

# Concession d'aménagement ou contrat de partenariat ?

Si à première vue le contrat de partenariat et la concession d'aménagement sont deux catégories de contrats bien distinctes, il semble que le premier peut, dans certains cas, être une alternative à la seconde. Dans quelles hypothèses les personnes publiques peuvent-elles opter pour les contrats de partenariat en matière d'aménagement ?

Le sujet peut surprendre : les deux outils contractuels sont si distincts l'un de l'autre au premier regard qu'il peut paraître absurde d'imaginer qu'ils puissent l'un ou l'autre servir un même projet ; et il peut donc paraître absurde d'imaginer qu'ils puissent offrir un choix à la personne publique qui serait en charge de le porter.

Il est sans doute bien des points de rencontre entre les deux outils : il s'agit de contrats publics d'affaires qui relèvent du partenariat public-privé, à tout le moins dans une acception large : le contrat de partenariat et la concession d'aménagement sont des contrats de longue durée qui permettent à une personne publique de confier à un opérateur économique la charge de réaliser, sous maîtrise d'ouvrage privée, et de financer tout ou partie d'une mission « globale » qui, en considération des ouvrages construits, sert l'intérêt général. Mais passée cette analyse en surface, les deux contrats répondent fondamentalement à deux logiques bien distinctes, et ce au regard de deux considérations qui façonnent la structure d'un mode contractuel : ils se distinguent sur le terrain de leur champ d'application et sur le terrain de la rémunération que l'opérateur peut attendre en contrepartie des services qu'il rend ainsi à l'intérêt général<sup>(1)</sup>.

La conclusion doit toutefois être nuancée, à tout le moins si l'on veut bien, non pas dévoyer ces deux outils, mais croire qu'il est possible de leur donner une portée différente que celle que les textes, sinon la pratique, leur ont longtemps donnée. Et c'est vrai alors, précisément tant sur le plan de leur champ d'application respectif, que de la logique économique qui les anime : il est alors effectivement un choix qui s'offre entre les deux outils et qui pourrait être tranché en fonction de l'objet principal du projet considéré et du mode de rémunération que l'opérateur en charge de réaliser le projet peut attendre. Pour identifier les considérations qui pourraient permettre de faire tel choix plutôt que tel autre, pour satisfaire tel ou tel projet, il est deux terrains qui peuvent être empruntés :

## Auteur

**Alexandre Vandepoorter**

Avocat à la Cour, SCP Seban et associés

## Mots clés

Concession d'aménagement • Contrat de partenariat • Objet du contrat • Risque

(1) S. Braconnier, « Actualité jurisprudentielle des concessions d'aménagement », *RDI*, 2009, p. 40.

apprécier dans quelles circonstances le contrat de partenariat peut être une alternative opportune à la concession d'aménagement, ou le contraire.

## Le choix de la concession d'aménagement

En application de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme, on sait que l'État, les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, « peuvent concéder la réalisation d'opérations d'aménagement » à toute personne qui en a « vocation », opérateur privé (promoteur, société d'économie mixte,...) ou public (établissement public d'aménagement, société publique locale,...). Dans ce cadre, le « concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution. Il peut être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par la voie d'expropriation ou de préemption. Il procède à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession ». Et l'opération d'aménagement qui peut être ainsi concédée a pour objet, suivant l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, « de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité et l'habitat indigne ou dangereux, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels ».

Pour qu'une opération puisse être qualifiée d'opération d'aménagement, il faut donc qu'elle poursuive un ou plusieurs des objectifs visés au premier alinéa de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme. Mais, suivant une synthèse communément admise, il faudrait par ailleurs que l'opération revête une certaine consistance pour que l'on puisse réellement l'analyser comme procédant à une « opération d'aménagement » : elle doit entraîner un impact sur le tissu urbain environnant, concerner un secteur géographique significatif et/ou emporter une combinaison complexe d'activités et d'affectations diverses : « l'aménagement se définit comme un effort d'organisation et d'agencement d'une portion du territoire, par une combinaison complexe d'activités et d'affectations diverses, logements et bureaux ou commerces, immeubles privés, et équipements publics »<sup>[2]</sup>. Pour qu'il y ait concession d'aménagement, il faut donc que l'aménageur se voie confier la charge d'une multitude d'activités « complexes » sur un secteur géographique significatif, et notamment qu'il procède lui-même à l'agencement des équipements – et qu'il choisisse leur emplacement

et leurs modes de desserte –, qu'il réalise des équipements publics (voies de circulation, réseaux, espaces publics, crèches,...) mais aussi et surtout qu'il s'assure de la maîtrise foncière, de la viabilisation des terrains et de la commercialisation des droits à construire nécessaires à la réalisation d'équipements privés (bureaux, commerces, espaces culturels et sportifs,...).

