

B. Les règles de publicité et de mise en concurrence

Les questions liées aux règles de publicité et de mise en concurrence se posent au moment de l'octroi de la concession (1.), mais également lors du choix par le concessionnaire de ses contractants (2.).

1. Octroi de la concession

Il convient de distinguer l'octroi initial de la concession (1.1.) du renouvellement de la concession (1.2.).

1.1. L'octroi initial de la concession

S'agissant d'une concession de travaux publics et de service public, certaines obligations légales ne sont pas contournables (1.1.1.). Il semble toutefois possible de respecter les contraintes financières et pratiques du projet (1.1.2.).

1.1.1. Les contraintes légales

Différents textes méritent d'être analysés afin de s'assurer de leur application ou non au projet envisagé : d'abord, le Code des marchés publics (a.), ensuite la "loi MOP" (b.), puis la "loi Sapin" (c.) et enfin les directives "marchés publics" (d.).

Il résulte de l'analyse menée ci-dessous que des procédures de publicité devraient être mises en oeuvre :

- l'une au titre de la "loi Sapin" car la concession peut s'analyser comme une délégation de service public,
- l'autre au titre de la "directive travaux" car la concession est également une concession de travaux publics.

Nous verrons enfin que la composition du capital du concessionnaire n'a pas d'influence sur les procédures de mise en concurrence (e.).

De même, une loi ne serait pas suffisante pour éviter une procédure de consultation publique dans la mesure où cette contrainte découle d'une directive communautaire qui est un texte de nature supra-légale (f.).

a. Le Code des marchés publics

S'agissant d'une opération dans laquelle le mode de rémunération du concessionnaire n'est pas assuré au moyen du versement d'un prix versé par l'autorité contractante, mais par les résultats de l'exploitation de l'ouvrage construit aux frais du concessionnaire, la qualification de marché public doit être écartée (C.E. 15 avril 1996, *Préfet des Bouches du Rhône*).

Les concessions de travaux publics, qui peuvent être définis comme les contrats dans lesquelles la rémunération du cocontractant de l'administration chargé de réaliser des travaux publics est assurée par les produits tirés de l'exploitation de l'ouvrage public qu'il édifie, sont en effet classiquement exclues du champ d'application du Code des marchés publics : la jurisprudence a ainsi exclu l'application des règles du Code des marchés publics aux concessions de travaux (par ex. C.E 30 octobre 1936, *Sibylle*, rec. p. 936, et C.E 10 avril 1970, *Beau et Lagarde*, rec. p. 243), et rappelé le principe du libre choix du concessionnaire de travaux publics.

Toutefois, si la part des subventions accordées par les personnes publiques au concessionnaire est telle que la rémunération accordée à celui-ci n'apparaît plus comme étant "essentiellement assise sur les résultats de l'exploitation", le contrat de concession pourrait être requalifié en marché public, et être à ce titre soumis aux dispositions du Code des marchés publics. La jurisprudence ne permet pas de déterminer à partir de quel seuil il convient de retenir une qualification plutôt qu'une autre.

b. La "loi MOP"

Les procédures de mise en concurrence prévues dans le cadre de la loi n° 85.704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique (dite "loi MOP") ne devraient pas s'appliquer au choix du concessionnaire.

La loi MOP vise en effet essentiellement deux types de contrat : les contrats de délégation de maîtrise d'ouvrage et les contrats de maîtrise d'oeuvre.

Les contrats de délégation de maîtrise d'ouvrage sont passés entre un maître d'ouvrage public et une des personnes publiques ou para-publiques limitativement désignées par la loi MOP.

Ces contrats ont pour objet d'assister le maître d'ouvrage public dans la direction et la supervision de l'opération de construction, qui reste réalisée sur les fonds du maître d'ouvrage, et ne donnent pas lieu à une mise en concurrence.

En revanche, les contrats de maîtrise d'oeuvre sont passés entre un maître d'ouvrage public ou son mandataire et une personne privée (généralement un architecte ou un entrepreneur). Ils ont pour objet de donner une *"réponse technique, architecturale et économique"* au projet (ce qui inclut les *"contrats de conception ou de conception-réalisation"*).

Ces contrats sont soumis à une procédure de publicité ou de mise en concurrence.

