



DOSSIER D'EXPERTS

2^e édition

COMMANDE PUBLIQUE

La réglementation des contrats de concession

Recours, rédaction, passation et contrôle

Lucile Henriques

Directrice territoriale

Fabienne Niccoletti

Directrice de la commande publique en collectivité locale,
formatrice et enseignante vacataire à l'université

La réglementation des contrats de concession

Recours, rédaction, passation et contrôle

Cet ouvrage reprend la réglementation applicable aux contrats de concession pour chacune des étapes nécessaires à l'élaboration d'un contrat de concession. Du choix de la concession comme mode de gestion à l'exécution du contrat, il se veut un véritable guide technique et juridique, permettant à toute autorité concédante de mettre en place avec pragmatisme et efficacité une concession ainsi qu'à tout candidat à une concession, de mieux appréhender la procédure de mise en concurrence et les obligations contractuelles auxquelles il serait soumis en tant que concessionnaire.

Ce guide permet de choisir le mode contractuel de la concession à l'aide d'une définition juridique précise et d'indicateurs de choix, d'appréhender son montage juridique et d'anticiper tous les problèmes pouvant survenir tant au moment de la passation que lors de son exécution.

Il répondra à tous vos besoins juridiques en matière de concessions et vous guidera dans leur mise en place au regard du Code de la commande publique.

Cet ouvrage se différencie des ouvrages universitaires par son caractère concret et technique, issu de la pratique quotidienne de ses auteurs.



Lucile Henriques est directrice des affaires administratives et juridiques dans une collectivité territoriale. Spécialiste des modes de gestion des services publics locaux et des contrats publics, elle est également formatrice dans le domaine de la commande publique depuis plus de 15 ans.

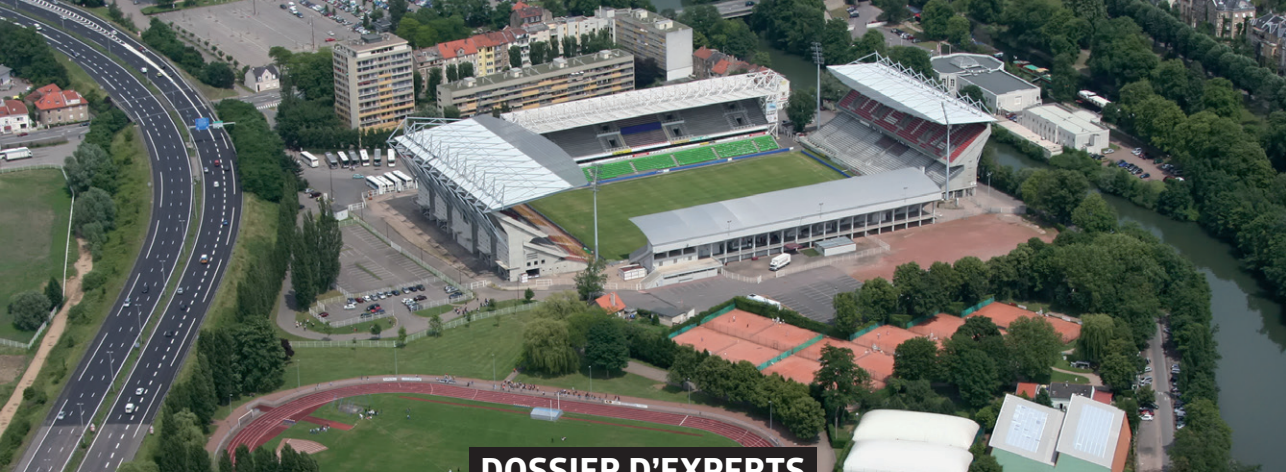


De formation universitaire en droit public et en droit de la Propriété intellectuelle, **Fabienne Niccoletti** est actuellement directrice de la commande publique et des contrats publics dans une collectivité de taille moyenne. Elle est également enseignante vacataire à l'université Aix-Marseille et formatrice dans le domaine de la commande publique. Elle est aussi auteure de différents ouvrages.

