

## La concession dans la commande publique



Laurent RICHER

Professeur émérite de l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne), avocat au Barreau de Paris

La notion de commande publique, courante dans la terminologie bureaucratique, est devenue juridique lorsque le Conseil constitutionnel a cru pouvoir identifier un droit commun de la commande publique dans sa décision n° 2003-473 du 26 juin 2003 concernant le contrat de partenariat<sup>1</sup>. Les règles de ce droit commun auxquelles déroge le contrat de partenariat sont la séparation des fonctions de concepteur et de constructeur issue de la loi MOP, l'obligation d'apprécier séparément les lots construction et exploitation-maintenance imposée par l'article 10 du code des marchés publics, l'interdiction du recours au crédit-bail pour financer un ouvrage public. Rien qui concerne la délégation de service public (DSP) ou concession.

Comme, au surplus, la délégation de service public a pour objet de confier la gestion du service et non de satisfaire aux besoins de celui-ci, il paraissait *a priori* peu logique d'étendre à ce type de contrat la catégorie de la commande publique. C'est pourtant ce qui a été fait par le législateur puis par le juge administratif qui ont intégré sans état d'âme la délégation de service public aux contrats de la commande publique et lui ont fait application des principes de la commande publique.

On peut l'admettre, mais encore faut-il que cela ne conduise pas à assimiler la concession – dont la DSP est une variété – et le marché public au point de vue des règles applicables, notamment en matière de passation.

L'adoption d'une directive spécifique sur les concessions semblerait préserver de ce risque, mais ce n'est pas totalement

le cas car de nombreuses dispositions de la directive traduisent une tendance assimilationniste parfois jusqu'à l'absurde.

### I. Reconnaissance de la spécificité

Alors que la nécessité de revoir les directives sur les marchés n'a pas été discutée, des débats ont eu lieu sur l'opportunité d'une initiative législative en matière de concessions et cela jusqu'à une date avancée.

Les autorités françaises, en décembre 2010, ont annoncé qu'elles étaient fermées à une initiative législative sur les concessions aux motifs, entre autres, que le régime français des DSP était satisfaisant et que les monopoles nationaux risquaient d'être remis en cause. Ce n'est qu'après avoir constaté son incapacité à faire obstacle au projet de la Commission que l'administration française a participé à l'élaboration de la directive dans le cadre de la procédure législative ordinaire.

D'autres voix se sont élevées pour contester l'opportunité d'un texte législatif sur les concessions. Ainsi, lors de l'audition publique organisée par la commission du marché intérieur du PE le 21 mars 2012, Michael Burnett de l'European Institute of Public Administration estimait qu'une directive sur les concessions n'est pas nécessaire ; il suffit d'étendre aux concessions les règles applicables aux marchés publics. Cette position était partagée par de nombreux juristes, notamment en Allemagne, pour qui la concession de services était une sous-catégorie du marché de service.

Dans un premier temps, la Commission européenne a penché en ce sens, puis sa position a quelque peu évolué.

### A. Du rejet à la réticence

Dès le départ, un minimum de spécificité de la concession a été admis par l'UE puisqu'il n'a jamais été question de pousser la symétrie avec les marchés jusqu'à créer des concessions de fournitures, ce qui n'eût pas été inconcevable. Par exemple, au XIX<sup>e</sup> siècle, en matière de marchés de fournitures de l'administration de la guerre, la distinction était faite entre le fournisseur *stricto sensu* et l'entrepreneur : le fournisseur, encore appelé « livrancier », livrait à bref délai des quantités déterminées, alors que l'entrepreneur était « chargé d'assurer complètement un service, pendant un temps déterminé et quelle qu'en soit l'importance »<sup>2</sup>. Et, à l'époque contemporaine, aux États-Unis, le Pentagone a conclu des contrats de « Lead System Integrator », aujourd'hui abandonnés, qui déléguaient la fonction achat au secteur privé<sup>3</sup>.

Dans le cas de l'initiative de la Commission européenne, il a été tenu compte de ce que dans les pratiques nationales les concessions portent sur des travaux et des services.

#### a) Le refus initial d'un instrument autonome

En septembre 2011 la Commission européenne a diffusé un « *unofficial draft* » prévoyant de modifier les directives 2004/17 et 2004/18 en ce qui concerne la passation des contrats de concession. Selon l'exposé

<sup>2</sup> J. Bressot, *Des marchés de fournitures passés par l'État*, thèse, Montpellier, 1895, p. 88.

<sup>3</sup> Voir : V. B. Grasso, « Defense Acquisition: Use of Lead System Integrators (LSIs)–Background, Oversight Issues, and Options for Congress », Congressional Research Service, October 8, 2010 <<https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RS22631.pdf>>

<sup>1</sup> Voir E. Fatôme et L. Richer, « Le Conseil constitutionnel et le droit commun de la commande publique et de la domanialité publique », *AJDA* 2003. 2348.

des motifs de cet avant-projet « pour assurer la cohérence entre ce cadre juridique propre aux concessions et celui applicable aux marchés publics, ainsi que pour éviter les incertitudes concernant l'application aux concessions de la jurisprudence relative aux marchés publics, l'adoption d'une directive modificative paraît être une meilleure option que l'adoption d'une directive autonome ».

L'avant-projet donnait une définition de la concession qui intégrait l'apport de la jurisprudence en introduisant le critère du risque dans des termes qui n'ont guère évolué par la suite : « Le concessionnaire est considéré comme assumant un risque substantiel d'exploitation lorsqu'il n'est pas certain de récupérer les investissements ou les coûts engagés pour l'opération de travaux ou de services qui fait l'objet de la concession. Ce risque doit inclure le risque économique lié à la réalisation de travaux ou aux prestations de services ou le risque économique lié à la mise à disposition de l'ouvrage réalisé par le concessionnaire ou des services rendus aux usagers. »

Il étendait aux concessions de services les règles déjà existantes pour la passation des concessions de travaux et les rendait applicables aux concessions dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des postes, sous réserve des règles applicables en matière de transports.

Les concessions de montant supérieur à 4 845 000 €, sauf pour les services exclus, devaient faire l'objet d'une publicité préalable, avec information sur des critères hiérarchisés, suivie d'une négociation. Les marchés de travaux et de services des concessionnaires étaient eux-mêmes soumis à procédure.

Sauf ce dernier point, le résultat auquel on est finalement parvenu ne diffère pas fondamentalement du projet de départ. Certes, l'eau a été exclue, le seuil a été rehaussé, les règles sur la durée ont été précisées, mais l'économie globale du texte est la même.

## b) La proposition de directive autonome

C'est surtout la technique de rédaction qui a changé entre l'avant-projet de septembre 2011 et la proposition

de décembre 2011 (2011/0437 (COD) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession) : au lieu d'insérer dans les directives Marchés des dispositions spécifiques sur la concession, la proposition de décembre 2011 et, en fin de compte, la directive 2014/23 reprennent dans la directive sur l'attribution des concessions des dispositions identiques à celles des directives Marchés, avec des résultats parfois étonnants, on le verra.

Il n'en reste pas moins que l'existence même d'un instrument législatif distinct implique que la concession n'est pas assimilable aux marchés, comme en témoigne la version française de la directive qui, partant de l'anglais, a traduit « *concession contract* » par contrat de concession et non par « marché de concession » comme cela avait été envisagé un moment.

Plus substantiellement, la spécificité de la concession a été quelque peu renforcée au cours de la procédure législative.

### 1) Risque et gestion

Dès le départ, on l'a vu, le choix a été fait de prendre comme critère de la concession le transfert du risque d'exploitation.

