

L'incidence de la transposition de la directive Concession sur les mesures de publicités

L'entrée en vigueur des mesures de transpositions de la directive Concession 2014/23/UE du 26 février 2014 va venir modifier les formalités de publicité en matière de délégations de service public. Cette évolution devrait notamment mettre fin aux doutes des acheteurs publics qui, jusqu'à maintenant, définissaient leurs mesures de publicité au regard du risque de requalification de leur contrat en concession services ou de travaux au sens du droit communautaire.

« La publicité suffira presque toujours pour mettre fin à ces marchés que le public a flétris du nom de marchés passés sous le manteau de la cheminée, manteau qui n'a que trop souvent recouvert de honteuses friponneries »⁽¹⁾, c'est par ces mots, qu'en 1831, Aimé Dubois, député de l'Isère, put promouvoir, à la chambre des députés, la vertu et l'importance de la publicité dans les procédures de passation des contrats publics.

Si le régime de la publicité en matière de marché public est pour le moins solidement établi aujourd'hui, il demeurerait jusqu'à maintenant des zones d'ombres et d'incertitudes pour les conventions de délégation de service public. Il faut entendre ici la notion de mesure de publicité dans les procédures de passation au sens large. C'est-à-dire la publicité réalisée *a priori* visant à solliciter les éventuels candidats, mais également celles réalisées *a posteriori* informant sur l'intention du délégant de conclure ou de modifier la convention de délégation de service public.

En adoptant l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, avec une application au 1^{er} avril 2016, la France satisfait à son obligation communautaire de transposer, avant le 18 avril 2016, la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 relative à l'attribution de contrats de concession, ou communément désignée directive Concessions.

Cette directive marque un tournant majeur dans le droit de la commande publique en encadrant, pour la première fois, la passation des concessions de services. Jusqu'à présent, seuls les principes issus des Traités devaient être respectés. Dans sa célèbre décision *Telaustria*⁽²⁾, le juge communautaire avait considéré que tous les contrats, même ceux non soumis aux directives, étaient « tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général

Auteur

Philippe Guellier et François Lehoux
Avocats au Barreau de Lyon, Cabinet Seban et Associés

Références

Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, art. 14 et s, 32, 37

Mots clés

Avis d'attribution • Avis de concession • Avis de modification
• Avis de publicité complémentaire • Avis de pré-information

[1] L. Richer, « Loi du 31 janvier 1833 : la première réforme des marchés publics », CP-ACCP, n° 5, novembre 2001.

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

et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier ». Dans une communication interprétative, la Commission européenne⁽³⁾ indiquera de manière explicite que les concessions de services sont soumises au respect des principes contenus dans les Traités.

L'instauration de ces nouvelles règles va avoir une incidence directe sur la passation des délégations de service public par les autorités concédantes, qui, en l'absence de règles communautaires précises sur la concession de services, avaient continué à appliquer, en droit interne, le régime des dispositions de la Loi Sapin de 1993⁽⁴⁾, lequel pour les collectivités territoriales et leurs groupements avait été codifié aux articles L. 1411-1 et suivants du CGCT.

Toutefois il ne faut pas voir dans la transposition, une simple substitution de règles, car si la Directive Concession et la Loi Sapin ont chacune pour objet d'organiser la mise en place de mesures de publicité, elles répondent à deux aspirations fortes différentes. Le droit communautaire est principalement motivé par la protection du droit de la concurrence. En revanche, la législation nationale de 1993 avait, quant à elle, pour objet de lutter contre la corruption, comme le soulignent Jean-Bernard Auby et Christine Maugué, « La définition de règles spécifiques aux contrats de délégation de service public s'inscrit donc aujourd'hui plutôt dans le cadre de la politique de transparence et de lutte contre la corruption que dans la logique, propre aux marchés publics, d'accroissement de la concurrence et d'optimisation de l'utilisation des deniers publics »⁽⁵⁾. Cette situation était assez paradoxale, notamment au regard du poids économique que peuvent représenter les délégations de services publics qualifiables, en droit européen, de concessions de services. Cette absence de prise en considération du droit de la concurrence, conduit le Professeur Karpenschif à constater que la loi Sapin « entretient une relation ambiguë avec le droit de la concurrence puisqu'elle s'y réfère sans l'appliquer, tandis que ce pan du droit joue un rôle chaque jour plus important dans la procédure d'attribution des conventions de délégation de service public que la loi Sapin impose »⁽⁶⁾.

