



Philippe DELELIS

Partenariats public-public et public-privé

Un montage innovant
alternatif au contrat de
partenariat

ANNE RIDEAU ÉDITIONS

PARTENARIATS PUBLIC-PUBLIC ET PUBLIC-PRIVÉ



Philippe DELELIS

Partenariats public-public et public-privé

Un montage innovant alternatif
au contrat de partenariat

Collection Portalis

ANNE RIDEAU ÉDITIONS

ISBN 978-2-37028-000-8

© Philippe Delelis, 2013

ANNE RIDEAU ÉDITIONS, 10 rue Oudinot, 75007 Paris

Le Code de la propriété intellectuelle interdit les copies ou reproductions destinées à une utilisation collective. Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que se soit, sans le consentement de l'auteur ou de ses ayant cause, est illicite et constitue une contrefaçon, aux termes des articles L.335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le montage innovant décrit dans cet ouvrage consiste en l'articulation d'un étage de partenariat public-public et d'un étage de partenariat public-privé en vue de la conception, la réalisation, le financement et la maintenance d'un ouvrage affecté au service public.

Ce montage consiste à loger les fonctions de maîtrise d'ouvrage et de financement dans une société appartenant au secteur public (la société de réalisation ou « SR ») se situant dans une relation « *in house* » avec les pouvoirs adjudicateurs qui l'ont créée. Il s'agit de l'étage de partenariat public-public.

La SR, soumise à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, confie ensuite toutes les tâches de conception-construction et d'exploitation-maintenance de l'ouvrage à une entreprise privée dans le cadre d'un contrat global de longue durée conclu après mise en concurrence (le plus généralement, un dialogue compétitif). C'est l'étage de partenariat public-privé du montage : sont ici transférés les risques matériels de l'opération dans les mêmes conditions qu'ils le seraient dans le cadre d'un contrat de partenariat de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004. Ce contrat global peut s'assimiler à un contrat de partenariat sans financement et sans maîtrise d'ouvrage confiés au partenaire privé.

La société de réalisation (SR) dont les actionnaires sont uniquement des pouvoirs adjudicateurs se voit consentir une autorisation temporaire d'occupation du domaine public assortie de droits réels sur les ouvrages à réaliser, décrits dans l'AOT et répondant aux besoins des pouvoirs adjudicateurs. L'AOT avec droits réels est consentie par celui des pouvoirs adjudicateurs qui est propriétaire du terrain d'assiette.

L'AOT est assortie d'une convention de mise à disposition (CMD), qui s'analyse essentiellement comme un bail assorti de prestations de services.

Celui des pouvoirs adjudicateurs qui a consenti l'AOT est preneur de la CMD et sous-loue aux autres pouvoirs adjudicateurs intéressés (voire à des tiers).

Le montage innovant repose donc sur un schéma aller-retour classique des montages contractuels complexes, dans le respect de l'ensemble des textes applicables aux pouvoirs adjudicateurs, notamment la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique et le Code des marchés publics.

Par rapport à un contrat de partenariat, il maintient clairement dans la sphère publique la maîtrise d'ouvrage, le financement et la propriété des ouvrages⁽¹⁾ et ne transfère à la sphère privée « que » la conception, la construction et la maintenance des ouvrages.

Ce montage peut donc présenter des avantages dans certains cas mais il ne constitue pas une alternative générale au contrat de partenariat qui, lorsque les conditions sont réunies, constitue le PPP de droit commun.

(1) Pour mémoire, même en contrat de partenariat, cette dernière peut également être intégralement maintenue côté public : il suffit de ne pas délivrer de droits réels au titulaire.

PRINCIPES GÉNÉRAUX DU MONTAGE INNOVANT

Le montage innovant est né d'une réflexion sur les contraintes posées par plusieurs projets de bâtiments publics, notamment universitaires.

Plusieurs questions se sont posées dans ce contexte (A) auxquelles la structure générale du montage innovant a répondu (B).

A. Les questions à l'origine du montage innovant

1. Peut-on bénéficier des économies d'échelle du partenariat public-privé sans confier le financement au partenaire privé ?

Le partenariat public-privé présente l'avantage d'assurer à la personne publique un coût de possession de long terme le plus faible possible. En effet, la responsabilité d'un seul titulaire d'un contrat global de long terme portant sur la conception, la construction et la maintenance d'un ouvrage garantit une solidarité des trois phases que des marchés séparés ne permettent pas.

Si l'on caricature les PPP pour leur coût soi-disant élevé, en oubliant que ce sont les premiers contrats de la commande publique à faire l'objet d'une évaluation préalable et en confondant les redevances nominales et actualisées, on ne se privera pas ici, de rappeler les nombreuses catastrophes auxquelles la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée – dite «loi MOP» – a donné lieu par le seul fait que l'architecte se désintéresse (ou peut se désintéresser) absolument de la construction (sauf pour ce qui concerne sa rémunération, indexée sur le coût de construction) et que le constructeur peut tout à fait ignorer les contraintes

de maintenance ultérieure. Tous les trois ans, l'administration passera des marchés de maintenance de plus en plus onéreux. Et on ose nous dire que c'est mieux pour les finances publiques...

Bref, en l'état actuel, bien monté et honnêtement évalué, le PPP, par sa globalité et la répartition fine des risques qu'il permet, fait bénéficier la personne publique du plus faible coût de possession de long terme possible à fonctionnalités définies.

Mais, en l'état actuel du droit, le contrat de partenariat (tout comme les PPP sectoriels²) emporte nécessairement un financement privé, total ou partiel, de l'ouvrage ou de l'équipement objet du contrat³.

(2) Autorisation d'occupation temporaire (AOT) du domaine public et location avec option d'achat (LOA) de la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) n° 2002-1094 du 29 août 2002 étendue à la justice par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ), et à la défense par la loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008 ; Bail emphytéotique administratif hospitaliers (BEA) et convention non détachable de l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé.

(3) L'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 dispose : « I. - Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. (...) ».

Pour les collectivités locales, l'article L.1414-1 du CGCT, légèrement différent, dispose quant à lui : « I.-Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Toutefois, le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret. »

Or, on sait que ce financement est habituellement plus cher que celui qui serait levé par la personne publique elle-même ou qui serait mobilisé au sein du secteur public. Avant la crise de la zone euro et des dettes souveraines on aurait d'ailleurs écrit que ce financement privé est « nécessairement » plus cher, mais il faut désormais relativiser...

L'évitement du financement privé suppose, en tout état de cause, de ne pas recourir au contrat de partenariat car, même si on ne sait pas ce que signifie « partiel », il y a trop de risques qu'un abus de cet adjectif (avec 5% de financement privé par exemple) soit sanctionné par le juge administratif sur le terrain du détournement de procédure de l'erreur manifeste d'appréciation ou même de l'erreur de droit.

Il faut donc recourir à un contrat global qui ne soit pas le contrat de partenariat, ni d'ailleurs un PPP sectoriel, qui imposent dans les deux cas des obligations similaires de financement privé.

2. Le recours à un contrat global de longue durée, sans financement, est-il possible sous l'empire de la loi MOP et du Code des marchés publics ?

À l'époque de la conception du montage innovant (2009), la réponse était clairement : non. Depuis, les textes ont un peu évolué – sans doute par l'effet de la perspective nouvelle offerte par le montage innovant – mais leur orientation anti-globalisation continue à décevoir le praticien à la recherche d'une solution d'ensemble et d'une responsabilité contractuelle unique.

Aujourd'hui encore, la loi MOP oblige à la séparation des marchés de maîtrise d'œuvre et de construction (elle ignore par ailleurs les tâches d'exploitation-maintenance qui n'entrent pas dans son champ d'application).

Les marchés de conception-réalisation sont possibles à titre exceptionnel : ils sont strictement encadrés par la loi MOP (art. 18) et le CMP (art. 37). Leur globalité a même régressé depuis leur création puisque, lorsqu'ils portent sur des ouvrages autres que d'infrastructures, ils doivent être attribués à un « groupement d'opérateurs » et non à un opérateur. Ils ne peuvent en tout état de cause être conclus que si « *un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs techniques rendent nécessaires l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* » (CMP, art. 37 al. 1^{er}).

Ce critère de la « nécessité » de l'association de l'entrepreneur aux études est particulièrement pervers car il est presque toujours possible de démontrer

qu'il n'y avait pas de nécessité à cette association autre que... de bonne gestion et d'économie budgétaire. Mais cet aspect est négligé par la jurisprudence qui se concentre sur la nécessité technique et déduit donc, dans la plupart des cas, que le marché de conception-réalisation (autrefois appelé « conception-construction ») n'était pas régulier⁴.

S'agissant du CMP, les choses ont très légèrement évolué mais le marché global reste suspect.

On est passé d'une obligation très forte et très générale d'allotir le marché (CMP, art. 10) à l'instauration récente de nouveaux marchés globaux. On veut voir, d'ailleurs, dans la création et les premières applications du montage innovant, l'origine de ce retour en grâce du marché global, qui avait disparu du CMP depuis la sanction du marché d'entreprise de travaux publics (METP) pour cause d'interdiction des paiements différés⁵ et, surtout, sous l'influence du lobby des PME du bâtiment, hostiles aux contrats globaux qui les privent des lots de second œuvre.

Il faut, au passage, dire quelques mots de cette obligation d'allotissement et de la politique consistant à « protéger les PME » de laquelle elle découle. En réalité, elle revient à accepter des surcoûts du fait du morcellement du marché et des tâches d'interface qu'il génère, au détriment des finances publiques. Il conduit aussi non pas à protéger les PME mais à permettre le maintien d'innombrables TPE (peintres, électriciens, plombiers etc.), caractéristiques de la fragilité du tissu économique français. Vous êtes vous déjà demandé pourquoi il vous était si difficile de faire venir un plombier chez vous ? Parce que l'artisan est occupé sur le chantier de l'hôpital voisin et que votre petit chantier domestique ne l'intéresse pas...

Quand ils parlent « PME », nos politiques pensent à leur artisan du coin de la rue, ce qui est aussi politiquement respectable qu'économiquement stupide.

(4) Pour pallier cette difficulté, de nombreux textes sectoriels ont permis le recours de plein droit au marché de conception-réalisation : pour la police, la gendarmerie et la justice (LOPSI et LOPJ de 2002 précitées note 2) ; pour les hôpitaux et autres établissements de santé : art. L. 6148-7 du code de la santé publique, pour les logements sociaux aidés par l'État (loi n° 2009-323 du 25 mars 2009, art. 110).

(5) CE, 8 fév. 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de La Ciotat*, n° 150931.

Le résultat de cette politique de gribouille à courte vue est que la France compte non seulement moins d'entreprises que l'Allemagne mais, surtout, des entreprises beaucoup plus petites qui n'ont pas la taille critique pour se développer, exporter, etc⁶.

En matière de commande publique, souvent conçue comme le moyen le plus simple « d'aider les PME » (maintenir les TPE), les mesures prises se heurtent régulièrement à la rationalité et à l'efficacité technique et économique du contrat global.

Le REM et le CREM ont donc fait leur apparition dans le CMP. Ou plutôt leur réapparition car, avant le durcissement de l'article 10, certaines formes de ces contrats globaux étaient possibles.

L'article 73 du Code des marchés publics autorise, depuis le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011, deux nouvelles formes de contrats globaux :

- les marchés de réalisation et d'exploitation ou de maintenance (REM) : ils doivent remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.
- les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance (CREM) qui doivent avoir le même objet (pourquoi avoir créé deux catégories différentes alors qu'il suffisait de rendre la conception optionnelle ?) Pour ces marchés, le recours à ce type de contrat n'est possible, pour les travaux soumis à la loi MOP, que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans des bâtiments existants, ou bien pour les motifs d'ordre technique rendant possible le marché de conception-réalisation (CMP, art. 37).

*

(6) Les entreprises de 10 à 49 salariés représentent 14% des entreprises allemandes contre 6% en France. Les entreprises de taille intermédiaire (250 à 5000 salariés) sont un peu plus de 5000 en France contre un peu plus de 10 000 en Allemagne et la taille moyenne des ETI allemandes est 30% supérieure à la taille moyenne des ETI française. Les PME allemandes sont trois fois plus nombreuses à exporter, etc. Source : <http://www.journal-dunet.com/economie/magazine/petites-et-moyennes-entreprises-en-danger/taille-des-pme.shtml>

En conclusion, si une personne publique reste dans le champ de la loi MOP et du CMP, elle ne parviendra pas, dans la plupart des cas, à mettre un œuvre un réel contrat global avec obligations de performances, de longue durée – c'est-à-dire un PPP – sans financement.

3. Une personne publique peut-elle sortir du champ de la loi MOP et du CMP ?

Posée comme cela, la question peut paraître provocatrice car ces deux textes sont d'ordre public et le second est sanctionné par un délit spécifique (et très français d'ailleurs car des délits de droit commun auraient pu remplir le même office de répression) : le délit d'octroi d'avantage injustifié. Ce dernier pouvant se définir comme la violation consciente d'une règle du Code des marchés publics (ou de la loi Sapin), il y a lieu d'être prudent...

Mais si cette question se pose, c'est parce que l'on ne trouve pas, dans le corpus classique de règles applicables aux personnes publiques, les solutions au problème posé.

La loi MOP est censée – par des contrats de maîtrise d'œuvre séparés – nous avoir protégée contre les horreurs urbanistiques auxquelles l'absence d'architectes aurait inéluctablement conduit. C'est une plaisanterie ? Il suffit de se promener dans n'importe quelle ville et de porter les yeux sur des bâtiments publics au hasard pour se rendre compte de l'inanité du propos. L'horreur stylistique est partout, la loi MOP n'y a rien pu.

De la même manière, le CMP comporte, parmi ses objectifs premiers, la protection des deniers publics (art. 1^{er}). C'est un peu comme le Capitaine Haddock élu président d'une ligue de lutte contre l'alcoolisme... En fait de protection des deniers publics, le CMP multiplie les dispositions inflationnistes, parmi lesquelles on relèvera les procédures aussi lourdes que byzantines qu'il organise mais aussi et surtout l'onéreuse obligation d'allotissement de l'article 10.

En tout cas, il est politiquement et juridiquement correct de répondre par la négative à la question posée : non, une personne publique ne peut échapper ni à la loi MOP, ni au CMP.

Mais une personne privée, si.

À condition, bien sûr qu'elle ne constitue pas un faux nez de l'administration. C'est tout l'enjeu du montage innovant, qui repose sur une notion importée

du droit européen⁷ : la relation « *in house* » entre l'administration et une entité privée qu'elle contrôle. Cette relation est subtile et exigeante : il faut que l'entité « *in house* »⁸ soit ni trop proche de l'administration (on lui reprocherait d'être « transparente » ou mandataire), ni trop autonome (on reprocherait une absence de contrôle équivalent à celui que l'administration exerce sur ses propres services). Le positionnement est donc délicat : il nécessite un réglage fin (V. *Infra*, II.A).

Car l'enjeu n'est pas tant de vouloir sortir du champ de la loi MOP ou du CMP que d'entrer dans un montage parfaitement légal qui offre des possibilités que ne permettent pas ces textes.

B. La structure de base du montage innovant

Le montage innovant est constitué de deux étages structurels et contractuels distincts : un partenariat public-public (1) et un partenariat public-privé (2).

1. Un Partenariat public-public

Il s'agit ici d'une société commerciale dont tout le capital appartient exclusivement aux pouvoirs adjudicateurs qui l'ont créée. Tout capital privé, ou plus exactement, toute part de capital appartenant à une personne qui ne soit pas pouvoir adjudicateur au sens des directives Marchés publics, est exclue. La société ne sera donc pas une société d'économie mixte : elle appartiendra entièrement au secteur public dans la quasi-totalité des cas (ceux dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs sont des personnes morales de droit public). C'est en ce sens que l'on peut parler de partenariat public-public.

Cette société doit absolument être dans une relation de quasi-régie (ou « *in house* ») par rapport à ces pouvoirs adjudicateurs. On y reviendra.

(7) L'expression a en principe succédé à celle de « droit communautaire » depuis le Traité de Lisbonne, mais on ne sait donc plus, sémantiquement, distinguer le droit du Conseil de l'Europe (et donc de la CEDH) du droit de l'Union Européenne.

(8) On parle aussi de « quasi-régie » ou de « prestations intégrées ».

Les fonctions de cette société commerciale – que l’on appellera par convention Société de Réalisation (ou SR⁹) – sont les suivantes :

- La construction de l’ouvrage ou des équipements à réaliser (y compris la fonction de maîtrise d’ouvrage)
- Le financement
- La maintenance sur longue durée, avec obligations de performances sanctionnées par des pénalités d’exploitation.

Autrement dit, toutes les caractéristiques d’un PPP, mais confiée à une structure « *in house* ».

Comment confier ces missions à la SR ? S’il était possible de négocier de gré à gré un contrat de partenariat – comme c’est le cas de certains marchés publics (CMP, art. 35. II) – on conclurait un tel contrat entre le pouvoir adjudicateur actionnaire dans une relation « *in house* » avec la SR et cette dernière. Mais, assez inexplicablement, les raisons qui permettent de négocier sans publicité ni mise en concurrence un marché public ne se retrouvent pas dans l’ordonnance du 17 juin 2004. Il faut donc utiliser un autre support contractuel.

Ce sera un ensemble « AOT-CMD », c’est-à-dire une autorisation d’occupation temporaire (AOT) du domaine public couplée à une convention de mise à disposition (CMD).

On aura reconnu la structure de base d’un montage complexe dit « aller-retour »¹⁰. À « l’aller », la personne publique met son domaine public à la disposition du titulaire selon le régime de droit commun de l’occupation privative du Code général de la propriété des personnes publiques. L’AOT comprend donc la description des travaux à réaliser.

Au « retour », par la convention de mise à disposition, non détachable de l’AOT, le titulaire s’engage à louer et à maintenir l’ouvrage construit. Cette

(9) Quelques esprits sans mémoire ont suggéré d’utiliser l’acronyme « SDR » mais les sociétés de développement régional, désignées par ces trois lettres, qui n’ont rien à voir avec la société dont il est question ici, n’ont pas été un grand succès.

(10) V. notamment N. Symchowicz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, Éd. du Moniteur, 3^e éd. 2012.

convention est essentielle à la bancabilité de l'ensemble puisque la SR sera ainsi en mesure de générer suffisamment de revenus pour rembourser la dette qu'elle souscrira ainsi que le capital apporté par ses actionnaires.

La validité du recours, par une personne publique soumise à la loi MOP, à un montage de ce type a été reconnue par le Conseil d'État dans un avis n° 356960 du 31 janvier 1995 (reproduit en annexe). La seule originalité, ici, est de conclure cet ensemble contractuel avec une société – la SR – sous le contrôle exclusif des pouvoirs adjudicateurs qui l'ont créée et dans une relation « *in house* » au moins avec celui des pouvoirs adjudicateurs qui va conclure l'AOT-CMD avec elle.

À ce premier niveau du montage innovant, tous les risques ont été transférés à la SR, laquelle appartient, comme on l'a vu, au secteur public.

Autrement dit, à ce stade, les risques n'ont pas quitté le secteur public.

La SR va donc devoir se débarrasser des obligations de concevoir, construire et maintenir, nées de l'AOT, et des risques correspondants car elle n'est naturellement pas dimensionnée pour exécuter l'AOT dans son intégralité.

2. Un Partenariat public-privé

C'est ici que l'on va retrouver l'enchaînement vertueux du PPP : conception / construction / maintenance, permettant la maîtrise du coût global de possession de long terme.

La SR va, en effet, confier toutes ces tâches à un partenaire privé via un contrat global. Elle ne conservera que la mission de maîtrise d'ouvrage découlant des droits réels qui lui auront été confiés via l'AOT ainsi que la mission de financement. Le contrat global dont il est question ici est un véritable PPP sans financement.

On sait que, hors les cas limités de REM et CREM envisagés ci-dessus, le contrat global est interdit par le CMP. La SR, dès lors qu'elle n'est pas mandataire des pouvoirs adjudicateurs qui l'ont créée et qu'elle n'est pas davantage transparente par rapport à ceux-ci, n'est pas soumise au CMP. En revanche, elle est soumise 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 et à son décret d'application n° 2005-1742 du 30

décembre 2005. La raison en est simplement qu'elle a été formée par des pouvoirs adjudicateurs¹¹.

Mais l'ordonnance du 6 juin 2005 ne faisant que transposer les directives « Marchés Publics » aux entités non soumises au CMP, ce qui est le cas des sociétés de droit privé, ne s'intéresse pas au contenu des marchés, seulement aux modalités de leur passation. Le contrat (ou marché) global est donc parfaitement libre sous l'empire de l'ordonnance. On peut donc y prévoir des prestations de conception, de construction et de maintenance.

La SR n'étant pas plus soumise à la loi MOP qu'elle ne l'est au CMP, elle n'a pas à passer des marchés séparés de maîtrise d'œuvre et peut au contraire librement recourir à la conception-construction qui est l'un des maillons essentiels de tout PPP.

Enfin, la durée des marchés des pouvoirs adjudicateurs relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005 fait l'objet de dispositions spécifiques à l'article 5 du décret du 30 décembre 2005, inspirées de celles du Code des marchés publics¹², mais la grande différence est que, dès lors que le marché peut être global (sans obligation d'allotissement), il est techniquement justifié de retenir une durée longue permettant au titulaire de s'engager sur un coût de possession de long terme incluant conception – construction et maintenance. Toutefois, dans la mesure où le contrat global n'emporte pas d'obligation de financement, la SR (et ses actionnaires) peuvent préférer une durée plus courte qu'en contrat de partenariat : le sujet de la durée peut donc être arbitré de façon très souple.

Le contrat global sera conclu après publicité et mise en concurrence. On quitte en effet ici la sphère du « *in house* » pour s'adresser au marché concu-

(11) Ord. 6 juin 2005, art. 3 : « I. Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance sont : [...] 4° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun :

a) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ;

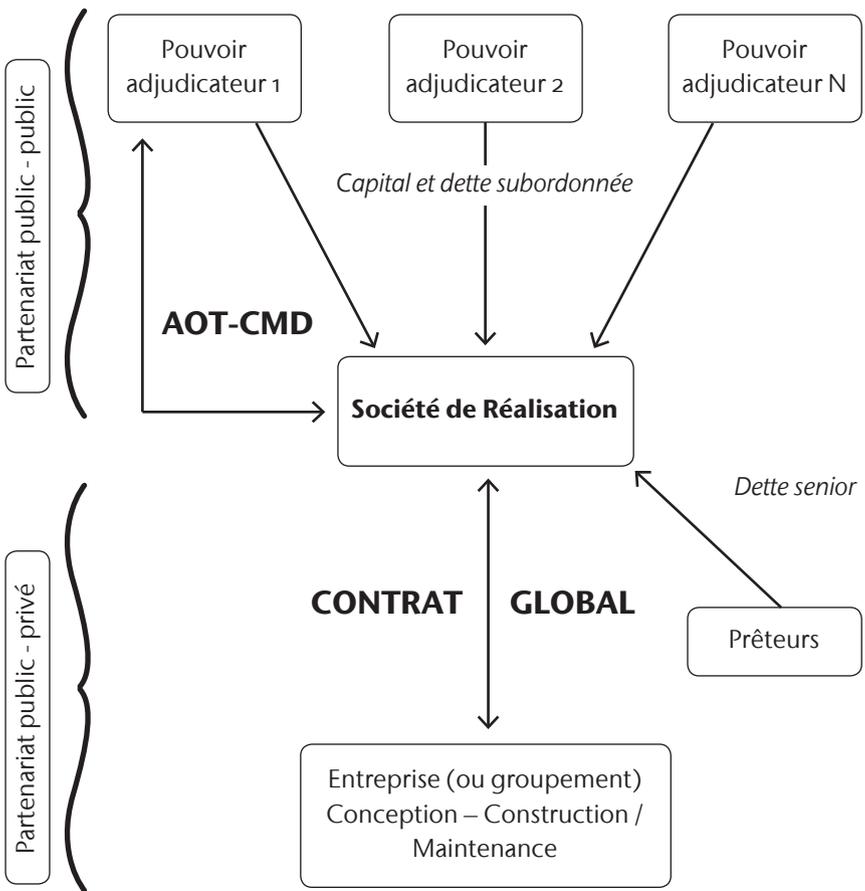
b) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance ;

c) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics et des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance. »

(12) « [...] la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique [...] »

rentiel. Le contrat global présentera toutes les caractéristiques de la complexité permettant le recours au dialogue compétitif défini par le décret du 30 décembre 2005, sensiblement dans les mêmes termes que le dialogue compétitif de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

SCHÉMA D'ENSEMBLE



C. Les avantages et inconvénients du montage innovant

- En termes de délais de réalisation :
 - Une évaluation économique, technique et financière préalable devrait être réalisée, même si elle n'est pas obligatoire. Cette évaluation préalable – paradoxalement critiquée alors qu'elle est apparue avec les PPP (on n'a jamais rien mesuré sous le régime de maîtrise d'ouvrage publique) – est une mesure de bonne gestion. Sa méthodologie n'est pas obligatoirement celle des contrats de partenariat (arrêté du 2 mars 2009: JO, 4 mars 2009) mais il est recommandé de l'appliquer volontairement de façon à ce que le décideur public soit éclairé de la même manière qu'il le serait en contrat de partenariat. De ce point de vue, les délais de réalisation du projet ne seront pas plus courts qu'en contrat de partenariat
 - Les délais de procédure d'attribution du contrat global peuvent être un peu réduits dans la mesure où ce contrat, de contenu libre, ne dépend pas d'une structuration financière à élaborer par le secteur privé.
 - Toutefois, dans le même temps, les pouvoirs adjudicateurs doivent régler un certain nombre de questions de droit domanial qui se posent rarement en contrat de partenariat.

Dans l'ensemble, les délais de procédure ne seront pas réduits par rapport à ce qu'ils sont en matière de contrats de partenariat.

