

FICHE D'IMPACT

PROJET DE TEXTE REGLEMENTAIRE

NOR :

Intitulé du texte : Ordonnance relative aux contrats de concession

Ministère à l'origine de la mesure : Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique

Date d'établissement de la présente fiche (*le cas échéant, date de sa dernière modification*) : 22/07/2015

I. PRESENTATION GENERALE DU TEXTE

1. L'ordonnance vise à transposer la directive 2014/23/UE et à rationaliser le corpus juridique national applicable aux contrats de logique concessive.	3
1.1 La directive 2014/23/UE : un cadre européen inédit pour les contrats de concession.	3
1.1.1 Clarification de la notion européenne de concession.	3
1.1.2 Durée des contrats de concession.	4
1.1.3 Unification des règles de passation des concessions de travaux et de service.	4
1.1.4 Encadrement du régime des avenants.	4
1.2 Unification du cadre juridique des concessions au profit d'une sécurité juridique accrue. 5	
1.2.1 Harmoniser le cadre juridique national autour de la notion européenne de concession.	5
1.2.2 Définir un socle juridique commun à l'ensemble des contrats de concessions.	6
2. Impacts du nouveau socle commun du droit des contrats de concession.	7
2.1 Un champ d'application unifié pour tous les contrats de concession.....	7
2.1.1 Un champ d'application organique étendu.....	7
2.1.2 Un champ d'application matériel complété.	9
2.1.3 Certains contrats de concession dérogeront, en raison de leurs spécificités, aux règles de publicité et de mise en concurrence.	9
2.1.4 La prise en compte de la problématique propre aux secteurs exclus du champ d'application de la directive mais bénéficiant à ce jour d'un encadrement national.	13
2.1.5 La clarification des compétences juridictionnelles en matière de contrats de concession.	16
2.2 L'ordonnance fixe des règles de passation imposées par la directive et inspirées de la pratique. 19	
2.2.1 Le droit des concessions comme levier de politiques publiques.	19
2.2.2 La faculté, pour les autorités concédantes, d'insérer des clauses sociales et environnementales est consacrée.....	21
2.2.3 Stabilité des modalités de calcul de la durée des contrats.....	25
2.2.4 La nécessité de protéger les deniers publics par la mise en place, pour les contrats de concession dont le montant est supérieur à 100M€, d'une évaluation préalable.....	26
2.2.5 Le maintien des exigences de publicité.	28
2.2.6 La reconnaissance de la procédure négociée.	29
2.2.6.1 La procédure négociée s'impose comme procédure de droit commun pour les contrats de concession.29	
2.2.6.2 La mise en place de procédures de passations adaptées à l'objet et au montant du contrat de concession.30	
2.2.7 Clarification et harmonisation des communications et échanges d'informations.	32
2.2.8 Unification et simplification du régime des interdictions de soumissionner.	33
2.2.9 Stabilité des règles de sélection des candidatures et des offres.	35
2.2.10 Sécurisation de l'achèvement de la procédure.	36
2.3 L'encadrement de l'exécution des contrats de concession.....	37
2.3.1 L'amélioration de la transparence des contrats de concession.	38
2.3.1.1 Favoriser un contrôle régulier de l'exécution des contrats de concession.	38
2.3.1.2 La publication en open data des éléments essentiels des contrats de concession.	39
2.3.2 La sécurisation de l'exécution des contrats de concession par des tiers.	42
2.3.3 L'autorisation de modifier les contrats de concession en cours d'exécution.	45
2.3.4 La cristallisation de certaines hypothèses de résiliation des contrats de concession.....	48
3. Maintien des dispositions propres à certains secteurs d'activités, conformes au droit de l'Union européenne.	50
4. Outre-mer	52

Objectifs

L'adoption de la directive n° 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, publiée au Journal officiel de l'Union européenne du 28 mars 2014, constitue la principale innovation du nouveau « paquet » de directives qui modifient le droit européen de la commande publique. Contrairement aux directives 2014/24/UE et 2014/25/UE relatives à la passation des marchés publics qui se bornent à moderniser le cadre juridique des marchés publics en abrogeant et remplaçant les directives du 31 mars 2004, la directive sur l'attribution des contrats de concession offre un cadre juridique inédit et commun à l'ensemble des contrats de concessions.

Cette directive doit être transposée au plus tard le 18 avril 2016.

L'article 209 de la loi n° 2015-**** ***** a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi :

« Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, dans un délai de neuf mois à compter de la promulgation de la présente loi, toute mesure relevant du domaine de la loi :

1° Nécessaire à la transposition de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession ;

2° Permettant d'unifier et de simplifier les règles communes aux différents contrats de la commande publique qui sont des contrats de concession au sens du droit de l'Union européenne, ainsi que de procéder à la mise en cohérence et à l'adaptation des règles particulières propres à certains de ces contrats, eu égard à leur objet ».

1. L'ordonnance vise à transposer la directive 2014/23/UE et à rationaliser le corpus juridique national applicable aux contrats de logique concessive.

1.1 La directive 2014/23/UE : un cadre européen inédit pour les contrats de concession.

La directive du 26 février 2014 vise à réduire l'insécurité juridique qui encadre leur passation et de promouvoir un meilleur accès des entreprises européennes au marché des concessions.

Elle propose un encadrement inédit du régime juridique des contrats de concession, commun aux concessions de travaux et de service. En effet, le régime de passation des concessions de travaux n'est, à ce jour, soumis qu'à un nombre limité de dispositions de droit dérivé prévues aux articles 56 à 65 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. Les concessions de services sont uniquement soumises aux principes généraux du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Les principes posés par la directive, qui n'ont vocation à régir que les contrats relevant de son champ d'application, ne remettent pas en cause, dans bien des cas, les acquis du droit interne des contrats de logique concessive.

1.1.1 Clarification de la notion européenne de concession.

La directive consacre à la fois la définition de la concession et sa spécificité par rapport au marché public.

Elle définit les concessions de travaux et de services comme des contrats conclus par écrit et à titre onéreux par lesquels un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice confie l'exploitation de travaux, pour les premières, ou la prestation et la gestion de services, pour les secondes, dont la contrepartie consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages ou services, soit dans ce droit accompagné d'un prix (art. 5). Elle consacre le transfert au concessionnaire du risque d'exploitation comme critère principal de qualification, affirmé par la Cour de justice de l'Union

européenne (CJCE, 10 septembre 2009, Eurawasser, aff. C-206/08).

1.1.2 Durée des contrats de concession.

La durée des concessions est limitée. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice en estime la durée sur la base des travaux ou des services demandés (art. 18).

Pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale de la concession n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques.

La directive ne fait pas obstacle à la passation de concessions pour une durée supérieure à 5 ans dès lors que la notion d'investissement retenue par la directive s'entend au sens large (voir considérant 52) et rejoint l'approche économique adoptée par le Conseil d'Etat en la matière (CE, 11 août 2009, Soc. Maison Comba, n° 303517). Les investissements pris en considération aux fins du calcul comprennent, en effet, tant les investissements initiaux que ceux réalisés en cours d'exécution, ce qui peut recouvrer, notamment les dépenses liées aux équipements, aux infrastructures mais également aux droits d'auteur ou à la formation du personnel...

1.1.3 Unification des règles de passation des concessions de travaux et de service.

Cette unification concerne l'ensemble des modalités de publicité et de mise en concurrence. Un régime allégé bénéficie toutefois aux concessions portant sur les services sociaux et autres services énumérés à l'annexe IV.

Une procédure transparente favorisant l'accès des entreprises aux contrats de concession :

- ✓ Publication d'un avis de concession au Journal officiel de l'Union européenne dès 5 186 000 euros (art. 31) ;
- ✓ Mention obligatoire dans l'avis de publicité, dans l'invitation à présenter une offre ou dans les documents de concession de la description de la concession, des critères d'attribution et des exigences minimales à remplir. Ces éléments ne pourront être modifiés au cours de la procédure de négociation ;
- ✓ Délai minimum de réception des candidatures de 30 jours ; délai de réception des offres de 22 jours ;
- ✓ Hiérarchisation des critères d'attribution ;
- ✓ Consécration de la négociation comme procédure d'attribution.

1.1.4 Encadrement du régime des avenants.

La directive encadre également le recours aux avenants, en procédant à une quasi-codification de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*).

L'article 43 prohibe la passation d'avenants induisant une modification substantielle du contrat. Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui auraient pu exercer une influence sur la procédure de mise en concurrence initiale, qu'il s'agisse de la phase de sélection des candidats ou du choix de l'attributaire, qui modifie l'équilibre économique de la concession ou en étend considérablement le champ.

Toutefois, un avenant au contrat est possible, sans nouvelle procédure, lorsqu'une clause le prévoit

dans les documents initiaux, en cas de travaux ou services complémentaires nécessaires et en cas de remplacement du concessionnaire initial. Une modification est également possible, sans remise en concurrence, lorsque que celle-ci est rendue nécessaire par des événements qu'un concédant diligent n'aurait pu prévoir. Celle-ci ne doit pas altérer la nature globale du contrat et ne doit pas dépasser 50% de son montant. En cas de modifications successives, la directive précise que ce seuil de 50% s'applique à chaque modification et non sur la base de leur valeur cumulée, ce qui constitue une souplesse notable.

Une modification est également admise dès lors qu'elle ne modifie pas l'objet du contrat et que son montant n'excède ni un seuil de 10% du montant du contrat ni 5 186 000 d'euros (soit le seuil d'application de la directive).

1.2 Unification du cadre juridique des concessions au profit d'une sécurité juridique accrue.

1.2.1 Harmoniser le cadre juridique national autour de la notion européenne de concession.

Objectifs : Mettre en cohérence les notions européenne et nationale de « concession » et compléter le droit interne concernant les concessions de service

La concession se définit, en droit de l'Union européenne, comme un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lesquels un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice confie l'exploitation de travaux ou la prestation et la gestion de services, dont la contrepartie consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages ou services, soit dans ce droit accompagné d'un prix. Cette définition s'inscrit en cohérence avec la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 et la jurisprudence de la CJCE (*CJCE, 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, aff. C-458/03 ; CJCE, 10 septembre 2009, Eurawasser, aff. C-206/08*).

La France est l'un des rares Etats membres de l'Union européenne à être déjà dotée d'un encadrement original en la matière, reposant sur la délégation de service public et successivement formalisé avec la loi n° 92-125 du 6 février 1992 et, dans une forme plus aboutie, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite loi Sapin¹, codifiée dans le code général des collectivités territoriales, puis, en dernier lieu avec l'article 3 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier. Né d'une volonté de moralisation de la vie administrative et politique et d'introduire plus de transparence dans la passation de ces contrats, cet encadrement demeure toutefois incomplet car la notion européenne de concession se définit indépendamment de celle de service public, sur laquelle repose, pour sa part, la délégation de service public issue de la loi Sapin.

Si la directive ne fait nullement obstacle à la gestion concédée du service public qu'elle ne remet pas en cause, la notion de « concession » est donc plus large que celle de délégation de service public, qui s'analyse comme une sous-catégorie de la notion européenne de concession de services, qui n'est pas limitée aux seuls contrats par lesquels une collectivité confie à un tiers une mission de service public.

Or, en droit interne, les concessions de services, autres que celles portant sur un service public, ne font l'objet d'aucun encadrement, n'étant soumises qu'aux seuls principes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En outre, l'existence ou non d'un service public concédé peut être difficile à appréhender², alors qu'elle détermine, à ce jour en droit interne, l'application d'obligations procédurales précises.

L'exercice de transposition permet d'accroître la sécurité juridique de ces contrats, exposés à un risque de requalification élevé en droit interne³, en leur offrant un véritable cadre juridique.

¹ Articles L.1411-1 à L.1411-9 et R.1411-1 à R.1411-8 pour les délégations de service public et aux articles L.1415-1 à L.1415-9 et R.1415-1 à R.1415-10 pour les concessions de travaux publics.

² Voir les hésitations jurisprudentielles récentes sur les conventions de mobilier urbain (CE, 15 mai 2013, Ville de Paris, n° 364593) ou sur les contrats ayant pour objet la mise à disposition de téléviseurs au profit des usagers des hôpitaux (CE, 7 mars 2014, Centre hospitalier universitaire – Hôpitaux de Rouen, n° 372897).

³ Voir conclusions G. Pellissier sur CE, 7 mars 2014, Centre hospitalier universitaire – Hôpitaux de Rouen, n° 372897.

1.2.2 Définir un socle juridique commun à l'ensemble des contrats de concessions.

Objectif : Mettre un terme à l'atomisation des régimes juridiques applicables, source de complexité juridique :

Jusqu'à l'adoption de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, le régime des concessions, au niveau européen, se trouvait éclaté. Alors que les concessions de travaux n'étaient abordées que marginalement par le droit dérivé de l'Union européenne, les concessions de services n'étaient soumises qu'aux seuls principes généraux du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui ne s'imposaient, en définitive, que pour les concessions présentant un intérêt transfrontalier certain.

Ce dualisme a été reproduit en droit interne. A ce jour, le régime des concessions en France est organisé autour de deux corpus juridiques, aucun ne tenant compte de la problématique des concessions de service ne portant pas sur un service public : l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 pour les concessions de travaux publics qui transpose les obligations s'attachant à la directive 2004/18/CE et s'applique à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs, et la loi Sapin du 29 janvier 1993 pour les délégations de service public qui ne concerne que les seules personnes morales de droit public.

Cette dualité est source de complexité pour les concessions mixtes qui comportent à la fois la réalisation de travaux et l'exploitation de services et désormais obsolète dès lors que la directive prévoit un régime unique pour les concessions d'un montant supérieur ou égal à 5 186 000 euros, qu'elles portent sur des travaux ou services.

De même, la simple modification de l'ordonnance du 15 juillet 2009 et de la loi Sapin au-delà du seuil d'application de la directive, soit 5 186 000 euros, ne pourrait suffire :

- ✓ Outre qu'elle ne contribuerait ni à la lisibilité, ni à l'intelligibilité du droit des concessions, elle serait source d'inflation normative. En effet, cette seule modification devrait nécessairement être assortie d'un troisième texte relatif aux concessions de services ne portant pas sur un service public, rendu nécessaire par la directive ;
- ✓ Outre la divergence des champs d'application de ces textes, certaines dispositions applicables aux délégations de service public risqueraient parfois d'être plus strictes que la directive.

Exemple : La quasi-régie

En l'état du droit actuel, une participation privée au capital exclut toute relation de quasi-régie. Le champ de l'exception relative à la quasi-régie a été assoupli dans la directive, permettant aux autorités concédantes de confier sans publicité ni mise en concurrence des prestations à des entités avec lesquelles elles entretiennent une relation particulière. Désormais, les contrats conclus entre une autorité concédante et une entité contrôlée comportant une participation de capitaux privés pourront être dispensés de toutes mesures de publicité et de mise en concurrence, sous réserve notamment que cette participation privée ne confère ni un pouvoir de contrôle ni une capacité de blocage. Or, s'il était seulement procédé à la modification de l'ordonnance du 15 juillet 2009 et de la loi Sapin au-delà du seuil d'application de la directive, une relation de quasi-régie avec une entité contrôlée disposant de capitaux privés pourrait être admise pour les contrats dont la valeur serait égale ou supérieure à 5 186 000 € mais refusée pour les contrats d'un montant inférieur.

En outre, autour de ces deux réglementations générales, gravitent des contrats de concession, dont le régime juridique figure dans d'autres corpus alors même qu'ils répondent à la qualification de délégation de service public.

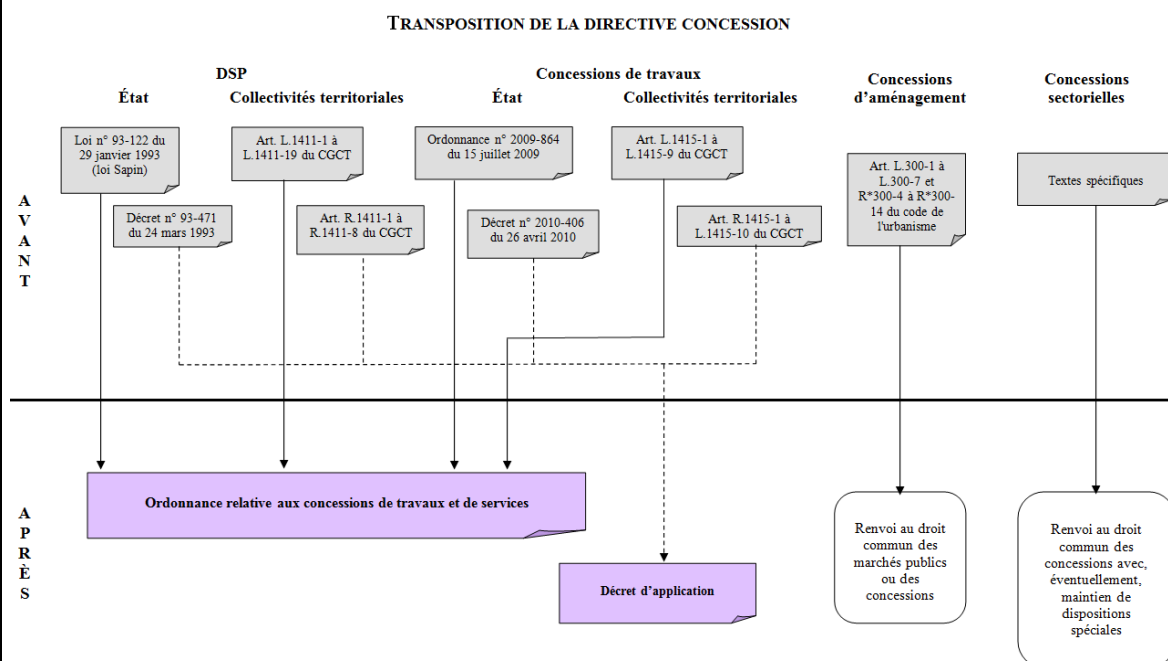
Ils introduisent des dispositions spécifiques en complément au régime général prévu par la loi Sapin. Ainsi, le droit des délégations de service public se retrouve dans le code de l'énergie pour les

dispositions spécifiques aux concessions de distribution d'électricité, dans le code de l'environnement pour les concessions d'exploitation de force hydraulique, dans le code du tourisme pour les concessions de remontées mécaniques, dans le code de la voirie routière pour les concessions d'autoroutes...

Rassembler en un unique texte les règles communes à l'ensemble des contrats de logique concessionnelle permet de consacrer, aux côtés de la législation interne propre aux marchés publics, la spécificité des contrats de concession.

Plusieurs Etats membres s'orienteraient vers l'adoption d'une nouvelle législation pour transposer les directives « Marchés » et « Concessions ». C'est notamment le cas de l'Espagne où deux lois seraient en cours de préparation ou des Pays-Bas⁴.

L'exercice de transposition est donc l'occasion de rassembler en un unique texte les règles communes à l'ensemble des contrats de logique concessionnelle (voir schéma ci-après), en tenant compte des contraintes inhérentes aux contrats « sectoriels », et, pour les contrats d'un montant inférieur au seuil d'application de la directive ou exclus de son champ d'application mais à ce jour relevant de la loi Sapin, sans revenir sur les acquis de celle-ci.



2. Impacts du nouveau socle commun du droit des contrats de concession.

L'ordonnance rassemble, en un socle juridique unique, l'ensemble des règles communes applicables aux contrats de logique concessionnelle. Texte équilibré, elle procède à la transposition de la directive au plus près de sa lettre tout en préservant les acquis de vingt ans de pratique de la loi Sapin.

2.1 Un champ d'application unifié pour tous les contrats de concession.

A l'aune des dispositions de la nouvelle directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, l'ordonnance relative aux contrats de concession a su prendre en compte, pour la définition de son champ d'application, les intentions du législateur européen, tout en maintenant les acquis et spécificités du droit national.

2.1.1 *Un champ d'application organique étendu.*

- Etat des lieux : Un champ organique asymétrique.

⁴ Note d'étape sur la transposition de la directive sur les concessions transmise par l'ESL – Europeans affairs en date du 10 juin 2014.

En droit de l'Union européenne, les contrats de concessions, comme les marchés publics, sont conclus entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques. En effet, l'article 56 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, fournitures et services disposait que « *Le présent chapitre [Règles applicables aux concessions de travaux publics] s'applique à tous les contrats de concession de travaux publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs (...)* ». Il en allait de même pour les concessions de services présentant un intérêt transfrontalier certain.

Cette symétrie dans la qualité des parties contractantes ne se retrouvait pas en droit interne. En effet, si, en droit de l'Union européenne, les contrats de type concessif, quel que soit leur objet, étaient conclus par des pouvoirs adjudicateurs, le droit interne distinguait selon l'objet du contrat :

- Les articles 38 et suivants de loi Sapin du 29 janvier 1993 relatifs aux conventions de délégations de service public concernaient uniquement les personnes morales de droit public ;
- L'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 pour les concessions de travaux publics s'appliquait à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs.

Dès lors, le champ d'application organique de ces deux textes ne se recoupait pas.

- **Objectif** : Unifier le champ d'application organique pour tous les contrats de concession.

L'ordonnance procède, par l'adoption de règles communes, à l'unification du champ d'application organique. Les contrats de concession sont conclus entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices (autorités concédantes) et un ou plusieurs opérateurs économiques (concessionnaires).

Aux termes de l'article 1^{er} de la directive, les contrats de concession sont conclus entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices et un ou plusieurs opérateurs économiques. Les personnes s'analysant comme des pouvoirs adjudicateurs peuvent être des personnes morales de droit public mais aussi des personnes privées. Dès lors, aux fins de se conformer aux exigences européennes, il importait de ne plus cantonner le champ d'application organique des contrats de concession ayant pour objet un service public aux seules personnes morales de droit public mais de l'étendre, à l'instar des contrats de concession de travaux aux personnes qui revêtent la qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice.

- **Impacts**.

L'impact est neutre concernant la passation et l'attribution des contrats de concessions de travaux dans la mesure où le champ organique est, pour grande partie, identique. Seules les entités adjudicatrices ne revêtant pas la qualité de pouvoir adjudicateur entrent dans le champ d'application. Toutefois, le nombre de ces entités adjudicatrices est extrêmement faible.

L'impact ne peut, en revanche, être quantifié avec certitude pour les concessions de service public dans la mesure où le champ organique a été étendu aux personnes privées ayant la qualité de pouvoir adjudicateur (sociétés d'économie mixte, entreprises publiques,...) qui, auparavant, ne rentraient pas dans le champ d'application de la loi Sapin. Tel est le cas des sociétés d'économie mixte, personnes morales de droit privé (Source : *.Le guide des marchés des SEM, Les éditions des SEM, janvier 2007, page 73*). Dès lors, *a minima*, 997 pouvoirs adjudicateurs supplémentaires, correspondant au nombre total de sociétés d'économie mixte au 1^{er} juin 2014, seront désormais, soumis aux dispositions de l'ordonnance pour la passation de leurs contrats de concessions de services (Source : *Eplscope 2014, FEDPL, page 11*).

En tout état de cause, l'extension du champ d'application organique aura un impact positif tant pour les autorités concédantes (pluralité d'offres) que pour les opérateurs économiques (transparence des procédures de mise en concurrence accrue).

2.1.2 *Un champ d'application matériel complété.*

- Etat des lieux : Un champ matériel incomplet.

Si, en droit interne, les concessions de travaux et de service public étaient régies par des législations spécifiques, les concessions de services n'ayant pas pour objet l'exploitation d'un service public n'étaient soumises qu'aux seules principes généraux du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui ne s'imposaient, qu'en définitive, que pour les concessions présentant un intérêt transfrontalier certain.

Cet émiettement est source de complexité juridique, notamment pour les concessions comportant à la fois la réalisation de travaux et l'exploitation de services, mais aussi source d'insécurité juridique dès lors que les concessions de services, autres que celles portant sur un service public, ne font pas l'objet d'une réglementation spécifique.

Aucune législation spécifique ne s'appliquait aux contrats de concession de défense ou de sécurité, à l'exception des réglementations de droit commun en matière de contrats concessifs.

- Objectif : Soumettre les contrats de concession, quel que soit leur objet, aux procédures de mise en concurrence.

Sauf exception, l'article 1^{er} de la directive soumet l'ensemble des travaux et services, y compris publics, au régime prévu par la directive.

L'ordonnance s'applique uniformément à tous les contrats de concession, quel que soit leur objet, et procède à une harmonisation du régime applicable aux contrats de concession de travaux et services. Il en va de même pour le régime applicable aux contrats de concession de défense ou de sécurité, sous réserve des exceptions prévues par la directive et reprises dans l'ordonnance.

L'harmonisation du champ d'application matériel remédie aux entraves à la concurrence en assurant un accès effectif et non discriminatoire au marché pour tous les opérateurs économiques, favorisant ainsi les investissements publics dans les infrastructures et les services.

- Impacts.

L'impact est négligeable pour les concessions de travaux. En effet, le périmètre des travaux rentrant dans le champ d'application demeure inchangé. Le périmètre des concessions de services est, en revanche, plus large : aux concessions de service public s'ajoutent désormais les concessions de services qui bénéficieront d'un régime juridique strictement défini. Toutefois, compte tenu de l'interprétation extensive de la notion de service public par le juge administratif, certaines concessions de services, bien que ne portant pas sur l'exploitation d'un service public, étaient déjà soumises à la procédure propre aux délégations de service public (concessions de casinos, concessions de mise à disposition de service de télévision, de téléphone et d'accès à Internet, ...).

Concernant plus spécifiquement les contrats de concessions de défense et de sécurité, l'impact est également limité. Bien souvent, la nature des activités en jeu ne permet pas d'en confier l'exploitation à une personne tierce (caractère sensible des activités).

2.1.3 *Certains contrats de concession dérogeront, en raison de leurs spécificités, aux règles de publicité et de mise en concurrence.*

- Etat des lieux : Des exclusions disparates.

En droit interne, chaque texte propre aux contrats concessifs – travaux et services publics – présentait ses propres exclusions :

- L'article 41 de la loi Sapin prévoyait 4 exclusions à la mise en concurrence ;

- L'article 4 de l'ordonnance du 15 juillet 2009 recensait 9 exclusions ;
- Quant aux concessions de services, dès lors qu'elles ne bénéficiaient d'aucun régime, elles pouvaient être exonérées de toute procédure de publicité et de mise en concurrence, sauf intérêt transfrontalier.

Certaines d'entre elles se recoupaient. Tel est le cas des contrats de concessions attribués à un opérateur économique en situation de monopole ou qui constituait le simple prolongement de la personne cocontractante.

- **Objectif** : Assouplir l'obligation de mise en concurrence lorsque celle-ci ne paraît pas adaptée.

L'ordonnance, reprenant en grande partie les exclusions prévues par la directive, rassemble les exclusions dans un seul corpus juridique et au sein d'un chapitre dédié.

Ces exclusions, fondées soit sur un critère organique, soit sur l'objet de la convention, se justifient eu égard à la nature juridique du concessionnaire ou à la spécificité du secteur.

- **Les exclusions liées à la qualité des parties cocontractantes** : Certaines d'entre elles sont une reprise du droit existant. Tel est le cas des concessions de services conclues avec un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice titulaire d'un droit exclusif. A titre d'illustration, ErDF et GrDF bénéficient actuellement d'un droit exclusif dans le secteur de la distribution d'énergie. Il en va de même pour la SNCF dans le domaine des transports publics de voyageurs par voie ferroviaire.

D'autres exclusions ont été, au contraire, assouplies :

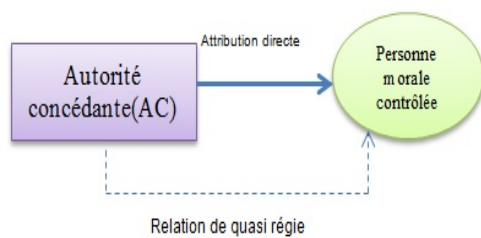
- ✓ La quasi-régie (art.10 de l'ordonnance)

Le champ des exceptions relatives à la quasi-régie a été étendu. Les conditions pour recourir à un contrat de concession tout en bénéficiant de la dispense de publicité et de mise en concurrence applicable à la quasi-régie sont les suivantes :

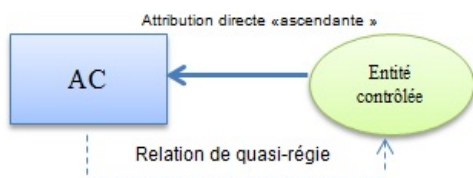
- Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il ou elle exerce sur ses propres services ;
- Le pourcentage d'activités qui doit être réalisé pour le compte de l'autorité concédante est de 80%. Dès lors, l'activité réalisée sur le marché ne doit pas dépasser 20% du chiffre d'affaires ;
- La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés qui ne confèrent aucune capacité de contrôle ou de blocage, requise par la législation nationale, conformément aux traités, et qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale concernée. Cette condition, bien que très encadrée, constitue un assouplissement de l'interdiction jurisprudentielle de participation directe de capitaux privés dans le capital de l'entité contrôlée. Elle reprend en outre la possibilité pour la personne contrôlée de comprendre des participations indirectes de capitaux privés, par exemple lorsque le pouvoir adjudicateur présent au capital comprend lui-même des capitaux privés.

Le champ d'application des exceptions relatives à la quasi-régie a ainsi été étendu, permettant aux autorités concédantes de confier, sans publicité, ni mise en concurrence préalables, des prestations à des entités avec lesquelles elles entretiennent une relation particulière.

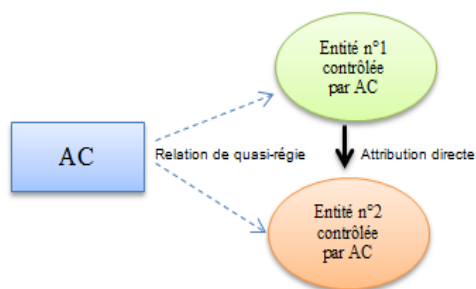
L'ordonnance recense quatre cas de reconnaissance d'une relation de quasi-régie, pour autant que les trois conditions susmentionnées sont réunies :



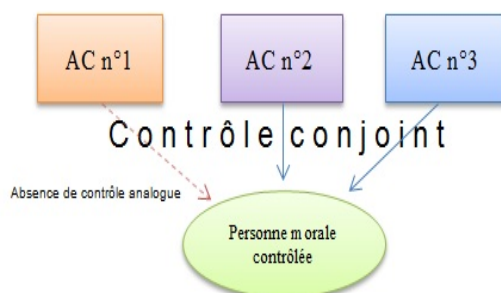
Les contrats de concession attribués par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entités adjudicatrices, à une personne morale de droit public ou de droit privé sont dispensés de procédure de publicité et de mise en concurrence (Art 10-I de l'ordonnance).



Sont également dispensés d'une toute procédure les contrats conclus par une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur avec une autorité concédante qui la contrôle (Art 10-II-1° de l'ordonnance).



Il en va de même pour les contrats par lesquels une personne morale attribue une concession à une autre personne morale lorsqu'elles sont toutes deux contrôlées par la même autorité concédante (Art 10-II-2° de l'ordonnance).



L'ordonnance ne s'applique pas aux contrats de concession attribués par une ou plusieurs autorités concédantes, à une personne morale de droit public ou de droit privé, même si l'autorité concédante n'exerce pas de contrôle analogue sur l'entité, dès lors qu'il est exercé conjointement avec d'autres autorités concédantes qui contrôlent cette entité (Art 10-III de l'ordonnance).

En outre, l'ordonnance préserve l'hypothèse de quasi-régie applicable aux contrats de concession de service ayant pour objet le transport public de voyageurs. En effet, ces contrats sont exclus du champ d'application de la directive mais demeurent soumis aux dispositions du règlement OSP (ROSP), directement applicable en droit interne. Dans un souci de lisibilité des normes applicables, le V de l'article 10 de l'ordonnance renvoie expressément aux dispositions de l'article 5.2 dudit règlement.

✓ Les entreprises liées (art.12 de l'ordonnance).

L'une des plus importantes dérogations à l'obligation de mise en concurrence dont bénéficient les opérateurs de réseaux est celle applicable aux contrats de concessions conclus par une entité adjudicatrice auprès d'entreprises auxquelles elle est liée. Si cette exception existait déjà depuis plus de vingt ans dans le domaine des marchés publics, elle est inédite pour les contrats de concession.

L'ordonnance, reprenant expressément les exigences posées par la directive, subordonne la dispense de publicité et de mise en concurrence au respect de deux conditions cumulatives :

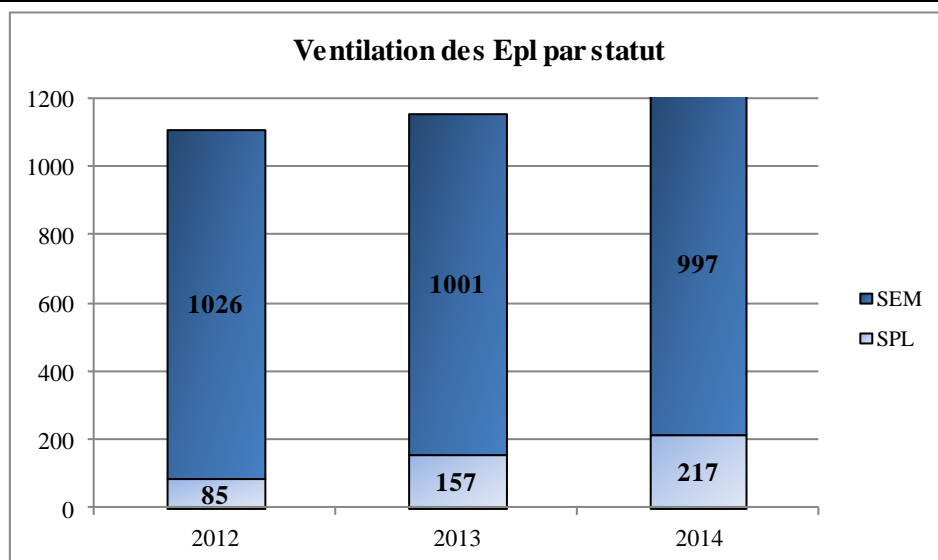
- Les entreprises doivent être soumises à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice à laquelle elles sont liées ou, à défaut, exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice à laquelle elles sont liées. La définition de l'entreprise liée vise non seulement les relations de l'entité adjudicatrice avec ses entités filles mais également ses entités mère et sœurs. L'influence d'une entité sur une autre est réputée dominante lorsque l'entité, directement ou indirectement, détient la majorité du capital, dispose de la majorité des droits de vote ou peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance ;
- Le contrat de concession ne peut être accordé à l'entreprise liée que si celle-ci peut justifier que 80 % au moins de son chiffre d'affaires moyen des trois dernières années en travaux ou en services provient des prestations accomplies au profit de l'entité adjudicatrice à laquelle elle est liée. Lorsque l'entreprise liée a été créée récemment, elle doit être en mesure de démontrer, sur la base de projections d'activités, qu'il est vraisemblable qu'elle atteindra ce seuil.
- **Les exclusions fondées sur l'objet du contrat** : Des secteurs d'activités tels que les prêts et services bancaires ou encore certains services juridiques ne relèvent pas du champ d'application de l'ordonnance, compte tenu des enjeux qui s'y attachent et des difficultés que pourraient susciter une procédure de mise en concurrence.

