



# LE GUIDE JURIDIQUE DE LA CONCESSION DE SERVICES

## LA DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC



Collection  
*Mode d'emploi*





# LE GUIDE JURIDIQUE DE LA CONCESSION DE SERVICES

## LA DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

© 2022  
Fédération des élus des Entreprises publiques locales  
14 rue de la Tombe-Issoire, 75014 Paris

Création graphique : O tempora

ISBN : 978-2-35655-092-7



## ÉDITO



© Ville de Nanterre

**Patrick Jarry**  
Président de la  
Fédération des Epl

Les contrats de concession de services et la délégation de service public occupent une place prépondérante dans le quotidien des Epl, tant lors de l'exécution du contrat qu'au moment de son renouvellement. Les secteurs d'activité concernés sont multiples et variés : le stationnement, la gestion des déchets, la gestion d'équipements touristiques – culturels et de loisirs, la gestion des réseaux d'eau, la gestion des remontées mécaniques, l'énergie, la mobilité, la gestion de centres thermaux, etc.

Une large majorité des Epl est donc déjà concernée par la délégation de service public. Cette tendance tend à se développer dans un contexte de diversification des activités des Epl intervenant principalement dans des domaines relevant d'autres types de contrats comme l'aménagement et l'immobilier.

Depuis déjà plusieurs années, la Fédération des élus des Entreprises publiques locales se mobilise pour accompagner ses adhérents dans le cadre du renouvellement de leur(s) contrat(s) de délégation de service public. Le cycle de rencontres thématiques organisé dans le cadre du Club Dsp a d'ores et déjà accueilli plus de 500 dirigeants et collaborateurs d'Epl.

Des outils, accessibles sur notre site internet, complètent cette offre de la FedEpl, pour anticiper et faciliter l'exécution et le renouvellement du contrat :

- le guide sur les aspects financiers du contrat de Dsp,
- le mémo stratégique, outil d'aide à l'anticipation du renouvellement du contrat de Dsp,
- une note de conjoncture abordant l'exécution dégradée du contrat de Dsp dans le contexte de crise sanitaire.

Le guide juridique de la Dsp a vocation à expliciter les contrats dans un environnement de complexification et de concurrence accrue. Il complète ainsi la gamme des outils d'aide déjà à la disposition des Epl, au plus près de leurs besoins. Ce document se décline en trois parties : la typologie des concessions, les Epl concessionnaires et les Epl concédantes ; la passation des concessions et l'exécution du contrat.

Cette initiative s'intègre dans la stratégie de la FedEpl consistant à accompagner les Epl à préparer l'avenir, à se positionner le mieux possible face aux enjeux de demain, et à renforcer leur attractivité auprès de collectivités locales.

### Focus

L'appellation commune d'Entreprises publiques locales (Epl) regroupe trois statuts de sociétés différents : les Sem (Sociétés d'économie mixte), les SemOp (Sociétés d'économie mixte à opération unique) et les Spl (Sociétés publiques locales). La Fédération des élus des Entreprises publiques locales a pour vocation d'accompagner les élus locaux dans leur rôle de président d'Epl, de valoriser la gamme Epl auprès des pouvoirs publics et des administrations centrales ainsi que de promouvoir le modèle Epl auprès des élus locaux. Aujourd'hui on compte 1 355 Epl en France.



## Première partie : Concessions et Epl ..... 8

### I. LA CONCESSION DANS LA COMMANDE PUBLIQUE ... 9

#### 1. La définition du contrat de concession ..... 12

- 1.1 L'évolution de la notion de contrat de concession ..... 12
- 1.2 Le contrat de concession au sens du Code de la commande publique ..... 12

#### 2. Les acteurs du contrat de concession ..... 14

- 2.1 Les autorités concédantes ..... 14
  - 2.1.1 Les pouvoirs adjudicateurs ..... 14
  - 2.1.2 Les entités adjudicatrices ..... 15
- 2.2 Les opérateurs économiques ..... 15

#### 3. Typologie des concessions ..... 16

- 3.1 Les concessions de travaux et les concessions de services ..... 16
  - 3.1.1 Les concessions de travaux ..... 16
  - 3.1.2 Les concessions de services ..... 16
- 3.2 Les contrats mixtes et les contrats de concession mixtes ..... 17
  - 3.2.1 Les contrats mixtes ..... 17
  - 3.2.2 Les contrats de concession mixtes ..... 17
- 3.3 Les concessions d'aménagement ..... 18

