

# Contrats Publics

L'actualité de la commande et des contrats publics

**Dossier**

## Les concessions d'aménagement

### CONTÊTE

Retour sur l'évolution de la procédure de passation

### RÈGIME

Les trois procédures de passation des concessions

Le risque économique, fondement de la différenciation des procédures

Le rôle de la commission de la collectivité territoriale

### EXÉCUTION

Les contrats passés pour réaliser l'opération

### VIE DES CONTRATS

#### RÉGLEMENTATION

Les modifications du code des marchés publics par le décret du 02/09/09

#### PASSATION

Secret industriel et commercial, contrats publics et mise en concurrence

#### EXÉCUTION

Le contrôle du montant des redevances des services publics

Fonds de commerce et domaine public : des clarifications bienvenues

# Les concessions-marchés d'aménagement: une exception culturelle française

■ Le décret du 22 juillet 2009 élargit le champ des acteurs publics de l'aménagement en reconnaissant une nouvelle catégorie de concessions d'aménagement, les concessions-marchés, proches des contrats de partenariat et néanmoins soumises à la directive 2004/18 Marchés publics.

## Auteur

Romain Granjon, avocat associé, Adamas

## Référence

Décret n°2009-889 du 22 juillet 2009 relatif aux concessions d'aménagement

## Mots clés

Concession d'aménagement • Marché public • Droit communautaire des marchés publics • Risque • Procédure de passation • Appel d'offres • Procédure négociée • Rémunération •

Par un mouvement de balancier dialectique auquel les juristes sont aujourd'hui accoutumés<sup>(1)</sup>, la jurisprudence française avait répondu à la jurisprudence européenne pour soumettre les conventions d'aménagement, jusque-là essentiellement réservées aux sociétés d'économie mixte ou aux établissements publics, à des règles de mise en concurrence. Faisant écho au célèbre arrêt *Telaustria* de la Cour européenne du 7 décembre 2000<sup>(2)</sup>, la cour administrative d'appel de Bordeaux jugeait le 9 novembre 2004 que les conventions d'aménagement devaient respecter les principes ressortant des traités. Ce mouvement jurisprudentiel trouvait son épilogue dans l'arrêt rendu le 18 janvier 2007 par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Auroux c./Commune de Roanne*<sup>(3)</sup>, précédé par les conclusions de l'avocat général Juliane Kokott du 15 juin 2006 : les concessions d'aménagement à la française ne sont pas seulement soumises aux principes généraux issus des traités : il s'agit de contrats entrant dans le champ d'application de la directive communautaire 2004/18 du 31 mars 2004. Sous la double pression de cette jurisprudence et d'une procédure en manquement d'État, le législateur français adoptait le 20 juillet 2005 une loi qui, à la fois ouvrait à tous les opérateurs économiques le domaine des concessions d'aménagement, et soumettait l'attribution de ces contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. Premier signe des difficultés de fusion des concessions dans le moule de la concurrence, c'est seulement le 31 juillet 2006 qu'était publié le décret définissant des règles de passation propres aux concessions d'aménagement, codifié aux articles R. 300-4 à R. 300-11 du code de l'urbanisme. Mais en stipulant que « les dispositions de la présente section sont applicables aux concessions d'aménagement pour lesquelles le concessionnaire est rémunéré substantiellement par les résultats de l'opération d'aménagement », l'article R. 300.11. instaurait une énigme. Cette rédaction conduisait à s'interroger sur le point de savoir s'il y avait place pour des concessions d'un autre type, autrement dit des concessions sans risque, pour lesquelles il faudrait attendre un nouveau décret, ou si, le transfert du risque étant un élément de définition de la

(1) *Commande Publique, les règles générales de passation des contrats*, n°73, janvier 2008.

(2) CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria*.

