

## LES CONTRATS DE CONCESSION

[L'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016](#) (O.) et son [décret d'application n°2016-85 du 1<sup>er</sup> février 2016](#) (D.) relatifs aux contrats de concession rassemblent, au sein d'un corpus juridique unique, les règles applicables à tous les contrats recouvrant la qualification de « concessions » au sens de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

### I- La qualification du contrat de concession : éléments distinctifs

Les concessions (O. art 5) sont des « *contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes [soumises à l'ordonnance précitée] confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix* ».

Les établissements publics de santé, en tant que personnes morales de droit public, peuvent être des autorités concédantes au sens de l'ordonnance précitée. Il convient de distinguer les concessions des simples conventions (ou concessions) domaniales d'une part (I.1.) et des marchés publics (I.2.) d'autre part, qui ne répondent pas aux mêmes contraintes procédurales.

#### I.1- Convention d'occupation du domaine public ou concession ?

Au sens de la jurisprudence communautaire, « *une concession de services est caractérisée, notamment, par une situation dans laquelle un droit d'exploitation d'un service déterminé est transféré par un adjudicateur à un concessionnaire [...]* » (CJCE 11 juin 2009, Hans et Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, aff. C-300/07, point 7).

Le critère distinctif entre les contrats de concession et conventions d'occupation du domaine public réside dans le fait que les concessions de services « obligent » le titulaire à exercer l'activité objet du contrat alors que les concessions domaniales « *portent non pas sur une prestation de services déterminée par l'autorité adjudicatrice, mais sur l'autorisation d'exercer une activité économique dans une zone domaniale* » (CJUE 14 novembre 2013, Belgacom, aff. C-221/12, point 27). Ainsi, les conventions d'occupation du domaine public se caractérisent par le fait que le pouvoir adjudicateur fixe les conditions d'exercice d'une activité économique, « à la demande de l'opérateur économique » qui « conserve la liberté de renoncer à la fourniture de travaux ou de services » (Dir. 2014/23/UE, consid. 14).

Dès lors, au sens des textes communautaires, demeurent des concessions domaniales les contrats par lesquels « *le pouvoir adjudicateur fixe uniquement les conditions générales d'utilisation des domaines [...], sans acquisition de travaux ou de services spécifiques* » (Dir précitée, consid. 15). Tel est le cas lorsque les stipulations contractuelles se bornent à énoncer « *les conditions applicables à l'entrée en possession du preneur, à l'usage auquel le bien est destiné, aux obligations du bailleur et du preneur relatives à l'entretien du bien, à la*

*durée du bail et à la restitution de la possession au bailleur, à la location et aux frais accessoires à charge du preneur » (Ibid.).*

Désormais, avec les dernières transpositions des directives de l'Union Européenne (O. et D.), le champ des conventions d'occupation domaniale semble donc sensiblement réduit.

A titre d'exemple, il pourra s'agir des contrats ayant pour objet la mise à disposition de dépendances du domaine public à titre exclusif et/ou pour une durée limitée aux fins d'organisation d'expositions (dans les halls d'hôpitaux), visant ou non l'exercice d'activités économiques auxquelles l'autorité concédante n'impose pas d'autres conditions que celles liées à la préservation du domaine et au paiement de la redevance d'occupation y afférente.

**NOTA** : *La qualification du contrat dépendra in fine d'une appréciation au cas par cas. En cas de doute quant à la nature du contrat (concession de services ou convention domaniale), la prudence commandera de solliciter pour expertise la direction des affaires juridiques de l'AP-HP.*

## I.2- Marché public ou concession ?

On retrouve, dans le marché public et dans la concession, des éléments communs (caractère onéreux du contrat ; satisfaction des besoins de la personne publique, à travers celle de ses usagers - patients, personnel, ...).

Toutefois, la concession se distingue du marché public par **deux éléments cumulatifs** :

- Critère 1: L'existence d'un risque pesant sur le concessionnaire ;
- Critère 2 : Le droit, pour ce dernier, d'exploiter l'ouvrage ou le service moyennant rémunération.