### II. L'EPL CONCESSIONNAIRE ..... 19

#### 1. Considérations communes à l'ensemble des Epl ..... 19

- 1.1 Concession, objet social et compétences des collectivités actionnaires ..... 20
- 1.2 Société en cours de constitution ..... 20
- 1.3 Application du régime des conventions réglementées ..... 21
- 1.4 Outils de financement extracontractuels ..... 22
- 1.5 Recours au détachement et à la mise à disposition d'agents publics ..... 22

#### 2. La Sem concessionnaire ..... 23

- 2.1 Le principe de soumission de Sem aux règles de publicité et de mise en concurrence .... 23
- 2.2 L'organisation de la procédure d'attribution d'un contrat de concession à une Sem ..... 24

#### 3. La Spl concessionnaire ..... 25

- 3.1 La relation de quasi-régie et l'organisation du contrôle analogue ..... 25
- 3.2 L'importance du lien contractuel ..... 27

#### 4. La SemOp concessionnaire ..... 28

### III. L'EPL CONCÉDANTE ..... 29

#### 1. L'Epl, pouvoir adjudicateur et/ou entité adjudicatrice ..... 29

- 1.1 L'Epl, pouvoir adjudicateur ..... 29
- 1.2 L'Epl, entité adjudicatrice ..... 30

#### 2. Spécificités liées aux contrats de la commande publique passés par une personne privée ..... 31

## Deuxième partie : Passation des concessions ..... 32

### I. LA PRÉPARATION DU CONTRAT DE CONCESSION ... 33

#### 1. La liberté de choisir de recourir à la concession ..... 33

#### 2. La nécessité de définir préalablement ses besoins ..... 34

- 2.1 La nature et l'étendue des besoins doivent être déterminées avant le lancement de la consultation ..... 34
  - 2.1.1 Définir correctement la nature du besoin à satisfaire ..... 34
  - 2.1.2 Déterminer précisément l'étendue des besoins à satisfaire ..... 34
  - 2.1.3 Anticiper les évolutions possibles du périmètre du besoin ..... 35

2.1.4	Recenser les éventuelles contraintes juridiques .....	35
2.1.5	Prendre en compte des « objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale » .....	35
2.2	<b>La définition des prestations attendues par référence à des spécifications techniques et fonctionnelles .....</b>	<b>36</b>
<b>3</b>	<b>La mutualisation .....</b>	<b>37</b>
<b>4</b>	<b>La possibilité de réserver une concession à des catégories particulières d'opérateurs économiques .....</b>	<b>37</b>
<b>5</b>	<b>Le contenu du contrat de concession .....</b>	<b>38</b>
5.1	<b>Le contrat de concession est généralement un contrat administratif .....</b>	<b>38</b>
5.2	<b>Le contenu du contrat de concession .....</b>	<b>39</b>
5.2.1	L'interdiction des clauses étrangères au contrat (L. 3114-1 du CCP) .....	39
5.2.2	Les conditions financières du contrat de DSP : droit d'entrée, redevance et fixation des tarifs (L.3114-4 à L. 3114-6 du CCP).....	39
5.2.3	La durée du contrat de concession doit être limitée (L. 3114-7 et L. 3114-8 du CCP).....	40
5.2.4	L'exécution d'une part du contrat par des tiers .....	41
5.2.5	L'interdiction pour le concessionnaire de se voir transférer des pouvoirs de police.....	41

## **II. LA PROCÉDURE DE PASSATION DU CONTRAT DE CONCESSION .....**

**42**

<b>1</b>	<b>La détermination des règles procédurales applicables .....</b>	<b>42</b>
1.1	<b>La détermination des règles de passation de la concession par l'autorité concédante.....</b>	<b>42</b>
1.1.1	La distinction entre les concessions de droit commun et les autres concessions .....	42
1.1.2	Comment déterminer la valeur estimée du contrat de concession ? .....	43
1.2	<b>Les conditions de conclusion d'un contrat de concession sans publicité ni mise en concurrence sont limitées.....</b>	<b>44</b>
<b>2</b>	<b>La procédure de passation des concessions de droit commun .....</b>	<b>45</b>

