



SNTF – Alpespace
Bâtiment Annapurna
24 rue St Exupéry
73800 FRANCLIN (F)

Tél. : 04 79 26 60 70
Fax : 04 79 96 08 71

info@domaines-skiables.fr
www.domaines-skiables.fr

CIRCULAIRE n° 3317

Réforme du régime des Concessions et des Marchés Publics

Le 19 Février 2016

CS/CB/LR/SD

**PJ 4 : Schéma des cas de modification, décret, ordonnance,
note Fédération EPL.**

Ce qu'il faut retenir :

Le droit de la commande publique est en pleine réforme. Les concessions et les marchés publics font l'objet d'ordonnances et de décrets transposant des directives européennes. Leur champ d'application est élargi (fusion des délégations de service public et concession de travaux, fusion des marchés publics et ordonnance de 2005). Le transfert du risque d'exploitation distingue principalement ces deux régimes.

Les principales nouveautés concernant les concessions sont les suivantes :

- Sélection des candidats sur la base de critères hiérarchisés
- Possibilités élargies de modifier la concession
- Publications au niveau européen (avis de concession, avis d'attribution etc.)

Les dispositions spécifiques du Code du tourisme sont maintenues.

Vous trouverez ci-après une première information sur cette réforme. Ces nouveaux textes feront l'objet de commentaires et de jurisprudence, dans les prochains mois (années) pour affiner ce nouveau régime.

Une formation DSFF et une circulaire (courant Juin) plus détaillées vous informeront davantage sur cette réforme.

Claire SMANIOTTO
Chargée de mission Juridique et Fiscal

A. Les contrats de concessions sont définis comme « contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix » (les affermagements sont concernés).

Deux procédures sont applicables : une procédure formalisée et une procédure simplifiée.

La procédure formalisée est applicable aux concessions dont le montant HT est supérieur à un seuil fixé au niveau européen (à ce jour il est de 5 225 000 €). Le montant d'une concession est défini comme le chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat, eu égard à la nature des prestations qui font l'objet de la concession. Pour estimer cette valeur sont notamment pris en compte : la valeur de toute forme d'option et les éventuelles prolongations de la durée du contrat de concession, les recettes perçues sur les usagers des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte de l'autorité concédante ou d'autres personnes, les paiements effectués par l'autorité concédante ou toute autre autorité publique ou tout avantage financier octroyé par l'une de celles-ci au concessionnaire, la valeur des subventions ou de tout autre avantage financier octroyés par des tiers pour l'exploitation de la concession, les recettes tirées de toute vente d'actifs faisant partie de la concession, la valeur de tous les fournitures et services mis à la disposition du concessionnaire par l'autorité concédante, à condition qu'ils soient nécessaires à l'exécution des travaux ou à la prestation des services, toutes primes ou tous paiements au profit des candidats ou des soumissionnaires (Article 7 du décret).

Quelques règles applicables à la procédure formalisée =>

- Publication d'un avis de concession au niveau communautaire
- Obligation de consigner les étapes de la procédure
- Hiérarchisation des critères de sélection des offres
- Publication de l'avis d'attribution de la concession

L'ordonnance exclut de son champ d'application certaines coopérations publiques comme les quasi-régies. En effet, l'article 16 ordonnance dispose notamment que « *la présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession attribués par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, à une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque les conditions suivantes sont réunies :*

- *Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;*
- *La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ;*
- *La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ».*

La question de savoir si les SEM pourraient bénéficier de cette exception de quasi-régie demeure car les spécialistes ne sont pas tous d'accord. La Fédération des EPL, que nous avons rencontrée récemment, nous a indiqué (doc ci-joint) que selon elle les SEM ne pouvaient pas être qualifiées de quasi-régie.

Pour ce qui concerne particulièrement notre secteur, une attention particulière est portée aux règles relatives à la durée de la concession et aux possibilités de modifications de la concession.

Durée

La durée de la concession est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire (les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel).

Bien que les dispositions de l'ordonnance et du décret ne le mentionnent pas expressément, la durée de la concession pourra toujours être plus courte que la durée d'amortissement des biens (cf. considérant n°52 de la directive + les dispositions de l'article L342-3 du Code du tourisme sont maintenues, ce qui préserve l'indemnisation en fin de contrat cf. notre circulaire DSF n°3197).

Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat ne peut pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat.

Dans la mesure où la notion d'investissement est largement entendue (cf définition ci-avant), les affermages devront, au-delà de 5 ans, avoir une durée qui corresponde à la durée d'amortissement de ces investissements, dont la définition très large est un plus.

Modifications

Le contrat de concession peut être modifié, sans nouvel appel à concurrence, dans 6 cas mais les modifications ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession (cf. Schéma en pièce jointe).

- Lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque ;
- Lorsque des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat de concession initial, à la double condition qu'un changement de concessionnaire est impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale ou présenterait pour l'autorité concédante un inconvénient majeur ou entraînerait pour lui une augmentation substantielle des coûts ;
- Lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir ;

- Lorsqu'un nouveau concessionnaire se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession, en application d'une clause de réexamen ou d'une option ou dans le cas d'une cession du contrat de concession ;
- Lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles * ;
- Lorsque le montant de la modification est inférieur au seuil visé à l'article 9 et à 10 % du montant du contrat de concession initial.

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

- a) Elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ;*
- b) Elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial ;*
- c) Elle étend considérablement le champ d'application du contrat de concession ;*
- d) Elle a pour effet de remplacer le concessionnaire auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession par un nouveau concessionnaire, en dehors des hypothèses visées ci-dessus.*

A noter que lorsque le contrat de concession est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant des modifications prévues aux cas 2 et 3 ci-dessus mentionnés ne peut être supérieur à 50 % du montant du contrat de concession initial. Mais cette limite n'est pas applicable aux entités adjudicatrices. Or, selon les dispositions de l'article 10 de l'ordonnance, les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 11 (parmi lesquelles figurent « les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramway, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique, ou les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux ») sont des entités adjudicatrices. Par conséquent, cette limite n'est pas applicable dans notre secteur, ce qui signifie que les avenants dans les cas 2 et 3 ne sont pas a priori plafonnés (toutefois demeure les notions d'absence de changement de la nature globale de la concession et de durée d'amortissement maximale cf. paragraphe supra « durée »).

A noter : le considérant n°75 a été introduit spécifiquement par Domaines Skiabiles de France dans la directive européenne afin de donner le maximum de souplesse aux avenants.

Pour les concessions les nouvelles règles seront applicables aux consultations engagées à compter du 1^{er} avril 2016 sauf les dispositions relatives aux modifications qui sont d'ores et déjà applicables.

Les contrats en cours continuent de produire leurs effets.

B. Les marchés publics sont définis comme des contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Trois procédures sont applicables : une procédure adaptée (pour les contrats d'un montant supérieur à 25 000 € et inférieur à un seuil européen), une procédure négociée (pour les contrats d'un montant inférieur à 25 000 €) et une procédure formalisée (pour les contrats supérieurs à un seuil européen).

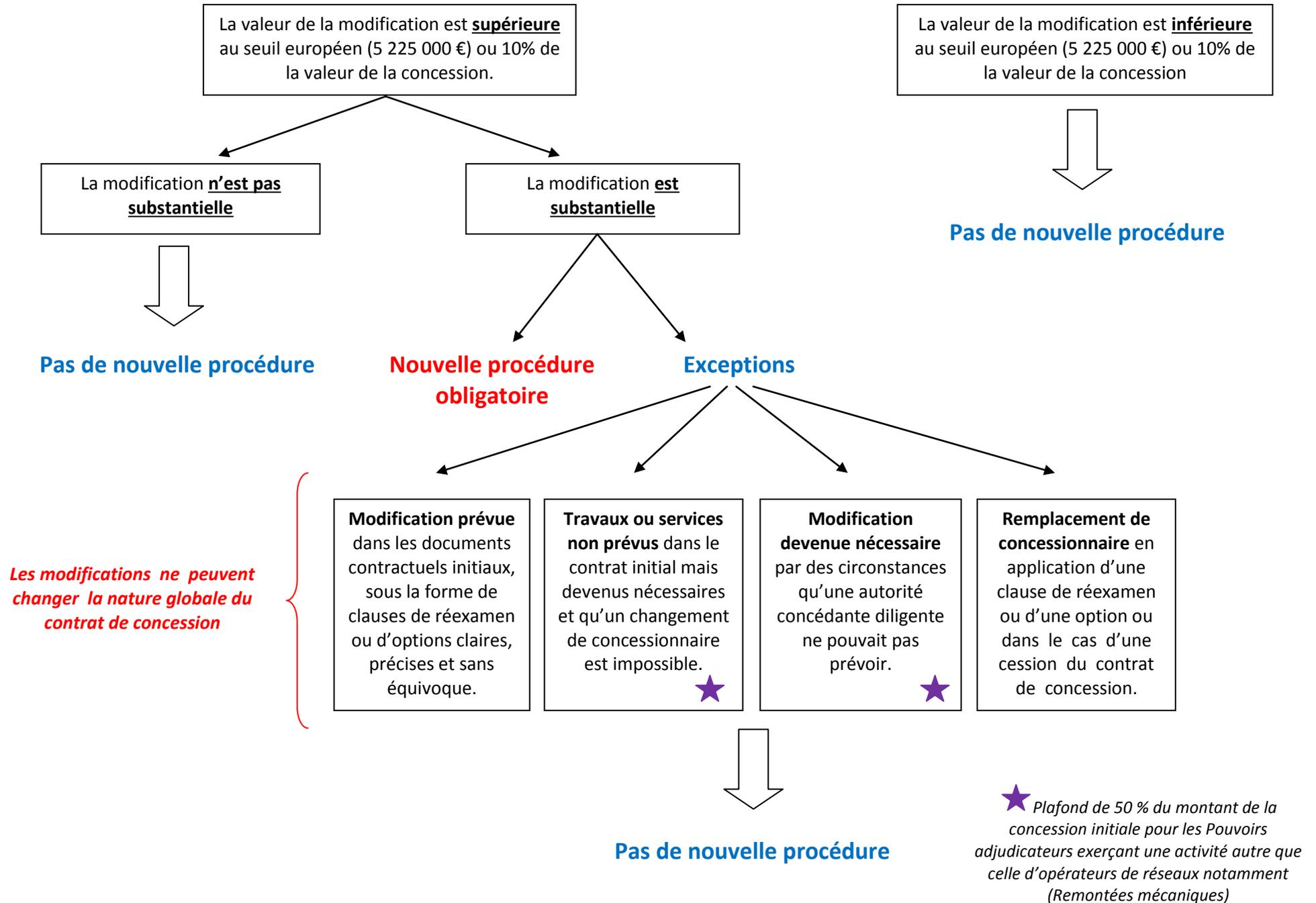
De la même manière, l'ordonnance exclu de son champ d'application certaines coopérations publiques comme les quasi-régies.

Quelques nouveautés => le délai de réception des candidatures et des offres passe de 52 à 35 jours, pour la présentation des candidatures, il sera possible d'utiliser le DUME (document unique de marché européen), nouvelle procédure « procédure concurrentielle avec négociation ».

Attention, les SEM qui étaient soumises à l'ordonnance de 2005 sont désormais soumise aux règles des marchés publics.

Le nouveau régime s'appliquera à compter du 1er janvier 2016 si les décrets d'application sont parus d'ici là et, au plus tard, le 1er avril 2016.

MODIFICATIONS D'UNE CONCESSION : DANS QUELS CAS DOIT ON REMETTRE EN CONCURRENCE ?



Décrets, arrêtés, circulaires

TEXTES GÉNÉRAUX

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMÉRIQUE

Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession

NOR : EINM1527677D

Publics concernés : autorités concédantes et opérateurs économiques.

Objet : régime de droit commun fixant les règles générales d'attribution et d'exécution des contrats de concession passés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

Entrée en vigueur : à l'exception des articles 36 et 37 relatifs à la modification des contrats de concession en cours d'exécution, le présent décret s'applique aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de concession est envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2016.

Notice : le présent décret transpose les dispositions de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession et prévoit les mesures d'application de l'ordonnance relative aux contrats de concession.

Références : le présent décret et les textes qu'il modifie peuvent être consultés, dans leur rédaction issue de cette modification, sur le site de Légifrance (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,

Vu le règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/10 du Conseil ;

Vu le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011 ;

Vu la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE ;

Vu la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ;

Vu la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises ;

Vu le code de la défense ;

Vu le code de l'éducation ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de l'urbanisme ;

Vu l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ;

Vu le décret n° 2006-1534 du 6 décembre 2006 pris pour l'application des articles 1^{er}, 1^{er}-1 et 1^{er}-2 de la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public Réseau ferré de France en vue du renouveau du transport ferroviaire ;

Vu le décret n° 2015-815 du 3 juillet 2015 relatif à la procédure d'attribution des contrats de revitalisation artisanale et commerciale ;

Vu l'avis du Conseil national d'évaluation des normes en date du 7 janvier 2016 ;

Vu la saisine du conseil territorial de Saint-Barthélemy en date du 26 novembre 2015 ;

Vu la saisine du conseil territorial de Saint-Martin en date du 26 novembre 2015 ;

Vu la saisine du conseil territorial de Saint-Pierre-et-Miquelon en date du 25 novembre 2015 ;

Vu l'avis du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en date du 29 décembre 2015 ;

Vu l'avis du gouvernement de la Polynésie française en date du 29 décembre 2015 ;

Vu la saisine de l'assemblée territoriale des îles Wallis et Futuna en date du 27 novembre 2015 ;

Le Conseil d'Etat (section de l'administration) entendu,

Décète :

TITRE I^{er}

CHAMP D'APPLICATION

Art. 1^{er}. – Les dispositions du présent décret sont applicables aux contrats de concession définis à la section 1 du chapitre I^{er} du titre I^{er} de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée.

Sans préjudice des dispositions du règlement du 23 octobre 2007 susvisé, le présent décret s'applique, à l'exception des articles 3, 6, du 1^o du 11 et 35, aux contrats de concession relevant de l'article 5, paragraphe 3, dudit règlement.

TITRE II

PASSATION DES CONTRATS DE CONCESSION

CHAPITRE I^{er}

Dispositions générales

Section 1

Définition des spécifications techniques et fonctionnelles

Art. 2. – I. – Les spécifications techniques et fonctionnelles définissent les caractéristiques requises des travaux ou des services.

Ces caractéristiques peuvent se référer au processus spécifique de production ou d'exécution des travaux ou des services demandés, à condition qu'ils soient liés à l'objet du contrat de concession et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.

II. – Les spécifications techniques et fonctionnelles ne font pas référence à un mode ou procédé de fabrication particulier ou à une provenance ou origine déterminée ni référence à une marque, un brevet ou un type, dès lors qu'une telle mention ou 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 contrat de concession ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du contrat de concession n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : « ou équivalent ».

III. – L'autorité concédante ne peut pas rejeter une offre au motif qu'elle n'est pas conforme aux spécifications techniques et fonctionnelles, si le soumissionnaire prouve dans son offre, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose respectent de manière équivalente ces spécifications.

Section 2

Concessions réservées

Art. 3. – L'autorité concédante peut mettre en œuvre la réservation prévue à l'article 29 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée à condition qu'au moins 50 % du personnel des structures visées à cet article soient des travailleurs handicapés ou défavorisés.

La décision de réserver est mentionnée dans l'avis de concession.

