-rendus, des dossiers, des correspondances ainsi que des codes-sources du concessionnaire ou de l'autorité concédante concernée, mais également des documents de ses sous-traitants, fournisseurs, etc <sup>70</sup>	9 avril 2017 (article 8 de la loi Lemaire)
Documents figurant dans le « répertoire » <sup>71</sup> des concessionnaires de service public et des autorités concédantes	Le répertoire n'indique que la liste des données réutilisables et non la liste des données communicables mais non réutilisables	9 octobre 2017
Bases de données que les concessionnaires de services publics et les autorités concédantes produisent ou reçoivent et qui ne font pas l'objet d'une diffusion publique par ailleurs	Pas d'exemple donné dans la loi	9 octobre 2018
Données dont la publication présente un intérêt économique, social, sanitaire ou environnemental	Pas d'exemple donné dans la loi	9 octobre 2018

68. Cette disposition s'applique à toute personne morale publique ou privée en charge d'une mission de service public et donc par extension à tout concessionnaire de service public. Mais ce n'est pas une obligation spécifique aux concessions de service public car elle s'applique à tous les opérateurs de service public, peu importe le mode de gestion.

69. Cette disposition modifie les articles 53-1 et 79 de l'ordonnance « Concessions ». A noter toutefois que, à la différence de l'article 6, l'article 17 ne concerne que les concessionnaires dont le contrat emporte délégation d'un service public ainsi que leurs autorités concédantes. Ces obligations ne s'appliquent ni aux marchés publics, ni aux marchés de partenariat, ni aux modes de gestion directe.

70. Article L. 300-2 du Code des Relations entre le Public et l'Administration : « Sont considérés comme documents administratifs [...] quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus dans le cadre de [la] mission de service public [des administrations]. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions, codes-sources et décisions ».

71. Article L. 322-6 du Code des Relations entre le Public et l'Administration : « Les administrations qui produisent ou détiennent des informations publiques tiennent à la disposition des usagers un répertoire des principaux documents dans lesquels ces informations figurent. Elles publient chaque année une version mise à jour de ce répertoire ».

Par ailleurs, les concessionnaires de service public doivent transmettre à leur autorité concédante les données mentionnées à l'**article 17 de la loi Lemaire** (désormais les articles 53-1 et 78 de l'ordonnance « *Concessions* »). Sont ainsi concernées toutes les données et bases de données « **collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution** ». Le champ des données concernées est ainsi sujet à des interprétations différentes.

Les quatre points suivants doivent toutefois être relevés :

- > Ces dispositions s'appliquent pleinement aux contrats pour lesquels une procédure est engagée ou un avis de concession envoyé à la publication **à compter du 9 octobre 2016** (soit à la date d'entrée en vigueur de la loi Lemaire).
- > Les autorités concédantes peuvent **exiger du concessionnaire la transmission des données et bases de données** à la seule fin de préparer le renouvellement du contrat dans le cas de contrats dont une consultation est engagée ou un avis de concession envoyé à la publication **avant** la date d'entrée en vigueur de la loi Lemaire.
- > Comme pour l'article 6 de la loi Lemaire, il s'agit des données et bases de données collectées ou produites lors de l'exploitation du service public et ne concernent donc pas uniquement le concessionnaire de service public et son autorité concédante, mais **peuvent également concerner ses sous-traitants et fournisseurs**.
- > Il est important de noter que l'autorité concédante peut, dès la conclusion du contrat, exempter le concessionnaire de tout ou partie de ces obligations. En effet, l'article 17 de la loi Lemaire prévoit que « *l'autorité concédante peut, dès la conclusion du contrat ou au cours de son exécution, exempter le concessionnaire de tout ou partie des obligations [de communication de données] par une décision motivée fondée sur des motifs d'intérêt général et rendue publique* ».

## II. DANS QUELLES CONDITIONS ET SOUS QUEL FORMAT LES DONNÉES DOIVENT-ELLES ÊTRE PUBLIÉES ?

### II.1. RÈGLES APPLICABLES À TOUS LES CONCESSIONNAIRES ET À TOUTES LES AUTORITÉS CONCÉDANTES (ARTICLE 34 DU DÉCRET « *CONCESSIONS* »)

Les données mentionnées à l'article 34 du décret doivent être publiées sur le profil d'acheteur de l'autorité concédante. Ce profil est régi par un arrêté qui doit être adopté par le Ministère de l'Économie pour le premier trimestre 2017.

Les données doivent donc être sous format électronique. Un arrêté doit également préciser le format et les modalités exactes de la publication des données essentielles des contrats de concession.

### II.2. RÈGLES APPLICABLES AUX SEULS CONCESSIONNAIRES DE SERVICE PUBLIC ET À TOUTES LES AUTORITÉS CONCÉDANTES (ARTICLES 6 ET 17 DE LA LOI LEMAIRE)

Les règles applicables aux concessionnaires de service public et à toutes les autorités concédantes sont synthétisées dans le tableau ci-dessous.

	ETAPES DE LA COMMUNICATION	MODES ET FORMATS DE PUBLICATION
Données visées à l'article 6 de la loi Lemaire	<p><b>- Mise à disposition</b> La mise à disposition se fait par la personne chargée de la mission de service public, gratuitement et sous forme électronique</p> <p><b>- Mise à jour</b> Pour tous les documents il doit s'agir des versions mises à jour Pour les données et bases de données, celles-ci doivent en outre être mises à jour de façon régulière</p>	<p>Le mode de publication est <b>librement choisi</b> par l'exploitant du service public (ex : portail « open data » propre ou partagé)</p> <p>Parce qu'il s'agit d'une publication en ligne, <b>le format est commun à tous les documents administratifs</b>. L'article L. 300-4 du Code des Relations entre le Public et l'Administration fait référence à « [...] <i>un standard ouvert, aisément réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé</i> »</p>
Données visées à l'article 17 de la loi Lemaire	<p><b>- Première étape</b> Le concessionnaire fournit à l'autorité concédante ses données et bases de données</p> <p><b>- Deuxième étape</b> L'autorité concédante, ou un tiers désigné par celle-ci, peut extraire et exploiter librement tout ou partie de ces données et bases de données, notamment en vue de leur mise à disposition à titre gratuit et à des fins de réutilisation</p>	<p>Si l'autorité concédante souhaite mettre à disposition les données ou bases de données de son exploitant, elle doit le faire sous <b>format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable ou exploitable par un système de traitement automatisé</b></p>

### III. QUELLES LIMITES OU DÉROGATIONS EXISTE-T-IL À LA PUBLICATION DE CERTAINS DOCUMENTS OU DONNÉES JUGÉS SENSIBLES ?

#### III.1. RÈGLES APPLICABLES À TOUS LES CONCESSIONNAIRES ET À TOUTES LES AUTORITÉS CONCÉDANTES (ARTICLE 38 DE L'ORDONNANCE « CONCESSIONS »)

Les seules limites à la communication des données essentielles des contrats de concession sont le respect de la confidentialité et l'ordre public<sup>72</sup>. Le concessionnaire, ainsi que l'autorité concédante, peuvent ainsi se prévaloir de la confidentialité afin d'empêcher la communication et publication de données sensibles ainsi que le prévoit l'article 38 de l'ordonnance « Concessions ».

**Article 38 de l'ordonnance :** « [...] *l'autorité concédante ne peut communiquer les informations confidentielles qu'elle détient dans le cadre du contrat de concession, telles que celles dont la divulgation violerait le secret en matière industrielle et commerciale ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, notamment par la communication, en cours de consultation, de la valeur globale ou détaillée des offres.*

*Les autorités concédantes peuvent imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'elles communiquent dans le cadre de la procédure de passation du contrat de concession ».*

72. Article 53 de l'ordonnance « Concessions ».

Il est donc conseillé d'identifier les données confidentielles fournies par l'une et l'autre des parties lors de la procédure de passation du contrat.