<b>2.1</b>	<b>L'approbation préalable du choix du recours à une délégation de service public .....</b>	<b>45</b>
2.1.1	La consultation de la CCSP .....	46
2.1.2	La consultation du Comité technique .....	46
<b>2.2</b>	<b>L'absence de dématérialisation intégrale de la procédure de passation de la concession .....</b>	<b>47</b>
<b>2.3</b>	<b>La mise en œuvre d'une publicité préalable .....</b>	<b>48</b>
<b>2.4</b>	<b>La phase de sélection des candidatures .....</b>	<b>49</b>
2.4.1	Le délai de réception des candidatures .....	49
2.4.2	Qui peut candidater ? .....	49
2.4.3	Quid de l'autorité compétente pour examiner les candidatures ? .....	50
2.4.4	La sélection des candidats retenus.....	51
<b>2.5</b>	<b>La phase de sélection des offres .....</b>	<b>53</b>
2.5.1	Quid du délai de réception des offres ? .....	53
2.5.2	Quid de l'ouverture des offres initiales ? .....	53
2.5.3	Quid de la négociation des offres remises ? .....	53
2.5.4	Quid du choix des offres ? .....	54
<b>2.6</b>	<b>L'achèvement de la procédure .....</b>	<b>56</b>
2.6.1	Les formalités préalables à la signature de la concession.....	56
2.6.2	Les formalités postérieures à la signature de la concession.....	57
2.6.3	L'abandon de la procédure pour motif d'intérêt général .....	58

## **3. Les règles particulières à la passation de certains contrats de concession .....**

**58**

## **Troisième partie : Exécution des concessions .....**

**60**

### **I. LES OBLIGATIONS DU CONCÉDANT ET DU CONCESSIONNAIRE .....**

**64**

<b>1</b>	<b>Les obligations, autres que financières, de la concession .....</b>	<b>64</b>
1.1	L'objet et le périmètre de la concession .....	64
1.2	Le principe d'exécution personnelle et l'exécution de la concession par des tiers .....	65
1.3	La maîtrise d'ouvrage et les investissements .....	66

1.4	L'occupation du domaine public .....	67
1.5	La mise à disposition de données .....	68
1.6	Les clauses, autres que financières, spécifiques aux DSP .....	68
<b>2.</b>	<b>L'exécution financière des concessions ....</b>	<b>69</b>
2.1	Les règles d'exécution financière communes à toutes les concessions .....	69
2.1.1	La tarification, les droits d'entrée, les redevances ....	69
2.1.2	La facturation et les délais de paiement .....	70
2.1.3	L'encaissement de recettes publiques .....	70
2.2	Les règles d'exécution financière propres aux DSP .....	71
2.2.1	La tarification des services publics .....	71
2.2.2	Le financement des services publics industriels et commerciaux.....	72
2.2.3	La réglementation des aides d'État : les compensations de service public.....	73
<b>3.</b>	<b>Les aléas d'exécution .....</b>	<b>74</b>
3.1	La force majeure .....	74
3.2	L'imprévision .....	76
3.3	Le fait du prince .....	77
3.4	Les circonstances exceptionnelles .....	77

## II. LA MODIFICATION DES CONCESSIONS ..... 78

1.	Les six hypothèses de modifications autorisées par les textes .....	78
2.	Modalités particulières de modification .....	82
2.1	La prolongation de la durée des concessions.....	82
2.2	Le pouvoir de modification unilatérale .....	83
2.3	La prolongation en période de circonstances exceptionnelles .....	83

## III. LA FIN DE CONTRAT..... 84

1.	Les causes de fin de contrat .....	84
1.1	La résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général .....	84

1.2	La résiliation pour cas de force majeure .....	84
1.3	La résiliation pour faute .....	85
1.4	La résiliation au motif que le concessionnaire relève d'un motif d'exclusion de la commande publique.....	86
1.5	La résiliation ou résolution judiciaire de la concession .....	86
1.6	Les autres cas de résiliation .....	86

