

COMPLÉMENT SERVICES PUBLICS

N° 22 • Avril 2016

DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

DOSSIER

Numéro spécial Ordonnance « concessions »

▲ SERVICE PUBLIC

Quel avenir pour la DSP ?

▲ TYPOLOGIE DES CONCESSIONS

Développements autour de l'objet des concessions

▲ CONCESSION DE SERVICES

La notion de risque au centre de la définition
de la concession de services

▲ PROCÉDURES

Les nouvelles procédures de passation des contrats
de concession

▲ AUTRES NOTIONS

Durée - Concessions *in house* - Groupement
entre autorités concédantes - Nouveau régime
des modifications des contrats - Exclusions

Consultez
votre ouvrage sur
MONITEUR JURIS
moniteurjuris.fr/DSP

EDITIONS

LE MONITEUR

editionsdumoniteur.com

Éditions du Moniteur

Antony Parc 2
10, Place du Général de Gaulle
BP 20156
92186 Antony Cedex
www.editionsdumoniteur.com
Tél. : 01 79 06 70 70
Fax : 01 79 06 79 71

Rédaction

Responsable éditorial : Arnaud Bongrand

Direction

Éditeur : Claire de Gramont
Directeur commercial : Christophe Vitello
Service commercial : Maël Gombert
Gestion des abonnements : Nadia Clément
Relations clients :
Valérie Ternynck
Internet : www.editionsdumoniteur.com
Fabrication : Nathalie Randon
Gestion : Pauline Chiem
Conception graphique : Catherine Lattuca
Mise en page : STDI

COMPLÉMENT SERVICES PUBLICS

est édité par Groupe Moniteur
SAS au capital de 333 900 €

Siège social :

10, place du Général de Gaulle
BP 20156 - 92186 Antony
N° SIRET : 403 080 823 00012

N° TVA intracommunautaire :

FR 32 403 080 823

Principal actionnaire :

Info Services Holding

Président, directeur de la publication :

Christophe Czajka

Imprimé par :

Imprimerie de Champagne
Z.I. Les Franchises
52200 Langres

Commission paritaire : 0618 T 90908

ISSN : 1764-0857

Dépôt légal à parution.

Prix de vente au numéro : 19 euros.

EDITIONS

LE MONITEUR

editionsdumoniteur.com

COMITÉ DE RÉDACTION**DIRECTION SCIENTIFIQUE****Laurent Richer****Modes de gestion, Énergie**

Professeur à l'Université Paris I et avocat au Barreau de Paris, il est coauteur et directeur scientifique de l'ouvrage collectif *Délégation de service public* (éditions Le Moniteur), auteur de *Droit des contrats administratifs* (Lextenso, 7^e édition, 2010) et de *L'Europe des marchés publics* (Lextenso, 2009), ainsi que de nombreux articles dans les revues spécialisées (*AJDA*, *CP-ACCP*). Il est également membre du comité de rédaction de l'*AJDA* et de *CP-ACCP*.

Christophe Cabanes**Contentieux**

Avocat au Barreau de Paris associé de la SELARL Cabanes Neveu Associés, il s'est spécialisé en droit public et intervient essentiellement dans le domaine des contrats et services publics, en conseil mais également et surtout en contentieux (administratif, pénal, concurrence). Il est également coauteur de l'ouvrage de référence *Droit de la concurrence dans les contrats publics* paru aux Éditions du Moniteur.

Martin Collet**Fiscalité**

Agrégé de droit public, il est professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), où il enseigne le droit fiscal et le droit administratif. Il est notamment l'auteur de *Procédures fiscales* (PUF, coll. « Thémis », 2011) et de *Droit fiscal* (PUF, coll. « Thémis », 2^e éd., 2009).

Jean-Pierre Gohon**Contrôles, services sociaux,
droit des usagers**

Avocat, spécialiste en droit public et en droit économique, ancien conseiller de chambre régionale des comptes et ancien membre de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés et conventions de délégation de service public. Il est l'auteur de divers articles en droit des contrats publics et du « Que sais-je ? » sur « Les marchés publics européens ». Il intervient dans divers cycles de formation.

