

# La concession d'aménagement et ses alternatives

Contenu – Passation – Exécution

Jacques Debouverie

EDITIONS  
**LE MONITEUR**

À jour de la loi ELAN  
et du Code de la commande publique

# Sommaire

	Liste des principales abréviations.....	7
	Introduction .....	9
<b>PARTIE 1</b>	<b>Contexte et critères de choix des modes opératoires .....</b>	<b>15</b>
<b>CHAPITRE 1</b>	<b>Déterminants de l'aménagement.....</b>	<b>17</b>
<b>CHAPITRE 2</b>	<b>Articulation des modes opératoires et des procédures d'aménagement.....</b>	<b>63</b>
<b>PARTIE 2</b>	<b>Concession d'aménagement.....</b>	<b>111</b>
<b>CHAPITRE 3</b>	<b>Fondements de la concession d'aménagement.....</b>	<b>113</b>
<b>CHAPITRE 4</b>	<b>Passation d'une concession et son suivi contractuel .....</b>	<b>137</b>
<b>CHAPITRE 5</b>	<b>Contenu du contrat et exécution de la concession.....</b>	<b>165</b>
<b>PARTIE 3</b>	<b>Autres modes opératoires de l'aménagement .....</b>	<b>183</b>
<b>CHAPITRE 6</b>	<b>Aménagement en régie.....</b>	<b>185</b>
<b>CHAPITRE 7</b>	<b>Aménagement en mandat.....</b>	<b>195</b>
<b>CHAPITRE 8</b>	<b>Modes opératoires partenariaux et leurs limites .....</b>	<b>205</b>
<b>PARTIE 4</b>	<b>Annexes.....</b>	<b>235</b>
<b>ANNEXE A1</b>	<b>Modèle de concession d'aménagement.....</b>	<b>237</b>
<b>ANNEXE A2</b>	<b>Modèle de PUP.....</b>	<b>259</b>
<b>ANNEXE A3</b>	<b>Extraits de l'Annexe à l'article R. 122-2 du Code de l'environnement.....</b>	<b>265</b>
	Index.....	269
	Table des matières.....	271

– les « concessions de travaux et de services » qui sont assimilées aux concessions de travaux si leur objet principal est de réaliser des travaux, ou aux concessions de services dans le cas inverse.

La concession, toutes catégories confondues, est un moyen juridique permettant à une collectivité publique de déléguer à une personne morale, privée ou éventuellement publique, certaines de ses compétences. Par contrat, elle confie l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, sur une longue durée. Le risque, lié à la réalisation ou à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, est transféré à l'opérateur en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. Ainsi, deux éléments cumulatifs permettent d'identifier une « concession » quel qu'en soit le type : son objet d'exploitation de travaux ou de gestion de services, et l'existence d'un transfert de risque.

#### **TEXTE OFFICIEL**

##### **Code de l'urbanisme**

###### **Article R. 300-4**

Les dispositions de la troisième partie du code de la commande publique [...] sont applicables aux concessions d'aménagement lorsque le concessionnaire assume un risque économique lié à l'opération d'aménagement.

##### **Code de la commande publique**

###### **Article L. 1121-1**

Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. [...]

La « concession d'aménagement » n'est pas particulièrement distinguée dans ces textes. L'obligation d'un rapport annuel « comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services » (CCP, art. L. 3131-5) s'applique à toutes les concessions, sauf, aux termes de l'article L. 300-5 § IV du Code de l'urbanisme, à la concession d'aménagement. Celle-ci est soumise en remplacement à l'obligation annuelle d'un « compte rendu financier », « lorsque le concédant décide de participer au coût de l'opération, sous forme d'apport financier ou d'apport en terrains » (alinéa II 3° du même article).

La distinction entre « concession de travaux ou de services » et « concession d'aménagement » se fait donc sur trois points :

- la « concession d'aménagement », selon la définition propre de cette dernière à l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme, doit concerner une « opération d'aménagement », ce qui est un objet particulier dans le champ de « l'exploitation des travaux ou de la gestion des services » inhérent aux « concessions » ;
- la liste des missions confiées au concessionnaire d'aménagement doit, sous peine d'une requalification, correspondre au champ défini par l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme, qui est plus précis que celui des missions de la « concession » ;
- enfin, si la « concession » suppose par définition un transfert de risque, la « concession d'aménagement » ne l'implique pas obligatoirement.

Deux types de concessions d'aménagement se présentent donc, selon qu'elles sont visées par l'article R. 300-4 du Code de l'urbanisme, ou dans le cas contraire par l'article R. 300-11-1 :  
– les concessions d'aménagement avec transfert de risque qui relèvent du droit des concessions au sens de l'article L. 1121-1 du Code de la commande publique ;  
– les concessions d'aménagement sans transfert de risque qui relèvent du droit des marchés publics.

Dans les deux cas, il s'agit d'un contrat administratif, en vertu de l'article L. 6 du Code de la commande publique.

