

AMC

LA REVUE DE RÉFÉRENCE DE L'ARCHITECTURE

ABONNEZ-VOUS !

LES CAHIERS
TECHNIQUES
DU BÂTIMENTLE MENSUEL POUR CONCEVOIR,
CONSTRUIRE ET EXPLOITER LES BÂTIMENTS

ABONNEZ-VOUS !

COMMANDE PUBLIQUE

Nouveau droit des concessions (1/3) : la délégation de service public survit à la réforme

Par Par Nicolas Charrel, avocat associé, cabinet Charrel Associés - LE MONITEUR.FR - Publié le 03/02/2016 à 17:18

Mots clés : Réglementation des marchés

Le régime des concessions revisité par Bruxelles et Bercy entrera en vigueur le 1er avril 2016, en même temps que la réforme des marchés publics. Voici, en trois épisodes, le décryptage détaillé des nouvelles règles.



© BARTHELEMY - Nicolas Charrel, avocat associé au cabinet Charrel et Associés.

Au jour du 23ème anniversaire de la loi Sapin consacrant le régime juridique des délégations de service public (DSP), une page importante vient de se tourner avec son abrogation partielle et la naissance du nouveau droit des concessions, fondé sur l'[ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016](#) et son [décret d'application n° 2016-86 du 1^{er} février 2016](#).

Si avec la loi Sapin, la France était l'un des rares pays doté d'une législation imposant la publicité et la mise en concurrence de nombreux contrats non qualifiables de marchés publics au sens européen, la transposition de la directive concessions 2014/23 du 26 février 2014 emporte au fond beaucoup plus qu'une simple adaptation des pratiques professionnelles et juridiques antérieures. L'adaptation au nouveau régime se fera évidemment probablement souvent à l'aune de la culture acquise pour les DSP ; mais pour d'autres questions assez cruciales, il sera nécessaire de changer le logiciel DSP par celui de la concession, dépassant la simple mise à jour des données précédentes.

Les principes communs des marchés et des concessions reposent sur la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, la transparence des procédures permettant d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics (art. 1er de l'[ordonnance marchés publics](#) – Ord. MP – et art. 1er de l'[ordonnance concessions](#) – Ord. conc.).

L'ordonnance concessions reprend en outre le principe de libre administration reconnu par l'article 2 de la directive 2014/23, le mode de gestion choisi devant permettre « d'assurer notamment un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement ainsi que la promotion de l'accès universel et des droits des usagers en matière de services publics ». Il peut toutefois être regretté que le principe de proportionnalité posé par l'article 3 de la directive concessions ne soit pas rappelé (si ce n'est, il est vrai, à l'article 45 concernant les conditions de participation) dans la mesure où en pratique, sa mise en œuvre est souvent ignorée soit par excès procédural soit à l'inverse, plus rarement mais réellement en DSP, par excès de souplesse.

Et si chaque régime juridique correspond bien à des contrats de nature différente, les modes de passation se rejoignent considérablement, au point de tendre vers un régime commun qui préfigure parfaitement la structuration que pourrait avoir le futur Code de la commande publique que Bercy annonce remettre sur l'établi à partir d'avril.

Les nouvelles règles seront présentées en trois parties :

- 1er épisode : *la délégation de service public survit à la réforme* (ci-dessous)
- 2e épisode : *vers l'unification des régimes de la commande publique*
- 3e épisode : *spécificités de l'exécution des concessions*

La délégation de service public survit à la réforme

Alors qu'il a fallu plusieurs années de construction jurisprudentielle pour conduire à la définition des DSP en France, et l'arrivée tardive et finalement assez timide de la reconnaissance du risque d'exploitation, les articles 5 et 6 de l'ordonnance concessions en définissent respectivement la nature et en précisent les objets.

Mais l'un des points fondamentaux de la réforme est lié à la place de notre notion française de DSP, conduisant in fine à une sur-transposition du droit communautaire qui l'ignore. Et cela, à l'encontre même des instructions gouvernementales de principe sur les questions de sur-transposition, atténué toutefois par un renvoi à la procédure de passation commune des concessions par le nouvel article R.1411-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

Droit d'exploitation versus rémunération substantiellement assurée par les résultats d'exploitation

Contrat administratif écrit, les concessions confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service moyennant un droit d'exploitation éventuellement assorti d'un prix. Le mode de rémunération est ainsi légalement clarifié, mais ne constitue pas, pour autant, le critère discriminant qui permettrait par exemple de ne pas ranger les contrats de partenariat dans la catégorie des concessions.

L'ordonnance ne reprend pas la terminologie européenne de droit d'exploitation de concession confiant « *la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux* » ; mais introduit bien une importante nuance induite par un champ d'application de la directive plus large que notre ancien régime des DSP, à savoir que ces contrats « peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public ».

