

Contrat de concession : éléments de définition

S'alignant sur le droit communautaire, l'ordonnance du 29 janvier 2016 étend son champ d'application à un large spectre de personnes et couvre un vaste champ de situations contractuelles.

L'ordonnance consacre le transfert de risque comme critère d'identification de la concession.

Suivant la même logique que l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, qui transpose la directive 2014/23/UE du 26 février 2014, relative aux contrats de concession achève le mouvement d'alignement du droit français de la commande publique sur le droit communautaire, dont il adopte les notions, les définitions, et les catégories juridiques.

Ce qu'il est convenu d'appeler la commande publique y gagne en clarté : d'un côté les marchés, de l'autre la concession et, au sein de la concession, une seule distinction : concession de travaux et concession de services, avec, pour respecter de façon résiduelle l'exception culturelle française, la sous-catégorie des concessions de service public.

Nous le verrons, l'ordonnance ratifie large et dessine un ensemble vaste de contrats répondant à une logique concessive, dont on ne maîtrise pas encore la portée et les limites sur les montages contractuels élaborés au cours de ces dernières années.

Une notion unique du contrat de concession se superpose à des notions jusque-là éparpillées dans des réglementations spécifiques : délégations de service public, concessions de travaux, concessions d'aménagement...

L'ordonnance se substitue à tous ces textes particuliers, qui sont abrogés sous réserve de quelques dispositions résiduelles propres aux délégations de service public des collectivités territoriales qui demeurent logées aux articles L. 1410-1 et suivants du CGCT - les délégations de service public de l'État entrant désormais dans le cadre général de l'ordonnance.

La lecture de l'ensemble à trois étages : directive, ordonnance, décret, en est facilitée.

En particulier, suivant en cela la méthode d'interprétation du juge communautaire, on pourra aisément se référer aux considérants de la Directive, qui sont le plus souvent une bonne synthèse actualisée de la jurisprudence de la Cour, pour éclairer l'application de l'ordonnance.

Auteur

Romain Granjon
Avocat associé - Adamas

Références

Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 5 et s.

Mots clés

Entité adjudicatrice • Groupements • Pouvoir adjudicateur
• Transfert du risque d'exploitation

Les parties au contrat : le large spectre des autorités concédantes

Il n'y a pas lieu de s'arrêter sur la définition de l'opérateur économique, devenue « classique », et dont on sait que la jurisprudence a une acception large indépendante des catégories internes.

La nouveauté concerne les autorités concédantes.

Un texte concernant l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices

La concession n'est pas – plus – l'appanage de personnes publiques.

Reprenant les mêmes catégories et les mêmes définitions que l'ordonnance marché, l'ordonnance étend son emprise à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices.

Il peut donc s'agir de personnes publiques ou de personnes privées.

Ainsi, SEM et SPL, agissant en qualité de pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, et qui par nature ne pouvaient être autorités déléguées d'un service public pour leurs contrats présentant les caractéristiques d'une concession, peuvent-elles désormais revêtir cette qualité. Il en va de même pour d'autres personnes morales de droit privé telles que des établissements de santé privés, ou des SA d'HLM.

Moins remarqué, le fait que les établissements publics industriels et commerciaux de l'État qui, tout en étant des personnes publiques, n'entraient pas dans le champ d'application de la loi Sapin, sont désormais dans le champ d'application de l'ordonnance.

C'est en résumé l'ensemble des personnes soumises antérieurement pour leurs marchés à l'ordonnance du 6 juin 2005 qui se trouvent soumise, lorsque leurs contrats obéissent à une logique concessive, à l'ordonnance du 30 janvier 2016.

Les contrats de concessions peuvent être des contrats administratifs ou des contrats de droit privé

L'article 3 dispose que « les contrats de concession relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales du droit public sont des contrats administratifs ».

Pour claire et chirurgicale qu'apparaisse cette disposition, il reste que sa portée n'a pas encore été vraiment analysée.

On observera que si la directive européenne est relative à « l'attribution de contrats de concession », l'ordonnance du 29 juin 2016 est relative « aux contrats de concession ».

C'est en effet que la qualification de contrats administratifs en droit interne ne guide pas seulement la procédure de passation du contrat, mais emporte avec elle toutes

les règles de fond des contrats administratifs, ainsi que les règles de compétence juridictionnelles.

Autrement dit, des EPIC tels que la SNCF qui avaient affaire au juge judiciaire relèvent désormais du juge administratif.

