

Nouveau droit des concessions (3/3) : les spécificités de l'exécution des concessions

LE MONITEUR.FR - Publié le 05/02/2016 à 11:39

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. Troisième – et dernier – épisode de notre décryptage détaillé des nouvelles règles.



© www.phovoir.fr - Les conditions de modification des contrats de concession évoluent

Un nouveau droit des concessions est né, fondé sur l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et son décret d'application n° 2016-86 du 1er février 2016.

Les nouvelles règles sont présentées en trois parties :

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

Concessions et marchés publics partagent, comme évoqué précédemment, un large tronc commun. Néanmoins, la nature juridique distincte des concessions se révèle au travers de quelques dispositions liées à leur exécution.

Contenu de la concession

Le nouveau dispositif, après avoir abrogé certains articles du Code général des collectivités territoriales (CGCT), reprend les obligations en matière de contenu du contrat de concession (art. 30 à 34 de l'ordonnance) :

- interdiction des clauses à objet étranger à la concession ;
- justification des montants et modes de calcul des droits d'entrée et redevances, avec interdiction sectorielle des droits d'entrée dans les domaines de l'eau potable, l'assainissement et les ordures ménagères et autres déchets ;
- contractualisation des conditions de tarification et des évolutions.

Information des autorités concédantes

L'ordonnance réaffirme les principes d'information des concessionnaires, tels qu'ils existent déjà pour toute délégation, et dont le régime juridique ne sera que repris du régime existant (art. 52 sur l'information et 53 sur la mise à disposition des données essentielles).

Sous-concession

Objet de débats nombreux et de difficultés particulières d'application, la notion de sous-concession (non expressément nommée, pas davantage que la sous-délégation ou la sous-traitance antérieurement dans le régime des délégations de service public), est néanmoins consacrée par l'article 54 après réaffirmation de l'exécution personnelle du contrat par le titulaire, à l'instar d'ailleurs de tous les contrats administratifs.

L'autorité concédante peut néanmoins imposer des conditions particulières tenant au respect d'une part minimale confiée à des PME ou à des tiers. Elle peut aussi obliger les soumissionnaires à indiquer éventuellement dans l'offre de concession le pourcentage de sous-concession, à l'instar de la sous-traitance. L'article 35 du décret fixe cette part minimale au bénéfice des PME ou de tiers à 10% de la valeur du contrat de concession.

Durée de concession

L'article 34 de l'ordonnance reprend pour partie seulement les anciennes dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT, limitant la durée des contrats de concession et les conditions de son éventuel allongement, de manière à la fois très stricte et précisant quelques cas d'ouverture. Il est renvoyé aux dispositions réglementaires (liées aux conditions de modification des concessions), et le principe de plafonnement à 20 ans des concessions dans le domaine de l'eau potable, l'assainissement et les déchets est conservé.

Modification des concessions

Les conditions de modification des contrats de concession sont précisées par le décret d'application de l'ordonnance du 29 janvier, et ce dans un cadre juridique très contraint imposé par l'article 43 de la directive concessions, tout en laissant certaines souplesses. Comme celle de permettre une modification quel qu'en soit le montant, dès lors qu'elle a été prévue « dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque » (repris à l'article 36 du décret).

Pour autant, si l'obligation de présenter les projets d'avenants de plus de 5% à la commission de délégation de service public est bien maintenue au titre de la rédaction en partie non modifiée de l'article L. 1411-6 du CGCT, l'ordonnance ajoute un 1er alinéa à cet article imposant à l'assemblée délibérante des collectivités territoriales ou de leurs groupements de statuer sur tous les projets d'avenants, quel que soit leur montant (et au vu, donc, de l'avis de la commission pour les avenants de plus de 5%). Ces obligations ne sont précisées que pour le régime des délégations de service public, mais ne sont pas reprises (du moins dans l'ordonnance) pour les avenants aux concessions de travaux ou de services qui ne seraient pas des DSP.

Le décret refond totalement, en transposant le droit européen, les anciennes dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT, donnant la liste précise des conditions de modifications et reprenant là encore les motifs et conditions de l'article 43 la directive concessions.

Les avenants, sauf respect d'un des cas d'ouverture définis par l'article 36 du décret, ne doivent pas excéder le seuil communautaire et 10% du montant du contrat de concession initial, en prenant en compte le montant cumulé de tous les avenants (art. 37-II dernier al.).

En revanche, s'agissant des modifications correspondant à la notion de « marché complémentaire » à hauteur de 50% (dans la mesure où les conditions spécifiques en sont bien remplies), l'appréciation de cette limite « s'applique au montant de chaque modification » (art. 37-I).

Modalités d'indemnisation du concessionnaire

Tirant les enseignements de la jurisprudence administrative, l'ordonnance (art. 56) précise le régime d'indemnisation des concessions (DSP) en cas notamment d'annulation, de résolution ou de résiliation faisant suite à un recours d'un tiers. Ainsi, le concessionnaire peut prétendre à l'indemnisation des dépenses engagées en application du contrat et utiles à l'autorité concédante, y compris les frais liés au financement dès lors qu'il existe une annexe contractuelle précisant les principales caractéristiques dudit financement.

L'ordonnance garantit en outre le principe de divisibilité de la clause d'indemnisation en cas d'annulation ou de résolution, sauf stipulation contraire du contrat.

Conclusion

Cette rénovation du droit des concessions et donc, en partie, du droit des délégations de service public entrera en vigueur le 1er avril prochain. Les concessions dont la consultation aura débuté (ou l'avis d'appel public à concurrence aura été adressé) avant son entrée en vigueur resteront soumises aux anciennes dispositions.

Concernant les avenants toutefois, les dispositions les concernant (modifications des concessions) s'appliqueront immédiatement pour tous les contrats en cours.