Section 3

Contenu des contrats de concession

Sous-section 1

Documents de la consultation

Art. 4. – I. – Les documents de la consultation sont constitués de l'ensemble des documents fournis par l'autorité concédante ou auxquels elle se réfère, pour définir l'objet, les spécifications techniques et fonctionnelles, les conditions de passation et d'exécution du contrat de concession, ainsi que le délai de remise des candidatures ou des offres et, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. Ils comprennent notamment l'avis de concession, le cahier des charges de la concession et, le cas échéant, l'invitation à présenter une offre.

Toute modification des documents de la consultation est communiquée à l'ensemble des opérateurs économiques, aux candidats admis à présenter une offre ou à tous les soumissionnaires, dans des conditions garantissant leur égalité et leur permettant de disposer d'un délai suffisant pour remettre leurs candidatures ou leurs offres.

II. – L'autorité concédante communique, au plus tard six jours avant la date limite fixée pour la réception des candidatures ou des offres, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sollicités en temps utile par les candidats ou soumissionnaires.

Art. 5. – L'autorité concédante offre, par voie électronique, un accès gratuit, libre, direct et complet aux documents de la consultation sur un profil d'acheteur, à compter de la date de publication d'un avis de concession

ou de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre. Le texte de l'avis de concession ou de l'invitation précise l'adresse internet à laquelle il peut être pris connaissance des documents de la consultation.

Le profil d'acheteur est la plate-forme de dématérialisation permettant notamment aux autorités concédantes de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur.

Lorsque, dans des circonstances dûment justifiées, pour des raisons de sécurité exceptionnelle, des raisons techniques ou en raison du caractère particulièrement sensible d'informations commerciales nécessitant un niveau de protection très élevé, l'autorité concédante est dans l'impossibilité d'offrir un tel accès à certains documents de la consultation, elle indique, dans l'avis de concession ou l'invitation à présenter une offre, que ces documents seront transmis par des moyens autres qu'électroniques. Le délai de réception des offres tient compte de cette impossibilité et, le cas échéant, est prolongé.

Sous-section 2

Durée

Art. 6. – I. – Pour l'application de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel.

II. – Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat.

III. – L'autorité compétente de l'Etat mentionnée au II de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée est le directeur départemental des finances publiques.

Section 4

Estimation de la valeur de la concession

Art. 7. – I. – La valeur estimée du contrat de concession est calculée selon une méthode objective, précisée dans les documents de la consultation mentionnés à l'article 4. Elle correspond au chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat, eu égard à la nature des prestations qui font l'objet de la concession.

Pour estimer la valeur du contrat de concession, l'autorité concédante prend notamment en compte :

- 1° La valeur de toute forme d'option et les éventuelles prolongations de la durée du contrat de concession ;
- 2° Les recettes perçues sur les usagers des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte de l'autorité concédante ou d'autres personnes ;
- 3° Les paiements effectués par l'autorité concédante ou toute autre autorité publique ou tout avantage financier octroyé par l'une de celles-ci au concessionnaire ;
- 4° La valeur des subventions ou de tout autre avantage financier octroyés par des tiers pour l'exploitation de la concession ;
- 5° Les recettes tirées de toute vente d'actifs faisant partie de la concession ;
- 6° La valeur de tous les fournitures et services mis à la disposition du concessionnaire par l'autorité concédante, à condition qu'ils soient nécessaires à l'exécution des travaux ou à la prestation des services ;
- 7° Toutes primes ou tous paiements au profit des candidats ou des soumissionnaires.

II. – Lorsque l'ouvrage ou le service concédé peut donner lieu à l'attribution de contrats de concession en lots séparés, est prise en compte la valeur globale estimée de la totalité de ces lots.

L'autorité concédante peut décider de mettre en œuvre soit une procédure commune de mise en concurrence pour l'ensemble des lots, soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot. Elle détermine la procédure à mettre en œuvre pour la passation en fonction de la valeur cumulée des lots et, pour les contrats relevant du 2° de l'article 10, en fonction de leur objet.

III. – Le choix de la méthode de calcul utilisée par l'autorité concédante ne peut avoir pour effet de soustraire le contrat aux dispositions du présent décret qui lui sont applicables, notamment en scindant les travaux ou services.

Art. 8. – La valeur du contrat de concession à prendre en compte pour déterminer les règles procédurales à mettre en œuvre pour la passation du contrat est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis de concession ou, dans les cas où un tel avis n'est pas prévu, au moment où l'autorité concédante engage la procédure de passation.

Lorsque la valeur du contrat de concession au moment de l'attribution est supérieure de plus de 20 % à sa valeur précédemment estimée et qu'elle excède alors le seuil visé à l'article 9, une nouvelle procédure de passation est mise en œuvre si les règles procédurales applicables aux contrats dont la valeur excède ce seuil n'ont pas été respectées.

CHAPITRE II

Procédure de passation

Section 1

Détermination des règles de procédure

Art. 9. – Les contrats de concession sont passés dans le respect des règles procédurales communes prévues par le présent chapitre.

Le présent chapitre fixe également les règles de passation particulières respectivement applicables :

1° Aux contrats dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure au seuil européen publié au *Journal officiel* de la République française ;

2° Aux contrats définis à l'article 10.

Art. 10. – Les contrats de concession mentionnés au 2° de l'article 9 sont les contrats suivants :

1° Les contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure au seuil visé à l'article 9 ;

2° Les contrats de concession qui ont, quelle que soit leur valeur estimée, pour objet :

a) Les activités relevant du 3° du I de l'article 11 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée ;

b) L'exploitation de services de transport de voyageurs relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement du 23 octobre 2007 susvisé ;

c) Un des services sociaux ou des autres services spécifiques, dont la liste est publiée au *Journal officiel* de la République française.

Art. 11. – Les contrats de concession peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants :

1° Le contrat de concession ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ;

2° Lorsque aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue ou lorsque seules des candidatures irrecevables au sens de l'article 23 ou des offres inappropriées au sens de l'article 25 ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande.

Art. 12. – Lorsqu'un contrat de concession a pour objet à la fois une activité visée au c du 2° de l'article 10 et une activité de services qui relève du 1° de l'article 9, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal, déterminé en fonction de la valeur estimée la plus élevée de ces activités respectives.

Lorsqu'un contrat de concession a pour objet à la fois une activité visée au c du 2° de l'article 10 et une autre activité qui relève de l'article 10, il est passé selon les règles applicables aux contrats qui relèvent du c du 2° de l'article 10.

Section 2

Engagement de la procédure de passation

Sous-section 1

Consignation des étapes de la procédure de passation

Art. 13. – Pour les contrats de concession qui relèvent du 1° de l'article 9, l'autorité concédante consigne, par tout moyen approprié, les étapes de la procédure de passation.

Sous-section 2

Modalités de publicité

Art. 14. – L'autorité concédante publie un avis de concession conforme au modèle fixé par le règlement d'exécution du 11 novembre 2015 susvisé. Toutefois, pour les contrats qui relèvent de l'article 10, cet avis est établi conformément au modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie.

L'avis de concession comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation.

Art. 15. – I. – Pour les contrats de concession qui relèvent du 1° de l'article 9, l'autorité concédante publie l'avis de concession mentionné à l'article 14 au *Journal officiel de l'Union européenne*, au *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* ou dans un journal d'annonces légales ainsi que dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

II. – Pour les contrats de concession qui relèvent de l'article 10, l'autorité concédante publie l'avis de concession mentionné à l'article 14 au *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* ou dans un journal d'annonces légales.

L'autorité concédante apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des services ou des travaux en cause, une publication dans une revue spécialisée correspondant au secteur économique concerné ou au *Journal officiel de l'Union européenne* est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le contrat de concession.

III. – Par dérogation au II, pour les contrats de concession visés au *c* du 2° de l'article 10 dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil visé à l'article 9, l'autorité concédante publie l'avis de concession mentionné à l'article 14 au *Journal officiel de l'Union européenne* et au *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* ou dans un journal d'annonces légales.

IV. – L'autorité concédante peut faire paraître, en sus des avis mentionnés aux I à III, un avis de publicité complémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal.

Ces avis complémentaires peuvent, le cas échéant, ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de concession publié à titre principal, à condition qu'ils indiquent expressément les références de cet avis.

Art. 16. – I. – Pour les avis de concession destinés à être publiés au *Journal officiel de l'Union européenne*, l'autorité concédante transmet, par voie électronique, l'avis à l'Office des publications de l'Union européenne.

II. – Pour les contrats de concession dont la valeur est égale ou supérieure au seuil visé à l'article 9, à l'exception des contrats de concession relevant du *a* et du *b* du 2° de l'article 10, la publication d'un avis de concession sur tout autre support ne peut intervenir avant sa publication par l'Office des publications de l'Union européenne. L'autorité concédante peut toutefois procéder à une publication, au niveau national, lorsque l'Office des publications de l'Union européenne n'a pas publié l'avis de concession dans les quarante-huit heures suivant la confirmation de sa réception.

L'avis de concession publié au niveau national ne peut fournir plus de renseignements que ceux qui sont contenus dans l'avis adressé à l'Office des publications de l'Union européenne. Il fait mention de la date d'envoi de l'avis à l'Office des publications de l'Union européenne.

III. – L'autorité concédante doit être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis de concession.

Sous-section 3

Communications et échanges d'information

Art. 17. – I. – Les moyens de communication utilisés ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation du contrat de concession.

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.

L'autorité concédante ne prend connaissance du contenu des candidatures et des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.

L'autorité concédante peut exiger que les candidats et soumissionnaires joignent une traduction en français aux documents qu'ils ont remis rédigés dans une autre langue.

II. – A l'exception des cas prévus aux articles 5 et 16, l'autorité concédante choisit le ou les moyens de communication avec les opérateurs économiques. Ce choix est indiqué dans l'avis de concession ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

III. – Dans l'hypothèse où l'autorité concédante utilise des moyens électroniques, elle assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire, selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. Pour les contrats de concession relevant de l'article 10, ces modalités tiennent compte des caractéristiques du contrat, notamment de la nature et du montant des travaux ou services en cause.

Les dispositifs et les systèmes utilisés pour communiquer par voie électronique, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent être compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées.

Les frais d'accès au réseau sont à la charge de chaque candidat ou soumissionnaire.

Les candidats ou soumissionnaires peuvent adresser à l'autorité concédante une copie de sauvegarde des documents transmis par voie électronique. Cette copie ne peut être prise en considération que si elle est parvenue à l'autorité concédante dans le délai prescrit pour le dépôt, selon le cas, des candidatures ou des offres.

Sous-section 4

Délais de réception des candidatures ou des offres

Art. 18. – I. – L'autorité concédante fixe le délai de réception des candidatures ou des offres en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire.

Pour les contrats de concession qui relèvent du 1° de l'article 9, ces délais ne peuvent être inférieurs aux délais suivants :

1° Le délai de réception des candidatures, accompagnées le cas échéant des offres, ne peut être inférieur à trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de concession ;

2° Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à vingt-deux jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre.

Ces délais peuvent être réduits de cinq jours lorsque l'autorité concédante accepte que les candidatures ou les offres soient transmises par voie électronique.

II. – Lorsque les candidatures ou les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du contrat ou après consultation sur place de documents complémentaires, les délais de réception des

candidatures ou des offres sont fixés de manière à permettre aux opérateurs concernés de prendre connaissance des informations nécessaires au dépôt de leur candidature ou de leur offre.

Section 3

Candidatures

Sous-section 1

Examen des candidatures

Art. 19. – I. – Le candidat produit, à l'appui de sa candidature, une déclaration sur l'honneur attestant :

1° Qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion de la participation à la procédure de passation des contrats de concession prévue aux articles 39, 40 et 42 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée ;

2° Que les renseignements et documents relatifs à ses capacités et à ses aptitudes, exigés en application de l'article 45 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée et dans les conditions fixées aux articles 20 et 21, sont exacts.

II. – Le candidat produit l'ensemble des documents justifiant qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion de la participation à la procédure de passation des contrats de concession prévue aux articles 39, 40 et 42 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée.

Pour justifier qu'il a satisfait aux obligations prévues au 2° de l'article 39 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, le candidat produit un certificat délivré par les administrations et organismes compétents. Un arrêté des ministres intéressés fixe la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à délivrance d'un certificat ainsi que la liste des administrations et organismes compétents.

III. – Pour justifier de ses capacités et de ses aptitudes, le candidat, y compris s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités et les aptitudes d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui les unissent. Dans ce cas, le candidat apporte la preuve qu'il en disposera pendant toute l'exécution du contrat.

En ce qui concerne la capacité financière, l'autorité concédante peut exiger que l'opérateur économique et les autres entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du contrat de concession.

Art. 20. – I. – Pour les contrats de concession de défense ou de sécurité, l'autorité concédante indique dans l'avis de concession si la procédure de passation est ouverte aux opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne.

II. – Lorsque l'autorité concédante décide d'ouvrir la procédure de passation aux opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne, elle indique, dans l'avis de concession, les critères d'accessibilité sur le fondement desquels l'autorisation de participer à la procédure peut être accordée.

Ces critères sont établis notamment au regard des impératifs de sécurité d'information et d'approvisionnement, de la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'Etat, de l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, des objectifs de développement durable, de l'obtention d'avantages mutuels et des exigences de réciprocité.

III. – Lorsque l'autorité concédante décide d'autoriser les opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne à participer à la procédure de passation de la concession, le candidat n'ayant pas la qualité d'opérateur économique européen produit à l'appui de sa candidature tous documents, renseignements ou justificatifs permettant d'évaluer s'il répond aux critères d'accessibilité à la procédure indiqués dans l'avis de concession.

Art. 21. – I. – L'autorité concédante vérifie les conditions de participation relatives aux capacités et aux aptitudes des candidats nécessaires à la bonne exécution du contrat de concession. A cet effet, elle ne peut exiger des candidats que des renseignements et documents non discriminatoires et proportionnés à l'objet du contrat de concession ainsi que des renseignements et documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager.

L'autorité concédante peut notamment exiger que les personnes morales indiquent, dans leur candidature, les noms et les qualifications professionnelles des personnes qui seront chargées de l'exécution du contrat de concession.

Elle peut également exiger, si l'objet ou les conditions du contrat le justifient, des renseignements relatifs à leur habilitation préalable, en application des articles R. 2311-1 et suivants du code de la défense. Elle peut accorder aux candidats qui ne sont pas habilités au moment du dépôt de leur candidature un délai supplémentaire pour obtenir cette habilitation. Elle indique ce délai dans l'avis de concession ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

II. – Lorsque l'autorité concédante 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 contrat de concession.

III. – Les renseignements, documents et les niveaux minimaux de capacité demandés sont précisés dans l'avis de concession ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

Art. 22. – L'autorité concédante peut décider de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre. Dans ce cas, elle fixe, dans les documents de la consultation, un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et, le cas échéant, un nombre maximum. Le nombre de candidats admis à présenter une offre doit garantir une concurrence effective.

Elle procède à la sélection des candidats en appliquant des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du contrat de concession relatifs à leurs capacités et à leurs aptitudes. Ces critères sont mentionnés dans les documents de la consultation.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, l'autorité concédante peut continuer la procédure avec le ou les seuls candidats sélectionnés.

Art. 23. – I. – Avant de procéder à l'examen des candidatures, l'autorité concédante qui constate que des pièces ou informations dont la production était obligatoire conformément aux articles 19, 20 et 21 peuvent demander aux candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié. Elle informe alors les autres candidats de la mise en œuvre de la présente disposition.