La question se posera avec acuité pour des contrats relevant auparavant du droit privé, mais qui, en raison de la nature publique de la personne morale, seront désormais soumis aux règles des contrats administratifs, et plus encore pour des contrats composites entre acteurs publics et privés.

Les groupements d'autorités concédantes sont autorisés

L'article 5 vise « une ou plusieurs autorités concédantes ».

L'article 26 précise que des groupements peuvent être constitués entre autorités concédantes, mais aussi avec des personnes morales de droit privé qui ne sont pas des autorités concédantes.

On ne sera pas surpris de voir que la présence d'une autorité concédante au sens de l'ordonnance entraîne l'application des règles de la commande publique.

Courieusement, pour les collectivités territoriales, l'article L. 1411-1 du CGCT vise expressément « une autorité déléguée », ce qui pourrait laisser à penser que les collectivités territoriales sont exclues de cette faculté de groupement.

Toutefois, l'article L. 1410-1 du CGCT fait référence aux règles de passation de l'ordonnance et l'article 26 de l'ordonnance intitulé « Groupement d'autorités concédantes » figure sous le titre II « Passation des contrats de concession ». Ensuite l'alinéa 2 de l'article 26 réglemente les contrats de concession conclus par un groupement incluant des collectivités territoriales.

Tout laisse donc à penser que cette faculté de groupement s'offre également aux collectivités territoriales.

Il s'agit là d'un progrès. À titre d'illustration, les communes de montagne d'un même massif pourront désormais se regrouper pour conclure un seul contrat d'exploitation de leurs remontées mécaniques, ce qui ne leur était pas autorisé jusqu'à ce jour, de façon souvent jugée regrettable.

L'objet du contrat : l'exécution de travaux ou la gestion de service

Ce qui frappe bien sûr d'emblée, c'est que l'objet du contrat s'étend à tous les travaux et tous les services et abandonne la référence aux seuls travaux « publics » et services « publics ».

Les contrats de concession de travaux

En ce qui concerne les travaux, il y a peu à commenter.

L'article 6-1 de l'ordonnance concession, celle-ci est en phase avec l'ordonnance marchés.

Indépendamment de la liste publiée au JO, le contrat a pour objet la conception et l'exécution, ou la seule exécution « par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante ». L'ouvrage est « destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

L'ordonnance marché précise : « un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception ».

Cette précision n'est pas reprise dans l'ordonnance concession.

Geignons que si la concession de travaux est un avatar du marché, ces mêmes notions seront prises en compte.

Le caractère très général des termes employés laisse évidemment perplexes.

L'ordonnance vise « les exigences » fixées par l'autorité concédante, ce qui va au-delà de la simple réponse à des besoins.

On imagine très bien un projet purement privé, le cas échéant, dans le cadre d'une vente ou d'un bail de longue durée, à l'occasion de laquelle la personne publique affiche un certain nombre de contraintes techniques et/ou définit une destination.

La réponse à une telle situation ne gagne pas en clarté.

Comme nous l'avons déjà souligné, la concession peut s'appliquer à des travaux publics – selon nos définitions du droit interne – ou à des travaux purement privés, le droit de l'Europe ignorant les frontières des pays membres.

Pour l'application de ces critères de définition, on se référera utilement à la jurisprudence communautaire et notamment aux arrêts Auroux du 18 janvier 2007^[1] et plus récemment Helmut Müller du 25 mars 2010^[2].

Les contrats de concession de services

En vertu de l'article 6 de l'ordonnance, ces contrats « 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'acquiescer des biens nécessaires au service ».

Le III précise que dans le cas d'un contrat, qui associe des travaux à des services, c'est l'objet principal qui détermine les règles applicables au contrat.

On commence une concession, susceptible de s'étendre à la gestion d'un service indépendamment de toute idée de service public ?

Un critère pertinent est sans doute celui de l'initiative : confier, en le déterminant, un service tel que l'édition d'un bulletin municipal en contrepartie du droit d'en

exploiter les espaces publicitaires relève sûrement de la concession de service.

À l'inverse, répondre à une demande d'autorisation d'ouverture d'un commerce sur un espace public est sûrement en dehors du champ de la concession.

Pour autant, la réalité se charge généralement de situations plus complexes, dans lesquelles l'initiative et les espaces sont partagés entre acteurs publics et opérateurs privés.

La question se posera de la gestion d'espaces de nature commerciale dans des lieux publics, susceptible de relever de baux commerciaux mais que l'ordonnance est susceptible de transformer en contrats administratifs.