(3) CJCE, *aff. C-220/05*.

concession, les contrats dépourvus de cet élément ne pouvaient entrer dans le champ d'application de l'article L.300-4 du code de l'urbanisme. Dans une chronique publiée en novembre 2006, le conseiller d'État Rémy Schwartz, commentait ainsi le décret du 31 juillet 2006 : « Les auteurs du décret ont interprété l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme comme s'appliquant aux réelles concessions, et non à des marchés publics indûment appelés concessions »<sup>(4)</sup>. La question n'était pas théorique : si les contrats ne répondant pas à la définition de l'article R.300-11 ne sont pas des concessions, et si l'article L.300-4 ne s'applique pas, il est impossible – et donc irrégulier – de transférer sur le cocontractant la maîtrise d'ouvrage des travaux, et l'exercice des droits d'expropriation et de préemption. Il aura fallu trois nouvelles années de tergiversations pour que le décret du 22 juillet 2009 vienne enfin trancher le débat et mettre un terme à cette insécurité juridique.

## I. La consécration des marchés d'aménagement

En ajoutant à la section II du Livre III du code de l'urbanisme (partie réglementaire) une sous-section II intitulée « Procédure relative aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des marchés » (art. R. 300-11-1 à R. 300-11-6), le pouvoir réglementaire a consacré une nouvelle catégorie juridique hybride : la concession-marché. On regrettera la confusion de langage. Depuis une dizaine d'années les professionnels du droit voyaient d'un bon œil l'uniformisation des concepts en droit français et en droit communautaire, source de sécurité juridique. Sur ce terrain, le décret du 22 juillet 2009 marque un pas en arrière. Pour le législateur ou le juge européen en effet, le transfert substantiel du risque d'exploitation sur la personne du concessionnaire est un élément de définition de la concession, qui permet d'ailleurs de la distinguer des marchés ou d'autres types de contrat<sup>(5)</sup>. On retiendra à titre d'illustration la formulation de l'arrêt rendu le 13 octobre 2005 par la CJCE dans l'affaire Parking Brixen<sup>(6)</sup> : « La rémunération du prestataire de services provient [...] des montants versés par les tiers pour l'usage des parkings concernés. Ce mode de rémunération implique que le partenaire prend en charge le risque d'exploitation des services en question et caractérise ainsi une concession de services publics. Dès lors, dans une situation telle [...] il s'agit non pas d'un marché public de services, mais d'une concession de services publics. » On ne saurait mieux trouver formulation plus synthétique. On pouvait légitimement penser que la notion française de concession épousait les contours de la définition européenne. Dans ses conclusions sur l'arrêt Commune de Guilhaumand-Granges du 7 avril 1999, le commissaire du gouvernement Catherine Bergeal soulignait en effet que la notion de prise de risque par le cocontractant était un élément « consubstantiel à la notion de concession »<sup>(7)</sup>.

C'est bien d'ailleurs encore cette définition qui a inspiré l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics. La difficulté marché n'a pas pu échapper aux auteurs du texte. Sans doute l'explication tient-elle dans le fait que pour la surmonter, il eut fallu modifier l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme, qui ne traite que des « concessions », ce qui aurait exigé une loi et non un simple décret. On verra cependant que pour avoir évité une refonte de la partie législative du code consacrée aux contrats d'aménagement, suivant en cela une malheureuse habitude qui consiste à empiler des textes sans grand souci de cohérence, d'autres difficultés surgissent au moment de la mise en œuvre. Pour autant, et malgré ces imperfections, le nouveau décret élargit la panoplie des acteurs publics de l'aménagement en leur offrant un outil contractuel sécurisé pour la réalisation d'opérations dans lesquelles il n'est pas permis d'envisager le transfert sur le cocontractant d'une « part significative du risque économique de l'opération » (nouvelle rédaction de l'article R. 300-4 C. urb.). La pratique montre en effet que certaines opérations d'aménagement (renouvellement urbain, opérations ANRU, restructuration de grands ensembles immobiliers...), ne dégagent que des recettes d'« exploitation » minimales ou beaucoup trop aléatoires pour permettre une prise significative de risque par le concessionnaire, alors même qu'il est d'intérêt public d'en confier la réalisation à un tiers, professionnel, doté des attributs d'un véritable concessionnaire : qualité de maître d'ouvrage, réalisation des ventes, exercice des droits d'expropriation et de préemption. La concession-marché se rapproche ainsi du contrat de partenariat, qui tout en étant un marché au sens de la directive 2004/18/CE transfère au cocontractant la maîtrise d'ouvrage des travaux et l'exercice du droit d'expropriation. Cette similitude explique aussi sans doute que la procédure de passation ait été calquée sur celle des contrats de partenariat.

