



**MARIE-HÉLÈNE  
PACHÉN-LEFÈVRE,**  
avocate associée,  
cabinet Seban et associés



**ELINA ASIKA,**  
avocate à la Cour,  
cabinet Seban et associés

## Droit commun

Le régime des concessions d'aménagement est précisé depuis le 1<sup>er</sup> avril 2016 : elles entrent dans le droit commun des concessions, sous réserve de rares dispositions.

## Deux catégories

Ces contrats demeurent divisés en deux grandes catégories : les concessions d'aménagement transférant le risque économique à l'aménageur et celles ne le transférant pas.

## Critère du risque

La notion de risque, élément déterminant, est définie par l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

ordonnances et leurs décrets d'application. Le présent vade-mecum vise à assister les autorités concédantes souhaitant confier la réalisation d'une opération d'aménagement par la voie d'une concession à un tiers. Les autorités concédantes doivent ainsi, avant tout, s'interroger sur la qualification de la concession d'aménagement qu'elles entendent mettre en œuvre. Le choix du régime de la concession d'aménagement emportant transfert de risque économique à l'aménageur implique de suivre des étapes clés lors de sa passation. Enfin, généralement de longue durée, les concessions sont indéniablement évolutives et impliquent régulièrement pour les autorités concédantes de s'interroger sur leurs possibilités de modification en cours d'exécution.

# Fondamentaux de l'urbanisme

## Vade-mecum des concessions d'aménagement à risque

**L**a concession d'aménagement est l'unique mode de délégation d'une opération d'aménagement pour les collectivités ne souhaitant pas réaliser cette dernière en régie. La concession d'aménagement est un contrat administratif par lequel une personne publique compétente confie à un opérateur public ou privé, dit « aménageur », la réalisation d'une opération d'aménagement (1).

Pour être qualifiée comme telle, une opération doit répondre à deux critères. Tout d'abord, elle doit poursuivre un ou plusieurs des objectifs visés au premier alinéa de l'article L.300-1 du code de l'urbanisme. En outre, elle doit revêtir une certaine ampleur, imposant une intervention globale, complexe, avec une dimension foncière significative, et viser à réorganiser un territoire déterminé par la nature et l'importance des travaux

prévus (2). Concrètement, l'aménageur assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements qui concourent à l'opération, réalise les études et les acquisitions foncières des biens utiles à l'opération et la commercialisation des immeubles viabilisés au préalable.

Le régime des concessions d'aménagement a beaucoup évolué. Longtemps entendue comme des contrats singuliers, dits « sui generis », ne s'apparentant ni à des marchés publics ni à des délégations de services publics (3), l'assimilation des concessions d'aménagement au régime de droit commun de la commande publique a débuté en 2004, par un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 9 novembre 2004, dit « Sogedis » (4).

Au début de l'année 2016, la vaste réforme des contrats de la commande publique a touché les concessions d'aménagement par deux

## CHOIX DU TYPE DE CONCESSION D'AMÉNAGEMENT

Après plusieurs réformes, les concessions d'aménagement sont finalement rangées en deux catégories distinctes pour lesquelles le seul critère de distinction est le portage du risque économique. Les nouveaux textes distinguent, d'une part, les concessions d'aménagement transférant un risque économique à l'aménageur, désormais assujetties aux dispositions de 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 risque est entendu 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 (5). Le risque « d'exploitation » doit trouver son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle (un risque dit « exogène »). La part de risque transférée implique notamment une réelle exposition aux aléas du marché (6), de sorte que toute perte potentielle supportée par l'aménageur ne doit pas être purement nominale ou négligeable (7). Les risques concernés ont la plupart du temps trait aux terrains à aménager – coûts d'acquisition, de dépollution ou fouilles archéologiques –, mais aussi au



Le risque d'exploitation doit trouver son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle : un risque dit « exogène » qui implique une réelle exposition aux aléas du marché.

## RÉFÉRENCES

- Code de l'urbanisme (C. urb.), art. L.300-4, et R\*.300-9.
- Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions.

risque commercial lié à leur commercialisation une fois ces derniers viabilisés.

En pratique, l'opportunité de la passation des concessions d'aménagement sous procédure de marché public 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 leur vocation très excédentaire, la personne publique a souvent intérêt à transférer le risque économique de ces vastes opérations sur le concessionnaire.