### **III.2. RÈGLES APPLICABLES AUX SEULS CONCESSIONNAIRES DE SERVICE PUBLIC ET À TOUTES LES AUTORITÉS CONCÉDANTES**

#### **S'agissant des données et documents visés par l'article 6 de la loi Lemaire**

Ne sont pas publiables à ce titre :

- > **Les documents qui ne sont pas déjà disponibles sous forme électronique.** En effet, la loi ne prévoit pas d'obligation de mise sous forme électronique de documents qui ne le sont pas déjà.
- > **Les documents non communicables**, c'est-à-dire les documents non communicables par nature (ex : avis du Conseil d'Etat) ou en vertu des secrets auxquels leur communication pourrait porter atteinte (ex : secret de la défense nationale ou la sûreté de l'Etat ou autres secrets protégés par la loi) ainsi que les documents dont la communication porterait atteinte au secret en matière industrielle et commerciale<sup>73</sup>.
- > **Les documents dont la communication porterait atteinte aux droits de propriété littéraire et artistique<sup>74</sup>.**

#### **S'agissant des données et documents visés par l'article 17 de la loi Lemaire**

A ce titre, la mise à disposition ou la publication des données et bases de données du concessionnaire par l'autorité concédante doit respecter les limites prévues à la communication de tous les documents administratifs.

#### **QUI EST RESPONSABLE DE LA PUBLICATION DES DONNÉES ?**

**L'attention des collectivités doit être attirée sur le fait que la loi Lemaire fait peser la responsabilité de la publication des données du concessionnaire sur l'autorité concédante.** Celle-ci devra donc bien identifier en amont les données confidentielles ou protégées par le secret industriel et commercial en concertation avec le concessionnaire afin d'éviter la publication de données jugées sensibles et de s'exposer à un contentieux.

Nous rappelons ici que la publication d'une donnée ou base de données est irréversible, d'où l'importance de ce travail d'identification préalable.

73. En vertu de l'article L. 311-6 du Code des Relations entre le Public et l'Administration, le secret industriel et commercial comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles et est apprécié en tenant compte, le cas échéant, du fait que la mission de service public est soumise à la concurrence (voir sur ce point le site de la CADA : <http://www.cada.fr/les-documents-couverts-par-le-secret-en-matiere,6069.html>).

74. Article L. 311-4 du Code des Relations entre le Public et l'Administration.

## IV. QUELLES SONT LES CONDITIONS DE RÉUTILISATION DES DONNÉES PUBLIÉES ?

### IV.1. RÈGLES APPLICABLES À TOUS LES CONCESSIONNAIRES ET À TOUTES LES AUTORITÉS CONCÉDANTES (ARTICLE 53 DE L'ORDONNANCE « CONCESSIONS »)

L'article 54 de l'ordonnance « *Concessions* », pas plus que l'article 34 du décret « *Concessions* », ne traitent directement de la question de la réutilisation des données essentielles publiées sur le profil d'acheteur.

Néanmoins, il est possible de déduire de la formulation de l'article 53 de l'ordonnance « *Concessions* » et de l'obligation faite aux autorités concédantes de rendre les données accessibles « *sous un format ouvert et librement réutilisable* », que la réutilisation des données est autorisée.

### IV.2. RÈGLES APPLICABLES AUX SEULS CONCESSIONNAIRES DE SERVICE PUBLIC ET À TOUTES LES AUTORITÉS CONCÉDANTES

#### **S'agissant des documents, données et bases de données publiés en vertu de l'article 6 de la loi Lemaire**

Le principe général consacré par la loi Lemaire veut **qu'une donnée ouverte** (publiée ou communiquée, y compris à titre onéreux) **soit une donnée réutilisable par tous gratuitement à des fins de réutilisation**.

Les concessionnaires de service public pourront néanmoins soumettre la réutilisation de leur donnée à une licence de réutilisation, qui définit les droits et les obligations des réutilisateurs des informations<sup>75</sup> publiques disponibles sur les plateformes « Open Data ». Cette licence pourra être choisie parmi celles figurant sur une liste qui sera fixée par décret<sup>76</sup> et qui permettra de choisir entre une licence de type permissive (la licence « Etalab »<sup>77</sup>) et une licence de type contributive (la licence ODbL<sup>78</sup> par exemple).

La réutilisation des informations publiques est néanmoins toujours soumise à la condition que ces dernières ne soient pas altérées, que leur sens ne soit pas dénaturé et que leurs sources et la date de leur dernière mise à jour soient mentionnées. Cette obligation s'applique indépendamment de l'existence d'une licence<sup>79</sup>. Par ailleurs, les données sur lesquelles des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle ne sont pas ouvertes à la réutilisation<sup>80</sup>.

#### **S'agissant des documents, données et bases de données publiés en vertu de l'article 17 de la loi Lemaire**

C'est, ici, l'autorité concédante qui décide des informations qu'elle publie à des fins de réutilisation à titre gratuit ou onéreux parmi les informations qui lui ont été communiquées par son concessionnaire de service public.

75. En vertu de l'article L. 321-1 du Code des relations entre le public et l'administration, les informations publiques sont les informations réutilisables contenues dans les documents administratifs.

76. Article L. 323-2 du Code des relations entre le public et l'administration.

77. Voir sur ce point : [https://www.etalab.gouv.fr/wp-content/uploads/2014/05/Licence\\_Ouverte.pdf](https://www.etalab.gouv.fr/wp-content/uploads/2014/05/Licence_Ouverte.pdf).

78. Celle-ci oblige notamment le réutilisateur à redistribuer sous des conditions de partage identiques les modifications apportées aux bases de données et à maintenir ouverte techniquement la base de données redistribuée, qu'elle soit modifiée ou non. (Voir à ce titre : [https://www.vlibri.org/fr/licence/odbl/10/fr/legalcode#La\\_Licence\\_ODbL](https://www.vlibri.org/fr/licence/odbl/10/fr/legalcode#La_Licence_ODbL)).

79. Article L. 322-1 du Code des relations entre le public et l'administration.

80. Article L. 321-2 du Code des relations entre le public et l'administration.

## V. DES DÉCRETS D'APPLICATION DEVRAIENT PROCHAINEMENT ÊTRE PUBLIÉS

### **Pour tous les concessionnaires et toutes les autorités concédantes**

Un arrêté du ministre chargé de l'économie est prévu afin de fixer les modalités de publication des données essentielles des contrats de concession.

Un arrêté du ministre chargé de l'économie relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteur est également prévu.

### **Pour les seuls concessionnaires de service public et toutes les autorités concédantes**

Un décret d'application est encore à prévoir dans le cadre de l'article 6 de la loi Lemaire fixant la liste des catégories de documents pouvant être rendus publics sans avoir fait l'objet d'un traitement préalable permettant de rendre impossible l'identification de données à caractère personnel<sup>81</sup>.

Le décret n°2016-1922 du 28 décembre 2016 relatif à la publication en ligne des documents administratifs fixe le seuil du nombre d'agents ou de salariés en dessous duquel les personnes morales sont exemptes des obligations de publication détaillées ci-dessus<sup>82</sup>.

Le lecteur peut utilement consulter à ce sujet le site internet de l'IGD<sup>83</sup> ou celui de la DAJ<sup>84</sup>.