• Impacts.

L'impact lié aux exclusions relatives à la qualité des parties cocontractantes est négligeable eu égard aux impératifs qui justifiaient l'exclusion de certains secteurs du champ d'application de l'ordonnance et, par suite, des obligations de publicité et de mise en concurrence. En effet, à supposer qu'une procédure de mise en concurrence ait été rendue obligatoire, celle-ci n'aurait pu être menée à bien (monopôle légal attribué à une entreprise déterminée agissant dans un secteur d'activité, entité qui constitue le prolongement administratif de l'autorité concédante, ...).

Concernant plus spécifiquement l'allègement des critères permettant la reconnaissance d'une relation de quasi-régie, l'assouplissement de l'interdiction de participation de capitaux privés dans le capital de l'entité contrôlée, bien qu'encadré pourrait bénéficier aux sociétés d'économies mixtes (SEM). La participation de capitaux privés à de telles sociétés est en effet consubstantielle à leur qualification. En effet, les SEM dont la composition du capital associe obligatoirement (entre 15 et 49% du capital de la SEM) au moins une personne privée à l'actionnariat public local affiche une structure qui ne permet pas de préjuger d'un contrôle de la collectivité analogue à celui que celle-ci exerce sur ses propres services. L'objet social et les modalités de fonctionnement des SEM sont définis dans ses statuts.

En tout état de cause, le nombre de SEM, après un léger recul entre 2012 et 2013, s'avère stable. Il est cependant difficile de mesurer l'impact sur l'application de cette exception au cas des SEM. Le bénéfice de la quasi-régie devra donc faire l'objet d'une application aux SEM au cas par cas, et se fera sous le contrôle du juge.



Source : Eplscope 2014, FEDPL, page 11

Compte tenu du caractère inédit de l'exception de mise en concurrence bénéficiant aux entreprises liées, l'impact ne peut être mesuré.

Pour les exclusions fondées sur l'objet du contrat, l'impact est également limité au regard du nombre de secteurs exclus par la directive qui ne reposent, en réalité, sur aucune logique concessive. Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par un notaire ou un contrat de prêt ne peuvent ainsi être concédés. L'objet de ces contrats ne justifiera jamais *a priori* la passation d'un contrat de concession.

2.1.4 *La prise en compte de la problématique propre aux secteurs exclus du champ d'application de la directive mais bénéficiant à ce jour d'un encadrement national.*

• Etat des lieux :

La directive exclut de son champ d'application plusieurs secteurs particuliers :

- L'article 10 exclut les concessions relatives à des services publics de transport de voyageurs au sens du règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, dit règlement OSP (ROSP) ;
- L'article 12 exclut le secteur de l'eau, notamment « *les projets de génie hydraulique, d'irrigation et de drainage* » et « *l'évacuation ou le traitement des eaux usées* ».

Exclus du champ d'application de la directive, ces deux secteurs relèvent toutefois d'un régime procédural bien identifié en droit interne. En effet, d'une part, les contrats de concession relevant du ROSP sont, actuellement, régis par les dispositions de la loi Sapin et du ROSP, d'application directe en droit interne.

D'autre part, la passation des concessions dans le secteur de l'eau relève soit de la loi Sapin, soit de l'ordonnance du 15 juillet 2009, selon qu'il s'agit d'une concession de travaux ou de services.

• Objectifs : Ne pas déréglementer des secteurs déjà soumis à des procédures de mise en concurrence, sans les soumettre pour autant à un surcroît d'obligations.

La transposition des exclusions concernant ces deux secteurs, aujourd'hui soumis à un encadrement maîtrisé à la fois par les autorités concédantes et les opérateurs économiques, les exposerait à une insécurité juridique alors qu'ils présentent une importance majeure pour l'économie nationale.

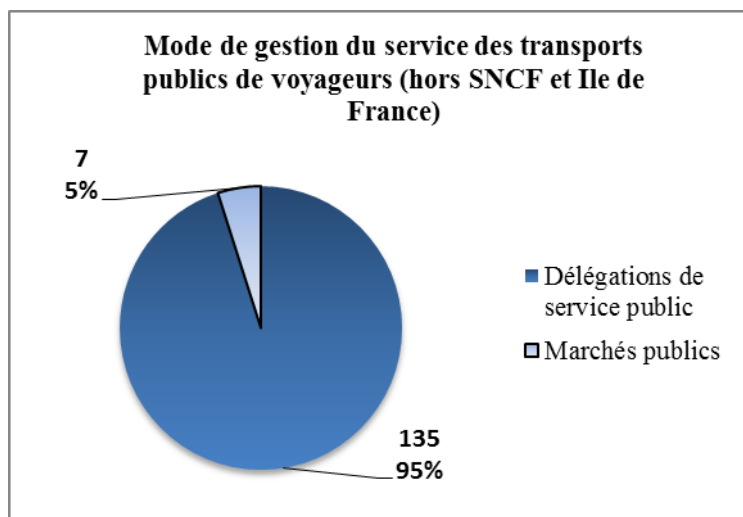
Si, compte tenu de la nécessité de conserver un droit national compétitif au regard des législations des autres Etats membres, il n'y a pas lieu de les soumettre au régime défini par la directive, ces secteurs doivent, dans un souci de cohérence, continuer à bénéficier d'un régime juridique stable et déjà maîtrisé par l'ensemble des parties prenantes, permettant de garantir à la fois la stabilité des relations contractuelles et la sécurité juridique.

Ce choix s'inscrit, en outre, en cohérence avec les principes généraux du TFUE sur le fonctionnement de l'Union européenne auxquels ces secteurs, bien qu'exclus du champ d'application de la directive, demeurent soumis (*CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria, aff C-324/98*), mais également avec l'impératif d'ordre public imposant de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de la commande publique et à la transparence des procédures de passation (*CE, Ass., 8 avril 2009, Commune d'Olivet, n°271737 ; CE, 7 mai 2013, Société auxiliaire de parcs de la région parisienne, n° 365043*).

L'objectif de stabilité économique de ces secteurs plaide en faveur de leur intégration dans l'ordonnance. En effet, la mise en concurrence opérée dans ces deux secteurs a un impact financier et économique fort tant sur les prix pratiqués par les concessionnaires que sur l'emploi.

✓ Poids de la mise en concurrence dans le secteur des transports publics relevant du ROSP :

En 2013, 496 entreprises ont exercé l'activité de transport urbain. Le chiffre d'affaires de ces entreprises, pour cette seule activité, s'élève à 7.6 milliards d'euros, soit 0.36% du PIB. Ces entreprises emploient environ 100 300 personnes (hors SNCF).



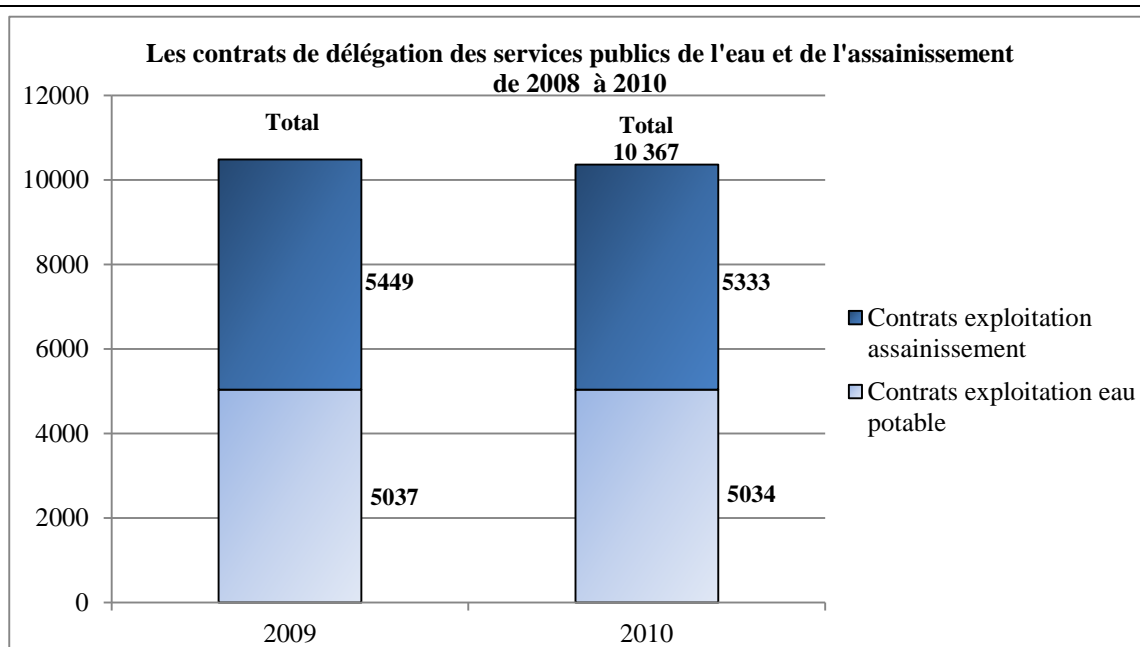
Statistiques recueillies auprès de l'Union des transports publics (UTP)

Aujourd'hui, le contrat de DSP est l'outil privilégié par les collectivités publiques pour exploiter leurs réseaux de transports urbains. Ainsi, la quasi-intégralité des réseaux en gestion externalisée sont exploités par la voie concessive (95%). Parmi ces 95%, 90% sont exploités en délégation de service public, le reste étant confié sans procédure préalable de mise en concurrence (sociétés publiques locales, établissements publics, ...).

Compte tenu de l'importance socio-économique du secteur des transports publics de voyageurs et de la pratique acquise par les acteurs du secteur, les principes d'une mise en concurrence préalable doivent être maintenus, sans pour autant déstabiliser le secteur.

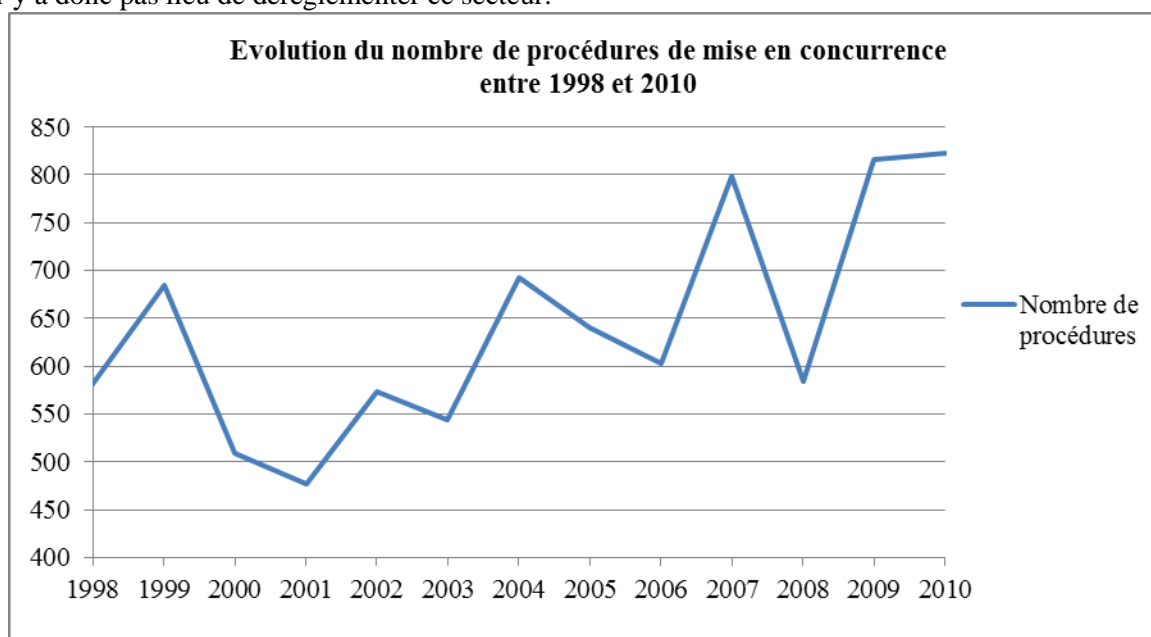
✓ Poids de la mise en concurrence dans le domaine de l'eau potable et de l'assainissement :

Dans le domaine de la distribution d'eau potable et de l'assainissement, entre 2008 et 2010, plus de 10 000 conventions de DSP ont été exploitées. Ce secteur mobilise environ 65 000 emplois. Le chiffre d'affaires de ce secteur est d'environ 5.2 milliards d'euros.



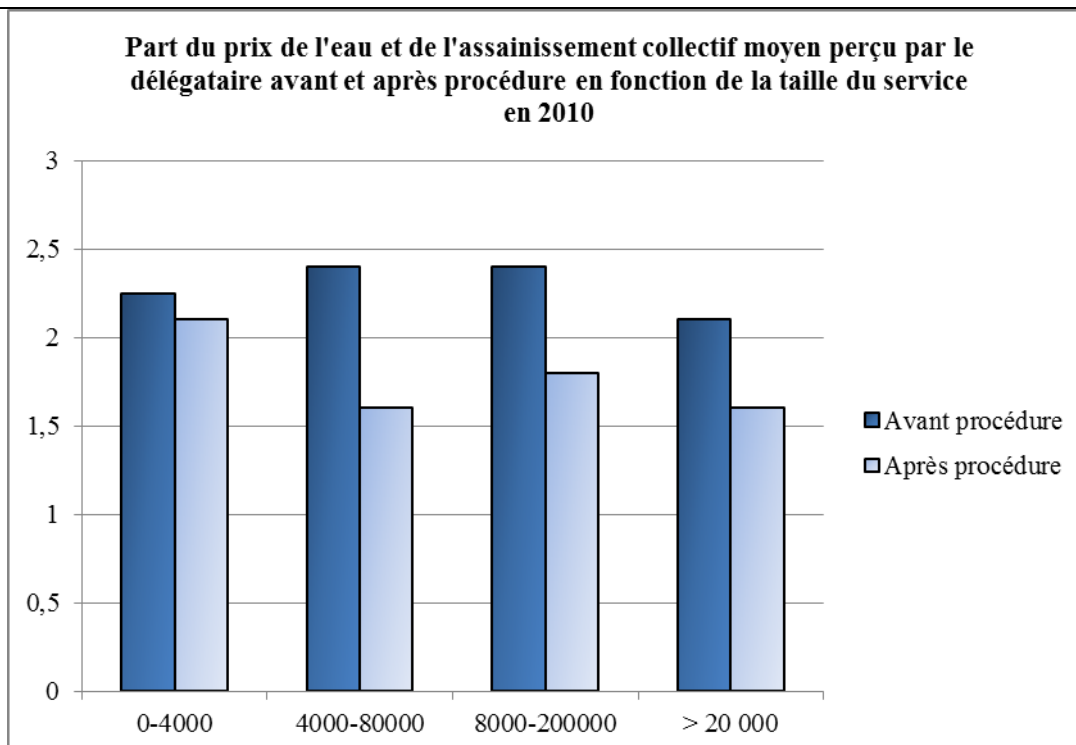
Source : BIPE d'après enquêtes opérateurs 2011

Le nombre de procédures de mise en concurrence augmente tendanciellement, avec une hausse significative en 2010. En 2010, 822 procédures ont ainsi été lancées sur l'ensemble du territoire. L'attribution de ces contrats fait d'ores et déjà l'objet d'une mise en concurrence, l'organisation d'une telle procédure n'a donc pas détourné les différents acteurs du secteur de ce type de contrats. Il n'y a donc pas lieu de déréglementer ce secteur.



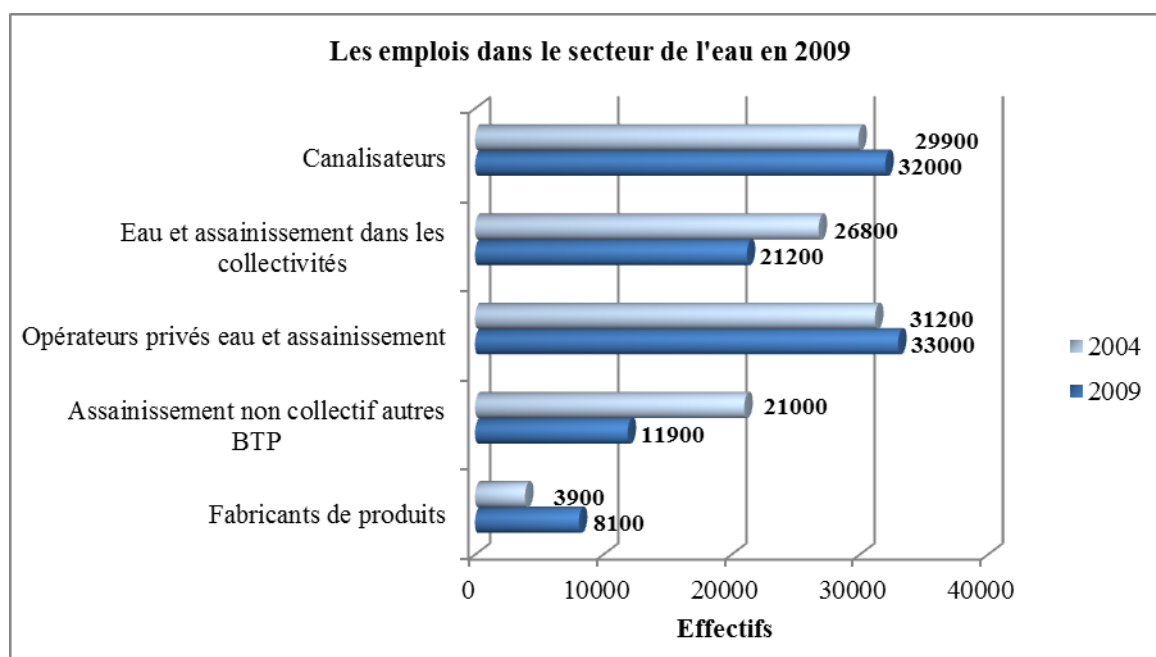
Source : Observatoire de la loi Sapin – Impact des procédures de mise en concurrence des DSP sur le service de l'eau et de l'assainissement – Edition février 2013

En outre, les procédures de mise en concurrence génèrent globalement une baisse de la part moyenne du prix de l'eau et de l'assainissement perçu par le délégataire pour la distribution de ces services publics. La taille de la collectivité publique n'a pas d'incidence sur cette baisse. Déréguler ce secteur pourrait mettre fin à cette tendance de baisse des prix.



Source : Observatoire de la loi Sapin – Impact des procédures de mise en concurrence des DSP sur le service de l'eau et de l'assainissement – Edition février 2013

Enfin, en 2009, l'emploi dans les services publics d'eau et d'assainissement représentait plus de 60% des emplois totaux du secteur de l'eau. Le niveau de l'emploi dans les services d'eau et d'assainissement était estimé à environ 66 000 personnes.



Source : BIPE d'après enquêtes opérateurs 2011 (données 2009) et enquête emploi 2006 (données 2004)

2.1.5 La clarification des compétences juridictionnelles en matière de contrats de concession.

- Etat des lieux : Une partie des contrats de type concessif est déjà qualifiée de contrat administratif.

Au terme de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 15 juillet 2009, les contrats de concessions de travaux publics sont actuellement qualifiés de contrats administratifs.

En revanche, la loi Sapin qui s'applique aux conventions de délégation de service public conclues par

des personnes morales de droit public ne qualifie pas expressément la nature juridique de ces contrats. Il en va de même pour les concessions de services n'ayant pas pour objet la gestion d'un service public, qui ne sont soumises à aucune réglementation spécifique.

Dans le silence de la loi, le caractère administratif de ces contrats sera reconnu si les critères jurisprudentiels suivants sont remplis :

- ✓ Critère organique obligatoire: le contrat est passé par une personne publique et;
- ✓ Critère matériel alternatif : un contrat peut être administratif en raison de ses clauses exorbitantes du droit commun (la clause exorbitante est soit une clause exclue dans les contrats de droit privé, soit une clause inégalitaire) ou à raison de son objet (un contrat relatif à l'organisation ou à l'exécution même d'un service public ou un contrat portant sur l'exécution d'un travail public est un contrat administratif).

Si ces critères ne sont pas remplis, l'affaire ressort de la compétence du juge judiciaire.

Actuellement, seule une personne morale de droit public peut conclure une délégation de service public. La question de la répartition des contentieux entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire pour ce contrat est claire. Eu égard à la qualité de la partie contractante et à l'objet de la convention, les délégations de service public sont nécessairement des contrats administratifs.

En définitive, la question de la répartition du contentieux ne se pose réellement que pour les concessions de service n'ayant pas pour objet l'exploitation d'un service public.

- Objectif : Clarification de la répartition du bloc de compétence juridictionnelle au profit du juge administratif.

Reprenant le champ d'application posé par les articles 6 et 7 de la directive, l'ordonnance prévoit un champ organique élargi aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices. Parmi ces personnes, certaines ont un statut de droit privé. Tel est le cas de GrDF, entité adjudicatrice de droit privé ou encore des sociétés d'économie mixte, personnes morales de droit privé. Pour pallier les difficultés susceptibles d'être induites par cette évolution, l'ordonnance a entendu clarifier la clé de répartition des contentieux devant le juge administratif ou judiciaire :

- ✓ Pour les personnes morales de droit public : L'article 2 de l'ordonnance simplifie la répartition du contentieux en prévoyant expressément que « *les contrats de concession passés par des personnes morales de droit public en application de la présente ordonnance sont des contrats administratifs* ». Le dispositif ne concerne donc pas les personnes morales de droit privé et ne contredit pas la jurisprudence du Conseil d'État en matière de mandat pour une personne privée (CE, 3 juin 2009, *OPAC du Rhône*, n° 324405). Il aura pour avantage, en revanche, de rendre automatique la qualification des contrats passés par les personnes morales de droit public, sans que la satisfaction des critères jurisprudentiels susmentionnés ne soit recherchée ;
- ✓ Pour les personnes de droit privé : La détermination du juge compétent procèdera, en principe, de l'application des règles dégagées par jurisprudence : un contrat passé entre deux personnes de droit privé est en principe un contrat de droit privé relevant de la compétence de la juridiction judiciaire.

- Impacts.

La nouvelle clé de répartition des contentieux a un impact positif pour les autorités concédantes, compte tenu de la clarification qu'elle apporte. Lors de la survenance d'un contentieux, l'autorité concédante est en capacité de déterminer, avec plus d'aisance, le juge idoine, réduisant ainsi le risque de saisir une juridiction qui s'avérerait incompétente et, par suite, les coûts induits par une telle saisine (frais d'avocat, insécurité juridique du contrat tant que le litige n'est pas purgé par la juridiction compétente...).

Pour les autorités concédantes, personnes morales de droit public, l'article 2 de l'ordonnance clarifie la répartition du contentieux entre les juridictions. Avant l'adoption de l'ordonnance, les autorités concédantes devaient, pour leurs concessions de service ne portant pas sur l'exploitation d'un service public, appliquer les critères jurisprudentiels pour déterminer la juridiction compétente. Désormais, les concessions de services conclues par des personnes morales de droit public relèveront d'office de la juridiction administrative, par qualification législative. L'impact de l'article 2 est limité puisque les concessions de travaux, par la loi, et les conventions de délégation de service public, par application des critères jurisprudentiels, relevaient nécessairement de la compétence du juge administratif.

Pour les autorités concédantes, personnes de droit privé, déterminer la juridiction compétente impliquera nécessairement l'examen du contrat au regard des critères jurisprudentiels habituels. Désormais, quelle que soit la nature du contrat concessif, la détermination du juge se fera au regard des critères jurisprudentiels précités. Cette mesure simplifie les démarches des autorités concédantes devant les juridictions.

La nouvelle répartition du contentieux a, en revanche, un impact plus notable pour les juridictions.

- En effet, le juge judiciaire va être amené à connaître des contentieux relatifs à des concessions de travaux conclues par des personnes privées qui relevaient, autrefois conformément à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 15 juillet 2009, de la juridiction administrative.
- Il en va de même pour le juge administratif qui détiendra le monopôle du contentieux en matière de concessions de service conclues par une personne morale de droit public. En effet, il peut potentiellement déjà être amené à statuer sur les litiges y afférents (voir en ce sens les conclusions G. Pellissier sur CE, 3 décembre 2014, *Régie Tisseo*, n° 384170).

En résumé :

Actuelle répartition du contentieux

Nature du contrat	Qualité de l'autorité concédante	Qualification du contrat	Juge compétent
DSP	Publique	Critères jurisprudentiels	Administratif
Concessions de services	Publique	Critères jurisprudentiels	Administratif ou judiciaire
	Privée		
Concessions de travaux	Publique	Contrat administratif par détermination législative (<i>art 1 de l'ordonnance du 15 juillet 2009</i>).	Administratif
	Privée		



Future répartition du contentieux

Nature du contrat	Qualité de l'autorité concédante	Qualification du contrat	Juge compétent
Concessions de service public	Publique	Contrat administratif par détermination législative (<i>art 2 de l'ordonnance</i>)	Administratif
	Privée	Critères jurisprudentiels	Judiciaire
Concessions de services	Publique	Contrat administratif par détermination législative (<i>art 2 de l'ordonnance</i>)	Administratif
	Privée	Critères jurisprudentiels	Judiciaire
Concessions de travaux	Publique	Contrat administratif par détermination législative (<i>art 2 de l'ordonnance</i>)	Administratif
	Privée	Critères jurisprudentiels	Judiciaire en principe

Modification de la répartition du contentieux

2.2 L'ordonnance fixe des règles de passation imposées par la directive et inspirées de la pratique.

En s'appuyant sur les exigences de la directive 2014/23/UE, l'ordonnance procède à une simplification et une unification des règles de passation des contrats de concessions. L'ensemble de ces obligations, issues de la directive, s'inspirent fortement des règles et pratiques existantes en droit interne. Si, dans certaines hypothèses, les exigences procédurales sont renforcées, ces dernières obéissent toutefois à des préoccupations qui ne sont pas étrangères au droit interne (prise en compte des préoccupations sociales et environnementales, protection des deniers publics, moralisation de la vie publique,...).

2.2.1 Le droit des concessions comme levier de politiques publiques.

- Etat des lieux : Une prise en compte limitée de la dimension environnementale et sociale dans les contrats de concession.

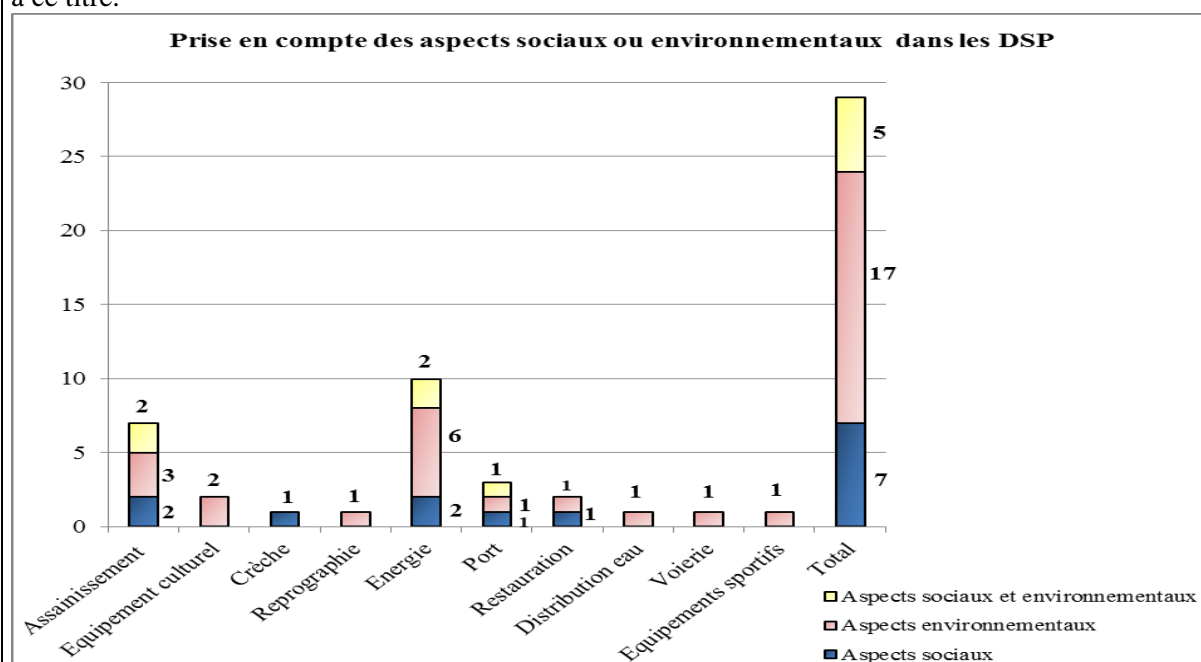
En droit des concessions, peu de mesures permettent à l'autorité concédante de soutenir des politiques publiques en faveur de l'environnement et de l'emploi.

Ainsi, aucun des régimes existant ne comportent de dispositions concernant spécifiquement la réservation de contrats de concessions à des structures employant des publics en situation de vulnérabilité sur le marché de l'emploi, contrairement au code des marchés publics.

Pour les concessions de travaux, seul l'article 6 de l'ordonnance du 15 juillet 2009 autorise l'autorité concédante à prendre en compte des objectifs de développement durable pour déterminer la nature et l'étendue des besoins à satisfaire.

De même, s'agissant des délégations de service public, aucune disposition n'oblige l'autorité concédante à prendre en compte, dans la définition de ses besoins, des considérations sociales ou environnementales. Nombre d'autorités concédantes n'utilisent pas ce dernier dispositif. Ainsi, sur un total de 508 avis d'attribution de délégation de service public publiés, à titre facultatif, au BOAMP pour l'année 2013, moins de 5% délégations de services publics prenaient en compte, pour leur procédure de passation, des aspects sociaux ou environnementaux.

Quant aux concessions de services, elles ne bénéficient d'aucun régime, et donc d'aucune disposition à ce titre.



Statistiques recueillies par examen des avis publiés au BOAMP.

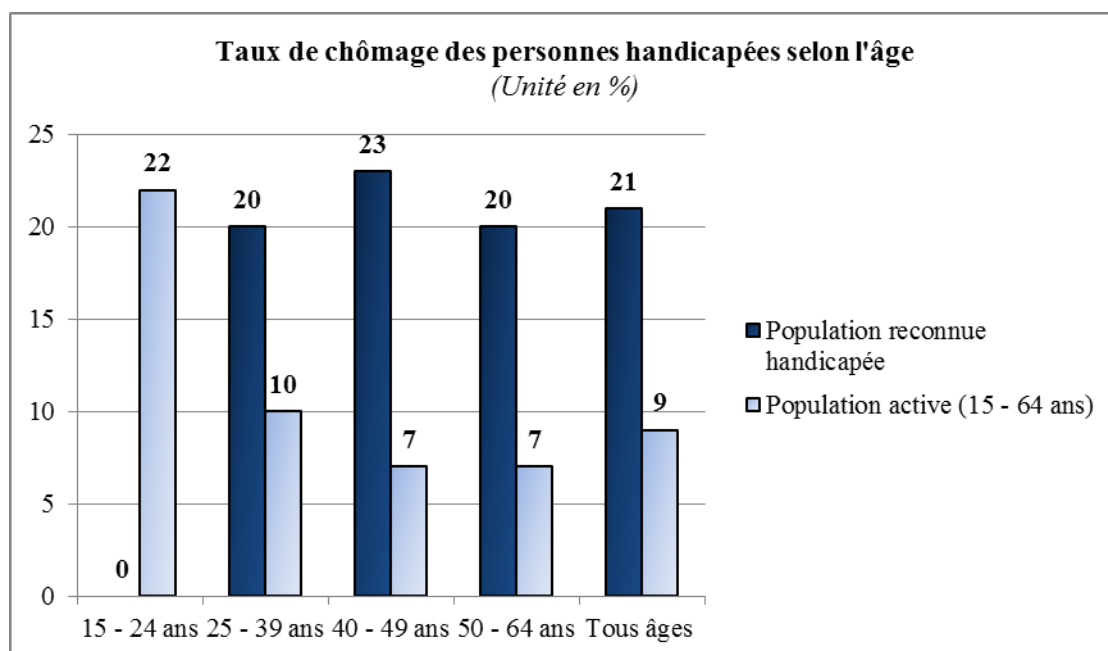
Echantillon de 200 avis d'attribution publiés, à titre facultatif, par les pouvoirs adjudicateurs pour l'année 2013.

- **Objectif** : Favoriser l’insertion de l’action des autorités concédantes dans une démarche sociale et environnementale.

L’ordonnance consacre les contrats de concession comme leviers de politique publique.

Ainsi, l’ordonnance incite les autorités concédantes à prendre en compte les objectifs de développement durable dans leurs contrats de concession. Les autorités concédantes pourront, dans la détermination de la nature et de l’étendue de leurs besoins, intégrer des considérations de développement durable, dans ses dimensions économique, sociale et environnementale (art.18 de l’ordonnance). Non prévue par la directive, l’insertion de cet article résulte d’une démarche volontariste du gouvernement en faveur du développement durable.

L’ordonnance prend également en considération la situation des personnes en difficulté. Le taux de chômage des travailleurs handicapés s’élevait en 2011 à 21% contre 9% en moyenne pour l’ensemble de la population active (15-64 ans).



Source : Ministère du Travail – Données 2011, population âgée de 15 à 64 ans – France Métropolitaine

Afin de favoriser l’emploi et l’intégration sociale des personnes handicapées et défavorisées, l’article 20 de l’ordonnance prévoit expressément la possibilité de réserver les contrats de concession à certains opérateurs économiques dès lors qu’ils emploient un minimum de personnes handicapées ou défavorisées. Simple faculté ouverte aux Etats membres par l’article 24 de la directive, le Gouvernement a souhaité, en procédant à sa transposition, en faire un véritable levier d’action publique en faveur de l’emploi et de l’insertion des publics en situation de vulnérabilité. La transposition de cette disposition permet, en outre, une harmonisation avec les dispositifs existants pour d’autres contrats de la commande publique (voir en ce sens l’article 36 de l’ordonnance Marchés).