### I.2.1. 1<sup>er</sup> critère : l'existence d'un risque

Selon l'article 5 de l'ordonnance n° 2016-65, « *la part de risque transférée au concessionnaire implique **une réelle exposition aux aléas du marché**, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, **dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service** ».*

Autrement dit, la gestion du service doit faire peser un risque réel tant sur l'existence que sur le niveau de la rémunération du concessionnaire. Il s'agira notamment du risque lié à une inadéquation entre l'offre et la demande de services ou d'une politique tarifaire inadaptée, et susceptibles d'entraîner, pour le concessionnaire, une perte des bénéfices escomptés, voire un déficit (non-couverture des dépenses d'exploitation par les recettes), non compensée par la personne publique.

Si, dans un marché public, tout risque n'est pas nul (par exemple la hausse du coût des matières premières, de l'énergie, du personnel, ...), le prix versé par la personne publique est censé à la fois couvrir les charges résultant, pour le titulaire, de l'exécution du marché, et lui assurer des bénéfices (les clauses de révision de prix permettant par ailleurs de juguler les effets d'aléas extérieurs sur le marché).

Or, les événements susceptibles de survenir en cours d'exécution d'un contrat de concession (de travaux et/ou services) seront, exclusivement ou principalement amortis par une modification des conditions tarifaires de l'ouvrage/du service concédé, faisant courir le risque d'une défection des usagers, et une baisse de fréquentation corrélative, sans que la personne publique ne compense la perte de ressources en résultant. Cette dernière caractéristique fait apparaître le second critère de reconnaissance d'un contrat de concession.

### 1.2.2. 2<sup>nd</sup> critère : Le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service en contrepartie de la rémunération du concessionnaire

L'exploitation de l'ouvrage ou du service permet à celui qui l'exploite, de se rémunérer<sup>1</sup>. On distingue classiquement deux types de rémunération :

- soit exclusivement sur les ressources perçues auprès des usagers ;
- soit sur ces ressources, le cas échéant assorties d'un prix.

Si, comme dans les marchés publics, le contrat de concession peut donner lieu au versement d'un prix, par l'autorité concédante, celui-ci ne peut être fixé de telle sorte qu'il rende « négligeable » la part de risque supporté par le concessionnaire au titre de l'exploitation. Autrement dit, le prix versé par l'autorité concédante ne peut constituer une subvention d'équilibre qui ôterait tout risque de gestion.

Ainsi, le risque demeure **le critère central de la distinction entre les contrats de concessions et les marchés publics.**

PRINCIPALES DIFFERENCES ENTRE MARCHES PUBLICS ET CONCESSIONS		
	MARCHE PUBLIC	CONCESSION
OBJET DU CONTRAT	Acheter une prestation de travaux ou de services (ou de fournitures)	Confier une mission d'exécution de travaux, de gestion d'un service ou d'un service public
DUREE	Court / Moyen terme	Moyen terme
FINANCEMENT	Public (budget de l'autorité concédante)	Privé (financement des équipements servant à l'exploitation par le concessionnaire)
REMUNERATION DU COCONTRACTANT	Publique (paiement d'un prix par l'acheteur public)	Privée (perception de ressources auprès des usagers) voire publique (sans suppression du risque d'exploitation)
NIVEAU DE RISQUE SUPPORTE PAR LE COCONTRACTANT	Faible (risque sur les coûts des matières premières, risques de construction,...)	Fort (coûts industriels, risques d'une défection du public et baisse de fréquentation liés à la qualité du service rendu ou de la politique tarifaire appliquée)

**NOTA :** en cas de doute quant à la nature du contrat (marché public ou concession), il convient de saisir pour avis de la direction des affaires juridiques de l'AP-HP.

## II- Diversité des catégories de contrats de concession

L'article 6 de l'[ordonnance](#) distingue les **concessions de travaux** et de **services**. Les **premières** ont pour objet « soit l'exécution, soit la conception **et** l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française, soit la réalisation, soit la conception **et** la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante ».

<sup>1</sup> Des recettes très variées peuvent rémunérer le concessionnaire. Il en va ainsi « 2° des recettes perçues sur les usagers des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte de l'autorité concédante ou d'autres personnes ; [des] paiements effectués par l'autorité concédante ou toute autre autorité publique ou tout avantage financier octroyé par l'une de celles-ci au concessionnaire ; [...] des subventions ou de tout autre avantage financier octroyés par des tiers pour l'exploitation de la concession ; [des] recettes tirées de toute vente d'actifs faisant partie de la concession » (D. art.7).

