

En matière de concession d'aménagement, les collectivités ont plusieurs possibilités. Elles peuvent recourir à des marchés de travaux ou à des concessions de travaux. L'alternative dépend de la nature économique de la concession et le choix aura des conséquences qu'il vaut mieux connaître.

➤ Pierre Bejjaji – Consultant associé, Stratorial Finances
pierre.bejjaji@stratorial-finances.fr

➤ Boris Fyrgatian – Avocat associé, Affaires droit public
Chargé d'enseignements à l'Université Lyon 3 • fyrgatian@affairesdroitpublic.fr

Aménagement : marché de travaux ou concession ?

L'aménageur a pour mission d'acquiescer les terrains nécessaires à la réalisation de l'opération dont il a la charge, et se rémunère, en tout ou partie, par la cession ou la location des terrains qu'il a viabilisés en qualité de maître d'ouvrage.

Cette simplicité n'est qu'une apparence à l'aune des articles L. 300-4 alinéa 2 et R. 300-11 du Code de l'urbanisme, dont les interprétations sont divergentes. Les collectivités et les aménageurs doivent logiquement s'interroger sur les modalités de passation des concessions d'aménagement et la mise en œuvre opérationnelle des opérations.

Pour éviter le vice de procédure, il importe de qualifier le contrat préalablement à sa passation

Qualification du contrat et procédure de dévolution

Les concessions d'aménagement sont soumises à une procédure de mise en concurrence précisée par le décret du 31 juillet 2006 aujourd'hui codifié aux articles R. 300-4 et suivants du Code de l'urbanisme. Cette procédure n'est applicable qu'aux seules concessions d'aménagement pour lesquelles le concessionnaire est rémunéré substantiellement par les résultats de l'opération d'aménagement¹.

Il ne fait également aucun doute que les concessions d'aménagement sont soumises à la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004². Malheureusement, la jurisprudence ne précise pas si une concession d'aménagement dont les travaux représentent la part prépondérante du contrat doit être qualifiée de « marché de travaux » ou de « concession de travaux » au sens du droit communautaire.

Or, la qualification est importante en raison de ses incidences sur les procédures à mettre en œuvre (le « marché de travaux » exige une procédure formalisée, ce qui exclut la négociation, alors que la « concession de travaux » permet une libre négociation, ainsi que le décret du 31 juillet 2006 le prévoit).

Aux termes de l'arrêt « Auroux » précité, il apparaît que, pour qu'une concession d'aménagement puisse être qualifiée de « concession de travaux », deux conditions doivent être remplies : le risque économique doit être transféré à l'aménageur, et celui-ci doit être rémunéré dans une proportion significative par les produits d'exploitation, autrement dit par les recettes de commercialisation. À défaut, la concession d'aménagement présente le caractère d'un « marché de travaux ».

Il importe par conséquent de qualifier le contrat envisagé préalablement à sa passation, afin d'éviter le risque d'annulation pour vice de procédure.

Deux hypothèses, deux procédures

Il ressort de ces éléments que deux hypothèses doivent être envisagées, selon que :

- le montant total des produits de l'opération d'aménagement concédée comporte une part substantielle de recettes commerciales, dans lesquelles le concessionnaire assume une part significative du risque économique : la concession peut être considérée comme une concession de travaux soumise à la procédure prévue aux articles R. 300-4 et suivants du Code de l'urbanisme. Une publicité communautaire est obligatoire si le montant global des produits de l'opération excède 5 150 000 euros ;
- le concessionnaire n'est pas rémunéré substantiellement par les résultats de l'opération : la concession est alors un marché de travaux.

Aucun texte ne définit la notion de substantialité, ou encore la procédure à suivre lorsque l'aménageur est rémunéré, pour une part significative, au travers de la participation versée par l'autorité concédante. La prudence commande, dans ce cas, de transposer la jurisprudence administrative se rapportant aux délégations de service public sur les notions de risques d'exploitation et de rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation³.

Dans la mesure où, dans une telle opération, l'autorité concédante n'exerce pas la maîtrise d'ouvrage⁴, le Code des