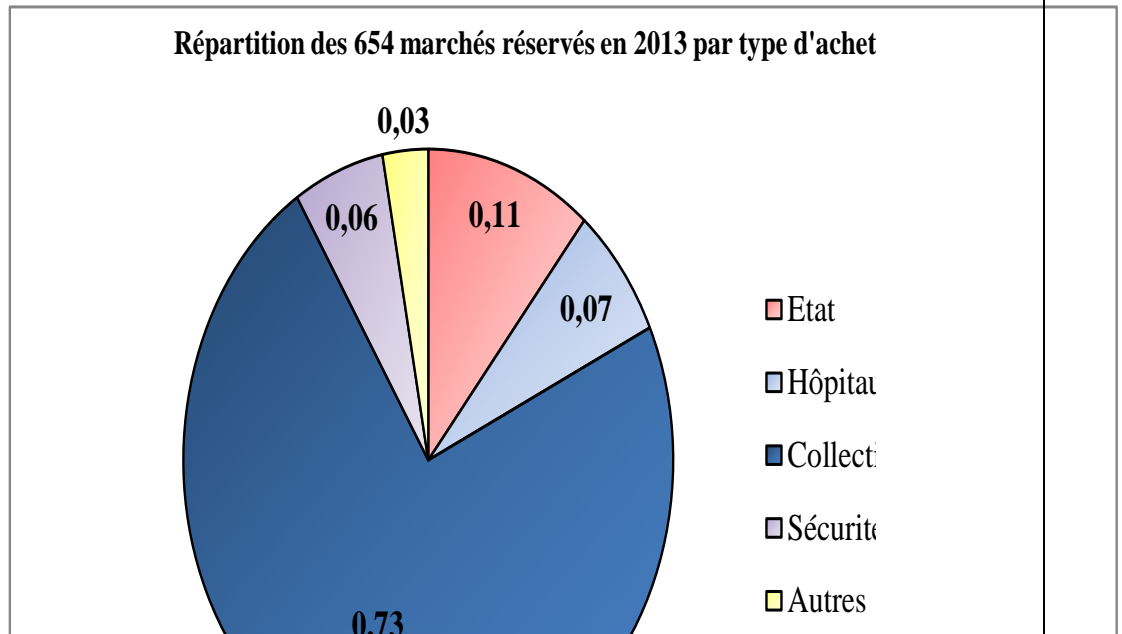
- **Impacts.**

L’obligation faite aux autorités concédantes de prendre en considération, pour la définition de leurs besoins, des objectifs de développement durable ne constitue pas une charge pour elles. Cette obligation existait déjà pour les concessions de travaux. Elle ne s’imposait pas, en revanche, pour les délégations de service public. Pour autant, cette démarche était pratiquée (cf. graphique susmentionné (point 1.1)).

L’impact direct de la réservation des contrats de concession en faveur des personnes en difficulté est neutre ; elle est néanmoins susceptible d’avoir un impact indirect appréciable si les autorités

concéder s'approprient cet outil. En effet, elle n'a pas pour effet de créer de nouvelles obligations à la charge des autorités concédantes : il s'agit d'un outil à leur disposition qu'elles seront libres d'utiliser dans leur démarche d'insertion des personnes en difficulté. Sa mise en œuvre aura un impact positif sur l'emploi de ces personnes.

A titre d'illustration, les acheteurs publics ont mis en œuvre cette faculté pour 654 marchés qu'ils ont réservés à des personnes handicapées.



Source : Observatoire de la commande publique réservée.

2.2.2 La faculté, pour les autorités concédantes, d'insérer des clauses sociales et environnementales est consacrée.

- **Etat des lieux :** Une prise en compte partielle des clauses sociales et environnementales dans les contrats de concession.

La loi du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, ne prévoit pas la possibilité pour les autorités délégantes de recourir à des clauses d'exécution particulières pour assurer la promotion de considérations sociales ou environnementales dans la passation et l'exécution des délégations de service public. En l'absence de tout dispositif en ce sens, le recours à de telles clauses pour les autorités délégantes relève de la simple faculté. En revanche le II de l'article 6 de l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 sur les concessions de travaux prévoit d'ores et déjà la possibilité pour les autorités concédantes de prévoir des obligations visant à concilier le développement économique, la protection et la mise en valeur de l'environnement ainsi que le progrès social conformément aux objectifs de développement durable. Il n'existe, enfin, aucune obligation d'insérer des clauses sociales ou environnementales dans les contrats de concessions de services, en l'absence de toute réglementation.

Ces clauses sont pourtant ancrées dans la pratique en matière de marché public. Le code des marchés publics (CMP), dans ses articles 14, 15, 30 et 53, a donné une base juridique à la prise en compte des préoccupations sociales et environnementales dans la commande publique. L'article 14 du CMP et l'article 4 du décret du 30 décembre 2005⁵ permettent aux acheteurs publics d'imposer aux opérateurs économiques des conditions d'exécution comportant des éléments à caractère social ou environnemental. Il s'agit du principal levier de promotion de ces considérations utilisé par les acheteurs publics.

⁵ Décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

Ces clauses d'exécution permettent aux autorités concédantes de fixer des objectifs en matière d'insertion sociale ou de protection de l'environnement qu'ils souhaitent voir réaliser grâce aux contrats de concession. Décrites dans le cahier des charges, les clauses d'exécution sont sans incidence sur le jugement des offres. Elles s'imposent à tous les candidats qui ne peuvent y déroger sous peine de voir leur offre rejetée comme irrégulière.

Le recensement économique de l'achat public effectué par l'OEAP⁶ a permis de constater qu'en 2012, 4,3% des marchés publics comportaient des clauses sociales et 5,4% des clauses environnementales. Ces pourcentages sont en constante augmentation depuis 2009.

Clauses spécifiques en 2012

Part des marchés à clause spécifique dans le nombre de marchés	Marchés supérieurs ou égal à 90000 € HT			
	2009	2010	2011	2012
Marchés avec sous traitants	1,3%	1,5%	2,6%	2,2%
Marchés avec co-traitants	4,2%	5,2%	4,1%	5,4%
Marchés avec clauses sociales	1,9%	2,5%	4,1%	4,3%
Marchés avec clauses environnementales	2,6%	5,1%	5,3%	5,4%
Marchés à prix révisibles	47,0%	50,1%	49,2%	52,7%

Source : recensement de l'OEAP

Le recensement donne également des indications sur l'utilisation des clauses sociales et environnementales en fonction des grandes catégories d'acheteurs publics. Les collectivités territoriales sont celles qui recourent le plus à de telles clauses dans leurs marchés publics.

Clauses spécifiques par type d'acheteur en 2012

Part des marchés à clause spécifique dans le nombre de marchés	1-Etat		2-Collectivités territoriales		3-Opérateurs de réseaux	
	2011	2012	2011	2012	2011	2012
Marchés avec sous traitants	5,1%	3,9%	2,2%	2,1%	0,4%	0,4%
Marchés avec co-traitants	16,7%	6,0%	4,9%	6,8%	1,8%	1,4%
Marchés avec clauses sociales	2,6%	1,8%	6,4%	7,3%	0,5%	0,3%
Marchés avec clauses environnementales	7,5%	5,0%	6,4%	7,7%	0,7%	0,5%
Marchés à prix révisibles	46,7%	48,5%	51,9%	53,0%	50,5%	57,2%

Source : recensement de l'OEAP

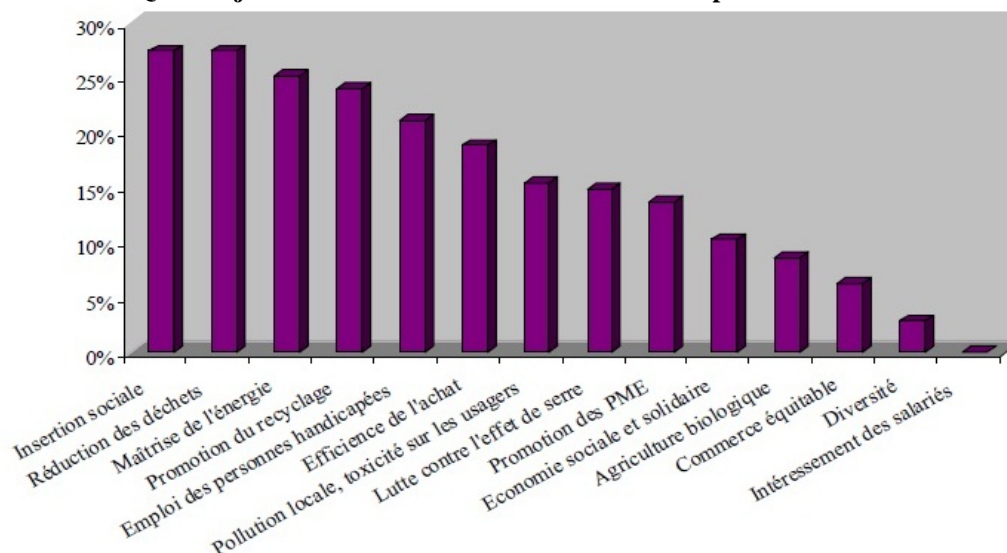
Une enquête a été réalisée par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie en 2011 afin de dresser un bilan des pratiques des acheteurs publics en matière de développement durable⁷.

Cette enquête donne des informations sur les objectifs poursuivis par les acheteurs publics lorsqu'ils insèrent de telles clauses dans leurs marchés.

⁶ OEAP : <http://www.economie.gouv.fr/daj/oeap-recensement-economique-achat-public>

⁷ Résultats de cette enquête publiés dans la lettre de l'OEAP – édition spéciale n°22 – octobre 2011 : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/lettre/2011/lettre-OEAP-N-special.pdf

Quels objectifs visent les acheteurs dans les achats publics durables ?



Source : lettre de l'OEAP n° 22 – octobre 2011

✓ Sur les clauses sociales :

L'atelier « *Aspects sociaux dans la commande publique* », regroupant une cinquantaine de membres de l'OEAP et des professionnels du milieu de l'insertion par l'activité économique, a axé ses travaux en 2011 et 2012 sur l'incitation à la diffusion des données économiques sur l'impact des clauses sociales et sur le développement d'un référentiel des clauses sociales. Ces travaux ont permis d'élaborer une fiche synthétisant les données disponibles sur l'impact économique des clauses sociales⁸.

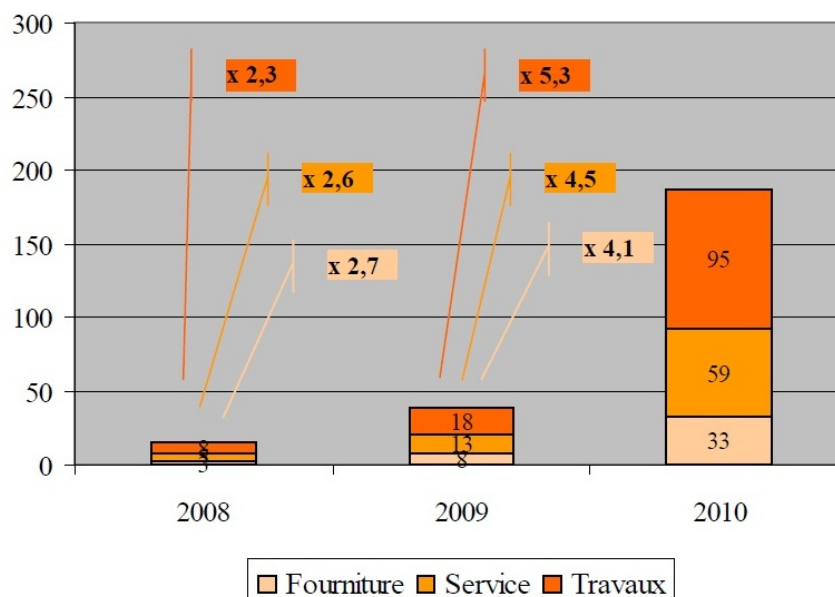
Ce document souligne l'impact social réel des clauses sociales dans les marchés publics en faisant plusieurs constats :

- 54 % de ces clauses sont mises en œuvre sous la forme d'un recrutement direct, le solde passant par le recours à des structures d'insertion ;
- A la sortie du programme d'insertion issu d'une clause, plus de la majorité des bénéficiaires de ces clauses disposent d'une solution durable et ne sont plus demandeurs d'emplois ;
- Les entreprises titulaires de marchés publics comportant des clauses d'insertion, tiennent leurs engagements et souvent les dépassent nettement.

L'enquête précitée de la DAJ met en évidence l'évolution du nombre d'acheteurs insérant des clauses sociales dans leurs marchés publics entre 2008 et 2010 :

⁸ http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/concertation/ateliers_reflexion/ateliers/clauses-sociales-ds-cp.pdf

Évolution du nombre d'acheteurs insérant une clause sociale, par secteur, de 2008 à 2010

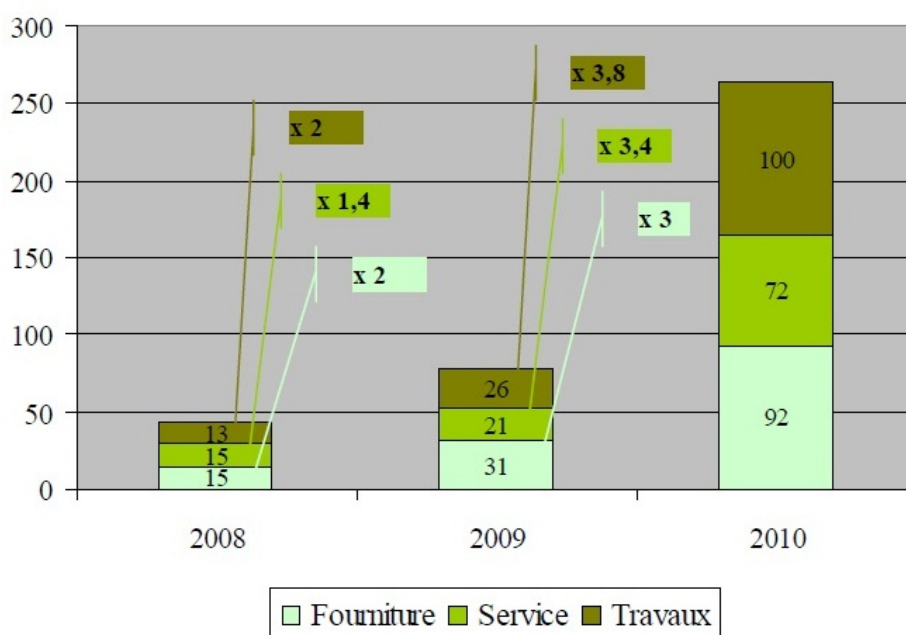


Source : lettre de l'OEAP n° 22 – octobre 2011

✓ Sur les clauses environnementales :

L'enquête réalisée par la DAJ constate que les questions environnementales sont davantage prises en compte par les acheteurs publics que les questions sociales. La proportion de contrats comportant des clauses environnementales connaît une forte progression entre 2008 et 2010.

Évolution du nombre d'acheteurs insérant une clause environnementale, par secteur, de 2008 à 2010



Source : lettre de l'OEAP n° 22 – octobre 2011

• **Objectif** : Consacrer la faculté d'utiliser les clauses sociales et environnementales dans les contrats de concession.

L'efficacité de l'insertion de clauses sociales et environnementales dans les marchés publics est unanimement reconnue. La commande publique, par son impact économique, constitue en effet un vecteur privilégié de déploiement des politiques en faveur du développement durable. Elle réduit d'une part, les conséquences environnementales de la consommation des pouvoirs publics et soutient

les politiques sociales, et, d'autre part, elle a un rôle d'exemplarité et d'incitation à destination des opérateurs privés ainsi que de l'ensemble de la population. L'insertion d'un tel dispositif dans l'ordonnance relative aux contrats de concession permet d'ouvrir expressément cette possibilité pour tous les contrats de la commande publique et non plus seulement aux marchés publics et aux concessions de travaux.

Si les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE ne remettent pas en cause la promotion de l'insertion de clauses sociales et environnementales dans les marchés publics, la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession n'en prévoit pas la possibilité. Afin d'assurer la promotion de ces secteurs, essentiels à une commande publique soucieuse de s'inscrire dans une démarche de développement durable, l'ordonnance sur les contrats de concession doit également consacrer la possibilité pour les autorités concédantes d'avoir des exigences spécifiques et prévoir des conditions particulières concernant l'exécution de leur contrat, notamment dans le domaine environnemental, social ou de l'emploi.

Par souci de cohérence avec le dispositif prévu en matière de marchés publics et dans le respect des principes du droit de la commande publique, il est précisé dans l'ordonnance que ces conditions d'exécution devront être liées aux travaux, ou services à fournir en vertu du contrat de concession.

La notion de lien avec l'objet du marché est donc entendue de manière souple conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, sans que les objectifs de prise en compte des politiques environnementales et sociales dans les marchés publics soient remis en cause.

• Impacts.

L'intégration d'objectifs de développement durable dans les procédures d'attribution des contrats de concession est renforcée par les nouvelles directives « marchés publics » dont elle s'inspire largement. Les travaux de transposition s'insèrent dans cette démarche et l'article 22 de l'ordonnance réaffirme la possibilité pour les autorités concédantes d'insérer des conditions d'exécution comportant des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable.

Cette nouvelle précision ne devrait pas avoir d'impact négatif sur la prise en compte croissante des objectifs de développement durable dans les contrats de concession. Au contraire, ces derniers constituent un support contractuel parfaitement adapté à ces logiques de respect de l'environnement et de promotion d'une politique locale socialement responsable : la durée particulièrement longue des contrats de concession comparée à celle des marchés publics en fait un outil plus efficace pour l'intégration de ces politiques sur le long terme.

En conséquence, les dispositions de l'ordonnance en matière de clauses sociales et environnementales permettent de faire de la commande publique un levier privilégié des politiques sociales et environnementales. L'atelier « *Aspects sociaux dans la commande publique* » de l'OEAP a souligné qu'il existe encore un fort potentiel non exploité, en matière de clauses sociales⁹. Il relevait ainsi que, si 50% des investissements publics comportaient une clause sociale de 5% (proportion de main-d'œuvre concernée par le programme d'insertion rapportée à la part de main-d'œuvre des marchés), le potentiel théorique d'insertion pourrait s'évaluer à environ 33 million d'heures d'insertion, soit 22 000 équivalent temps plein (ETP) d'insertion. En ce qui concerne l'Etat uniquement, le potentiel de clauses sociales d'insertion a été chiffré entre 1 710 et 2 510 ETP. Ces études encourageantes en matière de marchés publics valent également en matière de contrats de concession.

2.2.3 *Stabilité des modalités de calcul de la durée des contrats.*

• Etat des lieux : Une durée calculée en fonction de la nature des prestations et l'amortissement

⁹ Les clauses sociales dans la commande publique : un impact social réel : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/concertation/ateliers_reflexion/ateliers/clauses-sociales-ds-cp.pdf

économique.

L'article 40 de la loi Sapin, repris à l'article L.1411-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT), encadre la durée des délégations de service public, déterminée en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à sa charge, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. La durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée initiale coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements (CE, 11 août 2009, *Sté Maison Comba*, n°303517).

L'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux concessions de travaux publics ne prévoit pas de disposition spécifique pour encadrer la durée du contrat. L'absence d'encadrement législatif n'interdit pas, pour autant, au juge administratif de censurer une concession de travaux publics au motif que sa durée serait manifestement disproportionnée (CE, 23 juillet 1993, *Cie général des eaux*, n°138504). Le principe constitutionnel de transparence des procédures implique une remise en concurrence périodique des contrats de la commande publique aux fins de garantir la liberté d'accès à la commande publique.

Le droit applicable aux contrats concessifs reconnaît donc une marge de manœuvre aux parties contractantes et le système est conçu de telle sorte que la durée du contrat permette au concessionnaire, qui doit toutefois supporter le risque d'exploitation, d'amortir l'intégralité du coût de l'investissement initial.

- **Objectif** : Maintenir l'équilibre du système de calcul de la durée des contrats de concessions.

Aux termes des dispositions de l'article 18 de la directive, les contrats de concession doivent être limités dans leur durée, comme c'est le cas actuellement en droit interne. L'estimation de cette durée repose également sur la même logique qu'en droit interne : elle tient compte de la nature des prestations et des investissements à la charge du concessionnaire. La notion d'investissement, nécessaire pour estimer la durée, est définie largement. Elle englobe les investissements initiaux et ultérieurs jugés nécessaires pour l'exploitation de la concession.

L'article 23 de l'ordonnance maintient le dispositif existant actuellement en droit interne et reprend, pour ce faire, les mêmes termes que ceux contenus dans la loi Sapin. Dans un souci de cohérence, les parties contractantes doivent pouvoir bénéficier d'un régime juridique stable et déjà maîtrisé par l'ensemble des parties prenantes, permettant de garantir à la fois la stabilité des relations contractuelles et la sécurité juridique.

- **Impacts**.

L'impact lié aux modalités de calcul de la durée d'un contrat de concession s'avère neutre dans la mesure où les principes déjà en vigueur en droit interne ne connaissent pas de bouleversement. Les autorités concédantes continueront d'appliquer les mêmes principes aux fins de déterminer la durée de leurs contrats.

Ces dispositions de niveau législatif devront être complétées au niveau réglementaire : l'ensemble du dispositif reprendra les obligations fixées à l'article 18 de la directive tout en préservant la souplesse autorisée par son considérant 52.

2.2.4 *La nécessité de protéger les deniers publics par la mise en place, pour les contrats de concession dont le montant est supérieur à 100M€, d'une évaluation préalable du mode de réalisation du projet.*

- **Etat des lieux** : Une évaluation préalable cantonnée à certains contrats.

A ce jour, l'obligation de réaliser une évaluation préalable est prévue pour :

- ✓ les contrats de partenariat (art. 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) ;
- ✓ les projets de baux d'un loyer annuel supérieur à un million d'euros HT conclus sur le fondement de l'article L. 2122-15 du CGPPP (art. 48 de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat et R. 2122-30 du CGPPP) ;
- ✓ les projets de BEA des collectivités territoriales d'un loyer annuel supérieur à un million d'euros HT présentés pour la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales (art. L. 1311-2 et R.1311-1 du CGCT) ;
- ✓ les projets de baux emphytéotiques visés à l'article L. 6148-2 du code de la santé publique (« BEH ») (art. R. 6148- 1).

- Objectif : Privilégier une bonne gestion des deniers publics.

Une évaluation préalable du mode de réalisation du projet serait réalisée pour les contrats de concession dont le montant est supérieur à 100M€ dans un souci de bonne gestion des deniers publics. Cette obligation ne pèserait cependant pas sur les contrats dont le caractère concessif serait imposé par la loi, ne laissant ainsi pas le choix aux autorités concédantes. Cette évaluation préalable n'a en effet de sens que lorsque la personne publique doit choisir parmi une variété de formules contractuelles. Cette dérogation à l'évaluation du mode de réalisation du projet pourrait concerner par exemple les contrats visés à l'article L511-5 du code de l'énergie pour lesquels la loi impose qu'au-delà d'une certaine puissance les installations hydrauliques soient exploitées par le biais d'un contrat de concession.

Cette évaluation aurait une finalité différente de celle qui justifie actuellement le recours au contrat de partenariat : elle permettrait à la personne publique, grâce à une présentation du projet et un comparatif en coût complet des différents montages contractuels envisageables pour le réaliser, d'assurer que l'outil de commande publique choisi est le mieux adapté au projet envisagé.

L'analyse en coût complet devra permettre le chiffrage du projet, quelle que soit l'origine des flux financiers considérés (paiement direct par la personne publique, paiement différé, paiement par l'utilisateur). Tous les scénarios envisagés devront reposer sur le même périmètre (conception, construction, exploitation, maintenance, financement), afin d'aboutir à une comparaison objective et complète, en l'état des connaissances à ce moment du montage du projet et des prévisions établies par la personne publique.

D'autres éléments non quantifiables économiquement pourraient également être intégrés dans l'analyse, afin de tenir compte des caractéristiques intrinsèques des différents montages (ex : caractère non concessible des activités régaliennes).

Au vu des sommes en jeu, il paraît de bonne gestion des deniers publics d'imposer une telle évaluation préalable à tous les contrats. Le surcoût lié à la réalisation de cette évaluation serait justifié au regard de l'ampleur du projet.

L'évaluation préalable simplifiée deviendrait ainsi un véritable instrument d'aide à la décision pour les personnes publiques, justifiant le recours à un outil de commande publique tel que les contrats de concession. En tout état de cause, ce document serait non liant, l'autorité concédante demeurant libre d'exercer sa liberté contractuelle. Elle conserve une marge d'appréciation dans l'opportunité du choix de l'outil, notamment afin de pouvoir prendre en considération les enjeux politiques de certains projets.

En outre, l'obligation de produire une évaluation préalable simplifiée pour les contrats supérieurs à 100 millions d'euros sera articulée avec l'évaluation socio-économique prévue par le décret n° 2013-1211 du 23 décembre 2013.

L'article 17 de la loi n° 2012-1558 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017 prévoit la réalisation d'une évaluation socio-économique préalable pour les projets d'investissement civils financés par l'Etat, ses établissements publics, les établissements publics de

santé et les structures de coopération sanitaire. Au-delà d'un certain seuil, cette évaluation est soumise à une contre-expertise.

Le décret n°2013-1211 du 23 décembre 2013 relatif à la procédure d'évaluation des investissements publics en application de l'article 17 de la loi n° 2012-1558 du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017 précise les modalités d'application de cet article. Les projets dont le montant est supérieur à 20 millions d'euros sont soumis à l'obligation de réaliser une évaluation socio-économique préalable formalisée. Une contre-expertise indépendante de cette évaluation socio-économique, menée par le Commissariat général à l'investissement (CGI), est rendue obligatoire au-delà de 100 millions d'euros.

Dans un souci de simplification, afin d'éviter des formalités redondantes, une fusion des deux dispositifs sera effectuée pour l'Etat et ses établissements publics. Les contrats de la commande publique de plus 100 millions d'euros ne seront ainsi soumis qu'à une évaluation socio-économique renforcée, dont la partie relative à la justification du mode de réalisation retenu comportera une comparaison entre les différents montages contractuels envisageables, notamment en coût complet.

• Impacts.

Dans un souci de bonne gestion des deniers publics et afin d'améliorer les outils d'aide à la décision à la disposition des personnes publiques porteuses de projet, il paraît pertinent d'étendre l'obligation de produire une évaluation préalable simplifiée à tous les contrats de la commande publique de montant important pour autant que la loi n'impose pas de modèle contractuel précis.

Seuls les contrats dont le montant est supérieur à 100 millions d'euros seraient concernés, afin de n'impacter que les projets dont l'impact pour les deniers publics est significatif. A titre d'illustration, pour les marchés publics, une centaine de contrats par an seraient concernés par cette nouvelle obligation en raison de leur montant.

2.2.5 *Le maintien des exigences de publicité.*

• Etat des lieux : L'exigence d'un avis de publicité.

Le droit actuellement en vigueur impose, pour les contrats de concession, quel que soit leur objet, des mesures préalables de publicité :

- L'article 38 de la loi Sapin, repris à l'article L. 1411-1 du CGCT, dispose que les délégations de service public doivent être « *soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes* ». Ces dispositions s'interprètent à la lumière des règles fondamentales du TFUE ; elles ne peuvent être réputées satisfaites que lorsqu'est mise en œuvre une procédure de publicité adéquate (*CE, 1^{er} avril 2009, Communauté urbaine de Bordeaux et Société Kéolis, n°323585*) ;
- L'article 8 de l'ordonnance du 15 juillet 2009, repris à l'article L. 1415-7 du CGCT, mentionne expressément le principe d'une publicité préalable ;
- Les concessions de services, ne bénéficiant pas d'une législation spécifique, n'en sont pas moins tenues de respecter les règles fondamentales du Traité, en particulier le principe de non-discrimination. Ce principe de non-discrimination consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution (*CJUE, 7 décembre 2000, Telaustria, aff C-324/98*).

• Objectif : Transposer les exigences de la directive (article 31 de la directive) tout en préservant l'obligation de publicité actuelle, favorable aux opérateurs économiques.

L'ordonnance impose le respect de mesures de publicité préalables à la conclusion des contrats de concession de manière à garantir, en toute hypothèse, le respect du principe libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement entre les candidats.

Ces règles de publicité préalable remédient aux entraves à la concurrence en assurant un accès effectif et non discriminatoire au marché pour tous les opérateurs économiques, favorisant ainsi les investissements publics dans les infrastructures et les services. Le respect de cette règle apporte en effet à tout soumissionnaire potentiel, la garantie de l'ouverture du marché des services et travaux à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures de passation.

- Impacts.

L'impact de la mise en place par l'ordonnance du principe d'une procédure de publicité préalable à l'attribution des contrats de concession est très limité. L'obligation de procéder à une publication préalable s'impose déjà aux autorités concédantes pour la conclusion de contrats de type concessif en droit interne, que ce soit du fait d'une réglementation nationale, de principes constitutionnels ou du fait d'obligations européennes.

2.2.6 *La reconnaissance de la procédure négociée.*

2.2.6.1 La procédure négociée s'impose comme procédure de droit commun pour les contrats de concession.

- Etat des lieux : Une négociation librement organisée.

En l'état du droit, la procédure négociée est la procédure de droit commun pour les délégations de service public soumises à la loi Sapin. Pour les concessions de travaux, régies par l'ordonnance du 15 juillet 2009, le choix de la procédure est libre. Si les personnes publiques peuvent recourir à d'autres procédures si elles le souhaitent, la procédure négociée demeure toutefois la plus adaptée pour ce type de contrat.

L'article 38 de la loi Sapin, repris à l'article L. 1411-1 du CGCT, consacre le principe de libre négociation des offres par l'autorité délégante. Le délégataire est choisi au terme de ces négociations. L'article L. 1411-5 du CGCT réitère ce principe en en précisant les contours. L'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre.

Aux termes de ces dispositions, l'autorité délégante est autorisée à négocier avec tout ou partie des soumissionnaires admis à présenter une offre. En effet, aucune règle n'encadre les modalités d'organisation des négociations par la personne publique (*CE, 21 mai 2010, Commune de Bordeaux, n°334845*). L'autorité délégante peut donc poursuivre la négociation avec les candidats de son choix (*CE, 9 août 2006, Cie générale des eaux, n°286107*).

Aucune disposition de l'ordonnance du 15 juillet 2009 n'encadre les modalités d'organisation de la négociation lorsqu'une procédure négociée est mise en œuvre.

- Objectifs : Prendre en compte la logique du contrat concessif et assurer une égalité de traitement entre les soumissionnaires.

Reprenant la faculté posée à l'article 37.6 de la directive, l'article 36 de l'ordonnance consacre la procédure négociée comme procédure de droit commun. En effet, la procédure négociée participe de la spécificité des contrats de concession, longs et souvent complexes.

En outre, la liberté de négociation qui présidait en matière de délégation de service public est désormais précisée. L'autorité concédante devra négocier avec l'ensemble des soumissionnaires. L'édiction de cette nouvelle modalité permet de mieux prendre en considération l'égalité de traitement des soumissionnaires.

- Impacts.

L'ordonnance érige la négociation comme principe, à l'instar de ce qui existait déjà pour les délégations de service public. Si le recours à la négociation n'était pas imposé pour les concessions

de travaux, cette procédure était toutefois souvent utilisée par les autorités concédantes. Cette disposition n'impose donc pas de charge supplémentaire aux autorités concédantes.

L'obligation nouvelle faite aux autorités concédantes de négocier avec l'ensemble des soumissionnaires – si son impact est difficilement quantifiable – devrait accentuer la concurrence entre soumissionnaires lors des négociations aboutissant à une amélioration de l'économie générale des offres.

2.2.6.2 La mise en place de procédures de passations adaptées à l'objet et au montant du contrat de concession.

- Etat des lieux : L'existence de plusieurs procédures de passation.

En l'état du droit, les délégations de service public et les concessions de travaux sont encadrées par différentes procédures. La valeur estimée du contrat détermine le choix de la procédure :

	Délégation de service public	Concessions de travaux
Procédure « simplifiée »	< 106 000 €ou < 68 000 €/an sur trois ans. <i>(Art L. 1411-12 CGCT)</i>	< à 5 186 000 € <i>(Art 12 du décret n°2010-406 du 26 avril 2010)</i>
Procédure « formalisée »	> 106 000 €ou > 68 000 €/an sur trois ans.	> à 5 186 000 € <i>(Art 10 du décret n°2010-406 du 26 avril 2010)</i>

Pour les délégations de service public, la procédure dite simplifiée repose sur trois obligations relatives respectivement à la publicité, à l'encadrement de la durée du contrat ainsi qu'aux conditions de recours aux avenants.

Les concessions de travaux dont le montant est inférieur à 5 186 000 € ne font l'objet que d'une publicité adaptée aux caractéristiques du contrat, notamment son montant et la nature des travaux en cause.

Seules les concessions de services ne sont soumises à aucune procédure prédéterminée, en l'absence de législation spécifique.

- Objectif : Maintenir, dans un corpus juridique unique, la souplesse offerte aux autorités concédantes par une double procédure.

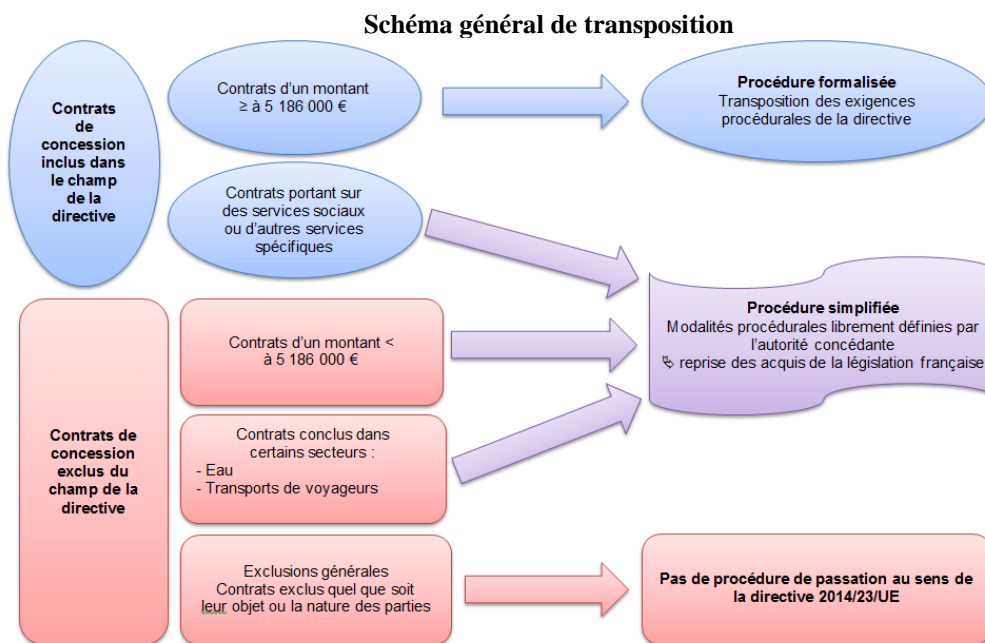
Aux termes de l'article 8.1 de la directive, seuls les contrats de concessions dont la valeur est égale ou supérieure à 5 186 000 € sont soumis à la procédure définie par la directive. Pour autant, l'ordonnance, dans une logique d'harmonisation et d'unification, règlemente le régime procédural applicable à tous les contrats de concessions, quel que soit leur montant voire leur objet.

