

COMPLÉMENT SERVICES PUBLICS

N° 22 • Avril 2016

DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

DOSSIER

Numéro spécial Ordonnance « concessions »

▲ SERVICE PUBLIC

Quel avenir pour la DSP ?

▲ TYPOLOGIE DES CONCESSIONS

Développements autour de l'objet des concessions

▲ CONCESSION DE SERVICES

La notion de risque au centre de la définition de la concession de services

▲ PROCÉDURES

Les nouvelles procédures de passation des contrats de concession

▲ AUTRES NOTIONS

Durée – Concessions *in house* – Groupement entre autorités concédantes – Nouveau régime des modifications des contrats – Exclusions

Consultez
votre ouvrage sur
MONITEUR JURIS
moniteurjuris.fr/DSP

EDITIONS

LE MONITEUR

editionsdumoniteur.com

Éditions du Moniteur

Antony Parc 2
10, Place du Général de Gaulle
BP 20156
92186 Antony Cedex
www.editionsdumoniteur.com
Tél : 01 79 06 70 70
Fax : 01 79 06 75 71

Rédaction

Responsable éditorial : Arnaud Bongrand

Direction

Éditeur : Claire de Gramont
Directeur commercial : Christophe Vitellio
Service commercial : Maël Gombert
Gestion des abonnements : Nadia Clément
Relations clients :
Valérie Ternynck
Internet : www.editionsdumoniteur.com
Fabrication : Nathalie Randon
Gestion : Pauline Chien
Conception graphique : Catherine Latorca
Mise en page : STD

COMPLÉMENT SERVICES PUBLICS

est édité par Groupe Moniteur
SAS au capital de 333 900 €

Siège social :

10, place du Général de Gaulle
BP 20156 - 92186 Antony
N° SIRET : 403.080.823.00012
N° TVA Intracommunautaire :
FR 32 403.080.823

Principal actionnaire :

Info Services Holding

Président, directeur de la publication :

Christophe Czajka

Imprimé par :

Imprimerie de Champagne
Z.I. Les Franchises
52200 Langres

Commission paritaire : 0618 T 90908

ISSN : 1764-0857

Dépôt légal à parution.

Prix de vente au numéro : 19 euros.

EDITIONS

LE MONITEUR

editionsdumoniteur.com

COMITÉ DE RÉDACTION**DIRECTION SCIENTIFIQUE****Laurent Richer****Modes de gestion, Énergie**

Professeur à l'Université Paris I et avocat au Barreau de Paris, il est coauteur et directeur scientifique de l'ouvrage collectif *Délégation de service public* (éditions Le Moniteur), auteur de *Droit des contrats administratifs* (Lextenso, 7^e édition, 2010) et de *L'Europe des marchés publics* (Lextenso, 2009), ainsi que de nombreux articles dans les revues spécialisées (AJDA, CP-ACCP). Il est également membre du comité de rédaction de l'AJDA et de CP-ACCP.

Christophe Cabanes**Contentieux**

Avocat au Barreau de Paris associé de la SELARL Cabanes Neveu Associés, il s'est spécialisé en droit public et intervient essentiellement dans le domaine des contrats et services publics, en conseil mais également et surtout en contentieux (administratif, pénal, concurrence). Il est également coauteur de l'ouvrage de référence *Droit de la concurrence dans les contrats publics* paru aux Éditions du Moniteur.

Martin Collet**Fiscalité**

Agrégé de droit public, il est professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), où il enseigne le droit fiscal et le droit administratif. Il est notamment l'auteur de *Procédures fiscales* (PUF, coll. « Thémis », 2011) et de *Droit fiscal* (PUF, coll. « Thémis », 2^e éd., 2009).

Jean-Pierre Gohon**Contrôles, services sociaux,
droit des usagers**

Avocat, spécialiste en droit public et en droit économique, ancien conseiller de chambre régionale des comptes et ancien membre de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés et conventions de délégation de service public. Il est l'auteur de divers articles en droit des contrats publics et du « Que sais-je ? » sur « Les marchés publics européens ». Il intervient dans divers cycles de formation.

