ARTICLE

ORDONNANCE N°2016-65 DU 29 JANVIER 2016 : UN NOUVEAU CORPUS JURIDIQUE POUR LES CONCESSIONS

Immobilier et Construction Droit de l'environnement Droit public et commande publique Private Clients Droit européen | 30/03/16 | Vincent Brenot Emmanuelle Mignon Hélène Billery

L'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (« l'ordonnance ») et son décret d'application n°2016-86 du 1er février 2016 (« le décret »), complétés par l'avis du 27 mars 2016 relatif aux seuils de procédure, transposent la directive 2014/23/UE du 24 février 2014 et constituent le second volet de la réforme de la commande publique entrée en vigueur le 1er avril 2016.

À la différence des nouveaux textes régissant les marchés publics (ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : voir notre flash du 27 juillet 2015), qui consistent principalement en une modernisation et en une clarification des règles, la directive, l'ordonnance et le décret relatifs aux concessions constituent une véritable innovation dans un domaine jusque-là encore peu régulé par le droit européen. Ils réunissent dans un seul ensemble normatif des règles auparavant confuses et éparpillées entre des principes ou des textes européens et des dispositions nationales, et soumettent la passation des concessions à des règles proches de celles des marchés publics.

Ces dispositions s'appliquent aux concessions pour lesquelles une consultation est lancée à compter du 1er avril 2016. Les dispositions relatives à la modification des concessions s'appliquent pour les avenants aux contrats déjà en cours avant le 1er avril 2016.

Quels sont les contrats soumis à l'ordonnance ?

Cinq critères cumulatifs permettent de qualifier un contrat de concession soumis à l'ordonnance. Le contrat doit ainsi être :

1. un contrat passé par une **autorité concédante qui peut être un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice** ;

a. sont des **pouvoirs adjudicateurs susceptibles d'être qualifiés d'autorités**

concédantes :

i. les personnes morales de droit public ;

ii. les personnes morales de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et qui répondent à certains critères (art. 9 de l'ordonnance) ;

iii. les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun ;

b. sont des **entités adjudicatrices susceptibles d'être qualifiées d'autorités concédantes**:

i. les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies par l'article 11 de l'ordonnance ;

ii. lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques (en application des critères donnés par l'article 10 de l'ordonnance), qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux ;

iii. lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de certains droits spéciaux ou exclusifs ;

2. un contrat passé par une autorité concédante avec **un ou plusieurs opérateurs économiques (concessionnaires)** ;

a. un opérateur économique est une **personne physique** ou **morale**, publique ou privée, ou tout **groupement de personnes**, doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services (art. 12 de l'ordonnance, art. 24 du décret) ;

b. le concessionnaire peut confier à un tiers une part des travaux ou services, et cela peut même lui être imposé par l'autorité concédante, notamment en faveur des PME (art. 54 de l'ordonnance et 35 du décret) ;

c. sous certaines conditions, l'autorité concédante peut réserver des contrats de concession à des structures qui emploient au moins 50% de travailleurs handicapés ou défavorisés (art. 29 de l'ordonnance et 3 du décret) ;

3. un contrat qui confie l'exécution de **travaux** ou la gestion d'un **service** au(x) concessionnaire(s) ;

a. jusqu'à la directive 2004/18/CE du 3 mars 2004, et mis à part les anciens contrats de partenariat, le droit de la commande publique était fondé sur une summa divisio entre les marchés publics (régis par le code des marchés publics) et les délégations de service public (DSP) (régies par la loi Sapin de 1993), lesquelles pouvaient comprendre des délégations avec travaux (concessions) et des délégations sans travaux (affermages, régies intéressées…) ;

b. cette frontière a été remise en cause par l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux concessions de travaux, qui a créé une procédure spécifique pour ces concessions, mais a également prévu que cette procédure pouvait concerner des contrats sans délégation de service public dès lors que les travaux étaient assortis du droit d'exploiter l'ouvrage et que le risque d'exploitation pesait sur le concessionnaire. Par un avis du 16 mars 2010 (n°383668 au Rapport public 2011 du Conseil d'Etat), le Conseil d'Etat avait estimé que, lorsqu'un contrat relevait de l'ordonnance de 2009 et de la loi Sapin, seule l'ordonnance était applicable à la procédure de passation du contrat ;

c. finalement, l'ordonnance du 29 janvier 2016 et le décret du 1er février 2016 font rentrer dans un même corpus juridique les concessions de travaux (avec ou sans délégation de service public) et les concessions de service (avec ou sans délégation de service public), cette dernière notion étant nouvelle en droit français et ne recouvrant pas nécessairement le périmètre des anciennes DSP, même si une ancienne DSP sans travaux constitue bien sûr une concession de services ;

d. cette définition recouvre les concessions d'aménagement (régies par le code de l'urbanisme), lorsque le concessionnaire supporte un risque économique lié à l'opération d'aménagement. À la différence de la directive, l'ordonnance s'applique aussi aux secteurs de l'eau et des transports de voyageurs par voie terrestre ;