On attirera donc l'attention des autorités délégantes sur le fait que directive 2014/23/UE a un spectre d'application plus large que les délégations de service public au sens du droit interne, ces dernières ne représentant alors qu'une variété de l'espèce dans le bestiaire communautaire des concessions.

Ainsi, l'ordonnance du 29 janvier 2016 vient modifier le CGCT en créant un chapitre préliminaire relatif « aux règles générales applicables aux contrats de concession », sous les articles L. 1410-1 et suivants dudit code. Par conséquent, l'article L. 1411-1 du CGCT, dans sa

rédaction issue de l'ordonnance précitée, propose une nouvelle définition de la délégation de service public. Il est notamment précisé qu'il s'agit « d'un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession » dans lequel l'autorité délégante « confie la gestion d'un service public ».

Dès lors, la délégation de service public, objet juridique national, est saisie dans son ensemble par le droit communautaire de la concurrence au travers des textes de transposition de la directive 2014/23/UE. L'évolution normative va notamment avoir pour finalité d'apporter aux autorités délégantes un cadre juridique plus clair pour la conduite des mesures de publicité.

L'objet de la présente analyse est de déterminer les conséquences en matière d'obligations de publicité que les autorités délégantes devront prendre en considération pour la passation de leurs délégations de service public.

Il apparaît que le nouveau régime issu de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et du décret du 1^{er} février 2016, procède à une unification des mesures de publicité préalable à la passation et renforce l'obligation de publicité *a posteriori*.

Une unification des mesures de publicité préalable, pour la passation des DSP

La réforme de la passation des délégations de service public va procéder à une unification du régime de la publicité préalable autour principalement de l'avis de concession qui ne dépendra plus de la qualification de la DSP en concession de travaux ou de service, toutefois il existe encore quelques difficultés d'appréhension autour des avis de pré information et complémentaire.

Avis de concession unique : un régime de publicité ne dépendant plus de la qualification en concession de travaux ou de service de la DSP

Avant l'entrée en vigueur de la directive Concession 2014/23/UE, les acheteurs publics, au premier rang desquels se trouvent les collectivités territoriales et leurs groupements, étaient souvent confrontés à la qualification communautaire de la délégation de service public qu'ils entendaient conclure. En effet, si la délégation de service public s'apparentait à une concession de services au sens communautaire, l'autorité délégante devait être uniquement soumise aux obligations de publicités de droit interne, c'est-à-dire un avis publié dans un journal d'annonces légales et dans une revue spécialisée du secteur économique concerné⁽⁷⁾. On soulignera que le juge administratif, saisi d'un recours contre une délégation de

(3) Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, JOCE C 121 du 29 avril 2000.

(4) Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993.

(5) J.-B. Auby et C. Maugué, « Les contrats de délégation de service public », *JCP G* n° 9, 2 mars 1994, doct. 3743.

(6) M. Karpenschif « Les délégations de service public et le droit de la concurrence », *JCP A* n° 9, 25 février 2013, 2057.

(7) CGCT, art. R. 1411-1 et décret n° 93-471 du 24 mars 1993, art. 1^{er}.

service public pour l'exploitation d'un réseau de transport urbain avait considéré que les mesures de publicité nationales prévues aux articles L. 1411-1 et suivants, et R. 1411-1 et suivants du CGCT permettaient de satisfaire aux obligations contenues dans les traités européens^[8].

