

Revue

Lexbase Hebdo édition publique n°384 du 3 septembre 2015

[Contrats administratifs] Textes

La délégation de service public n'est pas morte, elle a simplement changé de nom

N° Lexbase : N8681BU3



par Lorraine Klein et Anna Maria Smolinska, Avocats au barreau de Lyon, Cabinet Guimet avocats

Réf. : *Projet d'ordonnance relative aux contrats de concession*

L'article 56 du projet d'ordonnance relative aux contrats de concession, qui viendra transposer la Directive 2014/23/UE du 26 février 2014, sur l'attribution des contrats de concession (N° Lexbase : L8591IZ9), annonce la mort de la délégation de service public en ces termes : "*Dans les dispositions législatives énumérées ci-après, le mot : 'délégation' est remplacé par le mot 'concession'*". La mort de la délégation de service public est confirmée par les articles 55 à 62 du projet d'ordonnance qui suppriment "*dans toutes les dispositions législatives en vigueur*", les références aux chapitres de la loi "Sapin" (loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques N° Lexbase : L8653AGL), lesquels sont abrogés.

Organiquement, la délégation de service public est donc morte. Mais l'est-elle matériellement ? Rien n'est moins certain.

En effet, le projet d'ordonnance préserve la spécificité de la délégation de service public à la française en distinguant au sein de la notion européenne de "concession de services" celle de "concession de service public" (1).

Cette spécificité se traduit par la suite au sein de deux articles du projet.

L'un impose aux autorités concédantes lors de la vérification des candidatures, d'apprécier non seulement "*l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du contrat*", mais également "*l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public*" (2). Cette rédaction est identique à celle de l'actuel article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales (N° Lexbase : L0551IGI).

L'autre opère une graduation de l'information de l'autorité concédante par le concessionnaire. Une telle information, par le biais d'un rapport annuel, peut être exigée dans le cadre de toutes les concessions, mais elle est obligatoire uniquement dans le cadre des concessions de service public (3). Le projet de décret relatif aux contrats de

concession (ci-après "projet de décret") précise les modalités de production dudit rapport. L'ensemble du dispositif est identique à celui prévu actuellement par l'article L. 1411-3 du Code général des collectivités territoriales (N° Lexbase : L8317AAB).

Ces éléments indiquent que, bien que de manière économe, jugée par certains insuffisante (4), le projet d'ordonnance consacre une spécificité des ex-délégations de service public.

Compte tenu de l'alignement général du régime des contrats concessifs sur l'actuel régime des délégations de service public, il n'est pas certain que d'autres spécificités aient réellement besoin d'être affirmées.

De manière globale, il ressort des projets d'ordonnance et du décret soumis à la consultation publique que le régime des concessions est calqué sur le régime actuel des délégations de service public.

Ainsi, l'obligation de publier un avis annonçant aux candidats potentiels le projet est une obligation posée par la Directive 2014/23/UE du 26 février 2014, intégrée par l'ordonnance mais qui ne fait que reprendre les exigences imposées par le Code général des collectivités territoriales régissant les délégations de service publics et les grands principes qui gouvernent les contrats de la commande publique (principe de transparence des procédures, principe de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats).

Tel est le cas également de la procédure négociée qui devient la procédure de droit commun prévue par l'ordonnance de transposition. La négociation est l'apanage des délégations de service public, bien connue des praticiens. La jurisprudence était venue encadrer la liberté laissée aux autorités délégantes pour choisir leur délégataire. L'ordonnance intègre cependant une nouveauté consistant à imposer à l'autorité concédante de négocier avec l'ensemble des candidats ayant remis une offre. Ni la loi, ni la jurisprudence n'avait imposé jusqu'ici à l'autorité délégante de procéder à une négociation avec tous les candidats dans le but d'améliorer leur offre. La liberté accordée par la loi "Sapin" et maintenue par la jurisprudence est ici quelque peu ébranlée, en application des principes communautaires régissant la commande publique. Cette obligation imposera le respect d'un calendrier de procédure plus strict et l'autorité concédante devra veiller, au cours de cette phase, au respect de l'égalité de traitement entre les candidats (délai pour améliorer l'offre, information donnée, etc.).

Après la transposition de la Directive, la procédure de mise en concurrence devient une procédure dite simplifiée correspondant à la procédure actuelle des délégations de service public et applicable, désormais, aux concessions dont le montant est inférieur aux seuils européens. Elle correspond à la procédure adaptée des marchés publics.

