



FEDERATION NATIONALE DES TRAVAUX PUBLICS

COMITE JURIDIQUE (*)

Note de travail délibérée et adoptée le 6 juin 2007

Objet : Sur les conditions de passation des conventions de concession d'aménagement

1. Les conventions portant concession d'aménagement sont aujourd'hui régies, en droit interne, par la loi du 20 juillet 2005, reprise à l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme, et le décret du 31 juillet 2006 *relatif aux conditions de passation des conventions d'aménagement et des marchés conclus par les concessionnaires.*

La loi du 20 juillet 2005 dispose que « *l'attribution des concessions d'aménagement est soumise par le concédant à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par décret en conseil d'Etat* » lequel est le décret précité du 31 juillet 2006.

(*) *Le Comité Juridique de la FNTF est présidé par Yves GAUDEMET, Professeur à l'Université de Paris II, ses membres sont : François-Régis BOULLOCHE, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, Christophe LAPP, Avocat à la Cour d'Appel de Paris, Jean-François MARTIN, Avocat Honoraire à la Cour d'Appel de Paris, Roland SANVITI, Avocat à la Cour d'Appel de Paris, Serge-Antoine TCHEKHOFF, Avocat à la Cour d'Appel de Paris*

2. Cette loi – et le principe de publicité et de mise en concurrence qu’elle consacre – fait suite à l’arrêt de la cour administrative d’appel de Bordeaux *Sogedis c/ Cne de Cilaos*, du 9 novembre 2004, dans lequel a été posé, avec une motivation de principe, qu’une convention d’aménagement « *n’est pas exclue du champ d’application des règles fondamentales posées par le traité de l’Union européenne qui soumettent l’ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l’égalité d’accès à ces contrats* » (AJDA 2005, p. 257, note J.-D. Dreyfus).

Cet arrêt intervenait lui-même après les observations critiques de la Commission européenne sur la soustraction des concessions d’aménagement aux principes communautaires de la commande publique et un recours en manquement contre la France pour ce même motif.

I / La nouvelle réglementation des concessions d’aménagement

4. La loi du 20 juillet 2005 et le décret du 31 juillet 2006 apparaissent donc – et ont été ouvertement présentés – comme une réponse du droit français visant à mettre celui-ci, en la matière, en conformité avec les principes que l’arrêt *Sogedis c/ Cne de Cilaos* rattache à juste titre au droit primaire des traités communautaires.

5. Mais il fallait également, à cet égard, tenir compte de la possible requalification d’une concession d’aménagement en marché de travaux, au sens du droit communautaire, avec pour conséquence, dans ce cas, la soumission de sa passation aux règles strictes de publicité et de mise en concurrence correspondantes des directives communautaires.

En effet, dans un arrêt du 18 janvier 2007, *Jean Auroux c/ Cne de Roanne*, la cour de justice des Communautés, faisant droit aux conclusions de l'avocat général Kokott qui étaient connues au moment de la préparation du décret du 31 juillet 2006 (conclusions prononcées le 15 juin 2006), a dit pour droit que la convention sur la qualification de laquelle elle était interrogée, conclue entre la Ville de Roanne et une société d'aménagement local (la SEDL), était un marché public de travaux, soumis à la directive travaux, et non une concession d'aménagement. Pour l'avocat général : « *on ne saurait déduire du fait que la SEDL a pouvoir pour céder de grandes parties du pôle de loisirs directement à des tiers qu'il s'agit d'une concession de travaux publics au sens de l'article 1^{er}, sous d), de la directive n° 93/37. Le rapport triangulaire entre la ville de Roanne, la SEDL et les tiers acquéreurs, dont les paiements fourniront la majeure partie de la rémunération de la SEDL, évoque certes une concession. Une concession publique se caractérise cependant en outre par le fait que le cocontractant du pouvoir adjudicateur supporte le risque économique de l'opération. Cette caractéristique fait en l'espèce défaut, la ville de Roanne s'étant en effet obligée dans la convention à reprendre à l'expiration de l'opération les éléments du pôle de loisirs qui n'auront pas été vendus et à supporter en outre le risque financier de l'opération* ».