En revanche, si la délégation de service public, au regard notamment de l'importance des travaux confiés au délégataire, venait à être qualifiée de concession de travaux au sens du droit communautaire et était supérieure au seuil, il convenait alors d'engager les mesures de publicité européennes telles que prévues par les textes de transposition^[9] ; mesures de publicité qui imposaient la publication d'un avis au JOUE conforme au modèle européen^[10].

Et, pour tenir compte de l'intérêt transfrontalier de certaines délégations de service public, des délégataires ont pu recourir à la publication d'un avis de concession de travaux au JOUE pour leur délégation de service public pour tant qualifiable de concession de service.

Hormis les cas particuliers d'exceptions prévues à l'article 10 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, l'article 14 prévoit que les concessions, d'un montant supérieur au seuil communautaire^[11], sont soumises à la publication d'un avis de concession^[12] conforme au modèle fixé par le règlement d'exécution du 11 novembre 2015^[13]. Sont donc concernées toutes les catégories et formes de délégations de service public, qu'elles soient concessives ou sous forme d'affermage, voire mixtes. On notera que ledit règlement de d'exécution prévoit un modèle unique d'avis de concession^[14], l'acheteur public devra simplement renseigner dans la rubrique objet le « type de marché » (travaux ou services).

Ainsi pour les concessions d'un montant supérieur aux seuils communautaires, l'article 15 du n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 prévoit que « l'autorité concédante publie l'avis de concession mentionné à l'article 14 au JOUE, au BOAMP ou dans un journal d'annonces légales ainsi que dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné ». On notera encore que l'article 16 du décret impose que la publication nationale n'intervienne qu'après la publication européenne et qu'elle ne contienne pas d'information supplémentaire.

[8] CE 1^{er} avril 2009, Keolis, req. n° 323585.

[9] Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009, relative aux concessions de travaux publics ; et 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.

[10] Règlement d'exécution 842/2011 du 19 août 2011 de la Commission, Annexe X.

[11] 5 186 000 euros, directive 2014/23/UE du 26 février 2014, art. 8.

[12] D. n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, art. 14.

[13] Règlement d'exécution (UE) 2015/1986 du 11 novembre 2015 de la Commission, établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011.

[14] Annexe XXI, formulaire n° 24.

Le décret du 1^{er} février 2016 prévoit à l'article 15. II que les concessions d'un montant inférieur au seuil communautaire et celles mentionnées au 2^o de l'article 10 du même décret ne sont soumises qu'à un avis de publicité national (BOAMP ou JAL), selon un modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie. Toutefois, la publicité communautaire n'est pas très loin, puisque l'article 15. II prévoit, au second alinéa, que « L'autorité concédante apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des services ou des travaux en cause, une publication dans une revue spécialisée correspondant au secteur économique concerné ou au JOUE est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le contrat de concession ».

La difficile appréhension des avis de pré information et complémentaire

Aux côtés de l'avis de concession invitant les opérateurs économiques à se porter candidats, il existe un avis de pré-information et un avis de publicité complémentaire, dont l'utilité et la valeur peut encore soulever quelques interrogations.

On rappellera ici que l'article 31.3 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 prévoit la possibilité de procéder à un avis de pré-information^[15]. Toutefois, contrairement au Code des marchés publics^[16], la publication d'un tel avis est sans conséquence sur la computation du délai de remise des candidatures et des offres. Bien que l'intérêt d'un avis ne soit discutable, l'on peut s'étonner de l'absence de transposition de cette mesure en droit interne par l'ordonnance du 29 janvier 2016 et le décret du 1^{er} février 2016.

L'article 15. IV du décret précité prévoit aussi que « L'autorité concédante peut faire paraître, en sus des avis mentionnés aux I à III, un avis de publicité complémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. Ces avis complémentaires peuvent, le cas échéant, ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de concession publié à titre principal, à condition qu'ils indiquent expressément les références de cet avis ». Cette disposition ne trouve pas son origine dans les textes communautaires. L'intérêt d'un tel avis est sans doute de permettre un élargissement de la publicité sans que l'autorité concédante ne soit obligée de publier un avis aussi « exhaustif » que l'avis initial.

On peut en revanche regretter que le texte n'apporte aucune précision sur le moment auquel cet avis doit être publié, notamment vis-à-vis de la date limite de réception des plis. Il n'est pas non plus indiqué si l'avis doit être publié en France, ou s'il peut l'être dans un autre pays de l'Union Européenne.

[15] Toutefois limité aux seuls concessions relatives services sociaux et les autres services spécifiques énumérés à l'annexe IV, directive 2014/23/UE du 26 février 2014, art. 31.3.

[16] CMP, art. 39.

Outre ces mesures de publicité préalables, permettant d'inviter les entités économiques à soumissionner, la procédure de passation des concessions implique également des mesures de publicité *a posteriori* qui visent à informer de la conclusion ou même éventuellement de la modification de la convention.

Le renforcement des mesures de publicité *a posteriori* et leur extension à l'exécution de la DSP

L'entrée en vigueur des mesures de transposition de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 va également avoir des conséquences sur la publicité relative à la conclusion des délégations de service public qui sera soumise à un avis d'attribution et sur leur modification pendant la vie du contrat, qui sera également soumise à une publicité.

La simplification de la publicité *a posteriori* : la conclusion d'un avis unique d'attribution

On soulignera préalablement que l'avis de d'intention de conclure une DSP, prévu à l'article R. 1411-2-1 du CGCT, qui permet de fermer le délai de référé contractuel prévu à l'article L. 551-15 du CJA, est abrogé par l'entrée en vigueur du décret du 1^{er} février 2016. On s'étonnera toutefois que le nouveau régime juridique ne prévoie plus la possibilité pour les autorités déléguées de procéder à une telle publicité.

Dans le précédent régime, les collectivités territoriales ou leurs groupements publiaient un avis d'attribution de la convention de délégation de service public, ce qui permettait de réduire le délai du référé contractuel à 31 jours (suivant la publication de l'avis) au lieu d'un délai de six mois (qui court à compter du lendemain de la conclusion du contrat) prévu à l'article R. 1411-2-2 du CGCT. Cette publicité, au regard de la sécurité juridique qu'elle apportait, était vivement encouragée⁽¹⁷⁾.

Le décret du 1^{er} février 2016 vient en revanche renforcer les mesures de publicité *a posteriori* en rendant, par principe, obligatoire la publication d'un avis d'attribution. L'article 32 du décret prévoit la publication d'un avis d'attribution pour toutes les concessions soumises à la procédure formalisée⁽¹⁸⁾.

Par ailleurs, il est prévu la publication d'un avis d'attribution dans deux cas plus spécifiques, à condition que la valeur estimée de la concession soit égale ou supérieure au seuil européen : d'une part, pour les concessions

portant sur des services sociaux et autres services spécifiques⁽¹⁹⁾, d'autre part, pour les concessions de services attribuées par une entité adjudicatrice à un concessionnaire disposant d'un droit exclusif, dès lors que ce droit est prévu par une disposition légale conforme au droit de l'Union⁽²⁰⁾, et que la législation sectorielle de l'Union ne prévoit pas d'obligation de transparence⁽²¹⁾ »

Les autorités déléguées devront, lorsqu'elles entrent dans les cas prévus à l'article 32 du décret du 1^{er} février 2016, publier l'avis d'attribution dans les 48 jours à compter de la notification du contrat. Toutefois, dans le cas particulier des services sociaux et autres services spécifiques prévu au 10.2.c) dudit décret, la personne publique aura la faculté de regrouper ces avis dans une publication trimestrielle.

L'avis d'attribution est publié au JOUE et selon les mêmes modalités de transmission que celles définies à l'article 16 du décret du 1^{er} février 2016 pour l'avis de concession. Enfin, il est établi conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution du 11 novembre 2015⁽²²⁾. On soulignera qu'à cette occasion, ledit modèle prévoit notamment, que soit mentionné :

- le montant de l'offre la plus basse et de l'offre la plus élevée reçue ;
- le nombre d'offres reçues en distinguant les PME et opérateurs d'un pays membre de l'Union européenne et ceux extérieurs à l'Union Européenne.

La personne publique devra également apporter des informations sur les modalités de financement, notamment pour identifier la part de recettes perçue par redevance ou amende directement sur l'usager.

En revanche, les délégations de service public conclues par les collectivités territoriales et leurs groupements restent soumises en plus à la publication du « dispositif (...) des délibérations approuvant une convention de délégation de service public », « dans une publication locale diffusée dans la commune »⁽²³⁾.

Création d'un nouveau régime de publicité à l'occasion de la modification, en cours d'exécution, de la convention

L'extension des mesures de publicité aux modifications des contrats de concession va revêtir une double importance du fait de l'entrée en vigueur immédiate

(17) Rép. min. à QE n° 7900, 22 août 2013 – Délai de publication de l'avis d'attribution d'une délégation de service public : « À l'issue du choix du délégataire, l'autorité déléguée doit publier au BOAMP, un avis d'attribution. Il n'est pas prévu de délai pour y procéder. La publication de l'avis d'attribution permet de limiter le recours contractuel à un délai maximal de 31 jours. En l'absence de publication, le référé contractuel est ouvert pendant un délai de six mois à compter du lendemain de la conclusion du contrat ».

(18) Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, art. 9 1°.

(19) Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, art. 10 2° c).

(20) L'article 14 1° de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 dispose : « (...) à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités d'opérateur de réseau ».

(21) Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 14 1°.

(22) Annexe XXII dudit règlement.

(23) CGCT, art. L. 2121-24 pour le cas des communes. Voir également CGCT, art. L. 3121-17 et L. 4132-16.

de ces dispositions et du caractère obligatoire de cette publicité.

Le régime juridique des avenants en matière de délégations de service public était peu régi par la loi et, partant, soumis à interprétation au regard des avis et décisions du Conseil d'État. L'ordonnance du 29 janvier 2016 vient changer cet état du droit en indiquant que les dispositions relatives à la modification du contrat s'appliquent aux contrats en cours. Ainsi l'article 78, alinéa 3, de l'ordonnance précise que l'article 55 « s'applique également à la modification des contrats qui sont des contrats de concession au sens de la présente ordonnance et qui ont été conclus ou pour lesquels une procédure de passation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance ». Toutefois, cette application immédiate peut toutefois apparaître surprenante puisque le décret du 1^{er} février, lui, ne prévoit pas, une telle application immédiate en matière de modification du contrat.

Le décret du 1^{er} février 2016, innove, en outre, avec la création d'un avis de modification du contrat⁽²⁴⁾ pour les concessions d'un montant supérieur au seuil communautaire lorsque « sous réserve de la limite fixée au I de l'article 37 (50 % du montant du contrat), des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat de concession initial, à la double condition qu'un changement de concessionnaire :

a) Soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale ; b) Présenterait pour l'autorité concédante un inconvénient majeur ou entraînerait pour lui une augmentation substantielle des coûts » ou « Lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 37 [50 % du montant du contrat], la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir »⁽²⁵⁾.

Au terme du III l'article 37, « Cet avis est publié au JOUE dans les conditions fixées à l'article 16, conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution du 11 novembre 2015 susvisé ». Il s'agit ici d'une véritable révolution en matière de transparence dans l'exécution du contrat, dont les incidences, en matières contentieuses, sont pour le moment encore difficilement mesurables.

Au final, le régime juridique relatif à la publicité en matière de délégation de service public va se trouver largement modifié et renforcé par l'ordonnance du 29 janvier 2016 et le décret du 1^{er} février 2016 relatifs aux concessions. Si les autorités délégantes pourront dorénavant s'appuyer sur un régime juridique national cohérent avec le droit de l'Union européenne en matière de droit de la concurrence, l'extension des mesures de publicité à la modification des contrats de concession risque de générer une nouvelle source de contentieux pour les autorités délégantes.

[24] Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, art. 37.III.

[25] Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, art. 36.