La législation actuelle encadrerait la passation et l'exécution des contrats de type concessif quel que soit leur montant, dans deux textes distincts. Or, il était anachronique d'une part de continuer à traiter, dans le cadre de textes distincts, des contrats qui, au niveau européen, correspondent à une notion unique et, d'autre part, d'exonérer de toutes règles des contrats déjà soumis, en droit interne, à un encadrement juridique. En outre, les exigences posées par la directive doivent être transposées.

Aussi, l'article 26 de l'ordonnance établit les modalités générales de passation, qui seront précisées par voie réglementaire :

- La **procédure formalisée** constitue la transposition expresse du dispositif prévu par la directive applicable aux contrats de concession qui sont conclus pour un montant supérieur au seuil européen ;
- La **procédure simplifiée** concerne les contrats de concessions qui ne sont pas passés selon une procédure formalisée soit en raison de leur objet (voir en ce sens le point 1.1.4 de la présente étude d'impact), soit en raison de leur montant (inférieur à 5 186 000€).

Cette procédure, dont les modalités seront prévues par voie réglementaire reprendra les acquis de la procédure de la loi Sapin, aujourd'hui connue et maîtrisée des autorités concédantes et des opérateurs économiques. Cette procédure, plus souple, permettra aux autorités concédantes d'adapter la procédure de passation du contrat de concession à l'objet, à la nature et aux caractéristiques des prestations demandées aux concessionnaires.



• Impacts.

Les procédures imposées aux autorités concédantes sont sans incidence. Pour les concessions de travaux, l'impact est neutre. En effet, à l'instar des règles procédurales qui leur sont actuellement applicables, les concessions de travaux demeurent soumises au même dualisme procédural : la valeur du contrat détermine la procédure applicable.

Pour les délégations de service public, l'impact est également limité. Une double procédure – simplifiée et formalisée – perdure. La procédure simplifiée englobe désormais la procédure prévue pour les délégations de service public dont le montant était inférieur à 106 000 € (ou 68 000 € an sur trois ans), à 5 186 000 € ou ayant pour objet, quel que soit le montant, les services d'eau et d'assainissement, de transport public de voyageurs ou certains services sociaux et autres services spécifiques. Les contrats précités seront assujettis à des règles procédurales inspirées des acquis de la loi Sapin, connues et maîtrisées des parties contractantes.

Au demeurant, la part des délégations de service public dont la valeur estimée est inférieure à 106 000 € était relativement faible. Un contrat de concession implique souvent des investissements d'infrastructure de montants conséquents. En effet, au regard des avis d'attribution publiés, à titre facultatif, par les autorités délégantes sur le site du BOAMP pour l'année 2013, seuls 12 contrats sur 508 sont d'un montant inférieur à 106 000 €. Les échanges auprès des interlocuteurs autorisés (AMF, DGCL...) n'ont pas permis de quantifier avec plus de fiabilité le nombre de ces contrats.

Pour les concessions de services n'ayant pas pour objet l'exploitation d'un service public, l'impact

est difficilement quantifiable. Elles ne bénéficiaient jusqu'alors d'aucun régime procédural. Pour autant, ces contrats étaient soumis aux principes généraux du TFUE (*CJUE, 7 décembre 2000, Telaustria, aff C-324/98*) et n'étaient, par suite, pas exemptés de toute procédure de publicité et de mise en concurrence. Toutefois, l'encadrement inédit de la procédure prévu par la directive et repris par l'ordonnance, constituera probablement une charge plus importante pour les autorités concédantes.

2.2.7 Clarification et harmonisation des communications et échanges d'informations.

- Etat des lieux : Une disparité des moyens de communication, potentiellement source de coûts importants.

En l'état du droit actuel, aucune réglementation applicable aux contrats de type concessif n'impose un format prédéterminé pour les échanges d'informations et communications entre autorités concédantes et opérateurs économiques. Les autorités concédantes peuvent tout à la fois utiliser la forme manuscrite ou dématérialisée, voire combiner, en l'absence de dispositions contraires, ces deux formats. Il en va de même pour les opérateurs économiques qui peuvent envoyer leur offre sous pli postal ou le déposer sur une plateforme dématérialisée, selon le choix de l'autorité concédante. Il revient, en effet, à celle-ci d'imposer ou non dans les documents contractuels de la concession la forme que doit revêtir les échanges d'informations et les communications.

- Objectif : Consacrer, sauf exception, la faculté de recourir à la dématérialisation des communications et échanges d'information pour la procédure de passation des contrats de concession (art. 27 de l'ordonnance).

L'article 29 de la directive autorise les Etats membres à utiliser un ou plusieurs moyens de communications, à l'exception des avis de publicité et d'attribution où l'envoi dématérialisé est imposé. Ainsi, la transposition de ce dispositif impliquera nécessairement, pour les autorités concédantes, une application immédiate de ces deux obligations à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance et au plus tard le 18 avril 2016, date d'expiration du délai de transposition. L'article 27 de l'ordonnance offre la base juridique nécessaire à la transposition de ces deux obligations et sera ainsi précisé par le décret d'application.

En outre, cet article garantit une liberté de choix pour les autorités concédantes et les opérateurs économiques entre divers modes de communications, dont les modalités seront précisées par voie réglementaire. Ainsi, les parties contractantes disposeront de la faculté de recourir soit au papier, soit à la voie dématérialisée.

Le maintien de l'utilisation du papier préserve les habitudes des acteurs concernés. Eu égard à la spécificité des projets réalisés sous forme concessive, de grande envergure, ce mode de communication a toute sa place dans les procédures de passation (réalisation de maquette, plans, ...).

L'utilisation, exclusive ou non, de moyens électroniques s'inscrit dans une démarche de modernisation de l'action publique et des rapports entre l'administration et les tiers. Outre une sécurisation accrue des données et des échanges, la dématérialisation simplifie les échanges pour les autorités concédantes mais aussi pour les opérateurs économiques.

Le Gouvernement a donc opté, pour les contrats de concession, en faveur d'une liberté de choix pour laisser aux autorités concédantes et aux opérateurs économiques toutes les souplesses laissées par la directive dans les procédures de passation de ces contrats.

- Impacts.

Seuls l'envoi dématérialisé des avis de publicité et d'attribution et la mise à disposition des documents de concession par voie électronique seront imposées à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance (soit au plus tard le 18 avril 2016). Cette obligation concerne uniquement les autorités concédantes. Si son impact peut être important, nombre d'autorités délégantes publient déjà leurs avis

de publicité et d'attribution sous forme dématérialisée. A titre d'illustration, en 2013, 1460 avis de publicité et 508 avis d'attribution ont été publiés, par les collectivités territoriales, sur le site du BOAMP. L'avis de publicité s'accompagne, la plupart du temps, du dossier de consultation adressé aux opérateurs intéressés.

Concernant la dématérialisation des autres échanges et communications entre les autorités concédantes et les opérateurs économiques, l'obligation de communiquer et d'échanger par voie électronique, constitue une simple faculté. L'ordonnance et le décret entérinent des pratiques répandues en matière d'attribution de marchés et de concessions.

L'impact de l'utilisation de moyens électroniques est négligeable. Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices passent d'ores et déjà des marchés publics voire des contrats de type concessif sous forme dématérialisée. Les opérateurs économiques sont déjà habitués au maniement des nouveaux moyens de communications électroniques, à la consultation des avis dématérialisés et à l'envoi de leurs offres signées électroniquement.

L'impact de l'utilisation du format papier est neutre. En effet, ce format est déjà largement utilisé et n'entraînera pas de charges nouvelles pour les autorités concédantes et pour les opérateurs économiques.

2.2.8 *Unification et simplification du régime des interdictions de soumissionner.*

- Etat des lieux : La fragmentation des interdictions de soumissionner.

Les interdictions de soumissionner sont, en l'état du droit, disparates. Ces interdictions sont, en effet, réparties dans différents textes, selon l'objet du contrat :

- **Pour les délégations de service public**, deux textes traitent des interdictions de soumissionner
 - ✓ Jusqu'à l'adoption de la loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, la loi Sapin ne prévoyait pas d'interdictions de soumissionner pour les candidats à l'attribution d'une délégation de service public. Depuis, le III de l'article 16 de la loi du 4 août 2014 précitée, modifie l'article 38 de la loi Sapin. Il y introduit un nouvel alinéa portant extension des interdictions de soumissionner, fixées par l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005, aux délégations de service public conclues par l'Etat et ses établissements publics ;
 - ✓ Les délégations de service public passées par les collectivités territoriales ou leurs établissements publics ne sont, en revanche, pas soumises aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005. Pour ces contrats, les interdictions de soumissionner fixées par l'article 39 de la loi n°54-404 du 10 avril 1954 portant réforme fiscale, qui n'a pas été modifiée par la loi du 4 août 2014, demeurent applicables. Pour ces pouvoirs adjudicateurs, les interdictions de soumissionner résultent de la violation, par le candidat, de ses obligations sociales et fiscales. L'entreprise qui n'a pas souscrit les déclarations lui incombant en matière fiscale et sociale ou n'a pas acquitté les impôts et cotisations exigibles n'est pas admise à participer à la procédure d'attribution.
- Conformément à l'article 9 de l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009, les interdictions de soumissionner prévues par l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005 s'appliquent aux **concessions de travaux publics**.
- A défaut de toute réglementation applicable, en droit interne, aux concessions de services n'ayant pas pour objet l'exploitation d'un service public, aucune interdiction de soumissionner ne s'appliquait pour ces contrats.

Aussi, les interdictions de soumissionner applicables aux contrats de concession, en droit interne, ne

sont ni unifiées dans un corpus juridique unique ni harmonisées. Ainsi, selon l'objet principal du contrat de concession, un opérateur économique, en fonction de sa situation, pourra être exclu ou non d'une procédure.

- **Objectifs** : Harmoniser et unifier les interdictions de soumissionner dans les contrats de la commande publique.

Aux fins de sécuriser et de garantir le meilleur emploi des deniers publics par les autorités concédantes, tout en satisfaisant à une obligation d'exemplarité des pouvoirs publics, l'ordonnance, transposant l'article 38 de la directive, prévoit un mécanisme complet d'exclusions des procédures de passation des contrats de concession.

A l'exception d'une interdiction de soumissionner propre aux marchés publics (article 57.4 f) de la directive 2014/24/UE) le dispositif est rédigé dans les mêmes termes pour les marchés publics. Si, désormais les interdictions de soumissionner sont unifiées, pour tous les contrats de concession, aux articles 29 à 34 de l'ordonnance, ce dispositif est également commun à l'ensemble des contrats de la commande publique. Il s'étend aux membres d'un groupement d'opérateurs économiques constitué spécifiquement pour participer à une procédure d'attribution d'un contrat ainsi qu'aux tiers chargés, par le futur concessionnaire, d'exécuter une partie du contrat.

Dans cette logique d'unification, l'article 39 de la loi du 10 avril 1954 précitée est abrogé dans l'ordonnance.

L'harmonisation de ces interdictions simplifie, en outre, l'activité des autorités concédantes dont l'interdiction de soumissionner ne dépendra plus de la qualification du contrat.

Plus particulièrement, le dispositif des interdictions de soumissionner prévu par la directive s'articule autour d'un mécanisme d'exclusions obligatoires (Art 38.4 de la directive) et d'un mécanisme d'exclusions facultatives (Art 38.7 de la directive). Si le Gouvernement ne dispose d'aucune marge de manœuvre pour la transposition des interdictions de soumissionner obligatoires (Art 29 de l'ordonnance), y compris pour les contrats de concession de défense et de sécurité (Art 30 de l'ordonnance), il bénéficie toutefois d'une latitude pour les interdictions de soumissionner facultatives. En effet, ces interdictions pouvaient soit être imposées par l'Etat, soit être une faculté pour les autorités concédantes :

- Les interdictions de soumissionner, lorsqu'elles sont imposées par l'Etat, constituent un simple alignement sur la réglementation déjà applicable en matière de marchés publics (état de faillite, procédure d'insolvabilité ou de liquidation). Cette démarche tend vers l'unification des interdictions de soumissionner pour les contrats de la commande publique ;
- Au contraire, la réalité de certaines infractions peut être difficile à établir par l'opérateur concerné et est, de fait, source de contentieux et d'insécurité (conflits d'intérêt, défaillances de l'opérateur économique lors de l'exécution d'un contrat de concession,...). Dans de telles hypothèses, l'article 32 de l'ordonnance n'exige pas l'exclusion systématique des opérateurs économiques concernés et offre aux autorités concédantes la possibilité de ne pas les exclure.

Pour sécuriser les contrats conclus par les autorités concédantes, les cas d'interdictions de soumissionner s'appliquent non seulement au stade de la candidature mais également en cours d'exécution du contrat de concession. De la sorte, l'autorité concédante pourra se prémunir contre les éventuelles défaillances (violation de la législation applicable, état de liquidation, faute professionnelle grave, ...) de son concessionnaire (Art 33 de l'ordonnance).

- **Impacts**.

La mise en place d'interdictions de soumissionner applicables à tous les contrats de concession procède d'une volonté de simplification du droit des concessions. Désormais, un opérateur économique entrant dans une des interdictions de soumissionner se verra exclu de la procédure de passation quel que soit l'objet ou le montant du contrat. Cette démarche permet d'unifier le régime des interdictions de soumissionner pour l'ensemble des contrats de la commande publique. Ce

faisant, le Gouvernement poursuit la logique de moralisation de la vie publique, initiée en 1993 avec l'adoption de la loi Sapin.

La mise en place d'interdictions de soumissionner obligatoires a un impact positif pour les autorités concédantes. En effet, en excluant de fait les opérateurs économiques d'une procédure de passation, les autorités concédantes se garantissent contre les comportements irréguliers des opérateurs économiques voire de la fragilité économique de certains.

L'impact de l'ajout de nouvelles interdictions de soumissionner est difficilement quantifiable et procède davantage d'une démarche de moralisation de la vie économique et de responsabilisation des opérateurs économiques.

2.2.9 Stabilité des règles de sélection des candidatures et des offres.

• Etat des lieux : Une réglementation silencieuse mais des étapes dans la procédure bien établies dans la pratique.

Aux termes de l'article 38 de la loi Sapin : « *La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.* »

En matière de concessions de travaux publics, ni l'ordonnance du 15 juillet 2009 ni le décret n°2010-406 du 26 avril 2010 ne mentionnent expressément d'obligation de vérification des capacités professionnelles, financières et techniques des candidats, se bornant à indiquer que l'autorité concédante « *fait son choix pour une candidature ou une offre* » (art. 17 et 25 du décret du 26 avril 2010).

En matière de concession de services, les autorités concédantes sont simplement tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier.

Cette obligation, lorsqu'elle existe, porte donc simplement sur l'analyse des garanties techniques, professionnelles et financières. Les capacités techniques visent les moyens matériels et humains, alors que les capacités professionnelles tendent à vérifier les qualifications du candidat à travers ses références ou des justifications professionnelles (certificats professionnels ou certificats de qualité). Les capacités financières reposent essentiellement sur le chiffre d'affaires de l'opérateur, voire une attestation bancaire, la preuve d'une assurance ou encore la production de bilans ou d'extraits de bilans.

Pour les délégations de services publics, eu égard au caractère d'intérêt général de l'activité exploitée, toute candidature va également être appréciée au regard de sa capacité à assurer la continuité du service public et traiter les usagers dans le respect du principe d'égalité devant le service public.

Les obligations qui s'attachent à la phase de sélection des offres, peu encadrée par les textes, ont été précisées par la jurisprudence. L'article 38 de la loi Sapin se contente d'énoncer que « *Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire* ». Le Conseil d'Etat a tiré de ce principe de « libre négociation » qu'en matière de délégation de service public, il n'était obligatoire de porter à la connaissance des candidats que les critères de sélection des offres, et non les modalités de mise en œuvre de ces critères (CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n°328827). Seule une sélection des offres au regard de critères est donc imposée par la jurisprudence. L'autorité concédante est tenue d'apporter aux candidats à l'attribution d'un contrat de concession, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres.

En matière de concession de travaux, ni l'ordonnance du 15 juillet 2009, ni le décret du 16 avril 2010

ne prévoient de règles en la matière, se contentant d'énoncer que les autorités concédantes doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Seul le modèle d'avis européen contient la mention des critères d'attribution, sans pour autant contenir la précision des modalités de leur mise en œuvre.

- Objectif : Uniformiser les règles relatives à l'examen des candidatures et des offres pour tous les contrats de nature concessive.

La directive sur l'attribution des contrats de concession ne procède pas à un encadrement excessif de la passation de ces contrats. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice dispose ainsi d'une liberté de principe dans le choix et l'organisation de la procédure. Ce faisant, l'ordonnance qui transpose la directive préserve, de manière globale, le droit positif français en ce qui concerne la phase de sélection des candidatures et des offres.

Les contrats de concession revêtent une forte spécificité : d'une part, ils impliquent souvent un montage financier et technique complexe, d'autre part, ils impliquent également le transfert au concessionnaire de prérogatives et de risques initialement supportés par les autorités concédantes. La phase de vérification des capacités des candidats est donc le moment propice pour l'examen de la solidité économique et professionnelle des candidats au regard des obligations qui pourraient leur incomber dans le cadre de l'exécution du futur contrat.

L'ordonnance établit un régime unique de passation applicable à tous les contrats de concessions. Elle imposera de ce fait expressément une vérification des garanties professionnelles, économiques et financières des candidats à tous les contrats de nature concessive. Elle reprendra donc le dispositif applicable aux délégations de service public en maintenant les conditions de capacité spécifiques liées au service public qui est l'objet de la délégation, et créera cette obligation pour les concessions de travaux publics et les concessions de services qui n'ont pas pour objet la gestion d'un service public.

L'ordonnance reprendra également le dispositif général relatif à l'attribution du contrat. La sélection des offres se fera par le biais de critères objectifs qui garantissent une appréciation effective et transparente des offres. L'offre sur laquelle portera le choix de l'autorité concédante sera celle qui présentera, pour elle, un avantage économique global.

- Impacts.

L'impact de l'instauration d'une procédure de vérification des garanties professionnelles, économiques et financières des candidats et des critères de sélection des offres est limité.

Même si la vérification des capacités n'était inscrite que dans la réglementation des délégations de service public, l'examen des capacités des candidats constitue une étape incontournable de la procédure d'attribution d'une concession de travaux ou de services au regard des principes constitutionnels de la commande publique. Les autorités concédantes y ont déjà recours ne serait-ce que pour s'assurer de la fiabilité de leur concessionnaire et sécuriser leurs contrats.

Le choix de l'offre au regard de critères d'attribution préalablement portés à la connaissance des candidats n'a également rien de novateur, malgré une absence dans les textes, les principes du traité et la jurisprudence commandaient une appréciation transparente des offres au regard de critères objectifs communiqués aux soumissionnaires.

2.2.10 Sécurisation de l'achèvement de la procédure.

- Etat des lieux : Un décalage entre les concessions de travaux et les concessions de services dans les obligations incombant aux autorités concédantes.

La réglementation relative aux délégations de service public ne comporte aucune mention sur l'achèvement de la procédure d'attribution. C'est n'est qu'au niveau réglementaire que des précisions

sur cette étape de la procédure sont apportées. En effet, au terme de la procédure, la collectivité délégante peut publier au BOAMP :

- soit un avis d'intention de conclure une convention de délégation de service public,
- soit un avis d'attribution de la convention de délégation de service public.

Cette publication n'est pas obligatoire mais permet de réduire le délai de recours contentieux (article R.1411-2-1 du CGCT, article L. 551-15 du code de justice administrative).

Conformément à la directive du 11 décembre 2007 sur l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, dite directive "Recours", qui s'applique aux concessions de travaux publics, l'article 10 de l'ordonnance du 15 juillet 2009 impose la communication du nom de l'attributaire et des motifs ayant conduit au choix du concessionnaire. Ce n'est qu'au niveau réglementaire, dans le décret n° 2010-406, que la notification aux candidats ou soumissionnaires non retenus, du rejet de leur candidature ou de leur offre, avec l'indication des motifs de ce rejet est imposée. Cette obligation ne concerne que les contrats de concession de travaux conclus pour un montant supérieur au seuil européen.

De même, les articles 18 et 26 du décret et l'article R. 1415-10 du CGCT prévoient que pour réduire le délai d'introduction d'un référé contractuel de six mois à compter du lendemain de la conclusion du contrat à un mois à compter de la publication d'un avis d'attribution (article R. 551-7 du code de justice administrative), le pouvoir adjudicateur a la faculté de publier un tel avis au Journal officiel de l'Union européenne.

- **Objectifs** : Sécuriser juridiquement tous les contrats de concession au regard des potentiels contentieux et garantir un recours effectif aux candidats et soumissionnaires évincés.

Transposant les articles 40, 46 et 47 de la directive, l'ordonnance énonce à son article 38 relatif à l'achèvement de la procédure une obligation d'information, à l'égard des candidats et des soumissionnaires évincés, du choix du concessionnaire par l'autorité concédante ainsi que les conditions dans lesquelles l'exécution du contrat peut commencer. Les contours de cette obligation seront définis par voie réglementaire.

Le respect de ces différentes étapes participe à la sécurisation juridique des contrats de concession et, par conséquent, tend à réduire le contentieux qui y est lié. Il est également une garantie pour les tiers de bénéficier d'un droit au recours effectif pour contester la régularité de la procédure d'attribution devant les juridictions.

- **Impacts**.

Le dispositif prévu à l'article 38 de l'ordonnance pose le principe d'une communication aux candidats et soumissionnaires d'informations qui est déjà prévu en matière de concession de travaux et qui constitue une simple faculté en matière de délégation de service public. L'impact d'une telle disposition, dont les modalités d'application seront définies par voie réglementaire, est de ce fait assez limité.

L'impact qui pourrait toutefois être attendu est celui d'une augmentation des recours contentieux devant le juge du référé. La réalité d'une telle augmentation est cependant difficile à appréhender, cette obligation ne constituant qu'une faculté aujourd'hui.

2.3 L'encadrement de l'exécution des contrats de concession.

La directive 2014/23/UE du 26 février 2014 encadre, de manière inédite au niveau européen, la phase d'exécution des contrats de concession. Son Titre III fixe désormais des règles précises concernant l'amélioration de la transparence, la conclusion d'avenants aux contrats en cours et le recours à des tiers pour l'exécution des travaux ou services. Les règles jurisprudentielles en vigueur se trouvent

crystallisées et complétées, pour garantir la sécurité juridique et l'efficacité économique des contrats de type concessif.

2.3.1 *L'amélioration de la transparence des contrats de concession.*

2.3.1.1 Favoriser un contrôle régulier de l'exécution des contrats de concession.

- **Etat des lieux** : Une obligation de contrôle limitée aux délégations de service public.

Il n'existe pas actuellement, en droit interne comme en droit européen, de principe général qui consacre un pouvoir de contrôle des autorités concédantes sur l'exécution des contrats de concession, quel que soit leur objet. Bien que la doctrine française a longtemps considéré un tel pouvoir de contrôle comme un droit reconnu à l'administration même dans le silence du contrat, notamment par référence à la notion de service public, le juge administratif ne l'a pas inscrit, jusqu'à présent, au nombre des « *règles générales applicables aux contrats administratifs* ». La jurisprudence comme la doctrine contemporaine n'admet pas l'existence d'un pouvoir général de contrôle ou de direction en l'absence de fondement contractuel.

Seuls les articles 40-1 de la loi Sapin et L. 1411-3 du CGCT accordent expressément un pouvoir de contrôle des autorités délégantes sur l'exécution des délégations de service public, en mettant à la charge des délégataires l'obligation de produire certains documents. Ils imposent ainsi au cocontractant de produire chaque année « *un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public.* » Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, le contenu du rapport annuel est précisément défini à l'article R. 1411-7 du CGCT. Il est également prévu de soumettre ce rapport à l'examen de l'assemblée délibérante de la collectivité concernée et, le cas échéant, à celui de la commission consultative des services publics locaux (article L. 1413-1-1° du CGCT).

Reconnaissant la spécificité des contrats de concession de service public, le Conseil d'Etat a également jugé « *qu'il résulte des principes mêmes de la délégation de service public que le cocontractant du concédant doit lui communiquer toute information utile sur les biens de la délégation* » (CE, Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n°342788). Les autorités concédantes ont en effet une obligation générale de surveillance de l'exécution de tels contrats, qui découle directement des principes généraux du service public.

Des réglementations spécifiques à certains secteurs d'activités imposent aux délégataires la production de rapports annuels particuliers. Ces dispositions complètent le régime général d'information fixé par les articles 40-1 de la loi Sapin et L. 1411-3 du CGCT. Elles concernent notamment les délégations des services publics d'eau potable (article L. 2224-5 du CGCT), d'autoroutes (article L. 122-4-2 du code de la voirie routière) et de remontées mécaniques (article L. 342-2 du code du tourisme).

L'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 et les articles L. 1415-1 à L. 1415-9 du CGCT ne fixent aucune obligation d'information de l'autorité délégante par le titulaire d'un contrat de concession de travaux publics.

En vertu de la liberté contractuelle reconnue aux parties, les autorités concédantes peuvent toujours prévoir dans tous leurs contrats de concession un dispositif contractuel de suivi et les concessionnaires accepter une telle obligation de contrôle. Les contrats de type concessif reconnaissent ainsi fréquemment aux autorités concédantes, par des clauses expresses, un pouvoir de contrôle, notamment par le biais de la production périodique d'un rapport par le concessionnaire.

- **Objectif** : La mise à disposition des autorités concédantes d'un outil de contrôle opérationnel et proportionné.

La consécration du pouvoir de contrôle des autorités concédantes, sur l'exécution de tous leurs contrats de concession, est source de clarté et de simplification des normes applicables.

Une harmonisation des dispositifs de suivi des contrats de type concessif, au sein d'un corpus juridique unique, permet de préserver leurs spécificités tout en sécurisant leur exécution. Elle favorise le « *suivi systématique et méthodique* » et « *l'application rationnelle et uniforme du droit de l'Union* » souhaités par la directive 2014/23/UE (considérant n°83).

La reconnaissance du rapport annuel du concessionnaire comme un outil de contrôle constitue une solution efficace et proportionnée pour assurer la bonne exécution des contrats de concession. Elle garantit un équilibre entre les pouvoirs offerts à l'autorité concédante, nécessaires à la préservation des deniers publics, et les droits du concessionnaire, inhérents aux contrats de type concessif.

L'obligation de produire un rapport annuel, circonscrite aux concessions de service public, est justifiée par la notion même de service public et les impératifs de bonne gestion qui s'y rattachent. Pour tous les autres contrats de type concessif, la reconnaissance d'une simple faculté est source de souplesse et de sécurité juridique pour toutes les parties au contrat.

- Impacts.

L'ordonnance est dépourvue d'impact sur les contrats de concession de service public, qu'ils soient conclus par l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics. Elle consacre, dans un corpus juridique unique, les dispositions spécifiques en vigueur. L'obligation pour le concessionnaire de produire un rapport annuel reste en effet inchangée, dans le cadre de l'exécution de tels contrats, et les mentions ou annexes obligatoires sont exactement identiques à celles exigées actuellement. A l'exception de la date de production du rapport annuel, dont la fixation relève du pouvoir réglementaire, toutes les dispositions de l'article 40-1 de la loi Sapin et du premier alinéa de l'article L. 1411-3 du CGCT sont ainsi reprises, à l'identique, dans l'article 42 de l'ordonnance. En outre, les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 1411-3 sont maintenues telles qu'elles, excepté un renvoi à l'article 42 de l'ordonnance inséré pour assurer la lisibilité et la cohérence des normes.

Pour les contrats de concession de travaux publics ou de services, l'impact est également neutre. En cristallisant un outil de contrôle de tels contrats déjà accepté et utilisé, elle ne crée aucune charge supplémentaire pour les autorités concédantes ou pour les concessionnaires. En encadrant l'outil de contrôle que représente la production d'un rapport annuel, l'ordonnance harmonise son utilisation dans le cadre de l'exécution des contrats de concession de travaux publics ou de services. Elle sécurise ainsi sa mise en œuvre et apporte davantage de lisibilité aux obligations contractuelles envisageables.

Les dispositions de l'ordonnance ne font pas obstacle à ce que les contrats de concession, quel que soit leur objet, comportent des dispositifs de contrôle ou d'information des autorités concédantes par les concessionnaires. En application de la liberté contractuelle qui leur est reconnue, les parties peuvent ainsi compléter les règles générales applicables, pour les concessions de service public, ou prévoir d'autres outils de suivi et de surveillance, pour les concessions de service et de travaux publics. En outre, l'ordonnance ne remet pas en cause les règles particulières régissant certaines catégories de contrats de concession, qui sont fixées par des textes spécifiques.

2.3.1.2 La publication en open data des éléments essentiels des contrats de concession.

- Etat des lieux : Des obligations de mise à disposition très diverses et essentiellement locales.

Seules certaines collectivités territoriales ont aujourd'hui l'obligation de mettre à la disposition du public l'ensemble des « *documents relatifs à l'exploitation des services publics délégués, qui doivent être remis à la commune en application de conventions de délégation de service public, à l'exception de ceux mentionnés à l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal* ». En application des articles L. 1411-13 à L. 1411-17 du CGCT, ces

documents peuvent être consultés dans un lieu public (mairies, hôtels des départements ou des régions, siège de l'établissement public local) pendant au moins un mois.

S'agissant des contrats de concession de travaux publics, l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 et les articles L. 1415-1 à L. 1415-9 du CGCT ne fixent aucune obligation de mise à disposition du public des documents administratifs relatifs à la passation ou à l'exécution de tels contrats.

De manière générale, les citoyens disposent d'un droit à l'information, entendu très largement, qui leur permet d'accéder ou d'obtenir des renseignements ou des documents sur les contrats conclus par des personnes publiques ou des organismes chargés d'une mission de service public. S'ils le souhaitent, ils peuvent ainsi accéder directement aux informations ou documents relatifs aux contrats de concession, en application des dispositions de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. Ils ont également accès aux éléments ou documents budgétaires et comptables relatifs aux contrats de type concessif, par le biais du droit à communication des budgets et des comptes des autorités administratives au sens large (article 10 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et article L. 2313-1 du CGCT).

- **Objectifs** : Une transparence accrue et une utilisation améliorée des contrats de concession grâce au recours à l'*open data*.

L'article 3 de la directive 2014/23/UE rappelle les principes généraux qui s'imposent à tous les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices. Toutes les autorités concédantes doivent, en particulier, agir « *de manière transparente et proportionnée* ». Le paragraphe 2 de cet article consacre une obligation générale de transparence : « *Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices visent à garantir la transparence de la procédure d'attribution et de l'exécution du contrat, tout en respectant l'article 28 [confidentialité de certaines informations]* ».

La pratique de l'*open data* se définit comme la mise en ligne sur un portail dédié des informations détenues ou produites par les administrations publiques, dans un format ouvert et aisément réutilisable par les citoyens. La publication des données essentielles des contrats de concession doit permettre d'effectuer un suivi systématique et méthodique de la mise en œuvre des dispositions relatives à l'attribution et à l'exécution de ce type de contrats. Ils constituent une garantie supplémentaire de transparence et un préalable indispensable aux « *opérations de contrôle* » prévues par l'article 45 de la directive 2014/23/UE, qui impliquent des éléments d'information fiables et des données statistiques précises. Ils se combinent aux autres mesures de transparence prévues dans le cadre de la transposition de la directive, telles que la possibilité d'exclure les personnes se trouvant dans une situation de conflits d'intérêts ou l'obligation de traçabilité de la procédure imposée en procédure formalisée.

La généralisation de la publication à tous les contrats de concession, quel que soit leur objet, vise à améliorer nettement la connaissance et l'évaluation de cet outil contractuel. Elle offre à tous les acteurs une meilleure perception du tissu économique ainsi que de la pratique contractuelle des autorités concédantes et, par suite, de leurs besoins. En fournissant aux pouvoirs publics et aux opérateurs économiques des données précises et opérationnelles, elle facilite le recours aux contrats de type concessif.

Le nouveau dispositif fournit à l'ensemble des décideurs publics des indicateurs de pilotage et permet d'apprécier les impacts ainsi que les résultats des politiques publiques. Il favorise ainsi l'utilisation des contrats de concession comme levier ou soutien de politiques publiques, notamment à l'égard des PME ou des TPE.

Il constitue un outil supplémentaire, offert à tous les tiers au contrat de concession, permettant de prendre connaissance des conditions de gestion des travaux et services qui leur sont proposés. Il favorise le contrôle démocratique des contrats publics et met concrètement en œuvre le principe du droit à l'information des citoyens. Source de transparence, il garantit la bonne utilisation des

ressources publiques.

La publication en *open data* des données essentielles des contrats de concession s'inscrit, en outre, dans le droit fil de l'objectif de rétablissement de la confiance publique, pour en constituer un facteur non négligeable, sinon un mécanisme de prévention de la corruption. Elle renforce en cela la qualité du lien entre les responsables publics et les citoyens, dans la mesure où elle « ouvre à tout citoyen (...) un droit de regard sur les moyens et les résultats des politiques publiques, lui permettant de dénoncer des dysfonctionnements, voire de contribuer à leur résolution » (*Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics « Renouer la confiance publique », page 53 - Conseil d'Etat, Le numérique et les droits fondamentaux, Etude annuelle 2014, p. 67*).

Les nouvelles dispositions complètent celles actuellement en vigueur en généralisant une obligation de publication à tous les contrats de concession, quel que soit l'objet du contrat ou la nature de l'autorité concédante. Il s'agit de mettre en place un mécanisme de mise à disposition adapté aux nouveaux modes de communication et aux technologies modernes. Les citoyens auront ainsi un accès direct et à distance aux données contractuelles les plus importantes.

Le dispositif de publication est encadré pour protéger certaines données et éviter de porter atteinte aux informations protégées. Il constitue une solution équilibrée entre l'obligation de transparence, inhérente à tous les contrats publics, et la protection de certains secrets, nécessaires à la concurrence et sources d'efficacité économique.