- En termes financiers et patrimoniaux :
 - Ce montage permet l'intervention en fonds propres des pouvoirs adjudicateurs pour un taux de rentabilité interne inférieur aux standards du marché, compte tenu de l'objectif d'intérêt général poursuivi. Ceci permettra de réduire le coût global des projets en cause.
 - Ce montage est également le seul qui permette à une collectivité territoriale d'intervenir dans le financement d'une opération relevant des compétences de l'État (par exemple en matière universitaire) avec une contrepartie patrimoniale (ses parts dans la société de réalisation) et un droit de regard sur la conduite du projet (à due proportion de ses droits de vote) et non pas à « fonds perdus » (sans contrepartie patrimoniale) comme c'est le cas lorsqu'elle intervient par voie de subventions.

- Comme en contrat de partenariat, et en fonction des caractéristiques et de la gestion du projet (et notamment des recettes annexes qu'il pourra générer par valorisation du patrimoine), le pouvoir adjudicateur bénéficiera directement des gains supplémentaires, soit sous forme d'une réduction des loyers qui lui sont facturés par la société de réalisation, soit sous forme de valorisation de la société de réalisation.
- En termes institutionnels et politiques :
 - Le partenaire de premier rang du pouvoir adjudicateur n'est pas un tiers privé, mais une filiale qui appartient au secteur public, ce qui peut avoir un intérêt là où il n'apparaît pas opportun de transférer la propriété des murs au secteur privé.
- En termes contractuels :
 - Alors que l'objet et le contenu du contrat de partenariat sont définis par la loi, le périmètre du ou des contrats de réalisation est librement déterminé par la société commune en fonction des besoins réels du projet.
 - En revanche, contrairement au contrat de partenariat, le montage innovant ne fait l'objet d'aucun texte normatif : il est purement contractuel et nécessite donc un travail de conception et d'adaptation aux besoins précis des pouvoirs adjudicateurs concernés.
 - Pour la même raison et puisqu'il s'insère dans un environnement d'ordre public plutôt hostile (CMP, loi MOP), l'improvisation n'est pas recommandée : les variantes peuvent mettre à mal la stabilité juridique de l'ensemble. Il est donc vivement souhaitable de bien comprendre les mécanismes juridiques qui sont à la base de ce montage.

II

SUPPORTS JURIDIQUES FONDAMENTAUX DU MONTAGE INNOVANT

A. La relation Pouvoir Adjudicateur / Société de Réalisation

Comme on l'a vu plus haut, plusieurs pouvoirs adjudicateurs peuvent être au capital de la Société de Réalisation (SR) mais c'est seulement l'un d'eux qui lui attribuera, de gré à gré, le contrat d'AOT-CMD. Cette attribution directe, sans publicité ni mise en concurrence, suppose bien sûr que le pouvoir adjudicateur et la SR soient dans une relation « *in house* ». Il faudra ensuite s'arrêter sur l'ensemble contractuel complexe représenté par l'AOT-CMD.

1. La relation « *in house* »

a) Définition

À la suite de l'arrêt Teckal de la CJCE du 18 novembre 1999, qui a créé la notion¹³, les dispositions du Code des marchés publics (CMP, art. 3.1) comme celles de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (art. 23.1°), indiquent qu'une entité est considérée comme « *in house* » par rapport à un pouvoir adjudicateur lorsque ce dernier exerce sur elle un pouvoir comparable à celui qu'il exerce

(13) CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Srl*, aff. C-107/98 : V. Annexes.

sur ses propres services et que l'essentiel des activités de cette entité est réalisé pour lui.

Le cas de la passation des contrats passés avec une entité « *in house* » par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics est visé à l'article 3 du CMP qui prévoit :

« Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres suivants passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2¹⁴ :

1° Accords-cadres et marchés 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, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ou 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 [...] ».

Ainsi, pour qu'un cocontractant (organisme B) puisse être regardé comme étant dans une relation « *in house* » avec un pouvoir adjudicateur (organisme A), deux conditions cumulatives doivent ainsi être remplies :

- le pouvoir adjudicateur A doit exercer sur l'organisme B un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, c'est-à-dire avoir une influence déterminante sur la plupart de ses décisions et toutes les décisions essentielles ;
- l'organisme B doit réaliser la quasi-totalité de son activité en répondant à des commandes du pouvoir adjudicateur A : autrement dit, l'organisme B

(14) Art. 2 du CMP : « Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont :

1° L'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ;

2° Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'État le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent code. De même, sauf dispositions contraires, les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également aux établissements publics locaux ».

doit être pour le pouvoir adjudicateur A un opérateur dédié et ne saurait, sauf à titre accessoire, proposer ses services à d'autres clients.

Il faut, en outre, que : « *même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par la présente ordonnance ou par le code des marchés publics* ».

La jurisprudence communautaire¹⁵ et nationale a précisé les contours de la relation « *in house* ». Ainsi, il peut être relevé que :

- l'exception « *in house* » ne trouve pas à s'appliquer en présence d'une SEM¹⁶, lorsqu'en vertu des statuts de la société, celle-ci a vocation à être ouverte à des investisseurs privés¹⁷ ou lorsque la société, intégralement détenue par la collectivité publique a, peu après la signature du contrat, été ouverte à des investisseurs privés¹⁸. Autrement dit, la présence d'un actionnaire qui n'aurait pas la qualité de pouvoir adjudicateur est exclue ;
- l'absence de tout actionnaire privé ne suffit pas à établir l'existence d'un contrôle analogue à celui exercé par le pouvoir adjudicateur sur ses propres services dès lors que la société publique a acquis une vocation de

(15) CJCE, du 18 novembre 1999, *Teckal Srl*, précité note 13.

(16) CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03.

(17) CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03.

(18) CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ République d'Autriche*, aff. C-29/04. Il doit toutefois être précisé qu'un assouplissement de cette condition ne peut être totalement exclu. Ainsi, dans l'arrêt *Comm. c/ Rép. Italienne* du 17 juillet 2008 (aff. C-371/05), la CJCE a jugé que : « *la possibilité pour des personnes privées de participer au capital de la société adjudicataire, eu égard notamment à la forme sociale de ladite société, ne suffit pas, en l'absence d'une participation effective de leur part au moment de la conclusion d'une convention telle que celle en cause dans la présente affaire, pour conclure que la (...) condition, relative au contrôle de l'autorité publique, n'est pas remplie* ». Toutefois, la Cour relève ensuite, en faisant directement référence à sa décision *Comm. c/ République d'Autriche* du 10 nov. 2005, que « *des circonstances particulières, notamment lorsqu'il apparaît que l'ouverture du capital de l'entité concernée à des associés était envisagée dès l'attribution dudit marché public, peuvent requérir la prise en compte d'une participation effective desdits associés intervenue ultérieurement à ladite attribution* ». La Cour ajoute qu'en l'espèce, la Commission n'a pas rapporté la preuve de ces « *circonstances particulières* » (ouverture du capital à des associés privés envisagée dès l'attribution du marché).

marché qui rend précaire le contrôle par la commune et que ses organes bénéficient d'une marge d'autonomie¹⁹. Autrement dit, le droit des sociétés ne suffit pas à assurer le caractère « *in house* » de l'entité : il faut des dispositions spécifiques permettant au pouvoir adjudicateur un contrôle très poussé de l'entité « *in house* ».

b) Pluralité de pouvoirs adjudicateurs

(1) État du droit

L'arrêt Carbotermo²⁰ de la CJCE du 11 mai 2006 a établi que la qualification « *in house* » peut s'entendre de relations entre un opérateur et plusieurs pouvoirs adjudicateurs. La CJCE indique dans cette importante décision que :

« la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ».

Toutefois, dans cette même affaire, la collectivité territoriale ne détenait une participation écrasante dans l'entité considérée que par une cascade de holdings de droit privé dont les statuts prévoyaient que le capital pouvait être ouvert à des actionnaires privés. Même si, au moment où la Cour a statué, la commune détenait 99,98% des titres de l'entité considérée – les 0,02 % restant appartenant à d'autres communes –, le contrôle n'a pas été jugé suffisant pour être considéré comme « analogue » à celui opéré sur les services de la commune. Cette solution était dans la lignée de la jurisprudence précédente qui avait déjà estimé que la présence d'un seul actionnaire privé suffisait à exclure la qualification d'« *in house* »²¹, de même d'ailleurs que la perspective certaine d'ouverture du capital à des actionnaires privés²².

(19) CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, précité note 17.

(20) CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA Consorzio Alisei c/ commune di Busto Arsizio et EGESP Spa*, aff. C-340/04.

(21) CJCE, 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, précité note 16.

(22) CJCE, 10 nov. 2005, *Comm. c/ Autriche*, précité note 18.

S'agissant du critère relatif à l'activité de l'entité, la Cour indique que :

« Dans le cas où plusieurs collectivités détiennent une entreprise, la condition relative à l'essentiel de son activité peut être satisfaite si cette entreprise effectue l'essentiel de son activité, non nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais avec ces collectivités prises dans leur ensemble ».

L'avocat général, Mme Stix-Hackl considère, dans ses conclusions sur cette affaire, que le critère du contrôle ne se limite pas à la seule condition de la part du capital social détenu mais également à la possibilité d'influer sur la gestion et le comportement de l'entité en détenant par exemple, au titre des moyens de contrôle, le pouvoir de délivrer des instructions, le pouvoir de tutelle et de nomination.

La CJCE a, depuis lors, confirmé à trois reprises au moins la possibilité de détention « *in house* » d'une même entité par plusieurs pouvoirs adjudicateurs, en établissant positivement une telle relation.

Dans son arrêt *Asemfo* du 19 avril 2007²³, la Cour a clairement indiqué que l'entité pouvait être dans une relation « *in house* » par rapport à chacun des pouvoirs adjudicateurs actionnaires pris individuellement²⁴. Ceci constitue indéniablement un assouplissement de la jurisprudence Teckal puisque, dans une conception stricte de celle-ci, un seul pouvoir adjudicateur pouvait revendiquer sur l'entité « *in house* » un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

De même, dans son arrêt *Commission c/ République Italienne*²⁵, la CJCE a de nouveau admis la détention d'une entité « *in house* » par plusieurs pouvoirs

(23) CJCE, 19 avr. 2007, *Asociacion Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, aff. C-295/05, conclusions (contraires) de L.A. Geelhoed. Le Conseil d'État a également explicitement admis la pluralité de personnes publiques associées d'une entité *in house* : CE, 6 avr. 2007, *Cne Aix-en-Provence*, n° 284736.

(24) La Cour a ainsi considéré qu'une entreprise, détenue à 99% par l'État espagnol et à hauteur de 1% seulement par différentes communautés autonomes devait être considérée comme *in house* non seulement par l'État espagnol, mais aussi par rapport à ces communautés autonomes. Le critère de « *l'essentiel de l'activité* » a été confirmé comme devant s'apprécier par rapport à l'ensemble global des pouvoirs adjudicateurs actionnaires. En l'espèce, la société concernée (Tragsa) réalisait 55% de son activité avec les communautés autonomes (1% du capital) et 35% avec l'État espagnol (99% du capital).

(25) CJCE, 17 juill. 2008, *Comm. c/ Rép. Italienne*, aff. C-371/05.

adjudicateurs. Le critère du contrôle au sens de la théorie « *in house* » a été vérifié dans le cas d'une société de services informatiques dont la ville de Mantoue était actionnaire majoritaire (mais non unique) au regard des considérations suivantes :

- en tant qu'actionnaire majoritaire, elle pouvait nommer les membres des organes de direction et orienter l'activité de la société (droit commun des sociétés) ;
- en application de la convention conclue entre la ville et la société, celle-ci pouvait fixer les frais de fonctionnement de la société et procéder à certaines vérifications par (i) la désignation d'un fonctionnaire communal chargé de collaborer avec la société, de stimuler et de contrôler son action et (ii) le contrôle de la comptabilité de la société afin de s'assurer de l'application des règles d'exactitude comptable et des normes de garanties prévues par ladite convention.

Dans cette dernière jurisprudence, et s'agissant du critère du contrôle de l'entité « *in house* », la Cour indique que :

*« il convient de tenir compte non seulement de l'ensemble des dispositions législatives, mais également des circonstances pertinentes du cas d'espèce. Il doit résulter de cet examen que la société adjudicatrice est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de cette société. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de ladite société »*²⁶.

Dans un arrêt *Coditel Brabant SA* en date du 13 novembre 2008²⁷, une société coopérative intercommunale belge, Brutélé, détenue exclusivement par des communes et une association intercommunale avait proposé à la commune d'Uccle, qui l'avait accepté, d'entrer au capital de la société coopérative et de conclure avec cette dernière, un contrat de gestion de son réseau de télédistribution.

(26) V. par ex. CJCE, 17 juill. 2008, *Com. c/ Rép. Italienne*, précité note 25.

(27) CJCE, 13 nov. 2008, *Coditel Brabant SA*, aff. C-324/07.

La Cour, faisant application des critères habituels de la jurisprudence *Teckal* a considéré, qu'en l'espèce, le critère relatif au contrôle que doit exercer la personne publique concédante sur l'entité délégataire et qui doit être analogue à celui qu'elle exercerait sur ses propres services se trouvait satisfait notamment eu égard au fait que la société Brutélé était: (i) exclusivement et entièrement détenue par des collectivités publiques affiliées et (ii) que les organes de direction de la société étaient composés exclusivement de délégués de ces collectivités. Sur le second critère tenant à l'activité de la société, et compte tenu du fait que dans le cas où plusieurs collectivités détiennent une entreprise, ledit critère peut être satisfait si cette entreprise effectue l'essentiel de son activité non pas nécessairement avec telle ou telle collectivité, mais avec celles-ci prises dans leur ensemble (jurisprudence *Carbotermo*), la Cour a constaté que la société Brutélé réalisait bien l'essentiel de son activité avec ses actionnaires. Elle a donc jugé que la société Brutélé pouvait être regardée comme étant dans une relation «*in house*» vis-à-vis de la commune d'Uccle.

Enfin, dans un arrêt *Sea Srl c/ commune di Ponte Nossa*, rendu par la CJCE le 10 septembre 2009²⁸, la Cour indique :

« si une autorité publique devient associée minoritaire d'une société par actions à capital entièrement public en vue de lui attribuer la gestion d'un service public, le contrôle que les autorités publiques associées au sein de cette société exercent sur celle-ci peut être qualifié d'analogue au contrôle qu'elles exercent sur leurs propres services lorsqu'il est exercé conjointement par ces autorités ».

L'arrêt ajoute également que :

« le contrôle exercé par les collectivités actionnaires sur ladite société peut être considéré comme analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services (...) [si] :

- *l'activité de ladite société est limitée au territoire desdites collectivités et est essentiellement exercée au bénéfice de celles-ci, et*
- *au travers des organes statutaires composés de représentants desdites collectivités, celles-ci exercent une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de ladite société ».*

(28) CJCE, 10 septembre 2009, *Sea Srl c/ commune di Ponte Nossa*, aff. C 573-07.

(2) Application au montage

Dans l'affaire *Teckal* du 18 novembre 1999 (précitée note 13), l'avocat général avait indiqué qu'il était improbable qu'une commune détenant 0,9 % d'un groupement de coopération intercommunale puisse exercer, sur ce dernier, un contrôle analogue à celui qu'exerce une entité sur un organe interne (la question avait, sur le fond, été laissée à l'appréciation de la juridiction de renvoi). Une réponse explicitement négative avait ensuite été formulée par la CJCE dans l'arrêt *Coname* du 21 juillet 2005 (aff. C-231/03) rendu à propos d'une concession de gaz où la participation de la commune dans le capital de la société à hauteur de 0,97 % avait été jugée insuffisante pour caractériser une relation de « *in house* ».

Toutefois, depuis l'arrêt *Asemfo* du 19 avril 2007 (précité note 23), l'importance de la participation d'une collectivité publique dans une structure de coopération de collectivités publiques ne fait plus fonction d'indicateur quant au critère du contrôle : les participations des communautés autonomes à hauteur de 0,25 % ont ainsi été jugées suffisantes au regard du premier critère de l'arrêt *Teckal* dès lors que le pouvoir adjudicateur concerné exerce bien – conjointement avec les autres – un pouvoir de contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Ce dernier élément est fondamental : ainsi, la Cour administrative d'appel de Lyon a-t-elle jugé qu'une commune qui ne détient qu'un peu plus de 1% d'une société publique locale d'aménagement et qui ne participe pas directement à la prise de décisions importantes ne peut être regardée comme exerçant, même conjointement avec les autres collectivités actionnaires de la SPLA, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services²⁹.

A la suite des arrêts *Coditel Brabant SA* du 13 novembre 2008 (précité note 27) et *Sea Srl c/ commune di Ponte Nossa* du 10 septembre 2009 (précité note 28) un pouvoir adjudicateur et une société dans laquelle elle détient une participation minoritaire peuvent être considérées dans une relation « *in house* » dès lors que : (i) l'entité considérée n'est détenue que par d'autres pouvoirs adjudicateurs, (ii) l'activité de cette entité se limite aux territoires des pouvoirs

(29) CAA Lyon, 7 nov. 2012, *Ass. pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte*, n° 12LY00811, *Contrats Marchés pub.* 2013, comm. 45, note W. Zimmer ; J.-M. Peyrical, *In-house, vous avez dit in-house?*, *Contrats pub.* n° 130/2013, p. 69

adjudicateurs concernés et que (iii) chacun des actionnaires concernés (minoritaires et majoritaires) exerce – conjointement avec les autres – une influence déterminante sur la conduite de la société *via* ses organismes statutaires.

Ces solutions sont transposables au cas d'espèce.

Pour les pouvoirs adjudicateurs n'administrant pas un territoire mais exerçant une compétence propre, ce qui est le cas des établissements publics, on peut légitimement conclure que la compétence définit le champ d'activité de l'entité « *in house* ».

Il est fondamental que la relation « *in house* » soit établie de façon certaine entre le pouvoir adjudicateur qui va attribuer l'AOT-CMD à la SR puisque c'est ce contrat, conclu de gré à gré, qui constitue la pierre angulaire de l'édifice contractuel. Par convention, dans les développements qui suivent, on appellera ce pouvoir adjudicateur « principal » : PA₁. Les autres seront appelés PA₂ etc. (ou PAn pour PA de rang n).

Les relations avec les autres pouvoirs adjudicateurs, par exemple la sous-location, peuvent être réglées dans le cadre de conventions tripartites (SR / PA₁ / PAn). Ces conventions tripartites ne peuvent être qualifiées de marchés publics puisqu'elles ne mettront pas d'autres obligations à la charge de la SR que celles figurant déjà dans l'AOT-CMD.

Par prudence (ce n'est pas une obligation résultant aujourd'hui de la jurisprudence), il est donc recommandé que la majorité du capital social de la SR (51%) soit détenue par le PA₁. L'AOT-CMD constitue en effet le contrat principal conclu par la SR et il apparaît à cet égard logique que le pouvoir adjudicateur avec lequel la SR conclut ce contrat (PA₁) donne toutes les garanties du contrôle de la SR. Il est concevable de dissocier, dans les statuts, capital et droits de vote, mais ceci affaiblirait le « rempart » de présomption de contrôle que constitue la détention majoritaire du capital.

Cette conclusion de bon sens doit toutefois être nuancée au vu de la récente jurisprudence *Econord* de la CJUE³⁰ selon laquelle, lorsqu'une entité « *in house* »

(30) CJUE, 29 nov. 2012, *Econord Spa*, aff. C 182/11, AJDA 2013, p. 178, note J. –D. Dreyfus. V. également : C. Devès, *Le « in house » toujours en chantier*, Contrats Marchés publ. 2013, Chron. 4.

était détenue par plusieurs collectivités publiques, le contrôle ne devait pas reposer sur une seule collectivité :

« si, en cas de recours de plusieurs autorités publiques à une entité commune aux fins de l'accomplissement d'une mission commune de service public, il n'est, certes, pas indispensable que chacune de ces autorités détiennne, à elle seule, un pouvoir de contrôle individuel sur cette entité, il n'en demeure pas moins que le contrôle exercé sur celle-ci ne saurait reposer sur le seul pouvoir de contrôle de l'autorité publique détenant une participation majoritaire dans le capital de l'entité concernée et ce sous peine de vider de son sens la notion même de contrôle conjoint. »

Mais il est de l'intérêt de toutes les parties prenantes que la relation « *in house* » entre le pouvoir adjudicateur qui conclut le contrat et l'entité contrôlée ne fasse pas de doute³¹.

Cette détention majoritaire du capital social de la SR par PA₁ n'empêche pas, par ailleurs, d'organiser conventionnellement entre les associés, aux termes des statuts et du pacte d'associés, le contrôle exercé conjointement par PA₁, PA₂ etc. au sein des organes représentatif de la société. Ce pacte sera un instrument décisif permettant aux autres pouvoirs adjudicateurs d'être pleinement associés aux décisions de la SR.

Par ailleurs, on sait que la détention majoritaire du capital ne suffit pas : il faut encore et surtout que l'ensemble AOT-CMD comporte des modalités de contrôle spécifiques, par PA₁, du respect de ses obligations contractuelles par la SR.

Il convient naturellement d'exclure du capital de la SR tout actionnaire privé ou, plus exactement, toute entité n'ayant pas la caractéristique de pouvoir

(31) Ceci entraîne sans nul doute, par ailleurs, la consolidation de l'actif et du passif de la SR dans les comptes consolidés de PA₁, mais pas nécessairement la création de dette brute maasrchtienne qui obéit à d'autres critères : tout dépendra notamment de la nature du contrat à intervenir entre les Établissements et la SR. V. notamment F. Bergère, *PPP et comptabilisation des engagements*, Revue du Trésor, n° 3-4/2007, p. 255.

adjudicateur, comme une SEM par exemple³² et ceci pour toute la durée de la société, la simple possibilité d'ouverture du capital à un actionnaire n'ayant pas la qualité de pouvoir adjudicateur conduisant à la remise en cause de la nature « *in house* » de l'entité³³.

2. La Société de Réalisation, société de plein exercice

Deux écueils doivent être évités dans la définition du contrôle exercé par les pouvoirs adjudicateurs (notamment PA₁) sur la SR : le premier tient à l'absence de mandat, même implicite, délivré à la SR, l'autre, très proche, tient à l'absence de « transparence » au sens de la jurisprudence administrative et financière, de la SR vis-à-vis de ses actionnaires, pouvoirs adjudicateurs.

Dans les deux cas, le juge administratif (ou financier) se fonde sur un faisceau d'indices pour établir si oui ou non l'entité concernée constitue un « faux nez » de l'administration.

a) *Inexistence d'un mandat implicite*

Il ne saurait être considéré que l'attribution de l'AOT avec droits réels et de la CMD par PA₁ à sa société filiale constituerait un éventuel « mandat » conféré par PA₁ à cette société, sur le fondement duquel cette dernière serait alors tenue d'appliquer les dispositions de la loi MOP (puisqu'elle serait considérée comme agissant au nom et pour le compte de PA₁).

(32) Il est vrai que, dans l'arrêt du 17 juillet 2008 (précité note 25), la CJCE a admis la présence au capital de l'entité étudiée d'autres sociétés de droit privé, contrôlées par la ville de Mantoue et sans que l'on sache grand-chose sur leur capital, mais il semble que ce soit pour des raisons essentiellement procédurales : la Commission n'avait pas contesté leur qualité d'entreprise communale, avancée par la ville. Il est recommandé de s'en tenir à la jurisprudence *Stadt Halle* (précité note 16) sur ce point. Il faut néanmoins relever qu'une SEM qui n'aurait comme actionnaires que des pouvoirs adjudicateurs entrerait dans les prévisions des jurisprudences *Carbotermo* (précité note 20), *Asemfo* (précité note 23) et *République Italienne* (précité note 25) et pourrait être considérée comme *in house* vis-à-vis de l'ensemble de ses actionnaires. En France, les sociétés publiques locales ont été créées à cet effet.

(33) CJCE, 10 nov. 2005, *Comm. c/ Autriche*, préc. note 18.

À cet égard et en premier lieu, il y a lieu d'écarter la solution dégagée par le Tribunal des conflits dans son arrêt du 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*³⁴. Le Tribunal des conflits a retenu dans cette décision, que :

« la construction de routes nationales a la caractère de travaux publics et appartient par nature à l'État ; qu'elle est traditionnellement exécutée en régie directe ; que par suite, les marchés passés par la maître de l'ouvrage pour cette exécution sont soumis aux règles du droit public ; considérant qu'il doit en être de même pour les marchés passés (...) pour la construction d'autoroutes dans les conditions prévues par la loi du 18 avril 1955 et sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la construction est assurée de manière normale directement par l'État, ou à titre exceptionnel par un concessionnaire agissant en pareil cas pour le compte de l'État (...) ».

Cette jurisprudence n'a pas connu d'application à des domaines autres que la construction autoroutière.

Il arrive néanmoins que le Conseil d'État ou le Tribunal des Conflits relève l'existence d'un mandat implicite au vu d'un faisceau d'indices. Tel a été le cas dans l'affaire *Société Wanner Isofi Isolation*³⁵. Le Tribunal des Conflits a retenu que les marchés de travaux de la société Nersa, société de droit privé dédiée à la construction d'une centrale nucléaire, devaient être regardés comme constituant des marchés de travaux publics, au motif que cette société agissait pour le compte d'EDF (à l'époque, établissement public). Pour aboutir à cette conclusion, le Tribunal s'est fondé sur les quatre éléments suivants :

- la constitution de la société Nersa a été autorisée par décret,
- les centrales nucléaires en cause ne pouvaient être exploitées que dans les conditions prévues par la loi n° 46-248 du 8 avril 1946, relative à la nationalisation de l'électricité et du gaz (réservant à EDF le monopole de la production d'électricité d'origine nucléaire : art. 8, toujours en vigueur),
- le personnel de la société Nersa était soumis au même statut que celui d'EDF,

(34) TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*, n° 01804.

(35) TC, 10 mai 1993, *Société Wanner Isofi Isolation*, n° 02840.

- EDF possédait 51 % du capital de la société Nersa.

Si le dernier critère peut être vérifié en ce qui concerne la SR (détenue majoritaire par PA₁, au moins en ce qui concerne les droits de vote), les trois autres critères ne sont pas réunis : aucune autorisation réglementaire préalable, aucun régime législatif spécifique à l'opération, aucun statut particulier des personnels. Il faut rappeler que la SR réunit plusieurs associés poursuivant en commun leurs objectifs propres et qu'au regard du droit des sociétés, la SR ne peut agir que dans l'intérêt de l'ensemble de ses associés et non de tel ou tel d'entre eux.

En l'espèce, la détention majoritaire du capital social (ou/et des droits de vote) de la SR par PA₁ ne saurait à elle seule, entraîner la qualification de la convention conclue entre PA₁ et sa filiale en mandat et permettre de considérer que la société filiale agirait au nom et pour le compte de PA₁ et non pour son propre compte.

Conformément à l'avis du Conseil d'État du 31 janvier 1995³⁶, le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public, disposant d'un droit réel sur l'ouvrage construit, investi de la possibilité juridique de réaliser la construction, arrêtant l'enveloppe financière prévisionnelle des travaux et assurant la totalité du financement de la construction a la qualité de maître d'ouvrage.

Cette qualification, comme maître d'ouvrage, ne peut être conférée à la collectivité publique, dès lors que celle-ci n'assure pas la direction technique des actions de construction et ne devient propriétaire de l'ouvrage (ou, en l'espèce, récupère les droits réels sur l'ouvrage) qu'au terme du contrat de location. En effet, elle ne joue, ni pendant la réalisation de l'ouvrage, ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage.

Cet avis du Conseil d'État reprend les solutions dégagées au contentieux aux termes desquelles deux conditions principales doivent être remplies pour que la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser³⁷ :

(36) CE, 31 janvier 1995, Avis n° 356960, reproduit en Annexes.

(37) CE, 12 octobre 1988, *Sergic*, n° 82053, Rec. p. 338 ; CE, sect., 25 février 1994, *SOFAP Marignan*, n° 144641-145406, Rec. p. 94.

- elle doit assurer la direction technique des actions de construction,
- elle doit devenir propriétaire de l'ouvrage à la date de son achèvement.

La SR étant titulaire des droits réels sur les ouvrages construits ou rénovés, elle détient « les droits et obligations du propriétaire » sur ces ouvrages. De la même façon, c'est cette société qui, en tant que maître d'ouvrage, assure la direction des opérations de construction. Enfin, la CMD traduit bien le fait que PA₁ n'acquière pas immédiatement la propriété (les droits réels) des ouvrages construits ou rénovés. Le risque d'application de la loi MOP peut donc être écarté, comme il l'a d'ailleurs été dans de nombreuses opérations dites aller-retour similaires³⁸.

b) Absence de « transparence » de la SR

Sans même recourir à la théorie du mandat, au moins explicitement, il arrive que les juridictions administratives ou, s'agissant de la gestion de fait de deniers publics, les juridictions financières, qualifient une structure liée à l'administration de « transparente » vis-à-vis de celle-ci, c'est-à-dire sans réelle existence juridique. Dans ce cas, la structure en cause doit s'analyser comme un simple service de l'administration. En conséquence, elle est soumise au droit applicable à l'administration (Code des marchés publics, loi MOP, comptabilité publique, etc.).

Comme dans l'affaire Nersa précitée (note 35), le juge applique ici aussi la méthode du faisceau d'indices.

Un exemple de cette méthode est fourni par l'arrêt du Conseil d'État, *Commune de Boulogne-Billancourt*³⁹, lequel réintègre dans le giron de l'administration une association de gestion de la piscine municipale au terme du raisonnement suivant :

« Considérant que lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente et les contrats qu'elle conclut pour l'exécu-

(38) Jean-François Brisson, *L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public*, AJDA, 2005, p. 591.

(39) CE, 21 mars 2007, *Cne Boulogne-Billancourt*, n° 281796.

tion de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs ;

que, pour qualifier le contrat conclu le 10 août 1989 entre l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt et la société Mayday Sécurité de contrat administratif, la cour administrative d'appel de Paris a, (...) sans commettre d'erreur de droit, jugé que les circonstances de la création de l'association, les modalités de son organisation et de son fonctionnement, l'origine de ses ressources ainsi que le contrôle exercé sur elle par la commune conduisaient à la regarder comme un service de cette dernière ;

que sur le fondement de ces constatations souveraines, la cour a pu, sans commettre d'erreur de droit (...), juger que le contrat conclu par l'association avec la société Mayday Sécurité pour assurer la sécurité de la patinoire de la ville de Boulogne-Billancourt avait un caractère administratif ».

Après avoir rappelé les principaux éléments constitutifs de la transparence (initiative de la personne publique, contrôle de l'organisation et du fonctionnement, ressources d'origine publique), la Haute Assemblée valide l'analyse de qualification juridique des faits (sur lesquels on ne sait rien) menée par la Cour administrative d'appel.

À s'en tenir à une définition sommaire de la transparence, on pourrait en conclure qu'aucune relation « *in house* » ne pourrait être caractérisée en droit français. En effet, puisque le contrôle de la personne publique doit être extrêmement étendu sur l'entité « *in house* » et que cette dernière doit réaliser l'essentiel de son activité avec la personne publique en question, en première analyse, la relation « *in house* » et la transparence pourraient se confondre.

Mais pourtant, aussi bien le Code des marchés publics que l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ont explicitement prévu la relation « *in house* ».

C'est donc qu'une telle relation est possible. Au demeurant, elle a déjà été admise par le Conseil d'État dans son arrêt de principe sur le festival d'Aix-en-

Provence⁴⁰ ou encore dans le cas d'un GIP créé par différents hôpitaux pour leur fournir des services informatiques⁴¹.

En l'espèce, à quelles conditions est-il légitime de soutenir que la structuration proposée, conforme aux principes du «*in house*», ne conduit pas à la «transparence» de la structure ?

En premier lieu, il est préférable que l'activité dont l'entité «*in house*» est en charge ne constitue pas par elle-même une activité de service public relevant de la seule compétence de la personne publique. Tel était bien le cas dans l'arrêt *Commune de Boulogne-Billancourt* précité s'agissant de la gestion d'une piscine municipale, de même d'ailleurs que dans le cas de l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* qui a pourtant admis le «*in house*» et n'a pas sanctionné la transparence. Or, dans le cas de la SR immobilière, l'activité industrielle et commerciale (construire, louer) ne constitue pas un service public : le risque d'externalisation induit d'une mission de service public est donc écarté (il était plus fort dans le cas d'Aix-en-Provence).

En deuxième lieu, nonobstant l'exigence du contrôle sur l'entité «*in house*», au demeurant nécessairement assoupli en cas de pluralité de pouvoirs adjudicateurs actionnaires, la SR poursuivra nécessairement ses propres buts, en application du droit commun des sociétés et de ses statuts, dans l'intérêt de l'ensemble de ses actionnaires et non seulement de l'actionnaire majoritaire. Ceci la différencie également de l'association municipale visée dans l'arrêt *Commune de Boulogne-Billancourt* précité, dont on ne sait pas grand-chose mais qui était visiblement sous la domination exclusive de la ville.

En troisième lieu, le critère des ressources de l'entité examinée peut s'appréhender de deux manières. Si l'on vise les ressources au sens du compte de résultat,

(40) CE, sect., 6 avr. 2007, *Cne Aix-en-Provence*, n° 284736. L'association gérant le festival a été créée par l'État, la région, le département et la ville. Elle a pour objet unique la programmation et l'organisation du festival, elle est sous le contrôle étroit de ses fondateurs publics qui sont notamment majoritaires au conseil d'administration (11 membres sur 15), les subventions représentent la moitié des ressources sans compter les aides indirectes. Le Conseil juge que cette relation privilégiée n'impliquait pas la mise en concurrence par voie de DSP ou de marché de l'organisation du festival.

(41) CE, 4 mars 2009, *SNIS*, n° 300481.

il ne fait pas de doute que la SR en retirera l'essentiel des loyers facturés à PA₁ (lequel en refacturera une partie à PA₂ etc.). Si l'on raisonne par contre en termes patrimoniaux, le financement des investissements de la SR sera quant à lui beaucoup plus diversifié : le capital sera partagé entre trois actionnaires, la dette viendra en complément et des subventions versées par des personnes publiques non actionnaires peuvent être prévues. D'autres acteurs que PA₁ viendront donc apporter ses « ressources » à la SR pour lui permettre de lancer son programme.

Ce qui paraît déterminant dans la qualification de la SR est une autonomie suffisamment restreinte pour permettre la qualification de l'entité « *in house* », mais suffisamment large pour consacrer son existence juridique propre. C'est ce que devront établir les statuts et le pacte d'associés, ainsi que l'ensemble contractuel AOT-CMD lui-même.

La présence au capital de plusieurs actionnaires distincts ayant des intérêts convergents mais de nature différente est un élément essentiel de distinction de la personnalité juridique propre de la SR laquelle ne pourra juridiquement agir que dans l'intérêt de l'ensemble de ses actionnaires.

B. L'AOT-CMD

1. L'autorisation d'occupation temporaire du domaine public

Le régime applicable aux autorisations d'occupation temporaire du domaine public diffère légèrement selon que l'AOT est délivré par l'État ou ses établissements publics, d'une part, les collectivités locales ou leurs établissements publics, d'autre part.

Selon les cas, on se reportera donc :

- Pour l'État aux articles L. 2122-5 et suivants et R. 2122-9 et suivants du Code général de la propriété des personnes publiques (ci-après : « CG3P ») ;
- Pour les collectivités locales, aux articles L. 1311-5 à L. 1311-8 du Code général des collectivités territoriales (ci-après : « CGCT »).

Mais il faut relever que la principale différence entre ces deux régimes – qui tient à la nécessité, pour les collectivités locales, de n'accorder des AOT qu'« *en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence* » (CGCT, art. L.1311-5), alors que l'État est libre d'accorder des AOT pour toute

activité – ne joue pas dans le cas qui nous occupe : la SR est créée pour construire un ouvrage qui répond bien à un besoin du service public ou qui, au moins, s’analyse bien comme une opération d’intérêt général.

a) Régime de propriété du terrain d’assiette

Dans le schéma de base du montage innovant, il est nécessaire que la personne publique (actionnaire de la SR) qui va attribuer l’AOT avec droits réels à la SR soit propriétaire du terrain d’assiette. En effet, l’AOT avec droits réels est un acte de disposition et il est nécessaire, dans le cadre d’une relation « *in house* », que le pouvoir adjudicateur agisse pour son propre compte et non pour le compte d’un tiers qui serait le véritable propriétaire de la dépendance domaniale. En effet, dans ce cas, ce serait le propriétaire du domaine – par le truchement du pouvoir adjudicateur – qui octroierait l’AOT-CMD alors même qu’il ne serait pas lui-même dans une relation « *in house* » avec la SR.

Il est en effet constant que lorsqu’un tiers s’interpose entre le propriétaire du domaine et l’occupant privatif, ce tiers disparaît : l’occupant privatif est en relation directe avec le propriétaire du domaine : la cession de droits réels entraîne la pure et simple substitution du titulaire initial des droits par le nouveau titulaire :

« Le contrat prévu à l’article R.2122-9 qui doit porter mention de l’agrément exprès ou tacite du cessionnaire, emporte à sa date substitution de ce dernier dans les droits et obligations afférents au titre d’occupation sous réserve, le cas échéant, des dispositions de la décision d’agrément autorisant une modification ultérieure de l’utilisation de l’immeuble. En cas de cession partielle, le contrat emporte soustraction de l’immeuble cédé du titre d’occupation du cédant. » (CG3P, art. R. 2122-21).

Il est probable que le juge administratif adopte le même principe s’agissant des dépendances du domaine public des collectivités locales puisque c’est la nature même de l’acte de disposition que constitue l’AOT avec droits réels que d’établir une relation directe entre l’occupant privatif investi de ces droits réels et le propriétaire du domaine qui les lui a conférés.

On évitera donc toutes les formules qui interposent, entre le propriétaire du domaine et la SR, un pouvoir adjudicateur censément être dans une relation « *in house* » avec la SR alors qu’il n’a pas le pouvoir d’octroyer des droits réels en son nom propre mais seulement au nom du propriétaire du domaine (décret

n° 96-1058 du 2 décembre 1996 relatif aux établissements publics pouvant délivrer des AOT avec droits réels sur le domaine de l'État; art. L. 762-2 du Code de l'éducation relatif aux établissements publics d'enseignement supérieur délivrant des droits réels sur le domaine de l'État, etc.).

b) Principales dispositions de l'AOT

On se reportera naturellement aux textes applicables en prenant soin de n'omettre aucune disposition obligatoire de l'AOT et en veillant aux questions de compétence du signataire (particulièrement complexes s'agissant de l'État). On ne soulignera ici que quelques points importants.

(1) La mention des droits réels

Même si, dans le silence de l'AOT, les droits réels sont octroyés automatiquement à l'occupant privatif (la SR), on les mentionnera expressément: les prêteurs aiment vérifier directement la solidité du montage juridique et, en l'espèce, ces droits réels sont essentiels (V. point c) ci-dessous). Au surplus, au moins en ce qui concerne l'État, «*Le titre d'occupation constitutif de droit réel comporte la détermination précise de la consistance de ce droit et de la durée pour laquelle il est conféré ainsi que toutes autres mentions nécessaires à la publicité foncière.*» (CG3P, art. R. 2122-17).

Les biens construits en application de l'AOT font gratuitement retour au propriétaire du domaine à l'issue de l'AOT.

(2) Le programme des travaux

C'est dans l'AOT (dans la pratique, une annexe) que figurera le programme des travaux à réaliser par la SR (ou plus précisément que la SR, en tant que maître d'ouvrage, fera réaliser par l'entreprise qu'elle sélectionnera). Cette insertion du programme des travaux dans l'AOT découle directement des prescriptions textuelles en ce qui concerne l'État (CG3P, art. R. 2122-13 et R. 2122-17) et de la logique en ce qui concerne les collectivités locales... (on s'inspirera des dispositions réglementaires précitées).

Dans le cas où la SR va réaliser un programme immobilier pour plusieurs personnes publiques (ses actionnaires), l'AOT unique pourra légitimement comprendre la description des travaux relatifs à l'ensemble de ces personnes publiques. Le Conseil d'État a ainsi indiqué dans son avis du 31 janvier 1995 (précité note 36) que l'AOT peut contenir «*les éléments de programme corres-*

pendant aux conditions d'une utilisation adéquate par l'administration gestionnaire du domaine ou toute autre administration publique. »

(3) La durée de l'AOT

Elle est au maximum de 70 ans, ce qui est plus que suffisant puisque, dans la pratique, la durée de l'AOT sera égale à la maturité de l'emprunt souscrit par la SR pour le financement des travaux.

(4) La résiliation anticipée

Le principe est que, *« en cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu, pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée »* (CG3P, art. L. 2122-9 al. 3, même formulation à l'article L. 1331-7 al. 3 du CGCT). Les textes ajoutent que les règles de détermination de l'indemnité peuvent être précisées dans le titre d'occupation. Il est vivement recommandé d'insérer dans l'AOT une clause très précise sur les modalités de calcul de l'indemnisation : ce sera un élément essentiel de la « bancabilité » du projet.

c) Importance et fonction des droits réels

Conformément au droit commun, l'AOT emportera transfert de droits réels sur les ouvrages à réaliser ou à rénover au profit de la SR. Ce point est absolument fondamental car, s'il existe de nombreux cas dans lesquels il n'est pas utile de détenir de droits réels pour construire sur le terrain d'autrui, le transfert des droits réels est ici le seul moyen régulier d'investir la SR de la fonction de maître d'ouvrage.

En premier lieu, la loi MOP du 12 juillet 1985 oblige la personne publique à assurer la maîtrise d'ouvrage des ouvrages construits pour elle et pour lesquels elle aura été qualifiée de maître d'ouvrage.

Il ressort de l'avis du Conseil d'État du 31 janvier 1995 (précité note 36), que deux conditions doivent être remplies pour qu'une personne soit qualifiée de maître d'ouvrage : (i) elle doit assurer la direction technique des actions de construction et (ii) elle doit devenir propriétaire de l'ouvrage à la date de son achèvement.

Or, à défaut de disposer de droits réels, la SR ne saurait être qualifiée de propriétaire ou considérée comme disposant de ses prérogatives et obligations. La personne publique qui lui a confié l'opération devrait conserver la maîtrise d'ouvrage.

Ces éléments sont, en second lieu, confortés par la jurisprudence administrative, le Conseil d'Etat ayant jugé que l'occupant privatif du domaine public qui réalise des ouvrages répondant aux besoins du service public ne peut être qualifié de propriétaire⁴².

Autrement dit, en l'absence de transfert de droits réels, la SR ne pourrait, en l'espèce, être propriétaire des ouvrages construits sur le domaine public et répondant aux besoins du service public : elle ne pourrait, *a fortiori*, les louer à la personne publique.

2. La convention de mise à disposition

La partie « retour » du montage prend la forme d'une convention de mise à disposition ou CMD. On peut désigner cette convention de toute autre manière si on le souhaite : contrairement à l'AOT (ou plus généralement au support d'occupation du domaine public), cette convention n'est pas réglementée.

La CMD revêt au moins deux qualifications juridiques (qu'il est recommandé de traiter dans au moins deux chapitres distincts) :

- C'est un bail : le pouvoir adjudicateur qui a consenti l'AOT prend à bail l'immeuble que la SR s'engage à construire. C'est ce bail futur qui garantit les revenus futurs de la SR (les loyers), lesquels permettront aux prêteurs de se déterminer ;
- C'est une convention de prestation de service : la CMD comportera les engagements d'entretien-maintenance (voir de gros entretien et réparation) selon un programme détaillé et faisant l'objet d'une rémunération distincte des loyers.

(42) CE, 21 avr. 1997, *Min. du Budget c/ Soc. SAGIFA*, n° 147602 : a contrario, « Considérant que l'appropriation privative d'installations superficielles édifiées par le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public n'est pas incompatible avec l'inaliénabilité de celui-ci, lorsque l'autorisation de l'occuper et d'y édifier des constructions n'a pas été accordée en vue de répondre aux besoins du service public auquel le domaine est affecté ».

3. Nature juridique de l'AOT-CMD

Une AOT avec droits réels, obligation de construire et mise à disposition des ouvrages construits à la personne publique, ne relève pas de la catégorie des marchés publics en droit interne (elle n'entre pas dans le champ d'application du Code des marchés publics ni en raison de sa nature contractuelle, ni en raison de la nature de la SR), mais constitue en revanche un « *marché public de travaux* » au sens du droit communautaire.

En effet, aux termes de la directive CE n° 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, les « marchés publics de travaux » (art. 2. b) sont :

« des marchés publics⁴³ ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à (...) un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

La convention de mise à disposition constitue quant à elle une convention de location de biens immobiliers par une personne publique. Il s'agit d'un contrat qui, par nature, est étranger à la fois au champ d'application du Code des marchés publics (art. 3 .3°) et au champ d'application de la directive n° 2004/18 (art. 16 a).

Toutefois, cette convention est indissociable de l'AOT : elle permet le financement des travaux. Même si la valeur des loyers de la CMD sera nécessairement supérieure au coût de construction (et donc au « marché de travaux » impliqué par l'AOT) – puisque les loyers prendront en compte le coût de financement et le coût de maintenance – il serait plus qu'hasardeux de se retrancher derrière le caractère indissociable de la CMD et de l'AOT pour qualifier l'ensemble contractuel de contrat échappant globalement à la qualification de marché public en droit communautaire.

(43) Les marchés publics sont définis comme : « des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive ».

En conséquence, l'attribution directe de l'ensemble AOT-CMD par le pouvoir adjudicateur, sans mise en œuvre de mesures de publicité ni de mise en concurrence préalable, n'est possible que dans la mesure où la société titulaire (la SR) peut être considérée comme dans une situation « *in house* » par rapport au pouvoir adjudicateur.

4. Alternative à l'AOT : le BEA

Le support juridique de « l'aller » (la mise à disposition de la dépendance du domaine public servant de terrain d'assiette à l'opération de construction confiée à la SR) a jusqu'à présent toujours été envisagé – et mis en œuvre – par une AOT. C'est que les premiers cas d'application du montage innovant ont été envisagés pour l'État (dans le domaine universitaire) et que, jusqu'il y a peu, seule l'AOT appartenait aux formes conventionnelles d'occupation privative du domaine public de l'État.

À l'inverse, le bail emphytéotique administratif (BEA), avait été créé en 1988 pour permettre l'octroi de droits réels sur le domaine public des collectivités locales et dans des conditions très encadrées (CGCT, art. L. 1311-2 et suivants).

De la même manière que l'AOT a été ouverte aux collectivités locales, le BEA a été permis pour l'État (CG3P, art. L. 2341-1). Dans les deux cas, si le régime et l'objet des BEA diffèrent quelque peu, il faut observer qu'ils pourraient permettre l'occupation du domaine public et l'octroi de droits réels dans le montage innovant alternativement à l'AOT.

En particulier, pour les opérations relatives à l'État et ses établissements publics portant sur des opérations de rénovation et non de constructions neuves, le BEA-Valorisation de l'article L. 2341-1 du CG3P serait sans doute mieux adapté que l'AOT. Il n'a certes pas été prévu pour être couplé à une convention « retour » type CMD mais, après tout, tel était également le cas de l'AOT à son origine.

5. Les conventions dérivées de l'AOT-CMD

La simplicité et la robustesse du montage exigent qu'une seule AOT (par programme immobilier) soit octroyée à la SR. Mais, au capital de celle-ci peuvent figurer des pouvoirs adjudicateurs (PA2 etc.) qui ont pour objectif d'occuper

une partie des locaux construits et donc, en amont, d'influer sur le programme fonctionnel de façon à ce que leurs propres besoins soient bien pris en compte.

Il s'agit, pour chaque PA autre que le PA₁ de conclure une convention tripartite (PAn, PAn, SR) destinée à régler les droits et obligations du PA₂ au vu du contenu de l'AOT-CMD. Après l'attribution du contrat global, cette convention peut éventuellement être transformée en convention quadripartite associant en outre le titulaire du contrat global.

a) Principe et contenu

Il s'agira d'une convention à objet multiple qui, d'un point de vue juridique, s'analysera comme comportant plusieurs contrats de nature différente (le cas échéant, la première convention tripartite fera l'objet d'avenants ultérieurs au fur et à mesure de l'avancement du projet, voire de contrats distincts):

- Contrat d'organisation de la fonction de maîtrise d'ouvrage (jusqu'à la conclusion de l'AOT-CMD) entre les deux pouvoirs adjudicateurs (PA₁ et PA₂ par exemple), permettant au PA₂ d'intervenir dans la définition de son propre programme. Il devrait s'agir, pour cette phase, d'une convention inspirée de la co-maîtrise d'ouvrage définie par l'article 2. II de la loi «MOP» du 12 juillet 1985. Cette convention traitera principalement des conditions d'établissement du programme des travaux: le PA₂ devrait naturellement être décisionnaire sur la partie du programme le concernant directement.

À la date de la conclusion de l'AOT-CMD, la maîtrise d'ouvrage est transférée à la SR, dans les organes de laquelle le PA₂ fera valoir ses droits en application du pacte d'associés (maîtrise d'ouvrage, suivi du chantier, réception des immeubles sur avis conforme du PA₂ pour la partie la concernant). Il est rappelé que le régime de maîtrise d'ouvrage applicable à la SR est celui de la maîtrise d'ouvrage privée (il n'y a pas d'équivalent de la loi MOP en maîtrise d'ouvrage privée).

Le pacte d'associés de la SR sera le meilleur support pour organiser, au sein des organes de la SR, l'intervention des représentants du PA₁ sur le suivi et la réception des travaux. En particulier, au travers de son association à la réception des ouvrages par la SR en tant que maître d'ouvrage, le PA₂ inter-

viendra avant la décision d'acceptation de mise à disposition de l'ensemble des ouvrages par le PA₁ au titre de l'AOT-CMD.

- Contrat de sous-occupation des locaux affectés au PA₂ moyennant le versement d'un loyer permettant au PA₁ de faire face aux échéances de loyers des immeubles affectés au PA₂. C'est le seul aspect juridique de « sous-location ». Les flux de loyers et leur affectation seront précisés dans le cadre de la mise au point de la structure financière détaillée (problématique des sûretés des crédits consentis par les prêteurs).
- Contrat de gestion opérationnelle des obligations de la CMD (après construction) incombant à la SR et donc au titulaire du contrat global de conception-construction-maintenance, de façon à ce que, pour les immeubles affectés au PA₂, même si l'obligation juridique de la SR reste envers le PA₁, la gestion de ses obligations pour ce qui concerne le PA₂ sera déléguée à ce dernier.

L'ensemble des modalités de fonctionnement propre des bâtiments utilisés par le PA₂, ainsi que les modalités relatives à la fixation de leurs programmes d'exploitation-maintenance devront être établies directement avec le PA₂.

La convention devra également prévoir la participation active du PA₂ à la définition du programme de gros entretien renouvellement (GER).

b) Acquisition des bâtiments utilisés par le PA₂

La convention tripartite – ou une convention distincte – peut également régler la question de la propriété des locaux utilisés par le PA₂ à l'issue de l'AOT-CMD c'est-à-dire au moment où le PA₁ deviendra propriétaire de l'ensemble immobilier.

Il pourrait être envisagé de prévoir une cession, par le PA₁ au PA₂, des bâtiments ou des locaux utilisés par le PA₂ à l'échéance de l'AOT-CMD, à hauteur des financements apportés par le PA₂ au titre des loyers (qui, dans la CMD, sont des loyers « financiers » : couvrant la totalité du coût d'investissement et de financement).

Au moment de l'établissement des actes, les qualifications juridiques adéquates seront données à la transaction (promesse unilatérale de vente à terme)

et aux flux financiers en provenance du PA2 (paiement anticipé et échelonné du prix ou déduction des loyers du prix d'acquisition).

Cette cession entre le PA1 et le PA2 peut par exemple être réalisée sur le fondement des dispositions de l'article L. 3112-1 du CG3P si elle porte sur le domaine public sans désaffectation.

À cet égard, la convention conclue entre le PA1 et le PA2 devrait, *ab initio* (i.e. concomitamment à la conclusion de l'AOT-CMD), identifier les emprises immobilières du PA2 dont la propriété pourrait lui être transférée à l'échéance de l'AOT-CMD en distinguant : (i) les locaux dont le financement aurait été assuré par les loyers versés par le PA2 au titre de la tripartite et (ii) les locaux dont le PA2 pourrait éventuellement devenir propriétaire si elle peut les financer à échéance de l'AOT-CMD (ou ultérieurement). Concernant cette deuxième catégorie d'actifs, une clause de rendez-vous pourrait être introduite dans la convention afin d'organiser la levée éventuelle de cette option d'achat.