## II. Les règles de passation

Les contrats dans lesquels le montant total des produits de l'opération d'aménagement est inférieur au seuil de 5 150 000 HT, sont simplement soumis à une publicité et à une procédure adaptées. On retrouve là le vocabulaire de l'article 28 du code des marchés publics<sup>(8)</sup>. Par « produits de l'opération », il faut comprendre l'ensemble des recettes, mais également l'ensemble des apports et plus généralement de toute somme perçue par le concessionnaire. Au-delà de ce seuil, le décret renvoie pour l'essentiel à la procédure de passation des contrats de partenariat<sup>(9)</sup>, avec néanmoins quelques dispositions particulières prenant en compte les spécificités du contrat d'aménagement<sup>(10)</sup>. Plus précisément, l'article R. 300-11-2 renvoie, pour l'État et ses établissements publics, aux articles 5 à 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004<sup>(11)</sup> et aux articles 1 à 5 du décret du 2 mars 2009<sup>(12)</sup> ; pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, aux articles L. 1414-5 à L. 1414-8 et D. 1414-1 à D. 1414-5 du code général des collectivités territoriales.

(4) BJCP, n° 48, novembre 2006, p. 322.

(5) Voir *Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire* 12 avril 2000 (JOCE du 24 avril 2000) ; concl. N. Fennelly sur CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria* ; concl. J. Kokott, CJCE 18 janvier 2007, *Auroux c/Cne de Roanne*, aff. C-220/05.

(6) Aff. C-458/03.

(7) CE 7 avril 1999, *Cne de Guilhaumand-Granges* : AJDA, 1999, p. 517.

(8) *Nouvel art. R 300-11-7 du code de l'urbanisme*.

(9) Art. R. 300-11-2.

(10) Art. R. 300-11-2 à R. 300-11-6.

(11) Ord. n° 2004/559.

(12) Décret n° 2009-243.

Premier constat dans cette opération de tricotage : les contrats d'aménagement ne sont pas soumis à l'évaluation préalable prévue à l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004. En application de l'article 5 du même texte, les contrats peuvent donc être passés « selon les procédures du dialogue compétitif, de l'appel d'offres ou selon une procédure négociée ». Il faut en réalité écarter la procédure négociée, réservée aux contrats de partenariat inférieurs aux seuils européens puisque le code de l'urbanisme prévoit déjà, dans ce cas de figure, une procédure adaptée. L'alternative au-delà des seuils sera donc entre le dialogue compétitif ou l'appel d'offres.

Le recours à la procédure du dialogue compétitif, qui paraît particulièrement adaptée aux concessions d'aménagement, est subordonné à la condition de complexité du projet, définie comme le fait pour la personne publique d'être « objectivement dans l'impossibilité de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet »<sup>(13)</sup>. Si la condition de complexité fait défaut, c'est la procédure d'appel d'offres qui s'impose. Il n'y a pas lieu de revenir sur la notion de complexité, déjà abondamment commentée pour les contrats de partenariat. Elle sera le plus souvent remplie, tant elle semble relever de la nature même de l'opération d'aménagement telle que définie à l'article L.300-1 du code de l'urbanisme. C'est d'ailleurs le plus souvent la complexité du projet qui justifie que la réalisation soit concédée. En pratique, la concession d'aménagement n'étant pas soumise à évaluation préalable, les personnes publiques n'auront pas à motiver les motifs du recours au dialogue compétitif dans les avis de publicité ou les pièces de la consultation. Elles seront toutefois avisées d'établir en début de procédure une note interne justifiant du respect de la condition liée à la complexité, note qui pourra le cas échéant être versée dans le dossier transmis en préfecture pour l'exercice du contrôle de légalité.

Le dossier de consultation est essentiellement composé d'un programme fonctionnel, qui doit indiquer au minimum les caractéristiques essentielles de la concession, le programme prévisionnel des équipements et constructions, et les conditions de mise en œuvre de l'opération<sup>(14)</sup>. Le dialogue peut porter sur tous les aspects du contrat, mais doit être soigneusement organisé pour respecter les obligations d'égalité de traitement et de transparence, qui requiert une traçabilité des étapes du dialogue et des discussions. Les critères d'attribution doivent bien entendu être publiés et pondérés. Ils sont précisés à l'article R.300-11-3 du code de l'urbanisme (non par les textes relatifs aux contrats de partenariat), qui impose de les définir et de les apprécier de manière : « À tenir compte du coût global de l'opération au regard de son bilan prévisionnel, intégrant la totalité des recettes et des dépenses /à prendre en considération le respect des exigences du développement durable. » Soulignons enfin que, pour les collectivités territoriales, la composition de la commission est fixée par l'article R. 300-9 du code de l'urbanisme (représentation proportionnelle à la plus forte moyenne), et non les textes relatifs aux contrats de partenariat ou aux délégations de service public.

On le voit, le décret ne fait pas dans la simplicité, puisqu'on trouve les éléments de procédure à la fois dans les textes relatifs aux contrats de partenariat, et dans le code de l'urbanisme.

### III. La question de la rémunération

La question de la rémunération est liée à celle du risque, puisque par définition, dans une concession-marché, la rémunération n'est pas « significativement » liée aux résultats de l'opération. Ce qui signifie que la rémunération sera constituée pour l'essentiel par une participation publique, ou, ce qui revient au même au regard du critère du risque, par une garantie de recettes. La difficulté réside ici dans la combinaison entre la notion de prix associée à un marché, et les dispositions de l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme, qui n'ont pas été modifiées. En effet, selon le II de l'article L. 300-5, le traité de concession doit préciser, à peine de nullité, les modalités de l'apport financier du concédant, ainsi que le montant total de cette participation. Toujours selon le même article, « toute révision de cet apport doit faire l'objet d'un avenant au traité de concession ». Par ailleurs, et en application de l'article L. 300-4 du même code, le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux, il peut être chargé d'acquérir les biens nécessaires à l'opération, et c'est enfin lui qui procède à la vente, à la location ou à la concession des biens situés à l'intérieur du périmètre concessif.

Il résulte de ces dispositions que l'économie de la concession, même conçue comme un marché, devra avoir été très précisément arrêtée. En effet, la rémunération du concessionnaire ne pourra ensuite évoluer que dans les limites admises pour les avenants<sup>(15)</sup>. C'est dire que même s'il ne revêt pas un caractère significatif au sens de l'article R. 300-4 nouveau du code de l'urbanisme, le concessionnaire conservera une part du risque.

À titre d'illustration, le risque des recettes liées aux ventes de charges foncières ou au montant prévisible des dépenses d'acquisition ne pourra être totalement neutralisé, les parties ne pouvant contractuellement contrevenir aux règles d'encadrement des avenants. On touche ici un des écueils d'avoir ajouté un nouveau décret sans penser à réécrire des dispositions législatives conçues pour des « vraies » concessions, et non pour des concessions-marchés. Par référence aux contrats de partenariat, il pourra être opportun de prévoir une matrice de risques. Pour autant, cette distribution de risques devra rester compatible avec les dispositions précitées de l'article L. 300-5.

En conclusion, en même temps que l'on se réjouira de voir élargie la panoplie des outils contractuels à la disposition des acteurs publics de l'aménagement, on retiendra cependant que l'absence d'une refonte globale des contrats d'aménagement, pour n'avoir pas voulu toucher aux dispositions législatives aboutit à certaines incohérences, et parfois à une complexité inutile, illustrée par le fait que la procédure fait appel à la fois à la législation des contrats de partenariat, à des dispositions propres du code de l'urbanisme, voire à des notions du code des marchés publics. ■

(15) On renverra sur cette question aux explications très complètes du professeur L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, n° 344 et s.

(13) Ord 17 juin 2004, art. 5; art. L 1414-5 CGCT.

(14) Art. R. 300-11-2 II 3°.