

Concession d'aménagement

Le site outils de l'aménagement a vocation à présenter de manière synthétique les acteurs, les procédures et les outils de l'aménagement.

La rédaction et l'actualisation de ces fiches sont assurées par le Cerema avec l'appui des ministères chargés du logement, de l'aménagement et de l'environnement.

L'État, une collectivité territoriale ou l'un de leurs établissements publics peut concéder, en principe après mise en concurrence, la réalisation d'une opération d'aménagement à une personne y ayant vocation, laquelle assurera alors une mission globale incluant notamment la maîtrise d'ouvrage des travaux nécessaires et la cession des biens.

Définition

Notion

La concession d'aménagement est le contrat par lequel **l'État, une collectivité territoriale ou l'un de leurs établissements publics, concède la réalisation d'une opération d'aménagement**, telle que prévue par le code de l'urbanisme, à une personne y ayant vocation. Dans la mesure où une opération d'aménagement poursuit un ou plusieurs objectifs et présente une certaine ampleur, il s'agira, pour la personne publique concédante, de confier à un concessionnaire une **mission globale** incluant une multitude de tâches afin que ces objectifs soient atteints.

La concession d'aménagement constitue par ailleurs un **contrat de la commande publique** qui s'analyse nécessairement, au regard de la classification opérée par le droit de l'Union européenne, comme **un marché public ou comme une concession**. Sa passation fait en conséquence en principe l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Objet

■ Opération d'aménagement

Le code de l'urbanisme définit essentiellement les opérations d'aménagement en énonçant les **objectifs** qu'elles peuvent poursuivre.

Il prévoit ainsi que les actions ou opérations d'aménagement ont pour objets de :

- mettre en œuvre un projet urbain,
- mettre en œuvre une politique locale de l'habitat,
- organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques,
- favoriser le développement des loisirs et du tourisme,
- réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur,
- lutter contre l'insalubrité et l'habitat indigne ou dangereux,
- permettre le renouvellement urbain,
- sauvegarder ou mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels.

Quant à l'aménagement proprement dit, il désigne l'ensemble des actes des collectivités locales ou des établissements publics de coopération intercommunale qui visent, dans le cadre de leurs compétences, d'une part, à conduire ou à autoriser des actions ou des opérations et, d'autre part, à assurer l'harmonisation de ces actions ou de ces opérations.

Au-delà des objectifs poursuivis, pour qu'une opération puisse être qualifiée d'opération d'aménagement et, en particulier, de ZAC, **elle doit en outre revêtir une certaine consistance, une certaine ampleur et traduire une volonté d'aménagement**. L'urbanisme opérationnel vise ainsi l'aménagement et l'équipement, ou le renouvellement, d'une portion significative du territoire communal et, ce faisant, se distingue d'une simple opération de construction, même importante. Compte tenu de la volonté d'aménagement qui doit présider à sa mise en œuvre, l'opération d'aménagement pourra être identifiée en raison de l'ampleur du périmètre dont on entend assurer l'aménagement ou le renouvellement et/ou de la complexité de la combinaison d'activités et d'affectations qui doivent y être réalisées.

■ Opérations innommées

Le plus souvent, une opération d'aménagement est réalisée par la mise en œuvre d'une procédure d'urbanisme précise : zone d'aménagement concerté (ZAC), lotissement... Toutefois, dès lors qu'une opération d'aménagement s'identifie au travers de ses objectifs et caractéristiques, sa réalisation peut impliquer ou n'exclut pas la combinaison de plusieurs outils (ZAC, permis de construire valant division...). Et surtout, elle n'implique pas nécessairement la mise en œuvre d'une procédure spécifique même si cela reste atypique et peu courant.

■ Missions du concessionnaire

L'article L. 300-4 du code de l'urbanisme prévoit que le concessionnaire assure essentiellement **trois types de missions**.

Tout d'abord, il assure la maîtrise d'ouvrage des travaux, bâtiments et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution.

Ensuite, 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 ne s'agit que d'une simple faculté, qui dépendra naturellement de la nature, du contexte et de l'objectif de l'opération concédée.

Enfin, il procède à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession.

■ Distinction avec le mandat

À côté de la concession d'aménagement, l'article L. 300-3 du code de l'urbanisme prévoit la possibilité pour les collectivités publiques de recourir à un mandat d'aménagement. L'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent ainsi, par convention de mandat passée dans les conditions prévues par le code de la commande publique, confier à toute personne publique ou privée le soin de faire procéder **en leur nom et pour leur compte** à une ou plusieurs des missions suivantes :

- La **réalisation d'études**, notamment d'études préalables nécessaires à une opération d'aménagement.
- La **réalisation de travaux et la construction d'ouvrages ou de bâtiments** de toute nature, lorsque ces travaux ou constructions n'entrent pas dans le champ d'application des règles du code de la commande publique régissant la maîtrise d'ouvrage publique.
- **L'achat et la revente de biens fonciers ou immobiliers** dans le respect de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce.