Benoît Neveu**Environnement**

Avocat au Barreau de Paris, il consacre entièrement son activité au droit des contrats et services publics. Associé de la SELARL Cabanes Neveu Associés, il intervient notamment dans le cadre de nombreuses missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour le choix et la mise en œuvre de modes de gestion des services publics locaux. Il est également coauteur de l'ouvrage *Droit de la concurrence dans les contrats publics* paru aux Éditions du Moniteur, et auteur de l'ouvrage *Partenariats publics privés ; mode d'emploi juridique et approche économique*, publié à La Documentation Française.

Olivier Raymundie**Culture, sports, tourisme**

Docteur en droit public, avocat du cabinet Raymundie, cabinet spécialisé en droit public, il enseigne à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne. Il est également l'auteur d'ouvrages et d'articles se rapportant au droit administratif et aux services publics.

François Troger**Transports**

Gérant de SATIS Conseil, société de conseil en organisation et gestion des services publics intervenant principalement auprès de nombreuses collectivités territoriales, il a dirigé des entreprises gestionnaires de services dans les secteurs du transport public et du stationnement.



Nous alertons nos lecteurs sur la menace que représente, pour l'avenir de l'écrit, le développement massif du « photocopillage ». Le Code de la propriété intellectuelle interdit expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est développée dans de nombreux cabinets, entreprises, administrations, organisations professionnelles et établissements d'enseignement, provoquant une baisse des achats de livres, de revues et de magazines. En tant qu'éditeur, nous vous mettons en garde pour que cessent de telles pratiques.

Aux termes du Code de la propriété intellectuelle, toute reproduction ou représentation, intégrale ou partielle, de la présente publication, faite par quelque procédé que ce soit (reprographie, micro-filmage, scannérisation, numérisation...) sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Toutefois, l'autorisation d'effectuer des reproductions par reprographie peut être obtenue auprès du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, tél. : 01 44 07 47 70, fax : 01 46 34 67 19.

▲ NUMÉRO SPÉCIAL

Chronique

Laurent Richer

| | |
|---|---|
| Service public | 3 |
| I. Le sort de la loi Sapin | 3 |
| II. Les règles jurisprudentielles | 5 |

Olivier Raymundie

| | |
|--|----|
| Typologie des concessions : développements autour de l'objet des concessions | 6 |
| I. Identification de l'objet des concessions : gestion d'un ouvrage ou d'un service | 6 |
| A. Notion d'ouvrage | 6 |
| II. Distinction entre les différentes concessions – critère de l'objet principal | 10 |

François Troger

| | |
|--|----|
| La notion de risque au centre de la définition de la concession de services | 12 |
| I. La prise en compte de la notion de risque dans les délégations de service public antérieurement à l'ordonnance du 29 janvier 2016 | 12 |
| II. Le régime défini par l'ordonnance | 13 |
| III. Des questions qui restent ouvertes | 16 |

Benoît Neveu

| | |
|---|----|
| Les nouvelles procédures de passation des contrats de concession | 17 |
| I. Champ d'application | 17 |
| II. Points communs | 19 |
| III. Différences | 21 |
| IV. Synthèse | 24 |

Laurent Richer

| | |
|------------------------------------|----|
| Durée des concessions | 27 |
| I. Durée initiale | 27 |
| II. Prolongation | 28 |
| III. Résiliation | 29 |

Aymeric Hourcabie

| | |
|--|----|
| Concession in house | 31 |
| I. De l'unité à la diversité des types de relations <i>in house</i> | 31 |
| II. Des conditions communes précisées | 33 |

Olivier Raymundie

| | |
|--|----|
| Les concédants et les possibilités de groupements entre autorités concédantes .. | 39 |
| I. Notion d'autorité concédante | 39 |
| II. Pluralité d'autorités concédantes et possibilité de constituer des groupements d'autorités concédantes | 39 |

Benoît Neveu

| | |
|---|----|
| Le nouveau régime des modifications des contrats de concession | 45 |
| I. Modifications anticipées contractuellement | 45 |
| II. Modifications rendues nécessaires en cours d'exécution | 46 |
| III. Modifications facultatives | 47 |