C. Droit applicable à la société de réalisation

La société de réalisation est entièrement soumise au droit privé, dans tous les domaines : par exemple le droit du travail, même si compte tenu de son rôle, elle n'aura que très peu de salariés, ou encore le droit de la construction (elle est soumise au régime de la maîtrise d'ouvrage privée qui, contrairement à la maîtrise d'ouvrage publique, n'est pas ou peu réglementée).

Elle prend en effet la forme d'une société commerciale (1). La seule particularité est le droit applicable aux procédures qu'elle doit suivre pour conclure ceux de ses contrats qui peuvent recevoir la qualification de marchés publics au sens du droit européen (2).

1. Forme juridique

La forme de la société par actions simplifiée (SAS) sera le plus souvent retenue. En effet, il s'agit de la forme la plus souple de société commerciale, presque entièrement régie par ses statuts et non par la loi : seules quelques dispositions impératives doivent être respectées (V. Code de commerce, art. L. 227-1 à L. 227-20).

Cette liberté contractuelle permet de rédiger des statuts adaptés à chaque opération, en fonction des préoccupations de chacun des pouvoirs adjudica-

teurs actionnaires. Les organes de la société et leurs compétences peuvent ainsi être librement déterminés dans le but de mettre en œuvre le contrôle conjoint propre à l'entité «*in house*». Toutefois, un «*président*» devra impérativement être désigné (il peut s'agir d'une personne morale).

Toujours au titre de la liberté contractuelle, il est possible de dissocier montant du capital et droits de vote si cela s'avère nécessaire.

En tout état de cause, il est fréquent de créer des différences entre les actionnaires qui n'apporteront qu'une part du capital (généralement très faible, il n'y a d'ailleurs plus de montant minimal de capital fixé pour les SAS) et ceux qui, outre leur part de capital, abonderont également un compte courant d'associé (il s'agit d'une dette dite subordonnée aux prêteurs seniors: les banques), qui composera les quasi-fonds propres de la société.

La responsabilité des actionnaires est limitée au montant des apports (comme dans les SA et les SARL par exemple), ce qui sécurise naturellement les pouvoirs adjudicateurs, lesquels n'ont pas vocation à prendre des risques capitalistiques non plafonnés.

Alternativement à la SAS, la forme de la société civile immobilière (SCI) pourrait également être explorée mais elle n'a pas été utilisée jusqu'alors.

2. Droit des contrats

a) Effet de l'attribution du contrat «*in house*»

La qualification d'entité «*in house*», entraîne de plein droit l'application à ceux des contrats de la SR qui constitueront des marchés publics au sens du droit communautaire, des dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et de son décret d'application n° 2005-1742 du 30 décembre 2005.

En effet, la SR, société de droit privée associant des pouvoirs adjudicateurs, soit soumis au Code des marchés publics, soit soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005, soit encore des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'un et l'autre de ces textes, est elle-même un pouvoir adjudicateur soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 en application de l'article 3.4° de ce dernier texte.

On ne rappellera jamais assez que l'ordonnance du 6 juin 2005 ne régit que les modalités de conclusion des contrats et non leur contenu, contrairement au Code des marchés publics.

b) Modalités de passation des contrats conclus par la SR

Les contrats passés par la SR pour l'exécution de ses obligations contractuelles nées de l'AOT-CMD seront des contrats de droit privé puisque passés par une personne morale de droit privé poursuivant son objet social propre et n'agissant pas sur mandat des pouvoirs adjudicateurs qui l'auront créée.

Ceci implique concrètement une certaine liberté contractuelle et l'absence des limitations propres au droit des contrats administratifs. Cette liberté sera néanmoins encadrée en amont par les obligations de l'AOT, contrat administratif, que la SR devra répercuter dans ses contrats de réalisation, même de droit privé, et notamment le contrat global de conception-construction -maintenance.

Comme indiqué plus haut, les marchés conclus par la SR seraient soumis aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et à celles de son décret d'application n° 2005-1742 du 30 décembre 2005. Le périmètre et les supports contractuels seront déterminés au cas par cas par la SR ce qui entraînera également des choix plus ou moins contraints sur les procédures de passation à appliquer.

c) Contrat global de conception-construction-maintenance

Le contrat global que la SR passera pour l'exécution de ses obligations résultant de l'AOT-CMD portera sur la conception, la construction, la maintenance et le programme de gros entretien-renouvellement (GER) des ouvrages. Ce contrat présentera plus que vraisemblablement les caractéristiques d'un marché complexe au sens de l'article 38 du décret du 30 décembre 2005, autorisant la SR à recourir à la procédure de dialogue compétitif.

Il ne portera pas sur le financement, qui reste à la charge de la SR. Le contrat global, qui peut – et logiquement doit dans une optique de PPP – contenir par ailleurs des objectifs et pénalités de performance – s'assimile donc à un contrat de partenariat sans financement. Il procédera à une répartition des responsabilités et des risques semblable à celle qui s'opère dans un contrat de partenariat.

Contrairement au contrat de partenariat, il s'agit de surcroît d'un contrat de droit privé puisqu'il est passé par une entité privée (la SR) dans le cadre de son activité propre.

Pour mémoire, s'agissant de la qualification d'un tel contrat, l'article 2 de l'ordonnance du 6 juin 2005 prévoit :

« Les marchés de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

(...)

Les marchés de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services.

(...)

Lorsqu'un marché porte à la fois sur des services et des travaux, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux. (...)».

En l'espèce, le contrat qui sera conclu par la SR portera à la fois sur des travaux (conception et exécution des bâtiments) et sur des services (exploitation maintenance des bâtiments). La part la plus importante de ce contrat devrait porter sur la conception et la construction des bâtiments, de sorte que ce contrat constituera un marché de travaux au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005.

d) Contrats de prêts

Les contrats de prêts pourront en principe être conclus sans mise en concurrence sur le fondement de l'exclusion du champ d'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 des « marchés de services financiers relatifs à [...] l'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs » (art. 1.3°).

Cette curieuse formulation, que l'on retrouve aussi dans le Code des marchés publics depuis 2006 (art. 3. 5°) est interprétée par la doctrine administrative comme couvrant les contrats de prêt. Cette interprétation se fonde elle-même sur le considérant 27 de la directive 2004/18 lequel n'est pourtant pas beaucoup

plus clair⁴⁴. Ce texte résulte d'un long contentieux, non achevé entre la France et la Commission sur le sujet⁴⁵ mais il est couramment admis par la pratique, sans certitude juridique, que les contrats de prêt sont exclus des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Alternativement, si les responsables de la SR anticipent une possible victoire de la Commission sur le sujet de la mise en concurrence des prêts, ils procéderont directement à celle-ci.

e) Autres contrats

S'agissant des autres contrats, aux termes de l'article 7 du décret du 30 décembre 2005⁴⁶, au-dessus du seuil de 200 000 € HT pour les marchés ou les accords-cadres de fournitures et de services, les pouvoirs adjudicateurs sélectionnent leurs prestataires en principe selon une procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint.

En dessous de ce seuil, la SR détermine librement les modalités de passation de ses marchés dans le respect des principes fixés à l'article 6 de l'ordonnance du 6 juin 2005 (liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures).

(44) « (27) En conformité avec l'Accord, les services financiers visés par la présente directive n'incluent pas les instruments de la politique monétaire, de taux de change, de dette publique, de gestion de réserves et d'autres politiques qui comportent des opérations sur titres ou sur autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs. Par conséquent, les marchés relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers ne sont pas couverts. Les services fournis par des banques centrales sont également exclus. »

(45) Ponctué par un arrêt du Conseil d'État qui avait fait sienne l'interprétation de la Commission, sous l'empire de la précédente directive 92/50 sur les services, en considérant que les contrats d'emprunt devaient être inclus dans le champ du CMP: CE, 23 févr. 2005, *ATMMP*, n° 264712, Contrats Marché publ. 2005, comm. 107, note G. Eckert.

(46) Dans sa rédaction résultant du décret n° 2011-2027 du 29 décembre 2011. Ce seuil est révisé tous les deux ans.

III

PRINCIPALES ÉTAPES DE MISE EN ŒUVRE DU MONTAGE

A. Préparatifs

Deux éléments importants doivent être réglés avant de s'engager dans l'opération : la maîtrise du foncier, d'une part, et la création de la société de réalisation, d'autre part.

1. La maîtrise du foncier

Comme vu plus haut, la solidité du montage innovant suppose que le pouvoir adjudicateur qui va conclure l'AOT-CMD avec son entité *in house*, la SR, soit propriétaire du terrain d'assiette de façon à ce que ce soit ce pouvoir adjudicateur qui attribue directement les droits réels sur les ouvrages à construire et non une autre personne publique.

Ces opérations sont souvent longues car elles impliquent des actes de gestion domaniale, nécessitant l'intervention de France Domaine, et il faut donc commencer les démarches très en amont de l'opération.

Le Code général de la propriété des personnes publiques, depuis sa création en 2006, offre de nombreuses formules de transfert des dépendances d'une personne publique à une autre : il importe, le cas échéant, de les mobiliser au service du projet en assurant au PA₁ la propriété de l'assiette foncière du projet.

2. La création de la SR

La plupart des personnes publiques ne sont pas habituées à la création de sociétés commerciales et certaines prescriptions du Code de commerce peuvent les dérouter.

Il en est ainsi par exemple de l'obligation de dépôt du capital libéré sur un compte bancaire avant l'enregistrement de la société au registre du commerce et des sociétés: certains comptables pourront éprouver un léger frisson en s'interrogeant sur la règle du service fait avant de procéder au virement. Il n'y a naturellement aucune difficulté: il s'agit seulement d'obéir à une prescription réglementaire!

Par ailleurs, la négociation des statuts et du pacte d'associés (on parle, à tort, d'associés de la SR alors que les associés sont de réels «actionnaires») prendra du temps car, là encore, les élus ou les fonctionnaires concernés, ne sont pas habitués à de telles discussions.

B. AOT provisoire ou promesse d'AOT

Tant que l'AOT avec droits réels n'est pas conclue entre le pouvoir adjudicateur et la SR:

- la SR n'est pas maître d'ouvrage ;
- la SR n'est très probablement pas encore dans une relation «*in house*» avec les pouvoirs adjudicateurs qui l'ont créée. En effet, comme on l'a vu plus haut, le droit des sociétés ne suffit pas à établir une telle relation.

Deux cas de figure peuvent se présenter selon que le pouvoir adjudicateur qui va conclure l'AOT avec la SR est déjà propriétaire – ou non – du terrain d'assiette de l'opération projetée.

1. AOT provisoire

Si le pouvoir adjudicateur est déjà propriétaire du foncier, il peut conclure l'ensemble AOT-CMD avec la SR. Toutefois, ce sera une AOT provisoire (et une CMD provisoire) dans la mesure où, au commencement du projet, seul le programme fonctionnel de l'ouvrage envisagé est disponible. Le programme complet des travaux dépendra, lui, des offres des candidats à l'attribution du contrat global, et plus particulièrement encore de l'offre retenue, c'est-à-dire très en aval du processus.

De la même façon, le montant des loyers qui seront stipulés dans la CMD dépendra non seulement du coût d'investissement définitif (fixé lui aussi à la fin du processus) mais aussi des conditions de financement (taux d'intérêt et marges bancaires) en vigueur au moment du *closing*, là encore très en aval du processus.

C'est pourquoi tant l'AOT que la CMD qui seront conclues avec la SR au début du processus – et il est nécessaire de le faire pour investir la SR de la fonction de maître d'ouvrage – présenteront un caractère provisoire: elles feront toutes les deux l'objet d'avenants en fonction du résultat du dialogue compétitif et de la fixation définitive des conditions de financement.

2. Promesse d'AOT

Il peut également arriver que le pouvoir adjudicateur qui va attribuer l'AOT ne soit pas encore devenu propriétaire du terrain d'assiette alors que, pour des raisons opérationnelles, il est nécessaire de lancer le projet. Dans ce cas, il faut que le pouvoir adjudicateur soit au moins bénéficiaire d'une promesse synallagmatique⁴⁷ de vente, conclue sous les conditions suspensives ordinaires, ce qui lui permettra de conclure avec la SR une promesse synallagmatique d'AOT (aux mêmes conditions suspensives).

La promesse d'AOT n'est régie par aucun texte mais dans la mesure où – comme en droit privé – les avant-contrats sont possibles en droit public⁴⁸ – il semble bien que cette promesse d'AOT – adoptée dans les mêmes formes qu'une AOT – puisse être conclue. En tout cas, lorsque le PA₁ n'est pas encore propriétaire, c'est la seule solution permettant d'investir régulièrement la SR de sa mission de maîtrise d'ouvrage.

(47) Une promesse unilatérale ne suffirait pas car le processus pourrait alors être arrêté sans que le PA₁ n'ait de décision à prendre: il aurait alors irrégulièrement transféré les droits réels – donc la fonction de maître d'ouvrage – à la SR.

(48) A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ 1983, Tome I, 2^e édition, n°445 et suivants: «La notion de promesse de contrat, telle qu'on vient de la définir, est naturellement applicable aux contrats de l'administration et sa théorie juridique est, dans ses éléments essentiels, la même qu'en droit privé.»

C. Contrat global et Dialogue compétitif

1. Contenu du contrat global

Il s'agit ici de l'étape de partenariat public-privé du montage innovant. Par ce contrat global, la SR va transférer ses obligations de construction et de maintenance au secteur privé : elle ne gardera que l'obligation de financement (c'est elle qui lève le financement) et, la fonction de maître d'ouvrage (sauf conclusion d'un contrat de promotion immobilière).

Le contrat global dont il s'agit ici n'est pas régi par des textes, comme l'est, par exemple, le contrat de partenariat. En effet, comme on l'a vu, l'ordonnance du 6 juin 2005 s'intéresse seulement aux modalités de passation des « marchés publics » des pouvoirs adjudicateurs non soumis au Code des marchés publics et non à leur contenu.

En conséquence, la SR est libre de déterminer le contenu de ce contrat global.

La logique qui consiste ici à bénéficier de l'enchaînement vertueux du partenariat public-privé doit conduire la SR à préparer un contrat global qui confie au titulaire des tâches de conception-construction et d'entretien-maintenance sur longue durée. Naturellement, l'ampleur des tâches d'exploitation-maintenance dépendra de ses capacités budgétaires de long terme.

Dans la pratique, le contrat global ressemble donc à un contrat de partenariat qui ne mettrait pas le financement à charge du titulaire.

2. Conduite du dialogue compétitif

Dans la pratique toujours, les pouvoirs adjudicateurs ne recourront au montage innovant que pour des opérations suffisamment complexes. En particulier, si les pouvoirs adjudicateurs à l'origine du projet décident de ne pas lancer un contrat de partenariat, c'est que le projet présente des contraintes particulières, notamment de financement ou de positionnement des acteurs (politiquement hostiles au contrat de partenariat, par exemple).

Le contrat global présentera donc plus que vraisemblablement les caractéristiques d'un marché complexe au sens de l'article 38 du décret du 30 décembre 2005, autorisant la SR à recourir à la procédure de dialogue compétitif prévue par ce texte.

Il s'agit de la même procédure que celle énoncée par l'article 7 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ou par l'article 67 du Code des marchés public : les praticiens de la commande publique ne seront pas dépaysés.

La procédure commencera classiquement par la publication d'un avis d'appel public à la concurrence : comme pour les contrats de partenariat, on utilisera le modèle communautaire relatif aux marchés publics.

Elle se poursuivra, en fonction des étapes prévues par le règlement de la consultation, par la présentation d'offres intermédiaires puis d'offres finales par les candidats. L'offre économiquement la plus avantageuse sera choisie par application de critères pondérés préalablement publiés : rien que de très classique.

D. Closing

Une fois l'offre choisie, la SR connaît le coût d'investissement définitif, de même que les coûts de maintenance et leurs formules d'actualisation.

Elle peut donc boucler son plan de financement et contracter les prêts nécessaires au financement de l'opération : elle aura ainsi l'essentiel des paramètres de détermination du coût de financement du projet⁴⁹.

Avant la signature du contrat global, la SR doit mettre à jour l'AOT-CMD avec le pouvoir adjudicateur qui la lui a octroyée (le « PA1 »). Il s'agit notamment :

- De compléter, dans l'AOT, le programme fonctionnel par le programme définitif des travaux tels qu'il résulte de l'offre finale ;
- De compléter la CMD par le programme définitif d'exploitation-maintenance, les pénalités performantielles définitivement convenues et les loyers correspondants (y compris les déterminants du coût de financement).

(49) L'essentiel seulement (les marges et les commissions) car il est rare que les taux d'intérêts soient fixés en période de construction (si c'est le cas, la SR prend le risque de recalage des taux en cas de retard de livraison). En principe les taux sont fixés (par un contrat de swap échangeant un taux d'intérêt variable contre un taux fixe) à la livraison de l'ouvrage : les coûts financiers sont alors définitivement fixés.

Ce n'est qu'après avoir procédé à cette mise à jour avec le PA1 que la SR a juridiquement la capacité de signer le contrat global avec le titulaire sélectionné.

IV

OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES

A. Spécificités du montage innovant pour l'État et pour les collectivités locales

1. État : des contraintes sur l'endettement de la SR

Les sociétés de réalisation des montages innovants doivent faire bénéficier le projet d'un effet de levier significatif puisque, même si le taux de rentabilité interne des fonds propres investis par les actionnaires publics est inférieur à celui pratiqué par des actionnaires privés, le différentiel avec le taux d'intérêt de la dette reste significatif.

Toutefois, lorsque ces sociétés de réalisation ont uniquement comme actionnaires l'État ou, plus souvent, des établissements publics nationaux (des universités par exemple), la question se pose de savoir si elles entrent dans le champ de l'interdiction posée par l'article 12-I de la loi n° 2010-1645 du 28 décembre 2010 de programmation des finances publiques pour les années 2011 à 2014 ainsi rédigé :

« I. - Nonobstant toute disposition contraire des textes qui leur sont applicables, ne peuvent contracter auprès d'un établissement de crédit un emprunt dont le terme est supérieur à douze mois, ni émettre un titre de créance dont le terme excède cette durée les organismes français relevant de la catégorie des administrations publiques centrales, au sens du règlement (CE) n° 2223/96 du Conseil du 25 juin 1996 relatif au système euro-

péen des comptes nationaux et régionaux dans la Communauté, autres que l'État, la Caisse d'amortissement de la dette sociale, la Caisse de la dette publique et la Société de prises de participation de l'État. Un arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé du budget établit la liste des organismes auxquels s'applique cette interdiction. »

À ce jour, l'arrêté mentionné n'est pas encore paru⁵⁰. Toutefois, compte tenu de la clarté de l'interdiction législative posée, il ne fait pas de doute que celle-ci est d'effet immédiat pour tous les organismes relevant de la catégorie des Administrations Publiques Centrales au sens du règlement du 25 juin 1996. Répertoireés par l'INSEE, les APUC comprennent l'État et les organes divers d'administration centrale (ODAC). La plupart des établissements publics sont des ODAC (il faut vérifier au cas par cas).

La SR ne sera pas un ODAC mais elle sera dans une relation « *in house* » avec des ODAC, ce qui signifie que ceux-ci contrôleront la SR. Par conséquent, si les ODAC établissaient des comptes consolidés, ils devraient consolider ceux de la SR (donc la dette levée par elle). Même si ce n'était pas le cas, le recours à une filiale par les ODAC pour lever une dette, qu'ils ne peuvent plus lever eux-mêmes, pourrait être constitutif d'un détournement de procédure : les actes pris par les ODAC relatifs à la constitution de la SR pourraient éventuellement être annulés sur ce fondement (notamment sur recours d'un tiers ayant intérêt à agir).

Si l'arrêté à paraître ne mentionne pas les filiales des organismes concernés par l'interdiction, on pourrait soutenir que celle-ci ne s'applique pas à ces filiales mais sans certitude compte tenu de la généralité de l'interdiction légale figurant dans la première phrase⁵¹.

En revanche, cette même interdiction d'emprunt d'une maturité de plus de 12 mois ou d'émission d'un titre de créance dont le terme excède cette

(50) Une vérification doit être faite sur ce point à chaque montage.

(51) Autrement dit, il n'est pas certain que le gouvernement ait été investi ici du pouvoir de restreindre le champ d'application de la loi : d'autres formules sont classiquement utilisées pour ce faire.

durée ne s'applique qu'aux contrats conclus avec « *un établissement de crédit* ».

La SR d'État peut donc contracter un emprunt auprès d'un organisme qui n'a pas la qualité d'établissement de crédit, ce qui est le cas de la Caisse des Dépôts par exemple (Code monét. fin., art. L. 511-1 et suivants).

Une telle interprétation méconnaît à coup sûr l'esprit du texte évoqué plus haut, mais cet argument ne saurait être retenu. En effet, l'interprétation d'un texte de droit public, dès lors qu'il est clair, se fonde uniquement sur sa lettre et non son esprit. Le Président Odent énonce que :

« Lorsqu'un texte est clair, c'est-à-dire lorsque, compte tenu des règles de la grammaire, de la sémantique et de la syntaxe, son sens ne peut prêter à aucune discussion et lorsqu'en outre ses dispositions ne sont pas en contradiction avec aucune autre disposition en vigueur ayant valeur juridique au moins égale, le juge administratif ne se livre à aucune fantaisie interprétative ; il applique strictement ce texte sans tenir compte ni des travaux préparatoires, ni de l'objectif du législateur. Même s'il paraît résulter des travaux préparatoires que le législateur a exprimé sa pensée ou sa volonté en des termes qui ont trahi ses intentions, la lettre du texte, lorsqu'elle ne permet pas la controverse, doit prévaloir sur son esprit »⁵².

La jurisprudence administrative contemporaine reste dans l'ensemble fidèle à ces principes⁵³.

Cette problématique de la restriction d'emprunt des ODAC ne se pose pas pour les SR locales, lesquelles présentent en revanche d'autres particularités.

(52) R. Odent, *Contentieux administratif*, Les Cours de Droit, 1977-1980, tome 1, p. 444.

(53) CE, 27 octobre 1999, *Commune de Houdan*, n° 188685 ; CE, 12 février 2003, *M. X.*, n° 235869 ; CAA Paris, 11 juillet 2003, *Commune de Nouméa*, n° 99PA03274 ; CAA Paris, 1^{er} octobre 2003, *M. X.*, n° 99PA04049 ; CAA Douai, 3 juin 2008, *Ministre du budget*, n° 07DA01475.

2. Collectivités locales : un outil privilégié, la SPL

On sait que la société d'économie mixte locale des articles L. 1521-1 et suivants du CGCT ne peut constituer la SR du montage innovant dans la mesure où ces sociétés associent obligatoirement les collectivités à une ou plusieurs personnes privées, ce qui les disqualifie pour se voir reconnaître une relation « *in house* ».

On sait aussi que, pour pallier cette difficulté, une société à vocation « *in house* » a spécialement été créée pour les collectivités locales : il s'agit de la société publique locale instituée par la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010. Ce texte, désormais codifié à l'article L.1531-1 du CGCT, est fort court et fort simple (d'un style épuisant, également, mais, pour une fois, sans inconvénient juridique particulier) :

« Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital.

Ces sociétés sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général.

Ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres.

Ces sociétés revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce et sont composées, par dérogation à l'article L. 225-1 du même code, d'au moins deux actionnaires.

Sous réserve des dispositions du présent article, elles sont soumises au titre II du présent livre. »

Par rapport à la SR type décrite à la section II, la seule différence est l'adoption obligatoire des statuts de la société anonyme (le statut légal des SEML renvoie également au statut des SA), ce qui est assez vieux jeu car la SA n'a pas la souplesse de la SAS. Il est notamment impossible de prévoir des organes d'administration « sur mesure » (composition, pouvoirs, etc.). Mais si l'on

excepte cet inconvénient pratique, la SPL a vocation à constituer la SR des montages innovants des collectivités locales⁵⁴.

B. Aspects de droit de la concurrence

1. Respect des règles et principes généraux du Traité

Dans la mesure où il est établi que le schéma envisagé « *in house* » n'est pas une construction artificielle ayant en réalité pour but d'attribuer sans mise en concurrence préalable le contrat à une entreprise d'économie mixte et donc d'avantager un investisseur privé présent (il n'y en a pas) dans cette société par rapport à ses concurrents⁵⁵, il n'y a pas de raison pour que ce schéma porte atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement.

Enfin, le montage ici envisagé ne correspond pas à celui des « partenariats public-privé institutionnalisés » (PPPI) ayant donné lieu à une communication interprétative de la Commission Européenne en date du 5 février 2008 et à un avis de la Section de l'administration du Conseil d'État en date du 1^{er} décembre 2009 (n°383264). En effet, le PPPI comporte la sélection d'un partenaire privé, en vue de son entrée au capital, d'une société qui sera ensuite attributaire d'un contrat public. Tel n'est pas le cas dans le montage innovant qui n'associe que des pouvoirs adjudicateurs – aucun partenaire privé – dans l'optique de création d'une structure « *in house* » elle-même conforme au droit communautaire.

(54) Sur les SPL, V. le dossier que lui consacre la revue *Contrats Publics* n° 131/2013 : « *Les sociétés publiques locales : bilan et perspectives* » et les actes du Colloque de Toulouse : RFD adm. 2012, p. 1069-1158.

(55) CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, aff. C-29/04.

2. Analyse des possibles aides d'État au niveau des pouvoirs adjudicateurs et de la Société de réalisation

Il est préalablement rappelé que pour entrer dans le champ d'application de l'article 107 § 1 TFUE et être en conséquence qualifiée d'aide d'État, une mesure doit remplir quatre conditions cumulatives⁵⁶ :

- il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État ;
- cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres;
- elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire, et
- elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence.

Lorsqu'une mesure remplit ces quatre conditions, elle est qualifiée d'aide d'État, et est déclarée, sauf exception, incompatible avec le marché commun.