## 2. Le sort des biens : biens de retour, de reprise, biens propres ..... 87

2.1	Les biens de retour.....	87
2.2	Les biens de reprise .....	88
2.3	Les biens propres.....	88

## 3. Le sort des engagements du concessionnaire..... 89

## IV. CONTRÔLE, SANCTIONS ET LITIGES ..... 90

### 1. Les pouvoirs de contrôle..... 90

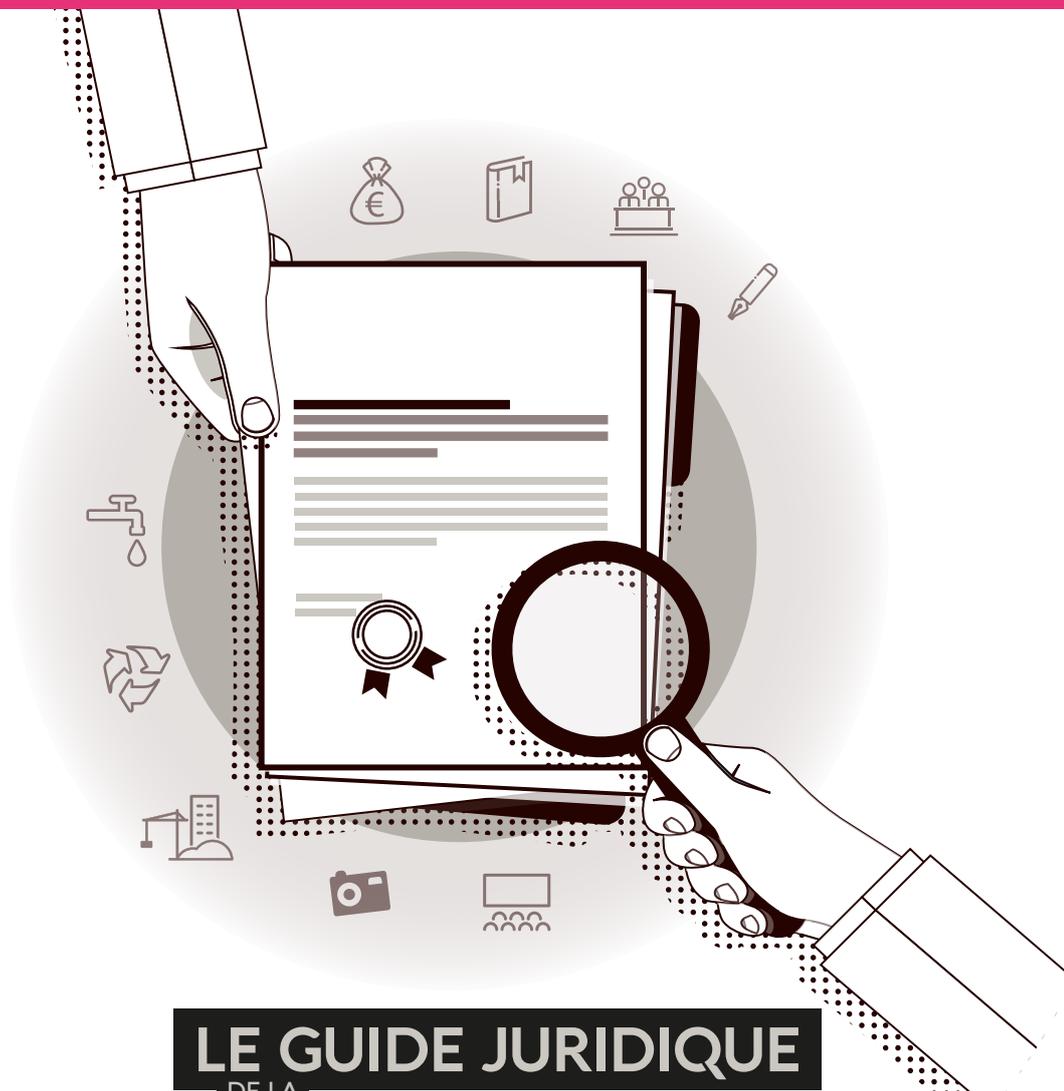
1.1	Le rapport d'information (rapport annuel du concessionnaire).....	90
1.2	Les autres prérogatives de contrôle .....	91