Or, dans l'opération considérée, plusieurs éléments tendent à écarter l'application de la loi MOP pour la désignation du concessionnaire.

En premier lieu, il paraît acquis que le contrat de concession ne peut s'analyser ni comme un contrat de délégation de maîtrise d'ouvrage, ni comme un contrat de maîtrise d'oeuvre. Il ne fait donc pas, à ce titre, partie des contrats visés par la loi MOP.

En second lieu, il y a lieu de relever que la condition de l'application de la loi MOP - à savoir la qualité de maître d'ouvrage de l'autorité contractante - fait manifestement défaut en l'espèce. On considère en effet généralement que la concession de travaux publics a pour objet de conférer la qualité de maître d'ouvrage au concessionnaire, et non pas à l'autorité concédante.

On peut à cet égard rappeler que le maître d'ouvrage public, aux termes de l'article 2 de la loi MOP, *"est la personne pour laquelle l'ouvrage est construit"*. L'article 4 de la circulaire n°86-24 du 4 mars 1986, précise ainsi que la notion de "personne pour laquelle l'ouvrage est construit" ne vise pas en tant que tel le propriétaire des ouvrages édifiés, mais *"la personne qui en particulier le finance, le prend en charge, en assure l'exploitation et l'entretien"*.

Cette définition du maître d'ouvrage - liée non pas à la propriété des installations édifiées mais à la charge de leur financement et de leur exploitation - exclut ainsi dans de nombreuses hypothèses la qualité de maître d'ouvrage des autorités concédantes dans le cadre de concessions de travaux : un concessionnaire de travaux qui supporte la charge du financement de l'ouvrage et en conserve l'exploitation, n'apparaît pas comme un mandataire du concédant mais comme le véritable maître de l'ouvrage.

On considère ainsi généralement que les SEM concessionnaires d'une autoroute en sont les maîtres d'ouvrage, bien que les ouvrages appartiennent à l'Etat.

Le Conseil d'Etat, dans son avis n° 356960 du 31 janvier 1995 (Section des Travaux publics et Section de l'Intérieur réunies), a à cet égard rappelé que le titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public donnée dans le cadre de la loi du 25 juillet 1994 pouvait être considéré comme le maître d'ouvrage des bâtiments édifiés en vertu de son titre, bien que ces derniers soient des "biens de retour".

On peut ainsi retenir que l'autorité concédante (l'Etat ou RFF) ne serait donc pas en l'espèce "maître d'ouvrage" des bâtiments concernés, qui seraient réalisés sous la direction et avec le financement d'un concessionnaire privé, qui en assurerait l'exploitation et apparaît donc en l'espèce comme le véritable maître d'ouvrage des bâtiments.

Les procédures de mise en concurrence prévues par la loi MOP pour la passation de contrats de maîtrise d'oeuvre ne s'appliquent donc pas au contrat qui serait prévu entre l'Etat et le concessionnaire.

c. La "loi Sapin"

i) *Champ d'application*

Il paraît en revanche difficile d'écarter l'application des dispositions de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 (dite "loi Sapin"), qui subordonnent la passation de contrats de délégation de service public à une procédure de mise en concurrence.

En effet, la concession envisagée devra être qualifiée de contrat de délégation de service public (et plus précisément de concession de service public) s'il est établi que la mission dévolue au concessionnaire ne se borne pas à la simple exploitation d'un ouvrage public mais inclut également la prise en charge d'une véritable mission de service public.

La nature de service public de la mission de gestion des infrastructures ferroviaires qui sera confiée à la société concessionnaire ne paraît pas contestable en droit positif.

En effet, d'une manière générale, le Conseil d'Etat considère que l'exploitation d'une infrastructure de transport relevant du domaine public constitue une activité de service public, ces activités présentant le caractère d'activités d'intérêt général assumées pour le compte d'une personne publique.

On peut à cet égard rappeler que la juridiction administrative qualifie d'activité de service public l'activité des sociétés concessionnaires d'autoroutes, qui se bornent à entretenir l'ouvrage public qu'elles ont édifié, ainsi que les activités de gestion d'infrastructures portuaires ou aéroportuaires (notamment Tribunal des Conflits 13 décembre 1979, *Epoux Zaoui*).