Les règles du traité sur les aides d'État ne s'appliquent cependant qu'aux entreprises. Le concept d'entreprise couvre toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de l'entité ou de la façon dont celle-ci est financée⁵⁷.

Toute activité consistant à offrir des biens et/ou des services sur un marché donné est une activité économique⁵⁸. Le juge communautaire a adopté une conception extensive de l'activité économique. Seules les activités liées à l'exercice de prérogatives de puissance publique et les activités d'une nature purement sociale sont traditionnellement considérées comme des activités non économiques⁵⁹.

(56) TPICE, 24 juillet 2003, *Altmark*, aff. C-280/00, § 75.

(57) CJCE, 12 septembre 2000, *Pavolv e.a.*, aff. jtes C-180/98 à C-184/98, Rec I-6451.

(58) CJCE, 16 juin 1987, *Commission c. Italie*, aff. 118/85, Rec. 2599, § 7.

(59) Voir le document de travail de la Commission du 20 novembre 2007 SEC (2007) « *questions fréquemment posées* » qui récapitule la jurisprudence communautaire sur la définition de l'activité économique.

En l'espèce, la question de l'existence d'une aide d'État au sens de l'article 107 § 1 CE peut se poser au niveau des Établissements et de la SR.

a) *Au niveau des pouvoirs adjudicateurs*

Certaines missions des pouvoirs adjudicateurs (par exemple l'éducation et la recherche), considérées en France comme de service public, ne sont pas forcément exclusives de toute activité économique pour la Commission⁶⁰. En d'autres termes, certains pouvoirs adjudicateurs peuvent être considérés comme des opérateurs économiques, et à ce titre être soumis aux règles du traité sur les aides d'État.

Une analyse au cas par cas est nécessaire.

Toutefois, en principe, le critère de l'affectation des échanges entre États membres n'est pas vérifié. En effet, à ce niveau des pouvoirs adjudicateurs mobilisant des ressources pour constituer la SR et financer le projet, ces ressources restent publiques : elles ne quittent pas la sphère publique, relèvent de l'organisation du service public⁶¹ et ne sont pas susceptibles d'affecter les échanges entre États membres.

Ceci nous paraît par exemple être le cas des subventions que les pouvoirs adjudicateurs (notamment le PA1) recevraient pour la réalisation du projet et qu'elles réinjecteraient ensuite dans la SR (soit sous forme d'apports, soit sous forme de loyers au titre de la CMD).

b) *Au niveau de la SR*

L'activité de nature immobilière exercée par la SR est une activité économique, et soumise par conséquent à l'article 107 § 1 CE.

(60) Il faut en effet noter que dans son Encadrement sur les aides d'État à la recherche, au développement, et à l'innovation (JOUE C 323, 30 décembre 2006), la Commission considère de manière explicite qu'un organisme de recherche, tel qu'une université, peut exercer des activités économiques et donc être soumis à l'article 87 § 1 CE (point 3.1.1.).

(61) À l'instar des relations «*in house*», les relations contractuelles entre personnes publiques relevant de l'organisation du service public n'entrent pas dans le champ des règles relatives aux marchés publics : CJCE (Grande Chambre), 9 juin 2009, *Commission c/ Rép. Féd. d'Allemagne*, aff. C-480/06 (affaire dite : «*Commune de Hambourg*»).

La Commission considère qu'il n'y a généralement pas d'aide si une entreprise publique participe à la création d'une entreprise nouvelle à des conditions normales de marché⁶².

En l'espèce, les pouvoirs adjudicateurs n'interviendront pas à des conditions normales de marché puisque leur intervention en fonds propres devrait s'effectuer à un taux de rentabilité interne inférieur aux standards du marché, compte tenu de l'objectif d'intérêt général poursuivi mais aussi de la logique financière de l'opération (les actionnaires sont aussi les locataires des ouvrages construits).

Au vu des éléments susvisés, l'intervention des pouvoirs adjudicateurs au capital de la SR serait susceptible de conférer un avantage concurrentiel à la SR sur un marché ouvert par principe à toutes les entreprises de l'Union Européenne (celui de la construction et de la location d'immeubles).

On peut cependant avancer un argument essentiel permettant *a priori* d'exclure l'existence de toute aide d'État au niveau de la SR en raison de l'inexistence d'un avantage sélectif (et donc d'une distorsion de concurrence).

En effet, le choix d'une structure «*in house*» – création de droit communautaire – met fin nécessairement à toute possibilité de concurrence pour l'attribution de l'ensemble contractuel AOT-CMD, actif de la filiale. De ce fait, il ne peut y avoir d'affectation de la concurrence en raison d'un avantage attribué sélectivement à un opérateur dès lors que précisément, il n'y a pas de concurrence (actuelle ou potentielle) entre opérateurs, la SR étant l'unique opérateur sélectionné pour prendre en charge les obligations de construction et de mise à disposition des futurs immeubles du projet dans le cadre communautaire du «*in house*».

Dès lors que les actionnaires de la SR doivent par définition tous être des pouvoirs adjudicateurs et qu'ils peuvent librement s'associer, les conditions de rémunération de leurs capitaux propres n'est pas susceptible d'affecter les conditions de rémunération d'autres associés par définition exclus du tour de table.

Enfin, il faut mentionner que la SR ne conserve que les missions de maîtrise d'ouvrage et de financement du projet : les missions de conception-construction

(62) Comm. UE, Communication sur les participations des entreprises publiques au capital d'autres sociétés, Bulletin EC 91984, § 3.2.

et d'exploitation-maintenance sont externalisées au terme d'une procédure de mise en concurrence du titulaire du contrat global.

* * *

On le voit, les textes nombreux et tatillons qui gouvernent la commande publique peuvent encore se concilier avec la liberté contractuelle. Le montage innovant est l'une des illustrations de cette délicate alliance.

* * *

Le présent ouvrage ne constitue pas une recommandation de mise en œuvre du montage innovant, laquelle doit s'étudier au cas par cas avec l'assistance de professionnels qualifiés.

Les opinions émises n'engagent que l'auteur.

GLOSSAIRE

AOT: Autorisation d'occupation temporaire du domaine public régie par le Code général de la propriété des personnes publiques (pour l'État et ses établissements publics) ou par la Code général des collectivités territoriales (pour ces collectivités et les établissements public locaux). L'AOT prend généralement une forme contractuelle (nécessairement dans le montage innovant ici étudié).

APUC: Administration publique centrale.

BEA: Bail emphytéotique administratif, régi par le Code général de la propriété des personnes publiques (pour l'État et ses établissements publics) ou par la Code général des collectivités territoriales (pour ces collectivités et les établissements public locaux).

CG3P: Code général de la propriété des personnes publiques.

CGCT: Code général des collectivités territoriales.

CMD: Convention de mise à disposition. Il s'agit d'une convention non réglementée, constituant à la fois un bail et une convention de prestation de services portant notamment sur l'entretien et la maintenance de l'ouvrage prévu par l'AOT.

CREM: Marché de conception, réalisation et d'exploitation ou de maintenance.

GER: Gros entretien-renouvellement.

MOP: Maîtrise d'ouvrage publique. Les fonctions du maître d'ouvrage public sont définies par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

ODAC: Organismes divers d'administration centrale.

PA1: Pouvoir adjudicateur n° 1. Acronyme propre au montage innovant : il désigne celui des pouvoirs adjudicateurs actionnaire de la SR qui va conclure l'AOT-CMD avec celle-ci.

PA2 ou PAn : Pouvoir adjudicateur n° 2 ou pouvoir adjudicateur de rang n (autre que 1) : autres pouvoirs adjudicateurs actionnaires de la SR et exerçant conjointement son contrôle avec le PA1, intéressés à la réalisation du programme immobilier.

PPP : Partenariat public-privé.

PPPI : Partenariat public-privé institutionnalisé.

REM : Marché de réalisation et d'exploitation ou de maintenance.

SEM : Société d'économie mixte.

SPL : Société publique locale.

SR : Société de réalisation. Société créée par les pouvoirs adjudicateurs en vue de la réalisation d'un programme immobilier commun et se situant dans une relation « in house » avec eux.

PRINCIPAUX ARRÊTS CITÉS

- CJCE, 16 juin 1987, *Commission c. Italie*, aff. 118/85
CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Srl*, aff. C-107/98
CJCE, 12 septembre 2000, *Pavolv e.a.*, aff. jtes C-180/98 à C-184/98
CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03
CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C-231/03
CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen, GmbH*, aff. C-458/03
CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c. République d’Autriche*, aff. C-29/04
CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA Consorzio Alisei c/ commune di Busto Arsizio et EGESP Spa*, aff. C-340/04
CJCE, 19 avr. 2007, *Asociacion Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, aff. C-295/05
CJCE, 17 juill. 2008, *Comm. c/ Rép. Italienne*, aff. C-371/05
CJCE, 13 nov. 2008, *Coditel Brabant SA*, aff. C-324/07
CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Rép. Féd. d’Allemagne*, aff. C-480/06
CJCE, 10 septembre 2009, *Sea Srl c/ commune di Ponte Nossa*, aff. C 573-07
CJUE, 29 nov. 2012, *Econord Spa*, aff. C 182/11
- TPICE, 24 juillet 2003, *Altmark*, aff. C-280/00
- TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*, n° 01804
TC, 10 mai 1993, *Société Wanner Isofi Isolation*, n° 02840
- CE, 12 octobre 1988, *Sergic*, n° 82053
CE, sect., 25 février 1994, *SOFAP Marignan*, n° 144641, 145406
CE, avis, 31 janvier 1995, n° 356960
CE, 21 avr. 1997, *Min. du Budget c. Soc. SAGIFA*, n° 147602

CE, 8 fév. 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de La Ciotat*, n° 150931

CE, 23 févr. 2005, *ATMMP*, n° 264712

CE, 21 mars 2007, *Cne Boulogne-Billancourt*, n° 281796

CE, sect., 6 avr. 2007, *Cne Aix-en-Provence*, n° 284736

CE, 4 mars 2009, *SNIS*, n° 300481

CAA Lyon, 7 nov. 2012, *Ass. pour la défense du cadre de vie de Marsannay*,
n°12LY00811

BIBLIOGRAPHIE

BRACONNIER Stéphane, *Précis du droit des marchés publics*, Éd. du Moniteur, 3^e éd. 2012.

DELELIS Philippe, *Partenariats public-privé*, JurisClasseur Administratif, Fasc. 670, Éd. LexisNexis.

GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 3^e éd. 2011.

GUÉZOU Olivier, LICHÈRE François, TERNEYRE Philippe (sous la dir. de), *Droit des marchés publics*, Éd. du Moniteur, Tome 4 : Contrats Publics Spéciaux.

LAUBADÈRE André de, MODERNE Franck, DELVOLVÉ Pierre, *Traité des contrats administratifs*, LGJD, Tome 1, 1983, Tome 2, 1984.

NICINSKY Sophie, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 3^e éd. 2012.

RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGD], 8^e éd. 2012.

SYMCHOWICZ Nil, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, Éd. du Moniteur, 3^e éd. 2012.

ANNEXES

ANNEXES

Avis du Conseil d'État n° 356960 du 31 janvier 1995

Code des marchés publics, art. 3 -1°

Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, art. 2

Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2122-6 à L. 2122-14

Code général des collectivités territoriales, art. L. 1311-5 à L. 1311-8

Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (extraits)

Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 (extraits)

CJCE, 18 novembre 1999, Teckal Srl, aff. C-107/98 (extraits)

Nota Bene : tous les textes sont fournis dans leur version au 15 mai 2013

AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT N° 356960 DU 31 JANVIER 1995

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur et Section des travaux publics réunies), saisi par le ministre d'Etat, ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire d'une demande d'avis portant sur les questions ci-après :

1) Un terrain nu appartenant à l'État dont le ministère de l'Intérieur est affectataire et qu'il envisage d'utiliser pour y installer des services administratifs peut-il être considéré comme affecté au domaine public de l'État ?

2) L'État peut-il, en application de l'article 1er de la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994, accorder à une collectivité territoriale, un établissement public, une société d'économie mixte ou une société privée, une autorisation d'occupation temporaire du domaine autorisant à construire puis gérer des immeubles de bureaux, et lui accordant sur lesdits immeubles un droit réel ?

3) En cas de réponse affirmative à la question précédente, le ministère de l'Intérieur pourrait-il prendre à bail tout ou partie des immeubles de bureaux qui reviendraient en toute propriété à l'État au terme de l'occupation du domaine, cette occupation étant assortie de la description des éléments de programme nécessaires à l'utilisation par le ministère des locaux à construire pour lui ?

4) Dans l'hypothèse ainsi définie, le titulaire de l'autorisation d'occupation a-t-il juridiquement la qualité de maître de l'ouvrage dans

la mesure où il dispose d'un droit réel sur l'ouvrage, arrête l'enveloppe financière prévisionnelle et assure la totalité du financement de la construction ?

5) Le ministère de l'Intérieur, peut-il valablement insérer dans un contrat de location d'un immeuble où il se propose d'installer ses services une option d'achat aux termes de laquelle le montant des loyers versés serait en tout ou partie déduit du prix de vente dans l'hypothèse où la vente se réaliserait ?

6) Une telle option d'achat serait-elle applicable à une promesse de bail concernant un immeuble à construire dans l'emprise d'une concession domaniale ?

7) En cas de réponses affirmatives aux cinquième et sixième questions, le ministère est-il habilité, en tant que futur utilisateur, à fournir au constructeur des éléments de programme correspondant à ses besoins sans qu'il soit dérogé aux dispositions de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique ?

8) Le ministère de l'Intérieur peut-il conclure des contrats de vente en l'état futur d'achèvement pour des parties d'immeubles à construire aux fins de réalisation de commissariats de police, pour la plupart en rez-de-chaussée, sans pour autant s'interdire de fournir au constructeur les spécifications techniques qui doivent être prises en compte au stade de la conception du bâtiment, tels

que le programme des lieux de réception du public ou des équipements de sécurité ?

Vu le code civil, notamment ses articles 1601-1 à 1601-4 ;

Vu le code de la construction et de l'habitation, notamment ses articles L. 261-9 à L. 261-22 ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code du domaine de l'État ;

Vu la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée ;

Vu la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, notamment son article 13 ;

Vu la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public ;

Vu le décret n° 86-455 du 14 mars 1986 portant suppression des commissions des opérations immobilières et de l'architecture et fixant les modalités de consultation du service des domaines ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes :

• En ce qui concerne la première question :

Un terrain nu appartenant à l'État fait partie du domaine public si, antérieurement, il a été affecté à l'usage direct du public ou à un service public moyennant des aménagements spéciaux et n'a pas fait l'objet, postérieurement à sa désaffectation, d'un acte juridique de déclassement.

En dehors de cette hypothèse, l'appartenance d'un terrain nu qui est la propriété d'une personne publique au domaine public ne se concrétise que dans la mesure où ce

terrain reçoit une affectation à l'usage direct du public ou à un service public moyennant des aménagements spéciaux. Le fait de prévoir de façon certaine l'une ou l'autre de ces destinations implique cependant que le terrain est soumis dès ce moment aux principes de la domanialité publique.

• En ce qui concerne la deuxième question :

Il résulte de l'article L. 34-1 ajouté au code du domaine de l'État par l'article 1er de la loi du 25 juillet 1994 susvisée que le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre. Toutefois, lorsque les ouvrages, constructions ou installations sont nécessaires à la continuité du service public, l'article L. 34-1 ne leur est applicable que « sur décision de l'État », ainsi que le précise l'article L. 34-4 du code du domaine de l'État.

Dès lors que sont respectées les dispositions combinées des articles L. 34-1 et L. 34-4 et sous réserve qu'il ne s'agisse pas de dépendances du domaine public naturel qui sont exclues du champ d'application de la loi du 25 juillet 1994 par l'article L. 34-9 du code du domaine de l'État, le titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public de l'État devient, à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, titulaire d'un droit réel sur des immeubles à usage de bureaux que le gestionnaire du domaine l'autoriserait à construire, à défaut de prescription de son titre d'occupation y mettant obstacle.

Le régime juridique applicable à ce droit réel exercé sur le domaine public national est

défini par la loi du 25 juillet 1994, par le ou les décrets en Conseil d'État nécessaires à son application ainsi que par les dispositions pertinentes du code du domaine de l'État, notamment son article L. 84.

- En ce qui concerne la troisième question:

La loi du 25 juillet 1994, en permettant au titulaire d'une autorisation temporaire d'occupation du domaine public de l'État de disposer d'un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise « pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre », n'exclut pas que ce droit réel soit utilisé en vue de la réalisation d'un ouvrage qui serait mis, par voie de bail, à la disposition de la personne gestionnaire du domaine de l'État. Dans le cadre de l'application de la loi nouvelle, l'occupation du domaine et les droits réels y afférents peuvent être assortis de la description des éléments de programme correspondant aux conditions d'une utilisation adéquate par l'administration gestionnaire du domaine ou toute autre administration publique.

À l'issue du titre d'occupation du domaine public, les biens qui ont été mis entre-temps à la disposition d'une administration, deviennent en principe la propriété de l'État par application des dispositions de l'article L. 34-3 ajouté au code du domaine de l'État par la loi du 25 juillet 1994.

- En ce qui concerne la quatrième question:

Dans le montage juridique qui est envisagé en réponse à la troisième question, c'est le titulaire de l'autorisation d'occupation du domaine public, une fois investi de la possibilité juridique de réaliser la construction, qui a la qualité de maître de l'ouvrage. Une pareille qualification ne peut être conférée à

la collectivité publique preneuse, dès lors que cette collectivité n'assume pas la direction technique des actions de construction et ne devient propriétaire de l'ouvrage qu'au terme du contrat de location. En effet, elle ne joue, ni pendant la réalisation de l'ouvrage, ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage.

- En ce qui concerne la cinquième question:

Aucune disposition législative ou réglementaire non plus qu'aucun principe général ne s'oppose à ce que le ministre de l'Intérieur insère dans un contrat de location d'un immeuble où il se propose d'installer ses services une option d'achat aux termes de laquelle le montant des loyers versés serait totalement ou partiellement déduit du prix de vente au cas où la vente se réaliserait.

Toutefois, la fixation du montant du loyer devrait être effectuée dans le respect des prescriptions du décret n° 86-455 du 14 mars 1986. L'avis du service des domaines serait par suite requis. S'il est envisagé de retenir un montant supérieur à l'estimation domaniale, la décision ne pourrait être prise que par le ministre intéressé en accord avec le ministre chargé du Budget pour des projets dépassant 100 000 F en valeur locative et, par le préfet, pour des projets d'un montant inférieur ou égal à cette somme.

En outre, dans le but d'assurer la sauvegarde de l'intérêt public, il serait souhaitable d'insérer une clause de résiliation unilatérale à l'initiative de l'État, dans le contrat de location avec option d'achat, comme pour tout contrat de location.

- En ce qui concerne la sixième question:

Le recours à la procédure de location d'un immeuble à construire avec option d'achat au profit de l'État pour un immeuble à édifier

dans l'emprise d'une concession domaniale ne se pose pas dans les mêmes termes selon que la concession porte sur des terrains appartenant à l'État ou sur des terrains appartenant à une autre personne publique.

Dès lors que le terrain d'implantation de l'opération projetée fait partie du domaine public de l'État, doivent être respectées les dispositions de la loi du 25 juillet 1994 et du ou des décrets en Conseil d'État pris pour son application.

À cet égard, il y a lieu de souligner que l'article L. 34-5 ajouté au code du domaine de l'État par la loi nouvelle rend cette dernière applicable aux « conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public ».

Dans la mesure où l'État tient de la loi la possibilité de devenir propriétaire de l'immeuble construit à l'issue de l'autorisation ou de la convention d'utilisation du domaine, une option d'achat ne devrait être stipulée que dans des termes qui à la fois soient compatibles avec le contrat de concession, et n'entraînent pas pour l'État, au vu de l'équilibre de l'ensemble de l'opération, des dépenses qui ne trouveraient pas leur justification dans un intérêt général.

Dans le cas où l'assiette de la concession est composée de terrains appartenant à une collectivité territoriale ou à un de ses établissements publics, la totalité des terrains compris dans l'emprise de la concession et aménagés à ce titre sont considérés comme participant de l'organisation de celle-ci et sont de ce fait incorporés au domaine public de la collectivité concédante. Or, s'agissant d'une concession de service public, une distinction doit être opérée entre les biens

de retour et les biens de reprise. Les biens de retour, qui doivent en vertu du cahier des charges, revenir obligatoirement à la personne publique concédante en fin de concession, sont considérés comme appartenant ab initio à l'autorité concédante et sont incorporés de plein droit à son domaine. Les assujettir à un régime d'option d'achat entrerait en contradiction avec le principe d'inaliénabilité du domaine public. En revanche, pour ce qui est des biens de reprise à l'égard desquels une faculté de rachat existe en fin de concession au profit de l'autorité concédante, le concessionnaire peut, compte tenu du fait que ces biens sont sa propriété pendant la durée de la concession, les donner en location à l'État pour cette durée. Mais une option d'achat ne peut se réaliser au profit de l'État qu'avec l'accord de la collectivité territoriale concédante qui renoncerait par hypothèse à exercer sa faculté de reprise.

Ces mêmes règles s'appliquent, mutatis mutandis, au cas où l'assiette de la concession est composée de terrains faisant partie du domaine propre d'un établissement public de l'État. Le recours par l'État à une location avec option d'achat est exclu s'agissant des biens de retour, qui sont considérés comme appartenant à l'établissement public concédant et sont incorporés de plein droit à son domaine.

S'agissant des biens de reprise, pour lesquels l'article L. 34-8 du code du domaine de l'État prévoit la dévolution des ouvrages édiflés, à l'issue du titre d'autorisation, à l'établissement public, la location par l'État avec option d'achat n'est pas juridiquement impossible. Mais elle doit, ici encore, trouver sa justification au vu de l'équilibre d'ensemble de l'opération, dans un intérêt public ; cette

appréciation doit faire entrer en ligne de compte l'intérêt de l'établissement public concédant, dont l'accord est nécessaire.

• En ce qui concerne la septième question :

La réponse faite à la quatrième question ci-dessus à propos de l'hypothèse de la mise à la disposition de l'État par voie de bail d'un ouvrage construit par un tiers vaut également lorsque la mise à disposition par un bail locatif s'accompagne d'une option d'achat. En pareil cas, la collectivité publique preneuse, dès lors qu'elle n'assure pas la direction technique des actions de construction et ne devient propriétaire des ouvrages qu'une fois levée en sa faveur l'option d'achat, ne joue, ni pendant la réalisation de l'ouvrage, ni avant la levée de l'option, le rôle de maître d'ouvrage. Il en va ainsi alors même que la collectivité publique a fourni au constructeur des éléments de programmes correspondant à ses besoins.

• En ce qui concerne la huitième question :

En principe, une personne publique peut utiliser pour la construction d'un ouvrage sur un terrain dont elle n'a pas la propriété la vente en l'état futur d'achèvement.

Le recours à ce type de contrat cesse toutefois d'être licite, car il constituerait alors un détournement de procédure au regard des dispositions du code des marchés publics et de celles de la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique, lorsque tout à la fois, l'objet de l'opération est la construction même d'un immeuble pour le compte de la personne publique en cause, l'immeuble est entièrement destiné à devenir sa propriété et qu'il a enfin été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique.

Ces diverses conditions jouent de façon cumulative. Il s'ensuit que le recours à la vente en l'état futur d'achèvement est licite pour la réalisation d'un commissariat de police dès lors que sa réalisation ne constitue qu'une partie d'un immeuble destiné pour sa plus grande part à d'autres propriétaires. Il en va ainsi alors même que l'État demanderait que soient prises en compte au stade de la conception du bâtiment des spécifications techniques particulières correspondant aux besoins de ses services de police.

CODE DES MARCHÉS PUBLICS

Art. 3

Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres suivants passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 :

1° Accords-cadres et marchés 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, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ou 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 ;

[...]

**LOI N° 85-704 DU 12 JUILLET 1985 RELATIVE À LA MAÎTRISE D'OUVRAGE PUBLICQUE ET
À SES RAPPORTS AVEC LA MAÎTRISE D'ŒUVRE PRIVÉE**

Art. 2

I. Le maître de l'ouvrage est la personne morale, mentionnée à l'article premier, pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre.

Il lui appartient, après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, d'en déterminer la localisation, d'en définir le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle, d'en assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et de conclure, avec les maîtres d'oeuvre et entrepreneurs qu'il choisit, les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux.

Lorsqu'une telle procédure n'est pas déjà prévue par d'autres dispositions législatives ou réglementaires, il appartient au maître de l'ouvrage de déterminer, eu égard à la nature de l'ouvrage et aux personnes concernées, les modalités de consultation qui lui paraissent nécessaires.

Le maître de l'ouvrage définit dans le programme les objectifs de l'opération et les besoins qu'elle doit satisfaire ainsi que les contraintes et exigences de qualité sociale, urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique, d'insertion dans le paysage et de protection de l'environnement, relatives à la réalisation et à l'utilisation de l'ouvrage.

Le programme et l'enveloppe financière prévisionnelle, définis avant tout commencement des avant-projets, pourront toutefois

être précisés par le maître de l'ouvrage avant tout commencement des études de projet. Lorsque le maître de l'ouvrage décide de réutiliser ou de réhabiliter un ouvrage existant, l'élaboration du programme et la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle peuvent se poursuivre pendant les études d'avant-projets. Il en est de même pour la réalisation d'ouvrages neufs complexes d'infrastructure et de bâtiment, sous réserve que le maître de l'ouvrage l'ait annoncé dès le lancement des consultations. Les conséquences de l'évolution du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle sont prises en compte par voie d'avenant.

Le maître de l'ouvrage peut confier les études nécessaires à l'élaboration du programme et à la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle à une personne publique ou privée.

II. - Lorsque la réalisation, la réutilisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relèvent simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage, ces derniers peuvent désigner, par convention, celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Cette convention précise les conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage exercée et en fixe le terme.

III. - Lorsque l'État confie à l'un de ses établissements publics la réalisation d'ouvrages ou de programmes d'investissement, il peut décider que cet établissement exercera la totalité des attributions de la maîtrise d'ouvrage.

CODE GÉNÉRAL DE LA PROPRIÉTÉ DES PERSONNES PUBLIQUES**Art. L. 2122-6**

Le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre.

Ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans le présent paragraphe, les prérogatives et obligations du propriétaire.

Le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans.

Article L. 2122-7

Le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier ne peuvent être cédés, ou transmis dans le cadre de mutations entre vifs ou de fusion, absorption ou scission de sociétés, pour la durée de validité du titre restant à courir, y compris dans le cas de réalisation de la sûreté portant sur lesdits droits et biens et dans les cas mentionnés aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 2122-8, qu'à une personne agréée par l'autorité compétente, en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé.

Lors du décès d'une personne physique titulaire d'un titre d'occupation constitutif de droit réel, celui-ci peut être transmis, dans

les conditions mentionnées à l'alinéa précédent, au conjoint survivant ou aux héritiers sous réserve que le bénéficiaire, désigné par accord entre eux, soit présenté à l'agrément de l'autorité compétente dans un délai de six mois à compter du décès.

Article L. 2122-8

Le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations ne peuvent être hypothéqués que pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée.

Les créanciers chirographaires autres que ceux dont la créance est née de l'exécution des travaux mentionnés à l'alinéa précédent ne peuvent pratiquer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée sur les droits et biens mentionnés au présent article.

Les hypothèques sur lesdits droits et biens s'éteignent au plus tard à l'expiration des titres d'occupation délivrés en application des articles L. 2122-6 et L. 2122-10, quels qu'en soient les circonstances et le motif.

Article L. 2122-9

À l'issue du titre d'occupation, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que

l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition.

Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de l'État, francs et quittes de tous privilèges et hypothèques.

Toutefois, en cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu, pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée. Les règles de détermination de l'indemnité peuvent être précisées dans le titre d'occupation. Les droits des créanciers régulièrement inscrits à la date du retrait anticipé sont reportés sur cette indemnité.

Deux mois au moins avant la notification d'un retrait pour inexécution des clauses et conditions de l'autorisation, les créanciers régulièrement inscrits sont informés des intentions de l'autorité compétente à toutes fins utiles, et notamment pour être mis en mesure de proposer la substitution d'un tiers au permissionnaire défaillant ou de s'y substituer eux-mêmes.

Article L. 2122-10

Lorsque les ouvrages, constructions ou installations sont nécessaires à la continuité du service public, les dispositions de l'article L. 2122-6 ne leur sont applicables que sur décision de l'État.

Article L. 2122-11

Les dispositions du présent paragraphe sont également applicables aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public.

Lorsque ce droit d'occupation du domaine public résulte d'une concession de service public ou d'outillage public, le cahier des charges précise les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités du service public.

Article L. 2122-12

Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application des articles L. 2122-6 à L. 2122-11.

Article L. 2122-13

Dans le cadre des titres d'occupation prévus par les articles L. 2122-6 et L. 2122-11, la réalisation des ouvrages, constructions et installations peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Lorsque ces contrats concernent le financement d'ouvrages, de constructions et d'installations qui sont nécessaires à la continuité d'un service public, ils comportent des clauses permettant de préserver les exigences de ce service public.

La conclusion de tels contrats de crédit-bail au bénéfice d'organismes dans lesquels l'État ou l'établissement public gestionnaire du domaine apporte un concours financier ou détient, directement ou indirectement, une participation financière permettant d'exercer un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion est soumise à un agrément de l'État. Cet agrément peut être refusé si l'opération se traduit par un accroissement des charges ou une diminution des ressources de l'État. Un décret en Conseil d'État fixe les modalités de cet agrément.

Article L. 2122-14

Les dispositions des articles L. 2122-6 à L. 2122-13 sont applicables aux établissements

publics de l'État, tant pour le domaine public de l'État qui leur est confié que pour leur domaine propre.

Pour l'application du deuxième alinéa de l'article L. 2122-9, les ouvrages, constructions et installations concernés situés sur le domaine propre d'un établissement public deviennent la propriété dudit établissement public.

Des décrets en Conseil d'État apportent

les adaptations nécessaires aux dispositions relatives à la gestion du domaine public par les établissements publics de l'État, et notamment les conditions dans lesquelles les décisions prises par les autorités compétentes de ces établissements sont, dans les cas prévus à l'article L. 2122-10, soumises à approbation de leur ministre de tutelle et du ministre chargé du domaine.

CODE GÉNÉRAL DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Article L. 1311-5

I. - Les collectivités territoriales peuvent délivrer sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels, en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence. Le titulaire de ce titre possède un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice de cette activité.

Ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans la présente section, les prérogatives et obligations du propriétaire.

Le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans.

Ces dispositions sont applicables aux groupements et aux établissements publics des collectivités territoriales, tant pour leur

propre domaine public que pour celui mis à leur disposition.

II. - Dans les ports et les aéroports, sont considérées comme satisfaisant à la condition d'intérêt public local mentionnée au premier alinéa du I les activités ayant trait à l'exploitation du port ou de l'aéroport ou qui sont de nature à contribuer à leur animation ou à leur développement.

III. - Les dispositions des I et II sont également applicables aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public. Lorsque ce droit d'occupation du domaine public résulte d'une concession de service public ou d'outillage public, le cahier des charges précise les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités du service public.

IV. - Les constructions mentionnées au présent article peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

Article L. 1311-6

Le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier ne peuvent être cédés, ou transmis dans le cadre de mutations entre vifs ou de fusion, absorption ou scission de sociétés, pour la durée de validité du titre restant à courir, y compris dans le cas de réalisation de la sûreté portant sur lesdits droits et biens et dans les cas prévus aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 1311-6-1, qu'à une personne agréée par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé.

Lors du décès d'une personne physique titulaire d'un titre d'occupation constitutif de droit réel, celui-ci peut être transmis, dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, au conjoint survivant ou aux héritiers sous réserve que le bénéficiaire, désigné par accord entre eux, soit présenté à l'agrément de l'autorité compétente dans un délai de six mois à compter du décès.

Article L. 1311-6-1

Le droit réel sur le titre, les ouvrages, constructions et installations ne peuvent être hypothéqués que pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée.

Les créanciers chirographaires autres que ceux dont la créance est née de l'exécution des travaux mentionnés à l'alinéa précédent ne peuvent pratiquer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée sur

les droits et biens mentionnés au présent article.

Les hypothèques sur lesdits droits et biens s'éteignent au plus tard à l'expiration des titres d'occupation délivrés en application de l'article L. 1311-5, quels qu'en soient les circonstances et le motif.

Article L. 1311-7

À l'issue du titre d'occupation, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis, soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition.

Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté deviennent de plein droit et gratuitement la propriété des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics, francs et quittes de tous privilèges et hypothèques.

Toutefois, en cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu, pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée. Les règles de détermination de l'indemnité peuvent être précisées dans le titre d'occupation. Les droits des créanciers régulièrement inscrits à la date du retrait anticipé sont reportés sur cette indemnité.

Deux mois au moins avant la notification d'un retrait pour inexécution des clauses et conditions de l'autorisation, les créanciers régulièrement inscrits sont informés des

intentions de l'autorité compétente à toutes fins utiles, et notamment pour être mis en mesure de proposer la substitution d'un tiers au permissionnaire défaillant ou de s'y substituer eux-mêmes.

Article L. 1311-8

Les dispositions des articles L. 1311-5 à L. 1311-7 ne sont pas applicables au domaine public naturel.

ORDONNANCE N° 2005-649 DU 6 JUIN 2005

CHAPITRE I^{er} : DISPOSITIONS COMMUNES

Section 1 : Définitions.

Article 1

Sont soumis aux dispositions de la présente ordonnance les marchés et les accords-cadres définis ci-après.

Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux avec des opérateurs économiques publics ou privés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou les entités adjudicatrices définies à l'article 4, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Les accords-cadres sont les contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou une des entités adjudicatrices définies à l'article 4 et des opérateurs économiques publics ou privés ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

ARTICLE 2

I. - Les marchés de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil

répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

Les marchés de fournitures sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente, de produits ou matériels.

Les marchés de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services.

Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des produits à fournir.

Lorsqu'un marché porte à la fois sur des services et des travaux, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.

Un marché ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation est considéré comme un marché de fournitures.

II. - Les marchés et accords-cadres de défense ou de sécurité sont les marchés et accords-cadres ayant pour objet :

1° La fourniture d'équipements, y compris

leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires ;

2° La fourniture d'équipements destinés à la sécurité, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;

3° Des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé au 1° ou 2°, y compris la fourniture d'outillages, de moyens d'essais ou de soutien spécifique, pour tout ou partie du cycle de vie de l'équipement ; le cycle de vie de l'équipement est l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, notamment la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination ;

4° Des travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires, ou des travaux et services destinés à la sécurité et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;

5° Des travaux, fournitures ou services mentionnés aux 1° à 4° et des travaux, fournitures ou services qui n'y sont pas mentionnés, lorsque la passation d'un marché unique est justifiée pour des raisons objectives.

ARTICLE 3

I. - Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la

présente ordonnance sont :

1° Les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

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 constitués en vue de réaliser certaines activités en commun :

a) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ;

b) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance ;

c) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics et des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance.

5° Tous les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements publics à caractère scientifique et technologique, pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche.

Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application de cette disposition et, notamment, les conditions dans lesquelles lesdits établissements fixent, en tant que pouvoir adjudicateur, les modalités de passation des marchés pour leurs achats scientifiques.

II. - Les dispositions de la présente ordonnance ne font pas obstacle à la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'appliquer volontairement les règles de passation ou d'exécution prévues par le code des marchés publics.

[...]

Article 5

Une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur soumis à la présente ordonnance ou au code des marchés publics qui :

1° Acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs ou à des entités adjudicatrices, ou

2° Passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs ou à des entités adjudicatrices.

Section 2 : Principes fondamentaux.

Article 6

Les marchés et les accords-cadres soumis

à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

Section 3 : Exclusions.

Article 7

I. - La présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés, quel que soit leur objet, qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance, lorsque ce pouvoir adjudicateur ou cette entité adjudicatrice bénéficie, sur le fondement 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 ;

2° Marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ;

3° Marchés passés au bénéfice d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ;

4° Marchés passés selon des règles de passation particulières prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif, relatif au stationnement de

troupes ou conclu entre au moins un Etat membre de l'Union européenne et au moins un Etat tiers ;

5° Marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;

6° Marchés de services concernant les contrats de travail.

II. - La présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés, autres que les marchés de défense ou de sécurité, qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices ; toutefois, les contrats de services financiers conclus en relation avec un contrat d'acquisition ou de location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application de la présente ordonnance ;

2° Marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ;

3° Marchés qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige ;

4° Marchés qui ont pour objet l'achat d'œuvres d'art, d'objets d'antiquité et de collection et marchés ayant pour objet l'achat d'objets d'art.

III. - La présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Marchés de services financiers, à l'exception des services d'assurance ;

2° Marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation.

La recherche et développement est définie comme l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques, à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de préproduction, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication ; les démonstrateurs technologiques sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif ;

3° Marchés portant sur des armes, munitions ou matériels de guerre lorsque, au sens de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'État l'exige ;

4° Marchés pour lesquels l'application de la présente ordonnance ou du code des marchés publics obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'État ;

5° Marchés spécifiquement destinés aux activités de renseignement ;

6° Marchés passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'État et un autre Etat membre de l'Union européenne en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, de tout ou partie des phases ultérieures du cycle de vie de ce produit tel que défini au 3° du II de l'article 2; lorsque seules participent au programme des personnes relevant d'États membres, l'État notifie à la Commission européenne, au moment de la conclusion de l'accord ou de l'arrangement de coopération, la part des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme, l'accord relatif au partage des coûts ainsi que, le cas échéant, la part envisagée d'achat pour chaque État membre telle que définie dans l'accord ou l'arrangement;

7° Marchés passés dans un pays tiers lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations;

8° Marchés ayant pour objet des travaux, fournitures ou services mentionnés au II de l'article 2 et des travaux, fournitures ou services n'entrant pas dans le champ de la présente ordonnance, lorsque la passation d'un marché global est justifiée pour des raisons objectives.

Section 4 : Interdictions de soumissionner.

Article 8

Ne peuvent soumissionner à un marché passé par un pouvoir adjudicateur défini à

l'article 3 ou par une entité adjudicatrice définie à l'article 4 :

1° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-38, 222-40, 226-13, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 413-9 à 413-12, 421-1 à 421-2-3, au deuxième alinéa de l'article 421-5, à l'article 433-1, au second alinéa de l'article 433-2, au huitième alinéa de l'article 434-9, au second alinéa de l'article 434-9-1, aux articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 et 450-1 du code pénal, à l'article 1741 du code général des impôts et aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense et L. 317-8 du code de la sécurité intérieure;

2° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du code du travail;

3° Les personnes soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce, les personnes physiques dont la faillite personnelle a été prononcée en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du même code ainsi que les personnes faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger. Les personnes admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché;

4° Les personnes qui, au 31 décembre de

l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date. Toutefois, sont considérées comme en situation régulière les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'avaient pas acquitté les divers produits devenus exigibles à cette date, ni constitué de garanties, mais qui, avant la date du lancement de la consultation, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, soit acquitté lesdits produits, soit constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement. Les personnes physiques qui sont dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale qui ne satisfait pas aux conditions prévues au présent alinéa ne peuvent être personnellement candidates à un marché.

5° Pour les marchés de défense ou de sécurité, les personnes qui ont été sanctionnées par la résiliation de leur marché ou qui, par une décision de justice définitive, ont vu leur responsabilité civile engagée depuis moins de cinq ans pour méconnaissance de leurs engagements en matière de sécurité d'approvisionnement ou en matière de sécurité de l'information, à moins qu'elles aient entièrement exécuté les décisions de justice éventuellement prononcées à leur encontre et qu'elles établissent, par tout moyen, que leur professionnalisme ne peut plus être remis en doute;

6° Pour les marchés de défense ou de

sécurité, les personnes au sujet desquelles il est établi, par tout moyen et, le cas échéant, par des sources de données protégées, qu'elles ne possèdent pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État.

La liste des impôts et cotisations en cause est fixée dans des conditions prévues par voie réglementaire.

Les dispositions du présent article sont applicables aux personnes qui se portent candidates ainsi qu'à celles qui sont membres d'un groupement candidat.

Section 5 : Méthodes de calcul de la valeur estimée d'un marché.

Article 9

Les conditions dans lesquelles est calculée la valeur estimée d'un marché sont fixées par décret en Conseil d'État.

Section 6 : Procédures de passation.

Article 10

Après avoir défini ses besoins, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice procède à une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par décret en Conseil d'État.

Article 11

Les procédures de passation sont ouvertes ou restreintes, sous réserve des cas où, en application du décret mentionné à l'article 10, le marché peut être dispensé de publicité préalable.

Une procédure est ouverte lorsque tout opérateur économique intéressé est admis à présenter une offre.

Une procédure est restreinte lorsque le

pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice invite un certain nombre de candidats choisis sur la base de critères objectifs et non discriminatoires à participer à la procédure.

Article 12

Les procédures de passation sont :

1° Les procédures d'appel d'offres dans lesquelles le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs ;

2° Les procédures de dialogue compétitif, dans lesquelles le pouvoir adjudicateur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de développer une ou plusieurs solutions correspondant à ses besoins sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sont invités à remettre une offre ;

3° Les procédures négociées, dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;

4° Les procédures de concours, dans lesquelles le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice choisit l'attributaire après qu'un jury a donné son avis sur des prestations réalisées par les candidats.

Un décret en Conseil d'État définit les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent recourir à ces différents types de procédures et leurs modalités de mise en œuvre.

Article 13

Le décret mentionné à l'article 12 définit les modalités selon lesquelles :

1° Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent, pour certains achats, mettre en place des procédures spécifiques

dans lesquelles le marché est attribué à l'un des opérateurs économiques sélectionnés préalablement à la passation du marché sur la base d'offres indicatives présentées et, le cas échéant, modifiées par eux ;

2° Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent organiser des enchères électroniques.

Article 14

Le marché ou l'accord-cadre est attribué au candidat ou, le cas échéant, aux candidats qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse dans des conditions définies par décret en Conseil d'État.

Article 15

Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices qui recourent à une centrale d'achats pour la réalisation de travaux ou l'acquisition de fournitures ou de services sont considérés comme ayant respecté leurs obligations de publicité et de mise en concurrence pour autant que la centrale d'achat est soumise, pour la totalité de ses achats, aux dispositions de la présente ordonnance ou à celles du code des marchés publics.

Article 16

Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L. 323-31 du code du travail et L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

Article 17

Les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice rend public et fait connaître aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue son choix à l'issue de la procédure de passation et celles dans lesquelles l'exécution du marché peut commencer sont précisées par décret en Conseil d'État.

Section 7 : Contenu des marchés.

Article 18

Les prestations à réaliser et les conditions d'exécution du marché sont définies par référence à des spécifications techniques dans des conditions précisées par décret en Conseil d'État.

Article 19

Le prix ou ses modalités de fixation et, le cas échéant, ses modalités d'évolution sont déterminés par le marché, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État.

L'insertion de toute clause de paiement différé est interdite pour les marchés passés par les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'État.

Article 20

Le marché ou l'accord-cadre précise sa durée d'exécution. Les conditions dans lesquelles cette durée est limitée en fonction de l'objet du marché et celles dans lesquelles des reconductions peuvent être prévues sont précisées par décret en Conseil d'État.

Section 8 : Obligations statistiques.

Article 21

Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices établissent des fiches statis-

tiques sur les marchés qu'ils passent et les transmettent aux services compétents de l'État, dans des conditions définies par décret.

CHAPITRE II : DISPOSITIONS PROPRES AUX POUVOIRS ADJUDICATEURS

Section 1 : Champ d'application.

Article 22

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux marchés et accords-cadres définis à l'article 1^{er} passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3.

Article 23

Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables :

1° Aux marchés 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, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par la présente ordonnance ou par le code des marchés publics ;

2° Aux marchés qui ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion et aux marchés concernant les temps de diffusion ;

3° Aux marchés qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de télécommunications ;

4° Aux marchés qui sont soumis aux dis-

positions du chapitre III ou qui cessent d'y être soumis en application des dispositions de l'article 31.

Section 2 : Recours précontractuels.

[...]

CHAPITRE IV : DISPOSITIONS APPLICABLES À DES MARCHÉS PARTICULIERS.

Article 35

Les dispositions des chapitres Ier et II s'appliquent aux marchés subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance et qui ou bien concernent des activités de génie civil ou ont pour objet de réaliser, de concevoir et réaliser ou de faire réaliser tous travaux de bâtiment relatifs à des établissements de santé, des équipements sportifs, récréatifs ou de loisir, des bâtiments scolaires ou universitaires ou des bâtiments à usage administratif ou bien encore sont des marchés de services liés à un des marchés de travaux mentionnés au présent article.

Article 36

Lorsqu'un organisme agit à la fois en tant que pouvoir adjudicateur et en tant qu'entité adjudicatrice, il peut, pour satisfaire un besoin concernant à la fois une activité relevant du chapitre II et une activité relevant du chapitre III, passer un seul marché ou passer deux marchés distincts, mais ce choix ne peut être effectué dans le but de soustraire ces marchés au champ d'application de la présente ordonnance.

Lorsqu'il choisit de ne passer qu'un seul marché :

1° Si le besoin à satisfaire est principalement

lié à son activité de pouvoir adjudicateur, les règles applicables sont celles des chapitres Ier et II ;

2° Si le besoin à satisfaire est principalement lié à son activité d'entité adjudicatrice, les règles applicables sont celles des chapitres Ier et III.

S'il est impossible d'établir à qui le marché est principalement destiné, du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, les règles applicables sont celles des chapitres Ier et II.

Si un marché est relatif à une activité entrant dans le champ du chapitre III et à une activité qui n'entre ni dans le champ du chapitre II ni dans le champ du chapitre III, si le marché est principalement relatif à la première des activités ou s'il est impossible d'établir à laquelle de ces deux activités le marché est principalement destiné, les règles applicables sont celles des chapitres Ier et III.

Article 37

Les marchés de fournitures passés par des organismes qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs mais qui se voient confier à titre exclusif ou spécial une mission de service public par un pouvoir adjudicateur respectent le principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

[...]

Article 37-2

I. - Pour les marchés de défense ou de sécurité, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent ne pas accepter un opérateur économique proposé par le candidat ou le titulaire comme sous-contractant, pour l'un des motifs prévus à l'article 8 ou au motif qu'il ne présente pas les garanties suffisantes telles que celles exigées pour les

candidats du marché principal, notamment en termes de capacités techniques, professionnelles et financières ou de sécurité de l'information ou de sécurité des approvisionnements.

Le sous-contractant est l'opérateur économique avec lequel le titulaire du marché conclut, aux fins de la réalisation de celui-ci, un contrat de sous-traitance au sens de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ou un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise.

II. - Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article.

Article 37-3

I. - Les marchés de défense ou de sécurité, exclus ou exemptés de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, sont passés avec des opérateurs économiques d'Etats membres de l'Union européenne ou d'un Etat partie à l'Espace économique européen.

II. - Un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut toutefois autoriser, au cas par cas, des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen à participer à une procédure de passation de marchés de défense ou de sécurité.

III. - La possibilité mentionnée au II prend notamment en compte les impératifs de sécurité d'information et d'approvisionnement, la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'Etat, l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, les objectifs de développement durable, l'obtention d'avantages mutuels et les exigences de réciprocité.

IV. - Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article.

Article 37-4

I. - Dans le cadre des marchés de défense ou de sécurité, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent ne pas accepter un opérateur économique qui ne dispose pas des capacités techniques au regard, notamment, de l'implantation géographique de l'outillage, du matériel, de l'équipement technique, du personnel, du savoir-faire et des sources d'approvisionnement dont il dispose pour exécuter le marché, faire face à d'éventuelles augmentations des besoins par suite d'une crise ou pour assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché, lorsque cette implantation se trouve hors du territoire de l'Union européenne.

II. - Afin de prendre en compte les objectifs de développement durable, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent ne pas accepter un opérateur économique qui ne dispose pas des capacités techniques ou professionnelles suffisantes au regard, notamment, des exigences environnementales préalablement définies.

III. - Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article.

Article 37-5

Un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut imposer, notamment dans un marché de défense ou de sécurité, au titre des conditions d'exécution, que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie du marché, maintenir ou moderniser les produits acquis soient localisés sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne ou

des États parties à l'Espace économique européen afin, notamment, de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements.

CHAPITRE V : DISPOSITIONS DIVERSES.

Article 38

I. - Les interdictions de soumissionner

énumérées à l'article 8 et qui ne figurent pas dans le code des marchés publics sont applicables aux personnes soumissionnant à des marchés relevant du code des marchés publics.

II. - Les articles 37-2 à 37-5 sont applicables aux personnes soumises au code des marchés publics.

[...]

DÉCRET N°2005-1742 DU 30 DÉCEMBRE 2005 FIXANT LES RÈGLES APPLICABLES AUX MARCHÉS PASSÉS PAR LES POUVOIRS ADJUDICATEURS MENTIONNÉS À L'ARTICLE 3 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.

TITRE I^{er} : CHAMP D'APPLICATION.

Article 1

Les dispositions du présent décret s'appliquent aux marchés et accords-cadres définis à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée, passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à son article 3, et aux marchés mentionnés à l'article 35 de la même ordonnance.

Toutefois ne sont pas applicables aux accords-cadres les dispositions des 4°, 5° et 6° du II de l'article 33.

TITRE II : CONTENU DES MARCHÉS

Chapitre I^{er} : Spécifications techniques.

Article 2

I. - Les prestations qui font l'objet d'un marché sont définies, dans les documents de la consultation, par des spécifications techniques formulées :

1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux

candidats, notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation ;

2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales.

Un arrêté du ministre chargé de l'économie précise le contenu des spécifications techniques.

II. - Le pouvoir adjudicateur détermine les prestations qui font l'objet du marché qu'il passe :

1° Soit en utilisant exclusivement l'une ou l'autre des catégories de spécifications techniques mentionnées aux 1° et 2° du I ;

2° Soit en les combinant.

Cette combinaison est opérée :

a) Soit en définissant des performances ou

exigences fonctionnelles et en précisant la référence des normes ou autres documents équivalents mentionnés au 1° du I qui sont présumés permettre de réaliser ces performances ou de satisfaire à ces exigences ;

b) Soit en recourant à des normes ou autres documents équivalents pour certains aspects du marché et à des performances ou exigences fonctionnelles pour d'autres.

Article 3

I. - Les spécifications techniques mentionnées au I de l'article 2 permettent l'égal accès des candidats et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés à la concurrence. Chaque fois que possible, elles sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou, pour tous les utilisateurs, des critères de fonctionnalité.

II. - Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou une telle référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : "ou équivalent".

III. - Lorsque le pouvoir adjudicateur utilise une spécification technique formulée selon les modalités prévues au 1° du I de l'article 2,

il ne peut pas rejeter une offre au motif qu'elle n'est pas conforme à cette spécification, si le candidat prouve dans son offre, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose respectent de manière équivalente cette spécification.

IV. - Lorsque le pouvoir adjudicateur définit des performances ou des exigences fonctionnelles selon les modalités prévues au 2° du I de l'article 2, il ne peut pas rejeter une offre si elle est conforme à des normes ou des documents équivalents qui eux-mêmes correspondent aux performances ou exigences fonctionnelles requises.

Le candidat est tenu de prouver, par tout moyen approprié, que les normes ou documents équivalents que son offre comporte, répondent aux performances ou exigences fonctionnelles exigées. Peut constituer un moyen approprié de preuve, au sens du présent article, un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu. Sont des organismes reconnus au sens du présent article : les laboratoires d'essai ou de calibrage ainsi que les organismes d'inspection et de certification conformes aux normes européennes applicables. Les pouvoirs adjudicateurs acceptent les certificats émanant d'organismes reconnus dans d'autres États membres.