### 2. Les pouvoirs de sanction du concédant..... 92

2.1	Les sanctions pécuniaires .....	92
2.2	La mise sous séquestre .....	92
2.3	La résiliation pour faute .....	92

### 3. Régime du contentieux de l'exécution ..... 93

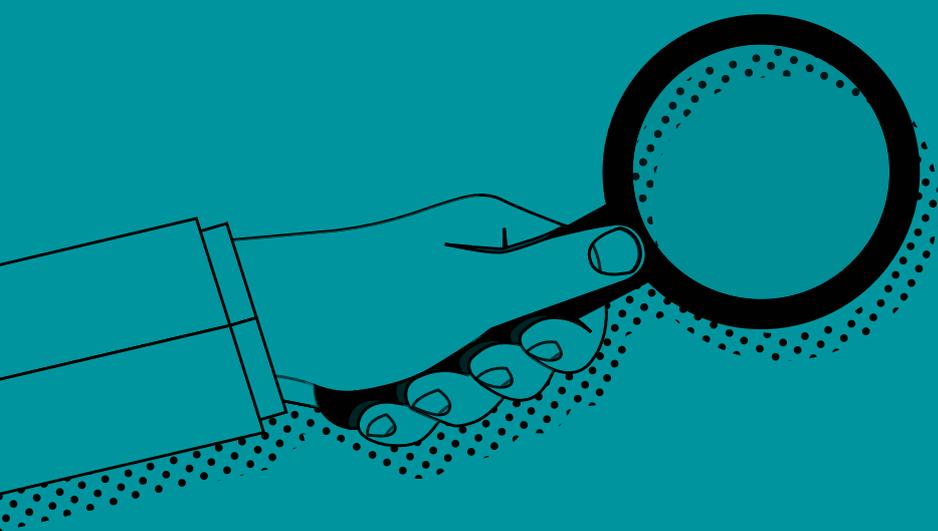
3.1	Le règlement alternatif des différends .....	93
3.1.1	La conciliation ou la médiation .....	93
3.1.2	La transaction (article 2044 du Code civil).....	93
3.1.3	L'arbitrage.....	94
3.2	Le règlement juridictionnel des différends .....	94
3.2.1	La concession présentant le caractère de contrat administratif .....	94
3.2.2	La concession présentant le caractère de contrat de droit privé.....	95



**LE GUIDE JURIDIQUE**  
— DE LA —  
**concession de services :**

**LA DÉLÉGATION  
DE SERVICE PUBLIC**

# Première partie : **Concessions et Epl**



# I. LA CONCESSION DANS LA COMMANDE PUBLIQUE

Le Code de la commande publique prévoit une définition unique des contrats de la commande publique, lesquels se subdivisent entre les marchés publics et les concessions<sup>1</sup>.

Les marchés publics et les concessions y sont définis comme des contrats onéreux par lesquels un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice satisfait à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques intervenant sur un marché concurrentiel<sup>2</sup>.

Mais tous les contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices ne sont pas soumis, en totalité ou partie, aux dispositions du Code de la commande publique.

Tout en relevant du régime juridique des contrats de la commande publique, certains contrats voient leur régime juridique complété par des dispositions particulières<sup>3</sup>. C'est le cas par exemple :

- **des délégations de service public (DSP)**, régies par le Code de la commande publique (CCP) et le Code général des collectivités territoriales (CGCT) ;
- **des concessions d'aménagement**, régies par le CCP et le Code de l'urbanisme ;
- **des concessions hydroélectriques**, régies par le CCP et le Code de l'énergie ;
- **des concessions aéroportuaires**, régies par le CCP, le Code des transports et le Code de l'aviation civile.

D'autres contrats bénéficient d'un véritable régime dérogatoire au Code de la commande publique<sup>4</sup>. Ce régime est justifié :

- Soit en raison de leur champ organique, comme les contrats de quasi-régie, de coopération interservices publics ou les contrats attribués à une entreprise liée.
- Soit en raison de leur champ matériel, tels que les contrats soumis à des règles internationales, ceux liés à la sécurité ou au transport aérien.

1 Article L. 2 du CCP.

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

4 Ces contrats relèvent du livre 5 de la partie 2 (Autres marchés publics) et du livre 2 de la partie 3 (Autres contrats de concession) du Code de la commande publique.

Enfin, certains contrats sont expressément exclus du champ d'application du Code de la commande publique. C'est le cas notamment<sup>5</sup> :

- **Des contrats de travail** : le contrat de travail est une convention par laquelle une personne physique met son activité à disposition d'une autre personne physique ou morale et est placée sous un lien de subordination moyennant rémunération<sup>6</sup>. Cette convention est encadrée par le Code du travail<sup>7</sup>.
- **Des conventions d'objectifs et de moyens** : ce contrat permet à une collectivité publique justifiant d'une compétence ou d'un intérêt local, d'attribuer à un bénéficiaire public ou privé une somme d'argent afin de soutenir une activité dont elle n'a pas l'initiative<sup>8</sup>.
- **Des conventions d'occupation domaniale** : ce contrat confère au contractant la location d'un bien immobilier, en faisant peser sur lui des contraintes qui ne vont pas au-delà de celles que le gestionnaire du domaine public peut imposer dans l'intérêt du domaine et dans l'intérêt général. Dès lors qu'une convention comporte une autorisation d'occupation domaniale ainsi que la réalisation de travaux, la livraison de fournitures, de services ou la gestion d'une mission de service public, dans l'intérêt d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice et avec une contrepartie économique, elle devient une concession ou un marché public quelle que soit l'importance de ces missions<sup>9</sup>. Toutefois, un contrat de concession peut valoir autorisation d'occupation du domaine si cette autorisation est nécessaire à l'exécution de la concession<sup>10</sup> et transférer des droits réels au concessionnaire sur les ouvrages et équipements qu'il réalise<sup>11</sup>.
- **Des transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs ou entre autorités concédantes en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles** : le bénéficiaire exerce pleinement la compétence transférée sous sa propre responsabilité et en toute indépendance<sup>12</sup>. Cette exclusion du champ de la commande publique vaut y compris en cas de transfert d'une mission de service public.

En somme, indépendamment des exclusions résultant des dispositions législatives précitées, la satisfaction par l'opérateur économique d'un besoin dans l'intérêt économique directe d'un pouvoir adjudicateur est au cœur de la distinction entre ce qui relève de la commande publique et ce qui n'en relève pas.

### ! Attention

Une vigilance particulière doit être portée par les Epl sur la distinction des contrats qui relèvent de la commande publique de ceux qui n'en relèvent pas, afin d'éviter :

- Que puisse être contestée la légalité des contrats conclus, soit entre une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales et une Epl, soit entre une Epl et un opérateur économique.
- Qu'une éventuelle requalification d'un contrat initialement considéré comme n'étant pas un contrat de la commande publique génère des risques pénaux associés à une méconnaissance des procédures de publicité et de mise en concurrence, notamment au regard du délit d'octroi d'avantage injustifié, plus connu sous le nom de « délit de favoritisme<sup>13</sup> ».

5 Article L. 1100-1 du CCP.

6 Le législateur ne définit pas le contrat de travail. Voir notamment : Cass. soc. 22 juil. 1954, Bull. civ. 1954, IV, n° 576 et CJUE, 25 oct. 2018, aff. C-260/17, Anodiki services EPE.

7 Article L. 1221-1 du Code du travail : « Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun ».

8 Article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et modifié par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (article 59).

9 Voir pour les AOT (autorisation d'occupation temporaire) : article L. 2122-6 du CGPPP, et pour les BEA (bail emphytéotique administratif) : article L. 1311-2 du CGCT, article L. 2341-1 du CGPPP et article 7, par. IV de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009.

10 Article L. 2122-6 du CGPPP et article L. 3132-1 du CCP.

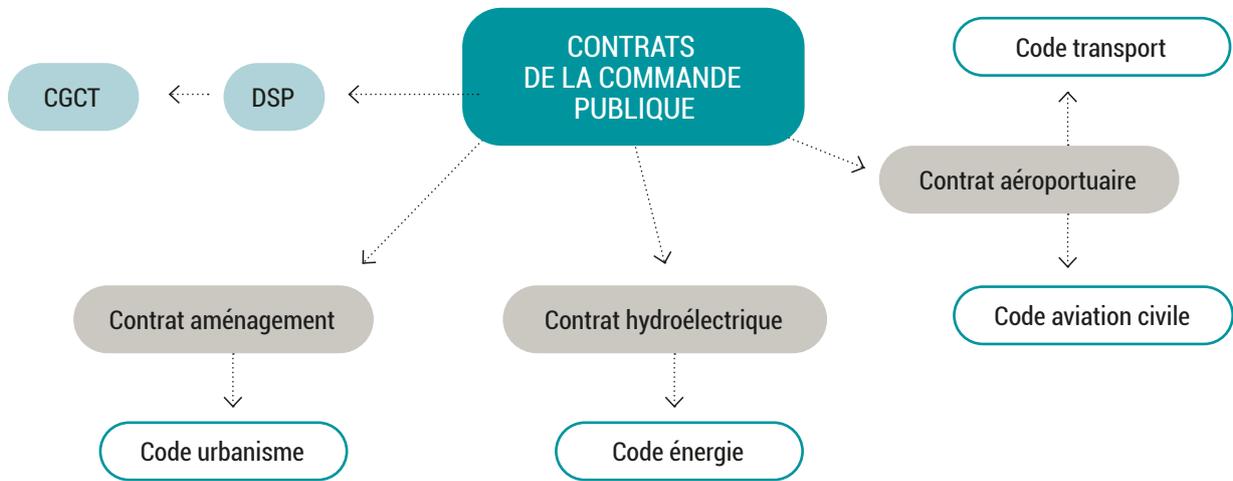
11 Article L. 3132-2 du Code de la commande publique.