Ce critère n'est pas facile à manier en droit et l'on peut s'interroger sur sa pertinence économique, car, ainsi que l'a relevé Pierre-Charles Pradier : « *Les discours sur l'entrepreneur et l'assomption du risque échappent [...] à l'exigence de cohérence logique. De là à penser qu'ils jouent essentiellement un rôle idéologique [...]* »<sup>4</sup>. Nonobstant, la directive a entendu se contenter de codifier la jurisprudence de la Cour, alors même que ses incertitudes sont reconnues dans le maniement du critère du transfert du risque d'exploitation.

Dans les directives de 2004, la concession apparaissait clairement comme une sorte de marché.

Selon l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2004/18, « *La "concession de travaux publics" est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie*

*des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* » et « *la "concession de services" est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix* ».

Dans la proposition de directive il n'était plus fait référence au marché, mais la définition de l'objet de la concession de services était semblable à celle du marché : contrat « dont l'objet est la fourniture de services »<sup>5</sup>.

En l'absence de toute spécification, n'importe quelle prestation de service, aussi ponctuelle fût-elle, pouvait relever de la concession.

Mais la proposition initiale n'a pas été adoptée.

Le rapporteur au Parlement européen, Philippe Juvin, a proposé un amendement selon lequel il faut entendre par « *concession de services : un contrat à titre onéreux conclu par écrit par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la gestion d'un service dont ils ont la responsabilité [...]* »<sup>6</sup>.

Cet amendement n'a pas été adopté par la commission Marché intérieur et le Conseil s'en est tenu à la rédaction initiale<sup>7</sup>.

Finalement, c'est une solution de compromis qui a été adoptée, avec une rédaction selon laquelle la concession de service confie « la fourniture et la gestion de services » (« *the provision and the management* »)<sup>8</sup>.

Cette rédaction est celle de l'article 5-1-b de la directive, à cette différence près que le mot « fourniture » a été remplacé par « prestation » dans la version française.

### 2) Prestation et gestion

L'alliance des termes prestation et gestion n'aide pas à la compréhension du

<sup>5</sup> Article 2-1-7 de la proposition.

<sup>6</sup> Projet de rapport, 3 juillet 2012, amendement 44.

<sup>7</sup> Conseil de l'UE, 9 novembre 2012, proposition n° 12489/12.

<sup>8</sup> PE-CONS, 73/13, 21 août 2013.

<sup>4</sup> *La notion de risque en économie*, La Découverte, 2006, p. 43.

texte et le préambule ne la fait pas progresser puisqu'il donne pour objet à la concession « la réalisation de services » (consid. 11), mais on ne peut pas faire abstraction de l'ajout du mot « gestion » en cours d'élaboration du texte ; il implique une dimension « managériale », allant au-delà du service ponctuel.

À l'appui de cette interprétation vient aussi le considérant 68, qui indique que « les concessions sont généralement des contrats complexes, conclus sur le long terme, dans lesquels le concessionnaire assume des responsabilités et des risques traditionnellement assumés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et relevant normalement de leurs compétences ».

Le projet d'ordonnance met bien en lumière cette dimension gestionnaire puisqu'il prévoit à son article 4 que la concession confie « l'exécution de travaux ou la gestion d'un service ».

Il peut d'abord être observé que la différence entre simple prestation de service et gestion de service est liée aux autres caractéristiques de la concession, contrat généralement de longue durée et qui transfère le risque d'exploitation ; il est peu probable qu'une prestation simple soit assortie de ces caractéristiques.

Ensuite, pour éclairer la distinction, il est utile de se référer à la jurisprudence relative à la délégation de service public. Il résulte de quelques arrêts que pour qu'il y ait délégation de service public un minimum de globalité de la mission du cocontractant est nécessaire.

Ainsi, un contrat a été qualifié de DSP au motif que « si le contrat litigieux ne confie pas au cocontractant la distribution de l'eau aux consommateurs finals, il le charge toutefois de l'ensemble des autres prestations sans lesquelles le service public de distribution de l'eau ne pourrait être assuré ; qu'ainsi, le projet de contrat en cause doit être regardé comme confiant au cocontractant du syndicat la gestion d'un service public »<sup>9</sup>. De même, c'est à cause de son

caractère global qu'a été qualifié de DSP un contrat portant sur la mise à disposition des patients d'un hôpital d'abonnements de télévision, de téléphone, d'accès internet et de services associés<sup>10</sup> ; ce contrat a pour objet de confier à un cocontractant une mission « consistant à mettre en œuvre l'ensemble des moyens et activités permettant d'assurer la communication des patients avec l'extérieur selon des modes adaptés à leurs besoins actuels ». De même, la cour administrative d'appel de Nancy a jugé à propos d'un contrat relatif au service extérieur des pompes funèbres que ce contrat « confie à la partenaire de la collectivité des missions limitativement énumérées [...] que par son objet très limité, ce contrat ne peut être regardé comme ayant délégué [...] la mission du service extérieur des Pompes funèbres »<sup>11</sup>.

On ne peut, bien sûr, pour l'application de la directive 2014/23 et de la future ordonnance sur les concessions pousser aussi loin l'exigence de globalité que pour celle de la loi Sapin : « confier la gestion » ce n'est pas « déléguer ». Mais une partie de la jurisprudence antérieure montre que la notion de globalité ne suppose pas nécessairement que soit transférée l'exécution même du service public ; il peut s'agir d'un segment de service public. C'est ce qu'illustre déjà l'arrêt du 7 mars 2014 précité. On peut aussi citer l'arrêt du 23 décembre 2009, *Établissement public du Musée et du Domaine national de Versailles*<sup>12</sup>, célèbre pour une autre raison, qui qualifie de délégation de service public le contrat ayant pour objet la mise en place et la gestion d'un dispositif numérique d'aide à la visite du musée national du château et du domaine national de Versailles (audioguidage). Ces arrêts peuvent faire figure de précurseurs de ce que pourra être la jurisprudence sur l'ordonnance relative aux concessions.

Ce dernier arrêt *Établissement public de Versailles* est connu pour avoir jugé que les délégations de service public sont soumises aux « principes généraux du droit

de la commande publique ». L'extension ainsi donnée à la notion de « commande publique » marque-t-elle une banalisation de la DSP et aujourd'hui de la concession ou est-elle compatible avec la reconnaissance de la spécificité de ce contrat ?

## B. Spécificité et commande publique

La résistance opposée par beaucoup à la qualification de la concession comme contrat de la « commande publique » tient à trois facteurs.

En premier lieu, la notion de commande publique est liée dans les esprits à celle de paiement public, alors que la concession ne comporte pas nécessairement un tel paiement.

En second lieu, une caractéristique de la concession est que le concessionnaire bénéficie d'une certaine autonomie de gestion, corollaire du transfert du risque économique et peu conciliable avec le commandement qu'évoque la « commande ».

En troisième lieu, la concession est – pour reprendre un terme québécois – un contrat d'« impartition » : il a pour objet de faire faire en « impartissant » au concessionnaire une activité intégrant un ensemble de missions et non d'obtenir les moyens nécessaires à l'exercice de l'activité.

Les objections n° 1 et n° 2 ne paraissent pas devoir retenir l'attention. La question de savoir qui paye n'est pas fondamentale dès lors que le critère de distinction entre concession et marché est le transfert du risque économique et non l'existence d'un prix ; le rapprochement entre l'ordre de la commande et celui du commandement est trompeur, la commande faite à un artisan n'implique aucune autorité sur sa gestion.

Seule l'objection reposant sur le caractère « impartiteur » du contrat appelle un examen approfondi. On verra que, sans nier les particularités de la concession, d'autres caractéristiques de celle-ci rendent finalement acceptable son intégration à la commande publique.

<sup>9</sup> CE 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier*, req. n° 288459.

<sup>10</sup> CE 7 mars 2014, *CHU de Rouen*, req. n° 372897.

<sup>11</sup> CAA Nancy 23 mars 2000, *Société Ceotto*, req. n° 96NC00556.

<sup>12</sup> Req. n° 328827.

### a) « Impartition » et concession

La concession confie l'exploitation de l'ouvrage ou du service et non la fourniture de moyens à l'exploitant. C'est en considération de cette différence d'objet que par un avis en date du 7 avril 1987, le Conseil d'État avait estimé que « *le contrat, nommé ou innommé, par lequel un entrepreneur est chargé de l'exécution même du service public n'est pas un marché, et par suite, n'est pas soumis au code des marchés publics* »<sup>13</sup>. Cet avis est resté isolé et la jurisprudence, avant comme après 1987, a admis qu'un marché peut confier la gestion d'un service public, ce qui invite à ne pas surestimer la différence entre gestion du service et apport de moyens au service.

#### 1) Les besoins du concédant

Il existe un point commun entre le marché public et la concession : tous deux ont pour but de répondre à des besoins de l'acheteur ou du concédant. L'article 18 du projet d'ordonnance sur les concessions le rappelle en reprenant la même formule que pour les marchés publics : « *La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans ses dimensions économique, sociale et environnementale.* »

Il pourrait être objecté que les besoins ne sont pas ceux de l'organisme adjudicateur, mais, très souvent, ceux des usagers. Certes, mais tant que n'a pas été inventée une procédure pour faire élire le concessionnaire par la collectivité des usagers, c'est encore la collectivité publique compétente qui est le mieux placée pour connaître les besoins et déterminer les moyens d'y satisfaire ; l'intérêt des usagers devient le sien et, par le fait, elle trouve un « intérêt économique direct » à l'exécution du contrat, pour reprendre la formulation de l'arrêt de la CJUE du 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*<sup>14</sup>.

On pourrait opposer que l'intérêt n'est pas direct quand sa satisfaction passe par celle des usagers, mais tel n'est pas le cas dès lors que si le concessionnaire n'intervenait pas, il faudrait que ce soit la collectivité publique.

Il en résulte que le caractère de contrat d'« impartition » n'est pas vraiment une objection à l'intégration à la commande publique, puisque le fait d'impartir l'activité au concessionnaire permet au concédant de faire l'économie de la mise en place de cette activité *in house* et répond par là à un besoin dudit concédant, ce qui constitue le meilleur critère de la « commande publique ».

Mais, une fois admise la légitimité de l'intégration à la commande publique, il reste à savoir dans quel cas cette intégration se produit. Le problème se pose surtout à propos des concessions de services.

#### 2) La réponse au besoin par le concessionnaire

Un contrat n'est une concession de services que s'il comporte un ensemble de prestations répondant aux besoins du concédant, ce qui permet de le distinguer d'un autre type de contrat, souvent proche, qui a pour objet d'autoriser l'utilisation d'un bien en imposant des obligations au titre de l'occupation.

L'hésitation est permise lorsqu'une convention d'occupation domaniale impose des obligations qui vont au-delà de ce qu'exige la conservation du bien occupé et le prélèvement de la redevance d'occupation, telle, par exemple, l'obligation faite à l'exploitant d'une boutique hors taxes dans l'aérogare Guadeloupe Pôle Caraïbes d'assurer la promotion des produits locaux et des activités d'animation<sup>15</sup>. Le Conseil d'État n'est pas allé au-delà du diptyque convention d'occupation-délégation de service public, sans que soit posée la question de la qualification comme concession de services. Les nouveaux textes ne permettent plus une telle approche.

Selon l'auteur d'un intéressant article où est posé ce problème de la distinction entre autorisation et concession<sup>16</sup>, « *une concession de services devra être identifiée lorsque le droit d'exploitation octroyé porte principalement sur une activité relevant expressément de la compétence de l'autorité domaniale* »<sup>17</sup>. Ce critère a l'avantage d'être lié à la caractéristique de la concession consistant en ce qu'elle confie la gestion du service : pour qu'un contrat soit une concession de services il faut qu'il confie la gestion du service et à partir du moment où il confie la gestion d'un service qui relève de la compétence de l'adjudicateur, il répond à un besoin de celui-ci.

Mais il semble douteux que ce critère soit retenu par la jurisprudence.

La question n'est pas nouvelle ; elle a déjà suscité des divergences entre avocats généraux : alors que pour Siegbert Alber, la prestation fournie par le concessionnaire doit correspondre à « *une mission d'intérêt général, par conséquent, à une mission qui doit en principe être effectuée par une autorité publique* »<sup>18</sup>, selon l'avocat général Nial Fennelly<sup>19</sup>, il n'est pas « *nécessaire que le service litigieux soit susceptible d'être considéré comme un service d'intérêt général au sens où cette notion a été interprétée aux fins de l'application de l'article 86 du traité CE* » ; selon lui, il existe une liberté des pouvoirs adjudicateurs de concéder les services de leur choix.

Une indication dans le sens de la conception de Siegbert Albert se trouve dans le considérant 68 de la directive 2014/23 qui affirme que les concessions sont des contrats par « *lesquels le concessionnaire assume des responsabilités et des risques traditionnellement assumés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et relevant normalement de leurs compétences* », mais ce n'est qu'un

<sup>16</sup> M. Didierlaurent, « La remise en ordre inachevée de l'occupation contractuelle du domaine public », *AJDA* 2015, pp. 1519 et s.

<sup>17</sup> Article préc., p. 1525.

<sup>18</sup> Conclusions de l'avocat général, S. Alber, dans l'affaire C-108/98, *RI.SAN. Srl c/ Comune di Ischia*, point 50.

<sup>19</sup> Conclusions dans l'affaire CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG*, aff. C-324/98, point 35.

<sup>13</sup> Reproduit in Circulaire du 7 août 1987 relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux ; champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services, *JORF* du 20 décembre 1987, p. 14863.

<sup>14</sup> Aff. C-451/08.

<sup>15</sup> CE 19 janvier 2011, *CCI de Pointe-à-Pitre*, req. n° 341669 : *BJCP* 2011, n° 75, p. 101, concl. N. Boulois ; *AJDA* 2011. 1330, note P. Caille.

considérant dénué de valeur juridique contraignante, même si la Cour se réfère fréquemment aux considérants pour interpréter le dispositif d'un acte.

En sens contraire, le considérant 15, selon lequel les concessions doivent être distinguées des autorisations <sup>20</sup>, oppose concession et autorisation uniquement par la présence ou l'absence de l'« acquisition de travaux ou services spécifiques », sans qu'il soit indiqué que l'autorisation diffère de la concession en ce qu'elle porte sur une activité de la personne autorisée et non sur une activité transférée par le concédant. Un contrat autorisant l'occupation d'un bien peut donc être une concession, selon ce considérant 15, s'il s'avère qu'il a pour objet principal une « acquisition », c'est-à-dire la réponse à un besoin de l'adjudicateur, sans qu'il importe que, par ailleurs, cette activité relève de la compétence du concédant.