Toutefois, la concession et le mandat se distinguent sur plusieurs points :

- La concession concède à un tiers la réalisation d'une opération d'aménagement ; tandis que, dans le cas du mandat, cette opération est toujours réalisée par la collectivité publique, en régie, et que c'est donc cette personne publique qui a la qualité d'aménageur.
- Le concessionnaire est le maître d'ouvrage des travaux qu'il réalise et les contrats qu'il conclut pour les besoins de l'opération d'aménagement sont, en principe (lorsque le concessionnaire n'est pas uniquement chargé de réaliser des biens destinés à être aussitôt remis à la personne publique), considérés comme conclus pour son propre compte ; dans le cas du mandat, les contrats conclus par le mandataire le sont au nom et pour le compte de la collectivité mandante.

- Il en résulte que, si le concessionnaire est une personne privée, les contrats qu'il va conclure avec des entreprises (également personnes privées) pour la réalisation de l'opération, y compris les marchés de travaux, seront soumis au droit privé et relèveront du juge judiciaire ; tandis que ces mêmes contrats, s'ils sont conclus par le mandataire, seront soumis au droit public et relèveront du juge administratif.
- Le concessionnaire est en charge de la globalité de l'opération ; tandis que le mandataire peut n'accomplir que des tâches ponctuelles.
- La concession porte sur la réalisation de l'opération, ce qui implique qu'elle existe pour que le concessionnaire puisse commencer à accomplir ses missions ; le mandataire peut en revanche être chargé de la réalisation d'études préalables à l'opération (sur son opportunité ou sa faisabilité).

Passation en cas de ZAC

Lorsqu'une opération d'aménagement est destinée à être réalisée dans une zone d'aménagement concerté, l'attribution de la concession d'aménagement 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 requise préalablement à toute création de ZAC (et prévue à l'article L. 103-2 du code de l'urbanisme) et a délibéré sur les enjeux et l'objectif de l'opération, son périmètre d'intervention, son programme et son bilan financier prévisionnel.

Compte tenu des conditions devant être ainsi satisfaites (le projet de ZAC devant connaître un état d'avancement largement similaire à celui requis pour que la personne publique ayant pris l'initiative de sa création approuve le dossier de création), ce mécanisme ne paraît présenter d'intérêt que lorsque le projet de ZAC est soumis à évaluation environnementale et que l'étude d'impact devant en conséquence figurer dans le dossier de création est encore en cours d'élaboration.

Diversité des procédures de passation

Les règles de passation des concessions d'aménagement se partagent entre les règles du code de la commande publique (CCP), qui est entré en vigueur le 1^{er} avril 2019, celles du code général des collectivités territoriales (CGCT), et celles du code de l'urbanisme. Schématiquement, ces dernières distinguent :

- **La procédure relative aux concessions d'aménagement transférant un risque économique** (articles R. 300-4 à R. 300-9), pour laquelle il est essentiellement renvoyé aux règles de la troisième partie du code de la commande publique relatives aux contrats de concession, complétées par certaines spécificités.
- **La procédure relative aux concessions d'aménagement ne transférant pas un risque économique** (articles R. 300-11-1 à R. 300-11-3), pour laquelle, moyennant là encore certaines spécificités, il est renvoyé, pour l'Etat et ses établissements publics,

aux règles de la deuxième partie du code de la commande publique relatives aux marchés publics et, pour les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, aux règles du code général des collectivités territoriales qui, elles-mêmes, renvoient à celles du code de la commande publique.

Pour identifier la procédure applicable, il est donc d'abord nécessaire de déterminer si la concession d'aménagement dont l'attribution est envisagée entraîne ou non un transfert du risque économique, de la personne publique concédante vers le concessionnaire. La procédure relative aux concessions d'aménagement transférant un risque économique est en effet applicable lorsque le concessionnaire assume un risque économique lié à l'opération d'aménagement (article R. 300-4 du code de l'urbanisme).

Dans le cadre de la définition des contrats de concession, le code de la commande publique précise que 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 lorsque, dans des conditions normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés.

Le juge administratif a eu l'occasion de considérer que l'existence d'un risque significatif 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.

Ainsi, si le concessionnaire est chargé d'acquiescer, viabiliser et revendre des terrains mais que la collectivité publique s'engage à lui reprendre les invendus à la fin de l'opération, il est vraisemblable que la concession ne lui transfère pas le risque économique lié à cette opération.