V. - Lorsque les performances ou les exigences fonctionnelles définies en application du 2° du I de l'article 2 comportent des caractéristiques environnementales, celles-ci peuvent être définies par référence à tout ou partie d'un éco-label pour autant :

1° Que cet éco-label soit approprié pour définir les caractéristiques des fournitures ou des prestations faisant l'objet du marché ;

2° Que les mentions figurant dans l'éco-label aient été établies sur la base d'une information scientifique;

3° Que l'éco-label ait fait l'objet d'une procédure d'adoption à laquelle ont participé des représentants des organismes gouvernementaux, des consommateurs, des fabricants, des distributeurs et des organisations de protection de l'environnement;

4° Que l'éco-label soit accessible à toutes les parties intéressées.

Le pouvoir adjudicateur peut indiquer dans les documents de la consultation que les produits ou services ayant obtenu un éco-label sont présumés satisfaire aux caractéristiques environnementales mentionnées dans les spécifications techniques mais est tenu d'accepter tout moyen de preuve approprié.

VI. - Le pouvoir adjudicateur peut exiger que les candidats joignent une traduction en français, certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté, aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application du présent article.

CHAPITRE II : CLAUSES SOCIALES ET ENVIRONNEMENTALES.

Article 4

Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social. Elles sont précisées dans l'avis d'appel à concurrence mentionné à l'article 16 ou dans les documents de la consultation.

Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.

CHAPITRE III : DURÉE DU MARCHÉ.

Article 5

Sans préjudice des dispositions fixant la durée maximale pour les accords-cadres et les marchés à bons de commande ainsi que pour les marchés complémentaires et les marchés de prestations similaires passés en procédure négociée, la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, période de reconduction comprise.

CHAPITRE IV : PRIX DU MARCHÉ.

Article 6

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.

Des clauses incitatives, liées notamment aux délais d'exécution, à la recherche d'une meilleure qualité des prestations et à la réduction des coûts de production, peuvent être insérées dans les marchés.

Les marchés peuvent prévoir des clauses d'actualisation, d'ajustement et de révision des prix.

TITRE III : PASSATION DES MARCHÉS

CHAPITRE IER : PRÉSENTATION GÉNÉRALE DES PROCÉDURES DE PASSATION

Section 1 : Seuils et procédures.

Article 7

I. - Les seuils au-dessus desquels s'appliquent les procédures formalisées sont les suivants :

1° 5 000 000 € HT pour les marchés de travaux ;

2° 130 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés aux 3° et 5° du I de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée et par ceux dont la liste est fixée par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés ;

3° 200 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs autres que ceux mentionnés au 2°.

II. - Les procédures formalisées sont :

1° L'appel d'offres ouvert ou restreint ;

2° La procédure négociée dans les cas prévus à l'article 33 ;

3° La procédure du dialogue compétitif dans les cas prévus à l'article 38 ;

4° La procédure du concours définie à l'article 41 ;

5° Le système d'acquisition dynamique défini à l'article 44.

III. - Les marchés peuvent également être passés sur la base d'un accord-cadre conformément à l'article 42.

Article 8

Sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux règles prévues par le présent

titre, les marchés de services énumérés ci-dessous :

1° Services d'entretien et de réparation ;

2° Services de transports terrestres, y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des services de transports ferroviaires ;

3° Services de transports aériens de voyageurs et de marchandises ;

4° Services de transports de courrier par transport terrestre et par air ;

5° Services des communications électroniques ;

6° Services financiers : services d'assurances, services bancaires et d'investissement, sous réserve des dispositions des 2° et 3° de l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée ;

7° Services informatiques et services connexes ;

8° Services de recherche-développement, sous réserve des dispositions du 4° de l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée ;

9° Services comptables, d'audit et de tenue de livres ;

10° Services d'études de marché et de sondages ;

11° Services de conseil en gestion et services connexes, sous réserve des dispositions du 10° de l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée ;

12° Services d'architecture ; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie ; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère ; services connexes de consultations scientifiques et techniques ; services d'essais et d'analyses techniques ;

13° Services de publicité ;

14° Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés ;

15° Services de publication et d'impression rémunérés sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle ;

16° Services de voirie et d'enlèvement des ordures, services d'assainissement et services analogues.

Article 9

A l'exception des articles 2, 3 et 47, les dispositions du présent décret ne s'appliquent pas aux marchés de services ayant pour objet des prestations non mentionnées à l'article 8. Ces marchés sont passés selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur.

Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des services mentionnés à l'article 8 et des services n'en relevant pas, il est passé conformément aux dispositions de l'article 8 si la valeur des services mentionnés à cet article dépasse la valeur de ceux qui n'en relèvent pas.

Article 10

Au-dessous des seuils de procédure formalisée, les marchés sont passés selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur.

Sauf dans le cas où le pouvoir adjudicateur décide expressément de mettre en œuvre une des procédures formalisées, les caractéristiques techniques des fournitures, des services ou des travaux qui sont portées à la connaissance du ou des candidats peuvent être décrites de manière très succincte.

Section 2 : Méthode de calcul de la valeur estimée des marchés, des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques.

Article 11

I. - Le montant estimé du ou des marchés destinés à satisfaire un besoin est déterminé

dans les conditions suivantes, quel que soit le nombre d'opérateurs économiques auxquels il est fait appel.

Le pouvoir adjudicateur ne peut pas se soustraire à l'application du présent décret en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée des marchés autres que celles prévues par le présent article.

1° En ce qui concerne les travaux, sont prises en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une opération portant sur un ou plusieurs ouvrages ainsi que la valeur des fournitures nécessaires à leur réalisation que le pouvoir adjudicateur met à disposition de l'opérateur.

Il y a opération de travaux lorsque le pouvoir adjudicateur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique.

2° En ce qui concerne les fournitures et les services, pour évaluer le montant des besoins à comparer aux seuils, il est procédé à une estimation de la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

La délimitation d'une catégorie homogène de fournitures ou de services ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent décret. Pour les marchés d'une durée inférieure ou égale à un an, présentant un caractère de régularité et répondant à un ou plusieurs besoins, la valeur totale mentionnée ci-dessus est celle qui correspond aux besoins d'une année.

II. - Lorsqu'un achat peut être réalisé par lots séparés, est prise en compte la valeur globale estimée de la totalité de ces lots.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de mettre en œuvre soit une procédure unique de mise en concurrence pour l'ensemble des lots, soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot. Quelle que soit l'option retenue, lorsque la valeur cumulée des lots est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, la ou les procédures à mettre en œuvre sont les procédures formalisées mentionnées à l'article 7.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à cette obligation et mettre en œuvre les modalités prévues par l'article 10 pour les lots inférieurs à 80 000 Euros HT dans le cas de marchés de fournitures et de services et pour les lots inférieurs à 1 000 000 Euros HT dans le cas des marchés de travaux, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'exécède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots.

III. - Si le pouvoir adjudicateur prévoit des primes au profit des candidats, il en tient compte pour calculer la valeur estimée du marché.

IV. - Pour les accords-cadres et pour les systèmes d'acquisition dynamiques, la valeur à prendre en compte est la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

V. - Pour les marchés à bons de commande comportant un maximum, la valeur à prendre en compte correspond à ce maximum. Si le marché ne fixe pas de maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils de procédure formalisée.

Chapitre II : Règles générales de passation applicables aux procédures de marchés formalisées

Section 1 : Forme du marché.

Article 12

Les marchés d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée sont passés sous forme écrite.

Section 2 : Modalités de transmission des documents et des informations.

Article 13

Les moyens de transmission des documents et des informations qui sont choisis par le pouvoir adjudicateur doivent être accessibles à tous les opérateurs économiques et ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès des candidats à la procédure d'attribution.

Les transmissions, les échanges et le stockage d'informations sont effectués de manière à assurer l'intégrité des données et la confidentialité des candidatures et des offres et à garantir que le pouvoir adjudicateur ne prend connaissance du contenu des candidatures et des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.

Article 14

I. - Les documents écrits mentionnés par le présent décret peuvent être remplacés par la production d'un support physique électronique ou par un échange électronique.

Les dispositifs utilisés pour communiquer par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent avoir un caractère non discriminatoire, être généralement disponibles et être compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées.

II. - Les règles ci-après sont applicables aux dispositifs de transmission et de réception électroniques des candidatures et des offres :

1° Les informations relatives aux modalités de présentation des candidatures et des offres par voie électronique, y compris le cryptage, sont à la disposition des parties intéressées ;

2° Les candidatures et les offres transmises par voie électronique ou sur support physique électronique sont présentées dans des conditions qui permettent d'authentifier la signature du candidat selon les exigences posées aux articles 1316, 1316-1 à 1316-4 du code civil ;

3° La transmission des candidatures et des offres fait l'objet d'une date certaine de réception ;

4° Toutes les mesures techniques nécessaires, notamment de cryptage et de sécurité, sont prises pour que personne ne puisse avoir accès aux données transmises par les candidats avant les dates limites de réception des candidatures et des offres, et que toute violation de cette interdiction soit facilement détectable ;

5° Lorsque les candidats transmettent leurs documents par voie électronique, ils peuvent adresser au pouvoir adjudicateur, sur support papier ou sur support physique électronique, une copie de sauvegarde des documents établie selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. Cette copie ne peut être prise en considération que si elle est parvenue au pouvoir adjudicateur dans le délai prescrit pour le dépôt, selon le cas, des candidatures ou des offres.

Section 3 : Organisation de la publicité.

Article 15

I. - A partir du seuil de 750 000 € HT pour

les fournitures et les services et de 5 000 000 € HT pour les travaux, un avis de préinformation, conforme au modèle fixé par le règlement communautaire n° 1564/2005 susvisé, peut être soit adressé pour publication à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, soit publié sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur. Le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur est le site dématérialisé auquel il a recours pour ses achats.

Le pouvoir adjudicateur qui publie l'avis de préinformation sur son profil d'acheteur envoie au préalable, par voie électronique à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, un avis annonçant la publication de cet avis. La date de cet envoi est mentionnée sur l'avis de préinformation publié sur le profil d'acheteur.

II. - La publication d'un avis de préinformation n'est obligatoire que pour le pouvoir adjudicateur qui entend recourir à la faculté de réduire les délais de réception des offres en application du 2° du I de l'article 29 et du II de l'article 32.

III. - Pour les marchés de fournitures et de services, cet avis indique le montant total des marchés ou des accords-cadres, estimés par catégories de produits ou de services homogènes, que le pouvoir adjudicateur envisage de passer au cours des douze mois suivant la publication de l'avis.

S'il concerne des fournitures ou des services à acquérir durant un exercice budgétaire, cet avis est adressé ou publié sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après le début de cet exercice budgétaire.

IV. - Pour les marchés de travaux, l'avis indique les caractéristiques essentielles des

marchés ou des accords-cadres que le pouvoir adjudicateur entend passer.

L'avis est adressé ou publié sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après la décision de réaliser un programme de travaux, dans lequel s'inscrivent les marchés de travaux ou les accords-cadres que les pouvoirs adjudicateurs entendent passer.

Article 16

I. - La mise en concurrence des marchés passés selon une des procédures formalisées donne lieu à la publication d'un avis d'appel à concurrence.

Cet avis est conforme au modèle fixé par le règlement communautaire n° 1564/2005 susvisé.

Pour les marchés passés en application d'un système d'acquisition dynamique, l'avis est conforme à l'avis de marché simplifié établi par le même règlement communautaire.

II. - L'avis d'appel à concurrence est envoyé pour publication au Journal officiel de l'Union européenne.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'ajouter à la publication mentionnée à l'alinéa précédent une autre publication, l'avis destiné à cette autre publication ne peut être envoyé avant l'envoi de l'avis à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, dont il mentionne la date, et ne peut fournir plus de renseignements que ceux qui sont publiés au Journal officiel de l'Union européenne ou publiés sur un profil d'acheteur.

Le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis.

Article 16-1

Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article L. 551-15 du code

de justice administrative ou du premier alinéa de l'article 13 de l'ordonnance n° 2009-515 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, le pouvoir adjudicateur publie au Journal officiel de l'Union européenne un avis, conforme au modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564 / 2005 susvisé, relatif à son intention de conclure un marché ou un accord-cadre dispensé d'obligations de publicité par l'effet des dispositions du présent décret ou passé en application de ses articles 9 ou 10.

Section 4 : Présentation des candidatures.

Article 17

I. - Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager et, en ce qui concerne les marchés passés pour les besoins de la défense, à sa nationalité et, si l'objet ou les conditions d'exécution du marché le justifient, à son habilitation préalable, ou sa demande d'habilitation préalable, en application des articles R. 2311-1 et suivants du code de la défense.

La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché. Les documents, renseignements et les niveaux minimaux de capacité demandés sont précisés dans l'avis d'appel public à concurrence

ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation.

Pour les marchés qui le justifient, le pouvoir adjudicateur peut exiger des candidats la production de certificats établis par des organismes indépendants et attestant leur capacité à exécuter le marché.

Pour les marchés de travaux et de services dont l'exécution implique la mise en œuvre de mesures de gestion environnementale, ces certificats sont fondés sur le système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) ou sur les normes européennes ou internationales de gestion environnementale.

Dans les cas prévus aux trois alinéas précédents, le pouvoir adjudicateur accepte les certificats équivalents d'organismes établis dans les autres Etats membres de l'Union européenne et d'autres preuves équivalentes.

Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il doit justifier des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et du fait qu'il en disposera pour l'exécution du marché.

Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus par l'arrêté mentionné au deuxième alinéa et demandés par le pouvoir adjudicateur, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur.

II. - Le candidat produit également à l'appui de sa candidature :

1° La copie du ou des jugements prononcés, s'il est en redressement judiciaire ;

2° Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés à l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée.

III. - Le pouvoir adjudicateur peut exiger que les candidats joignent une traduction en français, certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté, aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application du présent article.

Article 18

I. - Le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché produit en outre :

1° Les pièces prévues aux articles D. 8222-5 ou D. 8222-7 et D. 8222-8 du code du travail, qui sont à produire tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du marché ;

2° Les attestations et certificats délivrés par les administrations et organismes compétents prouvant qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales. Un arrêté des ministres intéressés fixe la liste des administrations et organismes compétents ainsi que la liste des impôts et cotisations sociales devant donner lieu à délivrance du certificat.

II. - Afin de satisfaire aux obligations fixées au 2° du I, le candidat établi dans un Etat autre que la France produit un certificat établi par les administrations et organismes du pays d'origine. Lorsqu'un tel certificat n'est pas délivré par le pays concerné, il peut être remplacé par une déclaration sous serment ou, dans les Etats où un tel serment n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant l'autorité judiciaire

ou administrative compétente, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays.

III. - Le marché ne peut être attribué au candidat dont l'offre a été retenue que si celui-ci produit dans le délai imparti les certificats et attestations prévus au I et au II du présent article. S'il ne peut produire ces documents dans le délai imparti, son offre est rejetée et il est éliminé.

Le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les certificats et attestations nécessaires, avant que le marché ne lui soit attribué.

Si nécessaire, cette procédure peut être reproduite tant qu'il subsiste des offres conformes au sens des dispositions du I de l'article 24 ci-dessous.

IV. - Le pouvoir adjudicateur peut exiger que les candidats joignent une traduction en français, certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté, aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application du présent article.

Article 19

Après signature du marché, en cas d'inexactitude des documents et renseignements mentionnés aux I et II de l'article 17 ainsi qu'aux I et II de l'article 18, ou en cas de refus de produire les pièces requises aux échéances fixées conformément au 1° du I de l'article 18, il est fait application aux torts du titulaire des conditions de résiliation prévues par le marché.

Section 5: Présentation des offres.

Article 20

Dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation, le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché

qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises telles que définies par le décret prévu à l'article 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, ou à des artisans.

Article 21

Lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes.

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises.

Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération.

Pour les marchés de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, respectivement soit à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.

Section 6: Les groupements d'opérateurs économiques.

Article 22

Les groupements d'opérateurs économiques sont autorisés à se porter candidat. Pour la présentation d'une candidature ou d'une offre, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger que le groupement d'opérateurs économiques ait une forme juridique déterminée,

mais le groupement retenu peut être contraint de revêtir une telle forme lorsque le marché lui a été attribué, si cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché. Dans ce cas, la forme qui sera imposée après attribution est mentionnée, sauf impossibilité, dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation.

Section 7: Examen des candidatures et des offres

Sous-section 1 : Sélection des candidatures.

Article 23

I. - Avant de procéder à l'examen des candidatures, s'il constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, le pouvoir adjudicateur peut demander à tous les candidats concernés de produire ou de compléter ces pièces dans un délai identique pour tous. Il peut, dans les mêmes conditions, demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser sur ce point leur dossier.

Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai.

Les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée ou qui, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidatures ne comportant pas les pièces mentionnées à l'article 17, ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché.

II. - Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions du I du présent article sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées.

L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.

III. - En cas de procédure restreinte, de dialogue compétitif ou de procédure négociée avec publicité et mise en concurrence préalable, le pouvoir adjudicateur peut décider de restreindre le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre, à négocier ou à dialoguer. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel à concurrence. Il fixe alors dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre, à négocier ou à dialoguer et peut également fixer un nombre maximum.

Dans l'appel d'offres restreint, le nombre minimum ne peut être inférieur à cinq. Dans la procédure négociée avec publication d'un avis et dans le dialogue compétitif, le nombre minimum ne peut être inférieur à trois.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec les candidats ayant les capacités requises. En revanche, le pouvoir adjudicateur ne peut pas inviter à participer à la procédure d'autres opérateurs

économiques n'ayant pas participé à la sélection des candidatures ou des candidats n'ayant pas les capacités requises.

IV. - Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément aux I et II des critères de sélection, non discriminatoires et liés à l'objet du marché, relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de la consultation.

Sous-section 2 : Attribution des marchés.

Article 24

I. - Pour l'application des dispositions du présent chapitre, sont qualifiées :

- d'irrégulière une offre incomplète ou non conforme aux exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de la consultation ;

- d'inacceptable une offre dont l'exécution implique des conditions méconnaissant la législation en vigueur ou dont le financement ne peut être réalisé par les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ;

- d'inappropriée une offre présentant une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur qui équivaut à une absence d'offre.

Les offres n'encourant aucune de ces causes d'élimination sont qualifiées de conformes.

II. - Le pouvoir adjudicateur vérifie la conformité des offres aux exigences indiquées dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation. Il élimine les offres non conformes et attribue le marché

en se fondant sur les critères prévus au III.

III. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment le délai de livraison ou d'exécution, le coût global d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, la valeur technique, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, le prix, la date de livraison, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur le seul critère du prix.

IV. - Sauf dans la procédure du concours, lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération.

Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié.

Lorsque le pouvoir adjudicateur estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible, notamment du fait de la complexité du marché, il indique les critères par ordre décroissant d'importance.

Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation.

Sous-section 3 : Procédure de sélection des offres au moyen d'enchères électroniques.

Article 25

I. - Une enchère électronique est une

procédure de sélection des offres, réalisée par voie électronique, et permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse et de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre.

II. - Le pouvoir adjudicateur ne peut recourir à l'enchère électronique que pour les marchés de fournitures d'un montant supérieur au seuil de procédure formalisée.

Le pouvoir adjudicateur ne peut recourir aux enchères électroniques de façon abusive ou de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence ou de manière à modifier l'objet du marché.

III. - L'enchère électronique porte sur le prix, sur d'autres critères quantifiables ou à la fois sur le prix et d'autres critères quantifiables.

Elle intervient après une première évaluation complète des offres, mettant en œuvre le cas échéant les critères non quantifiables, et permettant d'effectuer leur classement final sur la base d'un traitement automatisé.

IV. - Le pouvoir adjudicateur qui décide de recourir à une enchère électronique en fait mention dans l'avis d'appel à concurrence.

Les documents de la consultation comportent, au moins, les informations suivantes :

1° Les éléments quantifiés des offres sur lesquels porte l'enchère électronique;

2° Le cas échéant, la variation maximale de ces éléments quantifiés;

3° La nature des informations qui seront communiquées aux candidats au cours de l'enchère électronique et le moment où elles le seront;

4° Les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique, notamment

les conditions dans lesquelles les candidats pourront enchérir et les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés;

5° Les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion;

6° La durée de l'enchère;

V. - L'enchère électronique commence après que les offres ont été évaluées au regard des critères ne faisant pas l'objet de l'enchère.

Tous les candidats ayant présenté des offres conformes au sens du I de l'article 24 sont invités simultanément par voie électronique à participer à l'enchère en présentant de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs.

Lorsque le choix de l'attributaire du marché n'est pas fondé sur le seul critère du prix, l'invitation adressée à chaque candidat est accompagnée du résultat de l'évaluation de son offre réalisée en application du premier alinéa.

L'invitation mentionne également la formule mathématique qui déterminera lors de l'enchère électronique les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Dans le cas où des variantes sont autorisées, des formules doivent être fournies séparément pour chaque variante.

VI. - L'enchère électronique peut se dérouler en plusieurs phases dans des conditions précisées dans les documents de la consultation. Elle ne peut débiter moins de deux jours ouvrables après la date d'envoi des invitations.

VII. - Les candidats sont informés instantanément de leur classement ou des montants correspondant à la meilleure offre. Ils peuvent également être informés du nombre de candidats à l'enchère et, si les documents de la consultation le prévoient, des prix et valeurs proposés par les autres candidats. Cependant, en aucun cas, l'identité des candidats ne peut être divulguée pendant le déroulement des phases de l'enchère électronique.

VIII. - Le pouvoir adjudicateur clôt l'enchère électronique selon l'une des modalités suivantes :

1° Aux date et heure fixées dans l'invitation à participer à l'enchère ;

2° Lorsqu'il ne reçoit plus de nouvelles enchères dans les conditions prévues par l'invitation à participer à l'enchère ;

3° Lorsque toutes les phases de l'enchère, prévues dans l'invitation à participer à l'enchère, ont eu lieu.

IX. - Après la clôture de l'enchère électronique, le marché est attribué conformément au II de l'article 24, en fonction des résultats de l'enchère électronique et sous réserve que le candidat dont l'offre est retenue produise les certificats et attestations mentionnés aux I et II de l'article 18, dans les conditions fixées par le III du même article.

Sous-section 4 : Offres anormalement basses.

Article 26

Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies.

Peuvent être prises en considération des

justifications tenant notamment aux aspects suivants :

1° Les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ;

2° Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ;

3° L'originalité de l'offre ;

4° Les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ;

5° L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le candidat.

Une offre anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat ne peut être rejetée que si le candidat n'est pas en mesure d'apporter la preuve que cette aide a été légalement accordée. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre pour ce motif en informe la Commission européenne.

Section 8 : Marchés réservés.

Article 27

La décision de réserver certains marchés ou certains lots à des entreprises adaptées, des établissements et des services d'aide par le travail en application de l'article 16 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée est mentionnée dans l'avis d'appel à concurrence.

Chapitre III : Définition et déroulement des différentes procédures formalisées de passation des marchés

Section 1 : Appel d'offres.

Article 28

L'appel d'offres est la procédure par

laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint.

L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout opérateur économique peut remettre une offre.

L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection.

Le choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre.

Sous-section 1 : Appel d'offres ouvert.

Article 29

I. - 1° Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel à concurrence.

2° Ce délai minimal peut être ramené à vingt-deux jours lorsque trois conditions sont réunies :

a) L'avis de préinformation prévu à l'article 15 a été publié ;

b) Cet avis a été envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis d'appel à concurrence ;

c) Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis d'appel à concurrence, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de l'envoi de l'avis de préinformation.

3° Les délais mentionnés aux 1° et 2° peuvent être réduits de sept jours lorsqu'un

avis d'appel à concurrence est envoyé par voie électronique ou télécopie.

4° Le délai mentionné au 1° peut être réduit de cinq jours lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par voie électronique et à compter de la publication de l'avis d'appel à concurrence, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

5° Les réductions de délais mentionnées aux 3° et 4° peuvent être cumulées sauf si le pouvoir adjudicateur a réduit le délai minimal à vingt-deux jours du fait de la publication d'un avis de préinformation en application du 2°.

II. - Lorsque les documents de la consultation ne sont pas accessibles par voie électronique, ils sont envoyés aux opérateurs qui les demandent en temps utile, dans les six jours qui suivent leur demande.

Les renseignements complémentaires demandés en temps utile sont envoyés aux opérateurs économiques au plus tard six jours avant la date limite fixée pour la réception des offres.

III. - Les délais minimaux mentionnés au I sont prolongés dans les hypothèses suivantes :

1° Lorsque les délais prévus au II ne peuvent être respectés ;

2° Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché ou après consultation sur place de documents complémentaires.

Les candidats sont informés du nouveau délai ainsi fixé.

Sous-section 2 : Appel d'offres restreint.

Article 30

Le délai minimal de réception des candi-

datures, en réponse à un avis d'appel à concurrence, est de trente-sept jours, à compter de la date d'envoi de l'avis, ou de trente jours si l'avis a été envoyé par voie électronique ou télécopie.

En cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, ce délai peut être ramené à quinze jours ou à dix jours si l'avis est envoyé par voie électronique ou télécopie.

Article 31

Une lettre de consultation est envoyée simultanément à tous les candidats sélectionnés.

Cette lettre de consultation comporte au moins :

1° Un exemplaire des documents de la consultation ou, s'ils ne sont pas détenus par le pouvoir adjudicateur, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation peuvent être immédiatement obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande, ou encore les conditions de l'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique ;

2° La date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et la mention de l'obligation de les rédiger en langue française ;

3° Les références de l'avis d'appel à concurrence publié ;

4° Le cas échéant, la date limite pour demander des renseignements complémentaires ;

5° La liste des documents à fournir avec l'offre ;

6° Les critères d'attribution du marché s'ils n'ont pas été mentionnés dans l'avis d'appel à concurrence ;

7° La pondération des critères d'attribution du marché, le cas échéant, leur hiérarchi-

sation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation.

Article 32

I. - Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à quarante jours à compter de l'envoi de la lettre de consultation.

II. - Ce délai minimal peut être ramené à vingt-deux jours lorsque trois conditions sont réunies :

1° L'avis de préinformation prévu à l'article 15 a été publié ;

2° Cet avis a été envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis d'appel à concurrence ;

3° Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis d'appel à concurrence, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de l'envoi de l'avis de préinformation.