Dans le même sens va un récent arrêt de la Cour du 21 mai 2015, *Kansaneläkelaitys* <sup>21</sup>. D'après cet arrêt, un ensemble contractuel par lequel un organisme de sécurité sociale confie à des exploitants de taxis le transport des assurés sociaux est une concession dès lorsqu'il transfère un risque même limité, ce qui est dans la ligne de la jurisprudence antérieure. L'arrêt ajoute aussi que « la circonstance que le *Kansaneläkelaitys* ne soit pas responsable de l'organisation des transports en taxi n'implique pas que,

au regard des caractéristiques propres de l'ensemble contractuel en cause au principal, ce pouvoir adjudicateur n'ait pas confié la prestation d'un service à ses cocontractants dans le cadre dudit ensemble contractuel » (point 27 de l'arrêt). L'arrêt ne fait certes pas application de la nouvelle directive, mais il a été rendu après l'adoption de celle-ci en toute connaissance de cause.

Il faut donc probablement admettre que peut être concédé un service qui ne relève pas de la responsabilité du concédant, ce qui implique que confier la gestion n'est pas synonyme de transférer la responsabilité.

Savoir si la concession répond à un besoin de l'adjudicateur relève alors d'une problématique différente.

Quand il s'agit de travaux, les critères ou indices retenus par l'arrêt *Müller* <sup>22</sup> pour identifier un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur peuvent être utilisés comme éléments d'appartenance à la commande publique : le pouvoir adjudicateur deviendra propriétaire des travaux ou de l'ouvrage faisant l'objet du marché, le pouvoir adjudicateur disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages, le pouvoir adjudicateur pourra tirer des avantages de l'utilisation ou de la cession futures de l'ouvrage, il a participé financièrement à la réalisation de l'ouvrage ou dans les risques qu'il assume en cas d'échec économique de l'ouvrage (points 50 à 52 de l'arrêt).

Pour les services, comme pour les travaux, on trouve des indications utiles dans le considérant 14 de la directive, qui traite de la distinction entre la concession et les autorisations fixant les conditions d'exercice d'une activité économique : les autorisations non concessives sont délivrées « à la demande de l'opérateur économique et non sur l'initiative du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice » et « l'opérateur économique conserve la liberté de renoncer à la fourniture de travaux ou de services », alors que « les contrats de concession induisent des

*engagements mutuellement contraignants, en vertu desquels l'exécution des travaux ou services est soumise à des exigences spécifiques définies par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, lesquelles exigences ont force exécutoire* ».

Quoi qu'il en soit de ces problèmes d'interprétation, il apparaît que dans tous les cas la concession répond aux besoins du concédant. Pour cette raison, il n'est, en fin de compte, pas choquant de l'intégrer à la catégorie générale des contrats de la commande publique.

Et la nature propre de la concession n'est pas remise en cause par l'application des principes généraux de la commande publique.

## b) Principes de la commande publique et concession

Les principes de la commande publique sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. La traduction concrète de ces principes est l'obligation de publicité et concurrence préalable à la passation.

Il n'existe pas d'incompatibilité entre les caractéristiques fondamentales de la concession et les principes de la commande publique, mais la prise en compte de ces caractéristiques suppose une mise en adéquation des règles procédurales.

### 1) Absence d'incompatibilité

Avant 1993, en France, la durée, la complexité et l'*intuitu personae* étaient les justifications de l'absence d'obligation de mise en concurrence : la concession « implique, en raison de sa durée et de la complexité de son mécanisme la nécessité de tenir compte de la personnalité du concessionnaire » <sup>23</sup>.

À cela il peut être ajouté que la concession comporte une dimension régaliennne qui lui donne une dimension politique inductrice de pouvoir discrétionnaire, peu compatible avec la compétition sur un marché : la concession « entraîne par elle-même délégation au profit du concession-

<sup>20</sup> Consid. 15: « En outre, certains accords dont l'objet est le droit, pour un opérateur économique, d'exploiter certains domaines publics ou ressources publiques, en droit privé ou public, tels que des biens fonciers ou des biens publics, en particulier dans le secteur des ports maritimes, des ports intérieurs ou des aéroports, par lesquels l'État ou le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice fixe uniquement les conditions générales d'utilisation des domaines ou ressources en question, sans acquisition de travaux ou services spécifiques, ne devraient pas être qualifiés de concessions au sens de la présente directive. C'est habituellement le cas des baux immobiliers publics ou des baux fonciers, qui contiennent généralement des conditions applicables à l'entrée en possession du preneur, à l'usage auquel le bien est destiné, aux obligations du bailleur et du preneur relatives à l'entretien du bien, à la durée du bail et à la restitution de la possession au bailleur, à la location et aux frais accessoires à charge du preneur. »

<sup>21</sup> Aff. C-269/14.

<sup>22</sup> Aff. C-451/08.

<sup>23</sup> CE 30 octobre 1936, *Sibille*: Rec., p. 936.

naire de certains droits qui lui permettront d'organiser et d'exécuter le service : droits d'expropriation et de travaux publics, droit de lever des péages sur le public »<sup>24</sup>. De plus, le concessionnaire bénéficie généralement d'un droit exclusif, assimilé par la jurisprudence à une prérogative de puissance publique<sup>25</sup>.

Mais aucune de ces caractéristiques ne peut être considérée comme un obstacle sérieux à l'application des principes de la commande publique ; c'est seulement une mise en adéquation de ces principes qui est nécessaire.

Sans contester que la personnalité du concessionnaire ait plus d'importance que dans un marché public, compte tenu de la fréquente longue durée du contrat et de son caractère incomplet, lié à cette durée, il est difficile d'en tirer la conséquence que la concession doit être conclue de gré à gré. La confiance dans la personne du concessionnaire ne peut reposer que sur ses aptitudes et références, qui peuvent être appréciées dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence. L'incompatibilité entre *intuitu personae* et concurrence n'existerait que si la procédure de passation consistait nécessairement en une adjudication automatique au moins-disant sans possibilité d'exclusion préalable d'un candidat.

La durée et la complexité du contrat ont pour conséquence que la concession a un caractère incomplet et évolutif, ce qui n'est pas compatible avec la définition d'un cahier des charges exhaustif et immuable. Mais toute l'évolution du droit des marchés publics montre qu'il est possible de prendre en compte ces données, qui ne sont pas absentes des marchés publics.

En ce qui concerne la dimension régalienne, on peut d'abord relever qu'elle est atténuée dans les nouveaux textes puisque le concédant peut être un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice qui n'a pas forcément le caractère d'une autorité publique.

Mais, même avec une part d'*imperium*, la concession peut être mise en concurrence sans que sa spécificité soit menacée.

Cette absence d'incompatibilité est démontrée par le fait que le principe de transparence et ses corollaires sont applicables au-delà des marchés publics et des concessions à tout acte autorisant une activité économique à titre exclusif<sup>26</sup>, c'est-à-dire avec pour effet de priver les autres opérateurs du droit d'exercer cette activité : « *Le fait que la délivrance d'un agrément unique n'équivaut pas à un contrat de concession de services ne saurait, à lui seul, justifier que les exigences qui découlent de l'article 49 CE notamment le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence, soient méconnues lors de l'octroi d'une autorisation administrative telle que celle en cause au principal* »<sup>27,28</sup>.

Dans ces conditions, il ne paraît pas exister de raison pour que la concession ne puisse pas s'accommoder des principes de la commande publique. Mais encore faut-il que ceux-ci s'adaptent.

## 2) Mise en adéquation

Il arrive que des contrats de concession soient d'une durée inférieure à cinq ans, ce qui peut être considéré comme une courte durée, et que leur complexité ne soit pas telle que la rédaction d'un cahier des charges précis soit impossible, mais ce n'est pas le cas le plus fréquent. La concession-type est un contrat de longue durée, qui, à raison de son caractère global, est complexe. Deux exigences en résultent.

En premier lieu, le contrat doit être négocié de façon à définir une répartition des risques réaliste et réellement acceptée. Si le concédant impose à l'avance un cahier des charges immuable, le risque de comportement opportuniste est à son maximum, c'est-à-dire que les soumissionnaires confrontés à des exigences précises et fixes, dont chacun sait qu'elles ne pourront être maintenues dans la durée, acceptent ces exigences en comptant qu'elles seront forcément modifiées. Un bon contre-exemple est fourni par les concessions d'autoroutes en France. Lors de la conclusion de ces concessions, les services de l'État ont considéré qu'il était plus protecteur de l'intérêt général de définir à l'avance la répartition des risques, en ne laissant qu'une faible marge à la négociation<sup>29</sup> ; cela a été un des facteurs de la remise en cause des contrats qui a suivi pour aboutir à leur réforme par la loi Macron en 2015.

En second lieu, le contrat étant nécessairement incomplet, doit pouvoir s'adapter au cours de son exécution. Un difficile équilibre est à réaliser entre les exigences concurrentielles qui interdisent de transformer le contrat qui a été conclu après mise en concurrence en un contrat radicalement différent et l'impossibilité de tout prévoir avec précision sur une durée longue. La jurisprudence française a ajouté à cette difficulté celle de l'imprévisibilité de ses solutions, fondées sur la mise en œuvre du critère de la modification substantielle d'une clause essentielle.

La directive 2014/23 et les projets de textes français prennent partiellement en compte les spécificités de la concession.

Sans aller jusqu'à faire de la négociation une des bases de la procédure de passation, la directive admet que « *le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'organiser une négociation avec les candidats et les soumissionnaires* » (art. 37 § 6).

<sup>29</sup> En ce sens, intervention de M. François Poupard – Directeur général des infrastructures, du transport et de la mer, Colloque ASFA, « Les concessions, un modèle d'avenir », 24 juin 2015.

<sup>24</sup> Hauriou note sous CE 14 février 1902, *Blanleuil et Vernandon* : S. 1904.3.82.

<sup>25</sup> CE 22 mars 2000, *Lasaulce* : Rec., p. 127 ; *BJCP* 2000, n° 11, p. 252, concl. Savoie.

<sup>26</sup> Cf. Marek Szydło, « The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement », 12 *German Law Journal* 1408-1445.

<sup>27</sup> CJUE 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd*, dit « *Betfair* », aff. C 203/08, point 46.

<sup>28</sup> La directive sur l'attribution des concessions renvoie implicitement à cette jurisprudence en prévoyant que : « *Les mécanismes dans le cadre desquels tous les opérateurs remplissant certaines conditions ont le droit d'exécuter une tâche donnée, sans aucune sélectivité, telle que des systèmes de choix des consommateurs ou de chèques-service, ne devraient pas avoir le statut de concession, y compris lorsqu'ils sont fondés sur des conventions juridiques entre pouvoirs publics et opérateurs économiques.* » (consid. 13), ce qui implique que s'il y a sélectivité la situation est différente.

Quant au projet de décret, il définit une procédure formalisée et une procédure simplifiée qui toutes deux permettent la négociation. Cependant, et c'est une différence par rapport à la loi Sapin, l'article 23 du projet de décret réserve la possibilité de ne pas organiser une négociation avec les soumissionnaires, donc de recourir à l'appel d'offres<sup>30</sup>, ce qui peut être contre-productif.

En ce qui concerne la modification du contrat, les nouveaux textes introduisent plus de flexibilité que ne le permettait la jurisprudence antérieure, en ne faisant plus de la « modification substantielle » le critère unique. Dorénavant, certaines modifications, qui, auparavant, auraient risqué d'être qualifiées de substantielles donc interdites, sont possibles (art. 43 de la directive). Mais, si cette flexibilité est en adéquation avec les caractéristiques de la concession, elle ne lui est pas réservée, puisque des règles identiques sont retenues pour les marchés (art. 72 dir. 2014/25 ; art. 89, dir. 2014/25).

Il apparaît dans ces conditions que l'intégration à la catégorie générale de la commande publique n'empêche pas de prendre en compte le particularisme de la concession. C'est même une des utilités de cette catégorie juridique de permettre d'accueillir plusieurs types de contrats tout en respectant l'idiosyncrasie de chacun.

Mais, paradoxalement, dans les nouveaux textes transparaît une tendance à identifier satisfaction des besoins et marché public en négligeant le mode particulier de réponse que constitue la concession. Cela ne veut pas dire que toutes les extensions à la concession des règles applicables aux marchés sont critiquables, mais certaines le sont, parce qu'elles traduisent, parfois jusqu'à l'absurde, une méconnaissance de la nature propre de la concession.

<sup>30</sup> Article 23 : « Lorsque l'autorité concédante organise une négociation avec les soumissionnaires, celle-ci 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. »

## II. Pertinence de certaines extensions du droit des marchés publics

De nombreuses dispositions de la directive sur l'attribution des concessions sont identiques à celles des directives sur les marchés. Bien que cette démarche uniformisatrice procède de l'idée de départ que les concessions sont des espèces de marchés, il faut reconnaître qu'elle a en droit français certains effets positifs, en permettant de combler quelques lacunes.

On retiendra quelques exemples, sans ambitionner l'exhaustivité.

### A. Groupements

Aussi bien du côté des concédants que de celui des concessionnaires, la législation française était insuffisante en ce qui concerne la possibilité de groupements.

#### a) Groupement de concédants

Il est assez fréquent que deux collectivités publiques ou une collectivité publique et une personne privée souhaitent se regrouper pour conclure en commun une délégation de service public. Faute de règles de passation adéquates, la seule solution était jusqu'ici de créer une nouvelle personne morale : syndicat de communes, syndicat mixte ou GIP, ce qui était facteur de lourdeur et entraînait souvent la renonciation au projet commun.

Dorénavant, la directive prévoit que la concession est conclue par « un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices ». Pour la mise en œuvre de cette disposition le projet d'ordonnance (art. 6) renvoie aux dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (art. 28), ce qui rend possible la création de groupement de commandes en matière de concessions. Il y a là une nouvelle possibilité de mutualisation des services.

#### b) Groupement de concessionnaires

Depuis 1992, le code des marchés publics prévoit expressément que « les opérateurs économiques sont autori-

sés à se porter candidat sous forme de groupement » (art. 51) et apporte un certain nombre de précisions sur les règles applicables en ce cas. De son côté, la Commission européenne est favorable au développement des groupements, ce qui est de nature à faciliter l'accès des PME<sup>31</sup>.

Cependant, sur cette question du groupement les textes relatifs à la délégation de service public sont muets et ceux sur la concession de travaux extrêmement discrets.

L'attribution à un groupement n'était jusqu'ici mentionnée que pour les concessions de travaux par l'article 12 de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics qui transpose la directive 2004/18.

Néanmoins, de même que l'accès des groupements aux marchés publics a été admis bien avant que la réglementation le prévienne (décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992), de même le groupement a été considéré comme possible en matière de délégation de service public<sup>32</sup>. Mais des hésitations n'en persistaient pas moins, par exemple dans le cas où un membre du groupement n'intervient que le temps des travaux sans participer à la gestion ultérieure ; ne faut-il pas considérer que chaque membre du groupement est titulaire d'un contrat et que cette entreprise n'a pas la qualité de concessionnaire ?