On peut enfin rappeler que la loi n° 97-135 du 13 février 1997 créant l'établissement public RFF a qualifié de "*mission de service public*" les activités de gestion ferroviaire confiées par l'Etat à ce dernier.

La qualification de convention de délégation de service public, qui s'applique à l'ensemble des contrats ayant pour effet de confier au contractant d'une personne publique l'exécution d'une mission de service public, dès lors que la rémunération du contractant est essentiellement assise, conformément aux principes décrits précédemment, sur les résultats de l'exploitation du service, paraît donc acquise.

La concession envisagée devra donc être passée dans le respect des dispositions prévues par la loi Sapin, sauf si le concessionnaire retenu est :

- un établissement public dont l'activité figure expressément dans les statuts (tel que RFF),
- une entreprise à laquelle la loi a confié un monopole sur l'exploitation de ce service.

ii) *La procédure applicable*

La loi Sapin met en place une procédure de publicité et de mise en concurrence particulièrement souple, qui respecte le principe du choix "intuitu personae" (ou principe du "libre choix") du contractant.

La procédure se borne en effet à organiser une publicité de l'octroi de la concession, qui a pour objet de susciter les candidatures éventuelles.

Cette publicité est réalisée au moyen de la publication d'un avis d'appel à candidatures qui doit être publié dans deux journaux.

L'autorité concédante doit en outre organiser une mise en compétition sommaire des candidats, en mettant à leur disposition un "document" décrivant les caractéristiques essentielles des prestations et de leur tarification, qui est destiné à permettre à ces derniers de présenter une offre à l'autorité concédante.

L'autorité concédante demeure toutefois libre de négocier les offres présentées et de choisir librement le concessionnaire.

d. **Les directives "marchés publics"**

i) *Les textes applicables*

La directive 92/50/CEE "Services"

L'opération envisagée ne saurait entrer dans le champ d'application de cette directive. En effet, l'opération ne saurait présenter le caractère d'un marché de services au regard des critères actuels.

On peut en premier lieu noter que le contrat de concession ne porte pas uniquement

sur des services mais également sur des travaux.

De surcroît, la définition actuelle du marché de services exclut les marchés attribués sous la forme d'une concession, c'est à dire lorsque le titulaire du marché se rémunère par l'exploitation du service.

En effet, le projet initial de directive présenté par la Commission prévoyait d'inclure dans le champ de la directive, outre les marchés de services au sens strict, les contrats de concession de service public. Mais devant l'opposition de plusieurs Etats membres (et notamment de la France) un Conseil Européen de 1991 a adopté une position commune excluant les concessions de service public du champ de la directive services.

Les dispositions du projet de directive visant à inclure les concessions de service public ont donc été retirées du projet définitif.

On peut toutefois noter que cette exclusion des concessions de service public du champ des directives "marchés publics" de l'Union européenne présente en tout état de cause un caractère temporaire. Il n'est donc pas exclu que la Commission présente à moyen terme un projet de modification de cette directive tendant à inclure dans son champ d'application les concessions de service public.

La directive 93/38/CEE "Secteurs exclus"

La directive "Secteurs exclus" ne semble pas devoir trouver application au cas présent.

On peut en premier lieu relever que l'autorité concédante ne semble pas constituer un "pouvoir adjudicateur" au regard de la directive Secteurs exclus.

En effet, la directive 93/38/CEE ne s'applique qu'aux entités "exerçant une activité" dans "l'exploitation d'un réseau de transport par chemins de fer" (art. 2.2.c de la directive).

Or, on peut considérer que l'activité d' "exploitation d'un réseau de transport" au sens de la directive vise en fait essentiellement l'activité des transporteurs, et non celle des gestionnaires de l'infrastructure.

On peut en outre noter que dans l'hypothèse où l'autorité concédante serait l'Etat, ce dernier ne serait pas au nombre des pouvoirs adjudicateurs visés par la directive, car il n'exerce pas à proprement parler d'activité dans le secteur qu'il se contente d'organiser par la mise en concession.

Quoi qu'il en soit, il convient de préciser qu'en tout état de cause, le contrat dont la passation est envisagée en l'espèce n'est pas au nombre de ceux visés par la directive secteurs exclus.

En effet, contrairement à la directive Travaux, la directive Secteurs exclus ne vise que les marchés de travaux proprement dits, et exclut de son champ d'application les concessions de travaux publics.