boutique.territorial.fr

ISSN : 1623-8869 – ISBN : 978-2-8186-2127-1

territorial éditions



DOSSIER D'EXPERTS

2^e édition

COMMANDE PUBLIQUE

La réglementation des contrats de concession

Recours, rédaction, passation et contrôle

Lucile Henriques

Directrice territoriale

Fabienne Niccoletti

Directrice de la commande publique en collectivité locale,
formatrice et enseignante vacataire à l'université

territorial éditions

CS 70215 - 38501 Voiron Cedex - Tél.: 04 76 65 87 17 - Référence TDE 846A

Retrouvez tous nos ouvrages sur boutique.territorial.fr

**Vous souhaitez
nous contacter
à propos de votre ouvrage ?**

C'est simple !

Il vous suffit d'**envoyer un mail à :**
service-client-editions@territorial.fr
en précisant l'objet de votre demande.

Pour connaître l'ensemble de nos publications,
rendez-vous sur notre boutique en ligne
boutique.territorial.fr

Avertissement de l'éditeur:

La lecture de cet ouvrage ne peut en aucun cas dispenser le lecteur
de recourir à un professionnel du droit.

Nous sommes vigilants concernant les autorisations
de reproduction et indiquons systématiquement
les sources des schémas, images, tableaux, etc.

Pour toute demande de modification, mise à jour
ou suppression d'un élément au sein de cet ouvrage,
merci de contacter les éditions Territorial.

	Il est interdit de reproduire intégralement ou partiellement la présente publication sans autorisation du Centre Français d'exploitation du droit de Copie. CFC 20, rue des Grands-Augustins 75006 Paris. Tél. : 01 44 07 47 70
---	---



© Territorial, Voiron

ISBN: 978-2-8186-2127-1

ISBN version numérique: 978-2-8186-2128-8

Imprimé par Reprotechnic, à Bourgoin-Jallieu (38) - Septembre 2023

Dépôt légal à parution

Sommaire

Introduction	p.7
--------------------	-----

Partie 1

Présentation générale et grands principes des concessions

Chapitre I

La qualification juridique de l'autorité concédante	p.15
A - La définition de la concession	p.16
B - Un besoin de l'autorité concédante	p.18
C - Le droit d'exploiter un ouvrage, éventuellement assorti d'un prix	p.19

Chapitre II

Les contrats mixtes	p.21
A - Les contrats relevant à la fois d'une concession et d'un marché public	p.22
B - Contrats de la commande publique et autres contrats	p.22

Chapitre III

Les deux catégories de concessions	p.25
A - La concession de travaux (article L.2111-2 du Code de la commande publique)	p.25
B - La concession de services (article L.1121-3 du Code de la commande publique)	p.26
C - Les indicateurs de choix de ce mode de gestion	p.29

Partie 2

La pratique de la rédaction du contrat

Chapitre I

Sous-concession, société dédiée	p.41
A - Sous-concession	p.41
B - Société dédiée	p.42

Chapitre II

La durée du contrat de concession p.43

- A - La règle générale et ses deux hypothèses p.43
 - 1. Une durée inférieure à cinq ans p.43
 - 2. Une durée supérieure à cinq ans p.44
- B - Durée limitée pour certaines activités p.45
 - 1. Domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets... p.45
 - 2. Réglementation spécifique p.46

Chapitre III

La notion de travaux en concession p.47

- A - Les principes p.47
- B - La répartition des travaux à la charge du concessionnaire et ceux restant à la charge du concédant p.48
- C - Les modalités de contrôle des travaux réalisés par le concessionnaire p.49

Chapitre IV

Les biens objet de l'occupation du domaine par le concessionnaire p.51

- A - Les biens de retour p.52
- B - Les biens de reprise p.55
- C - Les biens propres p.55

Chapitre V

Le fonctionnement du service p.57

- A - Les conditions d'exploitation p.57
- B - La redevance et les droits d'entrée p.58
- C - Les tarifs p.60
- D - Le respect du principe de laïcité p.62

Chapitre VI

Les contributions financières de la collectivité p.65

- A - La participation financière directe p.65
- B - Les garanties d'emprunt p.67
- C - Le crédit-bail p.69