Avec l'article 26 § 2 de la directive la validité des groupements est consacrée : « Les groupements d'opérateurs économiques, y compris les associations temporaires, peuvent participer aux procédures d'attribution de concession. »

Cela devrait mettre fin aux hésitations liées au rôle respectif des différents

<sup>31</sup> Cf. *European code of Best Practices Facilitating Access by SMES to Public Procurement Contracts SEC* (2008) 2193.

<sup>32</sup> Cf. CE 13 juillet 2012, *Commune d'Aix*, req. n° 358512, point 4 : « Considérant que la circonstance que des candidats doivent s'associer par la constitution d'un groupement ou prévoir de recourir à un sous-traitant pour présenter leur candidature à une délégation de service public ne peut constituer en soi une atteinte aux principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. »

membres du groupement. La candidature des groupements est admise par les textes (art. 34 du projet d'ordonnance ; art. 22 du projet de décret) et il faut considérer comme acquis qu'à partir du moment où un groupement est concessionnaire, un contrat pluri-parties est valablement conclu<sup>33</sup>.

## B. Procédure de passation

La directive sur l'attribution des concessions et les projets de textes de transposition comblent certaines lacunes concernant notamment les exceptions à la mise en concurrence et les critères sociétaux.

### a) Exceptions

La loi Sapin ne prévoyait la possibilité d'attribuer directement une DSP que dans les cas de monopole, de quasi-régie ou d'infructuosité de la procédure de mise en concurrence.

Les exceptions qui existent en matière de marchés publics n'avaient pas été étendues.

L'article 31 § 4 de la directive étend à la concession les cas de dispense de publicité préalable et donc de mise en concurrence, qui existent pour les marchés, moyennant quelques différences avec l'article 32 § 2, point b de la directive 2014/24 sur la passation des marchés publics.

La différence la plus notable tient à ce que l'exception d'urgence n'est pas prévue.

Pourtant, il arrive qu'une concession doive être conclue en urgence, par exemple à la suite d'une annulation ou de la défaillance du titulaire.

Le premier motif de dispense de publicité directement repris des directives sur les marchés ne se rencontrera que rare-

ment en matière de concession ; il s'agit du cas où « *l'objet de la concession est la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique à caractère unique* ».

Les autres cas sont, d'une part, l'absence de concurrence pour des raisons techniques, d'autre part : « *c) l'existence d'un droit exclusif ;*

*d) la protection des droits de propriété intellectuelle et des droits exclusifs autres que ceux définis à l'article 5, point 10) ».*

Alors que la directive sur les marchés publics ne connaît que « *la protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle* », la directive sur les concessions est plus complexe et moins claire.

L'article 31 § 4 – point c) vise le cas de « *l'existence d'un droit exclusif* », le point d) celui « *des droits exclusifs autres que ceux définis à l'article 5, point 10) ».* L'articulation entre ces différents droits exclusifs est assez complexe.

Certains droits exclusifs, tels que définis à l'article 5, entraînent l'exclusion du champ d'application de la directive en vertu de l'article 10 § 1. Il s'agit des droits exclusifs accordés à des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices intervenant en qualité de concessionnaire et des droits exclusifs attribués à un opérateur économique « *conformément au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et aux actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités visées à l'annexe II* », c'est-à-dire dans les secteurs réseaux.

Dès lors que ces droits exclusifs font que la directive ne s'applique pas, l'article 31 § 4 ne s'applique pas non plus.

La dispense de procédure de publicité qu'il prévoit ne concerne donc que les droits exclusifs accordés à un opérateur qui n'est pas un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice et qui n'intervient pas dans un secteur réseau.

Dans ce cadre la différence entre le cas d'« *existence d'un droit exclusif* » et celui des « *droits exclusifs autres que ceux définis à l'article 5, point 10) »* n'est pas des plus claires.

Il semble que dans le premier de ces deux cas le droit exclusif répond à la défi-

nition de l'article 5<sup>34</sup>. Cela pourrait, par exemple, concerner des cas dans lesquels la concession ne peut être attribuée qu'au titulaire d'un agrément réservé à un nombre limité d'opérateurs.

Le second des deux cas est, en revanche, plus difficile à appréhender, car on voit mal ce que pourraient être des « *droits exclusifs autres* » et on éprouve quelque difficulté à différencier le cas de « *l'existence d'un droit exclusif* » de celui de la « *protection des droits exclusifs* ».

On comprend donc que le projet de décret se contente de mentionner que le contrat de concession peut être conclu sans publicité quand il « *ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité* » (art. 13).

### b) Critères sociétaux

Le nouveau « *paquet marchés publics* » marque un tournant dans l'utilisation de « *l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs* » (dir. 2014/24 sur la passation des marchés publics, consid. 2) en ce que les objectifs sociaux et environnementaux et certains objectifs politiques ne relèvent plus de politiques secondaires. L'objectif de bonne utilisation des deniers publics et les objectifs sociétaux deviennent aussi importants que l'ouverture des marchés publics à la concurrence.

Il ne va pas de soi que les considérations sociales et environnementales peuvent tenir la même place en matière de concession.

Ce type d'exigence impose souvent une charge supplémentaire au délégataire, celle-ci se répercute sur les conditions financières du contrat, et donc, *in fine*, lorsque la concession porte sur un service destiné à des usagers, sur le prix payé par l'usager. La question peut alors

<sup>34</sup> « *Droits exclusifs, des droits accordés par une autorité compétente d'un État membre au moyen de toute loi, de tout règlement ou de toute disposition administrative publiée qui est compatible avec les traités ayant pour effet de réserver l'exercice d'une activité à un seul opérateur économique et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer cette activité.* »

<sup>33</sup> TA Dijon RPC 21 juin 2013, SOCCRAM, req. n° 1301391 : « *La circonstance qu'un même contrat confie la réalisation de l'ouvrage et la gestion du service public à deux concessionnaires ne fait pas perdre à ce contrat sa qualification de concession* » et « *le fait pour l'attributaire (i.e. le groupement) de partager la réalisation de l'ouvrage et son exploitation n'entraîne pas la conclusion de deux contrats distincts.* »



se poser de l'existence d'une contrepartie pour celui-ci.

De plus, dans le cas d'une DSP, la question de savoir si les critères devaient être en rapport avec l'objet du contrat, c'est-à-dire si le délégant pouvait demander quelque chose de plus, était ouverte. L'article 53 du code de marchés publics énonce que les critères sont « liés à l'objet du marché », mais rien n'est dit dans la loi Sapin et le code général des collectivités territoriales et le Conseil d'État, dans sa décision déjà citée du 23 décembre 2009 concernant l'établissement public de Versailles, n'indique pas que les critères doivent être en rapport avec l'objet du contrat. Une décision du tribunal administratif de Toulouse concernant une DSP d'eau potable à Montauban<sup>35</sup> a certes jugé que les critères de DSP doivent être en rapport avec le service public, mais, pour autant, elle ne dit pas que le critère social est nécessairement sans rapport avec le service public.

La directive sur l'attribution des concessions clarifie la situation, même si elle insiste moins sur les aspects sociaux que les directives Marchés.

Dans son préambule, la directive sur l'attribution des concessions ne mentionne pas les objectifs sociétaux, mais au lieu de cela, met en valeur l'intérêt de la concession par un considérant spécifique : « *les contrats de concession sont des instruments importants dans le développement structurel à long terme d'infrastructures et de services stratégiques, car ils concourent au progrès de la concurrence sur le marché intérieur, permettent de tirer parti de l'expertise du secteur privé et contribuent à réaliser des progrès en matière d'efficacité et à favoriser l'innovation* » (consid. 3).