En revanche, l'aménageur n'a pas en principe la main sur la construction et la commercialisation des différentes constructions qui seront effectivement réalisés sur les terrains qu'il a aménagés : les opérations de promotion immobilière et *a fortiori* de gestion et d'exploitation des équipements construits ne relèvent pas de la mission traditionnelle d'un aménageur<sup>[3]</sup>. Fondamentalement, le métier d'aménageur couvre donc plusieurs activités qu'il doit exercer sur un large périmètre (bien souvent fixé par une ZAC). Mais il demeure donc toutefois bien circonscrit. Et c'est là une limite de la concession d'aménagement. Naturellement, il peut être envisagé d'étoffer ou de fixer autrement l'essentiel des activités de l'aménageur. Les textes ne s'y opposent sans doute pas formellement<sup>[4]</sup>. Mais la projection connaît ses limites. Les aménageurs présents sur le marché n'exercent pas le plus souvent les métiers de promoteurs et/ou de « maîtres d'ouvrage privés ». Et si un opérateur devait réaliser sous sa propre maîtrise d'ouvrage, non seulement les équipements publics requis comme il advient en principe, mais aussi l'ensemble des ouvrages formant les programmes privés de la zone à aménager, il ne serait de toute façon pas libre de choisir les entreprises auxquelles il souhaiterait confier la charge de les construire<sup>[5]</sup>. Et c'est là naturellement une autre limite, notamment en ce qu'elle s'oppose à ce qu'un même acteur économique puisse, via plusieurs de ses affiliés, placer la rentabilité de son engagement dans la pluralité de ses actions au titre du projet.

Or, l'équilibre économique de la concession d'aménagement demeure aujourd'hui encore un sujet sensible. Il s'apprécie en considération de ce que « le concessionnaire assume une part significative du risque économique de l'opération »<sup>[6]</sup>. Et la procédure de publicité et de mise en concurrence qui intervient préalablement à la passation de ce contrat traduit cette considération : les règles de passation ne sont pas celles du marché public, mais répondent pour l'essentiel à la structure des règles de passation applicables aux concessions (concession de service public ou concession de travaux)<sup>[7]</sup>. S'il est possible que la personne publique (ou d'autres) apporte une part du financement, l'essentiel demeure toutefois : l'aménageur supporte le risque de l'opération, lequel repose principalement sur l'estimation des

[2] Conclusions de S. Lasvignes sur l'arrêt Commune de Chamonix-Mont-Blanc (CE 28 juillet 1993, req. n° 124099), *BJDU* 1994, p. 32.

[3] X. Couton, « Concessions d'aménagement », *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, fasc. 1236.

[4] Conclusions de F. Dieu sur l'arrêt Commune de Rognes (CAA Marseille 25 février 2010, req. n° 07MA03620), *AJDA* juin 2010, p. 1200.

[5] Code de l'urbanisme, art. R. 300-12.

[6] Code de l'urbanisme, art. R. 300-4.

[7] Code de l'urbanisme, art. R. 300-4 et s.

coûts qu'il a retenus (notamment en termes de coûts d'acquisition/viabilisation du foncier, construction d'équipements publics) et d'un autre côté sur les projections qu'il a faites en termes de commercialisation des droits à construire, droits dont on sait du reste qu'il ne peut pas fixer le prix si librement que cela<sup>(8)</sup>. Mais l'exercice est des plus compliqué : la concession d'aménagement est un contrat de longue durée qui est (donc) marqué par les incertitudes qui affectent le programme de constructions arrêté au départ, si bien qu'il est difficile pour l'aménageur de disposer d'une prévisibilité suffisante pour faire un bilan serein et solliciter efficacement des établissements financiers. La limite est ici aussi : la charge d'une opération d'aménagement peut ne pas susciter de réels appétits pour des investisseurs privés parce que la concession présente fatalement une rentabilité très incertaine. Et la pratique témoigne d'ailleurs de ce que les aménageurs sont bien souvent des institutions (para) publiques (société d'économie mixte, société publique locale, établissements publics...), et non pas des sociétés commerciales classiques.