II. – Les candidats qui produisent une candidature incomplète, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions du I, ou contenant de faux renseignements ou documents ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession.

Les candidatures irrecevables sont également éliminées. Est irrecevable la candidature présentée par un candidat qui ne peut participer à la procédure de passation en application des articles 39, 40, 42 et 44 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée ou qui ne possède pas les capacités ou les aptitudes exigées en application de l'article 45 de la même ordonnance.

Sous-section 2

Groupements d'opérateurs économiques

Art. 24. – Les groupements d'opérateurs économiques sont autorisés à se porter candidats.

Pour la présentation d'une candidature ou d'une offre, l'autorité concédante ne peut exiger que le groupement d'opérateurs économiques ait une forme juridique déterminée. Toutefois, le groupement retenu peut être contraint de revêtir une telle forme lorsque le contrat de concession lui a été attribué, si cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du contrat. Dans ce cas, la forme qui sera imposée après attribution est mentionnée dans les documents de la consultation.

Section 4

Offres

Art. 25. – Les offres inappropriées ou qui ne respectent pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation sont éliminées.

Est inappropriée l'offre qui est sans rapport avec l'objet de la concession parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences de l'autorité concédante spécifiés dans les documents de la consultation.

Art. 26. – Lorsque l'autorité concédante fait usage de la possibilité de négocier prévue à l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, elle peut décider de limiter le nombre de soumissionnaires admis à participer à la négociation.

Elle procède à la sélection du ou des soumissionnaires en appliquant les critères d'attribution fixés à l'article 27.

Art. 27. – I. – Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, sur une pluralité de critères non discriminatoires. Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation. Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers.

Les critères et leur description sont indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.

II. – Pour les contrats de concession qui relèvent du 1° de l'article 9, l'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.

L'autorité concédante peut modifier, à titre exceptionnel, l'ordre des critères pour tenir compte du caractère innovant d'une solution présentée dans une offre. Une telle modification ne doit pas être discriminatoire. Une offre est considérée comme présentant une solution innovante lorsqu'elle comporte des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, et qu'elle ne pouvait être prévue par une autorité concédante diligente. L'autorité concédante publie un nouvel avis de concession ou envoie une nouvelle invitation à présenter une offre dans le respect des délais fixés à l'article 18.

Art. 28. – Les offres qui n'ont pas été éliminées en application de l'article 25 sont classées par ordre décroissant sur la base des critères prévus à l'article 27.

L'offre la mieux classée est retenue.

Section 5

Achèvement de la procédure

Sous-section 1

Information des candidats et soumissionnaires non retenus

Art. 29. – I. – Pour les contrats de concession dont la valeur est égale ou supérieure au seuil visé à l'article 9, à l'exception des contrats de concession relevant du *a* et du *b* du 2° de l'article 10, l'autorité concédante, dès qu'elle a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats et soumissionnaires le rejet de leur candidature ou de leur offre. Cette notification précise les motifs de ce rejet et, pour les soumissionnaires, le nom du ou des attributaires ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de l'offre.

Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du contrat de concession. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de cette notification à l'ensemble des candidats et soumissionnaires intéressés.

La notification de l'attribution du contrat de concession comporte l'indication de la durée du délai de suspension que l'autorité concédante s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu.

II. – Le respect des délais mentionnés au I n'est pas exigé dans le cas de l'attribution du contrat de concession au seul opérateur ayant participé à la consultation.

Art. 30. – Lorsque l'autorité concédante décide de ne pas attribuer le contrat de concession ou de recommencer la procédure, elle informe, dans les plus brefs délais, les candidats ou soumissionnaires des motifs de sa décision.

Art. 31. – L'autorité concédante communique à tout candidat ou soumissionnaire écarté, qui n'a pas été destinataire de la notification prévue à l'article 29, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre ainsi que le nom du ou des attributaires du contrat de concession, dans les quinze jours de la réception d'une demande à cette fin.

L'autorité concédante est tenue de communiquer aux soumissionnaires ayant présenté une offre qui n'a pas été éliminée en application de l'article 25 les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue, dans les quinze jours de la réception d'une demande à cette fin.

Sous-section 2

Attribution

Art. 32. – I. – L'autorité concédante envoie pour publication un avis d'attribution dans les cas suivants :

1° Le contrat de concession relève du 1° de l'article 9 ;

2° Le contrat de concession a pour objet une activité visée au *c* du 2° de l'article 10 dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil visé à l'article 9 ;

3° Le contrat de concession est conclu avec un opérateur économique sur le fondement du 1° de l'article 14 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée et dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil visé à l'article 9, lorsque la législation sectorielle de l'Union européenne ne prévoit pas d'obligations de transparence.

II. – L'avis d'attribution est publié au *Journal officiel de l'Union européenne* et selon les mêmes modalités de transmission que celles définies à l'article 16. Il est établi conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution du 11 novembre 2015 susvisé.

III. – L'autorité concédante envoie l'avis d'attribution, dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la notification du contrat de concession.

Toutefois, pour les contrats de concession visés au 2° du I, l'autorité concédante peut n'envoyer qu'un avis global chaque trimestre, au plus tard quarante-huit jours après la fin de chaque trimestre.

TITRE III

EXÉCUTION DES CONTRATS DE CONCESSION

CHAPITRE I^{er}

Transparence

Section 1

Information de l'autorité concédante

Art. 33. – I. – Le rapport prévu par l'article 52 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée est produit chaque année par le concessionnaire, avant le 1^{er} juin.

Il tient compte des spécificités du secteur d'activité concerné et respecte les principes comptables d'indépendance des exercices et de permanence des méthodes retenues pour l'élaboration de chacune de ses parties, tout en permettant la comparaison entre l'année en cours et la précédente. Toutes les pièces justificatives des éléments de ce rapport sont tenues par le concessionnaire à la disposition de l'autorité concédante, dans le cadre de son droit de contrôle.

Ce rapport comprend, notamment :

1° Les données comptables suivantes :

a) Le compte annuel de résultat de l'exploitation de la concession rappelant les données présentées l'année précédente au titre du contrat en cours. Pour l'établissement de ce compte, l'imputation des charges s'effectue par affectation directe pour les charges directes et selon des critères internes issus de la comptabilité analytique ou selon une clé de répartition dont les modalités sont précisées dans le rapport pour les charges indirectes, notamment les charges de structure ;

b) Une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique annuel et pluriannuel retenus pour la détermination des produits et charges directs et indirects imputés au compte de résultat de l'exploitation, les méthodes étant identiques d'une année sur l'autre sauf modification exceptionnelle et dûment motivée ;

c) Un état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du contrat ;

d) Un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année conformément aux obligations contractuelles ;

2° Une analyse de la qualité des ouvrages ou des services demandés au concessionnaire, comportant tout élément qui permette d'apprécier la qualité des ouvrages ou des services exploités et les mesures proposées par le concessionnaire pour une meilleure satisfaction des usagers. La qualité des ouvrages ou des services est notamment appréciée à partir d'indicateurs, proposés par le concessionnaire ou demandés par l'autorité concédante et définis par voie contractuelle.

II. – Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, le rapport comprend également :

1° Les données comptables suivantes :

a) Un compte rendu de la situation des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé, comportant notamment une description des biens et, le cas échéant, le programme d'investissement, y compris au regard des normes environnementales et de sécurité ;

b) Un état du suivi du programme contractuel d'investissements en premier établissement et du renouvellement des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé ainsi qu'une présentation de la méthode de calcul de la charge économique imputée au compte annuel de résultat d'exploitation de la concession ;

c) Un inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service concédé ;

d) Les engagements à incidences financières, y compris en matière de personnel, liés à la concession et nécessaires à la continuité du service public ;

2° Une annexe comprenant un compte rendu technique et financier comportant les informations utiles relatives à l'exécution du service, notamment les tarifs pratiqués, leur mode de détermination et leur évolution, ainsi que les autres recettes d'exploitation.

Section 2

Mise à disposition des données essentielles

Art. 34. – I. – L'autorité concédante offre, sur son profil d'acheteur et au plus tard le 1^{er} octobre 2018, un accès libre, direct et complet aux données essentielles du contrat de concession, notamment aux données suivantes :

1° Avant le début d'exécution du contrat de concession, le numéro d'identification unique attribué au contrat et les données relatives à son attribution :

a) L'identification de l'autorité concédante ;

b) La nature et l'objet du contrat ;

c) La procédure de passation suivie ;

d) Le lieu principal d'exécution des services ou travaux faisant l'objet du contrat ;

e) La durée du contrat ;

f) La valeur globale et les principales conditions financières du contrat ;

g) L'identification du concessionnaire ;

h) La date de signature du contrat ;

2° Chaque année, les données relatives à l'exécution du contrat de concession :

a) Les dépenses d'investissement réalisées par le concessionnaire ;

b) Les principaux tarifs à la charge des usagers et leur évolution par rapport à l'année précédente ;

3° Les données relatives à chaque modification apportée au contrat de concession :

a) L'objet de la modification ;

b) Les incidences de la modification sur la durée ou la valeur du contrat ainsi que sur les tarifs à la charge des usagers ;

c) La date de modification du contrat.

II. – Les données mentionnées au I sont publiées selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

CHAPITRE II

Exécution du contrat de concession par des tiers

Art. 35. – I. – En application du II l'article 54 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, la part des services ou travaux que le soumissionnaire doit confier à des petites et moyennes entreprises au sens de la recommandation du 6 mai 2003 susvisée ou à des tiers ne peut être inférieure à 10 % de la valeur globale estimée du contrat de concession.

II. – Le concessionnaire indique à l'autorité concédante, après l'attribution du contrat et, au plus tard, au début de son exécution, le nom, les coordonnées et les représentants légaux des tiers participant à ces services ou travaux dans la mesure où ces informations sont connues à ce stade.

Lorsqu'une telle personne à l'encontre de laquelle il existe un motif d'exclusion est présentée, par le concessionnaire, l'autorité concédante exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le concessionnaire.

Le concessionnaire informe l'autorité concédante de tout changement relatif à ces informations intervenant au cours de l'exécution du contrat de concession ainsi que des informations requises pour tout nouveau tiers qui participe ultérieurement à ces services ou travaux.

CHAPITRE III

Modification du contrat de concession

Art. 36. – Le contrat de concession peut être modifié dans les cas suivants :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ;

b) Elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial ;

c) Elle étend considérablement le champ d'application du contrat de concession ;

d) Elle a pour effet de remplacer le concessionnaire auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession par un nouveau concessionnaire, en dehors des hypothèses visées au 4° ;

6° Lorsque le montant de la modification est inférieur au seuil visé à l'article 9 et à 10 % du montant du contrat de concession initial, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions énoncées au 5° sont remplies.

Art. 37. – I. – Lorsque le contrat de concession est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant des modifications prévues aux 2° et 3° de l'article 36 ne peut être supérieur à 50 % du montant du contrat de concession initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées dans le respect des dispositions du présent article, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

Ces modifications consécutives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

II. – Pour le calcul du montant des modifications mentionnées au 6° de l'article 36 et au I, le montant actualisé du contrat de concession initial est le montant de référence lorsque le contrat de concession comporte une clause d'indexation. Dans le cas contraire, le montant actualisé du contrat de concession initial est calculé en tenant compte de l'inflation moyenne dans l'Etat membre de l'autorité concédante.

Lorsque plusieurs modifications successives relevant du 6° de l'article 36 sont effectuées, l'autorité concédante prend en compte leur montant cumulé.

III. – Pour les contrats de concession relevant du 1° de l'article 9, l'autorité concédante publie un avis de modification du contrat de concession dans les hypothèses prévues aux 2° et 3° de l'article 36.

Cet avis est publié au *Journal officiel de l'Union européenne* dans les conditions fixées à l'article 16, conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution du 11 novembre 2015 susvisé.

TITRE IV

DISPOSITIONS RELATIVES AUX COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET À LEURS GROUPEMENTS

Art. 38. – L'article R. 1311-2 du code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :

- a) Les mots : « une délégation de service public au sens de l'article L. 1411-1 du présent code » sont supprimés ;
- b) Les mots : « de travaux publics au sens de l'article L. 1415-1 » sont remplacés par les mots : « au sens des articles 5 et 6 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ».

Art. 39. – Le code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :

1° Avant le chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre IV de la première partie, il est inséré un chapitre préliminaire ainsi rédigé :

« CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

« Règles générales applicables aux contrats de concession

« Art. R. 1410-1. – Les contrats de concession des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics sont passés et exécutés conformément aux dispositions du décret n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relatif aux contrats de concession.

« Art. R. 1410-2. – Les dispositions des articles D. 1411-3, D. 1411-4, D. 1411-5 et R. 1411-6 s'appliquent aux contrats de concession des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics. » ;

2° L'article R. 1411-1 est ainsi rédigé :

« Art. R. 1411-1. – Les délégations de service public des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics sont passées et exécutées conformément aux dispositions du décret n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relatif aux contrats de concession. » ;

3° L'article R. 1411-8 est ainsi rédigé :

« Art. R. 1411-8. – Pour application du 7° de l'article L. 2313-1, le rapport mentionné à l'article 33 du décret n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relatif aux contrats de concession, est joint au compte administratif. »

TITRE V

DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

CHAPITRE I^{er}

Dispositions particulières à Mayotte

Art. 40. – Pour l'application du III de l'article 6, les mots : « directeur départemental des finances publiques » sont remplacés par les mots : « directeur régional des finances publiques de Mayotte ».

CHAPITRE II

Dispositions particulières à Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon

Art. 41. – Pour l'application du présent décret à Saint-Barthélemy :

- 1° Le second alinéa de l'article 1^{er} est supprimé ;
- 2° Pour l'application du III de l'article 6, les mots : « directeur départemental des finances publiques » sont remplacés par les mots : « directeur local des finances publiques de Saint-Barthélemy » ;
- 3° Le *b* du 2° de l'article 10 est ainsi rédigé :
« *b*) L'exploitation de services de transport de voyageur, à l'exclusion des transports routiers » ;
- 4° Au 2° de l'article 11, les mots : « et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande » sont supprimés ;
- 5° Le premier alinéa de l'article 14 est ainsi rédigé :
« L'autorité concédante publie un avis de concession. » ;

6° A l'article 15, les mots : « au *Journal officiel de l'Union européenne* » sont remplacés par les mots « au *Journal officiel* de la collectivité de Saint-Barthélemy » ;

7° Les I et II de l'article 16 sont supprimés ;

8° Le II de l'article 32 est ainsi rédigé :

« II. – L'avis d'attribution est publié au *Journal officiel* de la collectivité de Saint-Barthélemy. » ;

9° Au I de l'article 35, les mots : « au sens de la recommandation du 6 mai 2003 susvisée » sont supprimés ;

10° Le deuxième alinéa du III de l'article 37 est ainsi rédigé :

« Cet avis est publié au *Journal officiel* de la collectivité de Saint-Barthélemy. » ;

11° L'article 51 est supprimé.

Art. 42. – Pour l'application du présent décret à Saint-Martin :

1° Au III de l'article 6, les mots : « directeur départemental des finances publiques » sont remplacés par les mots : directeur local des finances publiques de Saint-Martin » ;

2° L'article 51 est supprimé.