Outre la question de la spécificité des nouvelles concessions de service public, il convient de s'interroger sur les nouveautés que l'Etat français prévoit d'introduire dans le régime de toutes les concessions, y compris les ex-délégations de service public.

Tout d'abord, alors que l'Etat français a décidé, dans une démarche d'harmonisation, d'inclure dans le champ d'application de la nouvelle ordonnance toutes les concessions de services et de travaux, la Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 est moins exigeante. Elle prévoit que : *"la présente Directive s'applique aux concessions dont la valeur est égale ou supérieure à 5 186 000 euros"* (5).

Ainsi, toutes les concessions sont désormais, et contrairement au régime de 2004 (6), soumises au droit européen, au-delà du seuil précité.

Pour transposer la Directive 2014/23/UE, plus contraignante sur certains points que la loi "Sapin", l'Etat français a donc instauré une double procédure d'attribution. La procédure simplifiée -largement inspirée de la loi "Sapin"— en dessous du seuil de 5 186 000 euros et la procédure formalisée -conforme aux exigences de la Directive— au dessus de ce seuil.

Cette dichotomie est simplement annoncée par l'article 26 du projet d'ordonnance. Elle est, en revanche, détaillée par le projet de décret.

En substance, la procédure formalisée, largement inspirée du régime des marchés publics, impose à l'autorité concédante des obligations renforcées en termes de :

- publication de l'avis de concession, une publication sur le profil acheteur et au Journal officiel de l'Union européenne étant obligatoire (article 14 du projet de décret) ;
- délais de réception des candidatures ou des offres, avec fixation des délais minimaux de trente jours pour la réception des candidatures et éventuellement des offres et de vingt-deux jours pour la réception des offres, à compter de l'envoi de l'invitation à présenter une offre (article 17 du projet de décret) ;

- hiérarchisation des critères d'attribution et publicité de cette hiérarchisation (article 25 du projet de décret) ;
- notification des motifs de rejet aux candidats non retenus, ainsi que de respect du délai de *standstill* de seize jours (article 28 du projet de décret) ;
- publication d'un avis d'attribution dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la notification du contrat (article 30 du projet de décret) ;
- et de publication d'un avis de modification de contrat (article 35 du projet de décret).

L'impact de ces obligations peut être nuancé. D'une part, la plupart des obligations précitées trouve un équivalent dans le cadre des procédures simplifiées, avec un degré d'exigence moindre. D'autre part, les concessions de service public concernées seront probablement peu nombreuses, en raison de l'exclusion du champ de la procédure formalisée des concessions relevant du domaine de l'eau potable, de transport de voyageurs et des services sociaux ou des "*autres services spécifiques*" (article 10 du projet de décret) et du seuil très élevé au dessus duquel ces obligations s'appliquent.

Ensuite, au-delà de la distinction entre procédure simplifiée et formalisée, le projet de transposition introduit certaines nouveautés dans le régime des concessions qui, selon le cas, diffèrent de manière plus ou moins importante du régime actuel.

Evaluation préalable. Le projet d'ordonnance exige, pour les concessions dont le montant est supérieur à 100 millions d'euros, la réalisation, par l'autorité concédante d'une évaluation préalable.

Cette obligation, connue par les contrats de partenariat, a vocation ici, à confirmer que la concession est l'outil juridique, technique et financier le plus adapté aux besoins exprimés par la personne publique.

Imposer une telle évaluation préalablement à la réalisation d'un projet de grande envergure n'est pas sans soulever plusieurs questions. La première réside dans le coût de l'évaluation, qui va nécessairement impacter les finances publiques. La seconde porte sur l'entité extérieure à la personne publique qui sera chargée de procéder à l'analyse, en toute indépendance, et éventuellement dans un laps de temps relativement bref. Cette nouvelle obligation ne doit pas avoir pour conséquence néfaste de freiner les investissements et les projets publics de grande envergure au motif que l'évaluation préalable serait trop contraignante à réaliser.

Ce document ne s'apparente pas au rapport de présentation qui devait être établi avant la délibération de l'autorité délégante sur le recours à un contrat de délégation de service public (7). L'évaluation préalable est plus conséquente et nécessite une véritable comparaison (au regard notamment des coûts complets) des différents outils à la disposition des personnes publiques pour la réalisation du projet convoité.

Toutefois, l'impact de cette obligation restera limité dans la mesure où les projets de concessions à hauteur de 100 millions d'euros sont rares dans le paysage des concessions françaises.

