

Articulation entre la directive et la « loi Sapin » : quelles sont les modifications à prévoir ?

Différentes dispositions de la directive tendent à prouver que ce texte ne remet pas en cause le modèle français de la délégation de service public. Néanmoins une modification de la législation est à prévoir afin d'intégrer les nouvelles exigences en matière de publicité et de mise en concurrence.

Le Parlement européen, en adoptant la résolution législative du 15 janvier 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession (ci-après dénommée directive concession), vient investir un domaine du droit des contrats publics qui jusqu'à maintenant était resté principalement organisé par le droit interne.

S'il est vrai que la directive 2004/17 du 31 mars 2004 avait exclu de son champ d'application les concessions de services, il serait abusif de considérer que leur passation était dénuée de toute contrainte communautaire. Elles étaient notamment soumises aux principes de non discrimination et de transparence prévus par les Traités de l'Union européenne, qui imposent pour les contrats publics des mesures de publicité⁽¹⁾.

La passation des délégations de service public (DSP) est organisée par les articles 38 et suivants de la loi Sapin. La confrontation des législations nationales et européennes est particulièrement intéressante dans la mesure où elles traitent d'un même sujet, l'organisation de la passation de conventions de DSP, mais poursuivent deux objectifs bien distincts. La loi Sapin, adoptée en 1993, était une réponse aux différents problèmes qui avaient pu éclater en matière de passation de DSP. Comme son titre l'indiquait à l'époque, il s'agissait en priorité de lutter contre la corruption et de favoriser la transparence de la l'action publique. Pour sa part, le législateur européen, au travers des directives marchés et maintenant de la nouvelle directive concession, entend défendre le droit de la concurrence en permettant le libre accès des opérateurs économiques à la commande publique.

En poursuivant un objectif distinct, la loi Sapin conserve tout son intérêt et sa légitimité. Ainsi dans l'optique de la transposition de la nouvelle directive concession, il apparaît pertinent de s'interroger sur l'articulation des deux normes et sur les éventuelles adaptations qui devront être envisagées par le législateur. Le texte, tel qu'issu du vote du 15 janvier dernier, comporte un certain nombre d'exclusions notamment dans le secteur de l'eau. Toutefois,

Auteur

François Lehoux et Philippe Guellier
avocats à la Cour cabinet Seban & Associés

Mots clés

Affermage • Critères de sélection • Délégation de service public
• Publicité • Risque d'exploitation

(1) CJCE 7 décembre 2000, Telaustria, aff. C-324/98.

ces dispositions peuvent être considérées comme étant neutres au regard des dispositions de la loi Sapin qui ne contient pas de telles exclusions. En effet, en matière de commande publique, les directives doivent être regardées comme un seuil et non un plafond. Ainsi il demeure loisible au législateur national d'appliquer des réglementations plus sévères. Une même réflexion doit être adoptée avec le seuil d'application de 5 186 000 d'euros^[2] représentant le chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors TVA, qui n'existe pas en droit français. L'articulation avec la loi Sapin doit, au contraire, permettre d'identifier si le législateur entend remettre en cause le modèle français de la DSP et si l'état actuel du droit demeure compatible avec les exigences communautaires en matière de publicité et de mise en concurrence. Il apparaît que la directive concession opère un rapprochement de la définition communautaire de la concession avec la notion de DSP, ce qui tend à considérer que la directive ne remet pas en cause le modèle contractuel porté par la loi Sapin. En revanche, le législateur national devra intégrer les nouvelles exigences en termes de publicité et de mise en concurrence.

L'absence de remise en cause du modèle français de convention de DSP

Par l'intégration dans la définition du transfert de risque, le législateur européen conforte le modèle français et opte ainsi pour une même distinction avec la notion de marché public. Toutefois, si le modèle ne paraît pas remis en cause, il semble que le choix du recours à l'affermage soit à terme beaucoup plus limité.

L'intégration de la notion de risque dans la définition de la concession : une ligne de démarcation avec le marché public similaire au droit national

La directive 2004/17 distingue la concession du marché public par le fait que la contrepartie des prestations réalisées ouvre droit d'exploiter « l'ouvrage »^[3] ou le « service »^[4]. Cette définition communautaire ne recoupe que partiellement celle du droit interne qui impose que la convention transfère également un risque économique. Le Conseil d'État le soulignait déjà dans sa célèbre décision *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*^[5] de 1916, en affirmant à propos de la variation du prix des matières premières qu'elle peut « être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques

et périls ». Cette notion a été reprise par l'article 38 de la loi Sapin^[6], qui insère dans la définition de la DSP que « la rémunération [du cocontractant] doit être substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ». Le Conseil d'État, au travers de sa jurisprudence^[7], y aura recours pour faire la distinction avec le marché public. Un contrat de DSP, ne faisant pas suffisamment reposer la rémunération du cocontractant sur les résultats du service, pourra être requalifié en marché.

Il faut rappeler ici que la CJCE, au fil de sa jurisprudence, s'est rapprochée du droit français en considérant qu'un contrat, dont la rémunération du prestataire de services provient non pas de l'autorité publique concernée mais des usagers, « implique que le prestataire prend en charge le risque d'exploitation des services en question et caractérise ainsi une concession de service public »^[8]. Suite à l'arrêt *Euwasser*^[9] un doute était apparu dans l'identification de la concession par le juge communautaire. La Cour va plus loin que dans sa décision *Parking Brixen*^[10], où l'origine de la rémunération était suffisante pour qualifier la concession. La condition du transfert de risque vient alors compléter celle de la rémunération en établissant, de fait, un double critère cumulatif. Cette interprétation, si elle avait du prospérer, pouvait potentiellement remettre en cause certains montages contractuels de DSP où le cocontractant perçoit ses revenus de la personne publique, comme c'est notamment le cas en matière de régie intéressée.

Sur ce point, la nouvelle directive concession apporte une définition renouvelée qui vient consacrer dans le texte le transfert de risque d'exploitation du pouvoir adjudicateur au cocontractant : « L'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable »^[11].

La directive ne se prononce pas sur l'origine des ressources, mais reprend simplement la rédaction antérieure en précisant que la concession doit offrir en

[2] Article 8, directive concession, le montant représentant le chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors TVA

[3] Directive 2004/17 du 31 mars 2004, art. 1^{er}-3.

[4] Directive précitée, art. 1^{er}-4.

[5] CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. CE, p. 125.

[6] Loi précitée ; transposé à l'article L. 1411-1 du CGCT.

[7] Pour une application : CE 30 juin 1999, *Syndicat Mixte du Traitement des Ordures Ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais*, req. n° 198147.

[8] CJCE 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03.

[9] CJUE 10 septembre 2009, *Eurawasser*, aff. C 206/08.

[10] Arrêt précité, voir note n° 8.

[11] Directive concession, art. 5.

contrepartie le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service. La directive ne semble donc pas contraire au droit national et opte pour une ligne de partage entre le marché public et la DSP comparable avec celle issue de la Loi Sapin et de la jurisprudence du juge administratif.

Si globalement la notion de DSP telle qu'elle est issue de la loi Sapin n'est pas remise en cause, il convient d'analyser si le choix, dans la variété de montages contractuels, demeure aussi libre.

Un recours à l'affermage restreint par l'introduction d'une durée limitée des contrats ne comprenant pas d'investissement

La Loi Sapin laisse une marge d'appréciation aux autorités délégantes pour fixer la durée du contrat^[12]. L'article 40 pose comme simple principe que « Les conventions de DSP doivent être limitées dans leur durée ». Toujours selon le même article, « Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, 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 ».

Dans la nouvelle directive, l'article 18-1 pose un principe relativement similaire à celui de la loi Sapin en indiquant que « 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 »^[13]. L'article 18-2 précise que « 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 [...] ».

L'existence d'une corrélation entre la durée d'amortissement des investissements et celle de la convention de DSP n'entre pas en conflit avec ce qui existe dans la Loi Sapin en ce qui concerne le modèle concessif de DSP français. Le Conseil d'État avait d'ailleurs, dans deux récentes décisions^[14], adopté un mode de calcul de durée fortement similaire. Ce nouveau plafond sans être fondamentalement contradictoire avec les dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT, vient fixer un élément objectif, en substitution de la marge d'incertitude qui pouvait exister. Il n'apparaît désormais plus possible de conclure des conventions de DSP supérieure à cinq ans si le délégataire ne supporte pas, ou très peu, d'investissement.

[12] Par exemple, le TA a déjà eu l'occasion de valider une convention de DSP ne comprenant pas d'investissement avec une durée fixée à douze ans, TA Grenoble 8 novembre 2002, Préfet de Haute-Savoie, req. n° 01-1423.

[13] Article 18-1 directive concession

[14] CE 11 août 2009, Sté Maison Comba, req. n° 303517 et CE 8 février 2010, Cne de Chartres, req. n° 323158.

L'incidence de la directive concession sur la loi Sapin sera en revanche plus sensible en matière de formalisme dans les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Vers une nécessaire intégration des nouvelles obligations de mise en concurrence et de publicité

S'inscrivant dans la continuité de directives marchés, le droit communautaire, en faisant entrer les concessions de service dans son champ d'application, va amener des obligations nouvelles en matière de publicité et de mise en concurrence qui devront, à terme, être transposées en droit interne.

La nécessaire modification des obligations de publicité de la loi Sapin

Les obligations en matière de publicité issues de la loi Sapin sont relativement peu exigeantes. Ainsi l'article 38 de ladite loi^[15] prévoit simplement une obligation de « publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'État ». Au regard des mesures réglementaires d'application et notamment de l'article R. 1411-1 du CGCT, le formalisme de l'avis demeure sommaire. Il doit être publié simultanément dans un journal d'annonces légales et dans la presse spécialisée au moins un mois avant la date limite de réception des offres de candidature et indiquer « les modalités de présentation de ces offres et mentionne(r) les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature ». Toutefois, il faut également relever que, dans la pratique, les autorités délégantes n'étaient pas réellement détachées du droit communautaire puisque le Conseil d'État, se fondant notamment sur l'apport de la décision *Telaustria*^[16], est venu préciser que les obligations de publicité inscrites dans les articles L. 1411-1 et R. 1411-1 du CGCT « [...] s'interprètent à la lumière des règles fondamentales du traité instituant la communauté européenne, au nombre desquelles figure le principe de non discrimination en raison de la nationalité, ne peuvent être réputées satisfaites que lorsqu'est mise en œuvre une procédure de publicité adéquate compte tenu de l'objet, du montant financier et des enjeux économiques de la DSP à passer »^[17].

La nouvelle directive relative aux concessions vient instaurer un nouveau régime de publicité sans distinction entre la concession de service et de travaux. Aux termes de l'article 31 de la directive, « les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices qui souhaitent attribuer une concession font connaître leur intention au moyen d'un avis de

[15] Sa version codifiée à l'article L. 1411-1 du CGCT adopte une rédaction similaire.

[16] CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria* et *Telefonadress*, aff. C-324/98.

[17] CE 1^{er} avril 2009, Communauté urbaine de Bordeaux, req. n° 323585.

concession ». Un avis d'attribution devra également être publié, au plus tard quarante huit jours après l'attribution de la concession^[18]. Ces avis devront respecter le formalisme et comprendre l'ensemble des informations prévues aux annexes V, VII et VIII de la directive. Ils feront l'objet d'une publication au JOUE. Leur publication au niveau national ne pourra être effectuée que 48 h auparavant.

La directive vient également préciser le délai minimum entre la publicité initiale et la date limite de réception des candidatures ou des offres. Il est intéressant de noter que l'article 39-3 de la directive prévoit un délai unique de trente jours, que la procédure soit ouverte ou fermée. Il est presque identique à celui d'un mois prévu à l'actuel article R. 1411 du CGCT. La directive apporte une précision supplémentaire en indiquant, à l'article 39-4, qu'en cas de procédure fermée, la personne publique doit faire courir un délai minimum de vingt deux jours entre l'invitation à soumissionner et la remise de l'offre initiale.

Enfin, en termes de transparence, la directive concession se rapproche du régime général des marchés publics en prévoyant à l'article 40 une information des candidats évincés. Il faut toutefois rappeler ici que nombre d'acheteurs publics, face au risque d'une requalification de leur DSP en concession de travaux, ou simplement pour assurer une publicité à l'échelle communautaire, ont pris pour habitude de publier un avis au JOUE selon le formalisme des concessions de travaux. Il apparaît ainsi que, si la loi Sapin devra s'adapter notamment en ce qui concerne la passation, ces modifications n'auront qu'une incidence limitée sur la pratique des acheteurs publics. Les modèles d'avis devront bientôt être adoptés.

La directive va introduire de nouvelles obligations en matière de mise en concurrence qui devront être intégrées en droit interne.

Le renforcement de la mise en concurrence par l'obligation de hiérarchiser les critères de sélection

Le texte de la directive, tel qu'approuvé par le parlement européen, vient renforcer les obligations de mise en concurrence. Bien que le recours aux critères de sélection des offres constitue aujourd'hui l'un des piliers de la procédure de passation des DSP, il est toujours surprenant de constater que le terme n'est jamais employé par la loi Sapin. En revanche le juge administratif est déjà intervenu en énonçant que, malgré le silence des textes, « le principe de transparence des procédures d'accès à la commande publique [...] impose que, lors de la procédure devant permettre que soit confiée la gestion d'un service public à un délégataire, soit donnée aux candidats une information sur les critères du choix de celui-ci »^[19]. Malgré cette obligation d'information, le Conseil d'État a rappelé que « les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 prévoyant que la personne publique négocie librement les

offres avant de choisir, au terme de cette négociation, le délégataire, elle n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères »^[20].

Ainsi, aux termes de la loi Sapin, il n'existe aucune obligation de communiquer aux candidats l'éventuelle pondération ou hiérarchie des critères de sélection des offres choisis par le délégant. Sans remettre en cause le principe du recours à la négociation et sa liberté de mise en œuvre, la directive va venir contraindre l'administration dans l'édiction des critères au moment de la mise en concurrence. Ainsi, l'article 41-3 énonce que « le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice établit une liste des critères par ordre décroissant d'importance ». Il faut noter que le mécanisme présente un peu de souplesse en ouvrant la possibilité au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, à titre exceptionnel, lorsqu'une offre apporte « une solution innovante présentant des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, qui n'aurait pas pu être prévue malgré la diligence du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice », de « modifier l'ordre des critères d'attribution afin de tenir compte de cette solution innovante ». Cependant, cette modification doit faire l'objet d'une information des autres candidats et ne doit pas être discriminatoire.

Il apparaît ici que la loi Sapin va dorénavant apparaître insuffisamment contraignante pour les autorités déléguées. Il sera alors nécessaire de prendre en considération ces nouvelles exigences en matière d'édiction des critères. Il est certain que la liberté d'appréciation des offres dont bénéficiaient les personnes publiques va s'en trouver quelque peu réduite.

Conclusion

La directive concession ne paraît pas remettre en cause la législation nationale issue de la jurisprudence et de la loi Sapin. Les modifications qui devront être opérées pour transposer ses nouvelles obligations semblent relativement marginales. Cela ne devrait pas constituer de difficulté particulière dans la mesure où les acheteurs publics tendaient déjà à s'aligner sur les dispositions relatives aux concessions de travaux en matière de publicité et de mise en concurrence. Toutefois, la hiérarchisation des critères de sélection des offres restreindra la liberté de choix dont disposent aujourd'hui les autorités déléguées. Par ailleurs, la limitation de la durée des contrats ne comprenant pas d'investissement à seulement cinq ans devrait entraîner une diminution de l'intérêt du recours à l'affermage. Néanmoins, il existe aujourd'hui beaucoup de contrats d'affermage comprenant des « ilots » cessifs. Or l'introduction de l'amortissement de ces éléments devrait permettre de conclure des conventions pour une période légèrement plus longue. En définitive la loi Sapin est vouée à s'adapter au nouveau cadre communautaire sans pour autant y perdre son âme.

[18] Directive concession, art. 32.

[19] CAA Lyon 14 mai 2009, SEM pour l'Exploitation des Réseaux d'eau et d'Assainissement et la Protection de l'environnement (SEMERAP), req. n° 07LY02163.

[20] CE 23 décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, req. n° 328827 ; dans le même sens : CE 3 mars 2010, Département de la Corrèze, req. n° 306911 ; TA Poitiers 31 décembre 2009, Cie des eaux de Royan, req. n° 0902893 ; CE 21 mai 2010, Cne de Bordeaux, req. n° 334845.