Benoît Neveu**Environnement**

Avocat au Barreau de Paris, il consacre entièrement son activité au droit des contrats et services publics. Associé de la SELARL Cabanes Neveu Associés, il intervient notamment dans le cadre de nombreuses missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour le choix et la mise en œuvre de modes de gestion des services publics locaux. Il est également coauteur de l'ouvrage *Droit de la concurrence dans les contrats publics* paru aux Éditions du Moniteur, et auteur de l'ouvrage *Partenariats publics privés ; mode d'emploi juridique et approche économique*, publié à La Documentation Française.

Olivier Raymundie**Culture, sports, tourisme**

Docteur en droit public, avocat du cabinet Raymundie, cabinet spécialisé en droit public, il enseigne à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne. Il est également l'auteur d'ouvrages et d'articles se rapportant au droit administratif et aux services publics.

François Troger**Transports**

Gérant de SATIS Conseil, société de conseil en organisation et gestion des services publics intervenant principalement auprès de nombreuses collectivités territoriales, il a dirigé des entreprises gestionnaires de services dans les secteurs du transport public et du stationnement.



Nous alertons nos lecteurs sur la menace que représente, pour l'avenir de l'écrit, le développement massif du « photocopillage ». Le Code de la propriété intellectuelle interdit expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est développée dans de nombreux cabinets, entreprises, administrations, organisations professionnelles et établissements d'enseignement, provoquant une baisse des achats de livres, de revues et de magazines. En tant qu'éditeur, nous vous mettons en garde pour que cessent de telles pratiques.

Aux termes du Code de la propriété intellectuelle, toute reproduction ou représentation, intégrale ou partielle, de la présente publication, faite par quelque procédé que ce soit (reprographie, micro-filmage, scannérisation, numérisation...) sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Toutefois, l'autorisation d'effectuer des reproductions par reprographie peut être obtenue auprès du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, tél. : 01 44 07 47 70, fax : 01 46 34 67 19.

▲ NUMÉRO SPÉCIAL

Chronique

Laurent Richer

Service public	3
I. Le sort de la loi Sapin	3
II. Les règles jurisprudentielles	5

Olivier Raymundie

Typologie des concessions : développements autour de l'objet des concessions

I. Identification de l'objet des concessions : gestion d'un ouvrage ou d'un service	6
A. Notion d'ouvrage	6
II. Distinction entre les différentes concessions – critère de l'objet principal	10

François Troger

La notion de risque au centre de la définition de la concession de services

I. La prise en compte de la notion de risque dans les délégations de service public antérieurement à l'ordonnance du 29 janvier 2016	12
II. Le régime défini par l'ordonnance	13
III. Des questions qui restent ouvertes	16

Benoît Neveu

Les nouvelles procédures de passation des contrats de concession

I. Champ d'application	17
II. Points communs	19
III. Différences	21
IV. Synthèse	24

Laurent Richer

Durée des concessions	27
I. Durée initiale	27
II. Prolongation	28
III. Résiliation	29

Aymeric Hourcabie

Concession in house	31
I. De l'unité à la diversité des types de relations <i>in house</i>	31
II. Des conditions communes précisées	33

Olivier Raymundie

Les concédants et les possibilités de groupements entre autorités concédantes ..	39
I. Notion d'autorité concédante	39
II. Pluralité d'autorités concédantes et possibilité de constituer des groupements d'autorités concédantes	39

Benoît Neveu

Le nouveau régime des modifications des contrats de concession	45
I. Modifications anticipées contractuellement	45
II. Modifications rendues nécessaires en cours d'exécution	46
III. Modifications facultatives	47

Laurent Richer

Exclusions	51
I. Contrats non concessifs	51
II. Exclusions liées au statut de l'opérateur	53
III. Exclusions résultant de l'application de règles spécifiques	55
IV. Exclusions à raison de l'objet de la concession ...	56

Olivier Raymundie
 Avocat au Barreau de Paris
 AARPI Alkyne Avocats

CSP 2016-22-2

Typologie des concessions : développements autour de l'objet des concessions

I. Identification de l'objet des concessions : gestion d'un ouvrage ou d'un service

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⁽¹⁾. Il en découle que le contrat de concession a nécessairement pour objet la gestion d'un « ouvrage » ou d'un « service ».

Reste toutefois à déterminer ce que l'on entend par gestion d'un ouvrage ou d'un service. Sur ces notions, l'ordonnance se réfère aux règles et définitions qui régissent les marchés publics.

A. Notion d'ouvrage

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⁽²⁾.

Le texte précise en effet que constitue un ouvrage « le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique »⁽³⁾. Cette définition, qui est une transposition au mot près de la directive du 26 février 2014⁽⁴⁾, recoupe la notion d'ouvrage utilisée pour la définition des marchés publics

de travaux, en droit communautaire⁽⁵⁾ comme en droit interne⁽⁶⁾.

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 (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).

Pour difficile qu'elle soit à cerner, il semble que la notion de « résultat de travaux destiné à remplir par lui-même une fonction économique » recouvre à la fois les travaux portant sur des immeubles dont l'exploitation constitue, en tant que telle, une activité relevant du champ du droit de la concurrence, ainsi que les travaux qui portent sur un immeuble destiné à accueillir des activités de commerce ou de service soumises au droit de la concurrence. En effet, d'une part, la Cour de justice a jugé que présentait une telle fonction économique l'activité de mise à disposition contre rémunération d'infractions autoroutières et ce indépendamment de la question de sa rentabilité (CJCE, 27 octobre 2005, Commission des Communautés européennes c/ République italienne, aff. C-187/04 et C-188/04, préc.,

MOTS CLÉS

Concession de services
 Concession de service public
 Concession de travaux
 Objet des concessions

1 Article 5 de l'ordonnance.

2 Article 6, I. de l'ordonnance.

3 Article 6, I. de l'ordonnance.

4 Article 5, point 8, de la directive.

5 Article 2, point 1.7 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; article 1^{er}, point 2. b), de la directive n° 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

6 Article 1^{er}, III. du Code des marchés publics ; article 5, I. 2° de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

point 28 ; CJCE, 12 septembre 2000, Commission c/ France, aff. C-276/97, point 32). D'autre part, la Cour a admis que la réalisation d'un pôle de loisirs destiné à l'accueil d'activités commerciales et de services remplissait une telle fonction économique (CJCE, 18 janvier 2007, Jean Auroux c/ Commune de Roanne, aff. C-220/05, point 41).

La notion de bien remplissant par lui-même une fonction technique semble quant à elle permettre d'attirer toute une série de travaux de génie civil décidés dans un but d'intérêt général, quand bien même leur résultat ne ferait ni l'objet d'une exploitation constituant une activité concurrentielle, ni ne serait destiné ni à accueillir des activités soumises au droit de la concurrence. Sur ce point, la Cour de justice a jugé que présentait une fonction technique le résultat de travaux de génie civil ayant consisté en la construction de raccordements autoroutiers destinés à résoudre de graves problèmes de voirie (CJCE, 27 octobre 2005, Commission des Communautés européennes c/ République italienne, aff. C-187/04 et C-188/04, préc., points 26 et 27).

B. Notion de service

1. « Prestation de service » au sens des marchés 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 services « peuvent » consister à déléguer la gestion d'un service public. Cela induit nécessairement qu'*a contrario* les concessions de services peuvent porter sur des services d'une nature différente de celle des services publics.

Le projet initial d'ordonnance soumis à consultation par le ministère des Finances distinguait d'ailleurs expressément, au sein des contrats de concessions de services, ceux qui portaient sur la gestion d'un service public et les qualifiait expressément de « concessions de service public »⁷.

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 dispose que l'objet

de la concession de service est la « gestion d'un service »⁸, 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 travaux⁹. Ceux-ci sont, comme il a été dit précédemment, soit l'un des travaux listés par le droit communautaire dérivé, soit des travaux portant sur la réalisation d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante.

Par cette définition en creux du service, en référence aux notions de travaux et d'ouvrage, il semble que, comme précédemment, le texte revoie aux définitions du droit des marchés publics, et notamment celles qui concernent le marché public de service.

La définition de la notion d'opérateur économique figurant dans la directive apporte un éclairage en ce sens. Identique à celle qui vaut pour la définition des marchés publics, l'opérateur économique se définit au regard de son activité qui est d'« offrir l'exécution de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché »¹⁰. Cette référence à cette dernière notion de « prestation de service » n'est pas la seule qui figure au sein de la directive. Elle est également présente dans la définition des missions du concessionnaire qui peuvent être confiées à un sous-traitant, ainsi que dans les règles relatives au calcul de la valeur de la concession, et dans la définition de la notion de concession confiée à une entreprise liée¹¹.

Ainsi, la notion de « service », au sens des concessions, semble recouvrir la notion de « prestation de service » au sens du droit des marchés publics. À ce titre, l'ordonnance semble importer purement et simplement en droit français la notion communautaire de « concession de service » qui ne se distingue de celle de marché public qu'au regard des modalités de rémunération du cocontractant de l'autorité publique, et nullement quant à son objet. Sur ce point, en

8 Article 6, II, de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

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

10 Article 5, 2) de la directive du 26 février 2014.

11 Sur ces points, cf. la directive : article 42, 3, pour les missions du concessionnaire qui peuvent être confiées au sous-traitant ; article 8, 3., f), pour le calcul de la valeur de la concession ; article 13, 4., a) et 6., pour la définition de la notion de concession confiée à une entreprise liée.

7 Cf. le II, de l'article 5 du projet d'ordonnance initial, soumis à concertation publique par le ministère des Finances.

effet, la concession de service était définie par la directive précitée du 31 mars 2004 comme le « contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de service, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix »¹². Cette disposition a fait l'objet d'une lecture littérale de la part de la Cour de justice qui l'a interprétée comme fondant la distinction entre concession de service et marché public de service exclusivement sur les modalités de la contrepartie de la prestation de service (CJCE, 10 septembre 2009, *WAZV Gotha c./ Eurawasser*, n° C-206/08, point 51).

Si la formulation de la définition de concession est quelque peu modifiée par la directive du 26 février 2014, qui ne fait plus référence à l'objet du marché public de service, il semble toutefois qu'il ne s'agisse que d'une simple reformulation qui n'apporte aucune modification sur le fond.

Or, à ce titre, les marchés publics, on le sait, couvrent l'ensemble des prestations de service relevant du champ du droit de la concurrence. Si la directive du 31 mars 2004 opérait une distinction entre services dits « prioritaires », d'une part, et services dits « non prioritaires », d'autre part, cette distinction, qui couvrait l'ensemble des activités concurrentielles de fourniture de service¹³, 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 publique¹⁴. Si la directive du 26 février 2014 relative aux marchés publics abandonne cette distinction, elle s'inscrit tou-

tefois 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 publicités et de mise en concurrence sont allégées¹⁵.

2. Conséquence de cette définition extensive : inclusion de certains contrats en matière domaniale (domaines public et privé) et de contrats de sous-traitance ?

Ainsi, les concessions de services peuvent porter sur toute activité concurrentielle de fourniture de service et ce quand bien même l'activité en cause ne pourrait être qualifiée de service public.

On pense en premier lieu à des activités d'intérêt général. On sait sur ce point que si le caractère d'intérêt général d'une activité constitue une condition essentielle et nécessaire à sa qualification de service public, elle n'est toutefois pas suffisante. La jurisprudence exige en outre classiquement que, dans le cadre d'une gestion par une entité privée, le gestionnaire se voit confier des prérogatives de puissance publique et qu'il soit soumis à un contrôle de la personne publique responsable (CE, Sect., 28 juin 1963, *Sieur Narcy*, req. n° 4383, publié au *Lebon* ; sur la possibilité d'un service même en l'absence de prérogative de puissance publique, cf. : CE 20 juillet 1990, *Ville de Melun*, req. n° 69867 et 72160, publié au *Lebon*).