---

81. Article L. 312-1-2 du Code des Relations entre le Public et l'Administration.

82. Articles L. 312-1-1 et L.312-1-3 du Code des Relations entre le Public et l'Administration.

83. [www.fondation-igd.org](http://www.fondation-igd.org)

84. [www.economie.gouv.fr/daj](http://www.economie.gouv.fr/daj)

# EXÉCUTION PAR DES TIERS

### SOURCES JURIDIQUES



L'exécution du contrat par les tiers, que la directive désigne par l'expression « soustraction », est régie par l'**article 54 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession** (dénommée ci-après ordonnance « Concessions »).

**Art. 54 de l'ordonnance :** « I. - Le concessionnaire peut confier à des tiers une part des services ou travaux faisant l'objet du contrat de concession. Il demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du contrat de concession.

II. - L'autorité concédante peut imposer aux soumissionnaires :

1° De confier à des petites et moyennes entreprises une part minimale des travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession fixée par voie réglementaire ;

2° De confier à des tiers une part minimale des travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession fixée par voie réglementaire ;

3° D'indiquer dans leur offre s'ils entendent confier à des tiers une part des travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession et, dans l'affirmative, le pourcentage qu'elle représente dans la valeur estimée de la concession. Cette exigence doit être indiquée dans les documents de la consultation.

III. - Ne sont pas considérés comme tiers les opérateurs économiques qui se sont groupés pour obtenir des contrats de concession, non plus que les entreprises qui leur sont liées au sens de l'article 1 ».

Ces dispositions ne s'appliquent pas aux concessions de service public de transport de voyageurs qui demeurent soumis au Règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de voyageurs par chemin de fer et par route et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, dit « Règlement relatif aux obligations de service public (ROSP) » (voir art. 25 de l'ordonnance du 29 janvier 2016).

## I. DÉFINITION ET PRINCIPES

L'article 54 de l'ordonnance « *Concessions* » reconnaît la possibilité, pour le concessionnaire, de « *confier à des tiers une part des services ou travaux faisant l'objet du contrat* ».

En droit français, les contrats conclus à titre onéreux par le concessionnaire en vue de se procurer des biens et services ne relèvent pas de la notion de sous-traitance au sens de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. En effet, le sous-traitant est contractuellement lié à un entrepreneur qui a, pour sa part, conclu un marché avec un maître d'ouvrage. Le concessionnaire étant maître d'ouvrage, il ne peut donc pas être directement lié, en cette qualité, à des sous-traitants.

L'article 54 est rédigé de façon générale ce qui pourrait laisser entendre qu'il s'applique également aux contrats de sous-concession. Tel n'est cependant pas le cas puisqu'il est disposé que « *le concessionnaire peut confier à des tiers une part des services ou travaux faisant l'objet du contrat de concession* » sans mentionner aucune autorisation du concédant. Or, la sous-concession, à la différence des marchés du concessionnaire, doit être autorisée par le concédant.

Le contrat de concession peut comporter des clauses relatives à l'exécution par les tiers et, notamment, des clauses relatives à la passation des marchés du concessionnaire. Il ne s'agit là que d'une faculté, le contrat peut aussi rester silencieux.

## II. LE CONCESSIONNAIRE PEUT-IL LIBREMENT CONFIER UNE PARTIE DE L'EXÉCUTION À UN TIERS ?

### **Obligation de mise en concurrence**

Le concessionnaire peut en principe attribuer librement ses marchés.

Il est toutefois soumis à une procédure de mise en concurrence dans deux hypothèses :

- > Lorsque le concessionnaire est un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice ;
- > Lorsque le marché est subventionné à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur<sup>85</sup>.

En cas de réglementation particulière (ex. : concessions d'autoroutes).

### **Obligation de confier une part minimale des travaux à des PME ou à des tiers**

Il peut être prévu dans les documents de la consultation que le concessionnaire doit confier une part minimale de travaux à des PME ou à des tiers. Cette part est, aux termes de l'article 35 du décret n°2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession (ci-après dénommée décret « *Concessions* »), au minimum de 10% lorsqu'une telle obligation est prévue.

Cette obligation doit par ailleurs être reprise dans le contrat ; elle n'a de sens que si celui-ci stipule une sanction dans le cas où elle ne serait pas respectée.

---

85. Article 21 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

# ANNEXES FINANCIÈRES ET CLAUSE INDEMNITAIRE

## SOURCES JURIDIQUES



De nouvelles dispositions ont été introduites dans l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (ci-après dénommée ordonnance « *Marchés* »), puis dans l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (dénommée ci-après ordonnance « *Concessions* ») pour clarifier l'assiette indemnisable du cocontractant de l'administration titulaire d'un contrat de la commande publique à financement privé en cas de disparition du contrat (nullité ou annulation par le juge), suite au blocage de certains projets en raison du refus des prêteurs d'autoriser les tirages sur la dette en cas de recours contentieux contre le contrat.

L'objectif du Gouvernement était d'inscrire, dans le cadre législatif, les règles d'indemnisation dégagées par le Conseil d'Etat de manière à clarifier toute incertitude pour les contrats de la commande publique à financement privé et de permettre, ainsi, aux personnes publiques de sécuriser leurs projets.

Ces dispositions introduites d'abord dans l'ordonnance « *Marchés* » pour les marchés de partenariat ont également été reprises pour les concessions en tenant compte des spécificités de ce type de contrat qui peut être financé soit sous forme de financement de projet, soit sous forme de financement corporate.

Ces nouvelles dispositions n'ont pas vocation à gérer les clauses de résiliation contractuelles prévues par les parties au contrat ou les clauses organisant le dénouement des contrats à leur terme, dont les principes ont été encadrés par la jurisprudence administrative<sup>86</sup>, mais bien de clarifier les principes indemnitaires applicables lorsque la nullité du contrat, suite au recours d'un tiers, ne peut être rattachée ni à la responsabilité de la personne publique, ni à celle de son cocontractant (annulation ou résiliation juridictionnelle).

Les clauses indemnitaires sont envisagées à l'article 56 de l'ordonnance « *Concessions* ».

**Article 56 de l'ordonnance :** « I. - En cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat de concession **par le juge, faisant suite au recours d'un tiers**, le concessionnaire peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'autorité concédante, parmi lesquelles figurent, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat y compris, le cas échéant, les coûts pour le concessionnaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat.

86. Par exemple, les clauses de résiliation pour faute (ou déchéance) ne comporteront pas nécessairement l'ensemble des éléments des frais liés au financement.

*II. - Cette prise en compte des frais liés au financement est subordonnée à la mention, dans les annexes du contrat de concession, des principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution de la concession.*

*III. - Lorsqu'une clause du contrat de concession fixe les modalités d'indemnisation du concessionnaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat de concession par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat ».*

**Article 89 de l'ordonnance « marchés » :** « I.-En cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge, faisant suite au recours d'un tiers, le titulaire du marché de partenariat peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'acheteur. Peuvent figurer parmi ces dépenses, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat, y compris, le cas échéant, les coûts pour le titulaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat.

*II.-La prise en compte des frais liés au financement est subordonnée à la mention, dans les annexes du marché de partenariat, des principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution du marché.*

*III.-Lorsqu'une clause du contrat du marché de partenariat fixe les modalités d'indemnisation du titulaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat ».*

Par conséquent, la notion de « dépenses utiles » est, pour les concessions comme pour les marchés de partenariat, au cœur du dispositif indemnitaire.

## **I. QUE CONTIENT LA NOTION DE DÉPENSES UTILES ?**

La notion de dépense utile, et notamment son étendue, constitue un enjeu majeur dans la cadre des contrats emportant une part importante de financement privé, tels que les marchés de partenariat ou les concessions. En effet, certains frais, tels que les frais financiers, tendent souvent à être exclus ou, pour le moins, à ne pas être mentionnés dans les modalités de détermination de l'indemnisation due au concessionnaire comme au partenaire privé.