Ce dispositif, applicable aux contrats de concession, répond à l'objectif de diffusion en *open data* des données publiques essentielles relatives à la passation des marchés publics, proposé dans le rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics « *Renouer la confiance publique* » (proposition n°9 – page 60). Ces données publiques paraissent essentielles au contrôle de la probité des responsables publics et au rétablissement de la confiance : un Français sur deux estime, en effet, que les pratiques liées à la corruption sont largement répandues chez les responsables publics chargés notamment de l'adjudication des contrats publics (*Source : Eurobaromètre 2010, Attitudes of Europeans towards Corruption, p.30*).

• Impacts.

Les dispositions de l'article 43 de l'ordonnance, dont les modalités de mise en œuvre seront précisées par voie réglementaire, instaurent une charge nouvelle liée à la publication des données essentielles de chaque contrat de concession, quel que soit son objet.

L'estimation de cette charge pesant sur les autorités concédantes est difficile, étant donné l'absence de dispositif général existant ainsi que la variabilité du nombre et de la périodicité des contrats conclus par chaque autorité concédante. Toutefois, cette nouvelle charge sera limitée :

- le dispositif de publication applicable aux marchés publics et aux contrats de concession sera harmonisé, pour faciliter leur appropriation ;
- la dématérialisation du processus de publication est source de simplification, de rapidité et de sécurité.

En outre, le nouveau dispositif de mise à disposition devrait réduire, pour les autorités concédantes, les demandes d'accès aux documents relatifs aux contrats de concession susceptibles d'être exercées sur le fondement de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 ou des dispositions spécifiques du CGCT et de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000.

La charge d'organiser la mise à disposition des éléments essentiels du contrat de concession est limitée :

- l'obligation de publicité concerne uniquement les éléments « essentiels », non l'ensemble des documents contractuels ;
- la dématérialisation du processus de publication permettra d'alléger et de sécuriser le traitement des données transmises par les autorités concédantes et la mise à disposition des

éléments essentiels.

L'ordonnance est dépourvue d'impact sur les concessionnaires, qui n'ont pas à supporter de charge supplémentaire. En outre, les renseignements qu'ils fournissent aux autorités concédantes sont efficacement protégés par les dispositions de l'article 28 de l'ordonnance, auxquelles son article 43 renvoie expressément.

L'article 43 de l'ordonnance a un impact positif sur les tiers aux contrats de concession, tant les usagers des ouvrages ou services, que les citoyens. En effet, ils pourront accéder directement aux informations les plus importantes de tous ces contrats, sans avoir à se déplacer ou à faire une demande préalable auprès de l'autorité concédante.

Le nouveau dispositif garantit une accessibilité et une connaissance accrue des contrats de type concessif et améliore la perception ainsi que l'expertise de tels contrats. Il renforce le droit général à l'information, notamment à l'égard de l'utilisation des deniers publics, et constitue ainsi un instrument démocratique indispensable. Il est source de transparence et de meilleure utilisation des deniers publics.

2.3.2 *La sécurisation de l'exécution des contrats de concession par des tiers.*

- Etat des lieux : Un encadrement disparate et incomplet, source d'insécurité juridique et d'inefficacité économique.

Les contrats de concession ne pouvant être qualifiés de contrats d'entreprise, les dispositions de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ne leur sont pas applicables. Pour ce type de contrats, l'autorité concédante n'assure pas en effet la maîtrise d'ouvrage, qui est transférée au concessionnaire, et ce dernier est rémunéré, de manière substantielle, par les résultats de l'exploitation des travaux ou des services.

Toutefois, le concessionnaire dispose toujours de la faculté de confier à des tiers l'exécution ou l'exploitation d'une partie des travaux ou services publics concédés (CE, 4 juin 1999, *SARL Maison Dulac*, n°155825 ; Ass., 16 mai 2002, avis n°366.305 ; réponse ministérielle QE n°12577, JO Sénat du 2 juin 2011). De tels contrats, qui ne sont pas qualifiables de contrats d'entreprise en raison de l'inapplicabilité de la loi du 31 décembre 1975, constituent des contrats de droit privé ou des contrats administratifs, selon la nature du concessionnaire. S'ils ont pour objet la simple exécution de travaux ou de services, sans risque d'exploitation pour le tiers, ils s'analysent comme des marchés. A contrario, s'ils portent sur l'exploitation des travaux ou services concédés et comportent une rémunération du tiers substantiellement liée aux résultats de cette exploitation, ils constituent des contrats de sous-concession.

Exemples de sous-concessions :

Les sociétés concessionnaires d'autoroutes concluent avec diverses entreprises des contrats qui, s'ils comprennent à titre accessoire l'exécution de travaux de construction, portent essentiellement sur l'exploitation des installations commerciales des aires de services (stations-service, restaurants, hôtels, voire bureaux de change ou parcs de stationnement). En outre, ceux de ces contrats qui ont pour objet principal la distribution de carburant ou la restauration, qualifiables d'activités de service public, s'analysent comme des sous-concessions de service public.

Les articles L. 2124-4 et R. 2124-14 du code général de la propriété des personnes publiques prévoient que le concessionnaire de plage peut confier à un ou plusieurs sous-traitants, par des conventions d'exploitation, tout ou partie des activités destinées à répondre aux besoins du service public balnéaire, ayant pour objet l'aménagement, l'exploitation et l'entretien de plages, ainsi que la perception des recettes correspondantes. Le concessionnaire demeure personnellement responsable, tant envers l'Etat qu'envers les tiers, de l'accomplissement de toutes les obligations de surveillance, d'équipement, de conservation et d'entretien que lui impose le contrat de concession.

Compte tenu des enjeux liés à la qualité et à la continuité des travaux ou services publics concédés ainsi qu'à la nature des contrats de concession, conclus en raison de considérations propres à chaque cocontractant, le contrat par lequel le concessionnaire confie une partie de ses obligations à un tiers doit recueillir, avant sa signature, l'accord explicite de l'autorité concédante. Le concédant demeure en effet l'autorité organisatrice des travaux ou services et en contrôle la bonne exécution. Cet agrément lui permet de vérifier si le tiers est à même d'assurer la bonne exécution des missions qui lui sont confiées, notamment en appréciant ses garanties professionnelles et financières.

Issus de la transposition de l'article 60 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, l'article 7 de l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009, pour les pouvoirs adjudicateurs relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005, l'article L. 1415-6 du CGCT, pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, et l'article 7 du décret n°2010-406 du 26 avril 2010, pour l'Etat et certaines de ses établissements publics, permettent aux pouvoirs adjudicateurs de :

« 1° Soit imposer aux candidats de sous-traiter à des tiers un pourcentage au moins égal à 30 % de la valeur globale des travaux faisant l'objet du contrat ;

2° Soit inviter les candidats à indiquer dans leurs offres s'ils entendent confier à des tiers une part des travaux faisant l'objet du contrat et, dans l'affirmative, le pourcentage qu'elle représente dans la valeur globale des travaux. »

En outre, le titre III de l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 soumet tous les concessionnaires de travaux publics, qu'ils soient qualifiables de pouvoirs adjudicateurs ou non, à des règles de publicité et de mise en concurrence pour leurs marchés de travaux passés avec des tiers. Ces dispositions, issues de la transposition des articles 62 à 65 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, ne concernent ni les sous-concessions de travaux publics ni les contrats, marchés ou sous-délégations, conclus avec des tiers par les délégataires de service public. Pour de tels contrats, seuls les concessionnaires qui sont eux-mêmes des pouvoirs adjudicateurs sont soumis à des obligations de publicité préalable et de mise en concurrence (CE, 21 juin 2000, *SARL Plage Chez Joseph*, n°212100).

La loi Sapin et les articles L. 1411-1 à L. 1411-19 du CGCT ne comportent aucune disposition particulière encadrant la possibilité pour le délégataire de confier à des tiers l'exécution d'une partie des activités de service public qu'il est chargé d'exploiter.

• **Objectif** : Un cadre juridique unique et sécurisé, vecteur de simplification et levier de politique publique.

L'article 42 de la directive 2014/23/UE encadre expressément la faculté offerte aux concessionnaires de confier à des tiers une part des travaux ou services qui font l'objet du contrat de concession. Il impose notamment le respect, par ces tiers, des « obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail » ainsi qu'une obligation d'information, pour les contrats de concession réalisés dans les locaux de l'autorité concédante et sous sa surveillance, par le concessionnaire concernant tous les tiers susceptibles d'intervenir. En outre, il offre une marge de manœuvre aux Etats-membres pour prendre des mesures appropriées et prévoir des dispositions plus sévères. Le dispositif fixé par l'ordonnance assure la transposition complète des dispositions de la directive, quel que soit l'objet du contrat de concession, tout en évitant d'imposer des obligations disproportionnées.

Afin de sécuriser l'exécution des contrats de concession, l'ordonnance cristallise les règles actuellement mises en œuvre mais fixées uniquement par la jurisprudence ou certains textes sectoriels. Est ainsi réaffirmée la liberté des concessionnaires de recourir à des tiers pour exécuter une partie des travaux ou services qui lui sont confiés. L'inscription de cette obligation au niveau législatif est source de sécurité juridique, pour tous les acteurs susceptibles d'intervenir dans le cadre de l'exécution d'un contrat de concession.

Le dispositif envisagé garantit le respect des obligations environnementales, sociales et du travail par les tiers ainsi que la transparence de l'exécution des contrats de concession. Dans un souci de

lisibilité des normes, les obligations et responsabilités de chaque partie sont clairement définies, même dans l'hypothèse d'une « chaîne de tiers ».

L'unification des règles applicables à l'ensemble des contrats de concession, au sein d'un même corpus juridique, est source de simplification. Il en va de même avec l'utilisation du vocable « tiers », au lieu de ceux de « sous-traitance » ou « sous-traitant(s) », qui permet de reconnaître la spécificité des contrats de concession tout en évitant toute confusion avec le dispositif prévu par la n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

L'ordonnance consacre les contrats de concession comme leviers de politique publique. Ses dispositions favorisent en effet l'accès des entreprises spécialisées, PME et TPE aux contrats de concession, en autorisant expressément le recours des concessionnaires à des tiers, voire des tiers à d'autres tiers, et en permettant à l'autorité concédante d'imposer au concessionnaire de confier à des PME la réalisation de prestations qui ne peut être inférieure à un pourcentage de la valeur globale des travaux ou services concédés, qui sera fixé par voie réglementaire.

- Impacts.

L'impact de la cristallisation de règles jurisprudentielles ou sectorielles existantes est économiquement ou financièrement neutre, tant à l'égard des acteurs concernés (opérateurs économiques ou autorités concédantes) que des contrats visés (futurs ou en cours). D'un point de vue juridique, son impact est positif puisqu'elle est source de sécurité juridique et de lisibilité des normes. L'ordonnance énonce ainsi des règles claires et précises concernant la participation de tiers à l'exécution des contrats de concession, quel que soit leur statut ou leur niveau dans la chaîne d'intervenants.

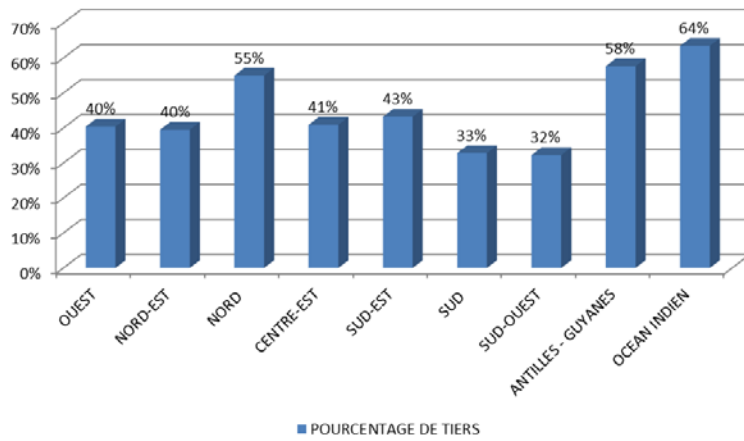
Le II de l'article 44 de l'ordonnance reprend, dans leur intégralité, les dispositions actuellement applicables aux contrats de concession de travaux publics et les étend aux contrats de concession de service. L'impact de cette généralisation s'avère neutre juridiquement, puisqu'il s'agit d'une simple faculté pour les autorités délégantes et que celles-ci peuvent déjà prévoir de telles clauses dans leurs contrats en application du principe de liberté contractuelle.

En outre, l'une des mesures structurantes du texte repose sur la possibilité d'imposer, dans les contrats concessifs, le recours, pour l'exécution d'une partie des travaux et services, à des petites et moyennes entreprises (PME), ce qui favoriserait leur accès à la commande publique. Eu égard à leur durée, propre à permettre aux PME de créer des emplois pérennes, les contrats de concession sont des leviers puissants de prise en compte d'objectifs économiques et sociaux dans le cadre de la commande publique.

Exemple : part de tiers dans l'exécution de contrats de concession aéroportuaires.

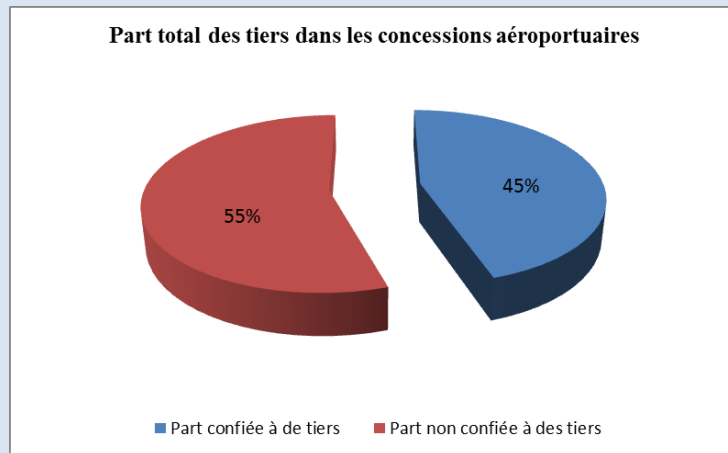
L'article 29 du cahier des charges type applicable aux concessions aéroportuaires, approuvé par le décret n°97-547 du 29 mai 1997, prévoit que « *Le concessionnaire peut, après approbation de l'autorité concédante, sous-traiter l'aménagement, l'entretien et l'exploitation de tout ou partie des ouvrages, installations, matériels et services concédés et la perception des redevances correspondantes. Dans ce cas, il demeure personnellement responsable envers l'autorité concédante et envers les tiers de l'accomplissement de toutes les obligations que lui imposent le présent cahier des charges, la convention de concession ou les protocoles.* »

Part des tiers dans les concessions aéroportuaires par zone géographique



Source : Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, DGAC – Septembre 2014

Part total des tiers dans les concessions aéroportuaires



Source : Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, DGAC – Septembre 2014

L'impact d'une inscription, au sein d'un corpus juridique unique applicable à tous les contrats de concession, de règles acceptées et couramment mises en œuvre est neutre. Les potentialités et obligations fixées par l'ordonnance sont déjà soit prévues par la jurisprudence ou des textes sectoriels soit contractuellement envisageables en vertu de la liberté dont dispose les parties. Elles ne représentent aucune charge supplémentaire mais uniquement des facultés tant pour les autorités concédantes, d'imposer l'intervention de tiers, que pour les concessionnaires, de confier une part des travaux ou services à des tiers.

2.3.3 L'autorisation de modifier les contrats de concession en cours d'exécution.

- Etat des lieux : Une réglementation morcelée et partielle, facteur d'incertitude et d'inertie contractuelle.

La prolongation de la durée d'une délégation de service public constitue l'unique hypothèse d'avenant envisagée par les textes en vigueur. Ainsi, les articles 40 de la loi Sapin et L. 1411-2 du CGCT définissent les conditions strictes d'une telle modification (motifs d'intérêt général ou nouveaux investissements demandés par le délégant) et encadrent ses modalités de mise en œuvre (durée de prolongation et vote de l'assemblée délibérante). En outre, l'article L. 1411-6 du CGCT prévoit que tout projet d'avenant à une convention locale de délégation de service public, entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5%, doit être soumis pour avis à la commission d'ouverture des plis, puis à l'approbation de l'assemblée délibérante.

L'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 et les articles L. 1415-1 à L. 1415-9 du CGCT

n'encadrent pas la passation des avenants aux contrats de concession de travaux publics. Toutefois, les articles 13 et 21 du décret n°2010-406 du 26 avril 2010 et l'article R. 1415-5 du CGCT permettent de confier directement au concessionnaire initial « *des travaux complémentaires devenus, en raison d'une circonstance imprévue, nécessaires à la réalisation de l'opération décrite dans le contrat initial* ». Issus de la transposition de l'article 61 de la directive 2014/18/CE du 31 mars 2004, ces dispositions encadrent strictement la modification des contrats de concession de travaux publics en cours d'exécution pour l'attribution, sans publicité ni mise en concurrence, de nouveaux travaux au titulaire du contrat initial. En particulier, il est prévu que le montant cumulé de ces travaux complémentaires ne doit pas dépasser 50 % de la part du contrat principal portant sur des travaux.

En novembre 2014, le b) du paragraphe 1 de l'article 43 de la directive 2014/23/UE a fait l'objet d'une transposition accélérée. Le décret n°2014-1341 du 6 novembre 2014 a ainsi inséré un nouvel article 13-1 dans le décret n°2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique. Sous réserve du respect d'une double condition relative au changement de concessionnaire (impossibilité pour des raisons économiques ou techniques et inconvénient majeur ou augmentation substantielle des coûts pour l'autorité concédante), il permet à l'Etat et à certains de ses établissements publics de modifier les concessions de travaux publics en cours d'exécution pour confier au concessionnaire initial de nouveaux travaux ou services supplémentaires, devenus nécessaires. Toutefois, chaque modification ne peut avoir un montant qui excède 50% du montant du contrat initial et doit donner lieu à la publication d'un avis spécifique au *Journal Officiel* de l'Union européenne. Cette nouvelle disposition, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015, s'applique aux contrats de concession de travaux publics en cours d'exécution ainsi qu'à ceux conclus postérieurement à cette date.

Pour les contrats soumis à des formalités de publicité préalable et de mise en concurrence la jurisprudence est intervenue pour encadrer la conclusion d'avenants. En l'absence d'une réglementation claire et complète, les juges européens et nationaux ont ainsi précisé dans quelles conditions les contrats de concession peuvent être modifiés au cours de leur exécution sans une nouvelle procédure d'attribution.

Un critère général a été défini par la CJUE : une modification d'un contrat de concession est irrégulière si elle est substantielle (CJUE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06 ; 13 avril 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08). Selon cette jurisprudence européenne, la modification d'un contrat en cours de validité doit être considérée comme substantielle :

- lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue ;
- lorsqu'elle étend le contrat, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus ;
- lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du contrat initial.

Le juge européen procède à une analyse d'ensemble de chaque cas d'espèce qui lui est soumis afin de déterminer la légalité de l'avenant.

Dans son avis du 19 avril 2005 (Section des travaux publics, avis n°371.234), le Conseil d'Etat rappelle qu'un avenant ne peut modifier ni l'objet ou la nature du contrat (Ass., 16 septembre 1999, avis n°362.908) ni, substantiellement, l'un de ses éléments essentiels, tels que sa durée, le volume des investissements mis à la charge du concessionnaire ou le risque d'exploitation pesant sur le délégataire (CE, Section des finances, 8 juin 2000, avis n°364.803). En outre, un avenant ne peut avoir pour objet la réalisation d'investissements qui sont normalement à la charge du concessionnaire.

• Objectif : La consécration de la mutabilité des contrats de concession, source de sécurité juridique et d'efficacité économique.

La directive 2014/23/UE instaure un régime précis de la modification des contrats de concession.

Rappelant que « *les contrats de concession font généralement intervenir des mécanismes techniques et financiers complexes et de long terme qui sont souvent soumis à un contexte évolutif* », elle clarifie les conditions dans lesquelles des modifications peuvent être apportées aux contrats de concession au cours de leur exécution, sans une nouvelle mise en concurrence. Elle opère non seulement une codification de la jurisprudence développée en la matière par la CJUE, notamment en définissant les critères de la modification substantielle, mais va au-delà en admettant de nouveaux cas de modification. Son article 43 liste ainsi, de manière limitative, les hypothèses dans lesquelles « *les concessions peuvent être modifiées sans nouvelle procédure d'attribution de concession conformément à la présente directive* ».

L'encadrement de la modification des contrats de concession en cours, opéré pour la première fois par le droit européen dérivé, offre des règles claires et précises applicables à tous les contrats de concession, quel que soit leur objet, et lisibles pour tous les acteurs concernés, autorités concédantes, concessionnaires ou tiers. Fondée sur les principes fondamentaux de la commande publique, liberté d'accès, égalité de traitement et transparence des procédures, cette nouvelle réglementation sécurise l'exécution des contrats de type concessif.

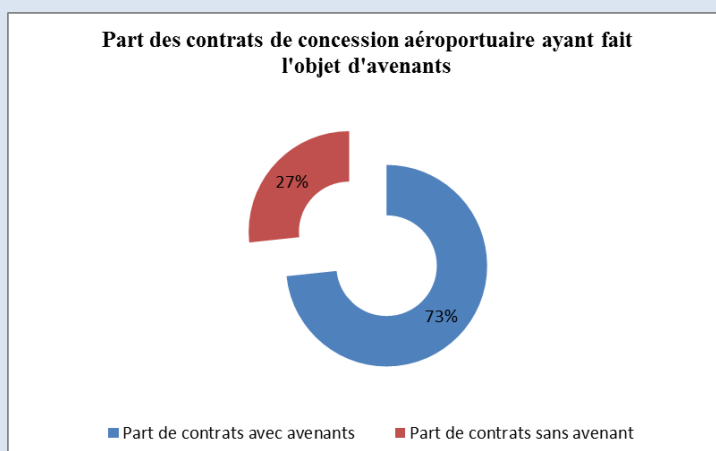
Conformément aux principes constitutionnels de séparation et de répartition des matières entre le domaine de la loi et celui du règlement, la règle générale selon laquelle les contrats de concession peuvent faire l'objet de modifications en cours d'exécution, sans une nouvelle procédure de mise en concurrence, est consacrée dans l'ordonnance. Son article 45 renvoie expressément au pouvoir réglementaire le soin de définir les conditions procédurales de conclusion de tels avenants ainsi que les éventuelles exceptions à cette liberté de modifier les contrats de type concessif.

Le dispositif de transposition envisagé concilie la nécessité d'adapter les contrats de concession à la variation des circonstances avec le respect des principes de la commande publique, garants de la concurrence, de l'égalité et de la transparence. La mutabilité des contrats de concession et, par suite, le principe de mutabilité du service public se trouvent ainsi préservés.

Cette souplesse est indispensable : le recours aux avenants dans le domaine concessif est à ce jour largement pratiqué, dans le respect des principes jurisprudentiels, comme en témoigne l'exemple du secteur aéroportuaire.

Exemple : nombre d'avenants dans les contrats de concession aéroportuaires.

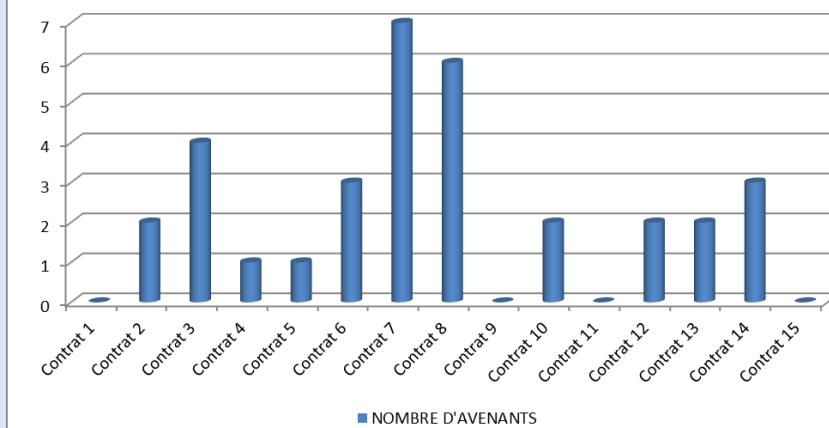
Sur les 15 contrats de concession ayant pour objet l'exploitation d'aéroports en cours d'exécution, pour lesquels les données concernant la conclusion d'avenants sont disponibles, seuls 4 contrats n'ont pas encore fait l'objet de modification. 11 d'entre eux ont été modifiés par voie d'avenant, sans une publicité préalable ni une nouvelle mise en concurrence, ce qui représente.



Source : Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, DGAC – Septembre 2014

Pour les 11 contrats de concession aéroportuaires ayant fait l'objet de modifications par voie d'avenant, le nombre moyen d'avenants est de 2 par contrat.

NOMBRE D'AVENANTS PAR CONTRAT DE CONCESSION AEROPORTUAIRE



Source : Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, DGAC – Septembre 2014

Les solutions jurisprudentielles encadrant la conclusion des avenants restent dépendantes de l'appréciation portée par le juge sur un cas d'espèce. Peu nombreuses en matière de contrat de concession, elles ne fournissent pas de critères généraux et exhaustifs pour déterminer la légalité d'un avenant. En particulier, la définition des caractères « substantielle » de la modification et « essentiel » de l'élément de la concession demeure source d'incertitude. Les autorités concédantes et les opérateurs économiques sont ainsi contraints d'effectuer une lecture combinée des jurisprudences européen et nationale pour tenter d'en dégager une appréciation globale applicable à leur contrat. Un encadrement précis et complet, issu de la directive 2014/23/UE, garantira une meilleure lisibilité des normes applicables, garante de sécurité juridique et d'efficacité économique.

• Impacts.

La cristallisation dans l'ordonnance de la possibilité de modifier les contrats de concession en cours d'exécution est dépourvue de tout impact. Cette faculté est en effet déjà reconnue par les textes actuels, consacrée par la jurisprudence tant européenne que nationale, et largement mise en œuvre aujourd'hui.

L'ordonnance offre uniquement un outil à la disposition des parties à un contrat de concession, que les autorités concédantes et concessionnaires sont libres d'utiliser d'un commun accord. Elle ne crée aucune obligation nouvelle ou charge supplémentaire pour les acteurs concernés.

Les parties à un contrat de concession continueront d'utiliser le même outil aux fins d'adapter leur contrat aux évolutions des besoins que les travaux ou services en cause tendent à satisfaire, tout en respectant les conditions initiales de mise en concurrence dont ce contrat a fait l'objet.

2.3.4 *La cristallisation de certaines hypothèses de résiliation des contrats de concession.*

• Etat des lieux : Un régime de résiliation unilatérale exclusivement jurisprudentiel et national.

La loi Sapin et les articles L. 1411-1 à L. 1411-19 du CGCT ne comportent aucune disposition relative à la résiliation des délégations de service public. De même, l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 et les articles L. 1415-1 à L. 1415-9 du CGCT ne traitent pas de la résiliation des contrats de concession de travaux publics.

Au cours du XX^{ème} siècle, le Conseil d'Etat a toutefois défini un régime de résiliation consolidé et étoffé, sur la base de principes applicables aux contrats administratifs. Le juge du contrat peut en effet être saisi de la validité de la résiliation et de ses conséquences. Il peut prononcer lui-même la résiliation (CE, Sect., 24 novembre 2008, *Syndicat mixte d'assainissement de la région du Pic Saint-Loup*, n°290540 ; Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n°304802), ou ordonner la reprise

des relations contractuelles (CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n°304806).

Une collectivité publique dispose ainsi du pouvoir de résilier unilatéralement un contrat de concession, quel que soit son objet (CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV6*, n°81131 ; TC, 2 mars 1987, *Société d'aménagement et de développement de Briançon-Montgenèvre*). Il s'agit d'une « règle générale applicable aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire » (CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*), qui existe même dans le silence du contrat. Ce pouvoir de résiliation unilatérale peut être mis en œuvre pour un motif d'intérêt général, pour faute, en cas de manquements graves aux obligations contractuelles (CE, Sect., 25 mars 1991, *Copel*, n°90747), ou dans l'hypothèse d'un changement de circonstances (CE, 7 février 2001, *SIVU pour l'étude et la réalisation d'un golf public*, n°199075).

Ces règles jurisprudentielles encadrent la résiliation unilatérale des délégations de service public et des contrats de concession de travaux publics conclus par des personnes publiques. Ont ainsi été précisées les conditions de légalité d'une décision de résiliation d'un contrat administratif de type concessif et les modalités d'indemnisation du concessionnaire (CE, 20 mai 1994, *Société Le Gardiennage industriel de la Seine*, req. n°66377 ; Section des travaux publics, 19 avril 2005, avis n°371.234 ; 4 mai 2011, *CCI de Nîmes*, n°334280, Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n°342788).

En particulier, le Conseil d'Etat admet que le motif d'intérêt général susceptible de fonder une décision de résiliation unilatérale puisse tenir à l'illégalité du contrat de concession lui-même (CE, 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne SAPP*, req. n°365043, concernant la résiliation d'une « convention dépassant la durée prévue par la loi d'une délégation de service public ») ou à la perte, par le cocontractant, des garanties au vu desquelles le contrat lui avait été attribué (CE, Sect., 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, n°126594).

• **Objectif** : La cristallisation d'hypothèses facultatives de résiliation unilatérale pour garantir l'effectivité du droit européen.

La directive 2014/23/UE encadre, pour la première fois au niveau européen, la résiliation d'un contrat de concession. Afin de sécuriser l'exécution des contrats de concession, quel que soit leur objet, son article 44 instaure ainsi un nouveau régime de résiliation unilatérale.

La création d'un tel régime au niveau européen vise à garantir le respect des nouvelles règles fixées par la directive 2014/23/UE, tant en matière de passation que d'exécution des contrats de concession. Il s'agit de permettre aux autorités concédantes de résilier unilatéralement un contrat « afin de se conformer à des obligations découlant du droit de l'Union ». La définition des conditions dans lesquelles les contrats de concession peuvent être résiliés, « lorsque le droit de l'Union l'exige », est source de lisibilité des normes et de sécurité juridique.

Toutefois, cet encadrement demeure limité. Il n'impose aucune nouvelle obligation aux autorités concédantes, pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, ou aux opérateurs économiques. Il consiste en une simple faculté reconnue aux autorités concédantes de résilier les contrats de concession en cours d'exécution. L'ordonnance assure la transposition exhaustive de l'article 44 de la directive qui définit trois hypothèses dans lesquelles l'autorité concédante doit pouvoir résilier unilatéralement un contrat de concession :

- ❖ le contrat a été modifié alors qu'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence aurait dû être lancée, conformément à l'article 43 sur les avenants ;
- ❖ le contrat a été attribué à un opérateur ayant fait l'objet d'une condamnation pénale définitive pour l'une des raisons prévues au paragraphe 4 de l'article 38 ;
- ❖ un manquement grave aux obligations découlant des traités par un Etat-membre, du fait d'une autorité concédante, a été reconnu par la CJUE.

Les nouvelles dispositions permettent d'assurer l'exécution des contrats de concession dans les meilleures conditions. Elles offrent aux autorités concédantes la possibilité de résilier unilatéralement

les contrats pour éviter de conclure un avenant illégal, se prémunir contre un cocontractant condamné pour des infractions graves ou peu fiable, voire tirer les conséquences d'une décision de la justice européenne. Elles garantissent ainsi l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

• Impacts.

La transposition du nouveau régime européen de résiliation unilatérale des contrats de concession a un impact neutre. L'ordonnance offre en effet aux autorités concédantes une simple faculté de résilier leurs contrats dans plusieurs hypothèses, afin de se conformer à leurs obligations issues du droit européen. Elle n'instaure aucune obligation nouvelle à la charge des autorités concédantes ou des opérateurs économiques.

Les nouvelles dispositions ne remettent nullement en cause le régime de résiliation unilatérale définie par le Conseil d'Etat. Les règles jurisprudentielles en vigueur en droit interne définissent également les conditions de mise en œuvre d'une simple faculté offerte aux autorités concédantes, personnes publiques, de provoquer une fin anticipée du contrat administratif. Elles demeureront applicables et les dispositions des articles 33, 39 et 45 de l'ordonnance ne feront que les compléter :

- ✓ les hypothèses définies par la directive 2014/23/UE ne sont pas exclusives, puisqu'elles ne visent qu'à permettre aux autorités concédantes de se conformer aux obligations découlant du droit européen « *dans les conditions déterminées par le droit national* » ;
- ✓ le nouveau cadre européen ne contredit pas le régime défini par la jurisprudence administrative. Au contraire, il cristallise certaines des hypothèses de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général autorisées par le Conseil d'Etat, telles que l'illégalité du contrat de concession lui-même ou l'absence de fiabilité du concessionnaire ;
- ✓ l'extension du champ de l'hypothèse d'un cocontractant interdit de soumissionner, qui couvre non seulement la procédure de passation mais également l'exécution du contrat, répond au souci d'assurer la bonne exécution des travaux ou services qui lui sont confiés et à l'exigence de loyauté des relations contractuelles énoncée par le Conseil d'Etat ;
- ✓ en vertu de la liberté contractuelle dont dispose les parties, rien ne s'oppose à la définition volontaire d'hypothèses de résiliation unilatérale similaires ou proches de celles prévues par la directive 2014/23/UE. Il est en effet fréquent que les contrats de concession comportent des clauses précisant les conséquences découlant de leur fin anticipée.

De même, l'ordonnance n'impacte pas la pérennité des solutions jurisprudentielles relatives à la résiliation conventionnelle, issue de la volonté conjointe des parties, ou à la résiliation à l'initiative du concessionnaire des contrats de concession (renoncement au bénéfice du contrat ou résiliation juridictionnelle en cas de faute grave de l'autorité concédante ou de force majeure).

3. Maintien des dispositions propres à certains secteurs d'activités, conformes au droit de l'Union européenne.

Tous les contrats de concession, quel que soit leur objet ou leur montant, sont soumis à des règles générales, définies dans l'ordonnance et précisées dans un décret d'application (cf. point 2 de la présente fiche) .L'ordonnance met également en cohérence avec ce cadre général les régimes concessifs sectoriels qui figurent dans des textes particuliers, tout en préservant leur spécificité.

• Etat des lieux : Les spécificités des concessions sectorielles sont réparties dans divers corpus juridiques.

A côté des contrats de concession « classiques », gravitent des contrats de concession dont le régime juridique figure dans différents corpus juridiques, alors même qu'ils s'analysent comme des contrats de concession au sens du droit de l'Union européenne¹⁰. Ces contrats, à raison de leur particularité, sont régis par des règles spécifiques, complémentaires aux règles générales souvent issues du régime

¹⁰ Voir tableau infra : Principaux contrats sectoriels concernés par la directive « concessions ».

prévu par la loi Sapin.