Tout d'abord, seraient susceptibles d'être qualifiés de concession de service les contrats par lesquels une personne publique confie à une entité privée la réalisation d'une activité d'intérêt général de fourniture de service alors même que cette mission ne mettrait en jeu l'exercice d'aucune prérogative de puissance publique et/ou que le gestionnaire ne serait soumis à aucun contrôle de la part de la personne publique.

On pense ici particulièrement aux contrats conclus par les personnes publiques en vue de valoriser leur domaine, public ou privé (sur la possible inclusion de certaines conventions portant occupation du domaine public au sein de la catégorie des concessions, cf. Stéphane Braconnier, « La typologie des contrats publics face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA* 2014 p. 832 ; Olivier Raymundie, « Les contrats soumis au référé précontractuel (éclairages à l'aune de l'ordonnance du 30 janvier 2016) », à paraître à l'*AC-*

12 Article 1^{er}, point 4 de la directive précitée du 31 mars 2004.

13 Ces deux types de service faisaient l'objet d'une liste, sous forme de catégories, figurant au annexes II A et II B de la directive précitée du 31 mars 2004. La 27^e 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.

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

15 Article 74 et suivants de la directive 2014/24/CE, ainsi que l'Annexe XIV à cette directive.

CP). En effet, la matière domaniale constitue l'un des terrains de prédilection du système concessif, au point que l'on peut concevoir qu'un contrat passé en cette matière, s'il comporte des prescriptions imposant à l'occupant la réalisation de prestations au profit des usagers, puisse répondre à un besoin d'une personne publique, avoir pour objet de confier la gestion d'une activité de fourniture de service à un opérateur économique, qui se rémunérerait sur l'exploitation de cette activité. Tel serait par exemple le cas d'un contrat prévoyant la réalisation, sur le domaine public d'un hôpital ou d'un musée, d'une activité de restauration.

Si le domaine fait l'objet d'un nombre conséquent de dispositions particulières, notamment au Code général de la propriété des personnes publiques, l'ordonnance ne comporte aucune disposition particulière tendant à exclure cette matière. Au contraire, plusieurs articles laissent penser qu'elle pourrait s'appliquer à des contrats portant sur le domaine, un titre étant même réservé aux « dispositions relatives à l'occupation domaniale »¹⁶.

Cette question devra être tranchée par la jurisprudence. Dans l'affirmative, elle serait susceptible d'apporter une inflexion importante au principe selon lequel les contrats conclus par les personnes publiques sur leur domaine privé sont soumis au droit privé. En effet, dans l'hypothèse où ils seraient qualifiés de concessions, l'article 3 de l'ordonnance leur conférerait automatiquement une nature administrative...

Ensuite, pourraient également être qualifiés de concession de service les contrats par lesquels l'une des autorités concédantes de droit privé confie à un opérateur une mission d'intérêt général quelle qu'elle soit. Dans cette situation, en effet, la qualification de concession de service public paraît être automatiquement exclue puisqu'aucune personne publique, par définition, ne contrôle le cocontractant dans l'exécution de ses obligations contractuelles.

On pense principalement aux hypothèses de certains contrats de « sous-traitance » conclus par des sociétés d'économie mixte pour l'exécution d'une concession. En effet, on le sait, il est en pratique fréquent que les personnes publiques n'exercent pas directement les missions dont elles ont la charge, mais aient au contraire recours à des entités *ad hoc* dont certaines,

comme les sociétés d'économie mixte, relèvent du droit privé. Dans ce cadre, l'entité privée est unie à la personne publique par un lien contractuel, le plus souvent une délégation de service public et, demain, un contrat de concession. Ainsi, ce type d'entité peut à la fois cumuler les qualités de « concessionnaire » et d'« autorité concédante », au point que les contrats de sous-traitance qu'elle passerait dans le cadre de l'exécution de la délégation ou de la concession principale s'analyseraient également en des contrats de concessions, au sens de l'ordonnance.