Chapitre VII

Le contrôle de l'autorité concédante p.71

- A - Le rapport du concessionnaire p.71
- B - Le contrôle contractuel p.73
- C - Le contrôle du concessionnaire sur les formalités issues du Code du travail p.73
- D - Les garanties en tant que moyen de contrôle postexécution p.74

Chapitre VIII

Les sanctions p.77

- A - Les sanctions pécuniaires p.77
- B - Les sanctions coercitives p.78
- C - Les sanctions résolutoires : la déchéance p.79

Partie 3

La procédure

Chapitre I

Questions préalables à l'élaboration de la concession	p.85
A - La définition du besoin	p.85
B - Questions préalables – Généralités	p.88
1. La commission de concession (article L.1411-5 du CGCT)	p.88
2. Les deux catégories de contrats de concession	p.89
3. Les groupements de commandes	p.90
4. L'allotissement	p.90
5. Les autres contrats publics	p.92
6. Les concessions réservées	p.92

Chapitre II

Les documents de la consultation	p.93
A - La publicité	p.95
B - Les délais de réception des candidatures	p.97
1. Le contenu des candidatures	p.97
2. La présentation des candidatures	p.98
C - L'analyse des candidatures	p.100
D - La vérification de la candidature à l'attributaire pressenti	p.101
E - Les délais de remise des offres	p.101
F - Les critères de choix des offres	p.101
G - Le traitement des offres « anormales »	p.103
H - La négociation	p.104

Chapitre III

La cartographie des procédures de concession	p.111
A - Le seuil de la procédure applicable	p.111
B - Procédure sans publicité et sans mise en concurrence	p.112
C - La cartographie des procédures	p.113

Chapitre IV

Spécificités préalables en cas de service public ou en fonction du domaine concédé	p.115
A - Les spécificités préalables découlant du service public	p.115
1. Des consultations préalables en amont de la procédure	p.115
2. La prise en compte de la spécificité du service public lors de l'analyse des plis	p.117
3. Des règles procédurales particulières en attribution	p.117
B - Les spécificités propres au domaine concédé	p.117

Chapitre V

Procédure restreinte ou procédure ouverte	p.121
A - La procédure restreinte	p.121
B - La procédure ouverte	p.124

Chapitre VI	
L'expiration du contrat	p. 127
Chapitre VII	
En synthèse : l'organisation du contrat	p. 131

Partie 4

Le contrôle du contrat de concession

Chapitre I	
De la passation à l'organisation du contrôle technique, financier et juridique	p. 135
A - La commission consultative des services publics locaux	p. 135
B - L'organisation du contrôle technique, financier et juridique	p. 136

Chapitre II	
Les modifications du contrat	p. 141
A - Les clauses contractuelles	p. 141
B - Les travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires	p. 142
C - Les circonstances imprévues	p. 142
D - Substitution d'un nouveau concessionnaire	p. 142
E - Modification non substantielle	p. 143
F - Modification de faible montant	p. 144
1. Cas de modifications des contrats en cours d'exécution	p. 144
2. Avis de la commission de concession pour les modifications de plus de 5 % du montant initial	p. 144

Chapitre III	
La communication des données essentielles aux tiers	p. 147

Chapitre IV	
Les différents modes de résolution des conflits	p. 151
A - Les modes alternatifs de règlement des conflits	p. 151
1. Conciliation et médiation	p. 152
2. Transaction	p. 152
3. Arbitrage	p. 152
B - Les procédures d'urgence	p. 153
1. Le référé précontractuel	p. 153
2. Le référé contractuel	p. 153
C - Les autres recours liés à la passation des contrats de la commande publique	p. 154
1. Le recours de pleine juridiction en contestation de la validité du contrat	p. 154
2. Le recours pour excès de pouvoir	p. 156

Annexes

Introduction

Dans le cadre de la transposition des directives européennes 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014, la France a adopté **l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016**, le Code de la commande publique a été adopté par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018. Il est applicable depuis le 1^{er} avril 2019.

L'article L.3 du nouveau Code de la commande publique énonce les principes fondamentaux de la commande publique (décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel) – égalité de traitement, liberté d'accès et transparence des procédures.