Illustration : Les concessions de remontées mécaniques

Les articles L. 342-1 et suivants du code du tourisme encadrent la procédure de passation des concessions de remontées mécaniques. L'article L.342-1 dudit code prévoit ainsi que la mise en œuvre de toutes les opérations d'aménagement touristique en zone de montagne peut être réalisée en régie ou bien être déléguée à un opérateur extérieur. Dans ce dernier cas, la collectivité publique doit conclure avec ce prestataire un contrat portant sur un ou plusieurs des objets constitutifs de l'opération touristique, notamment la construction et l'exploitation d'un réseau de remontées mécaniques.

Dans un avis consacré aux conventions d'exploitation des remontées mécaniques, le Conseil d'Etat a précisé que « *si ces conventions sont soumises à certains règles particulières [...], aucune de ces règles ne déroge à celles que fixe le code général des collectivités territoriales en matière de publicité et de mise en concurrence pour les délégations de service public* » (CE, Section des travaux publics, 19 avril 2005, avis n°371.234). Il effectue une lecture combinée des dispositions de droit commun fixées par le CGCT et des dispositions spécifiques prévues par le code du tourisme, en ce qui concerne le régime des avenants, celui des biens nécessaires au bon fonctionnement du service public et celui des droits d'entrée.

Plusieurs spécificités, de nature législative, sont applicables au seul secteur des remontées mécaniques :

- ✓ L'article L. 342-2 du code du tourisme fixe les clauses obligatoires devant figurer dans les contrats déléguant la mise en œuvre d'une opération d'aménagement touristique à un opérateur extérieur ;
- ✓ L'article L. 342-3 du code du tourisme prévoit une possibilité d'indemnisation des investissements non amortis par le concessionnaire au terme de la durée du contrat. L'autorité délégante peut se faire rembourser tout ou partie du montant de cette indemnisation par le nouveau concessionnaire désigné pour poursuivre l'exploitation du service.

- **Objectif** : Préserver les spécificités propres à chaque concession particulière pour autant qu'elles soient compatibles avec la directive.

La directive sur l'attribution des contrats de concession pose un socle commun de règles applicables à tous les contrats de concession. Ces règles communes constituent le dispositif minimal applicable pour la passation et l'exécution de ces contrats. La transposition de ce socle minimal n'est pas contradictoire avec le maintien d'un dispositif spécifique qui est compatible avec les règles de la directive, et qui impliquerait un encadrement plus important. Il s'agit de ce fait, d'appliquer le dispositif général à toutes les concessions, tout en sanctuarisant les dispositifs spécifiques à certaines concessions particulières justifiées par les particularités du secteur concerné.

Ainsi, la préservation des règles spécifiques à certaines concessions particulières, dont la légalité n'est pas remise en cause par la transposition des règles européennes doivent pouvoir être maintenues afin de ne pas bouleverser les garanties en termes de sécurité juridique apportées aux acteurs de certains secteurs.

Illustration : Les concessions de remontées mécaniques – Règles conformes

En fixant les clauses ci-dessus développées, le code du tourisme est plus contraignant que la directive qui ne liste pas les clauses minimales ou obligatoires devant figurer dans les contrats de concession. La directive n'encadre pas non plus les conditions d'indemnisation du concessionnaire ni les modalités de contrôle par l'autorité concédante.

De telles dispositions, mises en place dans le but d'encadrer et de favoriser l'investissement dans le secteur des sports de haute montagne, ne vont pas à l'encontre de l'objectif de la directive et

peuvent être maintenues.

En revanche, certains de ces contrats, à raison de leur particularité, peuvent être régis par des règles particulières devenues incompatibles avec les exigences posées par la directive. Ces textes doivent alors être modifiés.

Illustration : Les concessions de remontées mécaniques – Règles à adapter

L'article L. 342-8 du code du tourisme rend applicable aux remontées mécaniques les dispositions de l'article L. 1221-3 du code des transports, qui renvoie, expressément au règlement n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, dit règlement OSP (ROSP). L'article 10 de la directive exclut les contrats de concession régis par le ROSP. Toutefois, le ROSP n'est applicable qu'aux contrats de concession de services ayant pour objet le transport public de voyageurs par chemin de fer ou par route, à l'exception des services qui sont essentiellement exploités pour leur intérêt historique ou leur vocation touristique. Le renvoi exprès fait à l'article L. 1221-3 du code des transports doit être abrogé et les concessions de remontées mécaniques soumises aux dispositions du projet d'ordonnance.

• Impacts.

L'impact d'une telle démarche est sans incidence. Il s'agit en effet de maintenir, dans la mesure du possible, des dispositions qui sont déjà existantes, bien intégrées par les autorités concédantes et par les acteurs du secteur. Les modifications ou adaptations envisagées sont strictement nécessaires et sont, en tout état de cause, ponctuelles et de portée limitée.

4. Outre-mer

A titre liminaire, il convient de préciser que les directives européennes sont applicables dans les régions ultrapériphériques (RUP - *Guadeloupe, Guyane, Martinique, la Réunion, Saint-Martin, Mayotte*), mais ne sont pas applicables dans les pays et territoires d'outre-mer (PTOM – *Nouvelle-Calédonie, Polynésie française, Terres australes et antarctiques françaises TAAF, îles Wallis-et-Futuna, Saint-Pierre-et-Miquelon et Saint-Barthélemy*)¹¹.

• Etat des lieux :

✓ *Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe d'identité législative :*

En raison du principe d'identité législative¹² et du statut de RUP, le droit métropolitain des concessions de travaux et des délégations de service public s'applique dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution (*Guadeloupe, Guyane, Martinique, la Réunion, Mayotte*) et à Saint-Martin, qui relève de l'article 74.

Le droit métropolitain des concessions de travaux et des délégations de service public s'applique également à Saint-Barthélemy et à Saint-Pierre-et-Miquelon qui sont des PTOM régis par l'article 74 de la Constitution, du fait de son extension dans ces collectivités.

✓ *Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe de spécialité législative :*

• **En Nouvelle-Calédonie :**

❖ **Contrats de concession conclus par l'Etat et ses établissements publics :**

¹¹ Voir fiche « 3.6.3. Applicabilité outre-mer du droit de l'Union européenne » du guide de légistique

¹² Voir fiche « 3.6.1. Principales règles relatives aux collectivités d'outre-mer » du guide de légistique

Le projet d'ordonnance est applicable en Nouvelle-Calédonie pour les contrats de concession conclus par l'Etat et ses établissements publics en vertu du 9° de l'article 21 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 : « *L'Etat est compétent dans les matières suivantes : [...] 9° Contrats publics de l'Etat et de ses établissements publics* » :

- ❖ Contrats de concession conclus par la collectivité, les provinces et les communes :

En revanche, le projet d'ordonnance ne s'applique pas pour les contrats de concession conclus par la collectivité, les provinces et les communes. En effet, l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie dispose que « *la Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : [...] 17° Règles relatives à la commande publique, dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics* ».

A ce stade, il est important de souligner que la Nouvelle-Calédonie ne s'est jamais emparée de sa compétence pour réglementer les contrats de concession conclus par la collectivité, les provinces et les communes :

- Contrats de concession conclus par la collectivité et les provinces :

Au regard de cette situation, le législateur organique est intervenu en 2009 (loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte) pour réglementer les délégations de service public de la Nouvelle-Calédonie et des provinces. Il a ainsi choisi de fixer directement les règles applicables en matière de délégation de service public pour la Nouvelle-Calédonie et les provinces par transposition du droit applicable en métropole (Articles 92 et 158 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée). Ainsi, les articles L. 1411-1 à L. 1411-3 du CGCT sont applicables aux délégations de service public de la Nouvelle-Calédonie, des provinces et de leurs établissements publics.

La modification de ces articles par le projet d'ordonnance est sans conséquence pour la Nouvelle-Calédonie. Ces articles continueront à s'appliquer localement dans leur rédaction cristallisée à la date de l'adoption des articles 92 et 158 de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée.

- Contrats de concession conclus par les communes :

Les règles relatives aux délégations de service public pour les communes, les syndicats de communes et leurs établissements publics restent dans le champ du 17° de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, et relèvent dès lors de la compétence de la Nouvelle-Calédonie. La Nouvelle-Calédonie ne s'est pas saisie de sa compétence et la passation de délégations de service public par les communes et leurs établissements n'est donc régie par aucune norme.

- **En Polynésie française :**

- ❖ Contrats de concession conclus par l'Etat et ses établissements publics :

Le projet d'ordonnance est applicable en Polynésie française pour les contrats de concession conclus par l'Etat et ses établissements publics en vertu du 11° de l'article 14 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 : « *Les autorités de l'Etat sont compétentes dans les seules matières suivantes : [...] 11° marchés publics et délégations de service public de l'Etat et de ses établissements publics* ». L'articulation de cet article avec les articles 28-1 et 49 (ci-dessous) de cette même loi nous permet de déduire que la Polynésie n'est pas compétente pour réglementer les contrats de concession de l'Etat et de ses établissements publics.

- ❖ Contrats de concession conclus par la collectivité et les communes :

En revanche, le projet d'ordonnance ne s'applique pas s'agissant des contrats de concession conclus

par la collectivité et les communes. En effet, l'article 28-1 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française dispose que « *la Polynésie française fixe les règles applicables à la commande publique de la Polynésie française et de ses établissements publics dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics* ».

Ces règles sont fixées par la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics. L'arrêté n° 2298/CM du 15 décembre 2009 a été adopté en application de cette loi.

De plus, l'article 49 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française dispose que « *la Polynésie française fixe les règles relatives à la commande publique des communes, de leurs groupements et de leurs établissements publics dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics* ».

Ces règles sont déterminées par la loi du pays n° 2009-22 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public des communes, de leurs groupements et de leurs établissements publics. L'arrêté n° 2299/CM du 15 décembre 2009 a été adopté en application de cette loi.

La réglementation locale reprend les dispositions du code général des collectivités territoriales (CGCT) applicables en métropole avec quelques adaptations.

- **Dans les îles Wallis-et-Futuna :**

- ❖ Contrats de concession conclus par l'Etat et ses établissements publics :

Le projet d'ordonnance est applicable à Wallis-et-Futuna pour les contrats de concession conclus par l'Etat et ses établissements publics. En effet, l'Etat est compétent pour toutes les matières qui ne relèvent pas expressément des compétences de la collectivité et qui ne sont pas citées dans le décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 relatif aux attributions de l'assemblée territoriale, du conseil territorial et de l'administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna. Il en résulte que Wallis-et-Futuna n'est pas compétente pour réglementer les contrats de concession conclus par l'Etat et ses établissements publics.

- ❖ Contrats de concession conclus par le territoire des îles Wallis-et-Futuna :

En revanche, le projet d'ordonnance n'est pas applicable s'agissant des contrats de concession conclus par le territoire des îles Wallis-et-Futuna. En effet, l'article 45 du décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 dispose qu' "*En matière d'intérêts patrimoniaux et de travaux publics territoriaux, l'assemblée territoriale délibère sur des projets établis par le chef du territoire en conseil de gouvernement et sur toutes propositions émanant de l'un des membres de l'assemblée relatifs aux objets ci-après : [...] g) Conditions d'exécution et choix du mode d'exploitation des ouvrages publics et des services d'intérêt public du territoire ; concessions de travaux à effectuer pour le compte du territoire. Toutefois, dans cette dernière matière, la concession ne peut être accordée à un étranger ou dans l'intérêt d'un étranger que s'il y a accord entre l'assemblée et le chef du territoire; en cas de désaccord, il est statué par décret*". Il résulte de ces dispositions que la notion de travaux publics territoriaux englobe la notion de concession de travaux. Le 38° de l'article 40 du décret (« l'assemblée prend des délibérations portant réglementation territoriale dans les matières ci-après : 38° Formes et conditions des adjudications et marchés à passer dans le territoire pour les travaux et fournitures intéressant le territoire (...) »), qui vise les travaux intéressant le territoire, doit donc être regardé comme visant également les concessions intéressant le territoire.

- **Les services de l'Etat dans le Pacifique :**

L'ordonnance n° 2010-137 du 11 février 2010 portant adaptation du droit des contrats relevant de la commande publique passés par l'Etat et ses établissements publics en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis-et-Futuna a étendu dans ces territoires :

- la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance ;
- la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ;
- la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (délégations de services publics).

Suite à cette ordonnance, un article 41-1 a été créé dans la loi Sapin qui dispose que : « *les articles 38, 40 et 41 de la présente loi sont applicables, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis-et-Futuna, aux conventions de délégation de service public passées par l'Etat et ses établissements publics sous réserve d'adaptations* ».

- la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 modifiée relative aux nouvelles régulations économiques (délais de paiement) ;
- la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 modifiée portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier ;
- l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ;
- l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

Suite à cette ordonnance, un article 21-1 a été créé dans l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 qui dispose que : « *les articles 1^{er} à 10 et 12 à 16 sont applicables, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis-et-Futuna, aux contrats de concession de travaux publics conclus par l'Etat et ses établissements publics* ».

Cependant, faute de décrets, il ne peut être actuellement fait application de ces textes législatifs. La mention d'applicabilité du projet d'ordonnance aux collectivités du Pacifique vise à remédier à cette situation.

- **Les services de l'Etat dans les TAAF :**

En matière de droit de la commande publique, on constate un vide juridique dans les TAAF. Le projet d'ordonnance va donc poser un corpus de règles en matière de droit de la commande publique pour y remédier. Même si très peu de contrats sont concernés, certains pourraient être qualifiés de concession.

Les TAAF ne disposent actuellement d'aucune compétence propre. Aussi, le gouvernement peut décider librement de rendre applicable le projet d'ordonnance aux TAAF pour les contrats conclus par l'Etat et ses établissements publics.

- Objectifs :

- ✓ *Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe d'identité législative :*

Le projet d'ordonnance s'applique de plein droit en Guadeloupe, Guyane, en Martinique, à La Réunion, à Mayotte, à Saint-Martin, à Saint-Barthélemy et à Saint-Pierre-et-Miquelon.

Compte tenu du droit actuellement applicable dans ces territoires et leur statut de RUP (exception faite de Saint-Barthélemy et de Saint-Pierre-et-Miquelon), les marges de manœuvre dont dispose le Gouvernement pour procéder à des adaptations sont minces.

Le projet d'ordonnance prévoit des adaptations pour :

- Mayotte et Saint-Martin (suppression des références à des textes non applicables localement et remplacement par d'autres références) ;
- Saint-Pierre-et-Miquelon et Saint-Barthélemy (suppression des références à des textes non applicables localement et remplacement par d'autres références ; suppression du vocabulaire propre au droit de l'Union Européenne).

✓ *Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe de spécialité législative :*

Même si le droit de l'Union européenne ne l'impose pas, le Gouvernement a décidé d'étendre le projet d'ordonnance aux services de l'Etat dans le Pacifique et dans les TAAF. Cette décision a pour objet d'offrir aux parties prenantes un cadre contractuel rénové répondant plus efficacement aux enjeux sociaux, environnementaux et économiques actuels en matière de commande publique.

Le projet d'ordonnance prévoit les adaptations suivantes :

- suppression des références à des textes non applicables localement et remplacement par d'autres références ;
- suppression du vocabulaire propre au droit de l'Union Européenne.

• Impacts :

Le Gouvernement souhaite que la transposition des directives soit l'occasion de moderniser le droit des concessions pour offrir de nouvelles opportunités aux collectivités publiques et aux entreprises.

L'ordonnance fixe les grands principes de niveau législatif régissant le droit des concessions, par conséquent, les marges de manœuvre, soit d'adaptation, sont réduites. Le décret d'application permettra, en revanche, de procéder aux adaptations nécessitées par les spécificités de chacun des territoires.

Les développements précédents relatifs aux impacts attendus sont également valables en outre-mer. Toutefois, l'absence de données statistiques, ne permet pas d'effectuer une analyse aussi fine pour chacun des territoires concernés.

PRINCIPAUX CONTRATS SECTORIELS CONCERNES PAR LA DIRECTIVE « CONCESSIONS »

CONTRATS DE CONCESSION AU SENS DE LA DIRECTIVE 2014/23/UE	REGIME DE DROIT INTERNE				REGIME APRES TRANSPOSITION	Environnement socio-économique du secteur
	LOI SAPIN CGCT	ORDONNANCE TRAVAUX	DISPOSITIONS SPECIFIQUES	REGIME PROPRE		
1. Concessions aéroportuaires	<p>* Article L. 6321-2 du code des transports renvoie à l'article L. 1411-1 et suivants du CGCT.</p> <p>* Sur les avenants, la loi Sapin prévoit deux cas précis de prolongation de la convention :</p> <ul style="list-style-type: none"> - d'une durée d'un an pour un motif d'intérêt général ; - ou lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive. 		<p>* Article L. 6322-2 du code des transports :</p> <p>* Pour les aéroports d'intérêt national ou régionaux, les concessions attribuées aux nouvelles sociétés aéroportuaires à capitaux publics pourront être prolongées jusqu'à 40 ans sans faire l'objet de nouvelle mise en concurrence.</p>		<p>Application de l'ordonnance sur les contrats de concession :</p> <p>* Les concessions aéroportuaires dont le montant estimé est inférieur à 5 186 000 € seront régies par la procédure simplifiée ;</p> <p>* Les concessions aéroportuaires dont le montant estimé est supérieur à 5 186 000 € seront soumises à la procédure formalisée.</p> <p>ET</p> <p>Maintien des dispositions spécifiques, compatibles avec l'ordonnance.</p>	

CONTRATS DE CONCESSION AU SENS DE LA DIRECTIVE 2014/23/UE			REGIME DE DROIT INTERNE				REGIME APRES TRANSPOSITION	Environnement socio-économique du secteur
			LOI SAPIN CGCT	ORDONNANCE TRAVAUX	DISPOSITIONS SPECIFIQUES	REGIME PROPRE		
2. Principales concessions ferroviaires	CONCLUES PAR L'ETAT	<p><i>Concessions de travaux dont l'objet est la réalisation d'une infrastructure ferroviaire.</i></p>	<p>Pour ce qui concerne l'exécution des concessions de travaux ferroviaires, la loi Sapin s'applique.</p>	<p>Les concessions de travaux de l'Etat sont soumises, pour leur passation, au décret n°2010-46 du 26 avril 2010 relatif aux concessions de travaux. A noter que l'application du décret est exclusive de celle de la loi Sapin pour la procédure de passation.</p>			<p>Application de l'ordonnance sur les contrats de concession :</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est inférieur à 5 186 000 € seront régies par la procédure simplifiée ;</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est supérieur à 5 186 000 € seront soumises à la procédure formalisée.</p>	
		<p><i>Concessions de services portant sur la concession de services d'autoroutes ferroviaires dont l'objet est de mettre en place des services de fret</i></p>	<p>Le régime de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 dite loi Sapin s'applique.</p>				<p>Application de l'ordonnance sur les contrats de concession :</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est inférieur à 5 186 000 € seront régies par la procédure simplifiée ;</p> <p>* Les</p>	

CONTRATS DE CONCESSION AU SENS DE LA DIRECTIVE 2014/23/UE			REGIME DE DROIT INTERNE				REGIME APRES TRANSPOSITION	Environnement socio-économique du secteur
			LOI SAPIN CGCT	ORDONNANCE TRAVAUX	DISPOSITIONS SPECIFIQUES	REGIME PROPRE		
							concessions dont le montant estimé est supérieur à 5 186 000 € seront soumises à la procédure formalisée.	
			<p>SNCF Réseau (anciennement RFF) peut passer des concessions portant sur la construction, l'entretien et l'exploitation de tout ou partie d'une infrastructure ferroviaire. A ce jour, la seule concession signée est celle portant sur la réalisation de la LGV Sud Europe Atlantique (SEA), conclue entre RFF et un prestataire privé en 2011.</p> <p>La procédure de passation de la LGV SEA ayant été lancée en 2009, antérieurement à la publication de l'ordonnance « travaux » n°2009-864 et du décret « travaux » n°2010-406., elle a été uniquement soumise à la Loi Sapin (cf article L-2111-11 du code des transports)</p>	<p>L'article L. 2111-11 du code des transports est modifié par la loi portant réforme ferroviaire. SNCF Réseau peut confier à un opérateur, en sus du contrat de partenariat et de la convention de DSP, une concession de travaux publics.</p>			<p>Application de l'ordonnance sur les contrats de concession :</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est inférieur à 5 186 000 € seront régies par la procédure simplifiée ;</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est supérieur à 5 186 000 € seront soumises à la procédure formalisée.</p> <p>ET</p> <p>Maintien des dispositions spécifiques, compatibles avec l'ordonnance.</p>	

CONTRATS DE CONCESSION AU SENS DE LA DIRECTIVE 2014/23/UE		REGIME DE DROIT INTERNE				REGIME APRES TRANSPOSITION	Environnement socio-économique du secteur
		LOI SAPIN CGCT	ORDONNANCE TRAVAUX	DISPOSITIONS SPECIFIQUES	REGIME PROPRE		
Concessions ferroviaires conclues par les régions et la SNCF pour l'exploitation des trains express régionaux (TER)		<p>* Application du régime de droit commun, prévu par les articles L. 1411-1 et suivants du CGCT.</p> <p>Toutefois, l'article L.1411-12 du CGCT dispense de procédure les entreprises titulaires de droits spéciaux ou exclusifs.</p> <p>* Décret n°2001-1116 du 27 novembre 2001 relatif au transfert de compétences en matière de transports collectifs d'intérêt régional</p>		<p>Ces contrats de concession sont soumis aux dispositions du règlement n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route dit « OSP ».</p>		<p>Application de l'ordonnance sur les contrats de concession :</p> <p>* Les concessions, quels que soient leurs montants, seront exclues au titre du droit exclusif détenu par SNCF (Article 10.1° de l'ordonnance).</p>	
3. Concession de transports urbains et non urbains		<p>* Ces contrats, lorsqu'ils impliquent le transfert d'un risque d'exploitation sur le titulaire sélectionné, s'analysent comme des conventions de délégations de service public, soumis au régime de la loi Sapin.</p>		<p>* Ces contrats de concession sont soumis aux dispositions du règlement n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route dit « OSP ».</p> <p>* Article L.1221-3 du code des transports.</p>		<p>Application de l'ordonnance sur les contrats de concession :</p> <p>* Les concessions, quels que soient leurs montants, seront régies par la procédure simplifiée.</p> <p>ET</p> <p>Maintien des dispositions spécifiques, compatibles avec l'ordonnance</p>	
4. Concession fluviale		<p>* Renvoi au régime de droit commun par</p>				<p>Application de l'ordonnance sur</p>	

CONTRATS DE CONCESSION AU SENS DE LA DIRECTIVE 2014/23/UE	REGIME DE DROIT INTERNE				REGIME APRES TRANSPOSITION	Environnement socio-économique du secteur
	LOI SAPIN CGCT	ORDONNANCE TRAVAUX	DISPOSITIONS SPECIFIQUES	REGIME PROPRE		
	<p>l'article L.4311-4 du code des transports (VNF).</p> <p>* Application du régime de droit commun, prévu par les articles L. 1411-1 et suivants du CGCT.</p>				<p>les contrats de concession :</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est inférieur à 5 186 000 € seront régies par la procédure simplifiée ;</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est supérieur à 5 186 000 € seront soumises à la procédure formalisée.</p> <p>ET</p> <p>Maintien des dispositions spécifiques, compatibles avec l'ordonnance.</p>	
<p>5. Concession d'exploitation des forces hydrauliques</p>	<p>Le régime de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 dite loi Sapin s'applique.</p>		<p>* Articles L. 521-15 à L.521-17 du code de l'énergie ;</p> <p>* Décret n°94-894 modifié par décret 2008-1009 prévoyant une procédure spécifique notamment en fonction de l'autorité compétente pour octroyer la concession (ministre ou préfet) :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Formalités de la demande de concession (titre I) - Procédure particulière en termes de 		<p>Application de l'ordonnance sur les contrats de concession :</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est inférieur à 5 186 000 €</p>	<p>Le secteur de la production d'électricité est au cœur des réformes gouvernementales afin de réduire la dépendance de la France aux énergies fossiles et au nucléaire. Le secteur de</p>

CONTRATS DE CONCESSION AU SENS DE LA DIRECTIVE 2014/23/UE	REGIME DE DROIT INTERNE				REGIME APRES TRANSPOSITION	Environnement socio-économique du secteur
	LOI SAPIN CGCT	ORDONNANCE TRAVAUX	DISPOSITIONS SPECIFIQUES	REGIME PROPRE		
			<p>consultation des acteurs intéressés (collectivités, associations...)</p> <p>- Critères d'attribution supplémentaires (capacité énergétique de la chute, respect d'une gestion équilibrée et durable de l'eau permettant la conciliation avec ses différents usages et les conditions économiques et financières de l'Etat) article 2-6 4°).</p> <p>* Ce décret renvoie à la loi Sapin à l'article 2-4 pour la détermination des critères d'appréciation des garanties et aptitudes des candidats.</p>		<p>seront régies par la procédure simplifiée ;</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est supérieur à 5 186 000 € seront soumises à la procédure formalisée.</p> <p>ET</p> <p>Maintien des dispositions spécifiques, compatibles avec l'ordonnance.</p>	<p>l'exploitation des forces hydrauliques employait en 2011 environ 11 000 emplois en 2011, et a généré un chiffre d'affaires d'environ 2,65 milliards d'euros pour l'exploitation des sites de production. En 2011, la France comptait plus de 1900 petits sites de production hydroélectrique (production inférieure à 6.9 TWh). La France compte environ 25 600MW installés sur son territoire, cela représente 10% de la production électrique en 2011.</p>
<p>6. Concession de distribution et d'assainissement d'eau</p>	<p>* Loi 93-122 du 29 janvier 1993</p> <p>* Article L. 1411-2 CGCT :</p> <p>Sur la durée l'article se contente de disposer que les DSP doivent être limitées dans le temps.</p>		<p>Disposition spécifique à l'article L.1411-2 du CGCT :</p> <p>La durée des concessions de distribution et d'assainissement d'eau ne peut dépasser 20 ans sans avis favorable du TPG.</p>		<p>Application de l'ordonnance sur les contrats de concession :</p> <p>* Les concessions, quels que soient leurs montants, seront régies par</p>	<p>Le service public de distribution et d'assainissement de l'eau est un secteur clé de l'économie locale. Ce sont les collectivités locales qui sont compétente pour exercer ces</p>

CONTRATS DE CONCESSION AU SENS DE LA DIRECTIVE 2014/23/UE	REGIME DE DROIT INTERNE				REGIME APRES TRANSPORTATION	Environnement socio-économique du secteur
	LOI SAPIN CGCT	ORDONNANCE TRAVAUX	DISPOSITIONS SPECIFIQUES	REGIME PROPRE		
					la procédure simplifiée.	activité et en délèguent l'exploitation. Environ 10 500 conventions de délégations de service public étaient exploitées en 2009 et 2010. Chaque année, c'est environ 800 procédures de délégations de service public qui sont lancées par les collectivités dans ce secteur. En 2010, les acteurs du secteur ont dégagé un chiffre d'affaires d'environ 5,2 milliards d'euros. Ce secteur emploie directement 66 000 personnes.
7. Concession de plage	<p>* L'article L. 2124-4 du CGPPP prévoit la mise en œuvre d'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable :</p> <ul style="list-style-type: none"> - dans le cas où les communes ou leurs groupements renoncent à leur droit de priorité ; - dans l'hypothèse d'éventuels sous-traités d'exploitation. 		<p>* Les articles R. 2124-24 à R. 2124-28 du CGPPP prévoient une procédure d'instruction administrative et une enquête publique, après le choix par le préfet du projet de concession et avant sa décision définitive.</p> <p>* Les concessions de plage doivent respecter les principes énoncés par l'article L. 321-9 du code de l'environnement : libre circulation et libre usage.</p> <p>* Le CGPPP prévoit des règles</p>		<p>Application de l'ordonnance sur les contrats de concession :</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est inférieur à 5 186 000 € seront régies par la procédure</p>	

CONTRATS DE CONCESSION AU SENS DE LA DIRECTIVE 2014/23/UE	REGIME DE DROIT INTERNE				REGIME APRES TRANSPOSITION	Environnement socio-économique du secteur
	LOI SAPIN CGCT	ORDONNANCE TRAVAUX	DISPOSITIONS SPECIFIQUES	REGIME PROPRE		
	<p>* L'article R. 2124-24 du CGPPP renvoie à l'article 38 de la loi Sapin pour la passation des concessions de plage, si la commune ne fait pas jouer son droit de priorité.</p> <p>* L'article R. 2124-31 du CGPPP renvoie aux articles L. 1411-1 et suivants du CGCT pour la passation des conventions d'exploitation, si la commune a fait jouer son droit de priorité et souhaite sous-concéder.</p> <p>* Les articles R. 2124-29 et R. 2124-31 du CGPPP renvoient, respectivement, aux articles 40-1 de la loi Sapin et L. 1411-3 du CGCT pour ce qui concerne le rapport remis annuellement par le concessionnaire.</p>		<p>particulières :</p> <ul style="list-style-type: none"> - une durée maximum de 20 ans (article R. 2124-13) ; - des règles de fond (article R. 2124-16 à R. 2124-20) ; - des clauses contractuelles obligatoires relatives à l'indemnisation du concessionnaire (article R. 2124-20) ; - la possibilité de prévoir, dans la convention, une indemnisation des investissements non amortis en cas de résiliation pour motif d'intérêt général (article R. 2124-13) ; - la présentation des rapports annuels du concessionnaire ou du sous-traité (articles R. 2124-29 et R. 2124-31) ; - les modalités de résiliation, voire de substitution du préfet (articles R. 2124-35 à R. 2124-37). 		<p>simplifiée ;</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est supérieur à 5 186 000 € seront soumises à la procédure formalisée.</p> <p>ET</p> <p>Maintien des dispositions spécifiques, compatibles avec l'ordonnance.</p>	
8. Concession de casino	<p>L'article 3 de l'arrêté du 14 mai 2007 relatif à la réglementation des jeux dans les casinos renvoie aux dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du CGCT, pour la procédure de désignation de l'exploitant d'un casino.</p>		<p>* Les points 3 et 5 de l'article 3 de l'arrêté du 14 mai 2007 complètent l'article L. 1411-5 du CGCT :</p> <ul style="list-style-type: none"> - le point 3 pour la réception et la sélection des candidats admis à présenter une offre ; - le point 5 pour le choix du délégataire et l'autorisation de l'exécutif à signer la convention. <p>* L'article 3 de l'arrêté du 14 mai 2007 prévoit également que la durée</p>		<p>Application de l'ordonnance sur les contrats de concession :</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est inférieur à 5 186 000 €</p>	

CONTRATS DE CONCESSION AU SENS DE LA DIRECTIVE 2014/23/UE	REGIME DE DROIT INTERNE				REGIME APRES TRANSPOSITION	Environnement socio-économique du secteur
	LOI SAPIN CGCT	ORDONNANCE TRAVAUX	DISPOSITIONS SPECIFIQUES	REGIME PROPRE		
			<p>du cahier des charges, qui tient lieu de contrat de délégation, ne peut excéder 20 ans.</p> <p>* Les casinos sont soumis à un régime particulier d'autorisation, d'agrément, de fonctionnement et de police prévu par :</p> <ul style="list-style-type: none"> - les articles L. 321-1 à L. 321-4 du code de sécurité intérieure ; - le décret n°59-1489 du 22 décembre 1959 ; - les Titres I et II de l'arrêté du 14 mai 2007. <p>* D'un point de vue fiscal, le prélèvement sur le produit brut des jeux dans les casinos est régi par les articles L. 2333-54 à L. 2333-57 et D. 2333-74 à D. 2333-82-3 du CGCT.</p>		<p>seront régies par la procédure simplifiée ;</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est supérieur à 5 186 000 € seront soumises à la procédure formalisée.</p> <p>ET</p> <p>Maintien des dispositions spécifiques, compatibles avec l'ordonnance.</p>	
<p>9. Concessions de remontées mécaniques</p>	<p>* Pas de renvoi général au CGCT.</p> <p>Toutefois, un renvoi particulier de l'article L. 342-3 du code du tourisme à l'article L. 1411-2 du CGCT, concernant les modalités de calcul de la durée de la concession.</p> <p>* Les conventions de remontées mécaniques sont soumises à un double régime :</p> <ul style="list-style-type: none"> - des dispositions particulières prévues par le code du tourisme ; - les règles de publicité et de mise en 		<p>* Les remontées mécaniques sont aussi soumises à certaines dispositions du code des transports et du code de l'urbanisme, prévues par, respectivement, les articles L. 342-8 et L. 342-15, et L. 342-16 et R. 342-22 du code du tourisme.</p> <p>* Le code du tourisme prévoit des dispositions spécifiques, concernant :</p> <ul style="list-style-type: none"> - les servitudes grevant les propriétés privées ou le domaine privé des collectivités publiques : articles L. 342-14, et L. 342-18 à L. 342-26. - les règles administratives et techniques de sécurité et celles relatives au contrôle de ces ouvrages publics : articles L. 342-17 et L. 342-17-1, D. 342-2 à R. 342-20, D. 342-21, et R. 342-23 à 342-25. 		<p>Application de l'ordonnance sur les contrats de concession :</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est inférieur à 5 186 000 € seront régies par la procédure simplifiée ;</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est supérieur à</p>	<p>Le secteur des remontées mécaniques est un domaine d'activité important de l'économie touristique notamment du tourisme de montage. La France compte en effet environ 220 domaines skiables sur l'ensemble du territoire. L'exploitation de ces domaines skiables est assurée à 82% par la voie de la</p>