Même en matière d'opérations de renouvellement urbain bien souvent déficitaires, il peut être intéressant pour les autorités concédantes de mettre en œuvre la passation d'une concession emportant un transfert du risque économique tout en définissant, au préalable, des clauses telles que celles tenant à une participation partielle

de l'autorité concédante (sans préjudice du risque d'exploitation pris substantiellement par le concessionnaire), ou encore d'une clause de revoyure, pouvant permettre, si nécessaire, la mise en œuvre de modification du contrat de concession en cours d'exécution (8).

## PASSATION : LES ÉTAPES CLÉS

La passation des concessions emportant transfert du risque d'exploitation implique la mise en œuvre de plusieurs étapes clés, certaines d'entre elles incluant des spécificités liées à la nature propre des concessions d'aménagement.

### DÉFINITION PRÉALABLE DES BESOINS

Une définition préalable des besoins est indispensable. En matière d'aménagement, la création préalable de l'opération d'aménagement peut être un atout à cette définition. Toutefois, rappelons que pour les zones d'aménagement concerté, il est désormais possible –sous conditions– d'attribuer une concession d'aménagement avant l'approbation du dossier de création de la zone d'aménagement concerté (9). En effet, bien que cette possibilité nouvelle semble laisser une marge de manœuvre, il

n'en demeure pas moins que l'attribution de la concession d'aménagement ne devra intervenir qu'après avoir tiré le bilan de la concertation, élaboré l'étude d'impact approuvée par l'autorité environnementale (10) mais également après avoir délibéré sur les enjeux, l'objectif, le périmètre, le programme et le bilan prévisionnel de l'opération. Les grands traits de l'opération d'aménagement seront repris aux termes des documents de la consultation et, plus particulièrement, du document devant spécifier les caractéristiques essentielles de l'opération, le programme global prévisionnel, ainsi que les conditions de mise en œuvre de cette dernière (11).

La définition préalable des besoins implique également de définir la durée du contrat de concession. Désormais, au-delà de cinq ans, la durée de la concession ne doit pas dépasser le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements initiaux et ceux réalisés pendant la durée du contrat (12). En matière d'aménagement, il conviendra de justifier la durée du contrat notamment au regard des aménagements, des travaux à réaliser ou encore du calendrier des commercialisations envisagées. ○○○

## Code de l'urbanisme, articles L.300-4 et R\*.300-9

**Article L.300-4.** L'Etat et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, peuvent concéder la réalisation des opérations d'aménagement prévues par le présent code à toute personne y ayant vocation.

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.

Lorsqu'une opération d'aménagement est destinée à être réalisée dans une zone d'aménagement concerté, l'attribution de la concession d'amé-

nagement peut intervenir avant la création de la zone, dès lors que la personne publique à l'initiative de la zone d'aménagement concerté a arrêté le bilan de la concertation prévue à l'article L.300-2 et a délibéré sur les enjeux et l'objectif de l'opération, son périmètre d'intervention, son programme et son bilan financier prévisionnel.

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'ac-

quérir 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.

**Article R\*.300-9.** Lorsque le concédant est une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, l'organe délibérant désigne en son sein à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne les membres composant la commission chargée d'émettre un avis sur les propositions reçues, pré-

alablement à l'engagement de la négociation prévue à l'article 46 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. Il désigne la personne habilitée à engager ces discussions et à signer la convention. Cette personne peut recueillir l'avis de la commission à tout moment de la procédure.

L'organe délibérant choisit le concessionnaire, sur proposition de la personne habilitée à mener les discussions et à signer la convention et au vu de l'avis ou des avis émis par la commission.

## SEUILS DE PASSATION

Une fois les besoins définis, l'autorité concédante doit s'assurer du seuil de passation de la concession. Ce seuil de 5225000 euros HT (13), calculé sur le chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat, autrement dit sur les flux financiers positifs (14), permet de déterminer les règles de procédure applicables (15).

La publicité des concessions d'aménagement emporte une spécificité : le concédant publie un avis d'appel public à la concurrence dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales, ainsi que dans une publication spécialisée dans les domaines de l'urbanisme, des travaux publics ou de l'immobilier.

## COMMISSION SPÉCIFIQUE

Si la mise en œuvre proprement dite de la procédure de passation des concessions d'aménagement est désormais commune aux autres concessions, il convient néanmoins de relever qu'une commission spécifique doit émettre un avis sur les propositions, préalablement à l'engagement des négociations et qu'une personne doit être habilitée à mener les discussions et à signer la convention, laquelle n'est pas nécessairement l'exécutif de la collectivité concédante (16). Bien entendu, les discussions ne sauraient mener à une modification substantielle de l'économie du projet initialement soumis à concurrence (17).