Les **concessions de services** ont, quant à elles, « pour objet la gestion d'un service [et] peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public ». Ainsi, la nouvelle ordonnance fait des « délégations de service public » une sous-catégorie du contrat de concession de service.

Enfin « lorsqu'un contrat de concession porte sur des travaux **et** des services, il est un contrat de concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux » (ibid.).

La distinction entre les concessions de travaux, de services et celles comportant la gestion d'un service public n'a toutefois pas d'incidence sur les formalités de publicité et de mise en concurrence à respecter, dans la mesure où le seuil de 5 225 000 € HT, à partir duquel les autorités concédantes devront recourir à la procédure de publicité et de mise en concurrence ordinaire, s'applique indistinctement selon la nature de la concession.

Cette distinction aura en revanche des conséquences sur le contenu du contrat. En effet, dans le cas où la personne publique confierait la gestion d'un service public, les stipulations contractuelles seront plus exigeantes en termes de contrôle du concessionnaire et de pièces à produire par ce dernier au cours de l'exécution du contrat ([D. art.33](#)).

<b>Nouvelles règles issues des textes en termes de stipulations contractuelles</b>	
Dispositions communes applicables à toutes les concessions	<p>Eléments devant figurer dans le contrat :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- les <u>montants</u> et <u>modes de calcul</u> de la <u>redevance</u> versée par le futur exploitant et <b>s'il y a lieu</b>, les montants et modes de calcul des <u>droits d'entrée</u> dont devra s'acquitter le concessionnaire. Ces éléments sont justifiés dans les contrats (O. art 31) ;</li> <li>- la nature des recettes résultant de l'exploitation ;</li> <li>- les tarifs à la charge des usagers, ainsi que les paramètres et indices déterminant leur évolution (O. art 32) ;</li> <li>- s'il y a lieu, la prise en compte de considérations économiques, environnementales, techniques ou sociales (notamment en termes d'accessibilité à l'emploi) pour l'exécution du contrat, à condition qu'elles ne soient pas dépourvues de lien avec son objet (O. art 33)</li> <li>- La durée du contrat<sup>2</sup> - <b>Cf. NOTE BAS DE PAGE</b></li> <li>- Le rapport annuel (comptes et qualité des travaux ou services) (O. art. 52).</li> <li>- les conditions de l'occupation du domaine public<sup>3</sup>,...</li> <li>- Modalités particulières d'indemnisation du concessionnaire en cas de résiliation anticipée du contrat (O. art 56).</li> </ul>
Dispositions spécifiques aux concessions emportant gestion d'un service public	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Stipulations contractuelles plus poussées = exigences renforcées en termes de contrôle du concessionnaire (D. art.33) ;</li> <li>- dispositions relatives au sort des biens de retour et des biens de reprise<sup>4</sup> (à l'échéance du contrat / en cas de résiliation anticipée)</li> </ul> <p>Rappel : si les biens de retour (considérés comme « nécessaires à un moment quelconque de l'exécution du service ») sont réputés intégrer gratuitement le patrimoine de la personne publique à la fin normale de la convention, la résiliation anticipée du contrat (<u>le cas échéant pour faute du concessionnaire</u>) ouvre droit, pour celui-ci, à l'indemnisation des biens de retour non amortis (CE, 4 mai 2015, n° 383208, <i>Sté Domaine Porte des neiges</i>)</p>

<sup>2</sup> **NOTA** : Les concessions ont une durée limitée, déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations et des investissements demandés au concessionnaire (O. art 34). Cette durée ne peut donc être laissée à l'appréciation du candidat, au titre de la formulation de son offre, et constituer un critère d'examen de cette dernière.

Le décret fixe une durée de 5 ans (D. art 6-II).

La fixation d'une durée plus longue (notamment par le jeu de reconductions éventuelles) suppose de démontrer que cette durée est nécessaire pour l'amortissement des investissements réalisés, avec retour sur les capitaux investis (investissements initiaux et ceux nécessaires pendant la durée du contrat (à titre non-exhaustif, les travaux de renouvellement, dépenses liées aux droits d'auteur, au recrutement et à la formation du personnel, ...)(D. art 6).