Les services de la Direction générale XV de la Commission européenne (Direction B - cellule 3) nous ont ainsi confirmé de manière explicite que les contrats de concession de travaux publics ne rentrent pas dans le champ d'application de la directive Secteurs exclus.

On peut donc relever que même dans l'hypothèse, improbable, où l'autorité contractante serait l'un des pouvoirs adjudicateurs soumis à la directive, il y aurait lieu de replacer l'opération envisagée dans le cadre de la directive Travaux⁸.

La directive 93/37/CEE "Travaux"

La soumission du contrat de concession aux dispositions de la directive Travaux ne paraît pas contestable.

En effet, cette dernière s'applique non seulement aux marchés de travaux stricto sensu, c'est à dire les contrats de travaux de toute nature dans lesquels le cocontractant est rémunéré par un prix directement versé par l'administration, mais également aux "concessions de travaux publics".

Les "concessions de travaux publics" visées par la directive sont les contrats par lesquels le pouvoir adjudicateur charge son contractant de la réalisation d'un ouvrage, *"lorsque la rémunération du cocontractant réside en tout ou partie dans le droit d'exploiter l'ouvrage"*.

Cette définition particulièrement large de la concession de travaux publics inclut incontestablement le contrat de concession dont la passation est envisagée. En effet, le mécanisme conventionnel retenu consiste dans la réalisation des installations aux frais du concessionnaire, qui se rémunérerait au moyen de redevances perçues sur les compagnies ferroviaires utilisant l'infrastructure.

Il convient donc de retenir qu'en l'état actuel du projet, le respect des procédures de la directive Travaux pour le choix du concessionnaire paraît en tout état de cause requis.

⁸ Cette dernière paraît en effet s'appliquer, dans le cadre des textes français de transposition, aux contrats de travaux passés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une activité dans les domaines susvisés, lorsque leurs contrats ne sont pas soumis à la directive Secteurs exclus. Ce dernier point mériterait toutefois d'être approfondi (les directives communautaires semblant en revanche écarter l'application de la directive travaux à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs soumis à ses dispositions).

ii) *La procédure applicable*

Les formalités prévues pour la passation des concessions de travaux publics sont celles prévues, en vertu de l'article 3 § 1 de la Directive, par l'article 11 paragraphes 3, 6, 7 et 9 à 13, ainsi que par l'annexe V de la Directive.

Ces formalités ont été transposées en droit français par l'article 11 alinéa 1 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, ainsi que par le titre 1er (articles 1er à 6-1) du décret n° 92-311 du 31 mars 1992. Le modèle d'avis de concession prévu par l'article 2 du décret n° 92-311 est celui prévu par l'annexe de l'arrêté du 12 juin 1992 (J.O. du 28 juillet 1992), publié au n° 60 de l'édition Documents administratifs du 28 juillet 1992.

Nature de la procédure à mettre en oeuvre

La Directive Travaux (article 3 § 1 de la directive et article 11 alinéa 1er de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991) ne prévoit en ce qui concerne les concessions de travaux que des obligations de publicité et n'organise pas la mise en compétition des offres, contrairement à ce qui est prévu pour les marchés de travaux classiques.

La formalité prévue se borne donc à l'envoi d'un avis d'appel à candidatures pour concession, qui doit être publié au J.O.C.E. (article 2 du décret n° 92-311 du 31 mars 1992).

Il convient en dernier lieu de noter que contrairement à ce qui est prévu pour les marchés de travaux classiques, l'attribution des concessions de travaux ne donnerait pas lieu à une information *a posteriori* : aucun avis d'attribution du marché n'est prévu par la directive travaux pour les concessions.

Déroulement de la procédure de publicité

L'avis de concession a pour objet de mettre en concurrence plusieurs candidatures, bien que la procédure de sélection de ces candidatures ne soit pas en elle-même réglementée.

Le choix du concessionnaire, qui doit demeurer objectif, ne peut ainsi être effectué de manière discrétionnaire et est effectué sous un contrôle juridictionnel relativement étroit. En effet, cet avis doit, aux termes de l'article 11 § 6 de la Directive (article 2 du décret n°92-311 du 31 mars 1992) être impérativement conforme au modèle d'avis fourni à l'annexe V de la Directive.

