

les personnes publiques n'ont en effet pas normalement vocation à intervenir. La nécessité d'une démonstration d'un intérêt public permet de conserver à ce type d'interventions un caractère subsidiaire et s'avère par conséquent nécessaire pour conserver à l'État un caractère libéral. À cet égard, on peut ici mettre en lumière une différence substantielle entre les jurisprudences administrative et communautaire : là où le droit communautaire ne peut mettre un frein à l'initiative publique en tant que telle (notamment en raison de l'article 295 du Traité CE qui dispose que « *le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres* ». – Sur le droit de propriété en droit communautaire, V. P. Mèle, *Le droit de propriété en droit communautaire : Thèse Paris X, 2006*), le droit administratif s'opposait jusqu'ici à une banalisation des interventions publiques en matière économique.

Dans un commentaire resté célèbre, un illustre auteur, croyant déceler « la première institution collectiviste » dans les associations syndicales de propriétaires alors qualifiées d'établissements publics, déclarait avec vigueur qu'« on nous change notre État » (note M. Hauriou ss T. confl., 9 déc. 1899, *Assoc. synd. Canal de Gignac* : Rec. CE 1899, p. 731). La décision *Département de l'Aisne* nous semble devoir susciter la même réflexion.

Grégory MARSON,
doctorant à l'université Paris X-Nanterre,
membre du Centre de recherche sur le droit public (CRDP)

Mots-Clés : Contrats - Marchés - Candidatures de personnes publiques - Licéité

Contrats - Marchés - Référé précontractuel

JurisClasseur : Administratif, Fasc. 635, 637 et 1096

CONCESSIONS DE TRAVAUX

128 L'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics

L'ordonnance du 15 juillet 2009 met le droit national – auparavant fondé sur la loi du 3 janvier 1991 – en conformité avec la directive communautaire du 31 mars 2004.

Ord. n° 2009-864, 15 juill. 2009 : JO 16 juill. 2009, p. 11853

(...)

Art. 2. – Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions du présent titre sont :

1° Les organismes de droit privé ou de droit public dotés de la personnalité juridique, créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, non soumis au Code des marchés publics, et placés sous la dépendance d'un pouvoir adjudicateur lui-même soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance ; cette dépendance de l'organisme en cause est établie par le fait que le pouvoir adjudicateur assure majoritairement son financement, exerce un contrôle sur sa gestion ou désigne la majorité des membres de son organe d'administration, de direction ou de surveillance ;

2° La Banque de France, l'Institut de France, l'Académie française, l'Académie des inscriptions et belles-lettres, l'Académie des sciences, l'Académie des beaux-arts et l'Académie des sciences morales et politiques ;

3° La Caisse des dépôts et consignations ;

4° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique et constitués par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance ou au Code des marchés publics en vue de réaliser certaines activités en commun.

(...)

Art. 4. – Les dispositions du présent titre ne s'appliquent pas :

1° Aux contrats conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui, à condition que ce cocontractant soit détienne la

qualité de pouvoir adjudicateur, soit applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des contrats prévues par la présente ordonnance, par le Code des marchés publics ou par l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée ;

2° Aux contrats conclus par un pouvoir adjudicateur avec un autre pouvoir adjudicateur bénéficiant, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif ;

3° Aux contrats exigeant le secret ou dont l'exécution est légalement soumise à des mesures particulières de sécurité ;

4° Aux contrats pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige ;

5° Aux contrats passés en vertu de la procédure propre à une organisation internationale ;

6° Aux contrats conclus selon des règles de passation particulières en vertu d'un accord international relatif au stationnement de troupes ;

7° Aux contrats conclus selon des règles de passation particulières en vertu d'un accord international en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage ;

8° Aux contrats conclus par un pouvoir adjudicateur dans l'exercice d'une activité d'opérateur de réseau définie aux articles 26 à 30 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée ;

9° Aux contrats ayant pour principal objet la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques, ou la fourniture au public d'un ou plusieurs services de communications électroniques.