Indemnisation en cas de résiliation ou en cas d'annulation de la concession. L'actuel régime de résiliation et d'annulation des délégations de service public est prétorien, la loi "Sapin" n'ayant pris aucune disposition relative à la fin anticipée des contrats. L'ordonnance ne remet pas en cause les règles posées par le Conseil d'Etat mais les complète par la possibilité de résilier la concession en cas de manquement aux traités européens, de condamnation pénale définitive, ou en cas de modification substantielle du contrat qui aurait dû faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Par nature, un contrat est indivisible, cependant le projet d'ordonnance introduit la faculté pour les parties à un contrat de concession d'introduire une clause divisible relative aux modalités d'indemnisation du concessionnaire en cas de fin anticipée de la concession. Les juristes comprendront que malgré l'annulation du contrat, la responsabilité contractuelle du concédant pourra être recherchée afin d'invoquer l'application de cette clause pour obtenir la réparation du préjudice subi par le concessionnaire. Cette possibilité permet de protéger le concessionnaire et de leur assurer une indemnisation ; en revanche, lors de la mise au point du contrat, les parties devront veiller à la rédaction de cette clause afin qu'elle ne soit pas écartée par le juge (disproportion, irrégularité, etc.).

Les modifications des concessions. L'article 45 du projet d'ordonnance et les articles 34 et 35 du projet de décret prévoient le régime des modifications des concessions. Le principe est celui d'interdiction de modifier la "*nature globale du contrat*", notion qui diverge de celle, jurisprudentielle, de "*bouleversement de l'économie du contrat*". Cette différence de vocabulaire n'a cependant pas d'impact particulier, dans la mesure où les hypothèses dans lesquelles la modification par voie d'avenant est autorisée sont clairement et précisément listées par le décret.

C'est donc *in fine* l'existence d'une telle liste et son caractère exhaustif qui constitue un changement majeur par rapport à la loi "Sapin".

Pour plus contraignantes que dans le cadre de la loi "Sapin" et de la jurisprudence actuelle, ces exigences ont pour avantage de sécuriser les avenants aux futures concessions de service public, lorsque leur conclusion est possible.

La publicité des critères. Alors que la loi "Sapin" exige des pouvoirs adjudicateurs la simple communication aux candidats des "*caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur*" (8), le futur régime des concessions les astreint à rendre publics les critères d'attribution, tout en précisant qu'ils doivent être plusieurs, non-discriminatoires et, dans le cadre d'une procédure formalisée, hiérarchisés (article 25 du projet de décret).

Une telle application des principes de la commande publique à tous les contrats concessifs ne peut qu'être louée. Elle s'inscrit par ailleurs dans la logique de la jurisprudence administrative qui, depuis l'arrêt du Conseil d'Etat "Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles" (9), impose aux autorités délégantes de préciser les critères de sélection des offres avant leur dépôt (10).

L'appel d'offres ouvert et restreint. Le projet du futur régime des concessions semble également lever le doute quant à la possibilité de recourir indifféremment aux appels d'offres ouverts et restreints.

La loi "Sapin" semblait n'admettre que l'appel d'offres restreint, en précisant que "*la Commission [...] dresse la liste de candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties [...]*" (11).

Il ressort clairement de la lecture combinée des articles 17 -mentionnant "*la réception des candidatures, accompagnées le cas échéant des offres*" — et 20 -qui prévoit que "*l'autorité concédante peut décider de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre*"— du projet de décret, et 35 du projet d'ordonnance, en application duquel les autorités concédantes devront "*dresser la liste des candidats admis à participer à la suite de la procédure*", que tant les appels d'offres ouverts que les appels d'offres restreints ont leur place dans les procédures d'attribution des concessions, y compris de service public.

Information de candidats évincés. En l'état actuel du droit, aucune disposition légale ou réglementaire ni pratique jurisprudentielle n'impose aux autorités délégantes d'informer les candidats évincés du rejet de leur candidature ou de leur offre. Les autorités délégantes ont cependant développé cette pratique, notamment afin de fermer certains recours (12).

Le régime nouveau prévoit une obligation d'information des seuls candidats évincés d'une procédure formalisée. En revanche, dans une articulation des articles 28 et 29 du projet de décret, identique à celle des articles 80 (N° Lexbase : L0165IRK) et 83 (N° Lexbase : L9821IEH) du Code des marchés publics, tous les candidats n'ayant pas reçu l'information prévue pour la procédure formalisée devront, s'ils en font la demande, être informés des motifs de rejet dans les quinze jours à compter de cette demande.

Quasi-régie. Le projet de transposition de la directive prévoit également d'étendre l'exception de quasi-régie aux concessions de manière fidèle à la Directive 2014/23/UE et même plus importante, car le projet englobe dans cette exception toutes les concessions, qu'elles soient ou non au-dessus des seuils communautaires.