Exposition aux aléas versus risque d'exploitation « en mode doux »

La reconnaissance jurisprudentielle de l'exigence du risque d'exploitation est trop récente en France pour avoir permis d'en définir précisément les contours, ce qu'a fait la directive concessions, retraduite plus que transposée, à l'article 5 al. 2 de l'ordonnance (on continue d'ailleurs de s'interroger sur cette pratique de Bercy notamment, consistant à ne pas reproduire les dispositions claires et non équivoques du droit européen mais à en rédiger une synthèse parfois partielle voire équivoque). L'article 5 al. 2 de l'ordonnance concessions indique ainsi que « *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* ».

Toutefois, l'ordonnance ne reprend pas la 1ère partie du paragraphe de l'article 5.1 de la directive précisant que le risque d'exploitation comprend le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Cela peut toutefois s'entendre comme tel, implicitement mais nécessairement, dans cette « traduction » française. Mais pas si nécessairement que cela lorsqu'il s'agira de nos DSP de transport, avec garanties de recettes ou compensations forfaitaires dont les conditions de révision sont gravées dans le marbre contractuel et qui bénéficient d'un régime spécifique qui leur est consacré (art. 25 de l'ordonnance, art. 10.2.b et 29 du décret).

Droit d'exploitation ou gestion du service versus délégation effective du service

A travers la directive concessions, le droit communautaire a pour vocation d'unifier les régimes des contrats qui ne peuvent pas être qualifiés de marchés publics au sens des deux directives marchés (2014/24 et 2014/25) ; à ce titre, elle ignore évidemment le régime spécifique français de la délégation de service public, toutes les définitions ne se recoupant

pas.

Face à l'émergence du nouveau régime des concessions, plusieurs solutions pouvaient se présenter :

- transposer tel quel le droit communautaire en écrasant le régime issu de la loi Sapin,
- considérer que toutes les DSP devaient relever du régime communautaire des concessions (choix initial du projet d'ordonnance, art. 57),
- maintenir le régime spécifique des DSP uniquement pour les concessions du régime communautaire impliquant une délégation effective de service public, choix finalement retenu à la lecture de l'article 58 de l'ordonnance.

En effet, la jurisprudence nationale a consacré la nécessité de l'existence d'une délégation effective (globale, mais parfois aussi partielle) de la gestion d'un service public pour relever du régime de la loi Sapin.

Reprenant la définition européenne, la gestion d'un service n'est selon l'article 6 de l'ordonnance qu'une possibilité et non pas une condition nécessaire à la qualification de concession. De sorte qu'en maintenant le régime de la loi Sapin, l'ordonnance confirme l'existence de régimes spécifiques complémentaires à ceux imposés par le droit européen, comme précédemment d'ailleurs (avec l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux concessions de travaux publics désormais abrogée ou les concessions d'aménagement).

Dès lors, en application du nouvel article L. 1411-1 du CGCT modifié, « une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation ... » [le reste inchangé par rapport à la définition de la concession de l'article 5 de l'ordonnance].

Le nouveau régime prévoit expressément une distinction de fond entre la concession de services et la concession de service public, ce qui peut potentiellement bouleverser les usages contractuels et recomposer les frontières entre marchés publics de services, marchés publics de service public, concessions de services non publics et concessions de service public.

Pour autant et de manière très opportune, les conditions de passation et d'exécution sont bien unifiées par le nouvel article R. 1411-1 du CGCT (art. 39 dudit décret), les autres dispositions particulières étant abrogées (art. 54.1° du décret).

Concession de travaux et concession de services versus délégation de service public pour les collectivités locales et leurs établissements

La nouvelle définition des concessions de travaux et des concessions de services, éventuellement les deux à la fois, n'est pas une réelle novation par rapport à nos concepts français traditionnels faisant la distinction entre la concession et l'affermage. A ceci près, là encore, que la consécration du risque économique dans la rémunération du cocontractant de l'administration occulte la part de délégation effective de service public pouvant être confiée.

Cela n'est pas juridiquement nouveau en droit positif français depuis l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux public, mais souvent omis notamment pour la conclusion de certains contrats portant occupation domaniale. En particulier, la passation des baux emphytéotiques administratifs et conventions d'occupation temporaire, qui avait pris en compte les obligations de mise en concurrence, a vu ces précisions abrogées par l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Cette passation est désormais englobée dans le nouveau régime des concessions en l'absence de délégation de service public, complété par celui des DSP dans le cas d'une telle délégation. Ce qui au fond ne change rien en réalité sur les obligations, mais permettra peut-être de mieux comprendre que le régime des concessions regroupe les obligations de mise en concurrence de différentes formes de contrats qui ne sont que les véhicules juridiques des obligations d'exécution.