#### **TEXTE OFFICIEL**

##### **Code de la commande publique**

##### **Article L. 6**

S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs [...] en raison de leur objet ou de leurs clauses.

A ce titre :

1° L'autorité contractante exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat ;

2° Les contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public ;

3° Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ;

4° L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat ;

5° L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat.

Il peut se présenter des marchés publics passés par des pouvoirs adjudicateurs de droit privé, mais par définition ce cas de figure ne concerne pas les concessions d'aménagement, puisque ces contrats sont passés par l'État, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics (C. urb., art. L. 300-4).

### **3.4 Appréciation du risque économique et nature du contrat de concession d'aménagement**

Comme on vient de le voir, le Code de la commande publique envisage les concessions de travaux et de services comme des contrats transférant un risque depuis la collectivité vers le concessionnaire. Le risque envisagé est exclusivement économique, alors que les risques pris par l'exploitant sont de natures diverses, sans qu'ils aient nécessairement de conséquences financières immédiates.

En matière de concession d'aménagement, le critère de distinction entre celles qui relèvent du droit des marchés publics et celles qui relèvent du droit des concessions réside dans la question de savoir si un risque d'exploitation est supporté par l'aménageur. Cette distinction

est importante dans la mesure où elle détermine le type de procédure de passation de la concession d'aménagement. Si, au regard de la définition du projet et du contenu de la mission, un choix erroné de régime était retenu, la légalité de la délibération désignant l'aménageur pourrait être contestée.

La distinction n'est pas toujours évidente. Les règles en matière de concession évoquent deux éléments d'appréciation :

- une « réelle exposition aux aléas du marché » du concessionnaire ;
- le fait de ne pas être « assuré d'amortir les investissements ou les coûts » qu'il supporte dans l'exercice de sa mission.

#### **TEXTE OFFICIEL**

##### **Code de la commande publique**

##### **Article L. 1121-1**

[...] La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés.

Dans la réglementation antérieure (après la directive de 2004 et le décret du 31 juillet 2006), il ressortait qu'une « rémunération du concessionnaire substantiellement liée aux résultats de l'exploitation » était l'indice d'un risque réel supporté par l'aménageur. La jurisprudence européenne avait ainsi dégagé qu'une concession d'aménagement sans ce type de rémunération relevait des marchés publics<sup>(3)</sup>. La rémunération évoquée ne se résumait pas au montant des charges de gestion et de coordination de l'aménageur qui sont imputées sur le bilan de l'opération, comme pourrait le supposer la pratique des traités de concession. Ceux-ci identifient en effet souvent ces charges à la « rémunération » prévue par l'article L. 1523-2 (§6) du Code général des collectivités territoriales en ce qui concerne les SEM et les SPLA. Ici au contraire la rémunération se comprend comme la totalité des produits de l'opération.

Or, par définition, la concession d'aménagement consiste à procéder à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers ce qui revient à percevoir des produits d'exploitation. S'il n'y avait pas de produits provenant de la vente de terrains aménagés, la concession ne répondrait pas à la définition de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme. Si le législateur envisage l'existence de concessions dépourvues de transfert de risque économique sur l'exploitant, cela ne peut en aucun cas se comprendre comme des concessions ne donnant lieu à aucune recette commerciale. Ce critère d'une rémunération substantiellement liée aux produits de l'opération n'était donc pas satisfaisant.

Depuis le décret du 22 juillet 2009, le critère consiste plutôt à apprécier « la part significative du risque économique de l'opération » à la charge de l'aménageur. Si la réglementation de 2016 et la publication du Code la commande publique a fait évoluer ce critère, elle en a maintenu la philosophie. À noter cependant une différence de rédaction entre les deux textes : le régime de la concession intervient lorsque le concessionnaire assume « une part significative du risque économique de l'opération » en 2009, ou « un risque économique lié à l'opération d'aménagement » en 2016. Cette différence est sans incidence majeure, puisque depuis 2016 il est renvoyé à l'article L. 1121-1 cité plus haut, qui précise en quoi

(3) CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria Verlag GmbH, n° C-324/98.

consiste la part significative du risque. Ce décret de 2009 faisait suite au célèbre arrêt *Jean Auroux* de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)<sup>(4)</sup> dont il ressort qu'il faut que l'aménageur supporte un risque de perte financière, pour qu'une concession d'aménagement soit considérée comme étant aux risques du concessionnaire et donc qualifiée de concession. En l'espèce, l'éventuel déficit final de l'opération avait vocation à être pris en charge par le concédant et la majeure partie de la rémunération de l'aménageur était prise en charge par des tiers. Le mécanisme contractuel aboutissait donc, en définitive, à ne pas faire porter le risque au concessionnaire.