■ Procédure en cas de transfert d'un risque économique

La procédure applicable varie selon que la valeur estimée du contrat de concession est supérieure ou inférieure au seuil européen qui figure au II de l'annexe II du code de la commande publique. Ce seuil change en principe tous les deux ans et, du 1^{er} janvier 2018 au 31 décembre 2019, il est de 5 548 000 € HT. A compter du 1^{er} janvier 2020, il sera de 5 350 000 € HT. En pratique, les concessions d'aménagement sont le plus souvent censées dépasser ce seuil.

La valeur estimée du contrat de concession doit à cet égard être calculée selon une méthode objective, précisée dans les documents de la consultation. Elle correspond au chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat. Sont notamment pris en compte toutes les recettes perçues, notamment celles correspondant à des ventes d'actifs, tous les paiements effectués par une autorité publique, tous les avantages financiers et subventions octroyés...

La procédure ici décrite est pour l'essentiel celle applicable au-delà du seuil européen. La procédure particulière applicable en-deçà sera ensuite décrite.

Préparation

Avant le lancement de la consultation, la personne publique doit déterminer la nature et l'étendue des besoins à satisfaire en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.

La durée du contrat de concession est limitée et doit également être déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire.

L'autorité concédante organise librement une procédure de publicité et mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire dans le respect des règles applicables, en particulier celles du code de la commande publique. Il lui incombe en outre de consigner, par tout moyen approprié, les étapes de la procédure de passation.

Publicité

L'autorité concédante publie un avis de concession (établi conformément au modèle fixé par l'annexe

XXI du règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission européenne du 11 novembre 2015 ; étant précisé que de nouveaux formulaires types seront applicables à compter du 14 novembre 2022 en vertu du règlement 2019/1780). Cet avis comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation.

Cet avis est publié :

- Au Journal officiel de l'Union Européenne.
- Dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales (si le code de la commande publique permet également de recourir au Bulletin officiel des annonces de marchés publics, le code de l'urbanisme ne mentionne qu'un Journal d'Annonces Légales).
- Dans une publication spécialisée dans les domaines de l'urbanisme, des travaux publics ou de l'immobilier.

Aucune publication nationale ne peut intervenir avant la publication requise au Journal officiel de l'Union Européenne (l'autorité concédante peut toutefois procéder à une publication, au niveau national, lorsqu'elle n'a pas été avisée de la publication au Journal officiel de l'Union européenne dans les quarante-huit heures suivant la confirmation de la réception de l'avis par l'Office des publications de l'Union européenne).

Documents de la consultation

Au regard des articles L. 3124-1, L. 3124-3 et R. 3122-7 du CCP et R. 300-7 du code de l'urbanisme, les documents de la consultation, qui permettront aux candidats potentiels de disposer des informations nécessaires à l'établissement de leur réponse, doivent être constitués de l'ensemble des documents fournis par l'autorité concédante ou auxquels elle se réfère pour définir :

- L'objet et les spécifications techniques et fonctionnelles du contrat de concession.
- Les conditions de passation et d'exécution du contrat de concession.
- Le délai de remise des candidatures ou des offres.
- Les conditions et caractéristiques minimales sur lesquelles la négociation ne pourra pas porter et dont le non-respect entraînera par ailleurs l'irrégularité de l'offre déposée.

Ils comprennent notamment :

- L'avis de concession.
- Le cahier des charges de la concession.
- Si cela ne résulte pas du projet de contrat ou de son cahier des charges, un document précisant, notamment, les caractéristiques essentielles de la concession d'aménagement et indiquant le programme global prévisionnel des équipements et des constructions projetées ainsi que les conditions de mise en œuvre de l'opération.
- Le cas échéant, l'invitation à présenter une offre (lorsque les candidats ne déposent dans un premier temps que leur candidature et que seuls ceux retenus sont invités dans un second temps à déposer une offre).

Ils sont mis à disposition, par voie électronique, sur un profil d'acheteur (plate-forme de dématérialisation de l'autorité concédante), à compter de la date de publication d'un avis de concession ou de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre. Le texte de l'avis de concession ou de l'invitation précise l'adresse internet à laquelle il peut être pris connaissance des documents de la consultation.

Indépendamment du recours obligatoire au profil d'acheteur, l'autorité concédante choisit le ou les moyens de communication avec les opérateurs économiques et peut notamment recourir à des moyens électroniques. Ce choix est indiqué dans l'avis de concession ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

Phase de candidature

Un certain nombre de personnes sont exclues de plein droit de la procédure de passation des contrats de concession pour des raisons diverses (condamnations définitives, liquidation judiciaire, situation fiscale ou sociale non conforme...). Les différents cas sont énumérés aux articles L. 3123-1 à L. 3123-6 du CCP. S'y ajoutent différentes hypothèses d'exclusions à l'appréciation de l'autorité concédante (articles L. 3123-7 à L. 3123-11).

L'autorité concédante ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation qu'afin de garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du contrat de concession. Ces conditions doivent

être liées et proportionnées à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution.

Le délai de réception des candidatures est fixé en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire. Si les candidatures ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du contrat, il en est également tenu compte.

Le délai minimum de réception des candidatures, accompagnées le cas échéant des offres (si elles sont sollicitées en même temps), est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de concession (ou de vingt-cinq jours lorsque l'autorité concédante accepte que les candidatures lui soient transmises par voie électronique).

Après examen des capacités et aptitudes des candidats, l'autorité concédante élimine les candidatures incomplètes (éventuellement après une demande de production des pièces manquantes) ou irrecevables et dresse la liste des candidats admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession. A cet égard, est irrecevable une candidature présentée par un candidat qui fait l'objet d'un motif d'exclusion de la procédure de passation ou qui ne possède pas les capacités ou les aptitudes exigées.

L'autorité concédante peut par ailleurs limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre, à condition que ce nombre garantisse une concurrence effective. Des critères de sélection non discriminatoires, liés à l'objet du contrat de concession et relatifs à leurs capacités et à leurs aptitudes sont alors mis en œuvre.

Commission et candidature

Pour les collectivités territoriales et leurs groupements, la question se pose de savoir si une commission doit obligatoirement procéder à l'ouverture et à l'analyse des candidatures reçues :

- D'une part, en effet, dans ses règles générales applicables aux contrats de concession, le code général des collectivités territoriales prévoit l'intervention d'une commission, dont les membres sont élus par l'assemblée délibérante à la représentation proportionnelle au plus fort reste, et qui est chargée d'ouvrir les plis contenant les candidatures et de dresser la liste des candidats admis à présenter une offre après examen

de leurs garanties professionnelles et financières (articles L. 1410-3 et L. 1411-5 du CGCT) ; cette commission devant même se réunir deux fois s'il est demandé aux candidats de compléter une candidature incomplète (Rép. Min. n° 09536, JO Sénat du 23/05/2019).

- D'autre part, et pour autant, le code de l'urbanisme ne fait pas expressément référence au CGCT (ni pour y renvoyer, ni pour l'écarter) et, surtout, n'envisage l'intervention d'une commission, cette fois-ci élue à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne, que pour émettre un avis sur les propositions reçues (c'est-à-dire a priori les offres), préalablement à l'engagement de la négociation (articles R. 300-4 et R. 300-9).

Plusieurs éléments paraissent militer dans le sens d'une absence d'applicabilité des dispositions du CGCT prévoyant l'intervention d'une commission constituée selon les modalités prévues à son article L. 1411-5 pour analyser les candidatures :

- L'article L. 2 du CCP prévoit que les contrats de la commande publique sont régis par ses dispositions et, le cas échéant, par des dispositions particulières. Or, pour les concessions transférant un risque économique, il est permis de considérer que les dispositions particulières applicables sont entièrement énumérées par l'article R. 300-4 du code de l'urbanisme, qui ne mentionne que ses propres dispositions et le CCP.
- Si l'intervention d'une commission au stade de l'analyse des candidatures avait été requise, on peut penser que les auteurs du texte auraient retenu la même composition que pour la commission chargée d'analyser les offres, d'autant plus que l'autorité concédante peut choisir de demander aux candidats d'adresser en même temps leurs candidatures et leurs offres.
- Enfin, si l'on compare avec le régime des concessions d'aménagement ne transférant pas un risque économique, dans lequel il est renvoyé aux règles applicables aux marchés publics, il est prévu l'intervention d'une commission pour le choix de l'offre et, par dérogation à l'article L. 1411-5 du CGCT, celle-ci est composée conformément à l'article R. 300-9 du code de l'urbanisme auquel il est renvoyé. On constate toutefois que le rôle de cette commission a évolué puisque, de 2009 à 2016, il était renvoyé aux règles applicables aux contrats de partenariat et la commission devait,

alors, intervenir pour analyser les candidatures et dresser la liste des candidats admis à participer (alors que, depuis 2016, elle intervient pour analyser les offres). Autrement dit, lorsque les auteurs du code de l'urbanisme ont entendu prévoir une commission au stade des candidatures, elle était composée selon la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne.

Rien n'interdit cependant à l'autorité concédante, lorsqu'elle définit la procédure de passation qui sera mise en œuvre, de prévoir que la commission prévue à l'article R. 300-9 interviendra également au stade de l'analyse des candidatures.

Phase d'offre

L'autorité concédante fixe le délai de remise des offres en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire, ou encore de la nécessité d'une visite sur les lieux d'exécution du contrat.

Sous réserve de l'hypothèse où elles doivent être remises avec les candidatures, **le délai minimum de remise des offres est de vingt-deux jours** à compter de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre (ou de **dix-sept jours en cas de transmission par voie électronique**).

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, préalablement à l'engagement de la négociation**. 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 (article R. 300-9 du code de l'urbanisme, dont la rédaction paraît par ailleurs imposer la tenue d'une négociation, alors que les articles L. 3121-1 et L. 3124-1 du code de la commande publique n'en font qu'une faculté).

L'autorité concédante organise librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires. Elle peut à cet égard décider de limiter le nombre de soumissionnaires admis à participer à la négociation et, à cet effet, procède à la sélection du ou des soumissionnaires en appliquant les critères fixés pour l'attribution du contrat. La négociation

ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.

Il faut par ailleurs souligner le fait que l'autorité concédante ne peut communiquer les informations dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation de la valeur globale ou détaillée des offres.

L'autorité concédante écarte les **offres irrégulières** (c'est-à-dire ne respectant pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation) ou inappropriées (c'est-à-dire manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences spécifiés dans lesdits documents). Les offres qui n'ont pas été ainsi éliminées sont classées par ordre décroissant sur la base des critères d'attribution. L'offre la mieux classée est retenue.

Le contrat de concession doit en effet être attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères d'attribution qui :

- Doivent être **non discriminatoires, objectifs, précis, et liés à l'objet du contrat** de concession ou à **ses conditions d'exécution**.
- Ne doivent pas avoir pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et doivent garantir une **concurrence effective**.
- Peuvent notamment être des critères **environnementaux, sociaux** ou relatifs à **l'innovation** et, par analogie avec ce qui est prévu pour les concessions ne transférant pas le risque économique, devraient permettre de prendre en considération le respect des exigences de développement durable exprimées par la personne publique, notamment en matière de qualité architecturale, de performance environnementale, de mixité sociale et de diversité des fonctions urbaines.
- **Doivent être fixés par ordre décroissant d'importance**. Les critères, leur description et leur hiérarchisation devant avoir été **préalablement indiqués** dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.

Lorsque le concédant est une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, c'est son organe délibérant qui 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.

Achèvement de la procédure

L'autorité concédante notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre, assortie de divers autres éléments d'information.

Il faut en outre respecter un **délai de seize jours entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du contrat de concession** (au moins onze jours en cas de transmission électronique de cette notification à l'ensemble des candidats et soumissionnaires intéressés). L'observation de ce délai vise à permettre l'exercice d'un référé précontractuel devant le juge administratif.

Un **avis d'attribution**, établi conformément au règlement d'exécution (UE) 2015/1986, doit enfin être envoyé, dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la notification du contrat de concession, pour publication au Journal officiel de l'Union européenne.

Concession inférieure au seuil européen

Les contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure au seuil européen qui figure en annexe II du code de la commande publique font l'objet d'une procédure particulière. Celle-ci correspond à la procédure précédemment décrite sous réserve de certains ajustements.

L'autorité concédante publie un avis de concession qui doit comporter notamment une description de la concession (caractéristiques essentielles de la concession d'aménagement, programme global prévisionnel des équipements et des constructions projetés, conditions de mise en œuvre de l'opération) et des conditions de participation à la procédure de passation. Si le code de la commande publique renvoie à cet égard à un modèle figurant à son annexe 21, l'article R. 300-5 du code de l'urbanisme semble imposer dans tous les cas de figure l'emploi du modèle européen susmentionné. Cet avis est publié dans un journal d'annonces légales et dans une publication spécialisée dans les domaines de l'urbanisme, des travaux publics ou de l'immobilier.

L'autorité concédante fixe le délai de réception des candidatures en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire. Elle fait de même pour celui de réception des offres. Il n'y a donc pas de délai minimum imposé de façon précise, mais le délai retenu devra naturellement être suffisant. **Les critères d'attribution n'ont pas à être hiérarchisés** (c'est-à-dire fixés par ordre décroissant d'importance). L'autorité concédante n'est pas tenue d'informer les candidats et soumissionnaires non retenus et d'observer un délai minimum entre cette notification et la signature du contrat de concession. Enfin, elle n'est pas non plus tenue de consigner les étapes de la procédure de passation.

Attribution sans publicité ni mise en concurrence préalables

Entre autres cas prévus par les textes, le contrat peut être attribué sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques. Ou bien encore lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue, ou que seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande.

■ Procédure en l'absence de transfert d'un risque économique

Là encore, il est distingué selon que le montant total des produits de l'opération d'aménagement faisant l'objet du contrat est, ou non, égal ou supérieur à un seuil européen ; en l'occurrence celui applicable aux marchés publics de travaux. Celui-ci est désormais publié au I de l'annexe II du code de la commande publique et depuis le 1er janvier 2018, il est de 5 548 000 € HT ; il sera de 5 350 000 € HT à compter du 1er janvier 2020.

Règles applicables à partir du seuil européen

L'article R. 300-11-2 du code de l'urbanisme prévoit que la concession d'aménagement est passée en application des règles prévues :

- Pour l'Etat et ses établissements publics, par la deuxième partie du code de la commande publique, qui réunit les règles applicables aux marchés publics.

- Pour les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, par les articles L. 1414-1 à L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales.

En réalité, dans le second cas, il est également renvoyé au code de la commande publique, puisque c'est ce que prévoit l'article L. 1414-1 du CGCT. L'objet de ce détour par le CGCT est uniquement de rendre expressément applicable aux concessions d'aménagement des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements ses dispositions relatives aux commissions d'appel d'offres (y compris celle selon laquelle tout projet d'avenant à un marché public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres) et aux groupements de commandes.

Pour ces personnes publiques relevant du CGCT, **le choix du titulaire de la concession d'aménagement sera donc effectué par une commission d'appel d'offres**. Toutefois, celle-ci sera élue à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne (en vertu du 6° de l'article R. 300-11-2, qui renvoie à la commission visée à l'article R. 300-9).

Ce renvoi au code de la commande publique s'accompagne de l'exclusion de certaines de ses dispositions : règles relatives à l'allotissement, à l'exécution financière des marchés, à la sous-traitance, aux sous-contrats des marchés de défense et de sécurité, et au contrôle du coût de revient des marchés de l'Etat et de ses établissements publics.

Procédures applicables

La personne publique a le choix entre plusieurs types de procédure :

- **L'appel d'offres**, qui est la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. L'appel d'offres est ouvert lorsque tout opérateur économique intéressé peut soumissionner ; il est restreint lorsque seuls les candidats sélectionnés par l'acheteur sont autorisés à soumissionner.
- **La procédure avec négociation**, qui est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Celle-ci n'est cependant possible que dans les six hypothèses

limitativement énumérées à l'article R. 2124-3 du CCP (ex : présence de prestations de conception, ou encore impossibilité d'attribuer le contrat sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent...).

- **Le dialogue compétitif**, qui est la procédure par laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre. Celui-ci n'est également possible que dans les cas énumérés à l'article R. 2124-3 du CCP.

Déroulement de la procédure

Quelle que soit la procédure mise en œuvre, il existe un certain nombre d'invariants.

La nature et l'étendue des besoins à satisfaire doivent être déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. De même, la durée du marché doit être définie en tenant compte de la nature des prestations.

Les communications et les échanges d'informations effectués dans le cadre de la procédure de passation sont réalisés par voie électronique.

Un **avis de marché**, établi conformément au modèle fixé par le règlement (UE) 2015/1986 de la Commission européenne (un nouveau modèle devrait être applicable à compter du 14 novembre 2022), est publié dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, au Journal officiel de l'Union européenne et dans une publication spécialisée dans les domaines de l'urbanisme, des travaux publics ou de l'immobilier. Cet avis mentionne les conditions de participation relatives aux capacités du candidat, ainsi que les moyens de preuve acceptables.

L'acheteur fixe les délais de réception des candidatures et les délais de réception des offres en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature ou leur offre. Il est également tenu compte de l'éventuelle nécessité d'une visite des lieux. Des délais minimaux sont, en tout état de cause, fixés, pour chaque type de procédure, par le CCP.

Des candidats peuvent être exclus de la procédure de passation soit de plein droit (articles L. 2141-1 à L. 2141-6 du CCP), soit à l'appréciation de l'acheteur (articles L. 2141-7 à L. 2141-11).

Les documents de la consultation sont l'ensemble des documents fournis par l'acheteur ou auxquels il se réfère afin de définir son besoin et de décrire les modalités de la procédure de passation, y compris l'avis d'appel à la concurrence. Les informations fournies doivent être suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et l'étendue du besoin et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

Dans le cas du recours au dialogue compétitif, le programme fonctionnel requis doit au minimum indiquer **les caractéristiques essentielles de la concession d'aménagement, le programme global prévisionnel des équipements et des constructions projetés ainsi que les conditions de mise en œuvre de l'opération**. Mais il paraît logique que ces mêmes informations soient également fournies dans les documents de la consultation dans l'hypothèse où un autre type de procédure serait mis en œuvre.

Après éviction des offres irrégulières, inacceptables, inappropriées ou anormalement basses, le contrat est attribué au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis, liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, qui n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et qui garantissent la possibilité d'une véritable concurrence. **Ces critères d'attribution sont définis et appréciés de manière :**

- À tenir compte du coût global de l'opération au regard de son bilan prévisionnel intégrant la totalité des recettes et des dépenses.
- À prendre en considération le respect des exigences de développement durable exprimées par la personne publique, notamment en matière de qualité architecturale, de performance environnementale, de mixité sociale et de diversité des fonctions urbaines.

Les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation et font l'objet d'une pondération ou, lorsque la **pondération** n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance.

L'acheteur notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre, assortie de divers éléments d'information, et un **délai minimal de onze jours** est respecté entre la date d'envoi de cette notification et la date de signature du contrat (seize jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique). Un **avis d'attribution** est enfin envoyé, dans les trente jours de la signature, pour publication dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne.

Règles applicables en-deçà du seuil européen

Lorsque le montant total des produits de l'opération d'aménagement faisant l'objet du contrat est inférieur au seuil européen applicable aux marchés de travaux, la concession d'aménagement fait l'objet, préalablement à son attribution, d'une publicité et d'une **procédure adaptée** dont les modalités sont fixées par le concédant en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances du lancement de la procédure.

Attribution sans publicité ni mise en concurrence préalables

Une attribution sans publicité ni mise en concurrence préalable est possible dans des cas limitativement énumérés, notamment lorsque les prestations ne peuvent être fournies que par un opérateur économique déterminé du fait de raisons techniques ; ou bien lorsque, dans une procédure d'appel d'offres, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ont été présentées, et pour autant que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées.

■ Concession accordée par l'Etat

Parallèlement à ses dispositions relatives aux concessions transférant un risque économique et à celles ne le transférant pas, le code de l'urbanisme consacre également des dispositions aux concessions d'aménagement accordées par l'Etat. Celles-ci se bornent toutefois à prévoir que lorsque la concession est accordée au nom de l'Etat, elle est

consentie par arrêté conjoint du ministre chargé de l'urbanisme, du ministre de l'intérieur et du ministre de l'économie et des finances, après consultation des collectivités territoriales intéressées (article R. 300-11-9).

Naturellement, cela ne signifie aucunement qu'une concession accordée par l'Etat ne serait soumise à aucune autre forme de procédure. Il est en effet nécessaire de suivre les règles induites par la nature de la concession (concession ou marché, selon qu'elle emporte ou non transfert du risque économique) et son montant.

■ Cas des SPL(A)

Les directives européennes sur les concessions et les marchés publics connaissent la notion de contrat « in house », que le code de la commande publique a transposée sous l'appellation de « quasi-régie ». Les contrats relevant de cette catégorie bénéficient d'un régime particulier et, en France, les sociétés publiques locales (SPL) et les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) ont été créées pour pouvoir en tirer parti.

Notion de quasi-régie

La concession d'aménagement (transférant ou non le risque économique lié à l'opération d'aménagement) n'est soumise qu'à des règles minimales et, en particulier, est dispensée du respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence lorsque :

- La personne attribuant le contrat exerce sur la personne morale avec qui le contrat est conclu un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.
- La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées soit par la personne qui la contrôle, soit par d'autres personnes morales que celle-ci contrôle, soit par cette personne et d'autres personnes morales qu'elle contrôle.
- La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Il en va de même lorsque le contrôle exercé est exercé conjointement avec d'autres personnes également soumises au code de la commande publique et que, dans cette hypothèse, la personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par les personnes qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par ces dernières.

Un contrôle conjoint est, à cet égard, considéré comme exercé sur une personne morale lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- Les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de toutes les personnes participant à l'exercice de ce contrôle, une même personne pouvant représenter plusieurs d'entre elles ou l'ensemble d'entre elles.
- Ces personnes sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée.
- La personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des personnes qui la contrôlent.

En pareille hypothèse, les règles du code de la commande publique qui restent applicables sont relativement peu nombreuses : délais de paiement, motifs de résiliation possibles, règlement amiable des différends (conciliation, médiation, transaction...). Dans le cas des concessions transférant un risque économique et dépassant le seuil européen, il est toutefois nécessaire de publier un avis d'attribution.

SPL et SPLA

Les sociétés publiques locales (article L. 1531-1 du CGCT) et les sociétés publiques locales d'aménagement (articles L. 327-1 et suivants du code de l'urbanisme) revêtent la forme de sociétés anonymes créées par des collectivités territoriales et groupements de collectivités qui détiennent la totalité de leur capital. Elles sont notamment compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement. Il existe également des SPLA d'intérêt national, qui peuvent avoir pour actionnaire supplémentaire l'Etat et/ou l'un de ses établissements publics.

Ces sociétés ont été instituées par la loi pour permettre aux personnes publiques d'attribuer sans mise en concurrence des contrats et, notamment,

des concessions d'aménagement, à des sociétés dédiées à la satisfaction de leurs besoins. En particulier, les SPL(A) ont l'obligation d'exercer leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres (de sorte que la condition précitée tenant à l'exercice d'au moins 80 % de l'activité à des tâches confiées par la ou les personnes exerçant le contrôle est en principe remplie).