### **I.1. LA NOTION DE « DÉPENSES UTILES » AU SENS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE ET DE LA DOCTRINE**

La notion de « dépenses utiles », issue de la théorie civiliste de l'enrichissement sans cause (théorie à l'origine protectrice du cocontractant de l'administration en vue de le protéger d'un éventuel enrichissement sans cause de la personne publique), ne pose pas de difficultés de principe en droit administratif, et le juge en rappelle ainsi souvent le bien fondé en contribuant également à préciser le contour de la notion à travers sa jurisprudence.

Cette notion semble avoir fait l'objet d'une codification a minima dans le cadre des marchés de partenariat et des contrats de concessions dans la mesure où les deux textes prévoient désormais qu'« *en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge, faisant suite au recours d'un tiers* », le cocontractant privé peut :

- > **Dans le cadre des marchés de partenariat**, « *prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'acheteur. Peuvent figurer parmi ces dépenses, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat, y compris, le cas échéant, les coûts pour le titulaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat* »<sup>88</sup> ;
- > **Dans le cadre des concessions**, « *prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'autorité concédante, parmi lesquelles figurent, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat y compris, le cas échéant, les coûts pour le concessionnaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat* »<sup>89</sup>.

Les principaux critères mis en évidence par la jurisprudence sont considérés comme étant les suivants :

- > Les **dépenses, directes ou indirectes**, doivent être exposées pour la fourniture des prestations auquel l'autorité concédante ou le pouvoir adjudicateur les destinaient, et doivent par conséquent entrer dans l'objet de la concession ;
- > Elles doivent avoir été « **objectivement** » utiles à l'autorité concédante, ce qui peut constituer un critère particulièrement subjectif.

Il convient, enfin, de rappeler que l'analyse réalisée par le juge sur la base de ces critères est effectuée au moment où il est amené à statuer, « *en tenant compte éventuellement de l'évolution des travaux ou du projet depuis leur exécution* »<sup>90</sup>.

## **DÉPENSES UTILES : QUELLES SPÉCIFICITÉS EN MATIÈRE FINANCIÈRE ?**

Dans le cadre des dépenses liées au financement des travaux et/ou prestations réalisées par le cocontractant, le critère du caractère « objectivement » utile des dépenses a pu poser difficulté. La position du juge administratif reste assez ferme s'agissant des marchés publics (Conseil d'Etat, 10 avril 2008, Société JC Decaux, n°244950). Cette solution se comprend puisque le titulaire d'un marché public payé par un prix (sans paiement différé) assure le préfinancement du contrat de sorte qu'il ne supporte pas de « frais financiers ». Elle a toutefois fait l'objet d'une évolution bienvenue dans le cadre des contrats comportant « par nature » un financement privé, en particulier pour :

88. Article 89 de l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 modifiée relative aux marchés publics. Texte initial modifié par la loi dite « Sapin II » du 8 novembre 2016, qui a permis de rapprocher la rédaction de l'ordonnance « Marchés » de celle retenue dans l'ordonnance « Concessions ».

89. Article 56 de l'ordonnance « Concessions ».

90. Conseil d'Etat, 24 nov. 2006, Société Malmezat Prat, n°268129

> **Les délégations de service public, auxquelles peuvent être assimilées les nouvelles concessions**, et pour lesquelles les « frais afférents aux emprunts » peuvent constituer des dépenses utiles (Conseil d'Etat, 16 novembre 2005, Commune de Nogent-sur-Marne, n° 262360 ; Conseil d'Etat, 7 décembre 2012, Commune de Castres, J.-B. VILA, 3 « Conséquences de la nullité d'un contrat de délégation de service public : enjeux financiers », Revue Droit administratif, mars 2013, n° 3, décisions dans lesquelles il est jugé que peut prétendre au remboursement des « dépenses d'investissement qu'il a consenties, ainsi que du déficit qu'il a, le cas échéant, supporté à raison de cette exploitation, compte tenu notamment des dotations aux amortissements et des frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements » ;

> **Les contrats de partenariat, auxquels peuvent être assimilés les nouveaux marchés de partenariat**, et pour lesquels « les frais financiers engagés » peuvent également constituer des dépenses utiles. (Conseil d'Etat, 11 mai 2016, M.B., n°s 383768, 383769)

Ainsi, en matière de contrats de concessions ou de marchés de partenariat, les nouvelles dispositions législatives ne font que conforter une jurisprudence en partie préétablie s'agissant du principe et des modalités de prise en compte des dépenses liées aux frais financiers. Elle n'avait toutefois pas eu l'occasion de se prononcer, pour les contrats de partenariat, sur l'ensemble des frais financiers susceptibles d'être mis en place dans le cadre des montages contractuels les plus complexes et, en particulier, s'agissant des coûts de rupture des instruments de financement et de couverture. Pour l'heure, ceux-ci sont le plus souvent expressément visés par les instruments du type accord indemnitaire/autonome.

## I.2. SYNTHÈSE DES ÉLÉMENTS ADMIS OU NON AU TITRE DES DÉPENSES UTILES

La jurisprudence administrative considère comme pouvant relever de la notion de dépenses utiles sur la base des critères exposés ci-dessus :

- > Les **dépenses exposées pour la construction** des ouvrages ou la réalisation des prestations prévues au marché, intégrant par exemple, les frais généraux, les charges afférentes aux matériels de chantier ;
- > Les **débours** engagés pour exécuter le contrat ainsi que les éventuels déficits d'exploitation<sup>91</sup> ;
- > La **valeur non amortie des ouvrages et biens nécessaires** à l'exploitation du service ;
- > Les **frais afférents aux emprunts**, le Conseil d'Etat évoquant, d'une façon générale, les « *frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements* », sans plus de précision (Conseil d'Etat, 16 novembre 2005, Commune de Nogent-sur-Marne, n° 262360) ;
- > Les **coûts de rupture des instruments de couverture de taux** (ou « swap »)<sup>92</sup> ;
- > Les **déficits et frais financiers liés aux déficits** supportés par le délégataire<sup>93</sup>.

91. Conseil d'Etat, 7 décembre 2012, Commune de Castres, J.-B. VILA, « Conséquences de la nullité d'un contrat de délégation de service public : enjeux financiers », Revue Droit administratif, mars 2013, n° 3.

92. La jurisprudence précise en particulier que « la charge du swap qu'elle avait contracté auprès de la Société Générale pour le financement du crédit-bail souscrit en vue de la réalisation des ouvrages », dont la commune avait été informée, et qui était destiné « à limiter les risques du contrat de crédit-bail à taux variable », pouvait être considérée comme une dépense utile. En effet, les instruments de couverture de taux permettent de fixer une partie ou la totalité des taux d'intérêts d'emprunts sur une durée donnée (en général la durée de l'emprunt) afin de réduire le risque d'évolution à la hausse des taux d'intérêts variables. Dans le cadre d'un marché de partenariat, la mise en place d'instruments de couverture de taux permet à l'autorité publique de fixer de manière définitive les loyers financiers (qui seraient variables dans le cas contraire). Dans le cadre d'une concession, la mise en place de ce type d'instruments permet au concessionnaire d'encadrer le risque d'évolution des taux, et donc de proposer une offre plus compétitive à l'autorité publique. En cas de résiliation d'un marché de partenariat ou d'une concession, les contrats de couverture de taux doivent être résiliés. Ils entraînent des coûts, appelés « coûts de rupture des instruments de couverture ». Ces derniers sont alors calculables le jour de la résiliation, et sont fonction du marché des taux d'intérêts. Les travaux supplémentaires et les prestations réalisées sans contrat.