Pour qu'une concession d'aménagement ne soit pas engagée sous le régime des marchés publics, l'aménageur doit donc « être exposé aux aléas du marché ». Le risque pris par l'aménageur s'envisage ainsi notamment comme le risque de marché et de conjoncture immobilière, ou au moins pour une part de ce risque. Si les recettes s'avèrent insuffisantes par exemple en l'absence de commercialisation de terrains aménagés ou suite à des cessions à trop bas prix, l'aménageur devra être obligé de couvrir le déficit dans une proportion significative.

Le caractère significatif du risque pris par le concessionnaire n'est pas précisé ou encadré par les textes. En matière de délégation de service public, la jurisprudence s'est refusé à fixer un pourcentage au-delà duquel le risque serait considéré comme transféré sur le concessionnaire, et, par exemple, elle n'a pas considéré que plus de la moitié du risque existant valait nécessairement une part significative du risque. De plus, le juge européen a établi une distinction entre le risque d'exploitation, et le risque inhérent à l'activité elle-même. Dans le régime de la concession, le risque d'exploitation doit être transféré de manière importante, tandis que le risque lié à l'activité peut être faible, voire nul. Un arrêt de la CJCE indique ainsi qu'il « est nécessaire que le pouvoir adjudicateur transfère au concessionnaire l'intégralité ou au moins une part significative du risque d'exploitation qu'il encourt [...] même si le risque encouru par le pouvoir adjudicateur est très limité »<sup>(5)</sup>.

En matière de concession d'aménagement il en va de même, la mesure du risque effectivement transférée est à apprécier, d'autant que le risque est en l'occurrence encore plus difficile à appréhender ou à quantifier. Nombre d'opérations d'aménagement crée un marché immobilier sectoriel *ex nihilo*, ou change fortement l'image du quartier. Il n'y a donc pas de clientèle prédéterminée ou captive. La définition des aléas et la mesure *a priori* de leurs conséquences ne se résument d'ailleurs pas aux fluctuations du marché, puisque peuvent apparaître aussi des modifications programmatiques sous l'influence des changements politiques ou réglementaires, eux-mêmes dépendants d'un grand nombre de facteurs contextuels. Suivant la jurisprudence en matière de délégation de service, on pourrait parfaitement envisager qu'une concession d'aménagement qui ne ferait que transférer à l'aménageur une part significative du risque lié à la bonne exécution de sa mission, alors même qu'elle concernerait une opération où les acquéreurs potentiels seraient identifiés au préalable (exemple d'une opération destinée principalement à des acquéreurs « institutionnels »), serait conforme au droit.

---

(4) CJCE, 18 janvier 2007, Jean Auroux, Ville de Roanne. Cet arrêt a été précédé le 15 juin 2006 des conclusions de l'avocat général Julianne Kokott, plus explicites sur cette question.

(5) CJCE, 10 septembre 2009, WAZV Gotha c/ Eurawasser, n° C-206/08.

En l'état du droit, il n'y a pas de seuil théorique de risque transféré au-delà duquel la concession d'aménagement ne relève pas des marchés publics, ni sur le plan quantitatif sous la forme d'un pourcentage, ni sur le plan qualitatif au moyen de dispositions forcément interprétées dans un sens ou dans l'autre. En cas de contestation et en dernier recours, il reviendra au juge d'apprécier la réalité du risque, et pour cela il se basera sur les termes du traité et sur la structure du bilan financier. Certaines des clauses sont révélatrices, comme par exemple le sort du résultat financier final de l'opération, positif ou négatif, qui est prévu au bénéfice ou à la charge du concédant ou du concessionnaire. De même l'analyse des risques potentiels de l'opération (V. *Chapitre 1 Déterminants de l'aménagement*) doit en pratique se traduire par une claire répartition contractuelle de leur prise en charge le cas échéant au moyen d'une grille de partage des risques. Ainsi, dès la phase de négociation du traité, les postes du bilan qui pourraient évoluer pour des raisons indépendantes de la volonté des cocontractants (risques sur les acquisitions, fixation des indemnités d'expropriation, ventes, sous-sol, etc.) doivent être identifiés, ainsi que les mesures à prendre pour y remédier sous la responsabilité de la collectivité ou de l'aménageur. La part des participations éventuelles de l'autorité concédante ou d'autres personnes publiques (comme l'ANRU) constitue également un élément d'analyse qui peut être pris en considération.

Si la totalité du risque économique est assumée par l'aménageur selon les termes du traité, la position du juge ne fera pas de doute : la rémunération du concessionnaire dépend effectivement des résultats de l'exploitation, ce qui est le fondement de la notion de transfert de risque. Dans l'hypothèse où le risque est partagé et qu'une partie de celui-ci reste à la charge du concédant, la réponse du juge sera assurément plus circonstanciée. Ce sera le cas par exemple lorsque le contrat contient l'une ou l'autre des dispositions contractuelles qui aboutiraient à neutraliser le risque, par exemple en prévoyant :

- le versement de subventions d'équilibre en fin d'opération, ou la prise en charge du déficit ;
- le rachat automatique des invendus à l'expiration de la concession, à un prix permettant l'équilibre de l'opération ;
- la prise en charge systématique par le concédant des conséquences financières de toute évolution non imputable à l'aménageur (surcoûts techniques ou liés au sous-sol) ;
- la prise en charge de la différence entre le prix de vente prévu au bilan et le prix réel de cession ;
- des garanties diverses ou des clauses de revoyures à l'avantage exclusif du concessionnaire.