Pour parer cet écueil « économique », on peut envisager de contourner cet aspect « concessif » de l'outil contractuel. C'est possible et c'est ce qu'il advient souvent en pratique : le Code de l'urbanisme prévoit que des « concessions » d'aménagement peuvent ne pas faire porter le risque de l'opération sur l'aménageur<sup>(9)</sup>. Mais le dispositif prive la concession de l'un de ses caractères essentiels, et il ne traite pas pour autant le déséquilibre économique qui peut affecter le contrat : il fait simplement porter la charge du risque sur la personne publique plutôt que sur l'aménageur. Et s'il faut s'en satisfaire, le contrat de partenariat pourrait alors se présenter comme une alternative opportune, contrat de partenariat dont les règles de passation sont, par renvoi, précisément celles qui sont alors applicables à ces « fausses » concessions d'aménagement<sup>(10)</sup> qui doivent en effet être analysées comme des marchés au sens du droit européen.

## Le choix du contrat de partenariat

Rappelons que le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'État, une collectivité territoriale ou un établissement public « confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital ». Il « peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service

public dont elle est chargée ». Et le « cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser »<sup>(11)</sup>. Suivant cette définition, le contrat de partenariat a pour objet la réalisation et l'entretien ou la gestion d'un ou de plusieurs équipements publics ; équipements attachés au service public qui seront le plus souvent remis en pleine propriété à la personne publique, le cas échéant au terme du contrat, si celui-ci – comme c'est le principe<sup>(12)</sup> – accorde des droits réels au partenaire. De ce point de vue, le contrat de partenariat n'est manifestement pas adapté pour confier à un investisseur la charge de réaliser une série de constructions nécessaires pour assurer l'aménagement et le développement d'un quartier. Mais la matière évolue.

Initialement conçu comme un outil contractuel permettant de confier à un opérateur le soin de réaliser des équipements publics, le contrat de partenariat offre en effet des pouvoirs et missions au partenaire qui se sont significativement étoffés et qui peuvent rejoindre pour une part ceux de l'aménageur. On sait tout d'abord que le titulaire d'un contrat de partenariat peut maintenant « être chargé d'acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation »<sup>(13)</sup> ; pouvoirs qui sont clairement aussi ceux de l'aménageur. Ensuite et surtout, le titulaire d'un contrat de partenariat peut, au-delà de la réalisation des « ouvrages nécessaires au service public », être autorisé à « valoriser une partie du domaine de la personne publique dans le cadre du contrat de partenariat » : il peut réaliser ou faire réaliser des ouvrages et autres équipements sur les dépendances que la collectivité publique concernée a mis à sa disposition dans le cadre du contrat puis les commercialiser, les recettes de cette valorisation venant en déduction du prix que la collectivité (par la voie de loyers) lui versera en contrepartie des ouvrages publics réalisés. À cet effet, le titulaire peut notamment être autorisé « à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé, et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée » ; sachant qu'« avec l'accord de la personne publique, ces baux ou droits peuvent être consentis pour une durée excédant celle du contrat de partenariat »<sup>(14)</sup>. Et il n'est du reste pas exclu que les biens concernés puissent même être cédés : si cette possibilité n'est pas expressément prévue par les textes, elle n'est toutefois pas non plus expressément prohibée et rien ne semble pouvoir s'y opposer sur le principe, à tout le moins pour les collectivités territoriales dont on sait qu'elles « gèrent librement leur domaine privé selon les

(8) Code de l'urbanisme, art. L. 311-4.

(9) Code de l'urbanisme, art. R. 300-11-1 et s.

(10) Code de l'urbanisme, art. R. 300-11-2.

(11) CGCT, art. L. 1414-1 ; article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

(12) CGCT, art. L. 1414-16, article 13 de l'ordonnance du 17 juin 2004.