Le contrat de concession est finalement attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre (18), dûment traduite au sein du traité de concession qui a fait l'objet des négociations. Cette attribution est de la compétence de l'organe délibérant et, eu égard à une jurisprudence récente de la

cour administrative de Nantes, il est recommandé de ne pas entamer les acquisitions, études ou travaux avant la signature définitive et exécutoire du contrat de concession (19).

## ÉVOLUTION DES CONCESSIONS À RISQUE EN COURS D'EXÉCUTION

Avant la réforme de 2016, pour déterminer si un avenant à une concession d'aménagement constituait ou non un nouveau contrat, en l'absence de principe défini par les textes et de jurisprudence prolixe sur ce point, il convenait de se référer aux critères appliqués pour les autres contrats de la commande publique. Aussi, la légalité des avenants était analysée tant au regard de l'objet des modifications apportées (critère qualitatif) que de leur ampleur (critère quantitatif) (20). La mutabilité des contrats de concession d'aménagement était défendue, en raison notamment du fait qu'ils sont adossés à des opérations bien souvent évolutives.

Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2016, pour les contrats futurs et en cours (21), les concessions d'aménagement obéissent au principe général selon lequel les contrats administratifs peuvent évoluer en cours d'exécution selon les conditions fixées par voie réglementaire et sans changer la nature globale du contrat de concession (22). Aucune spécificité n'est attribuée aux concessions d'aménagement sur ce point.

Si, en apparence, les nouveaux textes devaient laisser une plus grande marge de manœuvre pour apporter des avenants aux

contrats de concession, la lecture des hypothèses (exhaustives) de modification prévues par le décret appelle à la prudence dans leur application. A titre d'illustration, les clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoques indiquant le champ d'application, la nature des modifications et les conditions d'utilisation, qui pourront désormais justifier la passation d'avenants devront être prévues par l'autorité concédante dès la consultation des documents initiaux afin d'en informer les candidats potentiels (23).

Il en résulte qu'avant toute discussion avec les candidats et avant l'approbation d'un dossier de réalisation définissant plus précisément les contours de l'opération d'aménagement, l'autorité concédante devra être en mesure de définir formellement des hypothèses devant justifier la modification éventuelle et future du contrat initial. Et il sera ensuite pertinent que le projet initial de cette concession d'aménagement, établi par l'autorité concédante, soit négocié et éventuellement modifié dans ses principales clauses dans des conditions d'égalité de traitement des candidats présents.■



**À NOTER**  
Le contrat de concession est finalement attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre, dûment traduite au sein du traité de concession qui a fait l'objet des négociations.

(1) C. urb., art. L.300-4 ; voir également la définition du contrat de concession en général : ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions, art. 5.

(2) CE, 28 juill. 1993, req. n° 124099, concl. Serge Lasvignes.

(3) Illustration récente : CAA de Douai, 4 fév. 2016, req. n° 15DA01296.

(4) CAA de Bordeaux, 9 nov. 2004, req. n° 01BX00381.

(5) Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 5.

(6) Bien qu'il soit admis que ce risque peut être limité : Cons. n° 19 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

(7) Sur la notion de risque en concession d'aménagement, voir encore CAA de Nantes, 2 fév. 2015, req. n° 13NT02139.

(8) Décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession, art. 36,1°.

(9) C. urb., art. L.300-4.

(10) Non mentionnée par l'article L.300-4 du code de l'urbanisme, il apparaît que cette étape dont l'objet est précisément de définir l'opération d'aménagement ne saurait être menée par l'aménageur (voir également X. Couton, « Les modifications apportées aux modes de réalisation des concessions d'aménagement », « Construction-Urbanisme » n° 5, mai 2014, dossier 5 ; P. Hocréteire, « L'urbanisme et les collectivités locales », fasc. 1.4, n° 47, avril 2016).

(11) C. urb., art. R\*.300-7.

(12) Décret n° 2016-86, art. 6.

(13) Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande

publique, JO n° 0219 du 20 sept. 2016, texte n° 64, NOR : ECFM1625150V.

(14) Décret n° 2016-86, art. 7.

(15) Décret n° 2016-86, art. 9 et 10.

(16) C. urb., art. R\*. 300-9.

(17) CE, 12 nov. 2015, req. n° 386578.

(18) Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 47

(19) CAA de Nantes, 21 déc. 2016, req. n° 15NT00457.

(20) Ainsi, CAA de Marseille, 27 oct. 2014, req. n° 14MA01059.

(21) Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 78.

(22) Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 55.

(23) Fiche de la DAJ, « Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution », 30 mars 2016, à jour au 21 fév. 2017.