La question est donc de savoir si un risque d'exploitation est effectivement supporté par l'aménageur, ou suffisamment supporté par lui, pour que le droit des concessions s'applique. Un problème courant apparaît par exemple lorsque la cession d'une charge foncière proposée par le concessionnaire est refusée par le concédant, ou acceptée avec un prix moindre, alors que cette cession est conforme au programme initial de construction annexé au traité. L'obligation d'un tel accord préalable de la collectivité sur chaque cession ne figure pas systématiquement dans les contrats, mais si elle existe, il paraît normal que la perte engendrée le cas échéant dans le bilan d'opération, soit identifiée et évaluée, puis mise à la charge du concédant, sans que l'on puisse conclure de ce seul fait que l'aménageur ne supporte pas le risque d'exploitation.

Dans le cas où il est estimé qu'une concession d'aménagement ne comporte pas de transfert significatif de risque, la concession sera requalifiée en marché public en vertu duquel l'acheteur public ou assimilé verse un prix ou attribue une contrepartie en échange de la prestation

réalisée par le contractant. La contrepartie peut être en nature (fourniture d'un terrain ou de certains éléments de prestations, par exemple) ou peut prendre la forme d'autorisation de percevoir des recettes auprès de tiers (vendre un terrain ou des services, par exemple). Ainsi, qu'il y ait des contreparties ou des redevances ou non, ne constitue pas un critère distinctif entre marché public et concession. De même, que les sommes perçues par le contractant proviennent de la collectivité, d'un usager ou non, n'est pas davantage discriminant.

Un arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes précise que l'existence d'un risque assumé par l'aménageur « doit s'apprécier au regard de l'ensemble des stipulations du contrat s'agissant du mode de rémunération retenu, de l'importance des apports et subventions des collectivités publiques, du sort des biens non commercialisés en fin de contrat et des garanties consenties par la personne publique contractante »<sup>(6)</sup>. En l'espèce, le contrat prévoyait que le concessionnaire supporterait notamment le risque concernant le coût des acquisitions et concernant la commercialisation des terrains équipés. Le bilan de l'opération démontrait en outre que l'aménageur prenait à sa charge une part importante du coût de l'opération. Ni augmentation, ni indexation de la participation de la collectivité n'étaient prévues au contrat, aucune subvention supplémentaire n'était prévue en cas de déficit de l'opération, aucune substitution automatique de l'aménageur par le concédant n'était prévue en fin de contrat, et la garantie d'emprunt était limitée. Dès lors, au regard de l'ensemble de ces éléments, la cour a estimé que la part significative du risque économique reposait bien sur l'aménageur.

Un autre arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille aboutit à la conclusion inverse en estimant que les termes de la concession d'aménagement aboutissent à la neutralisation du risque économique pour l'aménageur, et donc qu'elle devait être qualifiée de marché public.

#### **JURISPRUDENCE**

##### **CAA Marseille, 19 mars 2012, n° 09MA04620**

Considérant que [...] le traité de la concession confie notamment à [l'aménageur] les acquisitions de terrains, les études, la réalisation de divers équipements publics de viabilisation de la zone et, enfin, la cession ou la concession des terrains ou immeubles bâtis ; que [le contrat] prévoit qu'en contrepartie, les charges de l'aménageur seront notamment couvertes par les produits à venir des cessions, des concessions d'usage et des locations de terrains et d'immeubles bâtis mais également par des rémunérations versées par la commune, laquelle s'engage également à verser une participation aux fins d'équilibre économique de l'opération ; qu'en effet si les stipulations de l'article 16.4 [du contrat] précisent que « le montant prévisionnel de la participation du concédant est fixé à 0 euro TTC », il y est également mentionné (article 16.4.3) que « le montant global de cette participation pourra être révisé par avenant [au contrat] approuvé par délibération [du concédant] » ; que l'article 25.3 prévoit également que « le concédant s'engage à modifier le montant de cette participation [prévue à l'article 16.4] pour tenir compte des évolutions qui affecteraient l'un de ces éléments [juridiques et financiers connus au jour de la signature du présent contrat] et ayant des incidences sur les conditions de l'équilibre économique du contrat, que ces évolutions aient leur origine dans une demande spécifique du concédant ou résultent d'une évolution des conditions économiques extérieures aux parties » ; que dans ces conditions, eu égard à l'importance des travaux et au mode de rémunération de l'aménageur qui, en l'espèce, aboutit pour lui à la neutralisation du risque économique, [la concession d'aménagement] en litige est de nature à présenter le caractère d'un marché public de travaux [...].

---

(6) CAA Nantes, 2 février 2015, SARL les Farfadets, n° 13NT02139.