93. Conseil d'Etat, 7 déc. 2012, Commune de Castres, n°351752.

**Les éléments identifiés aujourd'hui par la jurisprudence permettent ainsi de couvrir bon nombre des dépenses exposées par les concessionnaire et titulaire en cas de fin anticipée du contrat.**

Peuvent aussi être qualifiés de dépenses utiles les frais liés à la préparation de l'offre dès lors que ceux-ci sont justifiés.

Tendent, en revanche, à ne pas être prises en compte, au titre des dépenses utiles, les dépenses suivantes :

- > Les **frais financiers des contrats n'emportant pas une part de financement** (Conseil d'Etat, 10 avril 2008, Société JC Decaux, n°244950) ;
- > **Certaines charges exposées suite à un abandon de projet** par le concédant postérieurement à l'annulation du contrat (Conseil d'Etat, 24 novembre 2006, Société Malmezat-Prat, n°268129) : le juge précise ici, et pour un cas d'espèce assez particulier, que « *si la consistance des prestations fournies s'évalue au moment où elles ont été exécutées, leur utilité pour l'administration doit être appréciée par le juge administratif à la date à laquelle il statue en tenant compte éventuellement de l'évolution des travaux ou du projet depuis leur exécution ; que, par suite, l'abandon du projet faisant directement l'objet des études fournies est de nature à priver les dépenses engagées par le cocontractant de toute utilité pour l'administration, à l'exception du cas où cet abandon est justifié par des difficultés révélées par ces études* ») ;
- > Les **déficits supportés par le délégataire qui ne correspondent pas à une gestion normale** du service<sup>94</sup>.

Il conviendra ainsi, en fonction du contexte (risque important d'abandon du projet par le concédant, concessions sans investissements conséquents mais nécessitant tout de même un financement), d'affiner la rédaction des contrats en précisant explicitement les éléments devant/pouvant être considérés comme des dépenses utiles afin de renforcer la « bancabilité » des projets pour les opérateurs privés et donc, in fine, le niveau de concurrence et la performance des offres.

## **II. COMMENT RÉDIGER LES CLAUSES RELATIVES AUX DÉPENSES UTILES ?**

### **II.1. L'ARTICULATION DE LA RÉDACTION AVEC LE CONTENU DES ARTICLES 56 ET 89 DES ORDONNANCES « CONCESSIONS » ET « MARCHÉS »**

L'un des principaux intérêts de l'ordonnance « Concessions » (au même titre que l'ordonnance « Marchés ») résulte, d'une part, de la reconnaissance expresse par la législation de la notion de dépenses utiles et, d'autre part, de la clarification de l'assiette indemnisable au titre de ces dépenses en cas d'annulation du contrat.

94. Conseil d'Etat, 7 déc. 2012, Commune de Castres, n°351752.

Ainsi, au regard du contenu de la notion de dépenses utiles et compte tenu de la rédaction de l'article 56 de l'ordonnance « *Concessions* »<sup>95</sup> et même si le droit à indemnisation n'est aucunement soumis à l'existence d'une stipulation contractuelle, il est recommandé de préciser autant que possible dans le contrat les dépenses reconnues comme utiles ou, à défaut, les modalités selon lesquelles la réalité des dépenses exposées par le concessionnaire pourra être appréciée (par l'autorité concédante ou par le juge) en cas d'annulation, de résiliation ou de résolution du contrat.

## II.2. LA RÉDACTION DES INSTRUMENTS (CLAUSE DIVISIBLE OU ACCORD AUTONOME)

Il apparaît opportun de définir la liste ou les critères des dépenses dont l'utilité est reconnue par les parties.

Cette liste pourra être intégrée **directement dans le contrat** par le biais d'une clause réputée divisible et devra impérativement être **accompagnée d'autres éléments de nature à attester de la réalité des engagements financiers** du Titulaire ou du Concessionnaire<sup>96</sup>.

En effet, l'ordonnance « *Concessions* », de même que l'ordonnance « *Marchés* », prévoient toutes deux que la prise en compte et le remboursement des frais liés au financement sont **subordonnés à la mention, dans les annexes des contrats, des « principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution » du contrat** (article 56 de l'ordonnance « *Concessions* » et article 89 de l'ordonnance « *Marchés* »)<sup>97</sup>.

Les « *frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat* » (article 56) visent les frais liés au coût du financement qui viennent alors s'ajouter à l'encours de la dette et des fonds propres (« le principal »).

Parmi les principales composantes d'un financement corporate figurent notamment :

- > **Les intérêts intercalaires** qui, dans le cadre d'un financement corporate, correspondent au coût de la ressource financière interne avec un taux qui pourrait être contractualisé dans l'annexe financière ;
- > **Les commissions d'arrangement** pour la mise en place du financement ;
- > **Les coûts liés à la rupture des instruments de financement** (dont les instruments de couverture de taux).

D'autres frais pourraient être visés en fonction de la nature et du type de financement mis en place.

95. Une disposition de même nature est prévue à l'article 89 de l'ordonnance « *Marchés* » : « En cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge, le titulaire du marché de partenariat peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat, parmi lesquelles peuvent figurer les frais financiers liés au financement mis en place dans le cadre de la mission globale confiée au titulaire, à condition qu'elles aient été utiles à l'acheteur ».

96. Compte tenu des termes de l'ordonnance « *Concessions* », il apparaît opportun de privilégier la rédaction d'une clause insérée dans le corps du contrat de concession et réputée divisible de celui-ci à la mise en place d'un accord autonome accessoire au contrat principal. L'opposabilité de la clause aux prêteurs, lesquels ne sont pas partie au contrat de concession, sera toujours garantie par le mécanisme de la stipulation pour autrui.

97. Texte initial modifié la loi dite « Sapin II » du 8 novembre 2016, qui a permis de rapprocher la rédaction de l'ordonnance « *Marchés* » de celle retenue dans l'ordonnance « *Concessions* ».

## CLAUSE DE RÉEXAMEN

### SOURCES JURIDIQUES



Les clauses de réexamen sont envisagées à l'**article 55 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession** (dénommée ci-après ordonnance « *Concessions* »), lequel renvoie à l'article 36 du de son décret d'application n°2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 (dénommé ci-après décret « *Concessions* »).

**Article 55 de l'ordonnance :** « Les conditions dans lesquelles un contrat de concession peut être modifié en cours d'exécution sans nouvelle procédure de mise en concurrence sont fixées par voie réglementaire. Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession ».

**L'article 36 du décret « Concessions »** énonce en substance les différentes hypothèses dans lesquelles le contrat peut faire l'objet d'une modification.

**Article 36 du décret :** « *Le contrat de concession peut être modifié dans les cas suivants :*

*1° Lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque.*

**Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage [...].**

**4° Lorsqu'un nouveau concessionnaire se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession, dans l'un des cas suivants :**

*a) En application d'une clause de réexamen ou d'une option définie au 1° [...] ».*

Ces dispositions transposent l'article 43 de la directive :

**Article 43 de la directive :** « *Les concessions peuvent être modifiées sans nouvelle procédure d'attribution de concession conformément à la présente directive dans l'un des cas suivants :*

*a) lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents de concession initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de révision du montant, ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Elles ne permettent pas de modifications ou d'options qui changeraient la nature globale de la concession [...];*

*b) lorsqu'un nouveau concessionnaire remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a initialement attribué la concession :*

*i) en application d'une clause de réexamen ou d'une option sans équivoque conformément au point a) [...] ».*

Le considérant 78 de la directive éclaire par ailleurs ces dispositions :

**Considérant 78 de la directive :** « Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices devraient avoir la possibilité de modifier la concession par des clauses de réexamen ou d'option, celles-ci ne devant cependant pas leur laisser toute latitude en la matière. La présente directive devrait donc préciser dans le contrat initial l'ampleur des modifications qu'il est possible de prévoir. Il convient par conséquent de préciser qu'une clause de réexamen ou d'option, formulée de manière suffisamment claire, peut notamment prévoir des indexations de prix ou garantir, par exemple, que des équipements de communication devant être livrés sur une période de temps donnée restent appropriés également en cas de modification de protocoles de communication ou d'autres modifications technologiques. Il devrait également être possible, en vertu de clauses suffisamment claires, de prévoir des adaptations de la concession rendues nécessaires par des difficultés techniques apparues pendant l'utilisation ou l'entretien. Il y a lieu également de rappeler que des concessions pourraient, par exemple, à la fois comporter un entretien ordinaire et prévoir des opérations d'entretien extraordinaires qui pourraient s'avérer nécessaires pour assurer la continuité d'un service public ».