4. un contrat qui transfère le **risque d'exploitation** de l'ouvrage ou du service au concessionnaire ;

a. ce critère suppose que le concessionnaire soit réellement exposé aux aléas du marché ;

b. ainsi, toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable et le concessionnaire doit assumer le risque, dans des conditions normales d'exploitation, de l'amortissement des investissements ou des coûts qu'il doit supporter, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service ;

5. un contrat qui reconnaît au concessionnaire le **droit d'exploiter** l'ouvrage ou le service ou ce droit **assorti d'un prix**.

Certaines concessions sont exclues du champ d'application de l'ordonnance :

a. les concessions confiées par un pouvoir adjudicateur à une quasi-régie (« in house ») (art. 16 de l'ordonnance) ou par une entité adjudicatrice à une entreprise liée (art. 18 de l'ordonnance) ;

b. les contrats de concession traduisant une démarche de coopération entre pouvoirs adjudicateurs (art. 17 de l'ordonnance) ou, sous certaines conditions, les contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise (art. 19 de l'ordonnance) ;

c. les délégations ou transferts de compétence ou de responsabilité organisés entre autorités concédantes en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles (art. 7 de l'ordonnance) ;

d. les concessions portant sur des services comparables à ceux exclus du champ d'application du droit des marchés publics (art. 13, 14 et 15 de l'ordonnance) et certaines concessions de défense ou de sécurité ;

e. les subventions (art. 9 de l'ordonnance).

Enfin, certaines spécificités sont prévues :

a. pour les entités adjudicatrices ;

b. pour les contrats de concession de défense ou de sécurité ;

c. pour les concessions avec délégation de service public passées par les collectivités territoriales.

Nouveautés en matière de passation des contrats de concession

A – Procédure de passation

Les principes généraux de publicité, de conditions de participation et d'exclusion (art. 39 à 42 de l'ordonnance) sont identiques aux dispositions de l'ordonnance n°2015-894 du 23 juillet 2015 sur les marchés publics et très comparables s'agissant de la sélection de l'attributaire.

L'ordonnance et le décret organisent deux procédures de passation (voir tableau en annexe) :

1. la première, **formalisée**, s'applique aux contrats de concession dont la **valeur estimée est égale ou supérieure à 5.225.000€ HT** (art. 9 du décret). Elle impose notamment la publication d'un avis de concession (i) au Journal officiel de l'Union européenne (« JOUE »), (ii) au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (« BOAMP ») ou dans un journal d'annonces légales (« JAL »), (iii) ainsi que dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné ;

2. la seconde, **simplifiée**, s'applique (i) aux contrats de concession dont la **valeur estimée est inférieure à 5.225.000€ HT** ou (ii) aux contrats de concession qui, indépendamment de leur valeur, ont pour objet certaines activités dans le secteur de l'**eau** et de l'**assainissement**, l'exploitation de services de **transports de voyageurs** ou certains **services sociaux** et autres **services spécifiques**. Elle implique, a minima, la publication d'un avis de concession au BOAMP ou dans un journal d'annonces légales : des publications supplémentaires peuvent être requises dans certains cas (art. 15 du décret).

L'autorité concédante peut **limiter le nombre de candidats admis à déposer une offre**, en faisant application de critères non discriminatoires, liés à l'objet du contrat et relatifs aux capacités et aptitudes des candidats.

Le **choix de l'offre** peut être fait au terme d'une **négociation**, organisée librement par l'autorité concédante, avec un ou plusieurs soumissionnaires.

Les contrats de concession peuvent, toutefois, être conclus sans publicité ni mise en concurrence lorsqu'ils ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé, quand aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue ou lorsque les offres soumises ont été jugées irrecevables ou inappropriées.