Il n'en demeure pas moins que les aspects sociaux et environnementaux sont présents même si c'est de manière plus atténuée que dans les directives sur les marchés.

Ainsi, l'article 30 pose des « principes généraux » au nombre desquels figure le principe selon lequel « *Les États membres prennent les mesures appropriées pour*

*veiller à ce que, dans l'exécution des contrats de concession, 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.* »

Ensuite, l'article 41 § 2 dispose que les critères d'attribution de la concession « *sont liés à l'objet de la concession et ne confèrent pas une liberté de choix discrétionnaire au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice. Ils peuvent inclure, entre autres, des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation* ». Le texte de la directive sur les concessions, à la différence de l'article 67 de la directive sur les marchés publics<sup>36</sup>, n'intègre pas l'apport de l'arrêt de 2012 sur le label Max Havelaar<sup>37</sup>, qui a levé les obstacles à l'utilisation des critères sociaux et environnementaux en admettant une conception large du rapport avec l'objet du marché, mais le considérant 64 de la directive sur les concessions reprend cet apport<sup>38</sup>.

Il en va de même pour la notion de « coût du cycle de vie » introduite dans les directives sur les marchés (art. 68 dir. 2014/24) et qui est mentionnée dans le considérant 64 de la directive 2014/23.

Au stade de la transposition, l'article 25 du projet de décret prévoit que : « *Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde sur une pluralité de critères non discriminatoires. Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation. S'il y a lieu, l'auto-*

*rité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers.* »

Le lien nécessaire avec l'objet du contrat n'est pas mentionné, mais il va de soi, le décret devant être interprété en fonction de la directive.

Sur tous ces points on ne peut pas considérer que l'application aux concessions de règles identiques à celles qui ont été définies pour les marchés publics mette en péril la spécificité de la concession.

Mais, à côté de ces exemples d'enrichissement du droit de la concession par le droit des marchés publics, on trouve aussi des cas d'extensions malheureuses.

### III. Extensions abusives du droit des marchés publics

L'extension des textes sur les marchés a fréquemment été trop systématique, avec pour conséquence une inadéquation entre le contenu de la norme et son objet, la concession. Cette inadéquation est parfois inopportune, parce qu'elle a des conséquences négatives, parfois neutre, mais avec pour effet que la disposition est sans utilité.

#### A. Extensions inopportunes

Certaines extensions du droit des marchés publics ont eu des conséquences négatives, soit que la spécificité de la concession soit méconnue, soit que la concurrence soit restreinte. On en donnera deux exemples.

##### a) La valeur du seuil

Très tôt dans le processus d'élaboration de la directive s'est posé le problème du seuil à partir duquel une concession est dans le champ d'application de la directive. L'existence de concessions de services sans investissement (par exemple : affermages), la diversité des secteurs concernés, le montant très variable des investissements ont pu faire hésiter sur le principe d'un seuil unique et sur la reprise d'un des seuils applicables en matière de marchés publics.

Ainsi, un amendement déposé devant la commission du marché intérieur ten-

<sup>35</sup> TA Toulouse 5 janvier 2010, *Société Lyonnaise des eaux*, req. n° 0905678.

<sup>36</sup> Selon l'article 67, les critères d'attribution « *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, y compris lorsqu'ils se réfèrent à des facteurs qui ne font pas partie du "contenu matériel" du marché* » et il peut être fait référence au « *processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services* ».

<sup>37</sup> CJUE 10 mai 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-368/10.

<sup>38</sup> L'apport de l'arrêt *Max Havelaar* est, en revanche, repris à l'article 36 à propos de spécifications techniques.

daît à élever le seuil fixé par la proposition de la Commission à 5 000 000 d'euros à 10 000 000 d'euros parce que « *En raison de la longue durée des concessions, les seuils doivent être suffisamment élevés afin de garantir le caractère proportionné des charges administratives. Pour les pouvoirs adjudicateurs de petite taille, un seuil de cinq millions d'euros seulement se traduirait par un montant régulièrement trop élevé des charges administratives* »<sup>39</sup>.

Un autre amendement proposait de faire varier l'évaluation en fonction de la durée ou l'importance de la population desservie (amendement 447).

Toutes les propositions, pourtant adaptées aux particularités et à la diversité des concessions, ont été écartées en faveur de la référence au même seuil que pour les concessions et les marchés de travaux au motif que le choix n'existait pas, parce que ce montant était imposé par l'Accord OMC sur les marchés publics (AMP).

La directive renvoie expressément audit Accord : l'AMP est mentionné dans le considérant 65 à propos des critères d'attribution, dans le considérant 84 à propos de la renégociation de l'AMP et dans l'article 9 au sujet de la révision des seuils.

Il était, pourtant fort douteux que l'AMP soit applicable, sauf à assimiler concession et marché public.

Le texte révisé de la convention OMC sur les marchés publics, à laquelle l'UE est partie<sup>40</sup> définit sa portée et son champ d'application comme suit : « *Art. II – 2. Aux fins du présent accord, l'expression "marchés couverts" s'entend des marchés passés pour les besoins des pouvoirs publics :*

*a) de marchandises, de services, ou d'une combinaison des deux :*

*i) comme il est spécifié dans les annexes de l'Appendice I concernant chaque Partie [...] ».*

Pour la définition plus précise du champ d'application, il faut se référer à l'Appendice I.

En effet, le champ d'application de l'Accord est déterminé pour chaque Partie dans les annexes de l'Appendice I<sup>41</sup>.

C'est dans ces annexes qu'est indiquée la valeur des seuils au-delà desquels les marchés sont visés par l'Accord et les services et services de construction visés.

Or il résulte de l'Appendice I de l'UE (à l'époque les Communautés européennes) que le champ d'application n'est pas plus large que celui des directives sur les marchés ; la concession de services est donc exclue.

Concernant les travaux, la seule annexe qui puisse être de quelque utilité est l'annexe 5 où il est indiqué qu'« *un marché de services de construction est un marché qui a pour objet la réalisation, par quelque moyen que ce soit, des travaux de bâtiment ou génie civil, au sens de la Division 51 de la Classification centrale de produits* ».

Pour ceux qui considèrent que la concession de travaux n'est pas une simple prestation de service, il ne fait aucun doute qu'elle ne peut être qualifiée de marché de service de construction. Mais certains considèrent que la concession n'est qu'une forme de prestation de service, et c'est, en fin de compte, cette thèse que la directive sur l'attribution des concessions entérine en se référant à l'AMP, ce qui est assez paradoxal dans une directive qui consacre la différence entre concession et marché.

#### **b) L'exception d'entreprise liée**

Pour définir le champ d'application organique de la directive sur l'attribution des concessions, la directive reprend les notions de pouvoirs adjudicateurs et d'entités adjudicatrices préexistantes sans se soucier d'apporter les clarifications, pourtant nécessaires, en particulier au sujet de la notion d'organisme de droit public. Il est donc logique que le projet d'ordonnance renvoie sur ce point à l'ordonnance sur les marchés publics (art. 6 du projet d'ordonnance).

Il s'ensuit que les textes sur la concession font, comme les textes sur les marchés, une distinction entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices. Cette uniformisation a pour résultat paradoxal de transformer la notion d'entité adjudicatrice, qui n'est plus la même en matière de concession qu'en matière de marché. En effet, en matière de marché, il est acquis que le régime des entités adjudicatrices ne s'applique pas aux contrats qui ont pour objet de confier l'activité, parce que pour être une entité adjudicatrice il est nécessaire d'exercer effectivement l'activité d'entreprise<sup>42</sup>. Étendre la notion d'entité adjudicatrice à la matière des concessions entraîne donc une mutation de la notion : il suffit que le concédant soit compétent juridiquement pour la gestion de l'activité de réseau pour qu'il ait le caractère d'une entité adjudicatrice.