Il apparaît donc, à la suite de ces dispositions, que :

- > **Les clauses de réexamen ou d'options doivent être claires, précises et sans équivoque et doivent indiquer le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ;**
- > **La mise en œuvre de ces clauses ne peut conduire à changer la nature globale du contrat de concession. Cette dernière notion peut, à la lumière de la directive, être regardée comme portant sur le contenu même de la concession, et non sur sa seule nature de contrat de concession, par opposition, par exemple, à un contrat de marché public.**

## I. COMMENT DISTINGUER LES CLAUSES DE RÉEXAMEN DES OPTIONS ?

Les options consistent en des prestations supplémentaires susceptibles de s'ajouter aux prestations prévues dans le contrat si les conditions qu'elles posent sont réunies. Elles s'appliquent sans que les parties n'aient en principe besoin de se revoir et de renégocier les clauses du contrat. Les obligations réciproques, les délais d'exécution, l'impact sur le tarif etc. sont en principe d'ores et déjà prévus dans ces clauses.

Les clauses de réexamen se distinguent des options en ce que, par définition, elles obligent les parties à se revoir et à réexaminer les clauses techniques et/ou économiques du contrat.

## II. EXEMPLES DE CLAUSES DE RÉEXAMEN

### Clause permettant d'étendre le périmètre géographique d'un contrat d'affermage

S'agissant de l'extension de périmètre, les clauses de réexamen devraient pouvoir permettre une modification du contrat, sans limitation du montant, si :

- > les communes qui seront intégrées sont nommément visées ;
- > le fait générateur de la modification est précisé (par exemple, l'extension du périmètre de l'intercommunalité concédante) ;
- > les conditions dans lesquelles elle peut jouer sont précisées.

En tout état de cause, les clauses habituelles de révision se contentant de prévoir sans autre précision une révision du contrat en cas de modification du périmètre ne paraissent pas pouvoir être regardées comme suffisamment claires, précises et non-équivoques.

### **EXEMPLE DE CLAUSE INSUFFISAMMENT PRÉCISE**

*« Le périmètre d'affermage peut être modifié pendant la durée du présent contrat dans l'intérêt du service. Cette modification fait l'objet d'un avenant établi d'un commun accord entre les parties ainsi que d'une mise à jour de l'inventaire ».*

### **PROPOSITION DE CLAUSE COMPATIBLE AVEC LE DÉCRET**

*« En application de l'article 36-1° du décret du 1er février 2016, les parties conviennent que le contrat pourra être modifié afin d'étendre son périmètre géographique à X communes. Ces communes sont aujourd'hui membres de XX mais ont vocation, en application de la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République du 7 août 2015, à rejoindre la communauté d'agglomération de XX d'ici le XX. [ou autre justification]*

*Ces communes sont les suivantes : XXXX*

*Cette extension du périmètre du contrat sera ainsi justifiée par l'extension du périmètre de la collectivité et par la nécessité de bénéficier d'un mode de gestion uniforme sur l'ensemble du territoire.*

*Les volumes traités seront portés à XXm<sup>3</sup>. Le prix du service sera réévalué afin de tenir compte de l'augmentation des charges en résultant pour le délégataire.*

*Un avenant au présent contrat sera signé et l'inventaire du service mis à jour ».*

### **Clause permettant de céder le contrat à un tiers**

Sera compatible avec les dispositions du 1° de l'article 36 du décret « Concessions » la clause prévoyant que le contrat signé est transféré à une société dédiée créée par le candidat ou conclu au nom et pour le compte d'une société dédiée en cours d'immatriculation.

En revanche, la jurisprudence devra préciser si les clauses telles que celles figurant souvent dans les contrats de concession prévoyant sans autre précision la possibilité de céder le contrat à un tiers, sous réserve de l'accord préalable de la collectivité, sont suffisantes au regard des exigences posées par le texte, en ce qu'elles ne détaillent pas les conditions dans lesquelles s'exerce l'accord ou l'opposition de la collectivité.

# CONTRÔLE DE L'AUTORITÉ CONCÉDANTE SUR LE CONCESSIONNAIRE



## SOURCES JURIDIQUES

Le nouveau droit des concessions, tel qu'il découle des textes, porte notamment sur l'exécution des contrats de concessions. Dans l'objectif d'assurer la transparence de cette exécution, l'**article 52 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession** (dénommée ci-après ordonnance « *Concessions* ») prévoit, au titre de l'information de l'autorité concédante (titre de la section I du texte) lui permettant d'exercer son droit de contrôle sur l'exécution du contrat, la production, par le concessionnaire, d'un rapport annuel.

**Article 52 de l'ordonnance :** « *Le concessionnaire produit chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services.*

*Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, y compris dans le cas prévu au III de l'article 6 de la présente ordonnance, ce rapport permet en outre aux autorités concédantes d'apprécier les conditions d'exécution du service public ».*

L'**article 33 du décret n°2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession** (dénommé ci-après décret « *Concessions* ») précise par ailleurs cette obligation et dispose que les justificatifs des éléments produits dans le rapport sont « *à la disposition de l'autorité concédante, dans le cadre de son droit de contrôle* ».

L'innovation apportée par l'ordonnance « *Concessions* » tient à ce que la production d'un rapport annuel, jusqu'alors obligatoire pour les seules délégations de service public, s'applique à présent à toutes les conventions de concession (concessions de travaux, concessions de service et concessions de service public) à l'exception des concessions d'aménagement<sup>98</sup>.

A titre de rappel, l'ancien article L.1411-3 du CGCT imposait au délégataire, pour permettre à l'autorité concédante d'assurer un contrôle financier et technique de l'exécution de la convention de délégation de service public, de produire chaque année un rapport retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution, rapport devant être publié avant le 1<sup>er</sup> juin et son examen devait être mis à l'ordre du jour de l'assemblée compétente dès sa communication.

La transparence de l'exécution du contrat est par ailleurs garantie par la mise à disposition, par les autorités concédantes, sur leur profil d'acheteur, des données essentielles du contrat (article 53 de l'ordonnance et 34 du décret « *Concessions* »).

98. L'article 75 de l'ordonnance « *Concessions* » dispose à leur sujet que « l'article 52 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession n'est pas applicable aux concessions d'aménagement ».

# I. QUELLES SONT LES OBLIGATIONS RELATIVES AU RAPPORT ANNUEL DU CONCESSIONNAIRE ?

## I.1. LES OBLIGATIONS RELATIVES AU CONTENU

### Généralités

C'est désormais l'**article 52 de l'ordonnance « Concessions »** qui impose la production du rapport annuel d'activité : « **Le concessionnaire produit chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services. Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, y compris dans le cas prévu au III de l'article 6 de la présente ordonnance<sup>99</sup>, ce rapport permet en outre aux autorités concédantes d'apprécier les conditions d'exécution du service public** ».