Laurent Richer

| | |
|---|----|
| Exclusions | 51 |
| I. Contrats non concessifs | 51 |
| II. Exclusions liées au statut de l'opérateur | 53 |
| III. Exclusions résultant de l'application de règles spécifiques | 55 |
| IV. Exclusions à raison de l'objet de la concession .. | 56 |

Olivier Raymundie
 Avocat au Barreau de Paris
 AARPI Alkyne Avocats

CSP 2016-22-7

Les concédants et les possibilités de groupements entre autorités concédantes

I. Notion d'autorité concédante

L'article 8 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 dispose que « les autorités concédantes soumises à la présente ordonnance sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles 9 et 10. »

Ces deux derniers articles reprennent à l'identique les définitions de « pouvoir adjudicateur » et d'« entité adjudicatrice » qui figurent aux articles 10 et 11 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Aussi, la notion d'autorité concédante recouvre l'ensemble des acheteurs publics soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics.

Constituent des pouvoirs adjudicateurs l'ensemble des personnes morales de droit public. Constituent également de tels pouvoirs les personnes morales de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général d'une nature autre qu'industrielle ou commerciale, lorsque leur activité est majoritairement financée par un pouvoir adjudicateur, ou que leur gestion est soumise au contrôle d'un pouvoir adjudicateur, ou encore lorsque leur organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres désignés, pour plus de la moitié, par un pouvoir adjudicateur¹. Constituent encore des pouvoirs adjudicateur les organismes de droit privé créés par des pouvoirs adjudicateurs pour réaliser certaines activités en commun.

1 Sur ce point, l'ordonnance du 23 juillet 2015 reprend le 1.1° de l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

La notion d'entité adjudicatrice, elle, est propre aux activités de réseau. Outre les personnes publiques et les personnes privées qualifiées de pouvoir adjudicateur, elle recouvre également les entreprises publiques et les organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs qui exercent une telle activité.

Ainsi, une autorité concédante peut tout aussi bien être une personne publique, qu'une personne morale de droit privé.

II. Pluralité d'autorités concédantes et possibilité de constituer des groupements d'autorités concédantes

La définition de la notion même de la concession de service, qui figure à l'article 5 de l'ordonnance, envisage la possibilité d'une pluralité d'autorités concédantes. Cette pluralité fait écho à l'article 26, qui envisage la possibilité de constituer des groupements entre autorités concédantes. Il dispose en effet que :

« 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 1^{er} du livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales ainsi que, le cas échéant,

MOTS CLÉS

Autorité concédante
 Coopération
 horizontale
 Groupement
 Mise en concurrence

par le chapitre 1^{er} du titre 1^{er} du livre IV de la première partie dudit code. »

L'article 28 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, auquel il est renvoyé, concerne le mécanisme des groupements de commandes prévu pour la passation des marchés publics. Ainsi, par ce simple renvoi, le texte étend aux contrats de concession le mécanisme des groupements de commandes, qui prendront toutefois dans ce cas l'appellation de « groupements d'autorités concédantes ».

A. Groupements d'autorités concédantes : une nouvelle forme de coopération horizontale

Il s'agit là d'une innovation pratique de taille. En effet, si le mécanisme des groupements de commandes existait déjà dans l'ancien Code des marchés publics (article 8), il était réservé aux seuls marchés publics. De leur côté, ni l'ordonnance du 15 juillet 2009, ni la loi Sapin, codifiée aux articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales, ne permettaient aux autorités publiques de faire des attributions conjointes en matière de délégations de service public et de concessions de travaux publics (CE avis, Section de l'administration, 1^{er} décembre 2009, n° 383264).

Aussi, jusqu'alors, en matière de délégation de service, il était impossible de satisfaire aux besoins de deux personnes publiques différentes par un seul et même contrat. Une telle satisfaction nécessitait toujours la conclusion de deux contrats différents, alors que pourtant, dans la pratique, les besoins de mutualisation étaient fréquents.