La question se posera de savoir si cette mutation se répercutera sur la notion d'entité adjudicatrice au sens de la directive 2014/25 ; mais en restant dans le cadre de la directive 2014/23 on ne peut que regretter le maintien de deux sortes de concédants. En effet, la distinction a été introduite pour la passation des marchés afin de fixer des règles de passation plus souples, à raison de l'implication des entités adjudicatrices dans des activités économiques. Cette justification est absente en matière de concessions puisque la procédure de passation est exactement la même, qu'il s'agisse d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice.

La seule particularité de l'entité adjudicatrice concédante est qu'elle peut attribuer sans procédure une concession à une « entreprise liée ». C'est donc uniquement pour permettre d'étendre aux concessions l'exception d'entreprise liée, consacrée par les directives sur les marchés des entités adjudicatrices, qu'a été maintenue la dualité pouvoir adjudicateur-entité adjudicatrice et cela dans le but de protéger de la concurrence les *Stadtwerke*

<sup>39</sup> Amendement 443, Anja Weisgerber, Birgit Collin-Langen, Sabine Verheyen, Hans-Peter Mayer, PE, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Projet de rapport Philippe Juvin (PE492.669v01-00).

<sup>40</sup> Décision du Conseil du 2 décembre 2013 relative à la conclusion du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics (2014/115/UE), JOUE 7 mars 2014.

<sup>41</sup> Voir [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/gproc\\_f/gp\\_gpa\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm)

<sup>42</sup> CJCE 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99 ; CE 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP* : CP-ACCP n° 69, p. 20, note Richer ; Ctts et MP 2007, com. 240, obs. Zimmer.

allemandes et autrichiennes, au grand dam de l'ouverture du marché.

Dans d'autres cas, la nocivité des extensions ne va pas au-delà de la complication inutile.

## B. Extensions inutiles

Le réflexe d'assimilation de la concession à un marché a conduit à reporter dans la directive sur les concessions des dispositions dont l'utilité paraît douteuse. Là encore on en donnera deux exemples.

### a) L'annexe I et la définition de la concession de travaux

Selon l'article 5 § 1-a de la directive sur les concessions, la concession de travaux a pour objet de confier « l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix ». Et, d'après l'article 5 § 7, par « exécution de travaux » il faut entendre « la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences définies par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice qui exerce une influence décisive sur le type d'ouvrage ou la conception de l'ouvrage ».

La définition de l'exécution des travaux est la reproduction de la définition du marché de travaux dans les directives sur la passation des marchés. C'est de là que vient la référence à l'Annexe I, qui donne une liste de travaux, dont l'existence n'a d'explication qu'historique<sup>43</sup>. La reprise de cette liste pour la définition des

concessions de travaux obscurcit celle-ci et ne s'imposait pas, seul le réflexe assimilationniste l'explique.

### b) Les exclusions

Depuis l'origine, les directives sur les marchés comportent une liste hétérogène d'exclusions, qui sont justifiées, entre autres, par des considérations culturelles ou sociales (médiat audiovisuels), par le mode de sélection (arbitrage et conciliation), par la dimension territoriale (transfert de droits immobiliers).

Par mimétisme, la directive sur les concessions comporte une liste, parfois surprenante, d'exclusions (art. 10 § 8 et articles 7-2° à 6° et 8° à 9° du projet d'ordonnance).

Seule une des exclusions prévues par les directives sur les marchés n'est pas reprise, celle qui concerne les contrats d'emploi, ce qui est la moindre des choses puisque, par définition, un contrat d'emploi est un contrat qui ne transfère pas le risque économique<sup>44</sup> et est donc insusceptible d'être une concession.

Mais ce n'est pas le seul cas où la question de savoir si le contrat peut transférer le risque d'exploitation paraît insusceptible de se poser. On n'en prendra que deux exemples particulièrement topiques, celui des services d'arbitrage et de conciliation et celui des prêts.

Dans le cas de l'arbitrage ou conciliation, si le bénéficiaire du service est l'autorité adjudicatrice, on voit mal comment le contrat pourrait comporter transfert d'un risque d'exploitation : quel risque ? Quelle exploitation ?

Il se peut que le contrat ait pour objet de confier une activité d'arbitrage au profit de tiers, mais alors la justification de l'absence de concurrence préalable disparaît. L'exclusion de l'arbitrage et de la conciliation est justifiée selon la directive marchés publics par le mode de désignation des arbitres ou conciliateurs (dir.

2014/24, consid. 24), ce qui renvoie à la désignation par les parties au litige et non par un adjudicateur qui mettrait à disposition des parties un dispositif de règlement des litiges.

En ce qui concerne les prêts, si le prêt est consenti à l'adjudicateur, le contrat comporte un risque, mais ce n'est pas un risque d'exploitation transféré. S'il s'agit de confier la mission de prêter à des tiers<sup>45</sup>, la justification de l'exclusion fait défaut : le préambule de la directive 2014/24 ne fournit aucun motif à l'exclusion, mais il est admis que la soumission aux règles de passation des marchés est inutile à raison de l'existence d'un marché financier compétitif, ce qui ne vaut que pour le contrat de prêt lui-même et non pour un contrat qui confierait la mission de prêter à des tiers.

Il s'avère de la sorte que si une certaine unification par intégration de la concession à la commande publique ne contrarie pas le bon usage de la concession, le rapprochement entre marché et concession a parfois été trop loin, parce qu'il a procédé d'une démarche dogmatique, et non d'une vision globale de la concession. De plus, comme tout texte législatif de l'UE, la directive 2014/23 porte la marque des négociations dont elle est issue : « les déterminants des décisions sont le pouvoir de négociation des États, les packages deals (accords globaux) et les side-payments (contreparties) »<sup>46</sup>, ce qui a abouti à certaines solutions peu rationnelles. La genèse de la directive explique aussi qu'elle comporte de nombreuses dispositions dont l'application ou l'applicabilité en matière de concessions laisse sceptique ; la présence de ces dispositions apparaît comme le résultat d'un accommodement avec la conception assimilationniste d'origine. ■

Laurent Richer

<sup>43</sup> La directive 71/305 du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux énonçait que : « Les "marchés publics de travaux" sont des contrats "qui ont pour objet une des activités visées à l'article 2 de la directive du conseil du 26 juillet 1971". Cette dernière directive de libéralisation s'appliquait "aux activités non salariées qui figurent à l'annexe I du programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, classe 40. Ces activités correspondent à celles qui sont énumérées dans la classe 40 de la « Nomenclature des industries établies dans les Communautés européennes (NICE) ».

<sup>44</sup> Cf. Jacobs sur CJCE 21 septembre 1999, *Albany International*, aff. C-67/96 : « En règle générale, ce ne sont pas les travailleurs salariés qui assument le risque commercial direct d'une transaction donnée. Ils sont aux ordres de leur employeur. Ils n'offrent pas des services à différents clients : ils travaillent pour un seul employeur. » (point 215).

<sup>45</sup> Ce qui exclut, de toute façon, l'article 7-6° du projet d'ordonnance puisqu'il mentionne « Les contrats de concession de services qui sont des contrats d'emprunts. »

<sup>46</sup> O. Costa et N. Brack, *Le fonctionnement de l'Union européenne*, éd. UB, 2<sup>e</sup> éd. 2014, p. 67.