Mentions obligatoires

L'avis doit obligatoirement mentionner (outre l'objet, la nature et l'étendue des prestations, la date limite de présentation des candidatures et les conditions personnelles, techniques et financières à remplir par les candidats) les critères qui seront utilisés lors de l'attribution du contrat.

Délai de réception des candidatures

L'avis de concession doit être adressé dans les meilleurs délais à l'Office des publications officielles des communautés européennes.

Il convient enfin de préciser que la concession ne pourra en tout état de cause être signée avant l'expiration du délai minimal de réception des candidatures, qui ne peut, aux termes de l'article 15 de la directive (article 4 du décret n° 92-311 du 31 mars 1992), être inférieur à 52 jours suivant la date d'envoi de l'avis à l'Office des publications des Communautés européennes.

Passation du contrat

La sélection du candidat retenu n'étant pas en tant que telle réglementée, l'autorité concédante peut en tout état de cause passer librement le contrat avec un concessionnaire de son choix, une fois que les candidatures auront été retenues.

Bien que ce point ne soit pas expressément précisé par la directive, elle sera tenue de passer ce contrat en respectant les critères qu'elle a fixé dans l'avis pour l'attribution de la concession.

On peut ainsi rappeler que l'Etat français a été sanctionné, dans le cadre de l'attribution de la Concession de travaux publics pour la réalisation et l'exploitation du Stade de France, pour ne pas avoir respecté les règles de sélection qu'il avait lui-même défini pour le choix du concessionnaire : le juge administratif a en effet rappelé que le principe de légalité a pour effet de contraindre l'administration à respecter les règles qu'elle s'est elle-même fixées.

e. L'absence d'influence de la composition du capital du concessionnaire sur les procédures de mise en concurrence

Il convient de souligner que les dispositions légales précitées ne prévoient pas de dérogations en faveur des sociétés d'économie mixte (SEM).

En effet, l'octroi d'une concession à une SEM est soumise aux contraintes de droit commun précitées.

Seule la "*loi sapin*" prévoit des dérogations en faveur des monopoles légaux et des établissements publics dont l'objet est de mettre en oeuvre le service public, objet de la délégation. Le législateur avait initialement prévu une autre dérogation en faveur des SEM, toutefois, cette mesure a été déclarée anticonstitutionnelle par le Conseil constitutionnel et a donc été par la suite supprimée.

La "*directive travaux*" ne prévoit aucune dérogation de ce type aux principes qu'elle énonce.

Ainsi, force est de constater que la composition du capital du concessionnaire n'a pas d'influence sur les procédures de mise en concurrence.

f. **Des contraintes supra-légales**

Il convient de mentionner qu'une loi ne serait pas suffisante pour éviter la procédure de publicité.

En effet, si la "*loi Sapin*" peut être modifiée par une autre loi, les obligations de la "*directive travaux*" ne sauraient, quant à elles, être réduites par une simple loi.

Les directives sont des textes qui s'imposent au législateur français, celui-ci ne peut donc pas y déroger.

Il pourrait, toutefois, être soutenu que la loi précitée créant RFF prévoit que RFF doit confier à la SNCF la maîtrise d'oeuvre des travaux sur les infrastructures ferroviaires alors que le choix de la SNCF par RFF ne devrait pouvoir se faire qu'à l'issue d'une consultation publique ainsi que le prévoient les textes communautaires (la Commission européenne n'a semble-t-il pas été amenée à se prononcer sur cette question).

Cette disposition législative française (d'ailleurs, réaffirmée dans le projet de décret "*missions*") nous paraît en contradiction avec les textes communautaires. Il ne peut donc, à ce titre, être utilisé comme modèle dans la mesure où le schéma qu'il met en oeuvre pourrait critiqué sur ce fondement.

Il convient donc de retenir que le législateur français ne peut pas remettre en cause l'obligation de procéder à une publicité européenne pour choisir le concessionnaire.

1.1.2. **La procédure envisageable**

Les procédures de publicité légale qui devront être mises en oeuvre ne devraient pas être de nature à remettre en cause les schémas financiers envisagés.

D'abord, il est parfaitement possible de mettre en oeuvre simultanément les procédures "*loi sapin*" et "*directive travaux*" (a.).