On pense en premier lieu aux personnes publiques de même niveau pour l'exercice d'une même compétence, par exemple en matière de réseaux, pour les transports, l'eau ou l'assainissement, ou pour la gestion de services nécessitant des investissements importants, comme c'est le cas en matière de traitement des déchets. Les besoins de mutualisation et de coopération peuvent également découler de la volonté de réaliser des projets communs, comme en matière culturelle où il est fréquent que des musées et autres établissements culturels interviennent conjointement sur une même opération.

Ces besoins touchent également les relations entre autorités publiques de niveau différent. Comme on le sait, la carte administrative française fait coexister sur un même territoire plusieurs niveaux de collectivités ainsi qu'une

myriade d'établissements publics. Comme l'illustre la complexité du maillage syndical, les périmètres de l'ensemble des acteurs publics, s'ils se superposent, ne se recoupent pas^[2].

Cette coexistence entraîne inévitablement, dans la pratique, de nécessaires rapprochements entre acteurs publics toutes les fois où les compétences de ceux-ci sont complémentaires. Ainsi, un musée municipal peut-il par exemple mener des projets avec un collège ou un lycée, ou encore un établissement hospitalier avec une université, ou plus simplement une commune avec un établissement public intercommunal ou un syndicat mixte dont elle est membre, ou plus généralement qui lui serait limitrophe.

Ainsi, on le comprend, l'article 26 de l'ordonnance participe pleinement de la logique de développement des mécanismes de coopération horizontale entre personnes publiques qui est intimement liée à l'idée de mutualisation entre acteurs publics. Celle-ci est d'ailleurs indissociable du principe de bonne utilisation des deniers publics, qui constitue une exigence constitutionnelle^[3], et est particulièrement d'actualité au regard du contexte budgétaire qui, on le sait, connaît depuis plusieurs années une baisse constante des dotations de l'État au profit des collectivités territoriales.

B. Autorités susceptibles de former ensemble un groupement d'autorités concédantes

L'article 26 de l'ordonnance permet la constitution d'un groupement de commandes entre autorités concédantes, mais également entre une ou plusieurs autorités concédantes et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne constitueraient pas des autorités concédantes.

Ainsi, les possibilités de groupements sont très nombreuses puisqu'elles couvrent l'ensemble des personnes morales de droit public : l'État, les collectivités territoriales (régions, département et communes), leurs établissements

2 Jean-Pierre Lebreton, « Syndicats mixtes et politiques intercommunales », *AJDA* 2004 p. 910.

3 Cons. Constit., 29 décembre 2003, Loi de finances pour 2004, n° 2003-489 DC ; Cons. Constit., 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, n° 2003-473 DC ; Etienne Fatôme et Laurent Richer, « Le Conseil constitutionnel et le "droit commun" de la "commande publique" et de la domanialité publique », *AJDA* 2003 p. 2348.

publics, nationaux et locaux, qu'ils présentent une nature administrative ou industrielle et commerciale, ainsi que les groupements d'intérêt public. Le texte permet le regroupement de personnes publiques de même niveau, ou de niveau distinct, sans aucune limitation quant au nombre de membres.

Les groupements sont également susceptibles d'accueillir des personnes morales de droit privé, soit qu'elles aient la qualité d'autorité concédante au sens de l'ordonnance, soit qu'elles ne l'aient pas. On pense ici aux sociétés d'économie mixte, aux sociétés publiques locales, mais également à toute une multitude d'organismes privés dont les activités se situent au confluent du secteur public, comme des sociétés d'habitation à loyer modéré (articles L. 422-2 et suivants du Code de la construction et de l'habitation), des sociétés de promotion immobilière ou encore des cliniques médicales.

Il faut noter ici que l'inclusion au sein d'un groupement d'une personne morale de droit privé non soumise à l'ordonnance entraîne une conséquence notable pour celle-ci. Cela la conduit en effet mécaniquement à se soumettre volontairement aux règles de publicité et mise en concurrence préalables définies par l'ordonnance et à les respecter entièrement, en vertu de l'adage *patere legem quam ipse fecisti*.

Les possibilités ne sont toutefois pas sans fin. Les personnes physiques ne peuvent être membres de groupements d'autorités concédantes.