De plus, ce nouveau code ne comprend pas moins de 1 747 articles, répartis dans trois parties :

- la première relative aux définitions et champ d'application ;
- la deuxième aux marchés publics ;
- la troisième aux concessions.

Ainsi, l'unité de la commande publique et de ses grands principes est réaffirmée, la *summa divisio* du droit européen entre marchés publics et concessions est maintenue.

Un contrat de concession comprend trois étapes importantes que doit mener l'autorité concédante :

- la définition du besoin et la rédaction du contrat ;
- la procédure de mise en concurrence et le choix de l'attributaire ;
- le suivi du contrat et le contrôle du concessionnaire sur ses obligations nées du contrat.

De manière assez complète, le Code de la commande publique reprend désormais ces différentes étapes et la réglementation applicable. Celle-ci se retrouve dans la partie législative et la partie réglementaire du code, décomposée respectivement pour chacune de la manière suivante :

Titre 3 : CONTRATS DE CONCESSION

3.1 Dispositions générales

3.1.1 Préparation du contrat

3.1.2 Procédures de passation

3.1.3 Exécution

Autres contrats de concession

3.2.1 Relations internes aux contrats publics

3.2.2 Contrat de concession conclu par une autorité concédante

- 3.2.3 Contrat de concession conclu par un pouvoir adjudicateur
- 3.2.4 Contrat de concession conclu par une entité adjudicatrice
- 3.2.5 Contrat de concession de défense ou de sécurité

Indépendamment des contrats de concession particuliers régis par le livre II et dénommés « autres contrats de concession », les principales règles applicables du Code de la commande publique figurent aux articles ci-après :

Partie législative	← concordance de la numérotation des articles ce qui offre de la lisibilité →	Partie réglementaire
	PRÉPARATION DU CONTRAT DE CONCESSION	
L.3111-1 à L.3111-2	Définition du besoin	R.3111-1 à R.3111-3
L.3112-1 à L.3112-4	Mutualisation	<i>Pas de dispositions</i>
L.3113-1 à L.3113-3	Réservation	R.3113-1
L.3114-1 à L.3114-10	Contenu du contrat de concession	R.3114-1 à R.3114-5
L.3120-1	PROCÉDURE DE PASSATION	
L.3121-1 à L.3121-2	Détermination des règles procédurales applicables	R.3121-1 à R.3121-6
L.3122-1 à L.3122-5	Engagement de la procédure de passation	R.3122-1 à R.3122-18
L.3123-1 à L.3123-21	Phase de candidature	R.3123-1 à R.3123-21
L.3124-1 à L.3124-7	Phase d'offre	R.3124-1 à R.3124-6
L.3125-1 à L.3125-2	Achèvement de la procédure	R.3125-1 à R.3125-7
L.3126-1 à L.3126-3	Règles particulières à la passation de certains contrats de concession	R.3126-1 à R.3126-14
	EXÉCUTION DU CONTRAT DE CONCESSION	
L.3131-1 à L.3131-5	Transparence et rapport d'information de l'autorité concédante	R.3131-1 à R.3131-5
L.3132-1 à L.3132-6	Occupation domaniale et biens de la concession	<i>Pas de dispositions</i>
L.3133-10 à L.3133-14	Exécution financière	R.3133-10 à L.3133-28
L.3134-1 à L.3134-3	Exécution du contrat de concession par des tiers	R.3134-1 à R.3134-4
L.3135-1 à L.3135-2	Modification du contrat de concession	R.3135-1 à R.3135-10
L.3136-1 à L.3136-10	Fin des relations contractuelles	<i>Pas de dispositions</i>
L.3137-1 à L.3137-5	Règlement alternatif des différends	<i>Pas de dispositions</i>

Le lecteur trouvera dans cet ouvrage les clés juridiques et techniques pour comprendre et réussir la passation d'un contrat de concession. En premier lieu, une présentation générale des concessions et des grands principes les régissant permettra de poser les bases juridiques de ce domaine spécifique de la commande publique. Parce qu'il ne faut pas oublier que la concession est avant tout un contrat, la deuxième partie sera dédiée

à l'exploration des clauses techniques, juridiques et financières pour anticiper toutes les problématiques à aborder dans la rédaction de la concession. La troisième partie permettra de décrypter les procédures de la commande publique et, pour chacune d'elles, d'envisager étape par étape tous les éléments menant au choix de concessionnaire. Enfin, la dernière partie permettra d'analyser le rôle du concédant dans l'exécution du contrat, tant d'un point de vue technique que financier.