Ensuite, les deux procédures n'imposent que des mesures de publicité et maintiennent une liberté de choix du concessionnaire (b.).

Enfin, il semble que ces procédures n'excluent pas l'octroi de la concession à une société d'économie mixte (SEM) dont le partenaire privé serait choisi au terme de la

consultation (c.).

a. Mise en oeuvre conjointe des procédures "loi Sapin" et "directive travaux"

La mise en oeuvre conjointe des procédures "loi Sapin" et "directive travaux" implique la publication d'un avis de consultation dans le Journal Officiel des Communautés européennes (JOCE), dans un journal d'annonces légales et dans une publication spécialisée du secteur concerné.

Ensuite, il est nécessaire qu'un délai de 52 jours s'écoule avant de clôturer la phase durant laquelle les candidats pourront faire connaître leur candidature.

Enfin, il convient de mettre à la disposition des candidats un "document" retraçant les caractéristiques essentielles de la convention envisagée afin de permettre aux candidats de proposer une offre. Les offres qui sont présentées sont librement négociées par l'autorité adjudicatrice qui peut librement choisir son contractant.

b. Le choix du concessionnaire

La "loi Sapin" maintient le principe du choix *intuitu personae* du concessionnaire. De même, la "directive travaux" n'impose qu'une mesure de publicité mais ne prévoit pas de véritable appel d'offre ni de mise en concurrence. L'établissement des critères de choix n'est pas précisément réglementé et la détermination de ces critères permet d'encadrer le choix du concessionnaire.

c. L'octroi de la concession à une SEM

La procédure qui serait mise en oeuvre permet bien sûr de sélectionner une société à capitaux purement privés. Un tel choix devrait nécessairement s'accompagner de mesures d'aide publique qui devraient être décrites dans la procédure de consultation afin de maintenir l'égalité des candidats.

Si toutefois, le montage financier le plus adéquat se révèle être la constitution d'une société d'économie mixte (SEM) locale ou nationale, le choix devra donc porter seulement sur le(s) partenaire(s) privé(s) de la SEM.

La souplesse des procédures décrites ci-dessus paraît permettre à l'Etat de procéder à un tel choix.

Il est certes vrai que l'objet des procédures est de désigner un concessionnaire, or il s'agirait de désigner ici un partenaire privé (un actionnaire), le concessionnaire étant la SEM.

Pour éviter cette éventuelle critique, il faudrait demander aux candidats de s'engager à créer une SEM, une fois que le choix serait effectué.

L'esprit des textes serait en tout état de cause respecté dans la mesure où il ne s'agit pas d'imposer des partenaires au candidat retenu mais de mettre en place un schéma financièrement pérenne.

Une telle procédure mérite toutefois un examen plus approfondi en particulier il serait nécessaire de présenter ce projet de procédure à un responsable des marchés public au sein de la Commission européenne.

1.2. Le renouvellement de la concession

1.2.1. Loi Sapin

Ainsi qu'il a été rappelé précédemment, le contrat de concession sera en tout état de cause soumis au régime du renouvellement des contrats de délégation de service public tel que défini par les dispositions de l'article 40 alinéa 2 a) et b) de la loi Sapin.

Or, cette dernière prévoit des règles particulièrement contraignantes en ce qui concerne le renouvellement des délégations de service public : ces dernières ne peuvent en effet être renouvelées que dans deux hypothèses.

- Pour des "motifs d'intérêt général", mais dans cette hypothèse pour une durée qui ne peut être supérieure à une année (mais il ne serait semble-t-il pas impossible de procéder à plusieurs renouvellements successifs).

- Lorsque le concessionnaire est, contraint, pour la bonne exécution du service public et à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie de la convention et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation des prix manifestement excessive. Dans cette hypothèse, la loi ne limite pas la limite maximale de l'extension qui peut être accordée.

Cette hypothèse couvre ainsi dans de nombreuses hypothèses les difficultés d'amortissement des investissements liés au "fait du Prince", mais exclut semble-t-il les difficultés liées à une insuffisante évaluation des contraintes techniques ou à une surestimation des bénéfices tirés de l'exploitation de l'ouvrage.