De même, la question de la possibilité d'inclure les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices d'autres États membres de l'Union européenne pourrait se poser. En effet, l'article 28 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, auquel renvoie l'article 26 précité de l'ordonnance, prévoit la possibilité, pour la passation des marchés publics, de former des groupements de commandes avec de telles autorités, à condition toutefois que ce choix n'ait pas été fait dans le but de se soustraire aux dispositions nationales qui intéressent l'ordre public⁴.

Toutefois, une lecture combinée des deux articles semble exclure cette possibilité en matière de contrats de concession. L'article 26 définit, au premier alinéa, les autorités et

personnes susceptibles d'intégrer un groupement d'autorités concédantes. Il ne renvoie à l'ordonnance du 23 juillet 2015 que pour ce qui concerne les « conditions » du groupement. L'article 28, de son côté, est spécifique aux marchés publics et ne peut être lu de ce fait comme ayant une portée plus générale.

Dès lors, le renvoi sur ce point à l'ordonnance du 23 juillet 2015 doit être regardé comme n'étant que partiel et ne concernant que les règles concernant le fonctionnement interne du groupement de commande, à savoir les seuls paragraphes II et III de l'article 28. Il en résulte que les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices d'autres États membres de l'Union européenne ne peuvent intégrer les groupements d'autorités concédantes.

C. Objet du groupement d'autorités concédantes et possibilité de constituer des groupements plus ou moins intégrés

L'article 26 de l'ordonnance précise que le groupement d'autorités concédantes est constitué « afin de passer conjointement un ou plusieurs contrats de concession ».

Cet élément de définition du groupement fait référence à la philosophie et à la structure même du mécanisme des groupements de commandes en matière de marchés publics. Il s'agit en effet d'une procédure d'achat public qui se caractérise par sa souplesse. Elle peut être mise en œuvre pour une opération ponctuelle, ou bien sur la longueur, et permet à plusieurs acheteurs publics de coordonner et de regrouper leurs achats, et ce sans donner lieu à la constitution d'une structure personnalisée avec toutes les lourdeurs que cela implique.

Le groupement de commandes, en effet, est dépourvu de toute personnalité juridique (TC 2 avril 2012, Société Atexo, n° 3831, publié au *Lebon*) et s'articule autour d'une convention dite constitutive dont l'objet est précisément de définir les règles de son fonctionnement. À ce titre, la fixation du contenu est très libre ; c'est d'ailleurs dans cette liberté que réside tout l'intérêt du groupement de commandes.

Schématiquement, trois degrés différents d'intégration sont possibles.

A *minima*, la convention peut désigner, parmi les membres du groupement, un coordinateur chargé d'organiser une partie seulement de la procédure de passation des contrats. Ainsi, dans un tel cas de figure, le groupement s'occupe, via son coordinateur, du suivi d'une

4 Cf. le paragraphe IV. de l'article 28 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

partie de la procédure de passation. Une fois ces éléments de procédure accomplis, chacun des membres du groupement procède, de son côté, au choix des contractants, signe et exécute ses contrats.

On comprend que l'idée d'un tel groupement n'est pas la passation de contrats communs à l'ensemble des membres du groupement, mais de permettre que les procédures de passation de plusieurs autorités soient en partie gérées et organisées par une même autorité. Il y a là une simple mutualisation des moyens affectés au suivi des procédures de passation.

À un niveau intermédiaire, la convention constitutive du groupement peut confier au coordinateur le soin d'organiser l'intégralité des procédures de passation des contrats. L'idée est la même que précédemment. Il ne s'agit pas de passer des contrats communs à tous les membres du groupement, mais simplement de mutualiser les moyens affectés au suivi des procédures de passation.

Ainsi, dans cette situation, si c'est le coordinateur qui procède au choix des cocontractants, chaque membre du groupement procède en revanche à la signature et à l'exécution de ses propres contrats.