Ce cas de figure n'est pas totalement nouveau puisque, déjà, ces structures avaient la qualité d'entité adjudicatrice au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005¹⁷, ce qui avait pour conséquence d'entraîner la qualification de « marché » pour beaucoup des contrats de sous-traitance qu'elles pouvaient conclure dans le cadre de l'exécution de la délégation principale et de soumettre ceux-ci à des formalités de publicité et de mise en concurrence préalables. En ce sens, l'ordonnance ne fait qu'étendre les obligations de mise en concurrence aux contrats prévoyant un mode de rémunération différent de celui d'un simple prix.

En pratique, ces situations devraient toutefois n'être que résiduelles puisque les personnes de droit privé susceptibles d'être qualifiées d'« autorité concédante » exercent principalement des activités à caractère administratif.

3. Autre conséquence de cette définition extensive : inclusion de contrats ne répondant à aucun motif d'intérêt général ?

Cependant, et en deuxième lieu, les contrats de concession ne semblent nullement devoir se limiter à des activités d'intérêt général. Si la Cour de justice ne semble jamais s'être expressément prononcé sur ce point, plusieurs de ses avocats généraux ont pris position sur cette question. En 1998, Antonio La Pergola, dans ses conclusions sur l'arrêt *Germeente Arnhem*¹⁸, avait estimé que la concession de services, en droit communautaire, exigeait que le service en question revête un caractère d'intérêt général du fait que cette activité incombe

17 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, article 3.

18 Antonio La Pergola, conclusions, point 26, sur CJCE, 10 novembre 1998, *Germeente Arnhem c/BFI Holding BV*, aff. C-360/96.

16 Titre III de l'ordonnance, articles 50 et 51.

institutionnellement à une autorité publique. Il n'a cependant pas précisé la règle ou le principe qui servait de référence et de fondement à son raisonnement. Nial Fennely, deux ans plus tard, s'est détaché de cette position lorsqu'il a conclu sur dans l'affaire *Telaustria*¹⁹. Il a considéré au contraire qu'il n'était pas nécessaire qu'une concession de service porte sur un service public ou un service d'intérêt économique général, même s'il reconnaissait que, dans les faits, la plupart des services concédés seraient très probablement d'intérêt général.

Son raisonnement reposait sur l'idée que la Cour était dans l'impossibilité de se fonder sur un critère lié à un intérêt public puisque, d'une part, aucun élément de ce type ne figurait dans la définition même de la concession et que, d'autre part, la notion de service d'intérêt économique général était propre au mécanisme des aides d'État. Il a enfin relevé que l'appréciation du caractère d'intérêt général d'une activité relève de la compétence du juge national et pointé que, en l'absence d'harmonisation de la notion d'intérêt général entre les différents États de la Communauté, l'acceptation d'un tel critère entraînerait mécaniquement une application non uniforme des directives en matière de droit des concessions. Aussi, Nial Fennely concluait en ce sens que l'inclusion, au sein de la définition des concessions de service, d'un critère lié à l'intérêt public ou général du service concerné relevait exclusivement de la compétence du législateur communautaire, dans le cadre d'une harmonisation de la notion de concession.

Cette position de l'avocat général semble encore aujourd'hui d'actualité et correspondre à l'état du droit puisqu'elle n'a pas été infirmée par la Cour et que le législateur communautaire, malgré l'adoption de plusieurs directives en la matière, n'a pas modifié les critères de l'objet des concessions.

Toutefois, la possibilité qu'un contrat de concession porte sur une activité qui ne soit pas d'intérêt général ne devrait recouvrir, en pratique, que des hypothèses très restreintes (Laurent Richer, « Concession de service public », *AJDA* 2001 p. 106). On sait que l'intervention de toute personne publique doit répondre à un but d'intérêt général. Il en va de même des sociétés d'économies

mixtes locales lorsqu'elles interviennent sur les marchés concurrentiels (article L. 15211 du Code général des collectivités territoriales ; CE 5 juillet 2010, Syndicat national des agences de voyage, req. n° 308564, publié au *Lebon*).

Cependant, le caractère d'intérêt général ne devrait pas constituer un critère de définition du contrat de concession. Une telle solution serait en effet contre-productive puisque, on l'imagine bien, elle aurait pour conséquence de soustraire de tels contrats à la fois aux formalités de publicité et mise en concurrence préalable prévues par l'ordonnance ainsi qu'au contrôle de la juridiction administrative en matière de contrats de la commande publique, ce qui restreindrait les possibilités de sanction de telles interventions publiques illégales...

Ainsi, tout contrat passé par une autorité concédante pour répondre à ses besoins pourra être qualifié de contrat de concession de service dès lors qu'il aura pour objet la réalisation d'une prestation de service et qu'il prévoira un mode de rémunération répondant aux conditions posées par l'article 5 de l'Ordonnance.

II. Distinction entre les différentes concessions – critère de l'objet principal

L'article 6 de l'ordonnance envisage les cas, plus que fréquents dans la pratique, des contrats de concession qui portent à la fois sur des travaux et des services. Le texte attribue la qualification en fonction de l'objet principal.

Ce critère de l'objet principal n'est pas nouveau en soi. La directive précitée du 31 mars 2004 comportait déjà un dispositif analogue en matière de marchés publics. Son article premier disposait en effet qu'un marché public ayant pour objet à la fois des produits et des services était considéré comme un marché de services « lorsque la valeur des services dépass[ait] celle des produits incorporés dans le marché ». De même, toujours en matière de marchés, la Cour de justice utilise de longue date ce critère de l'« objet principal du contrat » pour qualifier un marché comportant à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux et des éléments relatifs à un autre type de marché (CJCE 29 octobre 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-536/07, point 57 ; CJCE, 21 février 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-412/04, point 47 ; CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux e.a.*, aff. C-220/05, point 37 ; CJCE, 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, aff. C-331/92, point 29).

19 Nial Fennely, conclusions, points 35 et suivants, sur CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH c/ Telekom Austria AG*, aff. C-324/98.

Si l'ensemble de ces solutions concerne les marchés publics, elles semblent toutefois parfaitement transposables aux contrats de concessions puisque marchés publics et concessions ont, en droit communautaire, des objets identiques et ne se distinguent qu'au regard de la rémunération du cocontractant [CJCE, 10 septembre 2009, *WAZV Gotha c./ Eurawasser*, aff. C-206/08]. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcé le tribunal administratif de Caen, dans un jugement remarqué du 30 juin 2009, pour distinguer les concessions de travaux des concessions de service public, et ce aussi bien sur le terrain du droit communautaire que sur celui du droit interne⁽²⁰⁾.

Un tel critère a depuis été expressément inclus en droit interne par l'ordonnance du 15 juillet 2009, adoptée pour la transposition de la directive précitée du 31 mars 2004, et par son décret d'application du 26 avril 2010⁽²¹⁾, pour distinguer les concessions de travaux publics et les concessions de service. Le Conseil d'État en a d'ailleurs fait plusieurs fois application pour distinguer la délégation de service public de la concession de travaux, aussi bien au titre de ses attributions consultatives que dans le cadre contentieux⁽²²⁾.

20 TA Caen, 30 juin 2009, *Société Groupe Emeraude*, req. n° 0701789, *AJDA* 2009, p. 1733 : le tribunal, juge communautaire de droit commun en sa qualité de juge national [CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. C-314/85], se fonde à la fois sur les dispositions de la directive du 31 mars 2004 et sur l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales.

21 L'article 3 de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009, relative aux contrats de concession de travaux publics, dispose en effet : « Lorsqu'un contrat de concession porte à la fois sur des services et des travaux, il est soumis au présent titre [relatif aux concessions de travaux publics] si son objet principal est de réaliser des travaux ». Ces dispositions sont reprises à l'article 3 du 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.

22 Pour une application de l'ordonnance du 15 juillet 2009 : CE, Section des travaux publics, avis, 21 juin 2011, *Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement*, req. n° 385.183, publié dans le rapport d'activité du Conseil d'État de 2012. Pour une décision contentieuse se fondant sur le décret du 26 avril 2010 : CE 26 juin 2015, *Grand Port maritime de la Martinique*, req. n° 388867.