Ces arrêts illustrent la méthode du juge administratif pour déterminer le caractère significatif du transfert de risque économique : une analyse pragmatique et concrète de la combinaison des clauses du contrat.

### **3.5 Concessions d'aménagement « à risques réduits »**

Selon ce qui précède, les concessions d'aménagement sont de deux types selon qu'elles relèvent du droit des concessions ou du droit des marchés. Il convient de préciser que le critère du risque n'a au final d'incidence que sur la qualification juridique du contrat, et tout particulièrement sur la définition de sa procédure de passation. Dans les deux cas, la définition du contrat lui-même n'est pas remise en cause, son contenu est identique, puisqu'il suppose toujours un transfert de maîtrise d'ouvrage et des cessions de terrains réalisées par le concessionnaire. À ce titre, le « caractère concessif » du contrat est constant. Il faut cependant souligner l'ambiguïté qui demeure concernant les concessions d'aménagement qualifiées de marchés publics, pour deux raisons.

Première ambiguïté, la concession d'aménagement se distingue fondamentalement du marché public de prestation de services ou de travaux, puisque, en opérant un transfert de maîtrise d'ouvrage, elle outrepassé nettement le cadre du contrat d'entreprise. Dans un contrat de prestation de services, un prestataire exécute pour le compte de son client des missions spécifiques précisément identifiées. La collectivité conserve la direction et la responsabilité des missions, ainsi que le financement correspondant. Pour mener une opération d'aménagement la collectivité pourrait s'entourer de professionnels de l'aménagement, en passant quelques contrats de prestations de services diverses, de maîtrise d'œuvre et, ensuite, des contrats de travaux. Elle pourrait aussi passer un mandat, un contrat de conduite d'opération ou d'assistance à maîtrise d'ouvrage, afin d'obtenir une aide générale à caractère administratif, financier et technique. Or, la concession d'aménagement, par définition, ne peut pas se cantonner à la seule réalisation de prestations, puisqu'elle comporte une délégation de compétence et que l'aménageur concessionnaire agit en qualité de maître d'ouvrage. Plusieurs éléments caractérisent la différence juridique entre la concession-marché et un ensemble de marchés publics de services et de travaux :

- le concessionnaire passe les marchés d'études et de travaux, pas la collectivité ;
- le concessionnaire fait en principe exécuter des travaux d'équipements publics sur des terrains qu'il a acquis, non pas sur le domaine public ;
- le concessionnaire est rémunéré par un prélèvement sur le prix des cessions de terrains à bâtir ou autres ventes immobilières éventuellement complété par des participations publiques, non pas par un prix spécifique de prestation convenu par le pouvoir adjudicataire,
- le concessionnaire intervient en tant que maître d'ouvrage et peut agir en justice en son nom, non pas en tant que mandataire de l'entité publique.

Deuxième ambiguïté, dans la concession d'aménagement qualifiée de marché public, même si une part significative du risque n'est pas considérée comme ayant été transférée, cela ne signifie pas une absence totale de risque pour le concessionnaire, autant en droit qu'en pratique. Il serait plus réaliste de parler de « concessions à risques réduits ». En effet, d'une part l'article L. 300-5 du Code de l'urbanisme prévoit que le montant total prévisionnel

de la participation financière du concédant et des autres personnes publiques ne peut être modifié que par la voie d'un avenant au contrat, c'est-à-dire après approbation des organes délibérants compétents. D'autre part, la concession d'aménagement reste un contrat administratif du fait de la personne publique, quel que soit son mode de passation, et à ce titre, les avenants<sup>(7)</sup> qui modifieraient de façon substantielle l'économie globale du contrat ne sont pas envisageables autrement que de façon marginale et pour des raisons justifiées en droit.

Or la participation financière de la collectivité, et ses évolutions, représentent des éléments substantiels d'un marché public. De même, la jurisprudence limite de plus en plus strictement les cas de recours aux modifications contractuelles des marchés publics en cours d'exécution. Antérieurement à la parution du Code de la commande publique, elle s'appuyait sur l'article 139 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 qui s'appliquait aux concessions d'aménagement – marchés publics par la combinaison de l'article R\* 300-11-2 du Code de l'urbanisme, de l'article L. 1414-1 du Code général des collectivités territoriales et de l'article 65 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Les cas de modifications sont désormais énoncés à l'article L. 3194-1 du Code de la commande publique, et précisés aux articles R. 2194-1 à R. 2194-10 du même code.

#### **TEXTE OFFICIEL**

##### **Code de la commande publique**

##### **Article L. 2194-1**

Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

- 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
- 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
- 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;
- 5° Les modifications ne sont pas substantielles ;
- 6° Les modifications sont de faible montant.

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché.