Ainsi donc, comme l'observent les auteurs, « *la qualification comme concession, et donc la non soumission aux règles de la directive qui portent sur les marchés, est exclue dès lors que – dans une concession d'aménagement - la charge des risques est imputée à la collectivité publique, la notion de risque devant être comprise comme renvoyant au risque économique d'une perte* » (E. Fatôme et L. Richer, *La procédure de passation des concessions d'aménagement*, AJDA 2006, p. 409).

6. Cette décision du juge communautaire est à l'origine, en France, de l'article R. 300-11 inséré dans le code de l'urbanisme par le décret du 31 juillet 2006, alors en préparation, et qui déclare les dispositions qui déterminent les conditions de passation

des concessions d'aménagement applicables aux seules concessions « *pour lesquelles le concessionnaire est rémunéré substantiellement par les résultats de l'opération d'aménagement* ».

Cette dernière référence du décret du 31 juillet 2006 est manifestement la reprise, pour les concessions d'aménagement, de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales qui codifie lui-même la jurisprudence *préfet des Bouches du Rhône* du 15 avril 1996 (RFDA 1996, p. 715, concl. Chantepy), et selon lequel un contrat qui confie l'exploitation d'un service public ne constitue une délégation de service public que si la rémunération du délégataire est « *substantiellement liée aux résultats de l'exploitation* ».

II / Les procédures de passation des concessions d'aménagement

7. Il résulte de ceci que les concessions d'aménagement, au sens du droit français et telles que regroupées par la loi du 20 juillet 2005, article L. 300-4 du code de l'urbanisme, obéissent à des procédures de passation différentes, selon qu'elles prévoient ou non une rémunération du cocontractant aménageur « *provenant substantiellement des résultats de l'exploitation* ».

- Dans le premier cas, ce sont les procédures de publicité et de mise en concurrence prévues spécialement par le décret du 31 juillet 2006 qui s'appliquent ;
- dans le second, au moins celles plus contraignantes prévues par la directive communautaire « marchés de travaux ».

Comment distinguer entre ces deux hypothèses et quelles en sont les conséquences ?

A / Les principes de la distinction

8. Comment distinguer entre les « véritables » concessions d'aménagement et celles qui constituent en réalité des marchés publics, au sens du droit communautaire, parce que la rémunération du concessionnaire n'y est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation ?

On dispose à cet égard de différents éléments d'information qu'on expose brièvement ci-après.

- La rémunération du concessionnaire assurée par les résultats de l'exploitation doit s'entendre, sans aucun doute, des résultats de la commercialisation du projet objet de l'aménagement concédé ; l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme indique à cet égard que l'aménageur « *procède à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession* ». Comme le notent E. Fatôme et L. Richer dans l'article déjà cité paru à l'AJDA du 8 mai 2006, « *il ne fait aucun doute que, pour le législateur, la rémunération du concessionnaire est normalement assurée par les résultats de la commercialisation (du programme immobilier)* ».

- Est en revanche considérée comme une rémunération ne provenant pas des résultats de l'exploitation – et entraînant donc la qualification de marché au sens du droit communautaire – toute forme d'avantages consentis par le concédant au concessionnaire aménageur. Il en est ainsi d'une éventuelle

participation financière du concédant ; mais – comme l’observe R. Schwartz (article précité, BJCP 2007, n. 48, p. 323) – « *cette participation est en général tout à faite seconde dans ces opérations* ».

Doit plutôt être considérée à ce titre l’hypothèse – celle-là plus fréquente lorsque l’aménagement concerne une ZAC – dans laquelle l’aménageur est dispensé de paiement de la taxe locale d’équipement en échange d’équipements publics qu’il réalise (art. 311-4 code de l’urbanisme). Dans ce cas, les travaux de l’aménageur ayant pour contrepartie un non perçu par la collectivité concédante, le contrat est considéré comme intervenant à titre onéreux et relevant de la catégorie des marchés au sens du droit communautaire (CJCE 12 juillet 2001, *Ordine degli architetti delle province di Milano e Lodi*, Rec. p. 5409)¹.

B / Les conséquences de la distinction

9. 1°) - La procédure mise en place par le décret du 31 juillet 2006 pour la passation des concessions d’aménagement qui répondent également à cette qualification en droit communautaire impose, au titre des obligations de publicité, la publication par le concédant d’un avis conforme à un modèle fixé par arrêté du ministre de l’urbanisme, dans une publication spécialisée dans le domaine de l’urbanisme, des travaux publics ou de l’immobilier (art. R. 300-4 du code de l’urbanisme).

¹ Et le conseil d’Etat lui-même a jugé qu’une telle convention était à titre onéreux et constituait un marché public au sens du code des marchés publics et des directives communautaires marchés (CE 4 nov. 2005, *Sté J. C. Decaux*, BJCP n° 44, janvier 2006, concl. D. Casas, observ. Ph. Terneyre, Ch. Maugué et A. Ménéménis).

Si le montant total des travaux nécessaires à la réalisation des équipements remis par le concédant au concessionnaire est égal ou supérieur à 5.270.000 €, un avis de marché doit en outre être adressé pour publication à l'Office des publications de l'Union européenne (art. R. 300-5 du code de l'urbanisme)².

10. 2°) - Lorsque, en revanche, la rémunération du concessionnaire n'est plus déterminée de façon substantielle par les résultats de l'exploitation et que, en conséquence, la convention est susceptible, à raison de son objet, d'entrer dans le champ de la directive communautaire « travaux », ce sont les formalités de publicité prévues par cette directive qui s'imposent, et pour la détermination des seuils, et pour la valeur globale de la convention (v. encore F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *Concession d'aménagement : une copie à refaire*, Contrats et marchés publics, fév. 2007, p. 2).

11. Mais apparaît alors une autre difficulté : que ces conventions constituent des marchés au sens du droit communautaire ne signifie pas qu'elles soient des marchés au sens du code de marchés publics français et régis par celui-ci ; et donc notamment qu'elles soient soumises à la procédure de passation prévue par ce code pour les marchés qu'il régit.

Il en résulte alors que, ces conventions n'entrant pas dans le champ du décret de juillet 2006 relatif aux « vraies » concessions d'aménagement, aux risques et périls de l'aménageur, et n'étant pas non plus des marchés publics, au sens du code des marchés

² Pour un descriptif détaillé de cette procédure, voir notamment P. Bonamy et A. Peloran, *Les concessions d'aménagement : des conditions de mise en concurrence enfin définies mais des incertitudes juridiques persistantes* (Les petites affiches, 11 décembre 2006, p. 5).

publics français, aucune procédure de passation spécifique n'existe en l'état, en droit français, qui transcrive les obligations communautaires de publicité applicables à ce type de contrats (en ce sens E. Fatôme et L. Richer, article précité, AJDA 2007, p. 418 – contra R. Schwartz, *Le décrets sur les concessions d'aménagement*, BJCP, n. 48 2007, p. 322).

III / Conditions de constatation d'un contrat « in House » en la matière

12. On sait que, dans l'hypothèse particulière couramment dite du « in House », il n'y a pas vraiment de contrat et donc pas de formalités de publicité entre la commune et l'entité désignée qui fait en réalité partie d'elle-même ; les obligations de publicité et de mise en concurrence sont alors reportées sur cette entité agissant « in House ».

Cette situation exceptionnelle du « In House » a été réservée, dans le domaine des concessions d'aménagement, par la loi du 20 juillet 2005 qui a inséré au code de l'urbanisme un article L. 300-5-2 ayant cet objet. Et pour donner un effet utile à cette disposition, la loi Engagement national pour le logement ou loi « ENL », du 13 juillet 2006, permet la création de sociétés locales d'aménagement entièrement publiques qui pourront, au moins dans le cas d'actionnaire unique, répondre aux conditions du « in House ».

Yves Gaudemet