Par ailleurs, l'**article 33 du décret « Concessions »** rappelle principalement qu'il « **tient compte des spécificités du secteur d'activité concerné et respecte les principes comptables d'indépendance des exercices et de permanence des méthodes retenues pour l'élaboration de chacune de ses parties, tout en permettant la comparaison entre l'année en cours et la précédente. Toutes les pièces justificatives des éléments de ce rapport sont tenues par le concessionnaire à la disposition de l'autorité concédante dans le cadre de son droit de contrôle** ».

Il décrit en outre les données qui doivent y figurer, c'est-à-dire :

- > les **données comptables** ;
- > une **analyse de la qualité des ouvrages ou des services** demandés au concessionnaire, comportant tout élément qui permette **d'apprécier la qualité des ouvrages ou des services exploités**.

### Spécificités : le cas des concessions de service public

Les textes prévoient certaines obligations particulières lorsque le contrat confie la gestion d'un service public. Deux éléments doivent ainsi figurer dans le rapport.

- > **Les données comptables**, c'est-à-dire « *a) Un compte rendu de la situation des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé, comportant notamment une description des biens et, le cas échéant, le programme d'investissement, y compris au regard des normes environnementales et de sécurité ; b) Un état du suivi du programme contractuel d'investissements en premier établissement et du renouvellement des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé ainsi qu'une présentation de la méthode de calcul de la charge économique imputée au compte annuel de résultat d'exploitation de la concession ; c) Un inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service concédé ; d) Les engagements à incidences financières, y compris en matière de personnel, liés à la concession et nécessaires à la continuité du service public* ».
- > **Une annexe comprenant un compte-rendu technique et financier** comportant « *les informations utiles relatives à l'exécution du service, notamment les tarifs pratiqués, leur mode de détermination et leur évolution, ainsi que les autres recettes d'exploitation* »<sup>100</sup>.
- > **Les obligations relatives au délai de remise**.

99. Article 6 de l'ordonnance « Concessions » : « III. - Lorsqu'un contrat de concession porte sur des travaux et des services, il est un contrat de concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux ».

100. Il s'agit là d'une reprise textuelle des termes de l'article R. 1411-7 du CGCT applicable aux seules délégations de service public.

Le rapport annuel d'activités doit être remis, selon l'article 33 du décret « *Concessions* », avant le 1<sup>er</sup> juin de l'année qui suit celle faisant l'objet dudit rapport, conformément à ce qui était prévu pour le rapport annuel du délégataire de l'ancien régime. En cas de retard, il est possible pour l'autorité concédante de prévoir dans son contrat l'application d'une sanction pécuniaire à l'encontre du concessionnaire.

## I.2. LES OBLIGATIONS RELATIVES À LA DIFFUSION

**S'agissant des concessions de services publics**, le rapport doit être examiné par la Commission consultative des services publics locaux<sup>101</sup>. La commission consultative des services publics locaux, créée au sein des collectivités les plus importantes<sup>102</sup> se voit communiquer les rapports annuels et doit les étudier : « *La commission examine chaque année sur le rapport de son président : 1° Le rapport, mentionné à l'article L. 1411-3, établi par le délégataire de service public (...)* ».

**Le rapport est par ailleurs consultable par les administrés** ainsi que l'énonce l'article L. 1411-13 du CGCT.

**Article L. 1411-13 du CGCT** : « *Les documents relatifs à l'exploitation des services publics délégués (...) sont mis à la disposition du public [...] dans les quinze jours qui suivent leur réception par voie d'affiche apposée* ».

Ces dispositions, pour les communes de 3 500 habitants et plus, s'appliquent aux établissements publics administratifs, aux établissements publics de coopération intercommunale, aux syndicats mixtes comportant au moins une commune de plus de 3 500 habitants (article L. 1411-14 CGCT), aux départements (article L. 1411-15 CGCT), aux régions (article L. 1411-16 CGCT) ainsi qu'aux établissements publics de coopération interdépartementale, aux établissements publics de coopération interrégionale et aux syndicats mixtes (article L. 1411-17 CGCT).

### **EXISTENCE DE RÈGLES SPÉCIFIQUES À CERTAINS SECTEURS**

Des rapports particuliers s'imposent dans certains secteurs d'activités. Ces particularités sectorielles se combinent avec les règles générales relatives au rapport annuel d'activités. Les secteurs concernés sont **l'eau et l'assainissement, les transports, les remontées mécaniques et la distribution d'électricité et de gaz**.

A titre d'exemple dans le secteur de l'eau et l'assainissement, l'article D. 2224-1 du CGCT, modifié par l'article 1<sup>er</sup> du décret n°2015-1820 du 29 décembre 2015 précise :

« *Le maire présente au conseil municipal, ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale présente à son assemblée délibérante **un rapport annuel sur le prix et la qualité du service public de l'eau potable**. Il en est de même pour le service public de l'assainissement, qu'il concerne l'assainissement collectif ou l'assainissement non collectif. Ce rapport est présenté au plus tard dans les neuf mois qui suivent la clôture de l'exercice concerné. Les dispositions des articles D. 2224-1 à D. 2224-5 s'appliquent quel que soit le mode d'exploitation des services publics de l'eau potable et de l'assainissement. **Les indicateurs techniques et financiers figurant obligatoirement dans les rapports annuels sur le prix et la qualité des services publics de l'eau potable et de l'assainissement sont définis par les annexes V et VI du présent code.*** »

101. Article L.1413-1 du CGCT

102. Sont concernés les régions, les départements, les communes de plus de 10 000 habitants, les établissements publics de coopération intercommunale de plus de 50 000 habitants et les syndicats mixtes comprenant au moins une commune de plus de 10 000 habitants.

Autre exemple dans le **secteur des transports**, l'article 7.1 du règlement relatif aux obligations de service public: « *Chaque autorité compétente rend public, une fois par an, un rapport global sur les obligations de service public relevant de sa compétence, les opérateurs de service public retenus ainsi que les compensations et les droits exclusifs qui leur sont octroyés en contrepartie. Ce rapport fait la distinction entre les transports par autobus et les transports ferroviaires, il permet le contrôle et l'évaluation de l'efficacité, de la qualité et du financement du réseau de transport public et donne, le cas échéant, des informations sur la nature et l'ampleur de tous les droits exclusifs accordés.* »

## II. QUELLES SONT LES CLAUSES USUELLES RELATIVES AU CONTRÔLE DU CONCÉDANT

L'ordonnance « *Concessions* » ne reprend pas expressément l'obligation de garantir la transparence de l'exécution du contrat mentionnée à l'article 3 de la directive 2014/23/UE, laquelle aurait pu servir de fondement à une obligation imposée à tous les concessionnaires de transmettre d'autres informations que celles exigées au titre de leur rapport annuel.

En outre, ni les textes ni la jurisprudence n'ont par ailleurs jamais véritablement consacré l'existence d'un pouvoir général de contrôle des autorités concédantes sur l'exécution des contrats de concession, qui justifierait, dans l'absolu, la communication de toutes les informations qu'une autorité concédante pourrait souhaiter obtenir.

Il faut toutefois rappeler que le Conseil d'État a jugé « *qu'il résulte des principes mêmes de la délégation de service public que le cocontractant du concédant doit lui communiquer toute information utile sur les biens de la délégation* »<sup>103</sup>.

Ce pouvoir de contrôle, essentiel pour les deux parties, découle surtout des stipulations du contrat<sup>104</sup>.

