

## ALERTE FEBVRIER 2018

### FOCUS

#### A propos du Livret n° 5 de l'IGD relatif aux Contrats de concessions exclus

[www.fondation-igd.org](http://www.fondation-igd.org)

#### Présentation de l'ouvrage

Afin d'intégrer les apports réalisés par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et son décret n° 2016-86 du 1er février 2016, la Commission juridique de l'Institut de la Gestion Déléguée (IGD) a déjà réalisé plusieurs études qu'elle met à disposition sur son site :

- Livret 1 – les contrats de concession ;
- Livret 4 – Passation et rédaction des contrats de concession)

Ce nouveau travail « traite des exceptions apportées à l'application de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (ci-après « ordonnance Concessions » ou « ordonnance ») et du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession (ci-après « décret Concessions » ou « décret »).

Elles concernent des contrats ayant la qualification juridique de contrats de concession au sens de l'ordonnance Concessions, mais qui sont néanmoins exclus du champ d'application de ses dispositions » (p. 4)

#### Dispense de mise en concurrence vaut dispense de transparence ?

Tel est en tout cas la position de l'IGD qui considère que « les règles de publicité et de mise en concurrence sont écartées pour la passation des contrats de concessions exclus » (p. 5). Le Rapport cite l'exemple du in house, puis enchaîne avec la question suivante « cependant, cela conduit à poser une question, encore mal résolue en droit des marchés publics : l'exclusion du champ d'application de la directive et de l'ordonnance implique-t-elle que le principe de transparence issu du Traité et / ou des principes de la commande publique ne s'applique pas ? » (Idem)

Question épineuse bien connue des juristes, à laquelle l'IGD entend répondre : « à la lecture de l'ordonnance Concessions, quand les règles de publicité et mise en concurrence sont écartées par suite de la nature de l'opération ou de l'intuitu personae, ce qui vaut pour les textes vaut aussi pour les principes; l'exclusion a une portée générale » (Idem).

Il est pourtant fort probable qu'une ordonnance ne suffise pas à écarter des normes plus élevées, le droit communautaire originaire ou le droit constitutionnel.

Il est vrai que la tournure de phrase garantit l'IGD d'une erreur majeure : « à la lecture de l'ordonnance », ce qui signifie qu'en lisant d'autres sources la réponse n'eût pas été la même.

## **Trois grandes catégories d'exceptions**

De manière pédagogique, l'IGD classe les exceptions à l'application de l'ordonnance en trois grandes catégories :

1° « les exceptions résultant de l'existence d'un droit exclusif (articles 13-1° et 14-1° de l'ordonnance Concessions) ».

2° Celles découlant de l'objet du contrat de concession (articles 13 et 14 de l'ordonnance Concessions).

3° « Celles liées aux relations internes au secteur public :

- quasi-régie (article 16 de l'ordonnance Concessions)
- quasi-régie en contrôle conjoint (article 16 de l'ordonnance Concessions)
- coopération public-public (article 17 de l'ordonnance Concessions)
- concessions attribuées à une entreprise liée (Article 18 de l'ordonnance Concessions) ou à une coentreprise (article 19 de l'ordonnance Concessions) » (p. 4).

## **Débat sur la notion d'entité adjudicatrice**

Le rapport revient sur une difficulté bien connue concernant le champ d'application des textes relatifs aux marchés passés par les entités adjudicatrices dont la rédaction a été reprise telle quelle pour les concessions. Il s'agit de la condition tenant à l' « exploitation de réseaux ». Déjà difficile à cerner pour les marchés publics, celle-ci devient franchement paradoxale en matière de concessions. D'où la question légitime « puisqu'il y a délégation, comment peut-on par exemple se trouver dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur aurait en charge « l'exploitation de réseaux » ? ». Selon l'IGD, l'expression « exploitation » devrait être « retirée... de la définition pour les entités adjudicatrices concédantes. Si elle a tout son sens en marchés publics, elle devient sans objet en matière de concessions ».

De même, on sait que « a annulé les dispositions de la circulaire d'application du code en date du 3 août 2006, selon lesquelles étaient inclus dans le champ de l'article 135 les marchés par lesquels une personne publique confie l'exploitation d'un réseau à un tiers (CE Sect. 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres ; BJDCP 2007, p. 366, concl. Boulouis) » (p. 7), au motif que : « l'acte par lequel le Département du Cher se proposait de confier à un tiers l'exécution du service de transport scolaire n'était pas constitutif d'une activité d'exploitation de réseau ni davantage d'une activité de mise à disposition du réseau au sens de l'article 135 du code des marchés publics » (CE, 14 décembre 2009, Département du Cher c/ société Kéolis Centre, n°330052, cit p. 8). Ceci pose inévitablement la question d'une frontière à tracer entre les trois grandes catégories (françaises) de contrats : concession, affermage et régie intéressée.

## **Notion de droits exclusifs**

Aux termes des articles 13-1° (pouvoirs adjudicateurs) et 14-1° (entités adjudicatrices) de l'ordonnance du 29 janvier 2016, sont exclus du champ d'application de la mise en

concurrence les contrats attribués aux opérateurs «lorsqu'ils bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

Le guide comporte une véritable exégèse de cette disposition, et permet de découvrir que son application comporte des appréciations particulièrement délicates, dès lors qu'elles font appel à une appréciation économique, car « la compatibilité de la disposition fondant le droit exclusif avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (...) doit s'apprécier quant à elle en particulier s'agissant de la gestion de services d'intérêt économique général au regard de son article 106-2°, anciennement article 86 du traité CE, à savoir donc de l'existence des deux conditions suivantes :

- la disposition se justifie car la mise en concurrence conduirait à « faire échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur [les entreprises chargées de la gestion des services] a été impartie
- et elle n'affecte pas, « dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union », « le développement des échanges» (p.11).

Enfin, lorsque le contrat est passé par une entité adjudicatrice, à savoir par un concédant « qui exerce une activité de réseaux définies à l'article 11», la décision « doit également être compatible avec les actes juridiques sectoriels de l'Union européenne applicables aux activités d'opérateurs de réseaux) » (Idem).

#### Essai de synthèse sur les exclusions fondées sur l'objet

La synthèse est en réalité impossible, mais le Guide considère que certaines coulent de source : « Le motif de l'exclusion est parfois évident, comme dans le cas des « contrats de concession qui exigent le secret» (Article 13-13° de l'ordonnance). Le motif est parfois l'incompatibilité entre l'objet du contrat et la mise en concurrence, incompatibilité qui peut tenir soit à la nature de l'opération (ex. Article 13-2° : immobilier), soit à l'intuitu personae (ex. Article 13-4° : arbitrage; Article 13-6° : emprunt). L'exclusion peut aussi résulter de ce qu'une forme de mise en concurrence existe déjà par ailleurs (ex. Article 13-5°: titres et instruments financiers; Article 13-11° : transport aérien) » (p. 16).

Mais s'agissant des motivations, une typologie ternaire est envisageable : les raisons politiques (audiovisuel, casinos, certains services juridiques) voisinent avec les motifs économiques et juridiques.

Surtout, l'IGD insiste sur le fait que les exclusions concernent des services (et très exceptionnellement des travaux, v. p. 19). Compte tenu du fait que ces prestations de services étaient pour certaines d'entre elles autrefois traitées en marchés publics, le nouveau critère du risque devrait conduire à leur transformation en concession, par exemple pour les prestations d'huissiers en vue du recouvrement amiable de créances du Trésor (p. 17).

Force est cependant de reconnaître que les exclusions, reprises littéralement du droit des marchés, restent difficiles à illustrer dans les concessions (voir l'effort méritoire du Guide pour les emprunts, p. 21).

La troisième partie est relative aux exclusions internes au secteur publics, spécialement la quasi-régie (pp. 29 et s.). Mieux connues ces exceptions donnent lieu au rappel des jurisprudences disponibles et des nouvelles dispositions désormais particulièrement détaillées

(contrôle conjoint, activité essentielle, etc.). Il en résulte que les SEM ne bénéficieraient plus du régime d'exception, conformément à la position de la DAJ (p. 41).