Art. 43. – Pour l'application du présent décret à Saint-Pierre-et-Miquelon :

1° Le second alinéa de l'article 1^{er} est supprimé ;

2° Au III de l'article 6, les mots : « directeur départemental des finances publiques » sont remplacés par les mots : « directeur local des finances publiques de Saint-Pierre-et-Miquelon » ;

3° Au 2° de l'article 11, les mots : « et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande » sont supprimés ;

4° Le premier alinéa de l'article 14 est ainsi rédigé :

« L'autorité concédante publie un avis de concession. » ;

5° A l'article 15, les mots : « au *Journal officiel de l'Union européenne* » sont remplacés par les mots « au *Journal officiel* de Saint-Pierre-et-Miquelon » ;

6° Les I et II de l'article 16 sont supprimés ;

7° Le II de l'article 32 est ainsi rédigé :

« II. – L'avis d'attribution est publié au *Journal officiel* de Saint-Pierre-et-Miquelon. » ;

8° Au I de l'article 35, les mots : « au sens de la recommandation du 6 mai 2003 susvisée » sont supprimés ;

9° Le deuxième alinéa du III de l'article 37 est ainsi rédigé :

« Cet avis est publié au *Journal officiel* de Saint-Pierre-et-Miquelon. » ;

10° L'article 51 est supprimé.

CHAPITRE III

Dispositions particulières à la Nouvelle-Calédonie

Art. 44. – Le présent décret est applicable en Nouvelle-Calédonie aux contrats de concession, définis à la section 1 du chapitre I^{er} du titre I^{er} de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, conclus par l'Etat et ses établissements publics sous réserve des dispositions suivantes :

1° Le second alinéa de l'article 1^{er} est supprimé ;

2° Le III de l'article 6 est supprimé ;

3° Les *a* et *b* du 2° de l'article 10 sont supprimés ;

4° Au 2° de l'article 11, les mots : « et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande » sont supprimés ;

5° Le premier alinéa de l'article 14 est ainsi rédigé :

« L'autorité concédante publie un avis de concession. » ;

6° A l'article 15, les mots : « au *Journal officiel de l'Union européenne* » sont remplacés par les mots : « au *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie » ;

7° Les I et II de l'article 16 sont supprimés ;

8° Le II de l'article 32 est ainsi rédigé :

« II. – L'avis d'attribution est publié au *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie. » ;

9° Au I de l'article 35, les mots : « au sens de la recommandation du 6 mai 2003 susvisée » sont supprimés ;

10° Le deuxième alinéa du III de l'article 37 est ainsi rédigé :

« Cet avis est publié au *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie » ;

11° Les articles 38, 39, 50 à 53 sont supprimés.

CHAPITRE IV

Dispositions particulières à la Polynésie française

Art. 45. – Le présent décret est applicable en Polynésie française aux contrats de concession, définis à la section 1 du chapitre I^{er} du titre I^{er} de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, conclus par l'Etat et ses établissements publics sous réserve des dispositions suivantes :

- 1° Le second alinéa de l'article 1^{er} est supprimé ;
- 2° Le III de l'article 6 est supprimé ;
- 3° Les *a* et *b* du 2° de l'article 10 sont supprimés ;
- 4° Au 2° de l'article 11, les mots : « et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande » sont supprimés ;
- 5° Le premier alinéa de l'article 14 est ainsi rédigé :
« L'autorité concédante publie un avis de concession. » ;
- 6° A l'article 15, les mots : « au *Journal officiel de l'Union européenne* » sont remplacés par les mots : « au *Journal officiel* de la Polynésie française » ;
- 7° Les I et II de l'article 16 sont supprimés ;
- 8° Le II de l'article 32 est ainsi rédigé :
« II. – L'avis d'attribution est publié au *Journal officiel* de la Polynésie française. » ;
- 9° Au I de l'article 35, les mots : « au sens de la recommandation du 6 mai 2003 susvisée » sont supprimés ;
- 10° Le deuxième alinéa du III de l'article 37 est ainsi rédigé :
« Cet avis est publié au *Journal officiel* de la Polynésie française. » ;
- 11° Les articles 38, 39, 50 à 53 sont supprimés.

CHAPITRE V

Dispositions particulières aux îles Wallis et Futuna

Art. 46. – Le présent décret est applicable dans les îles Wallis et Futuna aux contrats de concession, définis à la section 1 du chapitre I^{er} du titre I^{er} de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, conclus par l'Etat et ses établissements publics ainsi que par les autres organismes et personnes de droit public et de droit privé chargées par l'Etat d'une mission de service public administratif, sous réserve des dispositions suivantes :

- 1° Le second alinéa de l'article 1^{er} est supprimé ;
- 2° Le III de l'article 6 est supprimé ;
- 3° Les *a* et *b* du 2° de l'article 10 sont supprimés ;
- 4° Au 2° de l'article 11, les mots : « et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande » sont supprimés ;
- 5° Le premier alinéa de l'article 14 est ainsi rédigé :
« L'autorité concédante publie un avis de concession. » ;
- 6° A l'article 15, les mots : « au *Journal officiel de l'Union européenne* » sont remplacés par les mots : « au *Journal officiel* du Territoire des îles Wallis et Futuna » ;
- 7° Les I et II de l'article 16 sont supprimés ;
- 8° Le II de l'article 32 est ainsi rédigé :
« II. – L'avis d'attribution est publié au *Journal officiel* du Territoire des îles Wallis et Futuna. » ;
- 9° Au I de l'article 35, les mots : « au sens de la recommandation du 6 mai 2003 susvisée » sont supprimés ;
- 10° Le deuxième alinéa du III de l'article 37 est ainsi rédigé :
« Cet avis est publié au *Journal officiel* du Territoire des îles Wallis et Futuna. » ;
- 11° Les articles 38, 39, 50 à 53 sont supprimés.

CHAPITRE VI

Dispositions applicables dans les Terres australes et antarctiques françaises

Art. 47. – Le présent décret est applicable dans les Terres australes et antarctiques françaises aux contrats de concession, définis à la section 1 du chapitre I^{er} du titre I^{er} de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, conclus par l'Etat et ses établissements publics ainsi que par les autres organismes et personnes de droit public et de droit privé chargées par l'Etat d'une mission de service public administratif, sous réserve des dispositions suivantes :

- 1° Le second alinéa de l'article 1^{er} est supprimé ;
- 2° Au III de l'article 6, les mots : « directeur départemental des finances publiques » sont remplacés par les mots : « directeur régional des finances publiques de La Réunion » ;
- 3° Au 2° de l'article 11, les mots : « et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande » sont supprimés ;
- 4° Le premier alinéa de l'article 14 est ainsi rédigé :

- « L'autorité concédante publie un avis de concession. » ;
- 5° A l'article 15, les mots : « au *Journal officiel de l'Union européenne* » sont remplacés par les mots « au *Journal officiel* des Terres australes et antarctiques françaises » ;
- 6° Les I et II de l'article 16 sont supprimés ;
- 7° Le II de l'article 32 est ainsi rédigé :
- « II. – L'avis d'attribution est publié au *Journal officiel* des Terres australes et antarctiques françaises. » ;
- 8° Au I de l'article 35, les mots : « au sens de la recommandation du 6 mai 2003 susvisée » sont supprimés ;
- 9° Le deuxième alinéa du III de l'article 37 est ainsi rédigé :
- « Cet avis est publié au *Journal officiel* des Terres australes et antarctiques françaises. » ;
- 10° Les articles 38, 39, 50 à 53 sont supprimés.

TITRE VI

DISPOSITIONS DIVERSES

Art. 48. – Les seuils fixés dans le présent décret peuvent être modifiés par décret.

Art. 49. – Dans toutes les dispositions réglementaires en vigueur, pour les contrats passés en application du présent décret, les références aux articles du chapitre IV du titre II de la loi du 29 janvier 1993 susvisée ou à l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics et à leurs décrets d'application s'entendent comme faisant référence à l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée et au présent décret pour autant que lesdits contrats eussent relevé du champ d'application de ces dispositions avant l'entrée en vigueur de cette ordonnance.

Art. 50. – Au premier alinéa de l'article D. 213-30 du code de l'éducation, la référence aux articles L. 1411-1 à L. 1411-18 et R. 1411-1 à R. 1411-6 du code général des collectivités territoriales est remplacée par la référence aux articles L. 1411-1 à L. 1411-19 et R. 1411-1 à R. 1411-8 du code général des collectivités territoriales.

Art. 51. – Le code de l'urbanisme est ainsi modifié :

1° La section II du livre III de la partie réglementaire est ainsi modifiée :

a) Dans l'intitulé de la sous-section 1, les mots : « soumises au droit communautaire des concessions » sont remplacés par les mots : « transférant un risque économique » ;

b) L'article R.* 300-4 est remplacé par les dispositions suivantes :

« *Art. R.* 300-4.* – Les dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession et les dispositions de la présente sous-section sont applicables aux concessions d'aménagement lorsque le concessionnaire assume un risque économique lié à l'opération d'aménagement » ;

c) Le second alinéa de l'article R.* 300-5 est supprimé ;

d) L'article R.* 300-7 est remplacé par les dispositions suivantes :

« *Art. R.* 300-7.* – Sans préjudice des articles 4, 5 et 18 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession, le concédant adresse à chacun des candidats un document précisant les caractéristiques essentielles de la concession d'aménagement et indiquant le programme global prévisionnel des équipements et des constructions projetés ainsi que les conditions de mise en œuvre de l'opération. »

e) A l'article R.* 300-9, les mots : « des discussions mentionnées à l'article R.* 300-8 » sont remplacés par les mots : « de la négociation prévue à l'article 46 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession » ;

f) La sous-section 3 est abrogée et la sous-section 4 devient la sous-section 3 ;

2° La section III du livre III est ainsi modifiée :

a) L'article R.* 300-12 est remplacé par les dispositions suivantes :

« *Art. R.* 300-12.* – Quelle que soit la valeur estimée du besoin, les contrats d'études, de maîtrise d'œuvre ou de travaux que le concessionnaire mentionné à l'article L. 300-5-1 passe pour l'exécution de la concession sont conclus selon une procédure dont il détermine librement les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. » ;

b) L'article R.* 300-13 est remplacé par les dispositions suivantes :

« *Art. R.* 300-13.* – Le concessionnaire informe le concédant, dans un délai de trente jours à compter de la conclusion des contrats conclus dans les conditions de l'article R.* 300-12, du nom du titulaire ainsi que du montant du contrat. »

Art. 52. – A l'article 27 du décret du 6 décembre 2006 susvisé, les mots : « 40 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée » sont remplacés par les mots : « 55 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ».

Art. 53. – Le décret du 3 juillet 2015 susvisé est ainsi modifié :

1° L'article 1^{er} est ainsi rédigé :

« *Art. 1^{er}.* – L'attribution d'un contrat de revitalisation artisanale et commerciale prévue par l'article 19 de la loi du 18 juin 2014 susvisée est soumise à une procédure de mise en concurrence définie aux articles 2 et 3 du présent décret » ;

2° Le chapitre I^{er} est remplacé par un chapitre ainsi rédigé :

« *CHAPITRE I^{er}*

« *Procédure applicable aux contrats de revitalisation artisanale et commerciale transférant un risque d'exploitation*

« *Art. 2.* – I. – Les contrats de revitalisation artisanale et commerciale qui transfèrent à leur titulaire un risque d'exploitation sont passés en application des règles prévues :

« 1° Pour l'Etat et ses établissements publics, par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatifs aux contrats de concession ;

« 2° Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, par les articles L. 1410-1 à L. 1411-19 du code général des collectivités territoriales. »

Art. 54. – Sont abrogés :

1° Les articles R. 1411-2 à R. 1411-2-2 et R. 1411-7 et le chapitre V du titre I^{er} du livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales ;

2° Les articles R.* 300-6, R.* 300-8, R. 300-9-1, R.* 300-10, R.* 300-11 et R.* 300-14 du code de l'urbanisme ;

3° Le décret n° 93-471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des délégations de service public ;

4° Le décret n° 95-225 du 1^{er} mars 1995 pris pour l'application de l'article 41 c de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, concernant les modalités de publicité des délégations de service public ;

5° Le titre IV du décret n° 97-638 du 31 mai 1997 pris pour l'application de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative à la lutte contre le travail illégal ;

6° Le décret n° 2005-236 du 14 mars 2005 relatif au rapport annuel du délégataire de service public local et modifiant le code général des collectivités territoriales (partie Réglementaire) ;

7° Le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique.

TITRE VII

DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

Art. 55. – L'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée et le présent décret entrent en vigueur le 1^{er} avril 2016.

Le présent décret s'applique aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de concession est envoyé à la publication à compter de sa date d'entrée en vigueur.

Art. 56. – Le ministre des finances et des comptes publics, la ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, la ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, le ministre de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt, porte-parole du Gouvernement, le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique et la ministre des outre-mer sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait le 1^{er} février 2016.

MANUEL VALLS

Par le Premier ministre :

*Le ministre de l'économie,
de l'industrie et du numérique,*

EMMANUEL MACRON

*Le ministre des finances
et des comptes publics,*

MICHEL SAPIN

*La ministre des affaires sociales,
de la santé*

et des droits des femmes,

MARISOL TOURAINE

*La ministre du travail, de l'emploi,
de la formation professionnelle
et du dialogue social,*

MYRIAM EL KHOMRI

*Le ministre de l'agriculture,
de l'agroalimentaire et de la forêt,
porte-parole du Gouvernement,*
STÉPHANE LE FOLL

La ministre des outre-mer,
GEORGE PAU-LANGEVIN

Décrets, arrêtés, circulaires

TEXTES GÉNÉRAUX

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMÉRIQUE

Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession

NOR : EINM1527673R

Le Président de la République,

Sur le rapport du Premier ministre et du ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,

Vu la Constitution, notamment son article 38 ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil ;

Vu la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE ;

Vu la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ;

Vu le code de l'action sociale et des familles, notamment son article L. 344-2 ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code de la défense ;

Vu le code de l'énergie ;

Vu le code général des impôts ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu le code monétaire et financier, notamment son article L. 211-1 ;

Vu le code pénal ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu le code de procédure pénale ;

Vu le code général de la propriété des personnes publiques ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu le code de la sécurité intérieure ;

Vu le code du tourisme ;

Vu le code des transports ;

Vu le code du travail ;

Vu le code du travail applicable à Mayotte ;

Vu le code de l'urbanisme ;

Vu le code de la voirie routière ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;

Vu la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 modifiée relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, notamment son article 9-1 ;

Vu la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, notamment son article 209 ;

Vu l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;

Vu l'avis du Conseil national d'évaluation des normes en date du 7 janvier 2016 ;

Vu l'avis du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel en date du 19 janvier 2016 ;

Vu la saisine du Conseil territorial de Saint-Barthélemy en date du 27 novembre 2015 ;

Vu la saisine du Conseil territorial de Saint-Martin en date du 26 novembre 2015 ;

Vu la saisine du Conseil territorial de Saint-Pierre-et-Miquelon en date du 25 novembre 2015 ;

Vu la saisine du Congrès de Nouvelle-Calédonie en date du 27 novembre 2015 ;

Vu l'avis de l'Assemblée de Polynésie française en date du 7 janvier 2016 ;

Vu la saisine de l'Assemblée territoriale des îles Wallis et Futuna en date du 30 novembre 2015 ;

Vu la saisine du Conseil départemental de Mayotte en date du 27 novembre 2015 ;

Le Conseil d'Etat entendu ;

Le conseil des ministres entendu,

Ordonne :

TITRE PRÉLIMINAIRE

Article 1^{er}

I. – Les contrats de concession 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.

II. – Pour les contrats de concession de défense ou de sécurité, les principes énoncés au I ont également pour objectif d'assurer le renforcement de la base industrielle et technologique de défense européenne.

