

Les contrats exclus du champ d'application de l'ordonnance du 29 janvier 2016

Un certain nombre de contrats de concession demeurent exclus du champ d'application de l'Ordonnance concession, soit en raison de l'existence d'un droit exclusif, soit du fait des spécificités de secteurs d'activités ou des relations particulières qu'entretiennent certaines entités au sein du secteur public.

Jusqu'à alors, le droit des concessions était une juxtaposition de règles nationales et d'interprétations de principes et de jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), il est désormais unifié avec l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession⁽¹⁾ (ci-après « l'Ordonnance »). Ce nouveau texte remplace ainsi la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite « loi Sapin » (codifiée ensuite au CGCT), qui encadrait, jusque-là, la mise en concurrence des délégations de service public.

Bien que transposant la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession (ci-après « la Directive concessions »), le champ d'application de l'ordonnance du 29 janvier 2016 reste fidèle à certaines spécificités françaises, afin de maintenir les règles de mise en concurrence qui s'appliquent à certains secteurs d'activité, le secteur de l'eau potable étant le plus emblématique.

Cela étant, à l'instar du droit des marchés publics également rénové par une ordonnance en juillet dernier⁽²⁾, certains contrats de concession demeurent exclus des règles de mise en concurrence en raison de leurs spécificités. Ces exclusions sont, soit liées à l'existence d'un droit exclusif, soit spécifiques à un secteur d'activité économique donné, soit liées à la qualité de la partie cocontractante : il s'agit des exclusions applicables aux relations internes au secteur public.

Les exclusions liées à l'octroi d'un droit exclusif

Parmi la liste énumérative des exclusions applicables aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices, une exception – d'ailleurs listée au premier rang des articles

(1) Le dispositif est entré en vigueur le 1^{er} avril 2016. Il s'applique aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de concession est envoyé à la publication à compter de cette date.

(2) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Auteur

Marie-Hélène Pachen-Lefèvre

Avocat Associé

Aurélie Cros

Avocat à la Cour

Références

Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 13 et s.

Mots clés

Coopération • Droit exclusif • Entreprise liée • Quasi-régie
• Secteurs spécifiques • SPL

concernés – mérite une attention particulière : il s'agit de l'exclusion liée à l'octroi d'un droit exclusif⁽³⁾.

Les conditions de légalité du droit exclusif

Au préalable, il faut rappeler que les droits exclusifs sont les : « droits accordés par une autorité compétente d'un État membre au moyen de toute loi, de tout règlement ou de toute disposition administrative publiée qui est compatible avec les traités, ayant pour effet de réserver l'exercice d'une activité à un seul opérateur économique, et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer cette activité »⁽⁴⁾.

La question du maintien de ces droits, dans certains secteurs, a fait l'objet de nombreuses discussions au sein du Parlement européen, les États membres souhaitant maintenir les droits exclusifs, héritages d'anciens monopoles, attribués à des opérateurs économiques. La Directive concessions a alors tenté de concilier les exigences de transparence avec le maintien de ces droits.

L'Ordonnance transpose les principes posés par la Directive concessions en la matière et prévoit que les contrats de concession conclus par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice, avec un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, une ou plusieurs entités adjudicatrices visées au 1^o de l'article 10 de l'Ordonnance, ou encore un opérateur économique, sont exclus du champ d'application de l'Ordonnance, lorsqu'ils bénéficient d'un droit exclusif et si deux conditions sont remplies :

- ce droit exclusif est détenu « en vertu d'une disposition légalement prise » : il en découle que, seules les autorités publiques disposant du pouvoir législatif ou réglementaire sont compétentes pour octroyer de tels droits ;
- la disposition légalement prise sur laquelle repose le droit exclusif doit être « compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » (TFUE). Pour les entités adjudicatrices, la disposition légalement prise doit également être compatible avec « les actes juridiques de l'Union européenne, établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités d'opérateur de réseau »⁽⁵⁾.