La coopération entre personnes publiques est également abordée, les conditions posées par la directive et l'ordonnance étant rappelées. Toutefois, selon l'IGD, « En tout état de cause, l'intervention de la directive et de l'ordonnance Concession devraient

infléchir la jurisprudence du Conseil d'Etat, dès lors que les textes ne reprennent en particulier pas la notion d' « opérateur sur un marché concurrentiel » à laquelle le Conseil d'Etat avait recouru (Conseil d'Etat, 3 février 2012, Commune de Veyrier-du-Lac, n° 353737). C'est en outre à la lumière des dispositions de l'ordonnance Concession qu'il conviendra d'analyser, au cas par cas, les dispositifs contractuels de coopération locale auxquels le CGCT fait référence (au principal, convention de gestion entre établissements publics de coopération intercommunale et ses membres) » (p. 46). De plus, l'ouvrage insiste sur un point rarement signalé : « la coopération ne doit pas placer un prestataire privé dans une position privilégiée par rapport à ses concurrents. Cette condition, absente de la décision fondatrice Commune de Hambourg, a été posée par la suite, à l'occasion de la décision Azienda Sanitaria Locale di Lecce. La coopération

ne doit pas permettre le recours à des prestataires tiers, qui serait de ce fait placés dans une situation privilégiée » (p. 48).

Enfin des développements plus brefs sont consacrés aux entreprises liées (p. 50) et à la co-entreprise (p. 52).

Sans interdire de nouveaux approfondissements, liés aux contentieux et cas pratiques qui ne manqueront pas d'advenir, on trouvera dans l'ouvrage une analyse alerte et exhaustive des exceptions, qui en font d'ores et déjà un instrument de travail incontournable.

## **VEILLE**

### **A la DAJ**

#### **Guide du recensement économique de l'achat public**

*<https://www.economie.gouv.fr/daj/commande-publique>*

Le guide du recensement économique des achats publics, daté du 1er novembre 2017, est paru. Document de référence en matière de recensement des achats publics, le Guide a été actualisé et enrichi.

Il précise le calendrier de déclaration des achats notifiés en 2017 et 2018 ainsi que les modalités

de transmission des données pour chaque catégorie d'acheteur. Il rappelle la réglementation en vigueur et détaille les évolutions induites par la généralisation de la transmission dématérialisée au 1<sup>er</sup> janvier 2018.

- Les collectivités territoriales, leurs établissements publics et les établissements publics de santé qui transmettent encore des fiches de recensement papier au comptable public doivent lui envoyer leurs ultimes fiches 2017 au plus tard le 28 février 2018 et ne devront lui envoyer aucune fiche 2018. Ils devront tous recourir à REAP pour déclarer leurs achats notifiés en 2018. Fin 2018, une « structure marché » sera mise à leur disposition par la DGFIP, la procédure REAP restant utilisable pour ceux qui ne mettront pas en œuvre la « structure marché ».

- Les déclarants directs à l'OECP (établissements publics nationaux, organismes consulaires, OPH, SAEM, SEM, etc.) doivent désormais obligatoirement recourir à la procédure REAP pour transmettre leurs données à l'OECP.

Pour faciliter la saisie des données dans REAP, le Guide détaille chaque rubrique de la fiche de recensement et explique comment la renseigner.

## **UNIHA**

### **Vade-Mecum des compétences à l'intérieur de la fonction achats des GHT**

<https://www.uniha.org/Newsletters/2017/vademecum/VadeMecum-repartition.pdf>

Ce guide a pour ambition de proposer la vision d'UniHA au sujet de la répartition des compétences entre établissement support et établissement partie au sein de la fonction achat mutualisée à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018.

Sauf si une date antérieure a été prévue à cet effet par la convention constitutive du GHT, les nouvelles dispositions propres aux GHT organisés autour d'un établissement support et relatives à la fonction achat issues du décret n° 2017-701 du 2 mai 2017 et codifiées au sein du code de la santé publique (nouvel article R. 6132-16) prennent effet au plus tard au 1<sup>er</sup> janvier 2018.

En l'absence de dispositions transitoires prévoyant que le transfert de compétence s'applique aux contrats pour lesquels une consultation est engagée postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2018, le transfert de la fonction achat à l'établissement support du GHT doit être regardé comme s'appliquant aux procédures de passation en cours lorsqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2018, la signature des marchés publics n'est pas encore intervenue.