

## Contrats publics

### La concession d'aménagement sans transfert de risque, une survivante!

Un tel contrat relève désormais de l'ordonnance et du décret marchés publics.

Par **Marie-Hélène Pachen-Lefevre**, avocate associée, et **Elina Asika**, avocate à la Cour, cabinet Seban & associés

**L**a réforme de la commande publique entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril a levé le doute : les concessions d'aménagement sans transfert de risque existent toujours, et sont assujetties aux règles des marchés publics. Pour autant, la question de leur utilité et de la pertinence de leur mode de passation se pose.

**Droit commun de la commande publique.** La concession d'aménagement est un contrat administratif par lequel une personne publique confie à un opérateur public ou privé, dit aménageur, la réalisation d'une opération d'aménagement (article L. 300-4 du Code de l'urbanisme).

Pour être qualifiée comme telle, une opération doit répondre à deux critères. Tout d'abord, elle doit poursuivre un ou plusieurs des objectifs visés à l'article L. 300-1, alinéa 1<sup>er</sup> du C. urb. (mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, sauvegarder le patrimoine, etc.). En outre, elle doit revêtir une certaine ampleur, imposant une intervention globale, complexe, avec une dimension foncière significative, et viser à modifier l'organisation d'un site par la nature et l'importance des travaux prévus (CE, 28 juillet 1993, n° 124099). Concrètement, l'aménageur assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements qui concourent à l'opération, la réalisation des études, les acquisitions foncières des biens utiles à l'opération, la commercialisation des immeubles viabilisés au préalable.

Le régime des concessions d'aménagement – longtemps entendues comme des contrats singuliers, ne s'apparentant ni à des marchés publics, ni à des délégations de service public – a beaucoup évolué. L'assimilation au régime de droit commun de la commande publique a débuté en 2004, par l'arrêt « Sogedis » (CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, n° 01BX00381).

**Portage du risque.** Après plusieurs réformes, les concessions d'aménagement sont finalement aujourd'hui rangées en

deux catégories, avec un seul critère de distinction : le portage du risque économique. Celui-ci est considéré comme transféré à l'aménageur lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, ce dernier n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service. Le risque d'exploitation doit trouver son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle et la part de risque transférée impliquer une réelle exposition aux aléas du marché (1). Aussi, les nouveaux textes distinguent, d'une part, les concessions d'aménagement transférant un risque économique à l'aménageur, désormais assujetties à l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ; d'autre part, les concessions d'aménagement ne transférant pas le risque à l'aménageur, régies par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Le pouvoir réglementaire a ainsi décidé de maintenir l'existence des concessions d'aménagement sans transfert de risque en les incorporant, pour l'essentiel, dans l'ordonnance et le décret (n° 2016-360 du 25 mars 2016) relatifs aux marchés publics. Pourtant, ces contrats ne sauraient être assimilés à des marchés publics de travaux classiques et conservent une certaine spécificité.

### Calcul du seuil de procédure de passation

Les concessions d'aménagement sans transfert de risque sont passées suivant deux procédures (formalisée ou adaptée), selon un critère de seuil fondé sur le « montant total des produits de l'opération d'aménagement faisant l'objet du contrat » (art. R. 300-11-2 du C. urb.). Dès 5 225 000 euros HT, la procédure de passation formalisée doit être mise en œuvre.

**Valeur totale du contrat.** En marchés publics de travaux, ce seuil est calculé par la prise en compte de la valeur totale des travaux se rapportant à une opération ainsi que la valeur estimée des fournitures et services mis à la disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux. Sans que le Code de l'urbanisme ne déroge expressément à ces modalités de calculs, il faut supposer que les concessions d'aménagement sans transfert de risque obéissent

Les concessions d'aménagement sans transfert de risque existent toujours et sont assujetties aux règles des marchés publics.

à un calcul du seuil adapté à leur spécificité. Pour ce faire, la doctrine (rép. min., QE n° 66351, JOAN du 11 mai 2010) recommande de prendre en compte la valeur totale du contrat, incluant les montants qu'aura à verser le pouvoir adjudicateur mais aussi toutes les recettes des tiers. En pratique, il est intéressant d'établir un pré-bilan prévisionnel de l'opération afin de déterminer le montant des participations que le concédant

versera, de valoriser les apports en nature, de recenser les subventions qui seront octroyées, d'évaluer, *a priori*, les recettes de commercialisation des charges foncières et des biens immobiliers et autres types de recettes.