La question se posera aussi pour les contrats de mobilier urbain, que beaucoup rangent déjà dans les concessions de service, tandis que le Tribunal des conflits a jugé récemment qu'ils ne répondaient pas à des exigences fixées par la personne publique.

Sur ce point encore, c'est à l'épreuve des faits et de la mise en place d'architectures contractuelles que l'on mesurera les retombées de l'ordonnance, et de la répartition qu'elle effectue entre contrats publics et contrats privés.

Les choses se compliquent avec les contrats dits mixtes^[3], mais ceux-ci sont analysés dans une autre chronique.

On soulignera seulement que l'article 22 consacre le pouvoir attractif dans l'ordre de priorité de l'ordonnance du 23 juillet 2015, et de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

Le critère du contrat de concession : le transfert du risque d'exploitation sur le concessionnaire

Ce critère, permettant de distinguer une concession d'un marché, explique la plus grande souplesse de la procédure d'attribution d'une concession, et la place centrale laissée à la négociation, même si l'objectif est toujours celui de « l'avantage économique global » pour l'autorité concédante.

Il ne nous paraît pas utile ici de répéter ce qu'une doctrine surabondante a déjà écrit depuis de nombreuses années, et l'on se référera ici notamment aux considérants 18, 19 et 20 de la directive 2014/23/UE et aux ouvrages ou chroniques du professeur Laurent Richerfi.

L'article 5, alinéa 2, précise 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 nominal ou négligeable ».

[3] Cf. dans ce dossier, M. Terraux et S. Fiocco, « Les contrats mixtes : un inventaire à la Prévert ? ».

[4] BJOCP n° 103, Nov déc 2015.

[1] CJCE 18 janvier 2007, aff. C-220/05.

[2] CJUE 25 mars 2010, aff. C-451/08.

Le concessionnaire « ne doit pas être assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service ».

À cet égard, il importe peu que les recettes proviennent des usagers ou de l'autorité concédante⁽⁵⁾.

Il importe peu non plus qu'une « partie du risque continue d'être supportée » par l'autorité concédante⁽⁶⁾.

Le considérant 20 est très pédagogique : « Un risque d'exploitation devrait trouver son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle. Les risques liés à une mauvaise gestion, à un manquement de l'opérateur économique aux obligations contractuelles ou à des cas de force majeure ne sont pas déterminants aux fins de la qualification en tant que concession, ces risques étant inhérents à tous les contrats, qu'il s'agisse d'un marché public ou d'une concession. Un risque d'exploitation devrait être considéré comme étant le risque d'exposition aux aléas du marché, qui peut être soit un risque lié à la demande, soit un risque lié à l'offre, soit un risque lié à la demande et à l'offre. Le risque lié à la demande désigne le risque portant sur la demande effective pour les travaux ou services qui font l'objet du contrat. Le risque lié à l'offre désigne le risque portant sur la fourniture des travaux ou services qui font l'objet du contrat, en particulier le risque que la fourniture des services ne corresponde pas à la demande ».

Parmi une jurisprudence fournie, on relèvera, en droit communautaire, l'arrêt du 21 mai 2015⁽⁷⁾ : « Un tel risque doit être compris comme étant le risque d'exposition aux

aléas du marché, lequel peut notamment se traduire par le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service ».

Et pour un exemple récent en droit interne, on signalera l'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon du 28 janvier 2016 concernant la qualification du contrat de délégation de service public des transports de l'agglomération lyonnaise⁽⁸⁾.

Le critère du transfert du risque comme ADN du contrat de concession explique enfin la suppression, dans le Code de l'urbanisme, des dispositions relatives à la passation des concessions d'aménagement s'accompagnant d'un transfert du risque économique.

Les règles d'attribution des concessions d'aménagement sont désormais régies par l'ordonnance du 29 janvier 2016.

En conclusion, les définitions de l'ordonnance gagnent certainement en lisibilité et en cohérence.

Il est moins sûr que les limites du champ d'attractivité de la commande publique y gagnent en clarté et il faudra mettre à l'épreuve de ces nouvelles règles des schémas contractuels mis en œuvre au cours de ces dernières années.

L'occasion pour les architectes du droit de continuer à exercer leurs talents d'adaptation et leur imagination.

(5) Directive 2014/23/UE du 26 février 2014, cons. 18

(6) Directive 2014/23/UE du 26 février 2014, cons. 18 et 19.

(7) CJUE 21 mai 2015, Kansanelä-Kelaitos, aff. C-269/14.

(8) CAA Lyon 28 janvier 2016, M. T., req. n° 14LY02443.