12 Voir notamment CJUE, 21 déc. 2016, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord contre Region Hannover*, aff. C-51/15.

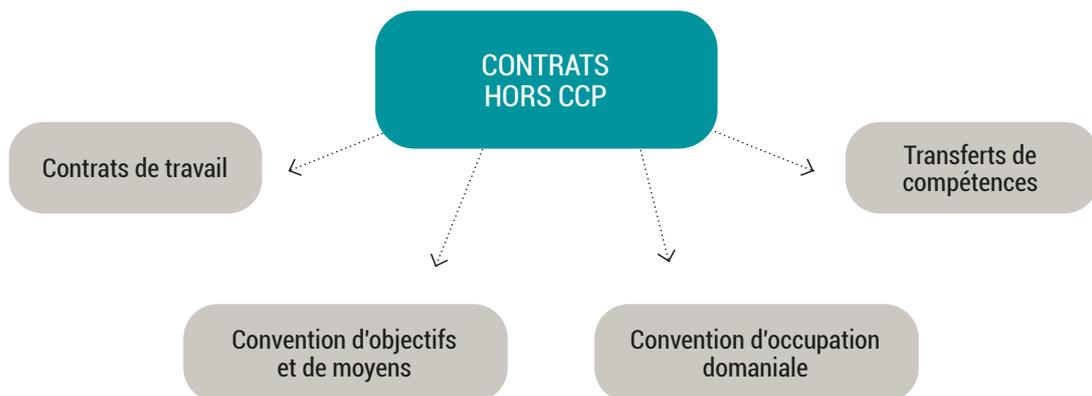
13 Article 432-14 du Code pénal : cet article pénalise le fait de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les concessions.



## CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE



## CONTRATS HORS CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE





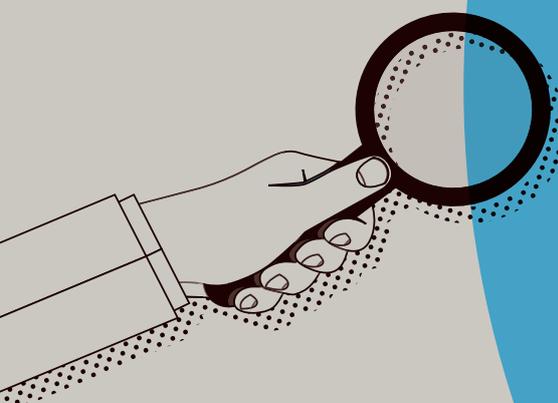
# LE GUIDE JURIDIQUE DE LA concession de services :

# LA DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

## Remerciements

Cette publication est l'oeuvre conjointe de la Fédération des élus des Entreprises publiques locales et du cabinet Adaltys. Nous les remercions pour leur implication et précision dans cette étude.





FÉDÉRATION DES ÉLUS  
**epl**  
DES ENTREPRISES  
PUBLIQUES LOCALES

Fédération des élus des Entreprises publiques locales  
14 rue de la Tombe-Issoire, 75014 Paris  
Tél. : 01 53 32 22 00 - Fax : 01 53 32 22 22  
contact@lesepl.fr

**lesepl.fr**



Fédération des Entreprises  
publiques locales



Éditeur : Fédération des élus des Entreprises publiques locales, Paris, 2022

Prix : 45 €

ISBN : 978-2-35655-092-7



9 782356 550927