Article 2

I. – Les concessions de défense ou de sécurité, exclues ou exemptées de l'accord sur les marchés publics ou d'un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, sont passées avec des opérateurs économiques d'Etats membres de l'Union européenne.

II. – Les autorités concédantes peuvent toutefois autoriser, au cas par cas, des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne à participer à une procédure de passation d'une concession de défense ou de sécurité.

La décision de l'autorité concédante prend notamment en compte les impératifs de sécurité des informations et des approvisionnements, 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.

III. – Pour l'application de la présente ordonnance, les Etats parties à l'Espace économique européen qui ne sont pas membres de l'Union européenne sont assimilés à des Etats membres de l'Union européenne.

Article 3

Les contrats de concession relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs.

Article 4

Les autorités concédantes, définies à l'article 8, sont libres de décider du mode de gestion qu'elles estiment le plus approprié pour exécuter des travaux ou gérer des services. Elles peuvent choisir d'exploiter leurs services publics en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités concédantes, ou de les concéder à des opérateurs économiques.

Le mode de gestion choisi permet d'assurer notamment un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement ainsi que la promotion de l'accès universel et des droits des usagers en matière de services publics.

TITRE I^{er}

CHAMP D'APPLICATION

CHAPITRE I^{er}

Contrats de concession et autorités concédantes soumis à la présente ordonnance

Section 1

Définition des contrats de concession

Article 5

Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs

opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

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

Article 6

I. – Les contrats de concession de travaux ont pour objet :

1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au *Journal officiel* de la République française ;

2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante.

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.

II. – Les contrats de concession de services ont pour objet la gestion d'un service. Ils peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public. Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

III. – Lorsqu'un contrat de concession porte sur des travaux et des services, il est un contrat de concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.

IV. – Les contrats de concession de défense ou de sécurité sont les contrats de concession passés par l'Etat ou ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et ayant pour objet des travaux ou des services visés à l'article 6 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée.

Article 7

Ne sont pas des contrats de concession, au sens de la présente ordonnance :

1° Les délégations ou les transferts de compétences ou de responsabilités organisés entre autorités concédantes soumises à l'ordonnance en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles ;

2° Les subventions au sens de l'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000 susvisée.

Section 2

Définition des autorités concédantes soumises à la présente ordonnance

Article 8

Les autorités concédantes soumises à la présente ordonnance sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles 9 et 10.

Article 9

Les pouvoirs adjudicateurs sont :

1° Les personnes morales de droit public ;

2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, dont :

a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;

b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;

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 ;

3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.

Article 10

Les entités adjudicatrices sont :

1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 11 ;

2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 11.

Est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance ;

3° Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 11 et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité.

Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs au sens du présent 3° les droits d'exclusivité accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires.

Section 3

Définition des activités d'opérateurs de réseaux

Article 11

I. – Sont des activités d'opérateur de réseaux au sens de la présente ordonnance :

1° La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz ou de chaleur ;

2° La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité ;

3° La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable.

Sont également soumis aux dispositions applicables aux entités adjudicatrices les contrats de concession passés par les entités adjudicatrices exerçant une des activités mentionnées à l'alinéa précédent qui sont liés :

a) Soit à l'évacuation ou au traitement des eaux usées ;

b) Soit à des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets ;

4° Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique ayant pour objet :

a) D'extraire du pétrole ou du gaz ;

b) De prospector ou d'extraire du charbon ou d'autres combustibles solides ;

5° Les activités d'exploitation destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition des transporteurs des aéroports, des ports maritimes, des ports fluviaux ou d'autres terminaux ;

6° Les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramway, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique, ou les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux.

Le service de transport est regardé comme fourni par un réseau de transport lorsqu'une autorité nationale ou territoriale compétente définit les conditions générales d'organisation du service, notamment en ce qui concerne les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service ;

7° Les activités visant à fournir des services postaux mentionnés à l'article L. 1 du code des postes et des communications électroniques ou, lorsqu'ils sont fournis par une entité adjudicatrice exerçant par ailleurs de tels services postaux, les services suivants :

a) Les services de gestion de services courrier ;

b) Les services d'envois non postaux tels que le publipostage sans adresse.

II. – Ne sont pas des activités d'opérateur de réseaux au sens de la présente ordonnance :

1° L'alimentation en gaz ou en chaleur des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

a) La production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inévitable de l'exercice d'une activité autre que celles mentionnées au I ;

b) L'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter à des fins commerciales cette production et ne dépasse pas 20 % du chiffre d'affaires de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes ;

2° L'alimentation en électricité des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

a) La production d'électricité par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées au I ;

b) La quantité d'électricité utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'énergie de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes ;

3° L'alimentation en eau potable des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

a) La production d'eau potable par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées au I ;

b) La quantité d'eau utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'eau potable de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes.

III. – Au sens du présent article, l'alimentation de réseaux comprend la production, la vente en gros et la vente de détail.

Section 4

Définition des opérateurs économiques, candidats et soumissionnaires

Article 12

Est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services.

Un candidat est un opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de concession.

Un soumissionnaire est un opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un contrat de concession.

CHAPITRE II

Contrats de concession exclus

Section 1

Exclusions applicables aux contrats de concession passés par les pouvoirs adjudicateurs

Article 13

Sous réserve des dispositions applicables aux contrats de concession de défense ou de sécurité prévues à l'article 15, la présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession passés par les pouvoirs adjudicateurs et qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Les contrats de concession de services conclus avec un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, une ou plusieurs entités adjudicatrices visées au 1° de l'article 10 ou un opérateur économique lorsqu'ils bénéficient, en vertu 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° Les contrats de concession 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° Les contrats de concession de services relatifs à la recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ;

4° Les contrats de concession de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;

5° Les contrats de concession de services financiers liés à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers définis à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, à des services fournis par des banques centrales ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le mécanisme européen de stabilité ;

6° Les contrats de concession de services qui sont des contrats d'emprunts, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers mentionnés au 5° ;

7° Lorsqu'ils sont attribués à une organisation ou une association à but non lucratif :

a) Les contrats de concession de services d'incendie et de secours ;

b) Les contrats de concession de services de protection civile ;

c) Les contrats de concession de services de sécurité nucléaire ;

d) Les contrats de concession de services ambulanciers, à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients ;

8° Les contrats de concession de services juridiques suivants :

a) Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ;

b) Les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ;

c) Les services qui sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique ;

9° Les contrats de concession de services qui :

a) Soit sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion ;

b) Soit ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion et attribués par des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou radiophonique.

Au sens du présent 9°, la notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique ;

10° Les contrats de concession qui ont pour objet des services d'exploitation de la loterie qui sont attribués à un opérateur économique sur la base d'un droit exclusif.

Un tel droit exclusif est publié au *Journal officiel de l'Union européenne* ;

11° Les contrats de concession de service de transport aérien basés sur l'octroi d'une licence d'exploitation au sens de l'article L. 6412-2 du code des transports ;

12° Les contrats de concession qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques ;

13° Les contrats de concession 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'Etat l'exige, à condition que cette sécurité ou cette protection ne puisse pas être garantie par d'autres moyens ;

14° Les contrats de concession qui doivent être conclus selon des procédures prévues par :

a) Un accord international, y compris un arrangement administratif, conclu entre un Etat membre de l'Union européenne et un ou plusieurs Etat tiers ou une subdivision de ceux-ci, portant sur des travaux ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses parties signataires. Cet accord est communiqué à la Commission européenne ;

b) Une organisation internationale ;

15° Les contrats de concession qui sont conclus :

a) Selon la procédure propre à une organisation internationale lorsque le contrat de concession est entièrement financé par cette organisation internationale ;

b) Selon la procédure convenue entre une organisation internationale et un pouvoir adjudicateur, lorsque le contrat de concession est cofinancé majoritairement par cette organisation internationale.

Section 2

Exclusions applicables aux contrats de concession passés par les entités adjudicatrices

Article 14

Sous réserve des dispositions applicables aux contrats de concession de défense ou de sécurité prévues à l'article 15, la présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession passés par les entités adjudicatrices et qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Les contrats de concession de services conclus avec un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, une ou plusieurs entités adjudicatrices visées au 1° de l'article 10 ou un opérateur économique lorsqu'ils bénéficient, en vertu 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 et les actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités d'opérateur de réseau. L'attribution d'un contrat de concession à un opérateur économique fondée sur un droit exclusif est soumise à une obligation de publicité d'un avis d'attribution dans les conditions prévues par voie réglementaire ;

2° Les contrats de concession mentionnés aux 2° à 11° et 13° à 15° de l'article 13 ;

3° Les contrats de concession passés par les entités adjudicatrices dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans une aire géographique déterminée d'un Etat membre, lorsque la Commission européenne a reconnu que, dans cet Etat ou dans l'aire géographique concernée, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité.

Section 3

Exclusions propres aux contrats de concession de défense ou de sécurité

Article 15

La présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Les contrats de concessions mentionnés aux 1° à 12° de l'article 13 ;

2° Les contrats de concession, lorsque la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat ne peut être garantie par d'autres mesures, pour lesquels :

a) L'application de la présente ordonnance obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'Etat ;

b) L'attribution et l'exploitation sont déclarées secrètes ou doivent être assorties de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions nationales en vigueur ;

3° Les contrats de concessions passés en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ou qui doivent être attribués conformément à cette procédure ;

4° Les contrats de concession 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° Les contrats de concession passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'Etat 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° de l'article 6 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée. Lorsque seules participent au programme des personnes relevant d'Etats membres, l'Etat 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 Etat membre telle que définie dans l'accord ou l'arrangement ;

6° Les contrats de concession 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 implantés dans la zone des opérations ;

7° Les contrats de concession passés par l'Etat et attribués à un autre Etat ou à une subdivision de ce dernier.

Section 4

Exclusions applicables aux relations internes au secteur public

Sous-section 1

Quasi-régie

Article 16

I. – La présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession attribués par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, à une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;

2° La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ;

3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

II. – Le I s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, attribue un contrat de concession :

1° Soit au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, y compris lorsque ce contrôle est exercé conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs dans les conditions fixées au III ;

2° Soit à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le contrat de concession ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

III. – La présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession attribués par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, qui n'exerce pas sur une personne morale un contrôle dans les conditions prévues au I, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ;

2° La personne morale réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ;

3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Les pouvoirs adjudicateurs sont réputés exercer un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque les conditions suivantes sont réunies :

a) Les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;

b) Ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ;

c) La personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

IV. – Le pourcentage d'activités mentionné au 2° du I et au 2° du III est déterminé en prenant en compte le chiffre d'affaires total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tel que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du contrat de concession.

Lorsque ces éléments ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents, le pourcentage d'activités est déterminé sur la base d'une estimation vraisemblable.

Sous-section 2

Coopération entre pouvoirs adjudicateurs

Article 17

La présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession par lesquels les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général ;

2° Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé dans les conditions fixées au IV de l'article 16.

Sous-section 3

Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée

Article 18

I. – La présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée ou par un organisme exclusivement constitué par plusieurs entités adjudicatrices en vue de réaliser une ou plusieurs activités d'opérateur de réseau avec une entreprise liée à l'une de ces entités adjudicatrices et qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Les contrats de concession de services lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du contrat au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de services avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée ;

2° Les contrats de concession de travaux lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du contrat au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de travaux avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée.

Lorsque l'entreprise liée a été créée ou a commencé à exercer son activité moins de trois ans avant l'année de passation du contrat de concession, elle peut se borner à démontrer, notamment par des projections d'activités, que la réalisation de son chiffre d'affaires dans les conditions prévues aux 1° et 2° ci-dessus est vraisemblable.

Lorsque des services ou des travaux, identiques ou comparables, sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, le pourcentage de 80 % mentionné ci-dessus est apprécié en tenant compte de la totalité des services ou des travaux fournis par ces entreprises.

II. – Sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice :

1° Les entreprises dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice ;

2° Les entreprises qui sont susceptibles d'être, directement ou indirectement, soumises à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice au sens du troisième alinéa du 2° de l'article 11 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée ;

3° Les entreprises qui sont susceptibles d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice au sens du troisième alinéa du 2° de l'article 11 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée ;

4° Les entreprises qui sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence dominante sur l'entité adjudicatrice au sens du troisième alinéa du 2° de l'article 11 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée.

Sous-section 4

Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise

Article 19

La présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession passés par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer une ou plusieurs des activités d'opérateur de réseau avec l'une de ces entités adjudicatrices ainsi qu'aux contrats de concession passés par une entité adjudicatrice avec un tel organisme lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° L'organisme a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans ;
- 2° Aux termes des statuts de cet organisme, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont parties prenantes au moins pendant la période mentionnée au 1°.

CHAPITRE III

Contrats particuliers

Section 1

Contrats mixtes

Sous-section 1

Contrats de concession portant sur plusieurs activités

Article 20

I. – Lorsqu'un contrat de concession porte sur plusieurs activités, dont l'une au moins constitue une activité d'opérateur de réseaux, et dont l'objet principal peut être objectivement identifié, les règles suivantes s'appliquent :

a) Lorsque le contrat porte à la fois sur une activité d'opérateurs de réseaux autre que celle visée au 3° ou au 6° du I de l'article 11 et une autre activité qui n'est pas une activité d'opérateurs de réseaux, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal ;

b) Lorsque le contrat porte à la fois sur une activité d'opérateurs de réseaux visée au 3° ou au 6° du I de l'article 11 et une autre activité qui n'est pas une activité d'opérateurs de réseaux, il est soumis aux dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs.

II. – Lorsqu'un contrat de concession porte à la fois sur une activité d'opérateurs de réseaux et une autre activité qui n'est pas une activité d'opérateurs de réseaux et pour lequel il est objectivement impossible d'établir à quelle activité il est principalement destiné, il est soumis aux dispositions de la présente ordonnance applicables aux pouvoirs adjudicateurs.

Sous-section 2

Autres contrats mixtes

Article 21

Lorsque les autorités concédantes décident de conclure un contrat unique destiné à satisfaire à la fois des besoins qui relèvent de la présente ordonnance et des besoins qui n'en relèvent pas et qui couvre soit une ou plusieurs activités, dont aucune ne constitue une activité d'opérateur de réseau, soit exclusivement une ou plusieurs activités d'opérateur de réseau, les dispositions de l'article 22 s'appliquent.

Lorsque les autorités concédantes décident de conclure un contrat unique destiné à satisfaire des besoins qui relèvent de la présente ordonnance et des besoins qui n'en relèvent pas et qui couvre plusieurs activités dont l'une seulement constitue une activité d'opérateur de réseau, les dispositions de l'article 23 s'appliquent.

Lorsque les autorités concédantes décident de conclure un contrat unique destiné à satisfaire des besoins qui relèvent de la présente ordonnance et des besoins qui relèvent de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou des marchés de défense ou de sécurité, les dispositions de l'article 24 s'appliquent.

Le choix du contrat unique ne peut être effectué dans le but de soustraire ce contrat du champ d'application de la présente ordonnance.

Article 22

I. – Lorsque le contrat comporte des éléments objectivement dissociables et couvre soit une ou plusieurs activités, dont aucune ne constitue une activité d'opérateur de réseau, soit exclusivement une ou plusieurs activités d'opérateur de réseau, les règles suivantes s'appliquent :

1° Si le contrat porte sur des prestations qui relèvent à la fois des contrats de concession et des marchés publics, il est soumis aux dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée ;

2° Si le contrat porte à la fois sur des prestations qui relèvent des contrats de concession et des prestations qui ne relèvent ni des contrats de concession ni des marchés publics, il est soumis aux dispositions de la présente ordonnance.

II. – Lorsque le contrat comporte des éléments objectivement indissociables et couvre soit une ou plusieurs activités, dont aucune ne constitue une activité d’opérateur de réseau, soit exclusivement une ou plusieurs activités d’opérateur de réseau, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal.

Lorsque le contrat porte sur des prestations qui relèvent à la fois du contrat de concession de service et des marchés publics de fournitures, son objet principal est déterminé en fonction de la valeur estimée la plus élevée de ces services ou fournitures respectifs.

Lorsque l’objet principal du contrat ne peut être objectivement identifié, il est soumis aux dispositions du II de l’article 23.

Article 23

I. – Lorsque le contrat couvre plusieurs activités, dont l’une seulement constitue une activité d’opérateurs de réseau, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal.

II. – Lorsque l’objet principal du contrat ne peut être objectivement identifié, les règles suivantes s’appliquent :

1° Si le contrat porte sur des prestations qui relèvent à la fois des contrats de concession et des marchés publics, il est soumis aux dispositions de l’ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée ;

2° Si le contrat porte à la fois sur des prestations qui relèvent des contrats de concession et des prestations qui relèvent ni des contrats de concession ni des marchés publics, il est soumis aux dispositions de la présente ordonnance.

Article 24

Par dérogation aux dispositions des articles 22 et 23, lorsque le contrat porte en partie sur des prestations qui relèvent de l’article 346 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, la présente ordonnance ne s’applique pas, à condition que la passation d’un contrat unique soit justifiée par des raisons objectives.

Par dérogation aux dispositions des articles 22 et 23, lorsque le contrat porte en partie sur des prestations qui relèvent des marchés de défense ou de sécurité, l’autorité concédante choisit de soumettre ce contrat soit aux dispositions de la présente ordonnance soit aux dispositions applicables aux marchés publics de défense ou de sécurité, à condition que la passation d’un contrat unique soit justifiée par des raisons objectives.

Section 2

Contrats de service public de transport de voyageurs

Article 25

Sans préjudice des dispositions du règlement du 23 octobre 2007 susvisé, la présente ordonnance s’applique, à l’exception des articles 13 à 19, 29, 30, 33, 34 et 54, aux contrats de concession relevant de l’article 5, paragraphe 3, dudit règlement.

TITRE II

PASSATION DES CONTRATS DE CONCESSION

CHAPITRE I^{er}

Dispositions générales

Section 1

Groupement d’autorités concédantes

Article 26

Des groupements peuvent être constitués entre des autorités concédantes ou entre une ou plusieurs autorités concédantes et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des autorités concédantes soumises à la présente ordonnance afin de passer conjointement un ou plusieurs contrats de concession, dans les conditions fixées à l’article 28 de l’ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée.

Les contrats de concession conclus par un groupement au sein duquel les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux sont majoritaires obéissent aux règles prévues par la présente ordonnance et par le chapitre préliminaire du titre I^{er} du livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales ainsi que, le cas échéant, par le chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre IV de la première partie dudit code.

Section 2

Définition préalable des besoins

Article 27

La nature et l’étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.

Article 28

Les prestations à réaliser sont définies par référence à des spécifications techniques et fonctionnelles.

Section 3

Réservation de contrats de concession aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés

Article 29

I. – Des contrats de concession peuvent être réservés à des entreprises adaptées mentionnées à l'article L. 5213-13 du code du travail, à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés à l'article L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles ainsi qu'à des structures équivalentes, lorsqu'ils emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs handicapés qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

II. – Des contrats de concession peuvent être réservés à des structures d'insertion par l'activité économique mentionnées à l'article L. 5132-4 du code du travail et à des structures équivalentes, lorsqu'elles emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs défavorisés.

III. – Une autorité concédante ne peut réserver un contrat de concession à la fois aux opérateurs économiques qui répondent aux conditions du I et à ceux qui répondent aux conditions du II.

Section 4

Contenu des contrats de concession

Article 30

Le contrat de concession ne peut contenir de clauses par lesquelles le concessionnaire prend à sa charge l'exécution de services, de travaux ou de paiements étrangers à l'objet de la concession.

Article 31

Les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le concessionnaire à l'autorité concédante doivent être justifiés dans les contrats de concession.

Le versement par le concessionnaire de droits d'entrée à l'autorité concédante est interdit quand la concession concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets.

Article 32

Le contrat détermine les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution.

Article 33

Les conditions d'exécution d'un contrat de concession peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du contrat de concession.

L'autorité concédante peut imposer, notamment dans les contrats de concession de défense ou de sécurité, au titre des conditions d'exécution, que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie de la concession, maintenir ou moderniser les travaux ou services réalisés soient localisés sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne afin, notamment, de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements.

Article 34

I. – Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire.

II. – Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les contrats de concession ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par l'autorité compétente de l'Etat, à l'initiative de l'autorité concédante, des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen sont communiquées, le cas échéant, aux membres de l'organe délibérant compétent, avant toute délibération de celui-ci.

CHAPITRE II

Procédure de passation

Section 1

Règles de publicité et de mise en concurrence

Sous-section 1

Publicité préalable

Article 35

Afin de susciter la plus large concurrence, les autorités concédantes procèdent à une publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire, selon l'objet du contrat de concession ou sa valeur estimée hors taxe.

Sous-section 2

Mise en concurrence

Article 36

Sans préjudice des dispositions du chapitre préliminaire et du chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales, l'autorité concédante organise librement la procédure qui conduit au choix du concessionnaire, dans le respect des principes énoncés à l'article 1^{er} de la présente ordonnance, des dispositions du présent chapitre et des règles de procédure fixées par voie réglementaire.

Ces règles, relatives notamment aux modalités de présentation et d'examen des candidatures et des offres, peuvent être communes à l'ensemble des contrats de concession ou propres à certains d'entre eux, en fonction de l'objet du contrat ou de la valeur estimée hors taxe du besoin, selon que celle-ci est inférieure ou non au seuil européen publié au *Journal officiel* de la République française. Elles précisent les hypothèses dans lesquelles un contrat de concession peut être passé sans publicité ni mise en concurrence préalables, en raison de l'échec d'une première procédure ou lorsque le contrat ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé.

Section 2

Communications électroniques

Article 37

Les communications et les échanges d'informations effectués en application de la présente ordonnance peuvent être réalisés par voie électronique, selon des modalités et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Section 3

Confidentialité

Article 38

I. – Sans préjudice des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'accès aux documents administratifs, l'autorité concédante ne peut communiquer les informations confidentielles qu'elle détient dans le cadre du contrat de concession, telles que celles dont la divulgation violerait le secret en matière industrielle et commerciale ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, notamment par la communication, en cours de consultation, de la valeur globale ou détaillée des offres.

Toutefois, l'autorité concédante peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées.

II. – Les autorités concédantes peuvent imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'elles communiquent dans le cadre de la procédure de passation du contrat de concession.

Section 4

Interdictions de soumissionner

Sous-section 1

Interdictions de soumissionner obligatoires et générales

Article 39

Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession :

1^o Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à

445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, et pour les contrats de concession qui ne sont pas des contrats de concession de défense ou de sécurité aux articles 225-4-1 et 225-4-7 du code pénal, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

L'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession au titre du présent 1° s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation ;

2° Les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles dont la liste est fixée par voie réglementaire.

Toutefois, l'exclusion mentionnée au présent 2° n'est pas applicable aux personnes qui, avant la date à laquelle l'autorité concédante se prononce sur la recevabilité de leur candidature, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, acquitté lesdits impôts, taxes, contributions et cotisations, ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement, ou, à défaut, conclu un accord contraignant avec les organismes chargés du recouvrement en vue de payer les impôts, taxes, contributions ou cotisations, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités ou amendes, à condition qu'elles respectent cet accord ;

3° Les personnes :

a) Soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce ou faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger ;

b) Qui font l'objet, à la date à laquelle l'autorité concédante se prononce sur la recevabilité de leur candidature, d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du code de commerce, ou d'une mesure équivalente prévue par un droit étranger ;

c) 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, qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la période prévisible d'exécution du contrat de concession ;

4° Les personnes qui :

a) Ont été sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues 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 ou qui ont été condamnées au titre de l'article L. 1146-1 du même code ou de l'article 225-1 du code pénal ;

b) Au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du contrat de concession, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation prévue à l'article L. 2242-5 du code du travail ;

c) Ont été condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal ou qui sont des personnes physiques condamnées à une peine d'exclusion des marchés publics.

Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés publics a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive, l'exclusion prévue au présent 4° s'applique pour une durée de trois ans à compter de la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction.

Toutefois, l'exclusion mentionnée au présent 4° n'est pas applicable à la personne qui établit :

- soit qu'elle n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du code de procédure pénale, qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de l'enquête, qu'elle a, le cas échéant, réalisé ou engagé la régularisation de sa situation au regard de l'obligation de négociation de l'article L. 2242-5 du code du travail, et, enfin, qu'elle a pris des mesures concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle faute ;
- soit que la peine d'exclusion des marchés publics n'est pas opposable du fait de l'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du code pénal ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 du code pénal ou des articles 702-1 ou 703 du code de procédure pénale ;

5° Les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L. 8272-4 du code du travail.

Toutefois, l'exclusion mentionnée au présent 5° n'est pas applicable à la personne qui établit qu'elle n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du code de procédure pénale, qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de l'enquête, et qu'elle a pris des mesures concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle faute.

Sous-section 2

Interdictions de soumissionner obligatoires
propres aux contrats de concession de défense ou de sécurité

Article 40

Sont en outre exclues des contrats de concession de défense ou de sécurité :

1° Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 226-13 ou 413-10 à 413-12 du code pénal, aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense ou à l'article L. 317-8 du code de la sécurité intérieure. L'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la décision du juge ;

2° Les personnes 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 cause ;

3° 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'Etat.

Toutefois, l'exclusion mentionnée au présent 3° n'est pas applicable à la personne qui établit dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.

Sous-section 3

Dérogation justifiée par l'intérêt général

Article 41

Les autorités concédantes peuvent, à titre exceptionnel, autoriser un opérateur économique qui serait dans un cas d'interdiction de soumissionner prévu aux articles 39 et 40 à participer à la procédure de passation du contrat de concession, à condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le contrat de concession en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des contrats de concession.

Sous-section 4

Interdictions de soumissionner facultatives

Article 42

I. – Les autorités concédantes peuvent exclure de la procédure de passation du contrat de concession :

1° Les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de concession antérieur ou d'un marché public antérieur ;

2° Les personnes qui ont entrepris d'influer indûment le processus décisionnel de l'autorité concédante ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;

3° Les personnes à l'égard desquelles l'autorité concédante dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ;

4° Les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du contrat de concession ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du contrat de concession.

II. – Un opérateur économique ne peut être exclu en application du I que s'il a été mis à même par l'autorité concédante d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.

Sous-section 5

Incidences d'un changement de situation des opérateurs économiques
au regard des interdictions de soumissionner

Article 43

I. – Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation du contrat de concession, placé dans l'une des situations mentionnées aux articles 39, 40 et 42, il est exclu de cette procédure. L'autorité concédante peut résilier le contrat de concession lorsque le concessionnaire est placé dans l'une de ces situations au cours de l'exécution du contrat.

L'opérateur informe sans délai l'autorité concédante de ce changement de situation.

II. – La résiliation mentionnée au I ne peut être prononcée lorsque l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce, à condition qu'il ait informé sans délai l'autorité concédante de son changement de situation.

Sous-section 6

Hypothèse des groupements d'opérateurs économiques
et des travaux ou services confiés à des tiers

Article 44

I. – Lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'autorité concédante exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande, sous peine d'exclusion du groupement de la procédure.

II. – Les personnes à l'encontre desquelles il existe un motif d'exclusion ne peuvent se voir confier une partie des travaux ou services d'un contrat de concession.

Lorsqu'une telle personne à l'encontre de laquelle il existe un motif d'exclusion est présentée par le candidat ou le soumissionnaire, l'autorité concédante exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le candidat ou le soumissionnaire, sous peine d'exclusion de la procédure.

Section 5

Sélection des candidats

Article 45

I. – Les autorités concédantes ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation à la procédure de passation propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du contrat de concession. Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, ces conditions de participation peuvent notamment porter sur l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution.

Après examen de leurs capacités et de leurs aptitudes, l'autorité concédante dresse la liste des candidats admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession.

II. – Dans le cadre des concessions de défense ou de sécurité, les autorités concédantes 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 la concession, faire face à d'éventuelles augmentations des besoins par suite d'une crise ou pour assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des prestations faisant l'objet de la concession, lorsque cette implantation se trouve hors du territoire de l'Union européenne.

Section 6

Choix de l'offre

Article 46

Les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.

Article 47

Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution.

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective.

Section 7

Achèvement de la procédure

Article 48

Le choix des autorités concédantes à l'issue de la procédure de passation est communiqué aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Les autorités concédantes rendent public le choix de l'offre retenue dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Section 8

Résiliation en raison d'un manquement constaté par la Cour de justice de l'Union européenne

Article 49

Lorsque le contrat de concession n'aurait pas dû être attribué à un opérateur économique en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne en matière de contrats de concession qui a été reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de la procédure prévue à l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, il peut être résilié par l'autorité concédante.

TITRE III

DISPOSITIONS RELATIVES À L'OCCUPATION DOMANIALE

Article 50

Lorsque le contrat de concession emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée.

Si le contrat le prévoit, le concessionnaire a des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

Article 51

Le concessionnaire peut être autorisé, avec l'accord expressément formulé de l'autorité concédante, à conclure des baux ou droits d'une durée excédant celle du contrat de concession.

Les autorisations données par l'autorité concédante, ainsi que les baux et droits réels qui en résultent, constituent des accessoires au contrat de concession et sont, à l'issue de la durée du contrat, transférés à l'autorité concédante.

TITRE IV

EXÉCUTION DES CONTRATS DE CONCESSION

CHAPITRE I^{er}

Transparence

Section 1

Information de l'autorité concédante

Article 52

Le concessionnaire produit chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services.

Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, y compris dans le cas prévu au III de l'article 6 de la présente ordonnance, ce rapport permet en outre aux autorités concédantes d'apprécier les conditions d'exécution du service public.

Section 2

Mise à disposition des données essentielles

Article 53

Dans des conditions fixées par voie réglementaire, les autorités concédantes rendent accessibles, sous un format ouvert et librement réutilisable, les données essentielles du contrat de concession, sous réserve des dispositions de l'article 38 et à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public.

CHAPITRE II

Exécution du contrat de concession par des tiers

Article 54

I. – Le concessionnaire peut confier à des tiers une part des services ou travaux faisant l'objet du contrat de concession. Il demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du contrat de concession.

II. – L'autorité concédante peut imposer aux soumissionnaires :

1° De confier à des petites et moyennes entreprises une part minimale des travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession fixée par voie réglementaire ;

2° De confier à des tiers une part minimale des travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession fixée par voie réglementaire ;

3° D'indiquer dans leur offre s'ils entendent confier à des tiers une part des travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession et, dans l'affirmative, le pourcentage qu'elle représente dans la valeur estimée de la concession.

Cette exigence doit être indiquée dans les documents de la consultation.

III. – Ne sont pas considérés comme tiers les opérateurs économiques qui se sont groupés pour obtenir des contrats de concession, non plus que les entreprises qui leur sont liées au sens de l'article 18.

CHAPITRE III

Modification du contrat de concession

Article 55

Les conditions dans lesquelles un contrat de concession peut être modifié en cours d'exécution sans nouvelle procédure de mise en concurrence sont fixées par voie réglementaire. Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession.

Lorsque l'exécution du contrat de concession ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues par la présente ordonnance, le contrat de concession peut être résilié par l'autorité concédante.

CHAPITRE IV

Modalités particulières d'indemnisation du concessionnaire

Article 56

I. – En cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat de concession par le juge, faisant suite au recours d'un tiers, le concessionnaire peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'autorité concédante, parmi lesquelles figurent, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat y compris, le cas échéant, les coûts pour le concessionnaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat.

II. – Cette prise en compte des frais liés au financement est subordonnée à la mention, dans les annexes du contrat de concession, des principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution de la concession.

III. – Lorsqu'une clause du contrat de concession fixe les modalités d'indemnisation du concessionnaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat de concession par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat.

TITRE V

DISPOSITIONS RELATIVES AUX COLLECTIVITÉS TERRITORIALES
ET À LEURS GROUPEMENTS**Article 57**

A l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction en vigueur au 1^{er} avril 2016 issue de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, les mots : « soumise à l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession » sont insérés après les mots : « d'une autorité concédante ».

Article 58

Le code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :

1° Avant le chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre IV de la première partie, il est inséré un chapitre préliminaire ainsi rédigé :

« CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

« Règles générales applicables aux contrats de concession

« Art. L. 1410-1. – Le présent chapitre s'applique aux contrats de concession des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics, tels que définis dans l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. Ces contrats sont passés et exécutés conformément aux dispositions de cette même ordonnance.

« Art. L. 1410-2. – I. – Les délégations de compétences définies aux articles L. 1111-8 et L. 1111-8-1 et les transferts de compétences prévus à la cinquième partie du présent code ne sont pas des contrats de concession au sens de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susmentionnée.

« II. – L'ordonnance du 29 janvier 2016 susmentionnée n'est pas applicable :

« a) Aux relations entre les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics et les autres personnes morales de droit public ou de droit privé pouvant être qualifiés de quasi-régie au sens de l'article 16 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susmentionnée ;

« b) Aux conventions de coopération conclues entre les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics au sens de l'article 17 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susmentionnée.

« Art. L. 1410-3. – Les dispositions des articles L. 1411-5, L. 1411-9 et L. 1411-18 s'appliquent aux contrats de concession des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics. » ;

2° L'article L. 1411-1 est ainsi rédigé :

« Art. L. 1411-1. – Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

« La part de risque transférée au délégataire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le délégataire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service.

« Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages, de réaliser des travaux ou d'acquérir des biens nécessaires au service public. » ;

3° L'article L. 1411-3 est ainsi modifié :

a) Le premier alinéa est supprimé ;

b) Au deuxième alinéa, les mots : « de ce rapport » sont remplacés par les mots : « du rapport mentionné à l'article 52 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susmentionnée » ;

4° L'article L. 1411-5 est ainsi rédigé :

« Art. L. 1411-5. – I. – Une commission ouvre les plis contenant les candidatures ou les offres et dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

« Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention peut organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans les conditions prévues par l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susmentionnée. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat.

« II. – La commission est composée :

« a) Lorsqu'il s'agit d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département, d'une commune de 3 500 habitants et plus et d'un établissement public, par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;

« b) Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, par le maire ou son représentant, président, et par trois membres du conseil municipal élus par le conseil à la représentation proportionnelle au plus fort reste.

« Il est procédé, selon les mêmes modalités, à l'élection de suppléants en nombre égal à celui de membres titulaires.

« Le quorum est atteint lorsque plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents.

« Si, après une première convocation, ce *quorum* n'est pas atteint, la commission est à nouveau convoquée. Elle se réunit alors valablement sans condition de *quorum*.

« Lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission, le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission. Leurs observations sont consignées au procès-verbal.

« Peuvent participer à la commission, avec voix consultative, des personnalités ou un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par le président de la commission, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public. » ;

5° Au début de l'article L. 1411-6, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante. » ;

6° Le premier alinéa de l'article L. 1411-9 est ainsi rédigé :

« L'autorité territoriale transmet au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement les délégations de service public des communes et des établissements publics communaux ou intercommunaux en application de l'article L. 2131-2 du présent code. Elle joint l'ensemble des pièces dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat dans un délai de quinze jours à compter de la signature du contrat. » ;

7° A l'article L. 1411-13, la référence à l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal est remplacée par la référence à l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration.

Article 59

Au IV de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales, les mots : « une délégation de service public » sont remplacés par les mots : « un contrat de concession ».

Article 60

A l'article L. 1541-2 du code général des collectivités territoriales, les mots : « délégations de service public, aux concessions de travaux, aux concessions d'aménagement » sont remplacés par les mots : « contrats de concession ».

TITRE VI

DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE MER

CHAPITRE I^{er}

Dispositions particulières à Mayotte

Article 61

Pour l'application de la présente ordonnance à Mayotte :

1° A l'article 29, les références aux articles L. 5213-13 et L. 5132-4 du code du travail sont remplacées par les références aux articles L. 328-33 et L. 127-4 du code du travail applicable à Mayotte ;

2° A l'article 39 :

a) Les références aux articles L. 1146-1, L. 2242-5, 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 sont remplacées par les références aux articles L. 046-1, L. 124-1, L. 124-3, L. 312-1, L. 312-2 et L. 330-5 du code du travail applicable à Mayotte ;

b) La référence à l'article L. 8272-4 du code du travail est remplacée par les références aux dispositions localement applicables.

CHAPITRE II

Dispositions particulières à Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon

Article 62

Pour l'application de la présente ordonnance à Saint-Barthélemy :

1° A l'article 2 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. – Les concessions de défense ou de sécurité sont passés avec des opérateurs économiques d'Etats membres de l'Union européenne. » ;

b) Le III est supprimé ;

2° A l'article 13 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au 5°, les mots : « ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le mécanisme européen de stabilité » sont supprimés ;

c) Au 10°, les mots : « publié au *Journal officiel de l'Union européenne* » sont remplacés par les mots : « défini au *Journal officiel* de la République française » ;

d) Le a du 14° est ainsi rédigé :

« a) Un instrument juridique tel qu'un accord international portant sur des travaux ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses signataires » ;

3° A l'article 14 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités d'opérateur de réseau » sont supprimés ;

b) Le 3° est supprimé ;

4° A l'article 15 :

a) Au 4°, les mots : « 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 » sont supprimés ;

b) Le 5° est supprimé ;

c) Au 6° les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « hors du territoire de Saint-Barthélemy » ;

5° A l'article 21, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

6° A l'article 24, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

7° L'article 25 est supprimé ;

8° A l'article 39, les références aux articles 1741 à 1743, 1746 et 1747 du code général des impôts sont remplacées par les références ayant le même objet applicables localement et les mots : « ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne » sont supprimés ;

9° Les articles 49, 70, 73, 75 et 76 sont supprimés.

Article 63

Pour l'application de la présente ordonnance à Saint-Martin :

1° A l'article 39, les références aux articles 1741 à 1743, 1746 et 1747 du code général des impôts sont remplacées par les références ayant le même objet applicables localement ;

2° Les articles 70 et 73 à 76 sont supprimés.

Article 64

Pour l'application de la présente ordonnance à Saint-Pierre-et-Miquelon :

1° A l'article 2 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. – Les concessions de défense ou de sécurité sont passés avec des opérateurs économiques d'Etats membres de l'Union européenne. » ;

b) Le III est supprimé ;

2° A l'article 13 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au 5°, les mots : « ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le mécanisme européen de stabilité » sont supprimés ;

c) Au 10°, les mots : « publié au *Journal officiel de l'Union européenne* » sont remplacés par les mots : « défini au *Journal officiel* de la République française » ;

d) Le a du 14° est ainsi rédigé :

« a) Un instrument juridique tel qu'un accord international portant sur des travaux, ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses signataires » ;

3° A l'article 14 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités d'opérateur de réseau » sont supprimés ;

- b) Le 3° est supprimé ;
- 4° A l'article 15 :
- a) Au 4°, les mots : « 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 » sont supprimés ;
- b) Le 5° est supprimé ;
- c) Au 6°, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « hors du territoire de Saint-Pierre-et-Miquelon » ;
- 5° A l'article 21, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;
- 6° A l'article 24, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;
- 7° L'article 25 est supprimé ;
- 8° A l'article 39, les références aux articles 1741 à 1743, 1746 et 1747 du code général des impôts sont remplacées par les références ayant le même objet applicables localement et les mots : « ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne » sont supprimés ;
- 9° Les articles 49 et 75 sont supprimés.

CHAPITRE III

Dispositions applicables en Nouvelle-Calédonie

Article 65

La présente ordonnance est applicable en Nouvelle-Calédonie aux contrats de concession, définis à la section 1 du chapitre I^{er} du titre I^{er} de la présente ordonnance, conclus par l'Etat et ses établissements publics sous réserve des dispositions suivantes :

- 1° A l'article 2 :
- a) Le I est ainsi rédigé :
« I. – Les concessions de défense ou de sécurité sont passés avec des opérateurs économiques d'Etats membres de l'Union européenne. » ;
- b) Le III est supprimé ;
- 2° A l'article 13 :
- a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont supprimés ;
- b) Au 5°, les mots : « ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le mécanisme européen de stabilité » sont supprimés ;
- c) Au 10°, les mots : « publié au *Journal officiel de l'Union européenne* » sont remplacés par les mots : « défini au *Journal officiel* de la République française » ;
- d) Le a du 14° est ainsi rédigé :
« a) Un instrument juridique tel qu'un accord international portant sur des travaux, ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses signataires » ;
- 3° A l'article 14 :
- a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités d'opérateur de réseau » sont supprimés ;
- b) Le 3° est supprimé ;
- 4° A l'article 15 :
- a) Au 4°, les mots : « 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 » sont supprimés ;
- b) Le 5° est supprimé ;
- c) Au 6°, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « hors du territoire de Nouvelle-Calédonie » ;
- 5° A l'article 21, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;
- 6° A l'article 24, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

7° L'article 25 est supprimé ;

8° A l'article 29, les mots : « mentionnées à l'article L. 5213-13 du code du travail », « mentionnés à l'article L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles et ainsi qu'à des structures équivalentes » et « mentionnées à l'article L. 5132-4 du code du travail et à des structures équivalentes » sont remplacés par les mots : « créées en application de la réglementation locale » ;

9° Le II de l'article 34 est supprimé ;

10° A l'article 39 :

a) Au 1°, les références aux articles 1741 à 1743, 1746 et 1747 du code général des impôts sont remplacées par les références ayant le même objet applicables localement et les mots : « ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au 4°, les mots : « méconnaissances des obligations prévues aux articles L. 1146-1, 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 » sont remplacés par les mots : « avoir commis une infraction en matière de travail dissimulé, d'emploi illégal d'étranger et de marchandage définies par la législation localement applicable » et les références à l'article L. 2242-5 du code du travail sont remplacées par une référence ayant le même objet applicable localement ;

c) Au 5°, la référence à l'article L. 8272-4 du code du travail est remplacée par une référence ayant le même objet applicable localement ;

11° Les articles 49, 57 à 60, 70 et 73 à 76 sont supprimés.

CHAPITRE IV

Dispositions applicables en Polynésie française

Article 66

La présente ordonnance est applicable en Polynésie française aux contrats de concession, définis à la section 1 du chapitre I^{er} du titre I^{er} de la présente ordonnance, conclus par l'Etat et ses établissements publics sous réserve des dispositions suivantes :

1° A l'article 2 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. – Les concessions de défense ou de sécurité sont passés avec des opérateurs économiques d'Etats membres de l'Union européenne. » ;

b) Le III est supprimé ;

2° A l'article 13 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au 5°, les mots : « ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le mécanisme européen de stabilité » sont supprimés ;

c) Au 10°, les mots : « publié au *Journal officiel de l'Union européenne* » sont remplacés par les mots : « défini au *Journal officiel* de la République française » ;

d) Le a du 14° est ainsi rédigé :

« a) Un instrument juridique tel qu'un accord international portant sur des travaux, ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses signataires » ;

3° A l'article 14 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités d'opérateur de réseau » sont supprimés ;

b) Le 3° est supprimé ;

4° A l'article 15 :

a) Au 4°, les mots : « 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 » sont supprimés ;

b) Le 5° est supprimé ;

c) Au 6°, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « hors du territoire de Polynésie française » ;

5° A l'article 21, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

6° A l'article 24, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ».

7° L'article 25 est supprimé ;

8° A l'article 29, les mots : « mentionnées à l'article L. 5213-13 du code du travail », « mentionnés à l'article L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles et ainsi qu'à des structures équivalentes » et « mentionnées à l'article L. 5132-4 du code du travail et à des structures équivalentes » sont remplacés par les mots : « créées en application de la réglementation locale » ;

9° Le II de l'article 34 est supprimé ;

10° A l'article 39 :

a) Au 1°, les références aux articles 1741 à 1743, 1746 et 1747 du code général des impôts sont remplacées par les références ayant le même objet applicables localement et les mots : « ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au 4°, les mots : « méconnaissances des obligations prévues aux articles L. 1146-1, 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 » sont remplacés par les mots : « avoir commis une infraction en matière de travail dissimulé, d'emploi illégal d'étranger et de marchandage définies par la législation localement applicable » et les références à l'article L. 2242-5 du code du travail sont remplacées par une référence ayant le même objet applicable localement ;

c) Au 5°, la référence à l'article L. 8272-4 du code du travail est remplacée par une référence ayant le même objet applicable localement ;

11° Les articles 49, 57 à 60, 70 et 73 à 76 sont supprimés.