Ces dispositions permettent donc de maintenir les contrats de concession de distribution d'électricité et de gaz, ainsi que de fourniture de ces énergies, à des tarifs réglementés hors de toutes règles de mise en concurrence⁽⁶⁾. Au regard de la définition des notions de pouvoirs

adjudicateurs et d'entités adjudicatrices⁽⁷⁾, il faut préciser que les autorités concédantes de la distribution publique d'électricité et de gaz – qui sont les collectivités territoriales ou des établissements publics de coopération intercommunale – entrent dans la catégorie des pouvoirs adjudicateurs puisqu'elles ne peuvent être considérées comme exerçant directement des activités de réseaux⁽⁸⁾.

L'Ordonnance confirme donc l'exclusion de ces secteurs dont les opérateurs détiennent des droits exclusifs, tout en rappelant que, pour être valables, ces droits exclusifs doivent être compatibles avec les principes généraux du Traité.

Les mesures de transparence prévues

Conformément à la Directive concessions, l'Ordonnance prévoit une transparence minimale pour ces contrats de concession.

Ainsi, le texte exige la publication d'un avis d'attribution pour les seuls contrats de concession attribués par les entités adjudicatrices sur la base d'un droit exclusif⁽⁹⁾.

En revanche, l'Ordonnance ne transpose pas l'obligation de transparence « renforcée » qui avait été fixée à chaque État membre (donc aux collectivités locales) en cas d'attribution d'un droit exclusif à un opérateur économique, pour l'exercice d'une des activités visées à l'annexe II de la Directive⁽¹⁰⁾.

Cette obligation consistait en l'information de la Commission, dans un délai d'un mois suivant l'octroi de ce droit exclusif (préambule, point 33 et article 10, paragraphe 2, 2^e alinéa de la Directive). Et le rapport sur la proposition de directive du Parlement et du Conseil sur l'attribution des contrats de concession du 1^{er} février 2013 avait

(3) Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 13 1^o et 14 1^o.

(4) Article 5 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

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

(6) Le droit en vigueur jusqu'à présent et issu de la loi Sapin loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 codifiée dans le CGCT [article L. 1411-2 du CGCT désormais abrogé] permettait d'exclure ces contrats des règles applicables aux délégations de service public dès lors que les entreprises concessionnaires bénéficiaient d'un monopole national [Code de l'énergie, art. L. 111-52, L. 111-53, L. 121-5 et L. 121-32].

(7) Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 9 et 10. Les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs qui exercent l'une des activités d'opérateur de réseau définies à l'article 11 ; lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 11 ; et enfin, lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs (...).

(8) Au regard des précisions apportées notamment par la circulaire du 14 février 2012 relative au guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics à laquelle il est possible de se référer : article 23.1 de la circulaire selon laquelle le « contrat par lequel l'entité adjudicatrice confie à un tiers la gestion et l'exploitation du réseau, ne constitue pas une activité d'opérateur de réseau ».

(9) Visés à l'article 14 1^o de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016.

(10) Notamment, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz ou de chaleur ; la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, activités portant sur la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux qui fournissent un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus ou câble.

indiqué que cette notification devait être faite pour éviter les abus.

On relèvera donc, là, une transposition *a minima* de la Directive concessions et on recommandera aux pouvoirs adjudicateurs de faire application de cette disposition claire, précise et inconditionnelle de la Directive.

Les exclusions propres aux secteurs spécifiques

Sur ce point, l'Ordonnance reprend l'approche énumérative de la Directive : quinze cas d'exclusion sont ainsi prévus pour les pouvoirs adjudicateurs. Et ce sont pratiquement les mêmes exclusions qui s'appliquent aux contrats de concession passés par les entités adjudicatrices.

La grande majorité de ces exclusions concerne des prestations de services spécifiques et se justifient, dans la plupart des cas, au regard du fait qu'une mise en concurrence serait inadaptée.