III. - Le délai de réception des offres mentionné au I peut être réduit de cinq jours lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par voie électronique et à compter de la publication de l'avis d'appel à concurrence, l'accès libre, direct et complet aux documents de la consultation et à tout document complémentaire, en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

IV. - En cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, le délai de réception des offres peut être ramené à dix jours.

V. - Les renseignements complémentaires sont envoyés aux opérateurs économiques qui les demandent en temps utile, quatre jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

VI. - Le délai minimal mentionné au I est prolongé dans les hypothèses suivantes :

1° Lorsque le délai prévu au V ne peut être respecté ;

2° Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché ou après consultation sur place de documents complémentaires.

Les candidats sont informés du nouveau délai ainsi fixé.

Section 2 : Procédures négociées.

Article 33

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas définis ci-dessous.

I. - Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence :

1° Les marchés pour lesquels, après appel d'offres ou dialogue compétitif, il n'a été proposé que des offres non conformes au sens du I de l'article 24. Les conditions initiales du marché ne doivent pas être substantiellement modifiées.

Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il ne fait participer à la négociation que le ou les candidats qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités de présentation des offres ;

2° Les marchés de services, notamment les marchés de services financiers mentionnés au 6° de l'article 8 et les marchés de prestations intellectuelles telles que la conception d'ouvrage, lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies

préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres ;

3° Les marchés de travaux qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement ;

4° Dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix.

II. - Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence :

1° Dans la mesure strictement nécessaire, quand une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable, et notamment les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse relevant d'une catastrophe technologique ou naturelle ;

2° Les marchés de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, d'étude ou de développement sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement ;

3° Les marchés passés selon la procédure de l'appel d'offres, pour lesquels il n'a été déposé aucune offre appropriée au sens du I de l'article 24, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué, à sa demande, à la Commission européenne ;

4° Les marchés complémentaires de fournitures qui sont exécutés par le fournisseur initial et qui sont destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés complémentaires, périodes de reconduction comprises, ne peut dépasser trois ans. Le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut être égal ou supérieur au seuil de procédure formalisée, sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres et a fait l'objet d'un avis d'appel à concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne ;

5° Les marchés complémentaires de services ou de travaux qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage :

a) Lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ;

b) Lorsque ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.

Le montant cumulé de ces marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal ;

6° Les marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence.

Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux services ou travaux. La durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial.

7° Les marchés de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier.

8° Les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité.

9° Les marchés ayant pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées à une bourse.

10° Les marchés ayant pour objet l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité, soit auprès des liquidateurs d'une faillite ou d'une procédure de même nature.

Article 34

Le délai minimum de réception des candidatures, en réponse à un avis d'appel à concurrence, est de trente-sept jours à compter de la date d'envoi de l'avis, ou de

trente jours si l'avis a été envoyé par voie électronique ou télécopie.

En cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, ce délai peut toutefois être ramené à quinze jours ou à dix jours si l'avis est envoyé par voie électronique ou télécopie.

Article 35

I. - Une lettre de consultation est envoyée simultanément à tous les candidats sélectionnés.

Cette lettre de consultation comporte au moins :

1° Un exemplaire des documents de la consultation, ou, s'ils ne sont pas détenus par le pouvoir adjudicateur, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation peuvent être immédiatement obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande, ou encore les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique ;

2° La date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et la mention de l'obligation de les rédiger en langue française ;

3° Les références de l'avis d'appel à concurrence publié ;

4° Le cas échéant, la date limite pour demander des renseignements complémentaires ;

5° La liste des documents à fournir avec l'offre ;

6° Les critères d'attribution du marché s'ils n'ont pas été mentionnés dans l'avis d'appel à concurrence ;

7° La pondération des critères d'attribution du marché ou, le cas échéant, leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas

dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation.

II. - Les renseignements complémentaires sont envoyés aux opérateurs économiques qui les demandent en temps utile, six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres. Ce délai est ramené à quatre jours en cas de délais réduits du fait de l'urgence.

Article 36

Le délai de réception des offres est librement fixé par le pouvoir adjudicateur. Il est prolongé dans les hypothèses suivantes :

1° Lorsque les délais prévus au II de l'article 35 ne peuvent être respectés ;

2° Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché ou après consultation sur place de documents complémentaires.

Les candidats sont informés du nouveau délai ainsi fixé.

Article 37

La négociation est engagée avec les candidats sélectionnés. Elle ne peut conduire à modifier substantiellement les caractéristiques ou les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.

La négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les candidats. Les informations données aux candidats ne peuvent être de nature à avantager certains d'entre eux. Les solutions proposées ou les informations confidentielles communiquées par un candidat lors de la négociation ne peuvent, sauf son accord, être révélées aux autres candidats par le pouvoir adjudicateur.

La procédure négociée peut se dérouler

en phases successives à l'issue desquelles certains candidats sont éliminés par application des critères d'attribution indiqués dans l'avis ou dans les documents de la consultation. Le recours à cette faculté est prévu dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation.

Section 3 : Procédure de dialogue compétitif.

Article 38

La procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre.

Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché est complexe, c'est-à-dire dans l'une ou l'autre ou dans les deux situations suivantes :

1° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;

2° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

Article 39

I. - Les besoins et exigences du pouvoir adjudicateur sont définis dans l'avis d'appel à concurrence, et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini.

Les modalités du dialogue sont précisées dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation.

II. - Le délai minimal de réception des candidatures, en réponse à un avis d'appel à concurrence, est de trente-sept jours à compter de la date d'envoi de l'avis, ou de trente jours si l'avis a été envoyé par voie électronique ou télécopie.

Article 40

I. - Les candidats sélectionnés sont simultanément invités, par écrit, à participer au dialogue.

L'invitation à participer au dialogue comporte au moins :

1° Un exemplaire des documents de la consultation ou, s'ils ne sont pas détenus par le pouvoir adjudicateur, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation peuvent être immédiatement obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande, ou encore les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique ;

2° Les références de l'avis d'appel à concurrence publié ;

3° La date et le lieu de déroulement du dialogue, ainsi que l'obligation d'utiliser la langue française ;

4° Le cas échéant, la date limite pour demander des renseignements complémentaires ;

5° La liste des documents à fournir ;

6° La pondération des critères d'attribution du marché ou, le cas échéant, leur hiérarchisation si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation.

II. - L'objet du dialogue est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les candidats sélectionnés.

La procédure peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter pendant la phase du dialogue en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis ou dans les documents de la consultation. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation. Dans la phase finale, ce nombre doit permettre d'assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de candidats ou de solutions appropriés.

Le dialogue se poursuit jusqu'à ce que soient identifiées, éventuellement après les avoir comparées, la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre aux besoins, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions appropriées.

Au cours du dialogue, chaque candidat est entendu dans des conditions de stricte égalité. Le pouvoir adjudicateur ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Il ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion, sans l'accord de celui-ci.

III. - lorsqu'il estime que la discussion est arrivée à son terme, le pouvoir adjudicateur en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Il invite les candidats à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue, dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours. L'invitation à remettre leur offre finale comporte au moins

la date et l'heure limites de réception de ces offres, l'adresse à laquelle elles seront transmises et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française. Ces offres doivent comprendre tous les éléments requis et nécessaires pour l'exécution du marché.

Les renseignements complémentaires sur le programme fonctionnel ou le projet partiellement défini sont envoyés aux opérateurs économiques qui les demandent en temps utile, six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres finales.

Des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux candidats sur leur offre finale. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre finale, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

IV. - Il peut être demandé au candidat retenu de clarifier des aspects de son offre ou de confirmer les engagements figurant dans celle-ci, à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations.

V. - Il peut être prévu dans les documents de la consultation ou dans l'avis d'appel à concurrence qu'une prime sera allouée à tous les participants au dialogue ou à ceux dont les propositions ont fait l'objet de la discussion ou encore à ceux dont les offres ont été les mieux classées.

La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qui lui a été éventuellement versée en application de l'alinéa précédent.

Section 4 : Concours.

Article 41

Le concours est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture, de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer, à l'un des lauréats du concours, un marché.

Le concours peut être ouvert ou restreint.

Un avis de concours est publié dans les conditions de l'article 16.

Le jury est composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury doivent posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

Le jury examine les plans et projets présentés par les candidats de manière anonyme et en se fondant exclusivement sur les critères indiqués dans l'avis de concours. Un premier procès-verbal, signé par ses membres, consigne son classement ainsi que ses observations et, le cas échéant, tout point nécessitant des éclaircissements.

Le cas échéant, les candidats peuvent être invités par le jury à répondre aux demandes d'éclaircissements que celui-ci a consignés dans le procès-verbal. Un second procès-verbal consigne ce dialogue entre les membres du jury et les candidats.

Le pouvoir adjudicateur choisit le ou les lauréats du concours.

Les participants au concours sont indemnisés selon des modalités prévues par le règlement du concours.

Section 5 : Marché de conception-réalisation.

Article 41-1

I. - Un marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet à un pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

Les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 1^{er} de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ne peuvent, en application du I de l'article 18 de cette loi, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Les motifs d'ordre technique mentionnés à l'alinéa précédent sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Cette forme de marché s'applique aux opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi qu'à celles dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques.

II. - Les pouvoirs adjudicateurs mentionnés au deuxième alinéa du I passent des marchés de conception-réalisation selon la procédure

de l'appel d'offres restreint avec intervention d'un jury. Cette procédure est alors soumise aux dispositions qui suivent.

Un jury est désigné par le pouvoir adjudicateur. Il comporte au moins un tiers de maîtres d'œuvre indépendants des candidats et du pouvoir adjudicateur et compétents au regard de l'ouvrage à concevoir et de la nature des prestations à fournir pour sa conception.

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. Le pouvoir adjudicateur arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations, auxquels sont remises gratuitement les pièces nécessaires à la consultation.

Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury, après les avoir entendus. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou, pour un ouvrage d'infrastructure, un avant-projet accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage.

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé.

Le pouvoir adjudicateur peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres déposées par les candidats. Ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché.

Le marché est attribué au vu de l'avis du jury.

Le règlement de la consultation prévoit le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des candi-

dates dont les offres remises avant l'audition étaient, selon l'appréciation du jury, incomplètes ou non conformes au règlement de la consultation. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par le règlement de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %. La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qu'il a reçue.

III. - En vue d'une opération de réhabilitation de bâtiment et si les conditions fixées à l'article 38 sont réunies, les pouvoirs adjudicateurs mentionnés au deuxième alinéa du I peuvent également passer des marchés de conception-réalisation selon la procédure du dialogue compétitif régie par la section 3 du présent chapitre.

IV. - Les pouvoirs adjudicateurs mentionnés au deuxième alinéa du I peuvent, pour les opérations d'une valeur inférieure au seuil de procédure formalisée, passer un marché de conception-réalisation selon des modalités de mise en concurrence et de jugement des offres librement définies par eux.

V. - Dans les cas prévus aux III et IV, si les documents de la consultation ont prévu la remise de prestations, ils mentionnent également le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des candidats dont l'offre ne répondait pas aux documents de la consultation. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par le règlement de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %. La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qu'il a reçue.

VI. - Le marché de conception-réalisation est constitué au moins des pièces suivantes :

1° Le programme de l'opération au sens de l'article 2 de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ;

2° Les études de conception présentées par l'opérateur économique retenu ;

3° L'acte d'engagement.

Section 6 : Marché de maîtrise d'œuvre.

Article 41-2

I. - Les marchés de maîtrise d'œuvre ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de mission définis par l'article 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée et par le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 pris pour son application.

II. - 1° Pour les marchés de maîtrise d'œuvre d'un montant supérieur au seuil de procédure formalisée, le pouvoir adjudicateur peut recourir, à l'exception du système d'acquisition dynamique, aux procédures énumérées dans ce même article dans les conditions fixées pour leur utilisation.

2° Lorsque le pouvoir adjudicateur est soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée et choisit la procédure du concours pour la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre, il respecte la procédure du concours restreint définie à l'article 41 selon les modalités qui suivent.

Le nombre de candidats admis à concourir ne peut être inférieur à trois sauf si l'application des critères de sélection des candidatures aboutit à un nombre inférieur.

Les candidatures sont transmises au jury qui les examine et formule son avis motivé sur la liste des candidats à retenir pour le concours.

Le pouvoir adjudicateur arrête alors la liste des candidats admis à concourir auxquels sont remises gratuitement les pièces nécessaires à la consultation.

Les documents de la consultation comportent notamment le programme de l'opération et le règlement du concours. Ce dernier précise le contenu de la mission qui sera confiée au titulaire, le contenu détaillé des prestations que devront fournir les candidats, le cas échéant la composition du jury, les critères d'évaluation des projets retenus dans l'avis de concours.

Les candidats ayant remis des prestations conformes au règlement du concours bénéficient d'une prime. L'avis de concours indique le montant de cette prime.

Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études à effectuer par les candidats telles que définies dans l'avis de concours et précisées dans le règlement du concours, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %. Elle est allouée aux candidats conformément aux propositions du jury.

La rémunération du marché de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime reçue pour sa participation au concours par le candidat attributaire.

[...]

Chapitre IV : Accords-cadres et marchés à bons de commande.

Article 42

I. - Les accords-cadres définis à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée sont

passés selon les procédures et dans les conditions prévues par les chapitres Ier à IV du présent titre. Dans ces accords, le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou encore être conclus sans minimum ni maximum.

II. - Les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre sont des documents écrits qui précisent les caractéristiques des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre intervient soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue par l'accord-cadre.

III. - Lorsqu'un accord-cadre est attribué à plusieurs opérateurs économiques, ceux-ci sont au moins au nombre de trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres. Pour chacun des marchés à passer sur le fondement de cet accord, le pouvoir adjudicateur consulte par écrit les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre et organise une mise en concurrence selon la procédure suivante :

1° Lorsque la remise en concurrence est organisée au moment de la survenance du besoin et que le contrat a été divisé en lots, seuls sont consultés les titulaires des lots correspondant à l'objet du marché fondé sur l'accord-cadre.

2° Lorsque la remise en concurrence est organisée selon une périodicité prévue par l'accord-cadre, elle porte sur tous les lots.

3° Quel que soit le choix opéré, les parties ne peuvent apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans l'accord-cadre lors de la passation des marchés fondés sur cet accord.

4° Le pouvoir adjudicateur fixe un délai suffisant pour la présentation des offres en tenant compte d'éléments tels que la complexité des prestations attendues ou le temps nécessaire à la transmission des offres.

Ces offres sont proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché fondé sur l'accord-cadre. Elles sont établies par écrit et transmises au pouvoir adjudicateur par tout moyen permettant de déterminer la date et l'heure de réception. Leur contenu doit rester confidentiel jusqu'à l'expiration du délai prévu pour le dépôt des offres.

5° Les marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre sont attribués à celui ou, le cas échéant, à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères objectifs et non discriminatoires fixés par l'accord-cadre pour l'attribution de ces marchés.

IV. - Lorsqu'un accord-cadre a été attribué à un seul opérateur économique, le pouvoir adjudicateur peut, préalablement à la conclusion des marchés fondés sur l'accord-cadre, demander au titulaire de l'accord-cadre de compléter, par écrit, son offre. Les compléments ainsi apportés aux caractéristiques de l'offre retenue pour l'attribution de l'accord-cadre ne peuvent avoir pour effet de les modifier substantiellement.

V. - La durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet, ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans.

La conclusion des marchés passés sur le

fondement d'un accord-cadre ne peut se faire que pendant la durée de validité de l'accord-cadre. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre. Le pouvoir adjudicateur ne peut cependant retenir une date de passation et une durée d'exécution telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la date limite de validité de l'accord dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques.

VI. - Les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre peuvent être des marchés à bons de commande. Ils sont alors passés selon les règles prévues par le présent article et exécutés selon les règles prévues par l'article 43.

Article 43

I. - Un marché à bons de commande est un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande.

Dans ce marché le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou encore être conclus sans minimum ni maximum.

L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités expressément prévues par le marché.

Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires du marché. Ils précisent celles des prestations, décrites dans le marché, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité.

II. - La durée des marchés à bons de com-

mande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans.

L'émission des bons de commande ne peut intervenir que pendant la durée de validité du marché. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur ne peut cependant retenir une date de passation et une durée d'exécution telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la limite de validité de l'accord dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques.

[...]

Chapitre VI : Achèvement de la procédure.

Article 45

Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation comportant au moins :

1° Le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché, de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique;

2° Le nom des candidats retenus et les motifs de ce choix;

3° Le nom des candidats exclus et les motifs du rejet de leur candidature;

4° Les motifs du rejet des offres jugées anormalement basses;

5° Le nom du titulaire et les motifs du choix de son offre, ainsi que, si elle est connue, la

part du marché ou de l'accord-cadre que le titulaire a l'intention de sous-traiter à des tiers;

6° En ce qui concerne les procédures négociées, la justification du recours à ces procédures;

7° En ce qui concerne le dialogue compétitif, la justification du recours à cette procédure;

8° Le cas échéant, les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a renoncé à passer un marché, un accord-cadre ou à mettre en place un système d'acquisition dynamique;

9° Le cas échéant, l'indication que des fournitures proviennent d'un pays membre de l'Union européenne ou d'un autre pays signataire de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce.

En cas de procédure dématérialisée, le pouvoir adjudicateur fournit, en outre, toutes les informations sur le déroulement des procédures d'attribution conduites par voie électronique.

Le rapport de présentation est communiqué en même temps que le marché aux organismes publics au contrôle desquels les marchés passés par le pouvoir adjudicateur sont, le cas échéant, soumis.

Ce rapport ou ses principaux éléments sont communiqués à la Commission européenne à sa demande.

Article 46

I. - 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle du II de l'article 33, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous

les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet.

Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore reçu communication du rejet de leur candidature.

Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux alinéas précédents et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés.

La notification de l'attribution du marché ou de l'accord-cadre comporte l'indication de la durée du délai de suspension que le pouvoir adjudicateur s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu.

2° Le respect des délais mentionnés au 1° n'est pas exigé, d'une part, dans le cas d'attribution du marché au seul opérateur ayant participé à la consultation, d'autre part, dans le cas des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

3° Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article L. 551-15 du code de justice administrative ou celles du premier alinéa de l'article 13 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, le pouvoir adjudicateur ayant fait publier l'avis prévu par l'article 16-1 du présent décret respecte un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de cet avis et la date de conclusion du marché.

Pour rendre applicables aux marchés fon-

dés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique les dispositions du second alinéa des articles cités à l'alinéa précédent, le pouvoir adjudicateur respecte un délai d'au moins seize jours entre la date d'envoi de la notification prévue au 1° et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des titulaires intéressés.

II. - Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure, il informe, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs de sa décision. Sur demande écrite des candidats, la réponse est écrite.

III. - Le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I du présent article les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite. Si l'offre du candidat a été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au I de l'article 24, le pouvoir adjudicateur lui communique en outre les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre.

IV. - Le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation :

- a) Serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ;
- b) Serait contraire à l'intérêt public ;
- c) Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

Article 47

I. - Pour les marchés donnant lieu à l'une des procédures formalisées ou à un accord-

cadre, et pour les marchés de services relevant de l'article 9 d'un montant égal ou supérieur à 200 000 € HT, le pouvoir adjudicateur envoie pour publication, dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la notification du marché ou de l'accord-cadre, un avis d'attribution. Le pouvoir adjudicateur est dispensé d'envoyer un avis d'attribution pour les marchés fondés sur un accord-cadre.

Le pouvoir adjudicateur envoie un avis sur le résultat de la passation des marchés fondés sur un système d'acquisition dynamique au plus tard quarante-huit jours après la notification de chaque marché. Toutefois, il peut n'envoyer qu'un avis global chaque trimestre, au plus tard quarante-huit jours après la fin de chaque trimestre.

Les avis d'attribution sont adressés pour publication au Journal officiel de l'Union européenne, conformément au modèle fixé par règlement communautaire CE n° 1564/2005 susvisé.

II. - Pour les marchés relevant de l'article 9, le pouvoir adjudicateur adresse l'avis d'attribution à l'Office des publications officielles de l'Union européenne en indiquant s'il en accepte la publication.

III. - Certaines informations relatives à la passation du marché ou à la conclusion de l'accord-cadre peuvent ne pas être publiées lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des candidats ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci.

Article 47-1

Les marchés peuvent donner lieu à des versements à titre d'avance. L'avance ne peut

excéder 30 % du montant initial, toutes taxes comprises, du marché ou de la tranche affermée. L'avance peut toutefois être portée à un maximum de 60 % de ce montant sous réserve que le titulaire constitue une garantie à première demande. La constitution de cette garantie n'est pas exigée des organismes publics.

Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes. Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

Article 47-2

Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article R. 551-7 du code de justice administrative ou celles du premier alinéa du I de l'article 1441-3 du code de procédure civile, le pouvoir adjudicateur publie au Journal officiel de l'Union européenne un avis d'attribution, conforme au

modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564 / 2005 déjà mentionné, informant de la conclusion d'un marché ou d'un accord-cadre dispensé d'obligations de publicité par l'effet des dispositions du présent décret ou passé en application de ses articles 9 ou 10.

Pour rendre applicables les mêmes dispositions du code de justice administrative ou du code de procédure civile dans le cas d'un marché fondé sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, le pouvoir adjudicateur avise les candidats non retenus de la signature du marché en indiquant le nom du bénéficiaire ainsi que les motifs ayant conduit au choix de son offre.

TITRE IV : DISPOSITIONS DIVERSES.

Article 48

Les seuils mentionnés par le présent décret peuvent être modifiés par décret.

[...]

CJCE, 18 NOVEMBRE 1999, TECKAL, AFF. C-107/98

[...]

46 - La commune de Viano, en tant que collectivité territoriale, est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1^{er}, sous b), de la directive 93/36. Il incombe donc au juge national de vérifier si la relation entre elle et l'AGAC remplit également les autres conditions prévues par la directive 93/36 pour constituer un marché public de fournitures.

47 - Tel est le cas, conformément à l'article 1^{er}, sous a), de la directive 93/36, s'il s'agit d'un contrat conclu par écrit à titre onéreux ayant pour objet, notamment, l'achat de produits.

48 - Il est constant en l'espèce que l'AGAC

fournit des produits, à savoir des combustibles, à la commune de Viano contre paiement d'un prix.

49 - S'agissant de l'existence d'un contrat, le juge national doit vérifier s'il y a eu une convention entre deux personnes distinctes.

50 - À cet égard, conformément à l'article 1^{er}, sous a), de la directive 93/36, il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la per-

sonne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.

51 - Il convient par conséquent de répondre à la question préjudicielle que la directive 93/36 est applicable lorsqu'un pouvoir adju-

dicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non.
[...]

Table des matières

Principes généraux du montage innovant	7
A. Les questions à l'origine du montage innovant	7
1. Peut-on bénéficier des économies d'échelle du partenariat public-privé sans confier le financement au partenaire privé ?	7
2. Le recours à un contrat global de longue durée, sans financement, est-il possible sous l'empire de la loi MOP et du Code des marchés publics ?	9
3. Une personne publique peut-elle sortir du champ de la loi MOP et du CMP ?	12
B. La structure de base du montage innovant	13
1. Un Partenariat public-public	13
2. Un Partenariat public-privé	15
C. Les avantages et inconvénients du montage innovant	18
Supports juridiques fondamentaux du montage innovant	21
A. La relation Pouvoir Adjudicateur / Société de Réalisation	21
1. La relation « <i>in house</i> »	21
2. La Société de Réalisation, société de plein exercice	31
B. L'AOT-CMD	37
1. L'autorisation d'occupation temporaire du domaine public	37
2. La convention de mise à disposition	41
3. Nature juridique de l'AOT-CMD	42
4. Alternative à l'AOT: le BEA	43
5. Les conventions dérivées de l'AOT-CMD	43

C. Droit applicable à la société de réalisation	46
1. Forme juridique.	46
2. Droit des contrats	47
Principales étapes de mise en œuvre du montage	51
A. Préparatifs	51
1. La maîtrise du foncier.	51
2. La création de la SR	52
B. AOT provisoire ou promesse d’AOT	52
1. AOT provisoire	52
2. Promesse d’AOT.	53
C. Contrat global et Dialogue compétitif.	54
1. Contenu du contrat global.	54
2. Conduite du dialogue compétitif.	54
D. Closing	55
Observations complémentaires	57
A. Spécificités du montage innovant pour l’État et pour les collectivités locales	57
1. État : des contraintes sur l’endettement de la SR	57
2. Collectivités locales : un outil privilégié, la SPL.	60
B. Aspects de droit de la concurrence	61
1. Respect des règles et principes généraux du Traité	61
2. Analyse des possibles aides d’État au niveau des pouvoirs adjudicateurs et de la Société de réalisation	62
Glossaire	67
Principaux arrêts cités	69
Bibliographie	71
Annexes	74

Achévé d'imprimer le 17 juillet 2013
par Corlet Numérique - 14110 - Condé-sur-Noireau

Numéro d'imprimeur : 99562

Dépôt légal : juillet 2013

Imprimé en France

La collection *Portalis* accueille les écrits
de pratique professionnelle des avocats

**ANNE RIDEAU ÉDITIONS,
L'ÉDITEUR DES PRATICIENS**

Partenariats public-public et public-privé

Est-il possible, pour une collectivité publique :

- de bénéficier des économies d'échelle du partenariat public-privé sans confier le financement au partenaire privé ?
- de recourir à un contrat global de longue durée hors contrat de partenariat ?
- pour une société privée filiale de personnes publiques d'échapper aux textes castrateurs de la commande publique ?
- et ce, toujours dans l'intérêt général (et celui du contribuable) ?

Sous certaines conditions, oui.

C'est à cet effet que le montage contractuel innovant – fondé sur un partenariat public-public articulé à un partenariat public-privé – a été conçu. Ce montage peut constituer dans certains cas une alternative au contrat de partenariat. Le présent ouvrage, concis, écrit dans un style direct, sans langue de bois, en dévoile les fondements juridiques et les ressorts primordiaux.

Philippe DELELIS est avocat au barreau de Paris et associé du cabinet Jones Day. Docteur en droit public, ancien élève de l'ENA, il enseigne les PPP à Sciences Po.