CHAPITRE V

Dispositions applicables dans les îles Wallis et Futuna

Article 67

La présente ordonnance est applicable dans les îles Wallis et Futuna aux contrats de concession, définis à la section 1 du chapitre I^{er} du titre I^{er} de la présente ordonnance, conclus par l'Etat et ses établissements publics ainsi que par les autres organismes et personnes de droit public et de droit privé chargées par l'Etat d'une mission de service public administratif, sous réserve des dispositions suivantes :

1° A l'article 2 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. – Les concessions de défense ou de sécurité sont passés avec des opérateurs économiques d'Etats membres de l'Union européenne. » ;

b) Le III est supprimé ;

2° A l'article 13 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au 5°, les mots : « ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le mécanisme européen de stabilité » sont supprimés ;

c) Au 10°, les mots : « publié au *Journal officiel de l'Union européenne* » sont remplacés par les mots : « défini au *Journal officiel* de la République française » ;

d) Le a du 14° est ainsi rédigé :

« a) Un instrument juridique tel qu'un accord international portant sur des travaux, ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses signataires » ;

3° A l'article 14 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités d'opérateur de réseau » sont supprimés ;

b) Le 3° est supprimé ;

4° A l'article 15 :

a) Au 4°, les mots : « 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 » sont supprimés ;

b) Le 5° est supprimé ;

c) Au 6°, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « hors du territoire des îles Wallis et Futuna » ;

5° A l'article 21, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

6° A l'article 24, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

7° L'article 25 est supprimé ;

8° A l'article 29 les mots : « mentionnées à l'article L. 5213-13 du code du travail », « mentionnés à l'article L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles et ainsi qu'à des structures équivalentes » et « mentionnées à l'article L. 5132-4 du code du travail et à des structures équivalentes » sont remplacés par les mots : « créées en application de la réglementation locale » ;

9° Le II de l'article 34 est supprimé ;

10° A l'article 39 :

a) Au 1°, les références aux articles 1741 à 1743, 1746 et 1747 du code général des impôts sont remplacées par les références ayant le même objet applicables localement et les mots : « ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au 4°, les mots : « méconnaissances des obligations prévues aux articles L. 1146-1, 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 » sont remplacés par les mots : « avoir commis une infraction en matière de travail dissimulé, d'emploi illégal d'étranger et de marchandage définies par la législation localement applicable » et les références à l'article L. 2242-5 du code du travail sont remplacées par une référence ayant le même objet applicable localement ;

c) Au 5°, la référence à l'article L. 8272-4 du code du travail est remplacée par une référence ayant le même objet applicable localement ;

11° Les articles 49, 57 à 60, 70 et 73 à 76 sont supprimés.

CHAPITRE VI

Dispositions applicables dans les Terres australes et antarctiques françaises

Article 68

La présente ordonnance est applicable dans les Terres australes et antarctiques françaises aux contrats de concession, définis à la section I du chapitre I^{er} du titre I^{er} de la présente ordonnance, conclus par l'Etat et ses établissements publics ainsi que par les autres organismes et personnes de droit public et de droit privé chargés par l'Etat d'une mission de service public administratif, sous réserve des dispositions suivantes :

1° A l'article 2 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. – Les concessions de défense ou de sécurité sont passés avec des opérateurs économiques d'Etats membres de l'Union européenne. » ;

b) Le III est supprimé ;

2° A l'article 13 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au 5°, les mots : « ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le mécanisme européen de stabilité » sont supprimés ;

c) Au 10°, les mots : « publié au *Journal officiel de l'Union européenne* » sont remplacés par les mots : « défini au *Journal officiel* de la République française » ;

d) Le a du 14° est ainsi rédigé :

« a) Un instrument juridique tel qu'un accord international portant sur des travaux, ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses signataires » ;

3° A l'article 14 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités d'opérateur de réseau » sont supprimés ;

b) Le 3° est supprimé ;

4° A l'article 15 :

a) Au 4°, les mots : « 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 » sont supprimés ;

b) Le 5° est supprimé ;

c) Au 6°, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « hors du territoire des Terres australes et antarctiques françaises » ;

5° A l'article 21, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

6° A l'article 24, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

7° L'article 25 est supprimé ;

8° A l'article 29, les mots : « mentionnées à l'article L. 5213-13 du code du travail », « mentionnés à l'article L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles et ainsi qu'à des structures équivalentes » et « mentionnées à l'article L. 5132-4 du code du travail et à des structures équivalentes » sont remplacés par les mots : « créées en application de la réglementation locale » ;

9° A l'article 39 :

a) Au 1°, les références aux articles 1741 à 1743, 1746 et 1747 du code général des impôts sont remplacées par les références ayant le même objet applicables localement et les mots : « ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au 4°, les mots : « méconnaissances des obligations prévues aux articles L. 1146-1, 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 » sont remplacés par les mots : « avoir commis une infraction en matière de travail dissimulé, d'emploi illégal d'étranger et de marchandage définies par la législation localement applicable » et les références à l'article L. 2242-5 du code du travail sont remplacées par une référence ayant le même objet applicable localement ;

c) Au 5°, la référence à l'article L. 8272-4 du code du travail est remplacée par une référence ayant le même objet applicable localement ;

10° Les articles 49, 57 à 60, 70 et 73 à 76 sont supprimés.

TITRE VII

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 69

Dans toutes les dispositions législatives en vigueur, pour les contrats passés en application de la présente ordonnance, les références aux articles du chapitre IV du titre II de la loi du 29 janvier 1993 susvisée ou à l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics s'entendent comme faisant référence à la présente ordonnance pour autant que lesdits contrats eussent relevé du champ d'application de ces dispositions avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

Article 70

Le code de l'énergie est ainsi modifié :

1° L'article L. 511-6 est ainsi modifié :

a) Au premier alinéa, les mots : « par un accord entre l'Etat et le permissionnaire » sont remplacés par les mots : « dans les conditions fixées par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession » et les mots : « par l'Etat » sont insérés après le mot : « placées » ;

b) Le dernier alinéa est supprimé ;

2° A l'article L. 521-1, il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« La passation et l'exécution des contrats de concession d'énergie hydraulique sont soumises aux dispositions prévues par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et par le présent titre. » ;

3° Au premier alinéa de l'article L. 521-16, les mots : « , notamment les conditions dans lesquelles le concessionnaire doit présenter sa demande de renouvellement de la concession dont il est titulaire, » sont supprimés ;

4° A l'article L. 521-16-3, les mots : « 40 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 précitée » sont remplacés par les mots : « 55 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession » ;

5° Le IV de l'article L. 521-20 est abrogé.

Article 71

Au premier alinéa du II de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, les mots : « du II de l'article 2 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. » sont remplacés par les mots : « de l'article 6 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ».

Article 72

Aux articles L. 2122-6 et L. 2341-1 du code général de la propriété des personnes publiques dans leur rédaction en vigueur au 1^{er} avril 2016 issue de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, les mots : « soumise à l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession » sont insérés après les mots : « d'une autorité concédante ».

Article 73

Le code du tourisme est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa de l'article L. 342-3, les mots : « L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales » sont remplacés par les mots : « 34 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession » ;

2° Au deuxième alinéa de l'article L. 342-3, les mots : « y compris lorsque cette durée peut être prolongée en application des deuxième à dixième alinéas de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales » sont supprimés ;

3° Au *d* de l'article L. 342-8, la référence à l'article L. 1221-3 est supprimée.

Article 74

Le code des transports est ainsi modifié :

1° L'article L. 2111-11 est ainsi modifié :

a) Au premier alinéa, les mots : « de travaux » sont supprimés ;

b) Au premier alinéa, les mots : « ou à une convention de délégation de service public prévue par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques » sont supprimés ;

2° Au premier alinéa de l'article L. 2111-12, les mots : « à la convention » sont remplacés par les mots : « à la concession » ;

3° Le deuxième alinéa de l'article L. 6322-2 est remplacé par les dispositions suivantes : « Les dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession s'appliquent aux opérations prévues par le premier alinéa ».

Article 75

A l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme, il est ajouté un IV ainsi rédigé :

« IV. – L'article 52 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession n'est pas applicable aux concessions d'aménagement. »

Article 76

Le code de la voirie routière est ainsi modifié :

1° L'article L. 122-4-2 est ainsi rédigé :

« Art. L. 122-4-2. – Le rapport prévu à l'article 52 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession est communiqué par le concessionnaire aux collectivités territoriales qui participent avec lui au financement de la concession en application de l'article L. 122-4. » ;

2° L'article L. 122-12 est ainsi modifié :

a) Au premier alinéa, les mots : « Par dérogation au 3° de l'article 12 de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, » sont supprimés ;

b) Le 3° est ainsi rédigé :

« 3° Ou présentant les caractéristiques des contrats mentionnés du 1° au 18° de l'article 14 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. » ;

3° A l'article L. 122-15, les mots : « L'article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précitée est applicable » sont remplacés par les mots : « Les articles 45 à 49 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics sont applicables » ;

4° A l'article L. 122-18, les mots : « aux articles 11 et 12 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précitée » sont remplacés par les mots : « par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics » ;

5° A l'article L. 122-23, après les mots : « par la présente section », sont ajoutés les mots : « , sans préjudice de l'application de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession pour les concessionnaires qui en relèvent ».

Article 77

Sont abrogés :

1° Les articles L. 1411-2, L. 1411-8, L. 1411-11 et L. 1411-12 ainsi que le chapitre V du titre I^{er} du livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales ;

2° L'article L. 300-5-2 du code de l'urbanisme ;

3° Les chapitres IV, V et VI de la loi du 29 janvier 1993 susvisée ;

4° L'article 39 de la loi n° 54-404 du 10 avril 1954 portant réforme fiscale ;

5° L'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

TITRE VIII

DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

Article 78

La présente ordonnance entre en vigueur à une date fixée par voie réglementaire et au plus tard le 1^{er} avril 2016, à l'exception du I de l'article 56 qui entre en vigueur le lendemain du jour de la publication de la présente ordonnance.

Elle s'applique aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de concession est envoyé à la publication à compter de sa date d'entrée en vigueur.

Toutefois, l'article 55 s'applique également à la modification des contrats qui sont des contrats de concession au sens de la présente ordonnance et qui ont été conclus ou pour lesquels une procédure de passation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

Les I et III de l'article 56 de la présente ordonnance s'appliquent aux décisions juridictionnelles rendues à compter de l'entrée en vigueur desdites dispositions.

Article 79

Le Premier ministre, la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, le garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre des finances et des comptes publics, le ministre de la défense, le ministre de l'intérieur, le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique et la ministre des outre-mer sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de l'application de la présente ordonnance, qui sera publiée au *Journal officiel* de la République française.

Fait le 29 janvier 2016.

FRANÇOIS HOLLANDE

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
MANUEL VALLS

*Le ministre de l'économie,
de l'industrie et du numérique,*
EMMANUEL MACRON

*La ministre de l'écologie,
du développement durable
et de l'énergie,*
SÉGOLÈNE ROYAL

*Le garde des sceaux,
ministre de la justice,*
JEAN-JACQUES URVOAS

*Le ministre des finances
et des comptes publics,*
MICHEL SAPIN

Le ministre de la défense,
JEAN-YVES LE DRIAN

Le ministre de l'intérieur,
BERNARD CAZENEUVE

La ministre des outre-mer,
GEORGE PAU-LANGEVIN

15 janvier 2016

■ Sem et application du « in house »

Concernant l'application éventuelle de l'exception « in house » aux sociétés d'économie mixte (Sem), **La FedEpl soutient le principe que toutes les Sem sont et demeurent des opérateurs économiques de plein exercice qu'il convient, par conséquent, de mettre en concurrence.**

1 – La dérogation éventuelle évoquée par les directives 2014/23/UE et 2014/24/UE **n'a pas vocation à s'appliquer aux Sem**, d'une part parce que telle n'est pas l'intention du législateur européen, d'autre part car telle n'est pas la lecture qu'en fait la commission européenne qui l'a récemment réaffirmé à la FedEpl ; et enfin parce qu'une interprétation juridique extensive de cette dérogation – en dehors de sa grande incertitude juridique – menacerait la distinction clairement établie par le législateur français entre les Sem et les Spl.

2 – Cette dérogation vise une éventuelle participation privée qui, dès lors qu'elle serait **non contrôlante, non bloquante et requise par la loi dans le respect des traités européens**, pourrait être admise au sein d'une entité réputée « in house ». Il convient de préciser ici qu'il s'agit donc bien d'une dérogation, d'interprétation stricte au plan juridique, et ne pouvant donc conduire à exempter de mise en concurrence des sociétés que sous le contrôle strict et souverain du juge.

Cette définition, est **très imprécise et très incertaine**, puisqu'elle ne précise pas ce que pourrait être une participation non contrôlante, ou non bloquante. En tout état de cause cette définition n'est pas compatible avec les éléments suivants :

- détention de + 33% de capital par des partenaires privés,
- l'existence de filiales,
- l'existence de pactes d'actionnaires,
- la présence de privés au conseil d'administration.

Par ailleurs, si la présence d'actionnaires particuliers doit être requise par la loi de l'Etat concernée, c'est toutefois sous la réserve expresse que cette législation soit compatible et conforme au droit de l'Union. Or, une disposition accordant un avantage comparatif à un opérateur économique banalisé n'est pas conforme à ce droit.

3 – La mention générale de « un ou plusieurs partenaires privés » à la première phrase de l'article L.1521-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), en dehors de mention précise, n'apparaît pas compatible avec la dérogation précitée qui ne peut s'appliquer qu'à des cas expressément définis.

La loi n'est d'ailleurs pas plus prescriptive sur le niveau des participations à détenir pour les personnes autres que les collectivités dans une Sem, puisque l'article L.1522-2 du CGCT dispose que « *la participation des actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements ne peut être inférieure à 15 % du capital social* ».

4 – Rappelons que le Conseil constitutionnel avait déjà estimé en janvier 1993 que les Sem ne pouvaient échapper au principe de mise en concurrence, au nom du principe d'égalité (cf. Conseil constit., décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 ; cs. 44 à 48).

5 – Par ailleurs, le juge communautaire a eu récemment l'occasion de rappeler sa position découlant de l'arrêt "Stadt Halle" de 2005, dans sa décision du 19 juin 2014 "**Centro hospitalar de Setubal**", et selon laquelle **la présence d'intérêts privés** au sein d'une entité **fait obstacle** à ce que cette dernière puisse faire application de **l'exception du "in house"** (cf. CJCE, 19 juin 2014, Affaire C-574/12, Centro Hospitalar de Setubal EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) c/Eurest Portugal ; CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau GmbH, C-26/03). C'est donc bien la nature des participants à l'entité revendiquant le bénéfice du "in house" qu'analyse le juge, afin de déterminer si les personnes privées – même minoritaires – présentes dans cette entité obéissent à des considérations propres à leurs intérêts privés, de nature différente de celle des objectifs d'intérêt public poursuivis par le pouvoir adjudicateur également présent au sein de l'entité.

Pour cette raison, ce dernier ne pouvait pas, selon le juge communautaire, exercer sur l'entité un contrôle analogue à celui qu'il exerçait sur ses propres services. Or, cette analyse organique par le juge n'apparaît pas susceptible d'être remise en cause par les directives précitées, ni par leur transposition en droit français. En effet, ce dernier exercice ne peut permettre aux états membres d'adopter des dispositions moins restrictives que les prescriptions communautaires.

6 – Enfin, il convient de rappeler que l'utilisation, erronée ou abusive, de l'exception "in house" expose les élus décisionnaires, en cas de contentieux, à l'incrimination de délit de favoritisme (C. pén., art. 432-14), voire de prise illégale d'intérêts (C. pén., art. 432-12).

7 – Ce que la Cour de cassation avait déjà rappelé en 2008, (v. Cass. crim., 25 juin 2008, N° de pourvoi: 07-88373) puisque le juge a retenu que « *les marchés litigieux ne pouvaient être qualifiés de contrats de « prestations intégrées », aux motifs que les sociétés (SEM et SA) demeurent de droit privé et que la « participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également une collectivité locale exclut en tout état de cause que celle-ci puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services* »

En conséquence, dans cette espèce, l'adjoint au maire de la commune (signataire des actes d'engagement), le maire (ayant participé aux délibérations des conseils municipaux) et le dirigeant de la Sem ont été déclarés coupables respectivement de favoritisme, complicité et recel de ce délit.

⇒ Pour toutes ces raisons, sous réserve de l'appréciation souveraine du juge, il n'apparaît pas possible de faire bénéficier les Sem de l'exception "in house", même au lendemain de la transposition des directives de février 2014.