On peut enfin préciser que les règles de limitation du droit au renouvellement de la concession ne s'appliquent pas lorsque le concessionnaire est un établissement public dont l'activité est expressément fixée par les statuts, ou une entreprise à qui un monopole sur l'exploitation du service a été confié par la loi. Enfin, une exception à la loi Sapin peut être prévue dans un texte de loi.

1.2.2. Directives européennes

Le renouvellement d'une concession de travaux n'est pas soumis à une procédure spécifique dans le cadre de la directive Travaux, réserve faite de l'hypothèse où il s'accompagnerait de l'obligation d'édifier de nouveaux ouvrages pour une valeur supérieure aux seuils fixés par la directive, qui s'établissent aujourd'hui à 32.900.000 F.F. H.T.

Toutefois, ainsi qu'il a été rappelé précédemment, le caractère souple de la procédure d'attribution des concessions de Travaux maintient le principe du libre choix du concessionnaire et ne constituerait donc pas un véritable obstacle au renouvellement.

On peut en dernier lieu préciser que dans l'état actuel des directives, un renouvellement qui ne serait pas assorti de la réalisation de nouveaux travaux ne serait pas soumis aux directives services ou secteurs exclus. En effet, un tel contrat s'assimilerait alors au renouvellement d'une concession de service public, qui est hors du champ d'application de ces directives.

Mais en raison du caractère temporaire de l'exclusion des concessions de ces directives affirmé par le Conseil européen de 1991, et dans le cadre de l'extension de l'ouverture à la concurrence de ce secteur, on ne peut formellement exclure que cette exclusion disparaisse dans les prochaines années.

2. Choix des contractants du concessionnaire

Le choix par le concessionnaire de ses contractants sera soumis, dans certaines hypothèses, à des procédures de mise en concurrence.

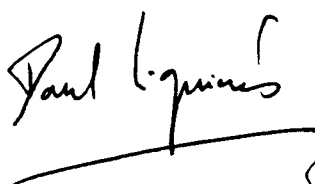
En premier lieu, le concessionnaire devra, en application des dispositions de l'article 11 alinéa 2 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 transposant la directive Travaux, soumettre la passation de ses contrats de travaux (marchés de travaux ou contrats de conception-réalisation d'un montant supérieur à 32.900.000 francs H.T.) à une procédure de publicité, maintenant toutefois le principe du libre choix de son contractant.

On peut à cet égard rappeler que la directive écarte l'application de ces dispositions lorsque le contractant du concessionnaire est une "entreprise liée" au sens de la directive, notion qui vise notamment les filiales ou sociétés mères.

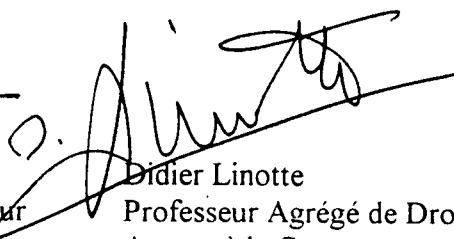
Si les contrats de travaux passés par le concessionnaire sont subventionnés à plus de 50 % par une ou plusieurs collectivités publiques, ils pourraient être soumis, sous certaines réserves, à une véritable procédure de mise en concurrence dans le cadre des dispositions de l'article 10 de la loi du 3 janvier 1991.

On peut enfin rappeler que si le concessionnaire est une société d'économie mixte, il sera de surcroît tenu, pour la passation de ses contrats de travaux, d'études et de maîtrise d'oeuvre passés "pour l'exécution ou les besoins du service public", de procéder au choix ses contractants dans le respect des procédures prévues par le décret n° 93-584 du 26 mars 1993 pris en application de l'article 48.I de la loi Sapin.

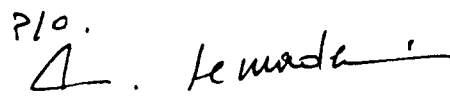
Ce décret, qui s'applique aux contrats définis ci-dessus lorsque leur montant est supérieur à 700.000 francs T.T.C., soumet en effet le choix des contractants de la société d'économie mixte à des procédures d'appel d'offres ou à des procédures négociées.



Paul Lignières
Avocat à la Cour



Didier Linotte
Professeur Agrégé de Droit Public,
Avocat à la Cour



Michel Caillard
Avocat à la Cour,
Associé

MMC/PL/DL/BCMS/ic