B – Conditions d'attribution du contrat de concession

L'attribution du contrat doit être faite sur la base d'une **pluralité de critères non discriminatoires**. Des critères **environnementaux**, **sociaux** ou relatifs à l'**innovation** peuvent être prévus. Lorsque la concession comporte une délégation de la gestion d'un service public, **le critère de la qualité du service** rendu aux usagers est **obligatoire**.

Les critères d'attribution doivent être indiqués dans l'avis de concession et, en cas de procédure formalisée, présentés par ordre décroissant d'importance. L'autorité concédante pourra, sous certaines conditions, modifier l'ordre des critères pour tenir compte d'une offre innovante (art. 47 de l'ordonnance et 27 du décret).

Par ailleurs, le versement de droits d'entrée à l'autorité concédante est désormais interdit lorsque la concession concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets (art. 31 de l'ordonnance).

A – Durée du contrat de concession

La durée du contrat est désormais déterminée en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, tant initiaux que durant l'exécution du contrat (art. 34 de l'ordonnance, art. 6 du décret), alors que la loi Sapin prévoyait, pour les DSP, qu'il soit tenu compte des prestations demandées au délégataire.

La durée des contrats de concession dans les domaines de l'**eau potable**, l'**assainissement** et les **déchets** demeure, en principe, **plafonnée à 20 ans**.

Le contrat de concession peut accorder des **droits réels** au concessionnaire et ce dernier peut, avec l'accord exprès de l'autorité concédante, conclure des baux ou droits d'une **durée excédant celle du contrat de concession** (art. 50 et 51 de l'ordonnance).

B – Suivi de l'exécution du contrat de concession

L'ordonnance et le décret s'inscrivent dans l'ère de la transparence et de l'***open data*** :

1. le concessionnaire doit désormais produire un **rapport d'information annuel**. Ce rapport comprend (i) des **données comptables**, (ii) une **analyse de la qualité des ouvrages ou des services demandés au concessionnaire** et, (iii) lorsqu'un service public est délégué, des informations relatives à l'exploitation du service et aux tarifs (art. 52 de l'ordonnance et art. 33 du décret) ;

2. au plus tard le 1er octobre 2018, l'autorité concédante devra rendre accessible sur son profil d'acheteur, sous un format ouvert et librement utilisable :

a. avant le début d'exécution du contrat de concession, les **données essentielles de la concession**(objet, durée, nom du concessionnaire) sous réserve notamment du secret industriel et commercial ;

b. chaque année, les données relatives à l'exécution du contrat de concession, dont le montant des dépenses d'investissement réalisées ou les tarifs et leur évolution ;

c. **les données relatives à chaque modification** apportée au contrat de concession (art. 53 de l'ordonnance et art. 34 du décret).

C – Modification du contrat de concession

L'ordonnance prévoit que les modifications qui ne changent pas la nature globale du contrat de concession peuvent être effectuées en cours d'exécution du contrat sans nouvelle procédure de mise en concurrence (art. 55).

Les cas dans lesquels cette possibilité est ouverte sont énumérés par le décret (art. 36). Il s'agit, par exemple, de modifications prévues dans les documents contractuels, de travaux ou services devenus nécessaires (sous certaines conditions) ou encore de l'arrivée d'un nouveau concessionnaire remplaçant l'attributaire initial du contrat.

D – Fin anticipée de l'exécution du contrat de concession

Outre le fait que l'ordonnance offre à l'autorité concédante plusieurs possibilités (en cas d'ententes, de conflits d'intérêts, etc.) pour résilier le contrat de concession sous certaines conditions (art. 43, 49 et 55), elle organise les conséquences financières d'une fin anticipée dudit contrat.

D'une part, en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat de concession par le juge, sur recours d'un tiers, le concessionnaire peut demander le **remboursement de ses dépenses utiles**à l'autorité concédante qui comprennent, le cas échéant, les **frais de financement** et non pas uniquement ceux dus à des établissements bancaires comme cela résulte, pour les marchés publics, de la rédaction malheureuse de l'ordonnance n°2015-894 du 23 juillet 2015 incluant vraisemblablement les frais de débouclage des swaps. Pour que cela soit possible, il faudra, pour les nouveaux contrats, que les parties aient mentionné les principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution du contrat.

D'autre part, dans la louable optique de faciliter le financement des concessions en permettant les financements privés externes même en cas de recours contre le contrat de concession, les **clauses organisant l'indemnisation du concessionnaire** en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge sont réputées **divisibles** du contrat (art. 56 de l'ordonnance).

Le tableau ci-dessous reprend les grandes étapes des deux procédures, « simplifiée » et « formalisée ».