Art. 5. – En vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, les contrats de concession de travaux publics mentionnés au chapitre I^{er} respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

(...)

Art. 7. – Le pouvoir adjudicateur peut :

1° Soit imposer aux candidats de sous-traiter à des tiers un pourcentage au moins égal à 30 % de la valeur globale des travaux faisant l'objet du contrat ;

2° Soit inviter les candidats à indiquer dans leurs offres s'ils entendent confier à des tiers une part des travaux faisant l'objet du contrat et, dans l'affirmative, le pourcentage qu'elle représente dans la valeur globale des travaux.

L'exigence mentionnée au 1° ci-dessus ou l'invitation mentionnée au 2° doivent être indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

(...)

Art. 9. – Les interdictions de soumissionner prévues à l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée s'appliquent aux contrats de concession de travaux publics.

Les personnes condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du Code pénal ne peuvent soumissionner aux contrats de concession de travaux publics.

(...)

Art. 11. – Après le chapitre IV du titre I^{er} du livre IV de la première partie du Code général des collectivités territoriales, il est inséré un chapitre V ainsi rédigé :

« Chapitre V

Contrats de concession de travaux publics

Art. L. 1415-1. – Les contrats de concession de travaux publics sont des contrats administratifs passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.

Art. L. 1415-2. – Lorsqu'un contrat de concession porte à la fois sur des services et des travaux, il est soumis au présent chapitre si son objet principal est de réaliser des travaux.

Art. L. 1415-3. – Les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent pas :

« 1° Aux contrats conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui, à condition que ce cocontractant soit détienne la qualité de pouvoir adjudicateur, soit applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des contrats prévues par le Code des marchés publics, par 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, ou par les dispositions du présent chapitre ;

2° Aux contrats conclus par un pouvoir adjudicateur avec un autre pouvoir adjudicateur bénéficiant, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif ;

3° Aux contrats exigeant le secret ou dont l'exécution est légalement soumise à des mesures particulières de sécurité ;

4° Aux contrats pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige ;

5° Aux contrats passés en vertu de la procédure propre à une organisation internationale ;

6° Aux contrats conclus selon des règles de passation particulières en vertu d'un accord international en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage ;

7° Aux contrats conclus par une collectivité territoriale ou un établissement public local dans l'exercice d'une activité d'opérateur de réseau au sens de l'article 135 du Code des marchés publics ;

8° Aux contrats ayant pour principal objet la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou plusieurs services de communications électroniques. »

Art. L. 1415-4. – En vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, les contrats de concession de travaux publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Art. L. 1415-5-1. – La nature et l'étendue des besoins à satisfaire par les contrats de concession de travaux publics sont déterminées en prenant en compte des objectifs de développement durable.

II. – Les conditions d'exécution d'une concession de travaux publics peuvent comporter des obligations visant à concilier développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social conformément aux objectifs du développement durable.

Ces obligations, qui sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, ne peuvent entraîner d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.

Art. L. 1415-6. – La collectivité territoriale ou l'établissement public local peut :

1° Soit imposer aux candidats de sous-traiter à des tiers un pourcentage au moins égal à 30 % de la valeur globale des travaux faisant l'objet du contrat ;

2° Soit inviter les candidats à indiquer dans leurs offres s'ils entendent confier à des tiers une part des travaux faisant l'objet du contrat et, dans l'affirmative, le pourcentage qu'elle représente dans la valeur globale des travaux.

L'exigence mentionnée au 1° ou l'invitation mentionnée au 2° doivent être indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

Art. L. 1415-7. – La passation des contrats de concession de travaux publics est soumise à des obligations de publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par décret en Conseil d'État.

Art. L. 1415-8. – Les interdictions de soumissionner prévues à l'article 8 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 s'appliquent aux contrats de concession de travaux publics.

Les personnes condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du Code pénal ne peuvent soumissionner aux contrats de concession de travaux publics.