CONTRATS DE CONCESSION AU SENS DE LA DIRECTIVE 2014/23/UE	REGIME DE DROIT INTERNE				REGIME APRES TRANSPORTATION	Environnement socio-économique du secteur
	LOI SAPIN CGCT	ORDONNANCE TRAVAUX	DISPOSITIONS SPECIFIQUES	REGIME PROPRE		
	<p>concurrence prévues par les articles L. 1411-1 et suivants du CGCT.</p> <p>* Application du régime de droit commun des délégations de service public (CE, Section des travaux publics, avis n°371.234 du 19 avril 2005).</p>		<p>* Le code du tourisme fixe des règles complémentaires, pour les conventions de remontées mécaniques, à celles prévues par le CGCT :</p> <p>- article L. 342-2 : clauses contractuelles devant être prévues, à peine de nullité ;</p> <p>- article L. 342-3 : dispositif d'indemnisation du cocontractant, par voie d'avenant, en cas de nouveaux investissements non amortis en fin de contrat. L'article L. 1411-6 du CGCT, qui encadre la passation des avenants, demeure applicable.</p>		<p>5 186 000 € seront soumises à la procédure formalisée.</p> <p>ET</p> <p>Modification de l'article L. 342-8 du code du tourisme.</p>	<p>gestion déléguée. Ce secteur emploie environ 120 000 personnes chaque année pour un volume d'affaires d'environ 1,15 milliards d'euros annuels.</p>
10. Concession d'autoroute	<p>* Pas de renvoi général à la loi du 29 janvier 1993. Toutefois, l'article L. 122-4-2 du code de la voirie routière renvoie à l'article 40-1 de la loi Sapin, concernant la transmission d'un rapport annuel au concédant.</p> <p>* Ce contrat s'analyse comme une délégation de service public, si l'objet principal du contrat repose sur l'exploitation du service public autoroutier (CE, Avis, Assemblée générale, 16 mai 2002, n°366.305).</p>	<p>La concession est une des modalités prévue par les textes pour la construction et l'exploitation des autoroutes (art. 4 de la loi n° 55-435 du 18 avril 1955 portant statut des autoroutes, codifié à l'article L. 122-4 du code de la voirie routière.</p> <p>Les contrats de concessions autoroutières sont des concessions de travaux publics de l'Etat s'ils ont pour objet principal la construction d'ouvrages autoroutiers (CE, Avis, Sect. TP, 21 juin 2011, n° 385.183). Dans une telle hypothèse, les règles applicables à leur passation sont celles définies par l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, notamment</p>	<p>* Le code de la voirie routière prévoit des dispositions spécifiques, concernant :</p> <p>- l'occupation du domaine public autoroutier : articles L. 121-2 et L. 121-3, L. 122-3, R. 121-1, R. 122-4 à R. 122-5-4, et R. 122-27.</p> <p>- les droits des riverains : articles L. 122-2 et R. 122-3.</p> <p>- le classement et le déclassé des autoroutes : articles L. 122-5, R. 122-1 et R. 122-2.</p> <p>- les emprunts et les avances pouvant être consentis par la Caisse nationale des autoroutes : articles L. 122-6, et R. 122-6 à R. 122-15.</p> <p>- article L. 122-4 : l'assiette des tarifs des péages, le contenu de la convention de délégation et de son cahier des charges annexé, la nature et le financement des éventuels nouveaux ouvrages, la possibilité</p>		<p>Application de l'ordonnance sur les contrats de concession :</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est inférieur à 5 186 000 € seront régies par la procédure simplifiée ;</p> <p>* Les concessions dont le montant estimé est supérieur à 5 186 000 € seront soumises à la procédure formalisée.</p>	<p>Le réseau autoroutier national comprend environ 11 500 km d'autoroutes, dont environ 9000 sont concédés à des sociétés concessionnaires. Le chiffre d'affaires des sociétés concessionnaires d'autoroutes s'élève pour 2013 à environ 8,9 milliards d'euros. A l'heure actuelle, le secteur est composé de 19 sociétés concessionnaires. Le secteur emploie environ</p>

CONTRATS DE CONCESSION AU SENS DE LA DIRECTIVE 2014/23/UE	REGIME DE DROIT INTERNE				REGIME APRES TRANSPOSITION	Environnement socio-économique du secteur
	LOI SAPIN CGCT	ORDONNANCE TRAVAUX	DISPOSITIONS SPECIFIQUES	REGIME PROPRE		
		son article 27-I et au titre Ier du décret n° 2010-406 du 26 avril 2010, sans qu'il y ait lieu de faire application des articles 38 et 40 de la loi Sapin (CE, Section des travaux publics, avis n°383.668 du 16 mars 2010).	reconnue aux collectivités territoriales de participer financièrement ; - article L. 122-4-2 : rapport annuel devant être remis aux collectivités territoriales contributrices par le concessionnaire. Statut des autoroutes : art. L.122-1 ; Code général des impôts, notamment son article 302 bis ZB ((taxe d'aménagement du territoire acquittée par les concessionnaires d'autoroute) ; Décret n° 95-81 du 24 janvier 1995 relatif aux péages autoroutiers		ET Maintien des dispositions spécifiques, compatibles avec l'ordonnance.	15 000 personnes.
11. Concessions d'ouvrage d'art	Une concession d'ouvrage d'art sera soumise en fonction de son objet au régime de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 s'il s'agit d'une délégation de service public, soit s'il s'agit d'une concession de travaux au régime issu de l'ordonnance n°2009-864 dite ordonnance « travaux ».		* Articles L.153-1, 2 et 3 du code de la voirie routière : ces articles prévoient le principe de la possibilité de soumettre l'usage d'un ouvrage d'art à un péage et dans quelles conditions. * Article L153-4 du code de la voirie routière : prévoit les conditions de modulations du tarif des péages par catégorie d'usagers.		Application de l'ordonnance sur les contrats de concession : * Les concessions dont le montant estimé est inférieur à 5 186 000 € seront régies par la procédure simplifiée ; * Les concessions dont le montant estimé est supérieur à 5 186 000 € seront soumises à la procédure	

CONTRATS DE CONCESSION AU SENS DE LA DIRECTIVE 2014/23/UE	REGIME DE DROIT INTERNE				REGIME APRES TRANSPOSITION	Environnement socio-économique du secteur
	LOI SAPIN CGCT	ORDONNANCE TRAVAUX	DISPOSITIONS SPECIFIQUES	REGIME PROPRE		
					formalisée. ET Maintien des dispositions spécifiques, compatibles avec l'ordonnance.	
12. Concession de restauration collective	<p>* Pas de renvoi particulier à la loi Sapin ou au CGCT.</p> <p>* Application du régime de droit commun, prévu par les articles L. 1411-1 et suivants du CGCT.</p>		<p>En complément des règles de publicité et de mise en concurrence, plusieurs réglementations sont applicables à la restauration publique collective, en fonction du domaine et de la personne publique concernés.</p> <p>Des règles particulières sont prévues en la matière, concernant notamment la sécurité alimentaire, la fiscalité ou les aides sociales.</p>		<p>Application de l'ordonnance sur les contrats de concession :</p> <p>* Les concessions, quels que soient leurs montants, seront régies par la procédure simplifiée.</p> <p>ET Maintien des dispositions spécifiques, compatibles avec l'ordonnance</p>	<p>Le secteur de la restauration collective génère environ 3 milliards d'euros d'achats annuels en France et emploie environ 80 000 personnes sur tout le territoire national.</p>

Contraintes nouvelles	Allègements et simplifications
Champ d'application	
Mise en place d'un nouvel encadrement pour la procédure de passation des concessions de services qui n'ont pas pour objet l'exploitation d'un service public.	Champ d'application organique unifié et simplifié pour tous les contrats de concession.
	Harmonisation des exclusions pour tous les contrats de concession.
	Assouplissement des critères de recours à la quasi-régie.
	Introduction de davantage de souplesse au profit des autorités concédantes grâce aux nouvelles exclusions relatives aux entreprises liées et aux coentreprises.
	Clarification de la répartition du contentieux relatif aux contrats de concession entre les juridictions administrative et judiciaire.
Procédure de passation	
	Consécration de la négociation comme procédure d'attribution de droit commun pour tous les contrats de concession.
Obligation de procéder à une évaluation préalable à la procédure d'attribution du contrat pour les contrats de concessions supérieurs à un certain montant.	Unification du régime de passation des contrats de concession, quel que soit leur objet (service, travaux et service public).
	Harmonisation et simplification des interdictions de soumissionner entre les différents contrats de concession mais également entre les contrats de concession et les marchés publics.
Exécution	
Obligation de mise à disposition du public des éléments essentiels des contrats de concession.	

Stabilité dans le temps Joindre le texte consolidé, avec modifications apparentes
<p>5. Texte modifié ou abrogé :</p> <p>↳ Texte abrogé :</p> <p>Sont abrogés :</p> <p>1° Les articles L. 1411-2, L. 1411-8 et L. 1415-1 à L. 1415-9 du code général des collectivités territoriales ;</p> <p>2° L'article L. 300-5-2 du code de l'urbanisme ;</p> <p>3° Les chapitres IV, V et VI de la 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 ;</p>

4° L'article 39 de la loi n°54-404 du 10 avril 1954 portant réforme fiscale ;
5° L'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

↳ **Textes modifiés :**

(Tableau ci-dessous : les nouvelles dispositions sont indiquées en rouge dans la version consolidée)

6. Date de la dernière modification :

DISPOSITIONS DIVERSES	REDACTION ACTUELLE	REDACTION A VENIR
Article 55 du projet d'ordonnance		
<p>Dans toutes les dispositions législatives en vigueur, pour les contrats passés en application de la présente ordonnance, les références aux articles du chapitre IV du titre II de la 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 publique ou à l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, s'entendent comme faisant référence à la présente ordonnance pour autant que lesdits contrats eussent relevés du champ d'application de ces dispositions.</p>		<p style="text-align: center;">Disposition « balai »</p> <p>Dans la mesure où les articles du chapitre IV du titre II de la loi Sapin et l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux ont vocation à être abrogés dans le projet d'ordonnance, les références à ces textes doivent être remplacés par un renvoi au projet d'ordonnance.</p>
Article 56 du projet d'ordonnance		
<p>Dans les dispositions législatives énumérées ci-après, le mot : « délégation » est remplacé par le mot : « concession » :</p> <p>1° Au deuxième alinéa de l'article L. 551-19 du code de justice administrative ;</p>	<p style="text-align: center;">Article L551-19</p> <p>(...)</p> <p>Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public ou encore si la nullité du contrat menace sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'Etat.</p>	<p style="text-align: center;">Article L551-19</p> <p>(...)</p> <p>Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une concession de service public ou encore si la nullité du contrat menace sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'Etat.</p>
<p>2° A l'article 432-14 du code pénal ;</p>	<p style="text-align: center;">Article 432-14</p> <p>Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des</p>	<p style="text-align: center;">Article 432-14</p> <p>Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des</p>

DISPOSITIONS DIVERSES	REDACTION ACTUELLE	REDACTION A VENIR
	<p>établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.</p>	<p>établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les concessions de service public.</p>
<p>3° Au 12° de l'article L. 6143-7 du code de la santé publique ;</p>	<p style="text-align: center;">Article L. 6143-7</p> <p>Le directeur, président du directoire, conduit la politique générale de l'établissement. (...) Après concertation avec le directoire, le directeur : (...) 12° Conclut les délégations de service public mentionnées à l'article 38 de la 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 ;</p>	<p style="text-align: center;">Article L. 6143-7</p> <p>Le directeur, président du directoire, conduit la politique générale de l'établissement. (...) Après concertation avec le directoire, le directeur : (...) 12° Conclut les concessions de service public mentionnés à de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession [Modification de renvoi opéré par l'article A];</p>
Article 57 du projet d'ordonnance		
<p>Le code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :</p> <p>1° L'article L. 1411-1 est ainsi modifié :</p> <p>a) Le premier alinéa est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>« Les personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises, pour la passation et l'exécution de leurs contrats de concession, aux</p>	<p style="text-align: center;">Article L1411-1</p> <p>Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la</p>	<p style="text-align: center;">Article L1411-1</p> <p>Les personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises, pour la passation et l'exécution de leurs contrats de concession, aux</p>

DISPOSITIONS DIVERSES	REDACTION ACTUELLE	REDACTION A VENIR
<p>dispositions prévues par l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession et par le Titre 1^{er} du livre quatre de la première partie du présent code » ;</p> <p>b) Les deuxième, troisième, quatrième et cinquième alinéas sont supprimés ;</p>	<p>responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.</p> <p>Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. Les garanties professionnelles sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein. Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes.</p> <p>La commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.</p> <p>La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur.</p> <p>Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire.</p>	<p>dispositions prévues par l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession et par le Titre 1^{er} du livre quatre de la première partie du présent code.</p>
<p>2° L'article L. 1411-3 est ainsi modifié :</p> <p>a) Le premier alinéa est supprimé ;</p>	<p style="text-align: center;">Article L.1411-3</p> <p>Le délégataire produit chaque année avant le 1er juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment</p>	

DISPOSITIONS DIVERSES	REDACTION ACTUELLE	REDACTION A VENIR
<p>b) Au deuxième alinéa, les mots : « de ce rapport » sont remplacés par les mots : « du rapport mentionnée à l'article 42 de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession » ;</p>	<p>les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public.</p> <p>Dès la communication de ce rapport, son examen est mis à l'ordre du jour de la plus prochaine réunion de l'assemblée délibérante qui en prend acte.</p>	<p>Dès la communication du rapport mentionnée à l'article 42 de l'ordonnance n° XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession, son examen est mis à l'ordre du jour de la plus prochaine réunion de l'assemblée délibérante qui en prend acte.</p>
<p>3° L'article L. 1411-5 est ainsi modifié :</p> <p>a) Le premier alinéa est supprimé ;</p> <p>b) Au second alinéa, les mots : « Les plis contenant les offres sont ouverts par une commission composée : » sont remplacés par les mots : « Il est constitué une commission composée : » ;</p>	<p style="text-align: center;">Article L1411-5</p> <p>Après décision sur le principe de la délégation, il est procédé à une publicité et à un recueil d'offres dans les conditions prévues aux troisième et quatrième alinéas de l'article L. 1411-1.</p> <p>Les plis contenant les offres sont ouverts par une commission composée :</p> <p>a) Lorsqu'il s'agit d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département, d'une commune de 3 500 habitants et plus et d'un établissement public, par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;</p> <p>b) Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, par le maire ou son représentant, président, et par trois membres du conseil municipal élus par le conseil à la représentation proportionnelle au plus fort reste.</p> <p>Il est procédé, selon les mêmes modalités, à l'élection</p>	<p style="text-align: center;">Article L1411-5</p> <p>Il est constitué une commission composée :</p> <p>a) Lorsqu'il s'agit d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département, d'une commune de 3 500 habitants et plus et d'un établissement public, par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;</p> <p>b) Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, par le maire ou son représentant, président, et par trois membres du conseil municipal élus par le conseil à la représentation proportionnelle au plus fort reste.</p> <p>Il est procédé, selon les mêmes modalités, à l'élection</p>

DISPOSITIONS DIVERSES	REDACTION ACTUELLE	REDACTION A VENIR
<p>c) Le sixième alinéa est remplacé par un alinéa ainsi rédigé : « Lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission, le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission. Leurs observations sont consignées au procès-verbal. » ;</p> <p>d) Après le septième alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : « La commission dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public » ;</p> <p>e) La première phrase du dernier alinéa est remplacée par la phrase suivante : « Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention est libre d'engager une négociation avec les soumissionnaires. » ;</p>	<p>de suppléants en nombre égal à celui de membres titulaires.</p> <p>Le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence siègent également à la commission avec voix consultative.</p> <p>Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat.</p> <p>Peuvent participer à la commission, avec voix consultative, un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par le président de la commission, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public.</p>	<p>de suppléants en nombre égal à celui de membres titulaires.</p> <p>Lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission, le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission. Leurs observations sont consignées au procès-verbal.</p> <p>La commission dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.</p> <p>Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention est libre d'engager une négociation avec les soumissionnaires. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat</p> <p>Peuvent participer à la commission, avec voix consultative, un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par le président de la commission, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public.</p>

DISPOSITIONS DIVERSES	REDACTION ACTUELLE	REDACTION A VENIR
<p>4° Au début de l'article L. 1411-6, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :</p> <p>« Tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante. » ;</p>	<p align="center">Article L1411-6</p> <p>Tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5% est soumis pour avis à la commission visée à l'article L. 1411-5. L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis.</p>	<p align="center">Article L1411-6</p> <p>Tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante.</p> <p>Tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5% est soumis pour avis à la commission visée à l'article L. 1411-5. L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis.</p>
<p>5° L'article L. 1411-12 est remplacé par les dispositions suivantes : « Pour bénéficier des exclusions applicables aux relations de quasi-régie et de coopération entre pouvoirs adjudicateurs, les collectivités territoriales et leurs établissements publics doivent satisfaire aux exigences des articles 10 ou 11 de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession ou des articles 17 ou 18 de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux marchés publics. ».</p>	<p align="center">Article L1411-12</p> <p>Les dispositions des articles L. 1411-1 à L. 1411-11 ne s'appliquent pas aux délégations de service public :</p> <p>a) Lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise ;</p> <p>b) lorsque ce service est confié à un établissement public ou à une société publique locale sur lesquels la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalisent l'essentiel de leurs activités pour elle ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui contrôlent la société, à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement ou de la société ;</p> <p>c) Lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 euros ou que la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 euros par an. Toutefois, dans ce cas, le projet de délégation est</p>	<p align="center">Article L1411-12</p> <p>Pour bénéficier des exclusions applicables aux relations de quasi-régie et de coopération entre pouvoirs adjudicateurs, les collectivités territoriales et leurs établissements publics doivent satisfaire aux exigences des articles 10 ou 11 de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession ou des articles 17 ou 18 de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux marchés publics.</p>

DISPOSITIONS DIVERSES	REDACTION ACTUELLE	REDACTION A VENIR
	soumis à une publicité préalable ainsi qu'aux dispositions de l'article L. 1411-2. Les modalités de cette publicité sont fixées par décret en Conseil d'Etat.	
Article 58 du projet d'ordonnance		
<p>Au premier alinéa du II de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, les mots : « du II de l'article 2 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.» sont remplacés par les mots : « de l'article 6 de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux marchés publics. ».</p>	<p>Article L. 551-2</p> <p>II.- Toutefois, le I n'est pas applicable aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité au sens du II de l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.</p>	<p>Article L. 551-2</p> <p>II.- Toutefois, le I n'est pas applicable aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité au sens de l'article 6 de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux marchés publics.</p>
Article 59 du projet d'ordonnance		
<p>Le code du tourisme est ainsi modifié :</p> <p>1° Au premier alinéa de l'article L. 342-3, les mots : « L.1411-2 du code général des collectivités territoriales » sont remplacés par les mots : « 23 de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession » ;</p>	<p>Article L. 342-3</p> <p>Conformément aux dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, la durée de ces contrats est modulée en fonction de la nature et de l'importance des investissements consentis par l'aménageur ou l'exploitant.</p>	<p>Article L. 342-3</p> <p>Conformément aux dispositions de l'article 23 de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession, la durée de ces contrats est modulée en fonction de la nature et de l'importance des investissements consentis par l'aménageur ou l'exploitant.</p>
<p>2° Au deuxième alinéa de l'article L. 342-3, les mots : « y compris lorsque cette durée peut être prolongée en application des deuxième à dixième alinéas de l'article L.1411-2 du code général des collectivités territoriales » sont supprimés ;</p>	<p>Lorsque la durée résiduelle d'un contrat portant sur le service des remontées mécaniques défini à l'article L. 342-9 est insuffisante pour permettre l'amortissement normal d'investissements supplémentaires demandés par la personne publique délégante pour moderniser les infrastructures existantes, y compris lorsque cette durée peut être prolongée en application des</p>	<p>Lorsque la durée résiduelle d'un contrat portant sur le service des remontées mécaniques défini à l'article L. 342-9 est insuffisante pour permettre l'amortissement normal d'investissements supplémentaires demandés par la personne publique délégante pour moderniser les infrastructures existantes, les parties peuvent convenir, par voie d'avenant, des conditions d'indemnisation du</p>

DISPOSITIONS DIVERSES	REDACTION ACTUELLE	REDACTION A VENIR
	<p>deuxième à dixième alinéas de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, les parties peuvent convenir, par voie d'avenant, des conditions d'indemnisation du délégataire pour lesdits investissements qui ne seraient pas amortis au terme du contrat. La personne publique peut se faire rembourser tout ou partie du montant de cette indemnisation par le nouveau cocontractant désigné pour poursuivre l'exploitation du service.</p>	<p>délégataire pour lesdits investissements qui ne seraient pas amortis au terme du contrat. La personne publique peut se faire rembourser tout ou partie du montant de cette indemnisation par le nouveau cocontractant désigné pour poursuivre l'exploitation du service.</p>
<p>3° Au d) de l'article L. 342-8, la référence à l'article L. 1221-3 est supprimée.</p>	<p style="text-align: center;">Article L. 342-8</p> <p>Sont applicables aux remontées mécaniques les articles L. 342-1 à L. 342-5 ainsi que les dispositions suivantes du code des transports :</p> <p>d) Les articles L. 1000-2, L. 1111-1, L. 1211-4, L. 1211-5, L. 1221-3, L. 1221-4, L. 1221-9, L. 1311-3, L. 1311-4, L. 1431-2, L. 1521-1 et L. 1611-1.</p>	<p style="text-align: center;">Article L. 342-8</p> <p>Sont applicables aux remontées mécaniques les articles L. 342-1 à L. 342-5 ainsi que les dispositions suivantes du code des transports :</p> <p>d) Les articles L. 1000-2, L. 1111-1, L. 1211-4, L. 1211-5, L. 1221-4, L. 1221-9, L. 1311-3, L. 1311-4, L. 1431-2, L. 1521-1 et L. 1611-1.</p>
Article 60 du projet d'ordonnance		
<p>Le code des transports est ainsi modifié :</p> <p>1° L'article L. 2111-11 est ainsi modifié :</p> <p>a) Au premier alinéa, les mots : « ou à une convention de délégation de service public prévue par la 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 » sont supprimés ;</p> <p>b) Au premier alinéa, les mots : « de travaux » sont supprimés ;</p>	<p style="text-align: center;">Article L. 2111-11</p> <p>Sauf s'il est fait application de l'article L. 2111-12, SNCF Réseau peut recourir, pour des projets contribuant au développement, à l'aménagement et à la mise en valeur de l'infrastructure du réseau ferré national, à une concession de travaux prévue par l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, à un contrat de partenariat conclu sur le fondement des dispositions de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ou à une</p>	<p style="text-align: center;">Article L. 2111-11</p> <p>Sauf s'il est fait application de l'article L. 2111-12, SNCF Réseau peut recourir, pour des projets contribuant au développement, à l'aménagement et à la mise en valeur de l'infrastructure du réseau ferré national, à une concession prévue par l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession , à un contrat de partenariat conclu sur le fondement des dispositions de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.</p>

DISPOSITIONS DIVERSES	REDACTION ACTUELLE	REDACTION A VENIR
	<p>convention de délégation de service public prévue par la 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.</p> <p>(...)</p>	
<p>2° Au deuxième alinéa de l'article L. 6321-2, les mots : « au livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales » sont remplacés par les mots : « aux dispositions de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession ou de l'ordonnance n°XXXX – XXXX du XX XXXX XXXX sur les marchés publics, selon la nature du contrat envisagé » ;</p>	<p style="text-align: center;">Article L6321-2</p> <p>L'exploitation des aérodromes ouverts à la circulation aérienne publique autres que ceux mentionnés aux articles L. 6321-1, L. 6323-1 et suivants et L. 6324-1 peut être assurée directement par la personne publique ou privée dont ils relèvent et qui signe la convention prévue par l'article L. 6321-3 ou confiée par cette personne à un tiers.</p> <p>Lorsque cette personne est une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, l'exploitation est réalisée conformément au livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales.</p>	<p style="text-align: center;">Article L6321-2</p> <p>L'exploitation des aérodromes ouverts à la circulation aérienne publique autres que ceux mentionnés aux articles L. 6321-1, L. 6323-1 et suivants et L. 6324-1 peut être assurée directement par la personne publique ou privée dont ils relèvent et qui signe la convention prévue par l'article L. 6321-3 ou confiée par cette personne à un tiers.</p> <p>Lorsque cette personne est une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, l'exploitation est réalisée conformément aux dispositions de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession ou de l'ordonnance n°XXXX – XXXX du XX XXXX XXXX sur les marchés publics, selon la nature du contrat envisagé.</p>
<p>3° Le deuxième alinéa de l'article L. 6322-2 est remplacé par les dispositions suivantes : « Les dispositions de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession s'appliquent aux opérations prévues par le premier alinéa ».</p>	<p style="text-align: center;">Article L6322-2</p> <p>A la demande de chaque chambre de commerce et d'industrie concernée, l'autorité administrative peut autoriser la cession ou l'apport de la concession aéroportuaire à une société dont le capital initial est détenu entièrement par des personnes publiques, dont la chambre de commerce et d'industrie titulaire de la concession cédée. Par dérogation aux articles L. 2253-1, L. 3231-6, L. 4211-1 et L. 5111-4 du code général</p>	<p style="text-align: center;">Article L6322-2</p> <p>A la demande de chaque chambre de commerce et d'industrie concernée, l'autorité administrative peut autoriser la cession ou l'apport de la concession aéroportuaire à une société dont le capital initial est détenu entièrement par des personnes publiques, dont la chambre de commerce et d'industrie titulaire de la concession cédée. Par dérogation aux articles L. 2253-1, L. 3231-6, L. 4211-1 et L. 5111-4 du code général</p>

DISPOSITIONS DIVERSES	REDACTION ACTUELLE	REDACTION A VENIR
	<p>des collectivités territoriales, les collectivités territoriales intéressées et leurs groupements peuvent prendre des participations dans cette société. Un avenant au contrat de concession fixe, le cas échéant, la nouvelle durée de la concession, sans que la prolongation puisse excéder quarante ans, ainsi que les contreparties, au minimum en termes d'investissements et d'objectifs de qualité de service, sur lesquelles la société aéroportuaire s'engage. Cet avenant met le contrat en conformité avec les dispositions d'un cahier des charges type approuvé par le décret prévu par l'article L. 6322-1.</p> <p>Les deuxième à cinquième alinéas de l'article 38 et les deuxième à quatrième alinéas de l'article 40 de la 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 ne sont pas applicables aux opérations prévues par le premier alinéa.</p>	<p>des collectivités territoriales, les collectivités territoriales intéressées et leurs groupements peuvent prendre des participations dans cette société. Un avenant au contrat de concession fixe, le cas échéant, la nouvelle durée de la concession, sans que la prolongation puisse excéder quarante ans, ainsi que les contreparties, au minimum en termes d'investissements et d'objectifs de qualité de service, sur lesquelles la société aéroportuaire s'engage. Cet avenant met le contrat en conformité avec les dispositions d'un cahier des charges type approuvé par le décret prévu par l'article L. 6322-1.</p> <p>Les dispositions de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession s'appliquent aux opérations prévues par le premier alinéa.</p>
Article H du projet d'ordonnance		
<p>A l'article L. 122-4-2 du code de la voirie routière, la référence à l'article 40-1 de la 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 est remplacée par la référence à l'article 42 de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession.</p>	<p style="text-align: center;">Article L. 122-4-2</p> <p>Sans préjudice des dispositions de l'article 40-1 de la 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, la personne délégataire d'une autoroute en application de l'article L. 122-4 communique chaque année aux collectivités territoriales qui participent avec elle à son financement un rapport comportant les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public, une analyse de la qualité du service ainsi que les conditions d'exécution du service public.</p>	<p style="text-align: center;">Article L. 122-4-2</p> <p>Sans préjudice des dispositions de l'article 42 de l'ordonnance n°XXXX-XXXX du XX XXXX XXXX relative aux contrats de concession, la personne délégataire d'une autoroute en application de l'article L. 122-4 communique chaque année aux collectivités territoriales qui participent avec elle à son financement un rapport comportant les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public, une analyse de la qualité du service ainsi que les conditions d'exécution du service public.</p>

Fondement juridique					
Dispositions nouvelles	Articles	Transposition d'une directive / application d'un règlement UE <i>préciser</i>	Applica-tion de la loi <i>préciser</i>	Consé-quence d'une décision de justice <i>préciser</i>	Mesure non commandée par la norme supérieure <i>préciser : simplification, retour d'expérience</i>
Titre Préliminaire					
Qualification des contrats de concession conclus par des personnes publiques	2				Simplification de la qualification des contrats administratifs et de la répartition du contentieux des contrats publics.
Libre choix du mode de gestion des travaux ou services pour les autorités concédantes	3	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (article 2)			
Titre I^{er} – Champ d'application					
Définitions des contrats de concession de travaux et de services ainsi que du risque d'exploitation transféré	4 et 5	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (article 5)			
Définition des autorités concédantes, pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices	6	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (articles 6 et 7)			Simplification : - alignement des concepts européens et nationaux ; - harmonisation des définitions pour tous les contrats de concession ; - uniformisation des définitions pour l'ensemble des contrats de la commande publique.
Exclusions de certains contrats de concession du champ d'application de l'ordonnance	7 à 13	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (articles 10, 13, 14, 16, 17 et 25)			
Contrats mixtes (contrats de concession et marchés ou autres contrats)	14 à 17	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (articles 20 à 22)			
Titre II – Passation des contrats de concession					
Définition des besoins et des prestations par référence à des spécifications techniques	18 et 19	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (article 36)			
Réservation de contrats de concession aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés	20	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (article 24)			
Faculté de recours aux clauses d'exécution en matière sociale et environnementale	22				Mesure de soutien aux politiques d'intégration sociale et de développement durable.

Durée des contrats de concession	23	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (article 18)			-Simplification : définition d'un cadre général unique pour tous les contrats de concession ; - Sécurisation : reprise des acquis de la loi Sapin, connus et actuellement mis en œuvre.
Evaluation préalable du mode de réalisation du projet pour les contrats de concession d'un montant égal ou supérieur à un seuil	24				Garantie supplémentaire pour assurer la bonne gestion des deniers publics. Sécurisation du recours à un contrat de la commande publique portant sur des montants très importants. Mise en place d'un outil d'aide à la décision, à la disposition des autorités concédantes, en cohérence avec le dispositif existant pour les autres contrats de la commande publique.
Procédures de mise en concurrence	26	<i>Procédure formalisée :</i> Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (articles 1 ^{er} , 31 et 37)			<i>Procédure simplifiée :</i> ➤ Simplification : mise en place d'une procédure unique pour : - tous les contrats de concession exclus du champ d'application de la directive en raison de leur valeur inférieure au seuil européen, qui sont à ce jour soumis à la loi Sapin ou à l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics ; - les contrats de concession relevant de secteurs exclus du champ d'application de la directive indifféremment de leur valeur, qui relèvent actuellement de la loi Sapin. ➤ Sécurisation : reprise des acquis de la loi Sapin, connus et actuellement mis en œuvre.
Communications et échanges d'information	27	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (articles 29 et 34)			
Interdictions de soumissionner	29 à 34	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (articles 25, 38 et 42)			
Choix de l'offre au regard de l'avantage économique global	37	Directive 2014/23/UE du			

pour l'autorité concédante		26 février 2014 (article 41)			
Titre III – Exécution des contrats de concession					
Mise à disposition du public des données essentielles des contrats de concession	43				Mise en œuvre proportionnée des principes de transparence et de droit à l'information des citoyens. Moralisation de la commande publique et, plus généralement, de la vie publique. Amélioration de la connaissance et de l'évaluation de l'impact économique des contrats de concession.
Exécution des contrats de concession par des tiers : - possibilité, pour les concessionnaires, de recourir à des tiers ; - possibilité, pour les autorités concédantes, de demander la part de travaux ou services confiée à des tiers	44 I, II-2°	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (article 42)			
Exécution des contrats de concession par des tiers : possibilité pour les autorités concédantes d'imposer de confier à des PME une part des travaux ou services	44 II-1°				Utilisation des contrats de concession comme levier de politique publique : favoriser l'accès des PME et TPE à tous les contrats de type concessif. Simplification : généralisation des dispositions en vigueur pour les contrats de concession de travaux publics.
Modification des contrats de concession en cours d'exécution	45	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (article 43)			Simplification : - cristallisation de la souplesse offerte actuellement par la jurisprudence ; - consécration de la mutabilité des contrats de concession, en particulier ceux ayant pour objet un service public ; - unification d'un cadre juridique unique pour tous les contrats de concession, quel que soit leur objet.
Résiliation des contrats de concession	33, 39 et 45	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (article 44)			
Titre IV – Dispositions relatives à l'outre-mer					
Dispositions particulières à Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon	47 à 50				

Dispositions applicables en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises	51 à 54				
--	---------	--	--	--	--

II. CONCERTATION PREALABLE ET CONSULTATIONS

Organisme	Date	Avis exprimés et prise en compte par le projet
Concertation avec les collectivités territoriales et les associations d'élus		
Association des Maires de France (AMF)	08.10.2014	<p>L'AMF est attachée au vocable de délégation de service public et au maintien du régime juridique issu de la loi Sapin.</p> <p>↳ S'il ne reprend pas l'expression même de « délégation de service public, l'article 5-II de l'ordonnance définit la concession de service public et la distingue de la concession de service. Tout en harmonisant les concepts nationaux et européens, il préserve ainsi la distinction qui prévalait antérieurement entre la délégation de service public et la concession de services, en affirmant la spécificité de la concession de service public.</p> <p>En outre, l'ordonnance reprend, lorsqu'elles relèvent effectivement du niveau législatif, les dispositions issues de la loi Sapin. A titre d'illustration, l'article 23 de l'ordonnance reprend, pour le calcul de la durée, les éléments de l'article 40 de la loi Sapin, pour autant qu'ils relèvent effectivement du niveau législatif.</p>
Autres rencontres		A compléter
Concertation avec les entreprises et organisations professionnelles représentatives		
Institut de la Gestion Déléguée (IGD)	07.11.2013	<p>Les préoccupations portées par l'IGD, au cours des travaux de transposition, concernent notamment :</p> <p>1° l'instauration de régimes dérogatoires à la mise en concurrence, constitutifs, selon l'Institut, d'un frein à l'ouverture des marchés aux opérateurs privés. Son attention s'est principalement cristallisée sur l'exclusion « in house » et le régime d'exclusion bénéficiant aux entreprises liées.</p> <p>↳ Le texte de transposition reprend à l'identique les termes de la directive. En particulier, la reconnaissance d'une relation de quasi-régie est désormais encadrée. La reconnaissance d'une telle relation est ainsi conditionnée à la réalisation par l'entité contrôlée d'un pourcentage minimum d'activités pour le compte de l'autorité concédante (cf. point 2.1.3 de la présente fiche).</p> <p>2° le secteur de l'eau : l'IGD est attachée au maintien de la loi Sapin compte tenu de l'impact potentiellement déstabilisateur d'une dérégulation totale du secteur de l'eau, exclu du champ d'application de la directive.</p> <p>↳ L'ordonnance inclut, dans son champ d'application, le secteur de l'eau, qui bénéficiera d'une procédure simplifiée, reprenant les acquis de la loi Sapin (cf. 2.1.4 de la présente fiche).</p>
Véolia	25.11.2013	<p>Les interrogations soulevées par Veolia se sont principalement focalisées sur la remise en cause éventuelle de la souplesse reconnue aux autorités concédantes par la loi du 29 janvier 1993, à laquelle les travaux de transposition pourraient aboutir.</p> <p>↳ L'article 26 de l'ordonnance établit des procédures de passation. La procédure formalisée constitue la transposition expresse du dispositif prévu par la directive. La procédure simplifiée, quant à elle, concerne les contrats de concession qui ne sont pas passés selon une procédure formalisée, soit en raison de leur objet, soit en raison de leur montant. Les contrats conclus dans le secteur de l'eau, domaine au centre des préoccupations de Véolia, bénéficieront ainsi de la procédure simplifiée (cf. point 2.1.4 de la présente fiche).</p>
Fédération des entreprises	26.11.	La FDEPL représente les entreprises publiques locales (sociétés d'économie mixte, sociétés publiques locales, ...). Son attention s'est principalement

publiques locales (FDEPL)	2013 20.10.2014	portée sur la manière dont seront transposées, en droit interne, les dispositions relatives à la quasi-régie. Sont notamment concernées les notions de « <i>pluri-contrôle</i> » et de « <i>participation privée non contrôlante</i> », inhérentes à la composition des EPL. ↳ L'article 10 de l'ordonnance consacre la possibilité d'un contrôle conjoint exercé par plusieurs pouvoirs adjudicateurs sur l'entité contrôlée. La présence de capitaux privés sans capacité de contrôle ni de blocage pourra également être admise et ne pas faire obstacle à la reconnaissance d'une relation de quasi-régie. Cet assouplissement à l'interdiction de participation de capitaux privés dans le capital de l'entité contrôlée, pourrait bénéficier aux SEM.
Vinci autoroutes	20.02.2014	Les principales inquiétudes soulevées par Vinci concernent la possibilité de conclure des avenants aux contrats de concession. ↳ L'article 45 de l'ordonnance autorise la modification des contrats de concession en cours d'exécution. sauf exception. A l'instar de la directive, l'ordonnance consacre expressément le recours aux avenants, dans des conditions appelées à être précisées par décret d'application.
Union des transports publics (UTP)	26.02.2014	Compte tenu du champ d'activité de l'UTP, son attention s'est focalisée sur les contrats de service public conclu dans le domaine des transports publics de voyageurs, soumis aux dispositions du règlement OSP et de la loi Sapin. A l'issue de la transposition, les dispositions de l'ordonnance devront s'avérer compatibles avec le règlement OSP, d'effet direct en droit interne. ↳ Le secteur du transport public de voyageurs bénéficie de la procédure simplifiée, quel que soit le montant du contrat de concession de services. Cette procédure préserve les acquis de la loi Sapin, en les reprenant (cf. 2.1.4 de la présente étude). La transposition de la directive ne modifiera pas l'équilibre du secteur au regard du règlement OSP.
Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC)	25.11.2014	L'UNSPIC se prononce en faveur d'une transposition stricte de la directive, avec le maintien de la loi Sapin en dessous du seuil d'application européen (5 186 000 €HT). Outre cet aspect, son attention s'est également cristallisée sur l'extension de la dérogation relative à la quasi-régie. ↳ La transposition de la directive ne donnera pas lieu à une extension du dispositif pour tous les contrats de concession, quels que soient leur montant. Si l'ordonnance aboutit à l'abrogation des dispositions de la loi Sapin relatives à la délégation de service public, il en reprend, pour l'essentiel, le dispositif et en préserve les acquis pour les contrats de concession inférieurs au seuil européen ou conclus dans certains secteurs économiques qui, exclus du champ d'application de la directive, sont, à ce jour, régis par des règles nationales. En outre, l'article 10 de l'ordonnance relatif à la quasi-régie reprend expressément les dispositions de la directive et ne procède à aucune sous ou sur transposition.
Autres rencontres		A compléter
Commissions consultatives		
Conseil national d'évaluation des normes	<i>A venir</i>	A compléter (le CNEN est obligatoirement consulté sur l'impact technique et financier, pour les CT et EP, des projets de loi créant ou modifiant des normes applicables aux CT et à leurs EPL).
Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel (CSTACAA)	<i>A venir</i>	A compléter (nouvelle clé de répartition du contentieux de la passation et de l'exécution des contrats de concession).
Conseil d'Etat	<i>A venir</i>	A compléter (séances de travail en commission, passage en section, ...).