Ce premier travail de calcul du seuil permet au pouvoir adjudicateur d'avoir une vision très précise de l'opération d'aménagement qu'il envisage de confier à un opérateur et de déterminer la procédure de passation applicable.



### Procédure formalisée

L'article R. 300-11-2 du C. urb. régit les concessions d'aménagement « marchés » passées en procédure formalisée et les soumet au champ d'application de l'ordonnance marchés publics du 23 juillet 2015. Des règles dérogatoires sont prévues afin de maintenir la spécificité du contrat de concession d'aménagement.

L'objet des concessions d'aménagement implique que certaines règles de marchés publics (allotissement, sous-traitance, interdiction de clauses de paiement différé...) ne leur soient pas applicables. En procédure formalisée, le choix des soumissionnaires est toujours (2) apprécié selon des critères d'attribution tenant compte du coût global de l'opération au regard de son bilan prévisionnel, et prenant en considération le respect du développement durable, au travers notamment de la qualité architecturale, de la performance environnementale, de la mixité sociale, et de la diversité des fonctions urbaines. Il faut encore souligner la composition spécifique - souvent jugée incongrue - de la commission d'aménagement, dont les membres sont désignés à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne.

**Négociation.** L'opportunité de la passation des concessions d'aménagement sous procédure « marchés » interroge. En effet, en dehors - peut-être - des cas tels que les zones d'aménagement concerté à maîtrise foncière partielle, dont les études pré-opérationnelles démontreraient la vocation très excédentaire, la personne publique a souvent intérêt à transférer le risque

économique de ces vastes opérations sur le concessionnaire.

En revanche, il faut souligner l'intérêt des nouvelles procédures de passation des marchés publics (art. 25 du décret du 25 mars 2016), introduisant une réelle possibilité de négocier avant d'attribuer le contrat. Aussi, la procédure concurrentielle avec négociation, pouvant être mise en œuvre lorsque le besoin implique une solution innovante, telle qu'une nouvelle méthode de commercialisation, pourrait être étudiée pour la passation des concessions d'aménagement « marchés » en procédure formalisée. Les nouveaux textes ont ainsi le mérite d'ouvrir des champs de réflexion aux pouvoirs adjudicateurs.

### Procédure adaptée

L'article R. 300-11-3 du C. urb. relatif aux concessions d'aménagement sans transfert de risque et dont le montant total des produits de l'opération est inférieur à 5 225 000 euros HT est peu précis. Il ne permet pas de déterminer si l'ordonnance et le décret marchés publics s'appliquent; ni si les exceptions prévues pour les concessions d'aménagement sans transfert de risque passées sous procédure formalisée leur sont également applicables. Aucun renvoi au décret marchés n'est opéré par l'article R. 300-11-3: est-ce un oubli ou le maintien d'un particularisme des concessions d'aménagement? A défaut, ces concessions pourraient être passées selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur, à condition que la publicité et la procédure de passation soient adaptées au regard de la nature, des caractéristiques du besoin, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques ainsi que des circonstances de lancement de la procédure. La prudence impose toutefois d'appliquer à ces contrats les règles de la procédure adaptée prévue par le décret marchés publics. ●

(1) Bien qu'il soit admis que ce risque peut être limité: voir considérant n° 19 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

(2) Sur ce sujet, les dispositions du Code de l'urbanisme n'ont pas été modifiées à la suite de l'introduction des nouveaux textes.

### Ce qu'il faut retenir

► Longtemps vues comme des contrats spéciaux, les concessions d'aménagement ont un régime désormais précisé. Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2016, ces contrats demeurent divisés en deux grandes catégories: les concessions d'aménagement transférant le risque économique à l'aménageur et celles ne transférant pas ce risque.

► Les concessions d'aménagement avec transfert de risque entrent désormais dans le droit commun des concessions, sous réserve de rares dispositions prévues par le Code de l'urbanisme. Les concessions d'aménagement sans transfert de risque relèvent quant à elles, pour l'essentiel, des nouveaux textes marchés publics.

► Lorsque le montant des produits de l'opération d'aménagement est égal ou supérieur à 5 225 000 euros HT, la concession sans transfert de risque doit être passée selon une procédure formalisée de marchés publics. Sous ce seuil, il sera recouru à une procédure adaptée.