Art. L. 1415-9. – Les conditions dans lesquelles la collectivité territoriale ou l'établissement public local avise les autres candidats du nom de l'attributaire et des motifs ayant conduit au choix de ce dernier, ainsi que celles dans lesquelles les contrats de concession de travaux publics sont conclus, sont prévues par décret en Conseil d'État. »

Art. 12. – I. – Les dispositions du présent titre sont applicables aux marchés de travaux passés avec un tiers par le concessionnaire de travaux publics pour les besoins de l'exécution du contrat de concession conclu avec un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou au titre 1^{er} de la présente ordonnance.

II. – Ces marchés de travaux sont soumis :

1° Au Code des marchés publics lorsque le concessionnaire est une personne publique soumise à ce code ;

2° À l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée lorsque le concessionnaire est un pouvoir adjudicateur mentionné à l'article 2 de la présente ordonnance ;

3° Au présent titre lorsque le concessionnaire ne relève ni du 1° ni du 2° ci-dessus.

III. – Ne sont pas considérés comme tiers les opérateurs économiques qui se sont groupés pour obtenir des contrats de concessions de travaux publics, non plus que les entreprises qui leur sont liées.

On entend par entreprise liée toute entreprise sur laquelle le concessionnaire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le concessionnaire, ou toute entreprise qui, comme le concessionnaire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise, dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par elle, ou peut désigner plus de la moitié des membres de son organe d'administration, de direction ou de surveillance.

(...)

Art. 15. – Le pouvoir adjudicateur peut imposer au concessionnaire relevant du 1°, du 2° ou du 3° du II de l'article 12 de sous-traiter à des tiers un pourcentage au moins égal à 30 % de la valeur globale des travaux faisant l'objet de la concession. Ce pourcentage minimal doit être indiqué dans le contrat de concession. (...)

NOTE : Au *Journal officiel* du 16 juillet 2009 est parue l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concessions de travaux publics (*JCPA 2009, 2214, note F. Linditch ; Contrats-Marchés publ. 2009, étude 9, G. Clamour ; achatpublic.info 2 oct. 2009, A. Ménéménis ; achatpublic.info 10 sept. 2009, Nigri*), concessions dont le régime était jusqu'à présent fixé, en droit interne, par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence (modifiée en dernier lieu sur ce point par *Ord. n° 2005-649, 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics : JO 7 juin 2005, p. 10014*), complétée par un décret du 31 mars 1992 soumettant la passation de certains contrats de fournitures, de travaux ou de prestation de services à des règles de publicité et de mise en concurrence (*D. n° 92-311, 31 mars 1992 : JO 1^{er} avr. 1992, p. 4571*). L'objet essentiel de cette ordonnance, prise sur une habilitation résultant de l'article 51 de la loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat (habilitant le Gouvernement à prendre « les mesures nécessaires pour harmoniser et rendre compatible avec le droit communautaire [...] les dispositions législatives relatives à la passation, à l'exécution et au contrôle juridictionnel des contrats de la commande publique » : *L. n° 2008-735, 28 juill. 2008 : JO 29 juill. 2008, p. 12144*), est d'assurer la conformité du droit interne au droit communautaire, les concessions de travaux étant définies par l'article 1^{er}-3 de la directive du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et régies par le titre III de cette dernière (*PE et Cons. UE, dir. n° 2004/18/CE, 31 mars 2004 : JOUE n° L 134, 30 avr. 2004, p. 114*). L'objet de cette ordonnance est toutefois triple puisque, aux règles relatives à la passation des concessions de travaux publics proprement dite (1) s'ajoutent celles relatives aux marchés de travaux passés par les concessionnaires de travaux publics (2) (ces règles s'appliquant aux projets de contrat de concession de travaux publics et aux marchés de travaux des concessionnaires en vue desquels un avis d'appel public à la concurrence est envoyé ou une consultation engagée à compter de la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance), ainsi qu'un certain nombre de dispositions diverses, sur lesquelles nous ne reviendrons toutefois pas ici. On relèvera brièvement aussi bien la prise en compte de la jurisprudence relative aux prestations intégrées (*in house*) pour les délégations de service public confiées à un établissement public que l'actualisation des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relatives aux interdictions de soumissionner, l'insertion dans le Code de justice administrative de dispositions relatives aux pénalités financières susceptibles d'être infligées par le juge du futur référé contractuel ou encore la dési-

gnation de tribunaux de grande instance spécialisés dans les contestations relatives à la passation des contrats de droit privé relevant de la commande publique, ces deux dernières étant au surplus la correction d'erreurs de codification effectuées par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