Parmi ces exceptions, il faut noter de nouvelles exclusions par rapport à ce qui existait en droit interne, à savoir :

- les contrats de concessions de services ayant pour objet principal de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou plusieurs services de communications électroniques : sur cette activité, on retiendra une application limitée aux situations qui seraient naturellement concurrentielles, sans qu'il soit besoin de l'organiser. Et cela ne saurait être le cas de l'intervention des collectivités territoriales et de leurs groupements pour la construction et la gestion de réseaux de communications électroniques, et ce d'autant plus que ces activités, gérées en concessions, donnent lieu à l'octroi de subventions dont l'attribution, pour être admise en droit de l'Union européenne, requiert d'être précédée d'une mise en concurrence ;
- les contrats de concessions de services relatifs à l'arbitrage ;
- les contrats de concessions de services qui sont des contrats d'emprunts.

De plus, d'autres exclusions similaires relatives à celles prévues pour les marchés publics ont été transposées dans le domaine des concessions de services, sans que l'on saisisse encore vraiment leur intérêt pratique (par exemple pour les services juridiques ou financiers).

En outre, les contrats de concessions de services qui ont pour objet l'acquisition et/ou la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles⁽¹¹⁾, font partie des exclusions, comme c'est également le cas en matière de marchés publics. En revanche, seront soumis à l'Ordonnance, les contrats par lesquels les collectivités chargent un tiers de construire un bâtiment adapté à leurs besoins puis de leur louer ce bâtiment, tout comme les contrats de location avec option d'achat et les contrats de vente en l'état futur d'achèvement.

Enfin, s'agissant du secteur de l'eau potable, les concessions dont cette activité est l'objet continueront à être soumises à mise en concurrence, cette fois dans le cadre fixé par l'Ordonnance. Ce secteur faisait partie des cas d'exclusion au sein de la Directive concessions, ce qui était juridiquement contestable et ne résultait que du fort lobbying de l'Allemagne où ce service est géré sans mise en concurrence. Cette exclusion n'a pas été retenue dans l'Ordonnance.

Les exclusions applicables entre entités du secteur public

En complément des exclusions sectorielles qui viennent d'être détaillées, l'Ordonnance transpose quatre catégories d'exclusions applicables aux relations internes au secteur public :

- l'exclusion de « quasi-régie » qui repose sur la dépendance de l'opérateur vis-à-vis de l'acheteur (article 16) ;
- l'exclusion de « coopération public-public », qui est une coopération entre pouvoirs adjudicateurs pour garantir la réalisation des services publics dont ils ont la responsabilité en vue d'atteindre des objectifs communs (article 17) ;
- le cas uniquement applicable aux entités adjudicatrices : les contrats de concessions attribués à des entreprises liées ou à des coentreprises (articles 18 et 19).

La quasi-régie (article 16)

Conformément à la théorie du *in house* dégagée par la jurisprudence, qualifiée de « quasi-régie » dans les textes français, les contrats de concession attribués à des organismes dépendant des pouvoirs adjudicateurs sont exclus du champ d'application de l'Ordonnance.

La relation de quasi-régie est reconnue lorsque trois conditions sont réunies. La première condition posée, relative au contrôle analogue, ne comporte aucun changement par rapport à la jurisprudence existante. Ainsi le pouvoir adjudicateur doit exercer sur le concessionnaire « un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ». En revanche, des modifications sont apportées aux deux autres conditions de cette exception puisqu'elles sont assouplies par rapport au régime jurisprudentiel antérieur, comme le prévoyait la Directive concessions.

D'une part, l'Ordonnance prévoit que l'attribution d'une concession sans mise en concurrence est possible, dès lors que la société contrôlée réalise plus de 80 % de ses activités avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent. Le pourcentage d'activité est déterminé en fonction du chiffre d'affaires moyen, mais l'Ordonnance accepte d'autres paramètres tels que les coûts supportés. Cette condition fera probablement l'objet de précisions jurisprudentielles.

Autrement dit, une entité demeurera en situation de quasi-régie tout en pouvant réaliser des prestations en dehors du périmètre de ses actionnaires, et ce dans la limite d'un seuil appréciable de 20 %.

Elle ouvre ainsi la porte à des « opérations propres » pour les sociétés publiques locales (SPL), et donc une vraisemblable modification à venir de l'article L. 1531-1 du

(11) Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 13 2°

CGCT. En effet, à ce jour, les SPL ne peuvent accomplir des prestations que pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales qui en sont membres.

D'autre part, l'Ordonnance reconnaît la possibilité, pour une société dont une partie du capital est détenue par des personnes de droit privé, de bénéficier de la relation de quasi-régie si ces participations ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée. Précisément, il est prévu que la personne contrôlée ne doit pas comporter « de participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ». Auparavant, la présence de capitaux privés au sein de l'entité contrôlée excluait nécessairement la qualification de relation *in house*.

Cet assouplissement devrait bénéficier aux sociétés d'économies mixtes (SEM), comme l'indiquait la fiche d'impact sur le projet d'Ordonnance du ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique publiée le 22 juillet 2015 : « 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, affichent 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. 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 ».

Enfin, le contrôle analogue peut également s'entendre d'un contrôle conjoint : ainsi plusieurs personnes publiques peuvent contrôler, en commun, un opérateur qui peut rendre des prestations pour chacune de ces personnes publiques.

La coopération entre pouvoirs adjudicateurs (article 17)

Conformément à ce que permettait la Directive, l'article 17 de l'Ordonnance autorise plusieurs collectivités publiques à coopérer ensemble pour la gestion de leur service public en vue de répondre à des objectifs qu'elles ont en commun. L'accord de coopération devra être guidé par des considérations d'intérêt général, et les entités concernées peuvent réaliser jusqu'à 20 % de leurs activités sur le marché ouvert à la concurrence dans le cadre de cet accord.

Les exclusions spécifiques aux entités adjudicatrices : cas des entreprises liées à une entité adjudicatrice et des coentreprises (articles 18 et 19)

L'article 18 de l'Ordonnance exclut de son champ d'application les contrats de concession passés par une entité

adjudicatrice avec une entreprise liée en vue de réaliser une ou plusieurs activités d'opérateur de réseau.

Les entreprises liées sont des entreprises qui, soit leurs comptes consolidés avec ceux d'une entité adjudicatrice, soit sont placées sous « l'influence dominante » de cette entité. 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.

Pour que cette exclusion puisse jouer, l'entreprise liée devra avoir réalisé 80 % de son chiffre d'affaires au cours des trois années précédant l'année de passation du contrat avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée.

Lorsque l'entreprise liée a été créée récemment, elle devra être en mesure de démontrer, sur la base de projections d'activités, qu'il est vraisemblable qu'elle atteindra ce seuil.

Cette situation d'entreprise liée concerne les relations entre les opérateurs de réseaux (entités adjudicatrices) et leurs filiales qu'ils contrôlent dans les conditions susvisées.

L'article 19 de l'Ordonnance exclut enfin, de son champ d'application, les contrats de concession passés par un organisme, constitué exclusivement par des entités adjudicatrices, pour exercer une ou plusieurs des activités d'opérateur de réseau avec l'une de ces entités adjudicatrices. Cette exclusion vaut également pour les contrats de concession passés par une entité adjudicatrice avec un tel organisme. Dans les deux cas, deux conditions doivent être réunies :

– d'une part, l'organisme doit avoir été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans ;

– d'autre part, les statuts de cet organisme doivent prévoir que les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont parties prenantes au moins pendant la période mentionnée au 1°.

Conclusion

Au regard des exclusions prévues, il convient d'admettre que les possibilités d'échapper à une mise en concurrence demeurent finalement nombreuses.

Le principal apport de l'Ordonnance reste l'assouplissement du cadre de la quasi-régie avec la présence autorisée, sous certaines conditions, de capitaux privés au sein de l'entité contrôlée.

La possibilité de coopération entre pouvoirs adjudicateurs offre également de nouvelles perspectives en matière de mise en commun de services et de moyens pour la gestion de services publics des collectivités, dont les applications pratiques seront intéressantes à observer dans les mois à venir.