(13) CGCT, art. L. 1414-1 ; article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

(14) CGCT, art. L. 1414-16 ; article 13 de l'ordonnance du 17 juin 2004.

règles qui leur sont applicables »<sup>[15]</sup>. Certains auteurs<sup>[16]</sup>, et la Mission d'appui aux partenariats publics privés<sup>[17]</sup>, semblent à tout le moins n'y voir aucun obstacle.

De ce point de vue, le contrat de partenariat peut donc aujourd'hui ne pas être pleinement limité à la seule « commande » d'ouvrages publics, et pourrait donc quelque peu répondre à l'objectif de confier à des investisseurs privés le soin de réaliser des programmes privés et d'en prendre la responsabilité dans le cadre de l'aménagement d'un quartier ou autre zone urbaine en devenir. Et cette perspective pourrait être d'autant plus intéressante qu'il n'est apparemment pas de limite concernant les recettes « privées » que le partenaire peut tirer de la valorisation<sup>[18]</sup>.

Mais la perspective ne doit pas non plus faire illusion. Comme le rappelle logiquement la circulaire du 9 mai 2012 relative aux contrats de partenariat<sup>[19]</sup>, si le partenaire peut être autorisé à valoriser une partie du domaine privé de la personne publique dans le cadre du contrat de partenariat, cette activité de valorisation ne peut toutefois pas constituer la mission principale du contrat. Et, si aux termes de cette même circulaire, les « projets d'aménagement urbain ou touristique » peuvent faire l'objet de contrats de partenariat, ils ne le pourraient toutefois en application de l'article L. 1414-1 du CGCT, que « lorsque la réalisation, le financement et l'exploitation d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public sont au cœur de l'opération, et donc constituent l'objet principal du contrat »<sup>[20]</sup>. Le contrat de partenariat pourrait donc porter sur l'aménagement d'un espace pour la réalisation de programmes immobiliers privés, mais à la condition toutefois que la réalisation d'équipements publics demeure l'objet principal du contrat : il faudrait que l'opération s'articule « autour d'un équipement public prédominant, les valorisations foncières à réaliser étant "accessoire" au regard de l'ampleur de cet équipement »<sup>[21]</sup>.

Il n'est par ailleurs pas sûr qu'un seul et même contrat de partenariat puisse porter sur des ouvrages et/ou des équipements composites (une crèche, un commissariat, des logements, des bureaux, un stade,...) et sans autre lien entre eux que leur inscription au sein d'un même programme de rénovation urbaine ou autre opération d'aménagement. Il est sans doute possible que les

ouvrages attachés à la valorisation du domaine privé puissent être quelque peu composites et puissent ne pas présenter de lien avec le ou les équipements publics qui doivent former le principal du contrat. Mais la question se pose en revanche avec une forte acuité concernant les équipements publics qui doivent être réalisés dans le cadre du contrat de partenariat. La difficulté ne tient pas au nombre des ouvrages publics : ils peuvent être multiples dans un même contrat, dès lors qu'ils ont le même objet (l'ensemble des équipements qui forment une cité administrative, plusieurs collèges départementaux,...). Elle ne tient pas non plus au périmètre géographique concerné : le contrat peut sans doute s'étendre dans l'espace et concerner des ouvrages répartis sur le territoire de la collectivité concernée. La difficulté est attachée à la question de savoir si des équipements publics qui n'ont pas le même objet peuvent être réalisés dans le cadre d'un même contrat de partenariat. À première vue, la difficulté pourrait tenir à la circonstance qu'il n'est généralement pas une seule et même personne publique compétente pour confier (entre autre) la mission de réaliser des équipements publics composites. Mais s'il est vrai que l'attribution conjointe d'un contrat n'est possible que « dans les cas strictement déterminés par la loi »<sup>[22]</sup>, il reste que, comme le Conseil d'État l'a rappelé<sup>[23]</sup>, le législateur a, depuis, précisément anticipé la difficulté : « lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation et, éventuellement, en suivra l'exécution »<sup>[24]</sup>. La difficulté est ailleurs.

Il n'est pas sûr que l'esprit qui anime le contrat de partenariat permette d'envisager que le contrat puisse ainsi couvrir des équipements sans autre lien entre eux que la seule satisfaction d'un besoin attaché au renouvellement urbain d'un quartier : la globalité qui caractérise le contrat de partenariat est attachée aux prestations à réaliser sur un même ouvrage (conception, construction, entretien) et non pas aux ouvrages eux-mêmes. Et s'il n'est pas de principe d'allotissement en la matière, comme il advient en marché public, il demeure évidemment une incertitude sur la possibilité pour une collectivité de confier à une seule et même société le soin de réaliser une série d'équipements publics divers sur l'ensemble du périmètre d'un quartier. À tout le moins, le débat est posé.

Mais c'est peut-être poser autrement la question de savoir si ce qui relève clairement d'une opération d'aménagement, par son ampleur et ses effets sur le tissu urbain, peut ou non être satisfait en dehors des seules concessions d'aménagement (vraies ou fausses). Si l'article L. 300-4 est sujet à diverses interprétations,

[15] CGPPP, art. L. 2221-1.

[16] G. Berkovicz, C. Lapuelle, « Contrat de partenariat et cession en pleine propriété », *Contrats et marchés publics*, avril 2011, pp. 12 et s.

[17] *Contrat de partenariat et domaine public*, fiche, réf. MAPPP/06-22.

[18] Réponse ministérielle n° 22017, *JO Sénat*, 18 mai 2006, p. 1385.

[19] Circulaire du 9 mai 2012 (NOR : EFIT1206010C).

[20] F. Tenailleau, « Contrats de partenariat », *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, fasc. 758.

[21] P. Bejjaji et W. Salamand, « Des alternatives à la concession d'aménagement », *La lettre du cadre territorial*, n° 419, 1<sup>er</sup> avril 2011.

[22] H. Hoepffner, « L'avenir compromis des partenariats public-privé institutionnalisés. – À propos de l'avis de la section de l'administration du Conseil d'État n° 383264 du 1<sup>er</sup> décembre 2009 », *Contrats et marchés publics*, n° 12, décembre 2010, étude 11.

[23] CE avis, 1<sup>er</sup> décembre 2009, n° 383264.

[24] CGCT, art. L. 1414-1 ; article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

la jurisprudence ne s'y opposerait toutefois pas selon certains<sup>[25]</sup>. Mais la doctrine demeure cependant quelque peu mesurée sur ce point : « la question la plus intéressante est sans doute de savoir dans quelle mesure », le contrat de partenariat « accueillera la réalisation d'opérations d'aménagement urbain ». « Il s'en faut peut-être de quelques dispositions particulières dans les textes pour que des opérations d'urbanisme se réalisent ouvertement dans le cadre de partenariats public-privé »<sup>[26]</sup>.

Sous cette réserve, le contrat de partenariat peut donc servir des objectifs d'aménagement, à tout le moins s'ils demeurent limités : concentré sur la réalisation d'équi-

pements publics, le contrat de partenariat peut permettre de confier à un opérateur la charge de réaliser également diverses constructions immobilières utiles à la vie de la Cité, et dont la commercialisation viendra diminuer d'autant le coût des ouvrages publics. Mais s'il est ainsi une alternative possible à la concession d'aménagement, il demeure que le partenaire ne sera jamais, comme l'est un aménageur de métier, celui qui sera en charge de « dessiner » la ville, son intervention étant nécessairement limitée à un périmètre nettement plus modeste, un « macro lots » comme il est d'usage de l'appeler. Et le contrat de partenariat emporte par ailleurs avec lui ses caractères et les critiques qu'on lui porte parfois, notamment en considération des modes de financement retenus par les opérateurs actifs sur le marché. Et, sur ce terrain, il ne faut peut-être pas former trop d'illusions non plus : si le partenaire peut être en risque sur la commercialisation du domaine privé, il est peu probable toutefois que des opérateurs entendent se placer dans la situation d'un concessionnaire à proprement parler, en acceptant de remettre le sort de leur rémunération globale sur cette seule commercialisation.

[25] P. Bejjaji et W. Salamand, « Des alternatives à la concession d'aménagement », *La lettre du cadre territorial*, n° 419, 1<sup>er</sup> avril 2011.

[26] J-B Auby, « Partenariats public-privé et aménagement urbain », *RJEP*, n° 697, mai 2012, et dans le même sens, F. Tenailleau, « Le contrat de partenariat : une formule contractuelle intéressante pour l'immobilier public », *Option Finance - La lettre de l'immobilier*, 23 juin 2008.