1. Les règles relatives aux contrats de concession de travaux publics

L'ordonnance s'intéresse tout d'abord, en ses titres I^{er} et II, aux contrats de concession de travaux publics, passés par « les pouvoirs adjudicateurs » d'une part et par les collectivités territoriales d'autre part (son article 11 insérant des articles L. 1415-1 à L. 1415-9 dans le Code général des collectivités territoriales), en précisant à chaque fois son champ d'application et les règles de passation.

En premier lieu, s'agissant du champ d'application de l'ordonnance, il est procédé à une définition des « *contrats de concession de travaux publics* », comme « *des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* ». Il s'agit là de la reprise de la définition figurant à l'article 1^{er}-3 de la directive 2004/18/CE, qui définit la « *concession de travaux publics* » comme « *un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* » (cette définition figurant également avec une rédaction presque identique à l'article 1^{er}-3-a) de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux : *JOUE* n° L 134, 30 avr. 2004, p. 1). On relèvera néanmoins que l'apport jurisprudentiel n'est pas expressément pris en compte, l'ordonnance s'en tenant au texte de la directive, alors que la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, qui a transposé en la matière une solution dégagée initialement en matière de concessions de services (L. Richer, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire* : LGDJ, 2009, n° 495, p. 170), fait du risque financier le véritable critère de distinction entre marché public et concession de travaux (CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-437/07, *Commission c/ Italie*, pt 27-31 : CP-ACCP 2009, n° 86, p. 62, note Cochi et Terrien. – antérieurement CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, *Jean Auroux e. a. c/ Cne Roanne* : Rec. CJCE 2007, I, p. 385 ; JCP A 2007, 2028, comm. Devès ; *Contrats-marchés publ.* 2007, comm. 38, note Zimmer ; RD publ. 2007, p. 1329, note Braconnier, solution implicite, mais paraissant suivre les conclusions de l'avocat général pour qui « Une concession publique se caractérise cependant en outre par le fait que le cocontractant du pouvoir adjudicateur supporte le risque économique de l'opération », pt 46).

Cette disposition suscite une double interrogation, quant à la notion de travaux publics d'une part (si l'on postule que l'épithète « *publics* » s'applique aux travaux et non aux contrats de concession, la directive n'évoquant que la concession et non le contrat de concession), et quant à la qualification comme contrat administratif d'autre part (ces précisions ne figurant pas dans l'ancien article 9 de la loi du 3 janvier 1991).

Dans la mesure où, ainsi qu'on le verra, le pouvoir adjudicateur peut être (en vertu de l'article 2 de l'ordonnance) un organisme de droit privé, la mention de « *travaux publics* » a-t-elle vocation à étendre la notion de travaux publics, au-delà des solutions issues des jurisprudences *Commune de Montségur* et *Effimieff*, selon lesquelles sont des travaux publics les travaux immobiliers réalisés respectivement « pour le compte d'une personne publique dans un but d'utilité générale » et ceux exécutés par une personne publique dans le cadre d'une mission de service public pour le compte de personnes privées (CE, 10 juin 1921, *Cne Montségur* : Rec. CE 1921, p. 573 ; D. 1922, p. 336, concl. Corneille ; GAJA, Dalloz, 17^e éd., 2009, n° 37. – T. conf., 28 mars 1955, *Effimieff* : Rec. CE 1955, p. 616 ; GAJA, Dalloz, 17^e éd., 2009, n° 71), à l'hypothèse de la réalisation de « *travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage,*