On peut noter que pour ce type de groupements, la jurisprudence admet que les membres puissent consentir, au profit du coordinateur, un mandat, selon les modalités du droit commun, à l'effet de signer les contrats en leur nom (CE Sect., 9 juillet 2003, SIPPÉREC, n° 249852, publié au *Lebon*). Si un tel mandat emporte des conséquences pratiques, il ne modifie pas la situation sur le plan théorique. D'un point de vue purement juridique, ce sont toujours les membres du groupement, en leur qualité de mandants, qui procèdent, au travers de leur mandataire, au choix du cocontractant et à la signature des contrats.

Enfin, *a maxima*, la convention constitutive peut confier au coordinateur la mission d'organiser l'ensemble des procédures de passation et, à la fois, l'exécution des conventions.

Ce type de groupement procède d'une logique cette fois-ci totalement différente. Il n'est plus question ici seulement de mutualiser les moyens affectés au suivi des procédures de passation, mais de permettre la conclusion de contrats communs à l'ensemble des membres du groupement. Autrement dit, la constitution d'un groupement intégré permet la conclusion d'un contrat de concession à laquelle seront parties plusieurs autorités concédantes.

Aussi, la mutualisation porte, outre sur les moyens affectés au suivi de la procédure de passation, à l'objet même du contrat et donc à l'exercice des compétences des autorités concédantes auxquelles il se rapporte⁵.

D. Mise en place d'une solidarité à l'égard du cocontractant privé, variable suivant le degré d'intégration du groupement

De la variabilité du degré d'intégration, il résulte une gradation de l'intensité des liens juridiques entre les membres du groupement qui se manifeste dans leurs rapports avec les cocontractants.

Comme il a été dit, le groupement n'étant pas personnifié, ce sont donc bel et bien les membres de celui-ci qui contractent en leur nom propre et engagent en conséquence leur responsabilité à l'égard du cocontractant privé sur le terrain contractuel.

Pourtant, l'article 28 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 met en place une solidarité entre les membres du groupement et ce à l'égard du cocontractant privé. Il s'agit là d'une innovation. Si le principe d'une solidarité est présent de longue date dans les contrats publics et, en particulier, dans les concessions, elle ne valait jusqu'à présent qu'entre des cocontractants privés lorsqu'ils se présentaient sous la forme d'un groupement solidaire. La situation est différente ici puisque la solidarité se fait, non plus au profit des personnes publiques, mais bel et bien à leur détriment.

Aucun mécanisme de solidarité de ce type n'était prévu à l'égard des acheteurs publics. L'article 8 du Code des marchés publics était d'ailleurs parfaitement muet sur ce point. Certaines juridictions du fond avaient même expressément exclu une telle solidarité : la Cour administrative de Bordeaux a en effet considéré, dans une affaire concernant un groupement dans lequel le coordinateur était chargé seul de l'ensemble des opérations de sélection du futur cocontractant, que le concurrent évincé ne pouvait rechercher la responsabilité que du seul coordinateur, à l'exclusion des autres membres du groupement (CAA Bordeaux, 12 juillet 2012, Société Optima, req. n° 11BX01620).

5 Sur le mécanisme du groupement de commandes : cf. Corinne Delon Desmoulin, « De la mutualisation des achats à la mutualisation des pratiques d'achat : quelles libertés pour les collectivités territoriales ? », *AJCT* 2015, p. 260.

Ainsi, l'article 28 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 met en place un mécanisme innovant de responsabilité solidaire entre acheteurs publics.

Cette responsabilité est toutefois variable suivant le degré d'intégration du groupement. Si elle pèse toujours sur l'ensemble des membres du groupement, elle ne concerne que les opérations de passation ou d'exécution du contrat qui sont menées de manière conjointe.

Cela signifie donc que lorsque le groupement présente un niveau minimum d'intégration, la solidarité ne joue que pour certaines opérations de passation. Cette solidarité est étendue à l'ensemble des opérations de passation ainsi qu'au choix du cocontractant, pour les groupements de niveau intermédiaire, ainsi qu'à l'exécution du contrat, lorsque le groupement présente un degré d'intégration maximum.

Dans cette dernière hypothèse, la solidarité a une conséquence pratique de taille. En cas de litige sur l'exécution du contrat, le cocontractant peut rechercher la responsabilité solidaire de l'ensemble des membres du groupement. Cela implique également, de manière réciproque, que chacun des membres du groupement puisse agir devant le juge du contrat afin de rechercher la responsabilité du cocontractant (CAA Marseille, 10 juin 2014, Commune de Béziers et OPH Béziers Méditerranée Habitat, req. n° 11MA04239).

