

# Contrats Publics

Actualités **MONITEURJURIS**

Dossier spécial

## L'ordonnance et le décret relatifs aux contrats de concession

Consultez  
votre revue sur  
**MONITEURJURIS**  
et sur tablette  
[moniteurjuris.fr/contratspublics](http://moniteurjuris.fr/contratspublics)

### ► **Champ d'application**

Les contrats exclus  
L'hypothèse des contrats mixtes

### ► **Procédure de passation**

Comment déterminer la durée et le montant ?  
Les modalités de publicité  
L'analyse et le choix des offres  
Le cas particulier des concessions d'aménagement  
De nouvelles perspectives en matière de négociation ?

### ► **Exécution des contrats de concession**

L'obligation de transparence  
La modification des contrats

### ► **Interrogations et incertitudes**

Des textes en contradiction avec la directive concessions ?  
Une procédure de passation inadaptée aux DSP ?  
Un régime des modifications ambigu ?

# Le contenu du contrat des concessions de travaux et de service (public)

L'ordonnance du 29 janvier 2016 détaille les différentes caractéristiques des contrats de concession, que ce soit sur le plan formel, matériel... En outre, on peut se demander si les dispositions de ce texte bouleversent ou non la classification des contrats publics.

L'article 5 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 définit les contrats de concession comme « (...) les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes (...) 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 (...) ».

Les I et II de l'article 6 de l'ordonnance viennent préciser deux types de concession : la concession de travaux publics et la concession de service.

Les premières « ont pour objet soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française, soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

Les contrats de concessions de service ont pour objet la gestion d'un service. Selon l'article 6 de l'ordonnance, « ils peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public. Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

Les réformes, résultant tant de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics qu'aux textes relatifs aux concessions, ont pour objectif d'opérer une structuration binaire des contrats publics. Ces deux textes sont d'ailleurs voués à constituer, avec leurs décrets d'application, les deux pans du futur Code de la commande publique, destiné à embrasser l'ensemble de la matière et rassembler l'intégralité des règles et procédures internes de passation.

L'ordonnance n° 2016-65 invite ainsi à se poser la question des éléments caractérisant les concessions, et le rattachement de tel ou tel contrat public à la nouvelle catégorie des concessions.

## Auteur

**Olivier Raymundie**  
Alkyne avocats

## Références

Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 5 et s.

## Mots clés

Bail emphytéotique • Besoins • Concession de travaux  
• Concession de service • Délégation de service public  
• Groupements • Risqué d'exploitation

## Les traits caractéristiques de la concession

### Un contrat

La concession est d'abord un contrat qui présente, par nature, un caractère bilatéral, ce qui n'est pas une innovation sur le plan pratique<sup>(1)</sup>. En conséquence, est exclu du champ des concessions, au sens de l'ordonnance, l'ensemble des mécanismes de dévolution de compétence ou de responsabilité opérés par voie unilatérale. L'article 7 du texte prévoit expressément que ne constituent pas des concessions « les délégations ou les transferts de compétences ou de responsabilités organisés entre autorités concédantes soumises à l'ordonnance, en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles ».

Sont ainsi logiquement exclus du champ des concessions :

- l'ensemble des transferts de compétences classiques décidés par voie unilatérale entre personnes publiques ;
- les mécanismes contractuels de dévolution, entre autorités concédantes, de mission d'intérêt général ;
- les dévolutions unilatérales opérées au profit d'opérateurs économiques de droit privé, cas dans lesquels, lorsque la loi le prévoit, la gestion d'un service public peut résulter d'un acte unilatéral de l'administration, qui peut prendre la forme d'un agrément<sup>(2)</sup>.

### Le caractère écrit de la concession

L'article 5 de l'ordonnance prévoit que le caractère écrit du contrat constitue un élément de la définition de la concession, ce qui est innovant. Un tel caractère écrit était absent, aussi bien de la définition des anciennes concessions de travaux publics, qui figurait dans l'ordonnance du 15 juillet 2009, que de celle des délégations de service public.

Sur ce point, la concession s'inscrit dans la lignée des conventions d'occupation temporaire, pour lesquelles le Conseil d'État a récemment posé le principe suivant lequel de telles conventions devaient présenter un caractère écrit et symétriquement exclu qu'elles puissent n'être que tacites<sup>(3)</sup>. Aussi, l'inclusion du caractère écrit de la définition même du contrat de concession a pour conséquence que nul ne peut se prévaloir devant le juge d'un contrat de concession tacite.

## La concession répond aux besoins de l'autorité concédante

Le contrat de concession doit satisfaire un besoin de l'autorité concédante. Cet élément ne résulte pas directement de la définition de la concession, mais de l'article 27 de l'ordonnance, qui pose le principe de la définition préalable du besoin<sup>(4)</sup>, expression sous-jacente, dans la notion de délégation de service public, même si ces besoins ne sont pas définis avec précision<sup>(5)</sup>.

### Une autorité concédante

L'article 8 de l'ordonnance dispose que « les autorités concédantes soumises à la présente ordonnance sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles 9 et 10 ». Ces deux derniers articles reprennent à l'identique les définitions de « pouvoir adjudicateur » et d'« entité adjudicatrice » qui figurent aux articles 10 et 11 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Constituent des pouvoirs adjudicateurs l'ensemble des personnes morales de droit public et les personnes morales de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général d'une nature autre qu'industrielle ou commerciale, lorsque leur activité est majoritairement financée par un pouvoir adjudicateur, ou que leur gestion est soumise au contrôle d'un pouvoir adjudicateur, ou encore lorsque leur organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres désignés, pour plus de la moitié, par un pouvoir adjudicateur<sup>(6)</sup>. Constituent encore des pouvoirs adjudicateurs les organismes de droit privé créés par des pouvoirs adjudicateurs pour réaliser certaines activités en commun.

La notion d'entité adjudicatrice, elle, est propre aux activités de réseau. Outre les personnes publiques et les personnes privées qualifiées de pouvoir adjudicateur, elle recouvre également les entreprises publiques et les organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs qui exercent une telle activité.

### Les groupements d'autorités concédantes

Aux termes de l'article 26 de l'ordonnance, la concession peut être conclue par une pluralité d'autorités concédantes, ce qui constitue un point positif en pratique : « Des groupements peuvent être constitués entre des autorités concédantes ou entre une ou plusieurs autorités concédantes et une ou plusieurs personnes morales de droit

(1) CE avis, 9 mars 1995, n° 356931 ; CE avis, 28 septembre 1995, n° 357262 et 357263 ; CE Sect., 3 mai 2004, Fondation Assistance aux animaux, req. n° 249832, mentionné *Rec. CE tables* ; CE avis, 23 octobre 2003, Fondation Jean Moulin, n° 369315.

(2) CE 3 mai 2004, Fondation Assistance aux animaux, req. n° 249832, mentionné *Rec. CE tables*, concernant des agréments relatifs à l'identification d'animaux recueillis ; concl. sur CE Sect., 6 avril 2007, Ville d'Aix-en-Provence, req. n° 284736, publié au *Rec. CE, RFDA 2007*, p. 812.

(3) CE Sect., 19 juin 2015, Société immobilière du port de Boulogne, req. n° 369558, *Rec. CE*.

(4) L'article 27 de l'ordonnance dispose : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation [...] ».

(5) CE Sect., 10 janvier 2007, Société Pompes Funèbres et conseillers funéraires du Roussillon, req. n° 284063, *Rec. CE tables*.

(6) Sur ce point, l'ordonnance du 23 juillet 2015 reprend le I. 1° de l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.

privé qui ne sont pas des autorités concédantes soumises à la présente ordonnance afin de passer conjointement un ou plusieurs contrats de concession, dans les conditions fixées à l'article 28 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée [...] ».

L'article 28 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, auquel il est renvoyé, concerne le mécanisme des groupements de commandes prévu pour la passation des marchés publics.

### Le concessionnaire

La qualité de concessionnaire est réservée à des entités qui peuvent être qualifiées d'« opérateurs économiques »<sup>[7]</sup>. Si cette notion n'est pas définie par l'ordonnance, elle l'est par la directive. Constitue un tel opérateur « toute personne physique ou morale ou entité publique, ou groupement de ces personnes ou entités, y compris des associations temporaires d'entreprises, qui offre l'exécution de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché »<sup>[8]</sup>. Cette définition est identique à celle des marchés publics communautaires<sup>[9]</sup>.

Ainsi, peut avoir la qualité de concessionnaire toute personne privée, physique ou morale, quel que soit son statut, pourvu qu'elle intervienne sur un secteur concurrentiel, que cette intervention procède ou non d'un but lucratif, ce qui n'exclut pas que des personnes publiques puissent se porter candidates à l'attribution d'un contrat de concession<sup>[10]</sup>.

### Groupements de concessionnaires

L'article 4 de l'ordonnance envisage l'hypothèse d'une pluralité de concessionnaires. Cette situation fait écho, à la fois, à l'article 26 de la directive et à l'article 24 du décret d'application, qui permettent aux candidats de présenter une offre sous forme de groupement.

Si cette possibilité, jusqu'alors, n'était pas prévue par la loi Sapin, elle avait toutefois déjà été admise aussi bien par la doctrine administrative que par la jurisprudence du Conseil d'État<sup>[11]</sup>, en matière de délégations portant sur des activités complémentaires.

[7] Cf. l'article 5 de l'ordonnance.

[8] Article 5 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

[9] Article 1<sup>er</sup>, point 8, de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 du Parlement européen et du Conseil, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et reprise à l'article 2 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

[10] CE Ass., 30 décembre 2014, Société Armor SNC, req. n° 355563, *Rec. CE*.

[11] CE 13 juillet 2012, Commune d'Aix-en-Provence, req. n° 358512, *Rec. CE* tables, à propos d'une délégation portant à la fois sur des activités de fourrière et de refuge d'animaux ; Rép. min. n° 00340, JO Sénat Q. 25 octobre 2012, p. 2390.

### La gestion d'un ouvrage : la concession de travaux

L'article 5 de l'ordonnance définit indirectement la concession au regard de son objet. Elle prévoit, au titre de la rémunération du concessionnaire, que celui-ci dispose nécessairement d'un droit d'exploiter l'ouvrage ou le service concédé, droit qui peut, le cas échéant, être assorti d'un prix.

L'ordonnance donne une définition de la notion d'ouvrage, en même temps qu'elle définit l'objet de la concession de travaux qui est, soit l'exécution d'un certain nombre de travaux listés par le droit communautaire dérivé, soit la réalisation d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante<sup>[12]</sup>.

Constitue un ouvrage au sens de l'article 6.1 « le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ». Cette définition, qui est une transposition au mot près de la directive du 26 février 2014<sup>[13]</sup>, recoupe la notion d'ouvrage utilisée pour la définition des marchés publics de travaux, en droit communautaire<sup>[14]</sup> comme en droit interne<sup>[15]</sup>.

De cette définition, il résulte que seul le résultat de travaux portant sur un immeuble peut constituer un ouvrage, à la condition toutefois que ce résultat présente une fonction économique ou bien une fonction technique<sup>[16]</sup>.

### Notion de service : les concessions de service, concessions de service public

À la différence de l'« ouvrage », la notion de « service » n'est pas expressément définie dans l'ordonnance. Pour autant, il est certain qu'elle ne recoupe pas la notion de service public, mais couvre au contraire un champ beaucoup plus étendu. L'article 6 de l'ordonnance, en effet, précise que les contrats de concession de service « peuvent » consister à déléguer la gestion d'un service public, ce qui induit nécessairement qu'*a contrario* les concessions de service peuvent porter sur des services qui ne sont pas des services publics. Ainsi, un contrat de concession de service peut avoir pour objet la dévolution d'un service public, mais toute concession n'emporte pas dévolution du service public, ce qui est inédit.

Par ailleurs, la notion de service semble devoir être lue comme en négatif par rapport aux notions d'ouvrage et de travaux. En effet, si la version finale de l'ordonnance

[12] Article 6, I, de l'ordonnance.

[13] Article 5, point 8, de la directive.

[14] Article 2, point 1. 7 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 ; article 1<sup>er</sup>, point 2. b), de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004.

[15] CMP, art 1<sup>er</sup>, III ; ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 5, I. 2.

[16] Sur le caractère alternatif des critères, cf. notamment : CJCE 27 octobre 2005, Commission des Communautés européennes c./ République italienne, aff. C-187/04 et C-188/04, point 29.

dispose que l'objet de la concession de service est la « gestion d'un service »<sup>[17]</sup>, sans plus de précision, le projet initial d'ordonnance soumis à consultation et la directive précisent que la concession de service porte sur la gestion de services autres que les travaux qui constituent l'objet des concessions de travaux<sup>[18]</sup>. Par cette définition en creux du service, en référence aux notions de travaux et d'ouvrage, il semble que, comme précédemment, le texte renvoie aux définitions du droit des marchés publics, et notamment celles qui concernent le marché public de service.

Or, à ce titre, les marchés publics couvrent l'ensemble des prestations de service relevant du champ du droit de la concurrence. Si la directive du 31 mars 2004 opérerait une distinction entre services dits « prioritaires », d'une part, et services dits « non prioritaires », d'autre part, cette distinction, qui couvrirait l'ensemble des activités concurrentielles de fourniture de service<sup>[19]</sup>, n'avait nullement pour effet d'exclure un certain nombre de services du champ des marchés publics. Elle permettait seulement de prévoir des formalités allégées de publicité et de mise en concurrence préalables pour les services dits « non prioritaires », ceux-ci étant soumis aux seuls principes fondamentaux de la commande publique<sup>[20]</sup>. Si la directive du 26 février 2014 relative aux marchés publics abandonne cette distinction, elle s'inscrit toutefois dans sa continuité puisqu'elle instaure, à la place, une nouvelle catégorie de services dits « sociaux », qu'elle énumère en annexe et pour lesquels les formalités de publicité et de mise en concurrence sont allégées<sup>[21]</sup>.

### Le droit d'exploiter un service ou un ouvrage

L'article 5 définit le contrat de concession au regard de la rémunération du concessionnaire. Celle-ci doit consister dans le droit d'« exploiter » le service (ou l'ouvrage) et avoir pour effet de transférer au concessionnaire un « risque lié à [cette] exploitation ». L'un et l'autre de ces deux derniers critères constituent une reprise à l'identique de la directive du 26 février 2014<sup>[22]</sup>. Ils sont au cœur de l'identification même des concessions.

[17] Article 6, II, de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016.

[18] Article 6, II, du projet initial de l'ordonnance et article 5, 1), a) de la directive.

[19] Ces deux types de service faisaient l'objet d'une liste, sous forme de catégories, figurant aux annexes II A et II B de la directive précitée du 31 mars 2004. La 27<sup>e</sup> et dernière des catégories, intitulée « Autres services », englobait l'ensemble des services ne relevant pas des catégories précédentes, à l'exception des services relatifs aux contrats d'emploi, contrats d'acquisition, de développement, de production ou de coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des contrats concernant les temps de diffusion.

[20] Articles 20, 21 et 22 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004.

[21] Articles 74 et s. de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, ainsi que l'Annexe XIV à cette directive.

[22] Article 5, 1) b), de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014.

La notion de « droit d'exploitation » n'est pas des plus facile. C'est elle qui permettra *in fine* de caractériser ou non la concession, en particulier dans les contrats dans lesquels la rémunération du concessionnaire peut être mixte, c'est-à-dire provenir d'un prix de la personne publique et du droit d'exploiter, ce droit pouvant porter sur le domaine public ou un service public. Un arc-en-ciel de situations peuvent donc se présenter dans lesquelles se posera à chaque fois la question de savoir ce qu'exploite le concessionnaire, son mode de rémunération, et son risque d'exploitation.

### Le risque d'exploitation

L'article 5 de l'ordonnance prévoit que le contrat de concession doit emporter transfert, au profit du concessionnaire, d'un « risque » lié à l'exploitation du service ou de l'ouvrage. Ce risque doit impliquer une réelle exposition aux aléas du marché de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit être purement nominale ou négligeable. L'article précise que le risque d'exploitation est assuré lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, le concessionnaire n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés et qui sont liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service.