S'il est contrôlé, le concessionnaire du service public, qui assume le risque d'exploitation, détient une autonomie certaine de gestion, il conserve la maîtrise de ses choix techniques et financiers dans le cadre de l'exécution courante. Cette autonomie est attachée au risque d'exploitation qu'il doit assumer.

A titre d'exemple, une collectivité ne peut imposer à son délégataire le choix d'un cocontractant pour exécuter telle ou telle prestation dans le cadre de la gestion du service public .

Le contrôle doit donc permettre à l'autorité concédante de s'assurer que les obligations liées aux missions confiées ont été remplies par le concessionnaire. Le contrôle n'a pas à porter sur les moyens mis en œuvre pour satisfaire ces obligations.

Les stipulations contractuelles peuvent préciser les modalités du contrôle : il est souvent écrit dans les contrats que l'autorité concédante dispose d'un droit de contrôle permanent sur les conditions juridiques, techniques et financières de l'exécution du contrat par le concessionnaire.

103. Conseil d'État, 21 décembre 2012, Commune de Douai, n° 342788.

104. Conseil d'État, 3 avril 1925, Ville de Mascara.

Les modalités du contrôle sont souvent les suivantes :

- > la remise du **rapport annuel** et/ou de tout **rapport propre au secteur** concerné ;
- > l'autorité peut effectuer quand elle l'estime nécessaire, des **vérifications sur pièces ou sur place**. Elle confie cette mission à ses propres services ou à un organisme de contrôle désigné. Les agents habilités disposent de pouvoirs de contrôle étendus dans le respect de la confidentialité et du secret des affaires et sans perturber l'exécution du service. L'autorité concédante doit veiller à la qualification et à la déontologie des personnes chargées de ce contrôle.

Il est parfois constitué **un comité de pilotage ou comité de suivi** du contrat, constitué d'autant de représentants de l'autorité concédante que de représentants du concessionnaire, se réunissant régulièrement, afin d'échanger sur les conditions d'exécution du contrat, ce qui permet à l'autorité concédante d'être informée sur l'exploitation et la gestion courante du service.

#### **EXEMPLE DE CLAUSE GÉNÉRALE RELATIVE AU COMPTE-RENDU FINANCIER DU RAPPORT ANNUEL, DANS LE CADRE D'UNE CONCESSION DE DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC D'EAU POTABLE**

*« Le rapport annuel du Déléataire comprend une partie financière qui a pour objet d'informer annuellement la Collectivité sur :*

- > les aspects financiers et fiscaux du contrat, au sein d'une partie intitulée « exécution du contrat » ;*
- > l'évolution de l'équilibre économique du contrat, au sein d'une partie intitulée « compte-rendu financier ».*

*Cette partie financière est élaborée à partir des éléments de la comptabilité générale et de la comptabilité analytique du Déléataire, ainsi que d'éléments économiques calculés, représentatifs de charges devant être réparties sur la durée du contrat.  
(...)*

#### **Compte-rendu financier :**

*Le Déléataire est tenu de mettre en place une comptabilité analytique permettant de répondre aux exigences du présent article.*

*Le compte-rendu financier comporte :*

- > Une présentation analytique des produits et charges du Déléataire rattachés à l'exercice faisant l'objet du rapport annuel ;*
- > Leur comparaison aux mêmes données relatives à l'exercice précédent ;*
- > Leur comparaison aux prévisions relatives à l'exercice faisant l'objet du rapport annuel, telles qu'elles figurent dans le compte d'exploitation prévisionnel annexé au présent contrat (annexe) ;*
- > L'identification des évolutions et écarts significatifs, ainsi que de leur origine.*

*En cas de changement de méthode dans l'établissement des comptes sociaux, le compte-rendu financier relatif à l'exercice précédent ce changement est remis selon la nouvelle méthode. Les produits et les charges d'exploitation correspondent aux comptes sociaux du Déléataire. Les produits sont propres au contrat.(...) »*

### A NOTER...



Pour les services publics locaux, **la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes** collaborent au contrôle de gestion des services publics locaux. Les dispositions relatives au contrôle de ces juridictions financières sont inscrites aux articles L.111-4 et L.211-8 du Code des juridictions financières (CJF) et elles disposent de plus d'un droit d'accès à l'ensemble des comptes du délégataire (article L.241-2 du CJF) ;

**Les chambres régionales des comptes** peuvent par ailleurs être saisies par le représentant de l'Etat dans le Département pour émettre des observations sur les délégations de service public et leur exécution (article L1411-18 du CGCT)

# ANNEXE 1 : COMITÉ DE RÉDACTION

*Sous la direction de Laurent RICHER, Président de la Commission juridique de l'IGD*

**Marie-Laure BASSOMPIERE** : *Responsable relations contractuelles – KEOLIS*

**Valérie BEAUDOUIN** : *Directrice Législation et Affaires européennes – UTP*

**Mona BERCAUD** : *Direction Juridique Groupe – SNCF*

**Mathilde BRABANT** : *Juriste senior – GRDF*

**Laurent BOUGARD** : *Direction juridique – TRANSDEV*

**Pierre-Emeric CHABANNE** : *Délégué général – IGD*

**Stéphanie CHALLOT** : *Juriste droit public – VEOLIA EAU*

**Albane CRUSE** : *Direction Juridique Groupe - Service Concurrence et Régulation – ENGIE*

**Chiara De LEONARDIS** : *Chargée de mission – IGD*

**Marie DUBOIS** : *Déléguée générale – UNSPIC*

**Jérôme GOLDENBERG** : *Directeur juridique – Eau France - SUEZ*

**Annabelle HUET** : *Chargée d'études – Département législation et Affaires européennes – UTP*

**Laure LAGASSE** : *Chargée de mission – IGD*

**Charlotte LEDUC** : *Juriste droit public – Eau France - SUEZ*

**Tristan MATHIEU** : *Délégué général – FP2E*

**Laurent RICHER** : *Avocat associé - Richer & Associés Droit Public*

**Louis ROULET** : *Direction juridique – Eau France – SUEZ*

**Hélène SELLOS** : *Chef du Département Marchés - Direction Juridique – GRDF*

**Brigitte SIMON** : *Directeur juridique - VINCI CONCESSIONS*

**Maud de VAUTIBAULT** : *Responsable Affaires Juridiques FIN INFRA - Ministère des Finances et des Comptes publics / Ministère de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique*

Les autres livrets de la collection  
« RÉFORME DE LA COMMANDE PUBLIQUE »



disponibles sur :

<http://fondation-igd.org>

**L'IGD est une fondation d'entreprises** relevant d'une mission d'intérêt général qui, **depuis 20 ans**, regroupe l'ensemble des parties prenantes à la gestion des services publics.

L'Etat, les associations d'élus, les entreprises publiques, les entreprises privées, des associations de consommateurs et des représentants de syndicats travaillent en son sein **à l'amélioration de la qualité et de la performance des services publics**, en particulier lorsque ceux-ci sont délégués.

Interlocuteur privilégié de l'Etat comme de la Commission européenne, l'IGD suit depuis l'origine le processus d'adoption des directives européennes relatives aux marchés publics et aux concessions et leur transposition en droit français.

Ses travaux sur ce sujet ont donné lieu à de nombreux colloques nationaux et internationaux, avis et publications dont le dernier exemple est donné par **la rédaction de supports pédagogiques** sur la réforme de la commande publique.

**Télécharger les documents :** <http://fondation-igd.org>



Ce livret a été réalisé par Laure LAGASSE, chargée de mission  
sous la direction de Pierre-Emeric CHABANNE, Délégué général de l'IGD.

Nous tenons tout particulièrement à remercier les membres de la commission juridique de l'IGD  
et notamment Laurent RICHET, Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne.