

Le devenir des concessions en suspens

DROIT EUROPÉEN // La directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession doit être transposée d'ici au 18 avril 2016 et va modifier en profondeur le droit français.

LA CHRONIQUE de Thomas Rouveyran*



Les deux directives marchés secteurs classiques et secteurs spéciaux et la directive concession adoptées toutes les trois le 26 février 2014 ont vocation à offrir un régime clarifié des contrats de la commande publique : un contrat relève désormais soit du régime des marchés, soit de celui des concessions. Si la loi Sapin devrait survivre pour partie tout au moins à la transposition de la directive concession, celle-ci impose dans tous les cas l'adoption d'un véhicule législatif commun à toutes les concessions.

1 Une transposition en cours

Le Parlement a approuvé le 25 novembre dernier le projet de loi relatif à la simplification de la vie des entreprises dont l'article 27 autorise le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance à la transposition des deux directives marchés ainsi qu'à prendre toute mesure pour rationaliser les règles générales de passation et d'exécution des contrats de la commande publique qui sont des marchés publics au sens du droit communautaire – ce qui couvre les contrats de partenariat actuels. Le gouvernement vient de solliciter dans le même sens la possibilité de transposer par voie d'ordonnance la directive concession (article 57 du projet de loi Macron pour la croissance et l'activité déposé le 11 décembre auprès de l'Assemblée nationale, dont on verra s'il est adopté ou pas par les parlementaires, certains d'entre eux s'étant déjà exprimés contre une transposition sans débat législatif préalable). L'exposé des motifs du projet de loi rappelle que, au même titre que les marchés publics, les contrats de concession doivent constituer pour les pouvoirs publics un important levier de croissance pour la réalisation de leurs projets. Les entreprises européennes, de leur côté, auront vocation à bénéficier d'un meilleur accès aux concessions.

2 La recherche d'un cadre législatif harmonisé

Le futur texte de transposition aura vocation à régir tous les contrats qui

constituent des contrats de concession au sens du droit européen, soit tout contrat conclu en vue de la réalisation d'un équipement ou la gestion d'un service prévoyant le transfert d'un risque d'exploitation au concessionnaire. Outre les délégations de service public relevant des dispositions de la loi Sapin, les concessions de travaux soumises aujourd'hui à l'ordonnance 2009-864 du 15 juillet 2009, les concessions d'aménagement « à risque » mais, encore, des conventions que l'on peut qualifier de concessions de service sans service public – comme les contrats de mobilier urbain notamment – seront soumises à un régime unifié.

3 Le maintien d'un modèle concessif à la française ?

Au même titre que les marchés publics, les contrats de concession doivent constituer pour les pouvoirs publics un important levier de croissance pour la réalisation de leurs projets.

Il devra toutefois être tenu compte du montant ou de l'objet du contrat ainsi que des spécificités des personnes qui y sont soumises. Rappelons que la directive concession ne trouvera à s'appliquer que pour les concessions dont le montant est supérieur à 5.186.000 euros. Les pouvoirs publics français ont toutefois précisé qu'en deçà de ce seuil, seraient maintenues des règles de transparence

qui pourraient être celles de la loi Sapin. De même, elle pourrait trouver à s'appliquer à des concessions conclues dans des secteurs exclus de la Directive – principalement le secteur de l'eau. Pour les autres concessions, les règles de passation seront relativement proches de celles applicables aux marchés, au travers de la présentation de « garanties de procédure » (publication d'avis de concession et d'attribution, identification de critères d'attribution qui devront être hiérarchisés, durée limitée des contrats, possibilité conditionnelle de négocier des avenants). En cela, les praticiens devraient se confronter, tout au moins pour les concessions les plus importantes, à un régime plus contraignant. Pour le reste, une liberté est donnée sur le choix de la procédure et le recours à la négociation est largement autorisé. Si le modèle concessif français peut continuer d'exister, il devra néanmoins substantiellement évoluer pour couvrir d'autres contrats que les délégations de service public et adopter de nouvelles contraintes procédurales.

*Avocat associé du cabinet Seban & Associés



LE PROJET DE CONSTRUCTION de la nouvelle route du littoral à la Réunion au cœur d'un litige entre la Région et une société évincée du marché. Photo Shutterstock

Contester l'attribution d'un marché en référé précontractuel

ANALYSE // L'Apasp* revient sur un arrêté du 5 mars 2014 relatif à l'article L.551-13 du code de justice administrative.



LE PORTRAIT

Philippe Barbat

(Directeur de l'Institut national du patrimoine – INP)

– MISSION : ASSURER LA BONNE ENTRÉE AU SEIN DU LABORATOIRE D'EXCELLENCE PATRIMA.

Il ne change pas de secteur, mais de tempo. En quittant le cabinet de la ministre de la Culture et de la Communication, Fleur Pellerin, Philippe Barbat sort du rythme infernal du pouvoir politique. En rejoignant l'Institut national du patrimoine (INP), il retrouve également l'une des institutions qui l'ont formé, avec l'Ecole nationale des Chartes et l'Ecole nationale d'Administration (ENA). Il poursuit son chemin dans le monde feutré du patrimoine qui représente également un enjeu de poids pour la commande publique, après avoir notamment été conservateur du Patrimoine à la direction des Archives de France, ou rapporteur général adjoint du livre blanc sur les valeurs, les missions et les métiers de la fonction publique. ■

Dans quel contexte un référé précontractuel peut-il obliger l'acheteur public à suspendre la signature d'un marché litigieux ? Un arrêt du Conseil d'Etat du 5 mars 2014 a été l'occasion de faire le point sur les conditions exigées pour que le recours à un référé précontractuel puisse aboutir. Retour sur les faits. Après avoir appris que la Région Réunion avait l'intention de signer des marchés relatifs « au projet de construction de la nouvelle route du littoral », une société évincée saisit le tribunal administratif et forme un référé précontractuel pour annuler la procédure de passation de ce marché mais omet de notifier ce recours à la personne publique qui attribue et signe le marché. Face à cette nouvelle situation, la société requérante introduit alors un référé contractuel auprès du tribunal administratif qui rejette comme irrecevables les conclusions présentées sur le fondement de l'article L.551-13 du code de justice administrative. Contestant cette décision, la société évincée se pourvoit en cassation devant le Conseil d'Etat qui doit déterminer si oui ou non, la personne publique devait suspendre la signature du marché en raison de l'existence du référé précontractuel. A l'appui de la jurisprudence existante, les juges du Palais Royal confirment que la

personne publique n'avait aucune obligation à suspendre la signature du marché. Conformément à l'article R.551 du Code de justice administrative, « l'auteur du recours est tenu de notifier son recours au pouvoir adjudicateur. Cette notification doit être faite en même temps que le dépôt du recours et les mêmes modalités. Elle est réputée accomplie à la date de sa réception par le pouvoir adjudicateur ».

Notifier l'existence du recours

La Région Réunion n'ayant pas eu connaissance de l'existence du référé précontractuel formé par la société évincée, elle ne pouvait être regardée comme ayant méconnu l'obligation qui lui incombait à savoir la suspension de la signature du contrat en vertu de l'article L.551-4. Pour contester l'attribution d'un marché au moyen du référé précontractuel, tout candidat évincé doit donc impérativement notifier au pouvoir adjudicateur l'existence de ce recours. C'est à cette condition, que la collectivité aura l'obligation de suspendre la signature du marché.

*Association pour l'achat dans les services publics. www.apasp.com

À NOTER
L'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique modifiait un grand nombre de dispositions relatives aux contrats, à la nature du recours, aux pouvoirs du juge, ainsi qu'aux dispositions communes.



DIRECTIONS GÉNÉRALES

Ingrid Mareschal rejoint la Fédération nationale des transports de voyageurs comme secrétaire générale.

A 37 ans, cette juriste, titulaire d'un DEA en sciences politiques, était directrice des affaires générales d'un groupe de protection sociale. Auparavant, elle a exercé en cabinet ministériel auprès d'un ministre de la Justice et de deux ministres des Transports.

Nicolas Grivel devient directeur général de l'Agence nationale pour la rénovation urbaine (Anru).

A 37 ans, cet ancien élève de l'ENA, diplômé de l'IEP de Paris, officiait depuis 2012 au sein du ministère du Travail comme directeur adjoint du cabinet de Michel Sapin, puis directeur du cabinet de François Rebsamen. Auparavant, il a notamment été chef de la mission des Agences régionales de santé.

Vincent Rigaud est le nouveau directeur du centre Ifremer Méditerranée pour une durée de quatre ans.

A 53 ans, cet ingénieur roboticien, titulaire d'un doctorat de l'Inria Rennes et d'un DEA de robotique en milieux extrêmes de l'Institut national des sciences et techniques nucléaires (Ensam CEA Orsay), était responsable de l'unité systèmes sous-marins. En 1990, il a intégré l'Ifremer où il a fondé et dirigé le laboratoire robotique sous-marine et intelligence artificielle.

Alexis Mahieu est nommé directeur d'investissement au sein du pôle PME investissement région de Bpifrance.

A 31 ans, ce diplômé de l'EM Lyon était depuis 2008 chargé d'affaires senior chez FSI 2008 (devenu Bpifrance Investissement). Il avait commencé sa carrière en fusions acquisitions chez BNP Paribas Corporate Finance.

ABÉCÉDAIRE DE LA JURISPRUDENCE

Prévention des déchets.

Le ministère du développement durable et de l'énergie fait le tri dans sa politique de programmes locaux de prévention des déchets ménagers et assimilés (PLPDMA). Le programme national de prévention des déchets a été approuvé à la fin de l'été dernier et l'ensemble des pratiques n'étaient pas harmonisées. Une dissonance qui devrait être corrigée via un décret mis en consultation le 10 décembre dernier. Aucun décret jusque-là n'avait permis d'y voir plus clair quant aux procédures à suivre, le contenu et leur articulation avec les

autres plans existants. C'est sur ce point que le texte était le plus attendu, et il aborde bien la notion de compatibilité. Celle-ci est pour conduire une bonne politique de prévention en accord avec les règlements départementaux ou régionaux. Ce projet de décret aborde également la question de l'élaboration du programme, à la fois son contenu et sa révision, ainsi que les objectifs de réduction de quantité de déchets. Une partie du texte prévoit en outre des dispositions transitoires pour les collectivités qui ont déjà mis en place un PLPDMA pour une période de trois ans.