Les modifications du marché doivent être justifiées :

- en cas de « clauses de réexamen », par exemple sur les variations de prix ou sur des « options claires, précises et sans équivoque », par les clauses du marché initial, ce qui suppose une anticipation de la collectivité ;
- en cas de prestations supplémentaires devenues nécessaires, par la justification de leur caractère impérieux et l'impossibilité de faire autrement ou avec un autre prestataire ;
- en cas de circonstances « qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir », par la preuve que la modification était imprévisible malgré l'attention précautionneuse du concédant ;
- en cas de « modifications non substantielles » par la preuve notamment qu'elles ne remettent pas en cause les conditions initiales de la mise en concurrence et qu'elles ne changent pas « l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial ».

---

(7) La réglementation marchés publics de 2015-2016 ne fait plus référence aux « avenants », on parle désormais de « modifications ».

Pour ces raisons, les concessions d'aménagement à risques réduits ne peuvent aboutir à un « chèque en blanc » du concédant. Cela est conforté par le constat opérationnel : les projets d'aménagement sont suffisamment complexes pour que l'efficacité de leur mise en œuvre dépende fortement du professionnalisme du concessionnaire, au risque concret de fortes déconvenues financières, restant en toute hypothèse du ressort de ce dernier.

En somme, même pour les concessions soumises au droit des marchés publics, la participation de la collectivité ne peut pas évoluer de façon trop importante, ni ôter au concessionnaire toute responsabilité professionnelle d'exploitation, autrement que par l'application de clauses prédéfinies par le contrat ou de modifications strictement encadrées.

Néanmoins les concessions d'aménagement relevant de la réglementation relative aux marchés publics permettent de prévoir contractuellement une prise de risque par le concédant supérieure à celle envisageable dans l'autre type de concession. En pratique, les collectivités peuvent souvent s'interroger sur l'intérêt de la passation des concessions d'aménagement sous procédure de marché public. La justification juridique et/ou l'opportunité d'un tel choix paraissent assez évidentes dans certains cas :

- les zones d'aménagement concerté à maîtrise foncière partielle (V. 8.1.1 ZAC à maîtrise foncière partielle) dont les études pré-opérationnelles démontrent un bilan excédentaire que la collectivité a intérêt à capter ;
- les opérations de renouvellement urbain largement déficitaires nécessitant des participations publiques allant jusqu'à 80 % du bilan global, etc.

Mais même dans ces cas, la personne publique a souvent intérêt à transférer le risque économique résiduel de ces opérations au concessionnaire. Elle conçoit alors un contrat de concession emportant un transfert du risque économique, tout en déterminant une participation publique fixe, ou au contraire des avantages consentis au concédant, sans préjudice du risque d'exploitation pris substantiellement par le concessionnaire.

### **3.6 Limitations du champ de la concession par la jurisprudence et le droit européen**

Un trait persistant de la concession d'aménagement au fil de ses évolutions historiques est qu'il s'agit d'une catégorie de contrats à part, jouissant d'une liberté juridique importante par rapport aux contrats de marchés publics soumis à des règles de mise en concurrence, de « prévention de la corruption et de transparence de la vie économique et des procédures publiques »<sup>(8)</sup>. La concession d'aménagement a longtemps été présentée comme un modèle *sui generis* et comme un des fleurons du droit administratif français. Ainsi elle échappait à

(8) En référence au titre de la fameuse loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, qui n'avait pas posé de règles particulières nouvelles en matière d'aménagement. Les concessions de service public n'étaient précisément réglementées par la loi Sapin (reproduite au Code général des collectivités territoriales) que si elles portaient sur la gestion d'un service public (avec convention de délégation de service public). Elle ignorait totalement le cas des concessions de services ne portant pas sur la gestion d'un service public. La loi du 9 février 1994 avait modifié l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme pour préciser que la loi Sapin n'était pas applicable aux « concessions ou conventions » concernées par cet article.

toute procédure de publicité et de mise en concurrence. Le maintien de cette exception avait été délibérément préférée par les instances nationales et les pouvoirs locaux jusqu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, sans doute à cause des avantages et de la souplesse du dispositif.

La loi SRU du 13 décembre 2000 avait d'ailleurs renommé « conventions publiques d'aménagement » les concessions pour éviter la soumission de ces contrats au régime communautaire des concessions de travaux<sup>(9)</sup>, en les distinguant des conventions ordinaires d'aménagement (privées), en exonérant les premières des obligations de la loi Sapin n° 93-122 de 1993, mais en ne disant rien des cas d'emploi de l'une ou de l'autre<sup>(10)</sup>. Dans les années 1980 et 1990 existaient des « conventions d'aménagement » aux risques et périls de l'aménageur, et des « concessions d'aménagement » susceptibles d'être accordées aux SEML dont la collectivité détenait plus de 50 % du capital.

Les juridictions françaises et européennes ont ensuite fait prévaloir l'impératif de concurrence à partir de différents contentieux. Elles ont provoqué des évolutions réglementaires successives qui aboutissent aujourd'hui à une certaine banalisation de la concession d'aménagement, et surtout à l'obligation de mise en concurrence pour la passation du contrat quelle que soit la qualité de l'aménageur. À bien des égards la concession d'aménagement a connu le destin de la plupart des contrats administratifs. La seule exception qui subsiste concerne les aménageurs publics ou assimilés en fonction de la doctrine du *in house*.