soit dans ce droit assorti d'un prix » lorsque le pouvoir adjudicateur a la nature de personne privée (puisque, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur serait une personne publique, il y a tout lieu de penser que les travaux effectués pour son compte le seraient dans un but d'utilité générale et revêtiraient donc la qualité de travaux publics en vertu de la jurisprudence *Commune de Montségur*, même s'il peut exister des exceptions : Cass. 1^{re} civ., 19 mai 1969 : Bull. civ. 1969, I, n° 192) et que son concessionnaire n'est pas une personne publique agissant dans le cadre d'une mission de service public (puisque dans ce cas ce serait alors la jurisprudence *Effimieff* qui trouverait à s'appliquer) ? Il est permis d'en douter car, d'une part, cela reviendrait quelque peu à vider de son sens la notion de travail public, faute de présence systématique d'un élément d'utilité générale, et, d'autre part, l'objet de l'ordonnance n'étant, qui plus est en vertu d'une habilitation législative, que de rendre compatible avec le droit communautaire les mesures législatives relatives aux contrats de la commande publique, celle-ci n'a pas vocation à prendre parti sur une notion interne relevant du droit des biens. Ce à quoi s'ajoute le fait que l'article 12 de l'ordonnance, qui évoque les marchés de travaux du concessionnaire passés « *pour les besoins de l'exécution du contrat de concession* », ne fait état que de « *marchés de travaux* ».

La mention de travaux publics paraît donc n'être que la conséquence de la reprise pure et simple de l'intitulé du contrat dans la directive 2004/18 (la directive 2004/17 n'évoquant que la « *concession de travaux* »), les travaux en cause pouvant donc en réalité n'être que des travaux privés. Ceci conduit dès lors à s'interroger sur la qualification de ce contrat de concession comme contrat administratif puisque, lorsque le pouvoir adjudicateur et le concessionnaire sont des personnes privées, et même en présence de travaux publics (*T. conf.*, 17 déc. 2001, n° 3262, *Sté rue impériale de Lyon c/ Sté Lyon parc auto* : Rec. CE 2001, p. 760 ; BJCP 2002, p. 127, concl. Bachelier, obs. R.S. ; *Contrats-Marchés publ.* 2002, comm. 54, Soler-Couteau ; *Dr. adm.* 2002, comm. 49, Delacour), cette qualification n'a pas lieu d'être (L. Richer, *Droit des contrats administratifs* : LGDJ, 6^e éd., 2008, n° 163, p. 121. – G. Braibant, concl. sur *T. conf.*, 7 janv. 1972, *SNCF c/ Solon et Barrault* : RD publ. 1973, p. 473), à moins que la personne privée pouvoir adjudicateur ne soit concessionnaire de service public et que la concession de travaux n'emporte occupation du domaine public (CGPPP, art. L. 2331-1. – *T. conf.*, 10 juill. 1956, *Sté des steeple-chase de France* : Rec. CE 1956, p. 587 ; RD publ. 1957, p. 522, note Waline. – V. aussi Ph. Yolka, *Les sous-concessions domaniales. Cartographie d'un contentieux* : JCP A 2007, 2017) ou qu'elle ne soit concessionnaire d'aménagement et qu'un faisceau d'indices ne conduise à la regarder comme titulaire d'un mandat tacite et que la présence de travaux publics (CE, 7 août 2008, n° 289329, *SAGEP* : *JurisData* n° 2008-074035 ; BJCP 2009, p. 40, concl. Glaser, obs. C.M., rappelant « qu'ont le caractère de travaux publics, alors même qu'ils seraient réalisés par des personnes privées, les travaux immobiliers exécutés dans un but d'utilité générale et pour le compte d'une personne publique ») ne conduise à qualifier d'administratifs les contrats qu'elle passera (CE, sect., 30 mai 1975, *Sté d'équipement de la région montpelliéraine* : Rec. CE 1975, p. 326. – *T. conf.*, 7 juill. 1975, n° 2013, *Cne Agde* : Rec. CE 1975, p. 798). La qualification comme contrat administratif de tous les contrats de concession de travaux publics paraît donc relever d'une question d'opportunité, afin d'unifier le contentieux y afférent, à l'instar de ce qu'il en est pour les contrats de partenariat.