Autres (services, autorités indépendantes...)		
Commission de régulation de l'énergie (CRE)	29.04. 2014	La DAJ a sollicité l'expertise de la CRE pour déterminer, si au regard des critères posés par la directive, la qualification des contrats de distribution, de transport et de fournitures énergétiques en contrat de concession. ↳ Les éclaircissements et explications apportés par la CRE ont permis d'affiner la qualification et le régime juridiques de ces contrats.
Consultations ouvertes sur internet Préciser le fondement juridique		
Concertation Internet	Dès le vote de l'habilitation	Une concertation avec l'ensemble des parties prenantes – administrations, élus, opérateurs économiques – sera effectuée sous forme dématérialisée. Aucune disposition à caractère législatif ou réglementaire n'impose une telle concertation.
Notifications à la Commission européenne Préciser le fondement juridique : directive 98/34/CE (normes et réglementations techniques) ou directive 2006/123/CE (services dans le marché intérieur) et joindre les avis rendus par la Commission et les Etats membres		
Fondement		

Test PME Joindre la grille de critères d'éligibilité et la fiche de restitution du test PME	
Impacts et complexité du texte pour les PME	Score du baromètre test PME (« score test PME) : 23 , réparti comme suit entre les grilles A et B : - Score Complexité (Grille A) : 6 ; - Score Impact (Grille B) : 3
Justifier de la réalisation ou non-réalisation d'un test PME	La réalisation d'un test PME n'est pas justifiée dans la mesure où le score PME se situe en-dessous du curseur indiquant le niveau à partir duquel un test PME doit être réalisé (valeur cible : 29). ↳ Test PME

III. EVALUATION DES IMPACTS FINANCIERS DU PROJET DE TEXTE

Un manuel et un tableur sous format Excel d'aide au calcul des impacts financiers de la réglementation sont mis à votre disposition sur le site extraqual (<http://extraqual.pm.ader.gouv.fr/simplification>) pour faciliter le renseignement des rubriques ci-dessous. Joindre le tableur à la fiche d'impact.

Impacts financiers globaux Moyenne annuelle calculée sur 3 ans						
	Particuliers	Entreprises	Collectivités territoriales et EPL	Etat	Autres organismes administratifs (EPN et EPS)	Total
Charges nouvelles	0 €	0 €	480 000 €	20 000 €	-	500 000 €
Gains et économies	0 €	-	-	-	-	-
Impact net	0 €	-	- 480 000 €	- 20 000 €	-	- 500 000 €

Secteurs d'activité et caractéristiques des entreprises concernées	Par catégorie, nombre d'entreprises concernées				
	TPE	PME	ETI	Grandes entreprises	Total
Secteur d'activité (préciser)	Sans objet	Sans objet	Sans objet	Sans objet	Sans objet

Secteur d'activité (préciser)	Sans objet	Sans objet	Sans objet	Sans objet	Sans objet
Secteur d'activité (préciser)	Sans objet	Sans objet	Sans objet	Sans objet	Sans objet
Nombre total d'entreprises concernées	3001329	137534	4959	243	3144065

Détails des impacts sur les entreprises					
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans					
	Produits (chiffre d'affaire, subvention...)	Investissement	Fonctionnement	Total	ETP
Charges nouvelles	0€	0€	0€	0 €	0 €
Gains et économies	0 €	0 €	-	-	-
Impact net	0 €	0€	-	-	-

Détails des impacts sur les particuliers					
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans					
	Revenus perçus	Investissement	Fonctionnement	Total	Nombre de personnes concernées
Charges nouvelles	0 €	0 €	0 €	0 €	0
Gains et économies	0 €	0 €	0 €	0 €	0
Impact net	0 €	0 €	0 €	0 €	0

Répartition des impacts entre collectivités territoriales				
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans				
	Communes et EPCI	Départements	Régions	Total
Charges nouvelles	440 000 €	40 000 €	0 €	480 000 €
Gains et économies	-	-	-	-
Impact net	- 440 000 €	- 40 000 €	-	- 480 000 €

Détails des impacts sur les collectivités territoriales					
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans					
	Dépenses d'intervention	Investissement	Fonctionnement	Total	ETP
Charges nouvelles	0 €	0 €	480 000 €	480 000 €	0 €
Gains et économies	0 €	0 €	-	-	0 €
Impact net	0 €	0 €	- 480 000 €	- 480 000 €	0 €

Répartition des impacts entre les administrations (hors collectivités locales)				
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans				
	Administrations centrales	Services déconcentrés	Total Etat	Autres organismes administratifs
Charges nouvelles	20 000 €	-	20 000 €	-
Gains et économies	-	-	-	-
Impact net	- 20 000 €	-	- 20 000 €	-

Détail des impacts sur les administrations (hors collectivités locales)					
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans					
	Dépenses d'intervention, prestations versées	Investissement	Fonctionnement	Total	ETP
Charges nouvelles	-	-	20 000 €	20 000 €	0 €
Gains et économies	-	-	-	-	0 €
Impact net	-	-	- 20 000 €	- 20 000 €	0 €

Répartition des impacts totaux dans le temps (tous acteurs)					
	Année 1	Année 2	Année 3	Année 4 <i>(si cette précision est jugée nécessaire)</i>	Année 5 <i>(si cette précision est jugée nécessaire)</i>
Charges nouvelles	500 000 €	500 000 €	500 000 €		
Gains et économies	-	-	-		
Impact net	- 500 000 €	- 500 000 €	- 500 000 €		

Répartition des impacts dans le temps sur les collectivités locales					
	Année 1	Année 2	Année 3	Année 4 <i>(si cette précision est jugée nécessaire)</i>	Année 5 <i>(si cette précision est jugée nécessaire)</i>
Charges nouvelles	480 000 €	480 000 €	480 000 €		
Gains et économies	-	-	-		
Impact net	- 480 000 €	- 480 000 €	- 480 000 €		

IV. APPLICATION DU MORATOIRE DE LA REGLEMENTATION

Conformément à la circulaire du Premier ministre du 17 juillet 2013, le moratoire de la réglementation ou « 1 pour 1 » s'applique aux textes réglementaires (projets d'ordonnances, de décrets et d'arrêtés) soumis à étude d'impact, créant des charges nouvelles pour les collectivités territoriales, les entreprises et le public. Celui-ci ne concerne néanmoins que les mesures non commandées par la norme supérieure, à l'exclusion des mesures de transposition d'une directive, d'application d'un règlement communautaire ou d'application de la loi. Une fiche technique décrivant les modalités de mise en œuvre du moratoire est mise à votre disposition sur le site extraqual (<http://extraqual.pm.ader.gouv.fr/simplification>).

Bilan des impacts pour le moratoire Moyenne annuelle calculée sur 3 ans			
	Pour mémoire : Mesures de transposition	Pour mémoire : Mesures d'application de la loi	Application du moratoire : Mesures non commandées par la règle supérieure
Charges nouvelles			
Gains et économies			
Impact net			

7. Mesures de simplification adoptées pour le moratoire « 1 texte créé, 1 texte simplifié » Justifier ici de la compensation du projet de texte créant des charges nouvelles par une simplification ou un allègement de charges. Préciser le titre du texte et son NOR s'il s'agit d'un texte distinct. Joindre le projet de texte de simplification et son étude d'impact.	
Mesures de simplification ou d'allègement	
Destinataires	
Justification des mesures	

V. EVALUATION QUALITATIVE DES IMPACTS

Description des impacts		
	Contraintes nouvelles	Allègements et simplifications
Impacts sur les entreprises, notamment les PME et TPE		<ul style="list-style-type: none"> • Amélioration de la transparence des relations entre les entreprises et les autorités concédantes. • Unification du champ d'application et des règles procédurales pour tous les contrats de concession dans un seul texte de référence. • Clarification de la répartition du contentieux relatif aux contrats de concession entre les juridictions administrative et judiciaire. • Consécration de la négociation comme procédure d'attribution de droit commun pour tous les contrats de concession. • Renforcement de la sécurité juridique et financière des contrats de concession.
Impacts sur la compétitivité et l'innovation		<ul style="list-style-type: none"> • Accroissement de la compétitivité des entreprises, notamment des PME par l'accès à des contrats publics de long terme dans l'ensemble des Etats membres, y compris par l'exécution d'une partie du contrat de concession en qualité de tiers.
Impacts sur la production		
Impacts sur le commerce et l'artisanat		
Impacts sur les clients ou usagers des entreprises et administrations concernées		<ul style="list-style-type: none"> • Accroissement de la transparence de l'emploi des deniers publics grâce à la mise à disposition du public des données essentielles des contrats de concession, au profit de l'utilisateur.
Impacts sur le public, notamment les publics défavorisés		<ul style="list-style-type: none"> • Réserve de contrats de concession aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés. • Introduction de clauses d'exécution favorisant l'intégration sociale.

		<ul style="list-style-type: none"> • Accroissement de la transparence de l'emploi des deniers publics grâce à la mise à disposition du public des données essentielles des contrats de concession.
<p>Impacts sur la société (santé, sécurité, cohésion sociale, parité, éducation, environnement)</p>		<ul style="list-style-type: none"> • Sécurisation de l'emploi des deniers publics. • Moralisation de la vie publique (élargissement des cas d'interdictions de soumissionner tel que le conflit d'intérêt) et transparence de la vie économique des autorités concédantes. • Introduction de clauses d'exécution favorisant l'intégration sociale et le développement durable.
<p>Impacts sur les collectivités territoriales, notamment les petites collectivités</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Mise en place d'un nouvel encadrement pour la procédure de passation des concessions de services qui n'ont pas pour objet l'exploitation d'un service public. • Obligation de procéder à une évaluation préalable à la procédure d'attribution du contrat pour les contrats de concessions supérieurs à un certain montant. 	<ul style="list-style-type: none"> • Champ d'application organique unifié et simplifié pour tous les contrats de concession. • Harmonisation des exclusions pour tous les contrats de concession. • Assouplissement des critères de recours à la quasi-régie. • Introduction de davantage de souplesse au profit des autorités concédantes grâce aux nouvelles exclusions relatives aux entreprises liées et aux coentreprises. • Clarification de la répartition du contentieux relatif aux contrats de concession entre les juridictions administrative et judiciaire. • Unification du régime de passation des contrats de concession, quel que soit leur objet (service, travaux et service public). • Harmonisation et simplification des interdictions de soumissionner entre les différents contrats de concession mais également entre les contrats de concession et les marchés publics. • Recours à la procédure simplifiée pour les contrats de concession dont le montant estimé est inférieur au seuil européen ou conclu dans un secteur d'activité spécifique. • Renforcement de la sécurité

			juridique et financière des contrats de concession.
Impacts sur les services chargés de l'application et du contrôle	Administrations centrales		
	Services déconcentrés		
	Autres organismes administratifs		<ul style="list-style-type: none"> • Clarification de la répartition du contentieux relatif aux contrats de concession entre les juridictions administrative et judiciaire.

VI. NECESSITE ET PROPORTIONNALITE

Justification des choix retenus	
En cas de transposition de directive, joindre le tableau de concordance	
<p>Marge de manœuvre offerte par la règle supérieure (options, seuils, délais, etc.). Si oui, justifier le choix effectué</p>	<p>Une directive européenne lie les Etats membres en ce qui concerne le résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales le choix de la forme et des moyens adoptés pour atteindre les objectifs du droit de l'Union européenne. Pour produire ses effets, la directive « Concessions » doit donc être transposée dans l'ordre juridique français au plus tard le 18 avril 2016.</p> <p>A défaut de transposition de la directive dans ce délai, l'Etat est susceptible de faire l'objet d'un recours en manquement et serait exposé à un risque élevé de condamnation de la CJUE, qui se répercuterait de manière significative sur les finances publiques.</p>
<p>Alternatives à la réglementation Renvoi à des dispositifs volontaires, instruments incitatifs</p>	<p>La directive doit être transposée dans une norme de droit interne. Cette transposition s'impose à l'Etat, dans le cadre de son obligation loyale énoncée à l'article 4 du Traité sur l'Union européenne.</p>
<p>Comparaison internationale Mesures équivalentes dans d'autres Etats membres de l'Union Européenne</p>	<p>Plusieurs Etats membres s'orienteraient vers l'adoption d'une nouvelle législation pour transposer les directives Marchés et Concessions. C'est le cas de l'Espagne où deux lois seraient en cours de préparation. Les Pays-Bas envisageraient également de transposer ces directives à l'aide d'une ou plusieurs lois (<i>Source : Note d'étape sur la transposition de la directive sur les concessions transmise par l'ESL – Europeans affairs en date du 10 juin 2014</i>).</p>

Proportionnalité	
<p>Mesures d'adaptation prévues pour certains publics (PME et TPE, petites collectivités, publics défavorisés).</p>	<p>L'ordonnance prévoit des mesures d'adaptations propres à certains publics et consacre les contrats de concession comme leviers de politique publique :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Afin de favoriser l'emploi et l'intégration sociale des personnes handicapées et défavorisées, l'article 20 de l'ordonnance prévoit expressément la possibilité de réserver les contrats de concession à certains opérateurs économiques dès lors qu'ils emploient un seuil minimum de personnes handicapées ou défavorisées, qui sera précisé par voie réglementaire ; - L'article 22 de l'ordonnance prévoit la faculté de prendre en compte, pour l'exécution d'un contrat de concession, des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, au domaine sociale ou à l'emploi, dès lors qu'elles sont liées à l'objet du contrat de concession ; - Une procédure simplifiée sera prévue pour les contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure à 5 186 000 € HT. Celle-ci pourra ainsi être utilisée par des autorités concédantes, telles que les collectivités de petite taille ou de taille moyenne, en vue de la satisfaction de leurs besoins de faibles montants ; - La démarche facultative de dématérialisation de la procédure de passation des contrats de concession, en dehors des obligations de dématérialisation prévues par la directive elle-même, permet aux collectivités et entreprises concernées de choisir librement le mode de communication le plus adapté au contrat. Cela n'engendrera pas, pour elles, de coûts supplémentaires. - L'article 44 de l'ordonnance favorise enfin l'accès des entreprises spécialisées, PME et TPE aux contrats de concession, en autorisant expressément le recours des concessionnaires à des tiers, voire des tiers à d'autres tiers, et en permettant à l'autorité concédante d'imposer au concessionnaire de confier à des tiers un pourcentage de la valeur globale des travaux ou services concédés, qui sera fixé par voie

	réglementaire.
Nécessité de mesures réglementaires ou individuelles d'application Si oui, justifier les marges d'appréciation laissées pour la mise en œuvre	Oui (décret d'application).
Adaptation dans le temps Délais d'entrée en vigueur (dates communes ou différés)	La présente ordonnance entrera en vigueur à une date fixée par voie réglementaire et au plus tard le 18 avril 2016. Pour l'application de l'article 43 de l'ordonnance, la mise à disposition des données essentielles du contrat entrera en vigueur à une date fixée par voie réglementaire et au plus tard le 18 octobre 2018.

Mesures d'accompagnement	
Expérimentations	Non.
Information des destinataires (guides pratiques, brochures, sites internet...)	Un guide de bonnes pratiques et des fiches techniques seront publiés sur le site internet de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers.
Accompagnement des administrations (formations, FAQ, ...)	Les documents mentionnés ci-dessus ont vocation à accompagner les administrations. Le bureau du conseil aux acheteurs de la direction des affaires juridiques des ministères financiers a également vocation à répondre aux interrogations éventuelles des administrations sur la mise en œuvre du dispositif.
Obligations déclaratives (formulaires homologués, télé-déclarations, test de redondance...)	La directive prévoit la transmission de plusieurs formulaires qui devront être établis par les services de la Commission européenne (avis de concession, avis de modification, avis d'attribution,..).
Evaluations ex-post Si oui, préciser l'échéance	Non. En tout état de cause, les fiches de recensement et la publication des éléments essentiels des contrats de concession permettront d'établir des statistiques sur l'application des textes de transposition.

VII. PRECISIONS METHODOLOGIQUES

1. Généralités.

Les éléments méthodologiques documentés ci-après précisent :

- Les règles de calcul retenues pour évaluer les impacts financiers de la réforme des contrats de type concessif pour chaque acteur concerné ;
- Les hypothèses, sources et données chiffrées ayant servi aux calculs : les éléments chiffrés extraits sont issus de statistiques concernant uniquement les conventions de délégations de service public, les données relatives aux autres contrats de concession (services et travaux) étant, à ce jour, indisponibles ;
- Les marges d'erreur et incertitudes dans les calculs effectués.

Les **charges nouvelles** représentent les charges minimales moyennes que devront supporter les acteurs concernés. Elles sont susceptibles, eu égard à l'organisation interne et au degré d'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC), propres à chaque acteur, d'être réduites.

Les **gains et économies** ont vocation à être calculés dans la fiche d'impact du décret d'application de la présente ordonnance. En effet, les modalités concrètes de mise en œuvre des obligations et simplifications prévues par

l'ordonnance seront déterminées par voie réglementaire. Les gains et économies représenteront des potentiels de gains et économies minimum que peuvent réaliser chaque acteur impacté par l'ordonnance.

1.1. Identification des nouvelles mesures ayant un impact financier ou un potentiel d'économie.

1.1.1 Identification des nouvelles mesures ayant un impact financier quantifiable.

Les chiffres proposés découlent de la mise en œuvre, par les autorités concédantes et les opérateurs économiques, des exigences procédurales issues de la directive du 26 février 2014 et liées à la passation et l'exécution des contrats de concession. La réforme des contrats de nature concessive se traduit ainsi par :

- La nécessité, pour les contrats de concession dont le montant est supérieur à 100 M€, de procéder à une **évaluation préalable** (cf. point 2.2.3 de la présente fiche) ;
- Le recours obligatoire, sous réserve des exceptions fixées par voie réglementaire, à la voie électronique pour la publication des avis de concession et d'attribution ainsi que pour la mise à disposition des documents de concession (cf. point 2.2.6 de la présente fiche) ;

1.1.2 Identification des nouvelles mesures présentant un potentiel d'économies pour les parties prenantes ou de gain pour l'économie.

L'ordonnance prévoit plusieurs mesures présentant, tant pour les autorités concédantes que pour les opérateurs économiques, un potentiel d'économie ou de gain. Bien que non quantifiable, ces mesures génèreront des économies certaines.

- **L'instauration de deux procédures.** La procédure formalisée constitue la transposition expresse du dispositif prévu par la directive applicable aux contrats de concession dont la valeur estimée est supérieure à 5 186 000 €HT. La procédure simplifiée concerne les contrats de concession qui ne sont pas passés selon une procédure formalisée, soit en raison de leur objet, soit en raison de leur montant (cf. point 2.2.2.5.2 de la présente fiche) ;
- **La faculté de réserver des contrats de concessions aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés pourraient générer des gains pour ces structures.** Afin de favoriser l'emploi et l'intégration sociale des personnes handicapées et défavorisées, l'article 20 de l'ordonnance prévoit expressément la possibilité de réserver les contrats de concession à certains opérateurs économiques dès lors qu'ils emploient un minimum de personnes handicapées ou défavorisées (cf. point 2.2.1 de l'étude d'impact). Cette faculté nouvelle, mise en œuvre par les autorités concédantes, permet de réserver l'attribution de contrats de concession aux opérateurs économiques chargés de l'insertion des travailleurs handicapés ou défavorisés.

Cette réservation permet à ces entreprises de conquérir de nouveaux marchés générant des gains substantiels pour le secteur. Les seules données disponibles concernent le nombre de marchés publics réservés uniquement aux structures employant majoritairement des personnes handicapées. Ainsi, selon l'Observatoire de la commande publique réservée du réseau Gesat¹³, ont été réservés aux structures mentionnées ci-dessus :

- ✓ 615 marchés en 2011 ;
- ✓ 604 marchés en 2012 ;
- ✓ 654 marchés en 2013.

Compte tenu des champs divergents de ces données, il est difficile d'apprécier les gains générés par une telle mesure. Toutefois, eu égard à l'extension du champ de la réservation aux entreprises employant des personnes défavorisées, on peut raisonnablement s'attendre à une augmentation du nombre de contrats attribués spécifiquement à ce secteur et, par suite, à une hausse de leurs chiffres d'affaires.

¹³ <http://www.reseau-gesat.com/>

- **La possibilité, pour les autorités concédantes, d'imposer aux opérateurs économiques des conditions d'exécution comportant des éléments à caractère social ou environnemental.** Ces clauses d'exécution, insérées à l'article 22 de l'ordonnance, permettent aux autorités concédantes de fixer des objectifs en matière d'insertion sociale ou de protection de l'environnement qu'elles souhaitent voir réaliser grâce aux contrats de concession.

Le recensement économique de l'achat public effectué par l'OEAP a permis de constater qu'en 2014, 4.3% des marchés publics comportaient des clauses sociales et 5.4% des clauses environnementales. Ces pourcentages sont en constante progression depuis 2009. Cantonnées initialement aux seuls marchés publics et aux concessions de travaux publics, ces clauses ont démontré leur efficacité tant sur l'accès à l'emploi que sur la prise en compte du développement durable.

- ✓ L'insertion sociale est ainsi le 1^{er} objectif poursuivi par les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils introduisent des clauses sociales dans leurs marchés (*Source : lettre de l'OEAP n°22 – octobre 2011*). En outre, les travaux de l'atelier « Aspects sociaux dans la commande publique » ont démontré l'impact social réel des clauses sociales dans les marchés publics (*cf. point 2.2.2 de l'étude d'impact*) ;
- ✓ Les questions environnementales sont également prises en compte par les acheteurs publics. L'insertion de telles clauses et l'achat responsable sont tous deux générateurs d'économies non négligeables.

Les contrats de concession sont a fortiori particulièrement adaptés à l'insertion de telles clauses. Eu égard à leur durée particulièrement longue et à leur objet, ils offrent aux autorités publiques un instrument particulièrement pertinent pour s'inscrire dans une démarche de développement durable sur le long terme.

- **La possibilité, pour les autorités concédantes, d'imposer aux soumissionnaires de confier à des petites et moyennes entreprises une part des travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession, qui ne peut être inférieure à un pourcentage de la valeur globale de ces travaux ou services fixé par voie réglementaire :** Cette mesure est de nature à favoriser l'accès des PME à la commande publique. Il est à relever qu'eu égard à la durée des contrats de concession, propre à permettre aux PME de créer des emplois pérennes, les contrats de concession constituent des leviers puissants de prise en compte d'objectifs économiques et sociaux dans le cadre de la commande publique.

1.2. Sources utilisées.

Plusieurs sources ont été utilisées pour évaluer l'impact financier des obligations susmentionnées.

Au niveau européen, la Commission européenne a procédé, dans son rapport d'évaluation sur l'impact et l'efficacité de la réglementation européenne des marchés publics, à une évaluation du coût d'une procédure d'attribution d'un marché public pour l'acheteur public et pour l'entreprise, en fonction du type de prestation. Ces coûts ont été majorés, eu égard à la spécificité des contrats de concession, pour estimer au plus juste l'impact financier des nouvelles mesures pour les autorités concédantes et opérateurs économiques.

Au niveau interne, le rapport publié en février 2013 par l'Observatoire des services publics d'eau et d'assainissement a permis de mettre en exergue le nombre moyen de candidatures et d'offres déposées par les opérateurs économiques.

La connaissance du nombre annuel de délégations de service public passées et conclues a été rendue possible à travers le recensement des avis de publicité et avis d'attributions, publiés à titre facultatif par les autorités concédantes, sur le site du BOAMP pour l'année 2013.

Enfin, l'utilisation des éléments chiffrés détenus par l'INSEE, pour les entreprises, ou sur le portail de la fonction publique, pour les entités publiques, ont contribué à quantifier au plus juste les impacts financiers.

1.3. Acteurs impactés par les nouvelles obligations.

La mise en œuvre de ces nouvelles obligations impacte uniquement les **autorités concédantes**, à savoir les pouvoirs

adjudicateurs et entités adjudicatrices (Etat, collectivités territoriales, établissements publics, ...) concluant des contrats de concession.

Les dispositions de l'ordonnance sont neutres d'un point de vue financier pour les **opérateurs économiques**, c'est-à-dire les candidats et soumissionnaires à un contrat de concession. Ces mesures n'impactent pas non plus financièrement les **particuliers**. Si les procédures de mise en concurrence génèrent globalement une baisse des prix au profit de l'utilisateur (*cf. point 2.1.4 de la présente fiche*), ces dernières ne font peser sur les particuliers aucune charge supplémentaire. Au demeurant, l'obligation de mise en concurrence prévalait déjà sous l'empire de la législation antérieure, seules certaines règles procédurales peuvent revêtir un caractère inédit.

2. Méthodologie utilisée pour estimer l'impact de la mesure pour les autorités concédantes.

2.1. Calcul des charges nouvelles pour les autorités concédantes.

L'estimation des coûts pour les autorités concédantes se décomposent comme suit :

2.1.1. *Estimation du coût lié à l'évaluation préalable du mode de réalisation du projet pour tout contrat de concession supérieur à un seuil fixé par décret.*

Dans un souci de protection des deniers publics, une évaluation préalable du mode de réalisation du projet à la passation de tout contrat devra être menée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice à l'initiative du projet. Seuls les contrats dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire [montant du seuil envisagé : 100 millions d'euros] sont concernés par cette mesure.

Aux termes des éléments apportés par la Mission d'appui aux partenariats publics-privés (MAPPP), le coût moyen d'une évaluation préalable, telle qu'elle était prévue à l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, s'élevait à 40 000 €, pour une durée de réalisation de 5 mois.

Le contenu de l'évaluation prévue à l'article 24 de l'ordonnance s'avère moins complexe et ne recouvre pas le même périmètre que l'évaluation propre aux contrats de partenariat. Elle a pour but de permettre une comparaison en coût complet avec les autres montages contractuels envisageables. Dès lors, le prix d'une évaluation simplifiée est estimé à 20 000 € environ pour un délai de réalisation de 3 mois environ. Ce travail d'analyse sera vraisemblablement assuré par un prestataire extérieur, comme cela était le cas pour les évaluations préalables des contrats de partenariat.

Le coût lié à l'évaluation préalable pour tout contrat de concession supérieur à un seuil fixé par décret =

[Coût unitaire d'une évaluation préalable] * [nombre annuel de délégations de service public concernées]

Le détail de la formule de calcul du coût lié à l'évaluation préalable pour tout contrat de concession supérieur à un seuil fixé par décret :

- **Coût unitaire d'une évaluation préalable** : 20 000 €;
- **Nombre annuel de délégations de service public concernées** : Sur la base des avis d'attributions publiés, en 2013, à titre facultatif, sur le BOAMP, par les autorités concédantes pour les conventions de délégations de service public, 24 contrats de concession seraient concernés chaque année. Le coût lié à une évaluation préalable ne peut être établi pour l'Etat dans la mesure où le nombre de contrats d'un montant supérieur à 100 millions d'euros passés par l'Etat n'est pas connu. Aux vues de la pratique et de la connaissance de certains contrats, un contrat de concession par an devrait être concerné.

↳ **La charge minimale moyenne pour les autorités concédantes s'élève à 500 000 €**

2.1.2. Estimation du coût lié au recours obligatoire, sauf exception, à la voie électronique pour les communications et échanges d'information.

Les articles 33 et 34 de la directive imposent respectivement la publication, sous forme dématérialisée, des avis de concession et d'attribution au JOUE ainsi que la mise à disposition des documents de concession par voie électronique. Ces obligations s'imposent aux autorités concédantes dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance et de son décret d'application. Si cette obligation a un caractère inédit pour les contrats de concession, elle n'a toutefois aucune incidence financière pour les autorités concédantes. En effet, la publication au JOUE d'un avis de concession et d'attribution est gratuite, n'occasionnant ainsi aucun frais supplémentaire. Quant à la mise à disposition des documents de concession sur une plateforme dématérialisée, il s'agit d'une pratique fréquemment mise en œuvre par les autorités déléguées. Elle n'engendrera donc aucun frais supplémentaire pour les autorités concédantes l'utilisant déjà.

2.1.3. Estimation du coût lié à la mise en œuvre d'une nouvelle obligation de publication des données essentielles des contrats de concession.

L'article 43 de l'ordonnance impose aux autorités concédantes de rendre accessible, sous réserve des dispositions de l'article 28 relatif à la confidentialité, les données essentielles du contrat de concession.

Les modalités de mise en œuvre sont explicitées par voie réglementaire. Les coûts générés par cette nouvelle obligation seront dès lors établis dans la fiche d'impact du décret. Cette obligation occasionnera de faibles dépenses pour les autorités concédantes. Les autorités concédantes auront uniquement à supporter le coût de mise en ligne de ces données.

2.2. Calcul des gains et économies pour les autorités concédantes.

Le recours obligatoire, sauf exception, à la voie électronique pour les communications et échanges d'information entre l'autorité concédante et les opérateurs économiques ne génèrent aucune dépense supplémentaire. D'une part, la publication des avis de concession et d'attribution au JOUE est gratuite pour les autorités concédantes. D'autre part, la mise à disposition des documents de la consultation par voie électronique est déjà une pratique répandue.

Au surplus, la possibilité tant pour les autorités concédantes que pour les opérateurs économiques de recourir à la dématérialisation pour tous les échanges et communications, lors de la procédure de passation, engendre une baisse des coûts liés à l'utilisation du papier, à l'envoi des plis ainsi qu'une réduction des charges de personnel liées au traitement d'une candidature et d'une offre. Dans cette hypothèse, l'envoi des dossiers de consultations pourra ne plus s'effectuer sous enveloppe : ils sont déposés sur une plateforme dématérialisée. Il en va de même pour les frais d'envois qui sont désormais inexistantes dans la mesure où les dossiers seront envoyés et stockés sur ladite plateforme, sans intermédiaire. Les charges de personnel sont également réduites : l'envoi de courriels se substitue aux courriers postaux et à leur affranchissement.

Dans la mesure où les modalités de mise en œuvre sont établies par voie réglementaire, les gains et économies seront détaillés dans l'étude d'impact du décret.

2.3. Impact net pour les autorités concédantes.

L'impact net pour les autorités concédantes se calcule au regard des charges nouvelles imputables aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices par rapport aux gains et économies générées par le recours à la dématérialisation.

Dans la mesure où seul le coût lié à l'évaluation préalable des contrats de concession d'un montant supérieur à 100 millions d'euros peut être chiffré, l'impact net pour les autorités concédantes ne peut être établi avec certitude à ce stade.

VIII. ANNEXE

Dispositions en vigueur	Projet	Simplification(s) ou obligations(s) nouvelle(s) identifiée(s)