Parmi les décisions les plus célèbres, figure l'arrêt *Sogedis*<sup>(11)</sup> de 2004. La cour administrative d'appel de Bordeaux avait décidé que la convention publique d'aménagement constituait une concession au sens de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme « quelles qu'aient été les modalités de rémunération du cocontractant de la commune ; qu'une telle concession n'était dès lors pas soumise au Code des marchés publics ; [qu'elle] n'entrait pas dans le champ d'application des dispositions de la loi n° 93-122 du 29 juin 1993 reprises aux articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales relatifs aux délégations de services publics<sup>(12)</sup> ; que, toutefois, elle n'était pas pour autant exclue du champ d'application des règles fondamentales posées par le traité de l'Union, 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 ; que, par suite, ladite convention, qui a été conclue sans aucune formalité préalable de publicité et de mise en concurrence, est également entachée de nullité et ne confère aucun droit de nature contractuelle [à l'aménageur]. »

La loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 a alors modifié une première fois le régime des concessions d'aménagement, en prévoyant 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'État<sup>(13)</sup> », et

---

(9) CE, Rapport public, 2002.

(10) Une circulaire de janvier 2001 avait également exonéré les conventions ordinaires de la loi Sapin.

(11) CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, Commune de Cilaos c/ Sogedis, qui faisait suite à l'arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000 précité.

(12) Les articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales renvoie désormais aux articles L. 1121-1 à L. 1121-4 du Code de la commande publique, qui concernent la concession avec transfert de risque.

(13) Décret n° 2006-959 du 31 juillet 2006.

en légalisant les conventions d'aménagement en cours de validité<sup>(14)</sup>. Il en résultait aussi que les « ZAC privées » échappaient à la plupart des dispositions de mise en concurrence en ne réclamant qu'un avis préalable de publicité<sup>(15)</sup>.

Suite à un autre arrêt de la CJCE en janvier 2007<sup>(16)</sup>, qui définissait une nouvelle doctrine, et induisait une appréciation au cas par cas de l'économie générale des concessions d'aménagement en vue de déterminer leur qualification juridique au regard du droit communautaire, une deuxième modification réglementaire est intervenue avec le décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009. Celui-ci a fait éclater le régime de la passation des concessions d'aménagement en trois procédures distinctes selon la qualification retenue par les contrats :

- la « concession de travaux », dont le montant total des produits dépasse le seuil communautaire<sup>(17)</sup> et dont le concessionnaire assume une part significative du risque économique, soumise au droit communautaire des concessions ;
- le « marché de travaux » dont le montant total des produits dépasse le seuil communautaire mais dont le concessionnaire n'assume pas une part significative du risque économique, soumise au droit communautaire des marchés<sup>(18)</sup> ;
- les « autres contrats », en dessous de seuil communautaire, passés selon la procédure adaptée mentionnée à l'article R. 300-11-7 du Code de l'urbanisme.

L'évolution de la jurisprudence nationale et européenne avait été confortée par la Commission européenne dès 2001. Pour cette dernière, les conventions publiques d'aménagement avec couverture des déficits par la collectivité devaient être qualifiées de marchés de travaux. Le 4 février 2004, un recours en manquement déposé par la Commission à l'encontre de la France reprenait les mêmes arguments, et faute de réponse, la CJCE a été saisie le 25 octobre 2004.

En février 2014, l'Union européenne a adopté trois nouvelles directives en matière de marchés publics et de concessions, afin de remplacer les précédentes datant de 2004. Pour la première fois, non seulement elle a consacré une directive spécifique aux seules concessions (directive n° 2014/23/UE), mais elle a également réglementé les concessions portant sur la gestion d'activités de services, et plus seulement celles portant sur la réalisation de travaux. Le droit européen continue cependant d'ignorer les spécificités de la notion française de service public et, dès lors, il ne réserve pas véritablement de sort particulier aux concessions de services portant sur la délégation de la gestion d'un service public. Néanmoins, le fait nouveau provient de la reconnaissance par la directive des contrats de concession. L'adoption de règles communes consacre ce mode opératoire d'une manière large.

(14) La cour administrative de Nantes a infirmé cette validation peu après : CAA Nantes, 19 décembre 2007, n° 06NT01078.

(15) L'article 2 du décret du 31 juillet 2006 avait créé l'article R. 300-10 du Code de l'urbanisme qui précisait les opérations concernées par cette obligation alléguée : lorsque la participation financière du concédant est inférieure à 135 000 euros et lorsque les terrains susceptibles d'être expropriés, préemptés ou appartenant au concédant destinés à être cédés au concessionnaire représentent moins de 10 % des terrains de l'opération.