Partie 1

Présentation générale et grands principes des concessions

L'article L.1121-1 du Code de la commande publique définit un contrat de concession comme un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes, soumises au Code de la commande publique, confient l'exécution de travaux (Code de la commande publique, art. L.1121-2 et L.1121-4) ou la gestion d'un service (Code de la commande publique, art. L.1121-3) à un ou plusieurs opérateurs économiques.

Le concessionnaire doit toutefois supporter un risque réel lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service en contrepartie du droit de l'exploiter ou de ce droit assorti d'un prix.

L'alinéa 2 de l'article L.1121-1 sus-cité insiste de manière détaillée sur la réalité du risque d'exploitation que doit supporter le ou les concessionnaires. Il existe aussi des contrats de concession de défense ou de sécurité (Code de la commande publique, art. L.1122-1), faisant donc l'objet, eux aussi, d'une définition spéciale.



Article L.1121-1 du Code de la commande publique

Chapitre I : Le contrat de concession

Section 1 - Définition

« Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés. »

Chapitre I

La qualification juridique de l'autorité concédante

La notion de « pouvoir adjudicateur » et d'« entité adjudicatrice » désigne tous les acheteurs publics ou privés, soumis aux règles relatives aux marchés publics et aux contrats de concession. Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices sont ainsi soumis aux règles du Code de la commande publique.

Les pouvoirs adjudicateurs recouvrent trois catégories de personnes : les personnes morales de droit public, les personnes morales de droit privé poursuivant une mission d'intérêt général et financée principalement sur fonds publics et les personnes morales de droit privé dotées de la personnalité juridique constituées par des pouvoirs adjudicateurs dans le but de réaliser certaines activités en commun.

Les entités adjudicatrices sont des pouvoirs adjudicateurs exerçant une des activités d'opérateur de réseaux, des entreprises publiques qui exercent une de ces mêmes activités lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs et des organismes de droit privé qui ne sont ni des pouvoirs adjudicateurs ni des entreprises publiques lorsqu'ils bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité (voir article L.1212-1 du Code de la commande publique).

Il appartient à l'autorité concédante de définir si elle agit comme pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice lorsqu'elle souhaite avoir recours à un contrat de concession.

Ce choix dépend donc exclusivement de sa définition, le juge n'appréciant que l'adéquation de la définition aux faits, par le biais d'une appréciation souveraine.



Exemple

Ainsi, une métropole qui souhaite passer un contrat de concession pour la gestion d'un complexe aquatique agit comme pouvoir adjudicateur.

Si cette même métropole souhaite passer une concession pour la fourniture d'eau potable à ses administrés, elle agit comme entité adjudicatrice.

A - La définition de la concession

L'article L.1121-1 du Code de la commande publique énonce :



Article L.1121-1 du Code de la commande publique

« Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. (...) »

Il s'agit donc d'un contrat qui répond à un besoin dont la rémunération consiste dans le droit d'exploiter un ouvrage (avec éventuellement un prix payé par l'autorité concédante).

Les contrats de concession font donc partie des contrats de la commande publique, comme cela ressort du titre préliminaire du Code de la commande publique.



Article L.2 du Code de la commande publique

« Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions définis au livre Ier de la première partie, quelle que soit leur dénomination. Ils sont régis par le présent code et, le cas échéant, par des dispositions particulières. »

Depuis la réforme de la commande publique de 2016, le critère du « **transfert du risque d'exploitation** » constitue le critère de distinction entre les marchés publics et les concessions.

L'article L.1121-1 du Code de la commande publique dispose notamment :



Article L.1121-1 du Code de la commande publique

« (...) La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés. »

La qualification de concession nécessite un transfert de risque et, notamment, la rémunération du concessionnaire doit être liée aux résultats de l'exploitation de l'ouvrage ou du service.

Le transfert de risque constitue donc le critère de distinction entre un marché public et un contrat de concession.