La démarche est ici identique à celle de la transposition de la Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics (N° Lexbase : L8592IZA). La rédaction de l'article 10 du projet d'ordonnance "concessions" est très semblable à celle de l'article 17 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics (N° Lexbase : L9077KBS), allant jusqu'à la préférence du terme "*pouvoir adjudicateur*" à celui de l'autorité concédante.

Cette modification ne paraît cependant pas révolutionnaire et ne semble pas porter atteinte à la "*délégation de service public à la française*", dans la mesure où la logique de la quasi-régie, confiée à un établissement public ou une société publique locale contrôlée par l'autorité délégataire était déjà présente dans le Code général des collectivités territoriales depuis la modification de l'article L. 1411-12 (N° Lexbase : L3730IM4) par la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010, pour le développement des sociétés publiques locales (N° Lexbase : L3708IMB).

Elle va cependant au-delà du régime des délégations de service public existant, notamment par le biais de la nouvelle définition du contrôle analogue, l'admission de la participation des capitaux privés au sein la personne morale contrôlée et l'admission de la quasi-régie "horizontale" (entre personnes morales contrôlées par la même autorité concédante) et "verticale ascendante" (entre la personne morale contrôlée et l'autorité concédante).

Enfin, "last but not least". La définition de la concession est remise par la non-utilisation du terme de "rémunération substantiellement liée au résultat d'exploitation" et par le fait que la part de risque, qui constitue un des critères de la concession, doit réellement exposer le concessionnaire "aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable". Le risque financier auquel le concessionnaire s'expose, en concluant une concession, tient au fait qu'il n'a aucune garantie d'amortir les investissements réalisés ou de se rembourser des sommes engagées à l'origine.

Le transfert du risque d'exploitation, critère financier des délégations de service public et concessions de travaux est repris ici, et précisé par rapport aux définitions données par le Conseil d'Etat. Toutefois, cette précision n'emporte pas la conviction, dans la mesure où il reste encore difficile de consacrer un seuil en dessous duquel le concessionnaire n'est pas exposé aux aléas du marché. La notion de perte "nominale ou négligeable" n'apparaît, au final, pas plus précise que la notion "substantiellement liée au résultat d'exploitation".

Pour conclure, la délégation de service public n'est pas morte, elle a simplement changé de nom. Cette analyse est également celle du Professeur Richer qui considère que "les projets de textes maintiennent en partie la loi Sapin' et répondent ainsi aux inquiétudes des élus et des opérateurs craignant la remise en cause des délégations de service public". Si la délégation de service public en tant que telle n'est pas morte, la dichotomie entre concession de services ou de travaux et concession de service public restant en vigueur, il n'empêche que les termes d'"affermage" et de "délégation" viennent de disparaître. Dans ce cas précis, l'harmonisation du régime autour de la notion de "concession" a sans doute pris le pas sur une finesse des notions qui constituait un acquis de la "délégation de service public à la française" (13).

(1) Projet d'ordonnance relative aux contrats de concession, art. 5 : "Lorsqu'ils ont pour objet la gestion d'un service public, ils sont qualifiés de contrats de concession de service public".

(2) Projet d'ordonnance relative aux contrats de concession, art. 35.

(3) Projet d'ordonnance relative aux contrats de concession, art. 42.

(4) L. Richer préconise de consacrer aux concessions de service public un chapitre à part dans la future ordonnance (interview publiée sur LeMoniteur.fr le 29 juillet 2015).

(5) Directive 2014/23/UE du 26 février 2014, art. 8.

(6) L'article 17 de la Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (N° Lexbase : L1896DYU), excluait expressément de son champ d'application les concessions de services.

(7) CGCT, art. L. 1411-4 (N° Lexbase : L8318AAC).

(8) CGCT, art. L. 1411-4.

(9) CE 2° et 7° s-s-r., 23 décembre 2009, n° 328 827, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A8416EPE).

(10) En revanche, la jurisprudence interne n'impose pas la hiérarchisation des critères : cf. notamment CAA Lyon, 4ème ch., 3 novembre 2011, n° 10LY00 536 (N° Lexbase : A9778HZ8).

(11) CGCT, art. L. 1411.

(12) Publication d'avis d'intention de conclure.

(13) Lorraine Klein est co-auteur de *La délégation de service public. Pratique de la passation*, éditions EFE, 2013 et Anna Maria Smolinska est docteur en droit, enseignant à l'Université Jean Moulin Lyon III et à l'Université catholique de Lyon.