(16) CJCE, 18 janvier 2007, Jean Auroux c/ Commune de Roanne, n° C-220/05, préc.

(17) Ce seuil était de 5 150 000 € HT, il est en 2018 de 5 548 000 € HT.

(18) Pour les concessions conclues par l'État et ses établissements publics, les règles à respecter pour la désignation de l'aménageur relevaient des articles 5 à 7 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, tandis que celles conclues par les collectivités territoriales étaient soumises aux articles L. 1414-5 à L. 1414-8, D. 1414-1 à D. 1414-5 du Code général des collectivités territoriales.

Cette directive a été transposée en droit interne par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016, pris pour son application et codifiés, depuis le 1<sup>er</sup> avril 2019, au sein du Code de la commande publique.

Désormais, les contrats de concession sont regroupés dans un régime commun : les contrats de concession de travaux et les contrats de concession de services. Et, en particulier, la transposition de la directive n° 2014/23/UE a été l'occasion de clarifier le régime juridique applicable aux concessions sectorielles comme la concession d'aménagement<sup>(19)</sup>. Elles sont alignées sur le droit commun tout en étant régies par des dispositions complémentaires sectorielles. Ainsi les concessions d'aménagement se présentent soit comme des contrats de concession (avec transfert du risque économique) soit comme des marchés publics (sans transfert de risque significatif), avec toutefois des règles particulières de passation.

La réglementation de 2016, maintenue en 2019, préserve notamment la possibilité d'une négociation des propositions des candidats concessionnaires. Elle contient également certaines innovations : la possibilité de constituer des groupements d'autorités concédantes ou encore l'encadrement des conditions dans lesquelles un contrat de concession en cours d'exécution peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence.

Enfin, la « procédure simplifiée » qui existait auparavant avec les anciens articles R\*300-10 ou R\*300-11 du Code de l'urbanisme a été abrogé par le décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 : elle permettait d'attribuer la concession d'aménagement après un simple avis de mise en concurrence dans le cas des « ZAC privées », lorsque la participation financière du concédant était inférieure à 135 000 euros et lorsque les terrains expropriés, préemptés ou appartenant au concédant représentaient moins de 10 % des terrains de l'opération.

### **3.7 Différence entre concession d'aménagement et délégation de service public**

Les concessions d'aménagement présentent certaines caractéristiques similaires à celles des concessions de service public : longue durée des contrats, transfert de la maîtrise d'ouvrage, etc. Pourtant elles s'en distinguent fondamentalement par l'objet même du contrat.

L'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales a été réécrit par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, puis par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018. Il renvoie désormais aux articles L. 1121-1 à L. 1121-4 du Code de la commande publique. De ce fait la convention de délégation de service public est intégrée dans la catégorie des concessions de services, mais elle a un objet particulier. Ceux-ci définissent la délégation de service public comme « un contrat de concession [...], par lequel une ou plusieurs autorités concédantes [...] confient [la gestion d'un service public] à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation [du service public], en contrepartie soit du droit d'exploiter [le service public] qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par

---

(19) C'est également le cas des « contrats de revitalisation artisanale et commerciale ».

# La concession d'aménagement et ses alternatives

Une concession d'aménagement est un contrat par lequel une personne publique délègue l'étude et la réalisation d'une opération d'aménagement à un aménageur public ou privé. Elle est l'outil principal permettant d'externaliser un projet d'aménagement, mais elle n'est pas le seul. La collectivité peut, par exemple, choisir la régie, le mandat ou le projet urbain partenarial, en fonction du degré de maîtrise qu'elle souhaite exercer sur son projet et du risque financier qu'elle veut assumer.

Ce guide présente le contexte et les critères qui détermineront le choix de la collectivité. Il examine la passation, le contenu d'un contrat de concession, ainsi que des autres instruments disponibles.

En s'appuyant sur les contrats qui serviront de base à la relation entre la personne publique et l'aménageur, cet ouvrage examine les aspects juridiques, fonciers, fiscaux et financiers qui guideront la collectivité dans la passation de son contrat d'aménagement.

Des schémas récapitulatifs ainsi que de nombreux renvois aux modèles de contrats figurant en annexe illustrent et rendent accessibles les outils dont disposent les collectivités pour mener à bien, contrôler et financer leurs opérations.

Cet ouvrage est destiné aux agents et cadres des services d'urbanisme et d'aménagement des collectivités, ainsi qu'aux aménageurs publics ou privés.

**Jacques Debouverie** est ingénieur urbaniste, spécialisé dans les domaines de l'aménagement, la promotion immobilière, la recherche foncière et le logement social. Il est ancien directeur de société d'économie mixte d'aménagement. En 2009, il a créé la société de conseil FutUrbain qu'il dirige. Il est également l'auteur de *L'Altercité – rendre désirable la ville durable* paru aux éditions Charles Léopold Mayer en 2017.

ISSN 2267-0149  
ISBN 978-2-281-13313-4



9 782281 133134

EDITIONS

**LE MONITEUR**