E. Identification de la procédure de mise en concurrence applicable en cas de groupement

Jusqu'à présent, les procédures de passation en matière de délégations de service public variaient suivant la qualité de l'autorité délégante. Lorsque celle-ci était une collectivité territoriale ou l'un de ses établissements, les règles de passation applicables étaient celles définies par le Code général des collectivités territoriales, aux articles L. 1411-1 et suivants. En revanche, lorsque l'autorité délégante était l'État ou l'un de ses établissements, les règles de passation qui s'appliquaient étaient celles figurant aux articles 38 et suivants de la loi Sapin⁽⁶⁾.

L'ordonnance du 29 janvier 2016, qui prend la suite de cette dernière loi, maintient des régimes de passation différents selon que

l'autorité concédante relève du niveau étatique ou qu'il s'agisse d'une collectivité territoriale ou de l'un de ses établissements. Dans le premier cas s'appliquent les règles de passation figurant dans l'ordonnance ; dans la deuxième situation, à l'inverse, les règles à respecter sont celles qui figurent au Code général des collectivités territoriales.

La coexistence de procédures distinctes suivant la nature de l'autorité délégante est particulièrement problématique en matière de groupement puisque, comme il a été dit précédemment, des autorités concédantes de niveau local peuvent se grouper avec des autorités de niveau étatique. Le deuxième alinéa de l'article 26 semble trancher la question puisqu'il prévoit l'application des dispositions relatives aux contrats de concession prévues par le Code général des collectivités territoriales aux groupements au sein duquel « les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux sont majoritaires ». Ces dispositions ne sont pas dénuées d'équivoque, notamment quant à la définition de cette notion de majorité. Étant donné que le groupement n'est doté ni de la personnalité juridique, ni d'organe de direction, cela laisse supposer que la majorité s'apprécie au regard de la composition globale du groupement et nullement au regard de critères liés à l'influence ou à la prépondérance dans la direction du groupement.

Ainsi, cela semble impliquer que les dispositions du Code général des collectivités territoriales ne s'appliqueront que pour autant que le groupement sera composé majoritairement de collectivités territoriales ou d'établissements publics locaux. Cela signifie également qu'un groupement constitué exclusivement de structures locales, mais dont les collectivités ou établissements locaux ne serait pas majoritaires ne sera pas soumis aux règles de passation définies au Code général des collectivités territoriales. Ainsi, ne relèvera pas de ces dernières dispositions le groupement constitué entre une commune et deux ou plusieurs structures de droit privé dont elle serait pourtant membre et aurait le contrôle, telles des sociétés d'économie mixte ou des sociétés publiques locales.

F. La commission compétente

Le mécanisme mis en place par l'ordonnance du 23 juillet 2015 comporte une innovation majeure par rapport à celui issu de l'ancien article 8 du Code des marchés publics au niveau des organes du groupement de com-

⁶ 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.

mande. En effet, là où le Code des marchés publics prévoyait expressément l'institution d'une commission d'appel d'offres au sein du groupement, l'article 28 de l'ordonnance demeure totalement muet. Il se limite en effet à faire référence au rôle de coordination du membre à qui est confiée la charge de mener la procédure et, le cas échéant, l'exécution du contrat.

Dans le même temps, l'article 58 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 modifie le Code général des collectivités territoriales, et maintient la commission de l'article L. 1411-5, chargée à la fois de dresser la liste des candidats autori-

sés à présenter une offre et d'émettre un avis sur le choix de l'offre.

Il semble se déduire de ces éléments que les instances compétentes pour organiser et suivre la procédure de passation sont celles du coordinateur et qu'il est impossible aux membres du groupement, dans le cadre de la convention constitutive, de prévoir l'institution d'une commission au sein même du groupement. Il en résulte donc une situation curieuse où les membres du groupement ne sont pas représentés au sein de la commission, alors même que ce sont eux qui *in fine* contractent et s'engagent.