<sup>3</sup> Lorsque le contrat de concession emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour toute sa durée. (O. art.50). Ce contrat **devra prévoir**, dans le respect des dispositions du CG3P, **les conditions de l'occupation domaniale (article L. 2122-6 du CG3P)**, notamment si cette dernière emporte constitution, ou non, de droits réels sur les ouvrages et équipements réalisés. La constitution de droits réels, conférant au concessionnaire les prérogatives et obligations du propriétaire, est assortie, le cas échéant, de conditions et limites fixées par les clauses du contrat afin de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine (O. art.50 précité).

<sup>4</sup> Les biens de retours sont tous les biens meubles ou immeubles affectés à l'objet de la concession qui reviennent obligatoirement à l'autorité concédante au terme du contrat de concession. Les biens de reprise, quant à eux, sont utiles à l'objet de la concession mais pas indispensable à celui-ci et restent la propriété du concessionnaire à la fin du contrat de concession.

## Précisions :

- Les éléments comptables présentés par les concessionnaires doivent être certifiés par un comptable ou un commissaire aux comptes
- Les avis de sommes à payer sont émis par l'AP-HP et doivent être payés dans un délai ne pouvant excéder 50 jours.

### **III- Les modifications du contrat de concession en cours d'exécution**

Il résulte des dispositions de l'article 55 de [l'ordonnance n°2016-65](#) que les conditions entourant les modifications d'un contrat de concession en cours d'exécution s'appliquent à tous les contrats qui, même conclus avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, sont susceptibles d'être requalifiés en concessions lorsqu'ils répondent à cette définition.

Ce faisant, [le décret d'application n°2016-86](#) (art.36) subordonne la modification des contrats en cours d'exécution aux cas limitativement énumérés suivants :

*1° Lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque.*

*Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ;*

*2° Lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 37<sup>5</sup>, des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat de concession initial, à la double condition qu'un changement de concessionnaire :*

*a) Soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale ;*

*b) Présenterait pour l'autorité concédante un inconvénient majeur ou entraînerait pour lui une augmentation substantielle des coûts ;*

*3° Lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 37, la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir ;*

*4° Lorsqu'un nouveau concessionnaire se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession, dans l'un des cas suivants :*

*a) En application d'une clause de réexamen ou d'une option définie au 1° ;*

*b) Dans le cas d'une cession du contrat de concession, à la suite d'opérations de restructuration du concessionnaire initial. Le nouveau concessionnaire justifie des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles fixées initialement par l'autorité concédante. Cette cession ne peut être effectuée dans le but de soustraire le contrat de concession aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;*

*5° Lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles.*

*Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du contrat de concession. En tout état de cause, une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :*

---

<sup>5</sup> D. art 37 précité : « I. - Lorsque le contrat de concession est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant des modifications prévues aux 2° et 3° de l'article 36 ne peut être supérieur à 50 % du montant du contrat de concession initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées dans le respect des dispositions du présent article, cette limite s'applique au montant de chaque modification. Ces modifications consécutives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

- a) Elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ;
  - b) Elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial ;
  - c) Elle étend considérablement le champ d'application du contrat de concession ;
  - d) Elle a pour effet de remplacer le concessionnaire auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession par un nouveau concessionnaire, en dehors des hypothèses visées au 4° ;
- 6° Lorsque le montant de la modification est inférieur au seuil visé à l'article 9 (soit 5 225 000 € HT) et à 10 % du montant du contrat de concession initial, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions énoncées au 5° sont remplies.

**La mise en œuvre de l'article 36 devra relever d'une appréciation au cas par cas, et une attention particulière devra être portée au contexte et aux motifs justifiant la modification du contrat envisagée.**

**Remarque :** Toute modification dont le montant est inférieur au seuil visé à l'article 9 de l'ordonnance (soit 5 225 000 € HT) et à 10 % du montant du contrat de concession initial, est par principe admise (D. art 36.6°).

**Textes de référence :**

- **Ordonnance N° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession**
- **Décret d'application N°2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession**