

DETERMINATION DE LA VALEUR ESTIMÉE ET DE LA DURÉE DES CONCESSIONS

[L'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016](#) et [son décret d'application n°2016-85 du 1^{er} février 2016](#) transposent, en droit interne, la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

L'ordonnance simplifie et rationalise l'architecture du droit interne des contrats de concession. Elle rassemble, au sein d'un corpus juridique unique, les règles procédurales régissant tous les contrats constituant des concessions¹ au sens du droit de l'Union européenne.

Attention ! Certains contrats de concession, à raison de leur particularité, sont régis par des règles sectorielles spécifiques, complémentaires aux règles de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et son décret d'application.

Ex: concessions relatives aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route (règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007), concessions autoroutières (code de la voirie routière), concessions de remontées mécaniques (code du tourisme), concessions hydroélectriques (code de l'énergie)...

1. Les modalités de détermination de la valeur estimée d'une concession.

Désormais, il existe un seuil unique², applicable à l'ensemble des contrats de concession qu'il s'agisse de concessions de travaux ou de services, permettant de déterminer les règles de passation et garanties procédurales devant être respectées³ par l'autorité concédante. A ce titre, il est donc indispensable de procéder à une estimation de la valeur du contrat en amont du lancement de la procédure de passation.

1.1. Une méthodologie précisée.

L'estimation de la valeur du contrat de concession suppose au préalable que la nature et l'étendue des besoins à satisfaire soient déterminées avec précision.

L'article 7 du décret du 1^{er} février 2016 définit de manière précise la méthode à mettre en œuvre pour déterminer la valeur prévisionnelle d'un contrat de concession. Ainsi, le I de l'article 7 dispose que la valeur estimée du contrat de concession « *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* ». Cette règle, conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat⁴, était déjà utilisée en pratique avant la réforme par les autorités concédantes.

En outre, le I de l'article 7 établit une liste non exhaustive des éléments devant être pris en compte pour estimer la valeur du contrat :

« 1° La valeur de toute forme d'option⁵ 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 ;

¹ Voir en ce sens le point 2.1 de la fiche technique relative aux contrats de la commande publique et autres contrats.

² [Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande](#)

³ Cf. [Article 9 de l'ordonnance du 29 janvier 2016](#).

⁴ [CE, 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, n° 289234](#).

⁵ Il s'agit des options visées au 1° de l'article 36 du [décret du 1er février 2016](#).

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. ».

En cas d'allotissement, la valeur estimée de la totalité des lots doit être prise en compte.

1.2. Une procédure d'évaluation transparente et encadrée.

L'article 8 du décret du 1^{er} février 2016 précise que la valeur d'une concession doit être estimée en amont du lancement de la procédure afin de pouvoir déterminer les règles procédurales applicables pour la passation du contrat.

Par souci de transparence et d'égalité de traitement entre les futurs candidats, la méthode de calcul retenue par l'autorité concédante doit être exposée dans les documents de la consultation.

Le respect des seuils conditionne la validité de la procédure. Une procédure qui n'aurait pas mis en œuvre l'intégralité des obligations s'attachant à elle en raison du montant du contrat, est susceptible d'être annulée par le juge. Il importe donc d'anticiper le mieux possible le montant susceptible d'être atteint par le contrat. Lorsque les estimations indiquent un montant proche du seuil déclenchant l'application de certaines obligations ou d'incertitudes sur le franchissement de ce seuil, il sera prudent de mettre en œuvre l'intégralité des contraintes procédurales. Si en effet, il s'avérait que le seuil était dépassé au moment de la signature du contrat sans que l'intégralité des contraintes procédurales n'ait été mise en œuvre, une nouvelle procédure devrait être engagée.

L'article 8 du décret du 1^{er} février 2016 prévoit cependant une certaine souplesse, propre aux contrats de concession, dans l'interprétation du seuil. Il prévoit en effet qu'une nouvelle procédure de passation doit être mise en œuvre uniquement si les conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- la valeur de la concession excède le seuil visé à l'article 9 du décret ;
- la valeur du contrat de concession au moment de l'attribution est supérieure de plus de 20 % à sa valeur précédemment estimée ;
- toutes les obligations procédurales s'attachant au contrat dont la valeur excède le seuil n'ont pas été mises en œuvre initialement.

En revanche, lorsque la différence entre la valeur du contrat estimée au moment de l'attribution et la valeur estimée en amont du lancement de la procédure est inférieure ou égale à 20 %, l'autorité concédante n'est pas tenue d'engager une nouvelle procédure, même si la valeur du contrat excède alors le seuil visé à l'article 9 du décret et même si toutes les obligations procédurales s'attachant au seuil n'avaient pas été mises en œuvre initialement.

2. Les modalités de détermination de la durée d'une concession.

L'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 pose le principe d'une durée limitée, calculée en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements.

L'article 6 du décret du 1^{er} février 2016 précise ce que recouvre la notion d'investissement. L'investissement est défini de manière très large et englobe ainsi « *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* ». A titre illustratif, sont notamment considérés comme des investissements « *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* ».

Les textes posent en outre deux règles spécifiques.

D'une part, pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, l'article 6 du décret précise que la durée du contrat ne doit 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.

D'autre part, comme c'était déjà le cas auparavant⁶, l'article 34 de l'ordonnance reprend la limitation à vingt ans de la durée des contrats de concession « *dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets* » sauf examen préalable par le directeur départemental des finances publiques, à l'initiative de l'autorité concédante, des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen doivent être communiquées, le cas échéant, aux membres de l'organe délibérant compétent, avant toute délibération de celui-ci.

Attention ! Les modalités de prolongation de la durée du contrat sont désormais régies par les dispositions relatives aux modifications du contrat, prévues aux articles 55 de l'ordonnance ainsi que 36 et 37 de son décret d'application.

⁶ Article 40 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 et article L 1411-2 du code général des collectivités territoriales, désormais abrogés.

Mise à jour le 16/08/2016