Par ailleurs, en cas de contrat portant à la fois sur des services et des travaux, celui-ci ne relèvera de l'ordonnance que « *si son objet principal est de réaliser des travaux* » (pour une application jurisprudentielle, CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, *préc.* ; et pour la raison de la référence à l'objet principal du contrat plutôt qu'aux montants respectifs des différentes prestations, L. Richer, *L'Europe des marchés publics, préc.*, n° 489, p. 169).

Au plan organique, le titre I^{er} vise donc « *les pouvoirs adjudicateurs* », qui sont en réalité ceux par ailleurs soumis à 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 en vertu de son article 3-I-1° à 4° ; ce qui inclut donc des organismes de droit privé. Quant au titre II, il vise donc les collectivités territoriales et leurs établissements publics. On peut à cet égard souligner le fait que, ainsi que le précise le rapport au Président de la République sur l'ordon-

nance n° 2009-864, le régime des concessions de travaux de l'État et de ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial sera défini entièrement par un décret en Conseil d'État à venir.

L'ordonnance procède par ailleurs à l'énumération de diverses exclusions, procédant de la transposition de l'article 57 de la directive 2004/18/CE et auxquelles il est ajouté les hypothèses de *in house* et de l'attribution du contrat à un autre pouvoir adjudicateur bénéficiant d'un droit exclusif. L'une des plus importantes exclusions est à cet égard celle où la concession est attribuée par un pouvoir adjudicateur dans l'exercice d'une activité d'opérateur de réseau (définie selon le cas aux articles 26 à 30 de l'ordonnance n° 2005-649 ou 135 du Code des marchés publics).

Pour terminer sur cette question du champ d'application, on peut enfin noter le fait que, si les concessions d'aménagement mentionnées par l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme dans sa rédaction résultant des lois du 20 juillet 2005 et du 13 juillet 2006 peuvent le cas échéant également s'analyser en des concessions de travaux publics au sens de l'article 1^{er}-3 de la directive 2004/18/CE (notamment lorsque « *le concessionnaire assume une part significative du risque économique de l'opération* », C. urb., art. R. 300-4, issu du D. n° 2009-889, 22 juill. 2009 relatif aux concessions d'aménagement), elles n'en restent pas moins distinctes des concessions de travaux publics régies par l'ordonnance du 15 juillet 2009, le législateur ayant choisi de retenir en droit interne deux régimes juridiques distincts en distinguant deux contrats nommés.

En second lieu, s'agissant des règles de passation, l'ordonnance n'en fixe que les grandes lignes, prévoyant que seront déterminées par voie réglementaire, d'une part, les obligations de publicité auxquelles sera soumise la passation des contrats de concession de travaux et, d'autre part, les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur avise les autres candidats du nom de l'attributaire et des motifs ayant conduit au choix de ce dernier, ainsi que celles dans lesquelles sont conclus lesdits contrats.

Il est par ailleurs ajouté deux précisions tenant, d'une part, au respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures et, d'autre part, à la prise en compte des objectifs de développement durable aussi bien dans la détermination des besoins à satisfaire par le contrat que dans les conditions d'exécution de celui-ci. Mais surtout, l'on relèvera que, par rapport à la directive 2004/18, l'ordonnance rend applicable aux candidats à l'attribution de la concession de travaux publics les interdictions de soumissionner visées à l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (interdictions visées à l'article 45 de la directive, et donc ne figurant que dans son titre II relatif aux marchés publics), ainsi que celle résultant du 5° de l'article 131-39 du Code pénal (relatif à la peine d'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus).

Enfin, on relèvera que si, jusqu'à présent, pouvait se poser la question de savoir s'il convenait d'appliquer aussi bien le droit communautaire relatif aux concessions de travaux que les règles internes relatives aux délégations de service public lorsqu'un contrat (tel qu'une concession autoroutière) était susceptible de recevoir les deux qualifications (V. les différentes hypothèses envisagées in A. Ménéménis, *ss dir.*, Code des marchés publics et autres contrats : Dalloz, 2^e éd., 2009, p. 873) la jurisprudence récente paraissant toutefois bien retenir un cumul d'application (CE, sect., 8 avr. 2009, n° 290604, Assoc. Alcaly : JurisData n° 2009-075235 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 165, note Zimmer ; RFD adm. 2009, p. 463, concl. Boulouis ; Courrier jur. fin. et ind.

2009, n° 56, p. 119, note Le Hénaff et Maubon), un auteur estime, au vu des articles 3 de l'ordonnance et L. 1415-2 du CGCT, lesquels font référence à l'objet principal du contrat, que l'on appliquera désormais exclusivement, en cas de concession « mixte », les règles relatives aux concessions de travaux ou celles relatives aux délégations de service public selon que l'objet principal de la concession est la réalisation de travaux ou la gestion d'un service public (A. Ménéménis, *Concessions de travaux : pour une complète clarification* : achatpublic.info 2 oct. 2009).

2. Les règles relatives aux marchés de travaux passés par les concessionnaires

C'est ensuite à la passation des « *marchés de travaux passés avec un tiers par le concessionnaire de travaux publics pour les besoins de l'exécution du contrat de concession conclu avec un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou au titre I^{er}* » de l'ordonnance du 15 juillet 2009 que s'attache le titre III de cette dernière.

Conformément aux articles 62 et 63 de la directive 2004/18/CE, et à l'inverse de l'ancien article 11 de la loi du 3 janvier 1991 (qui évoquait les « *contrats dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie* » ou, avant sa modification par l'ordonnance n° 2005-649, « *les contrats* », l'arrêté auquel il pouvait être renvoyé ne mentionnant pas davantage les seuls contrats de travaux, A. modifié, 9 févr. 1994 relatif aux seuils de publicité des marchés publics et de certains contrats soumis à des règles de publicité, art. 4-2°), ne sont mentionnés que les marchés de travaux. Il est par ailleurs prévu que les concessionnaires soumis au Code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 appliqueront ces textes, ceux n'étant soumis ni à l'un ni à l'autre se voyant appliquer le Titre III de l'ordonnance du 15 juillet 2009. Au titre des exceptions, pour les concessionnaires n'ayant pas la qualité de pouvoir adjudicateur, sont évoqués, conformément là encore à la directive (art. 63-2), les contrats conclus avec des opérateurs économiques qui se sont groupés pour obtenir des contrats de concessions de travaux publics, et les entreprises qui leur sont liées.

Comme pour la passation des concessions, les règles seront précisées par voie réglementaire, l'ordonnance prévoyant toutefois d'ores et déjà, pour les marchés des concessionnaires n'ayant pas la qualité de pouvoir adjudicateur, l'application des principes énoncés à son article 5, des exceptions mentionnées à son article 4 et des interdictions de soumissionner prévues à son article 9.

Enfin, il est rappelé que le pouvoir adjudicateur peut imposer au concessionnaire de sous-traiter à des tiers un pourcentage au moins égal à 30 % de la valeur globale des travaux faisant l'objet de la concession, ce pourcentage minimal devant être indiqué dans le contrat de concession (art. 15) et, au préalable, dans l'avis de publicité de la concession ou dans les documents de la consultation (Ord., art. 7. – CGCT, art. L. 1415-6).

Sans bouleversements importants, l'ordonnance du 15 juillet 2009 procède donc à une actualisation du régime des concessions de travaux ; celle-ci ne sera toutefois achevée qu'avec la publication des différentes mesures réglementaires annoncées.

Philippe PROOT,
avocat au barreau de Paris

Mots-Clés : Contrats - Marchés - Concessions de travaux - Droit communautaire

Contrats - Marchés - Droit communautaire - Transposition

JurisClasseur : Administratif, Fasc. 621