Ces éléments sont une reprise, au mot près, de la directive du 26 février 2014<sup>[23]</sup>. Celle-ci, dans son considérant préliminaire, définit en outre la notion de risque d'exploitation comme le risque d'exposition aux aléas du marché. Ce dernier peut être lié, soit à l'offre de fourniture de services considérés, soit à la demande de ces services, soit aux deux. L'évaluation de ce risque s'opère au regard de la « valeur actuelle nette de tous les investissements, coûts et recettes du concessionnaire ». Sont, en revanche, exclus du risque d'exploitation les aléas liés à la mauvaise gestion, à un manquement de l'opérateur économique ou à des cas de force majeure, ces risques étant inhérents à tous les contrats<sup>[24]</sup>.

Le risque, pour la Cour, s'entend de l'exposition aux aléas du marché et recouvre un certain nombre d'éléments, à savoir la concurrence potentielle d'autres opérateurs, l'inadéquation éventuelle entre l'offre et la demande de services, la possible insolvabilité des usagers, la responsabilité découlant des préjudices liés à un manquement du service, ainsi que le risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes. L'ensemble de ces éléments fait l'objet, par la jurisprudence, d'une appréciation *in concreto*, au regard de la méthode du faisceau d'indices<sup>[25]</sup>.

[23] Article 5 de la directive du 26 février 2014.

[24] Considérant préliminaire de la directive précitée du 26 février 2014, point 20. M. Antonio La Pergola, concl. sur CJCE 10 novembre 1998, Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c./ BFI Holding BV, aff. C-360/96, point 27.

[25] CJUE 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler c./ Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, aff. C-274/09, points 37-38 pour le

## Essai de classification des contrats publics

### Les délégations de service public sont des concessions

L'ordonnance sur les concessions a vocation à se substituer aux anciennes délégations de service public. En effet, son article 77 abroge les dispositions des articles 38 et suivants de la loi Sapin n° 93-122 du 29 janvier 1993, qui régissent les délégations de service public conclues par l'État et ses établissements. Ces types de contrats seront désormais soumis aux dispositions de l'ordonnance, et celle-ci ne reprend pas le terme de « délégation de service public ».

Parallèlement, l'ordonnance modifie en profondeur les dispositions du CGCT relatives aux contrats de délégation de service public des collectivités et de leurs établissements. La rédaction du nouvel article L. 1411-1 du CGCT, finalement adoptée par l'article 58 de l'ordonnance, dispose qu'« une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (...) ».

Dorénavant, les délégations se définissent comme une concession de service, même si le terme « délégation de service public » est maintenu pour les collectivités territoriales. Il disparaît en revanche pour l'État, lequel passera des « concessions ».

Les délégations de service public, on le sait, se définissent au regard, à la fois de leur objet et du mode de rémunération du cocontractant. En effet, d'une part, la délégation porte sur un service public et a nécessairement pour objet de confier la « gestion » de celui-ci au délégataire. D'autre part, la rémunération de ce dernier doit être « substantiellement liée » aux résultats de l'exploitation du service, objet de la délégation<sup>[26]</sup>. La notion de risque, si elle ne figure pas expressément dans la définition légale de la délégation, est bel et bien présente dans la jurisprudence du Conseil d'État, celui-ci exigeant classiquement, pour reconnaître la qualification de délégation de service public, que le cocontractant soit exposé à un « réel risque d'exploitation »<sup>[27]</sup>. C'est dorénavant la notion de droit d'exploiter qui vient se substituer à celle de « rémunération substantielle ».

Dès lors, les critères liés à la rémunération des concessions de service et des délégations de service public sont assez proches, pour ne pas dire identiques, si bien que l'ensemble des délégations de service public actuelles sera vraisemblablement qualifié de concessions de

principe, et 39-49 pour la mise en œuvre selon la méthode du faisceau d'indices.

[26] Sur les deux critères, cf. le premier alinéa de l'ancien article L. 1411-1 du CGCT.

[27] CE Sect., 7 novembre 2008, Département de Vendée, req. n° 291794, *Rec. CE tables* ; CE Sect., 5 juin 2009, Société Avenance-enseignement et santé, req. n° 298641, *Rec. CE tables*.

service public. Certes, pour certaines délégations, la question pourra se poser de savoir si la rémunération se fait aux risques et périls du concessionnaire, comme pour certains contrats de régie intéressée ou de gérance ou encore quelques contrats innomés.

### Concession, marchés publics et marchés de partenariat

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 n'apporte aucune innovation quant à la définition de la notion de marché public. Reprenant l'article 2 du Code des marchés publics de 2006, son article 4 dispose en effet que « (...) Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services (...) ». Aussi, les concessions relevant de l'ordonnance du 29 janvier 2016 sont distinctes des marchés publics et cette distinction s'opère au regard du critère de la rémunération.

Les contrats de partenariat étaient déjà assimilés par le Conseil d'État à des marchés publics<sup>[28]</sup>.

Les articles 100 et 102 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics suppriment la catégorie contractuelle des contrats de partenariat; et lui substituent celle, nouvelle, des « marchés de partenariat ». Le premier article, en effet, soumet les anciens contrats de partenariat à l'ordonnance du 23 juillet, tandis que, dans le même temps, le second abroge l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Ainsi il résulte, des termes mêmes de cette définition, que les marchés de partenariat constituent bel et bien des marchés publics soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015, et se distinguent donc des contrats de concession relevant, eux, de l'ordonnance du 29 janvier 2016. C'est, ici encore, le mode de rémunération qui permet d'établir la frontière entre les deux notions.

### Distinction concessions / BEA

La question du statut des baux emphytéotiques administratifs, au regard des différentes catégories de contrats du droit communautaire, était, jusqu'à 2011, relativement incertaine. Ceux-ci entraient dans le champ des contrats de la commande publique au niveau communautaire lorsqu'ils étaient « adossés » à un contrat lui-même soumis aux directives.

Ainsi, le bail constituait un marché public de travaux - au sens des directives - lorsqu'il s'accompagnait de travaux importants destinés à devenir, à l'issue du bail, la propriété de la collectivité publique concédante<sup>[29]</sup>.

[28] CE Ass., 29 octobre 2004, Sueur et autres, req. n° 269814.

[29] TA Nice, Ord., 6 décembre 2006, Société Cirmad Grand Sud, req. n° 0605880.

À l'inverse, il constituait une concession s'il était « adossé » à un contrat de ce type<sup>[30]</sup>. En formation consultative, il a été considéré que, si le bail emphytéotique administratif ne constitue ni un marché public ni, en cas de mission limitée du preneur, une délégation de service public, celui-ci était toutefois soumis aux obligations de publicité et mise en concurrence préalables de la loi Sapin lorsqu'il s'accompagnait d'une véritable délégation de service public<sup>[31]</sup>. Cet état de la jurisprudence a été consacré dans le CGCT, à la suite du décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011, relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs codifié sous l'article R. 1311-2 du CGCT.

Dès lors, eu égard à cette situation particulière au sein de la typologie des contrats de la commande publique, la question de savoir si certains BEA pouvaient être qualifiés de concession, et notamment de concession de service,

[30] CE Ass., 10 juin 1994, Commune de Cabourg, req. n° 141633, *Rec. CE* ; cf. également : TA Paris, ord., 3 février 2009, Société Ken Club, req. n° 0900393.

[31] CE avis, Section sociale, 16 juin 1994, n° 356101 ; cf. également, CAA Bordeaux 7 mai 2015, Commune de Rivedoux-Plage, req. n° 13BX02005.

aurait pu se poser. Toutefois, l'ordonnance du 23 juillet 2015, dans un souci de rationalisation des catégories contractuelles de droit interne et dans une volonté de calquer celles-ci sur le droit communautaire, semble avoir expressément exclu cette possibilité.

Son article 101 modifie l'article L. 1311-2 du CGCT et ajoute un alinéa qui interdit expressément que le bail emphytéotique administratif ait pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie constituée par un prix ou un droit d'exploitation, et ce pour le compte ou pour les besoins d'une autorité soumise à l'ordonnance du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics, ou à celle du 29 janvier 2016, relative aux concessions.

Ainsi, cette limitation des cas de recours au bail emphytéotique administratif empêche mécaniquement que celui-ci puisse se superposer à la fois aux marchés publics et aux contrats de concession<sup>[32]</sup>.

[32] O. Raymundie, « Les contrats soumis au référé précontractuel (éclairages à l'aune de l'ordonnance du 29 janvier 2016) », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 163, mars 2016, p. 36.