Contenu du contrat de concession

A compter de la signature du contrat, les pièces contractuelles sont le contrat de concession et ses éventuelles annexes (cahier des charges, périmètre de l'opération d'aménagement, extraits du dossier de réalisation de la ZAC...). L'offre du soumissionnaire retenu n'est une pièce contractuelle que si le contrat ou une autre pièce contractuelle le prévoit et dans le cas où s'appliquent les règles du code de la commande publique relatives aux marchés, les candidatures et les offres doivent être conservées pendant une période minimale de cinq ans à compter de la date de signature du marché, tandis que les pièces constitutives du marché doivent l'être pendant une durée minimale de dix ans à compter de la fin de l'exécution du marché.

Il convient donc d'énumérer dans l'une des clauses du contrat, et de façon précise, l'ensemble de ses pièces constitutives.

■ *Clauses obligatoires*

En vertu de l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme, le contrat de concession d'aménagement doit obligatoirement comporter certaines stipulations :

- L'objet du contrat.
- Sa durée et les conditions dans lesquelles il peut éventuellement être prorogé ou modifié.
- Les conditions de rachat, de résiliation ou de déchéance par le concédant, ainsi que, éventuellement, les conditions et les modalités d'indemnisation du concessionnaire.
- Lorsque l'autorité concédante est dotée d'un comptable public, et s'il y a lieu, les conditions administratives et techniques auxquelles sont subordonnés l'ordonnancement et le paiement.

Lorsque le concédant décide de participer au coût de l'opération, sous forme d'apport financier ou d'apport en terrains (ou bien lorsque l'opération d'aménagement bénéficie de subventions versées par l'Etat, des collectivités territoriales et leurs groupements ou des établissements publics, et même si le concédant ne participe pas au financement de l'opération), le traité de concession doit en outre préciser, à peine de nullité :

- Les modalités de cette participation financière, qui peut prendre la forme d'apports en nature.
- Le montant total de cette participation et, s'il y a lieu, sa répartition en tranches annuelles.
- Les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le concédant.

Dans l'hypothèse où le concessionnaire serait tenu de verser à l'autorité concédante des droits d'entrée ou des redevances, le contrat devrait obligatoirement justifier leurs montants et leurs modes de calcul. Il convient toutefois d'être prudent quant à de tels versements, certains versements étant notamment exclus.

■ **Clauses interdites**

Le contrat de concession ne peut contenir de clauses par lesquelles le concessionnaire prend à sa charge l'exécution de services, de travaux ou de paiements étrangers à l'objet de la concession. Si cette prohibition ne concerne en principe que les concessions d'aménagement soumises au droit des concessions (c'est-à-dire transférant le risque économique), il paraît néanmoins préférable qu'il en aille de même pour celles soumises au droit des marchés publics.

Ses conditions d'exécution peuvent toutefois prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du contrat de concession.

Par ailleurs, au regard du régime applicable aux concessions d'aménagement et aux ZAC, a été jugée illégale la clause d'un contrat de concession qui prévoyait le remboursement par le concessionnaire d'études préalables et pré-opérationnelles engagées par la commune antérieurement à la concession.

Exécution

■ **Contrôle**

D'une manière générale, une concession d'aménagement constitue un contrat administratif et, à ce titre, la personne publique l'attribuant exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, selon les modalités fixées par le code de la commande publique, des dispositions particulières ou le contrat.

Il convient que le contrat de concession rappelle ce pouvoir de contrôle et en définisse les modalités d'exercice. Plus précisément, en vertu de l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme, il doit, à peine de nullité, énoncer les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le concédant.

À cet effet, lorsque le concédant participe au coût de l'opération d'aménagement, ou lorsque celle-ci bénéficie de subventions, le concessionnaire doit fournir chaque année un compte rendu financier comportant notamment en annexe :

- Le bilan prévisionnel actualisé des activités, objet de la concession, faisant apparaître, d'une part, l'état des réalisations en recettes et en dépenses et, d'autre part, l'estimation des recettes et dépenses restant à réaliser.
- Le plan de trésorerie actualisé faisant apparaître l'échéancier des recettes et des dépenses de l'opération.
- Un tableau des acquisitions et cessions immobilières réalisées pendant la durée de l'exercice.

L'ensemble de ces documents est soumis à l'examen de l'organe délibérant du concédant ou à l'autorité administrative lorsque le concédant est l'Etat. Le concédant a le droit de contrôler les renseignements fournis, ses agents accrédités pouvant se faire présenter toutes pièces de comptabilité nécessaires à leur vérification. Si le concédant est une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, dès la communication de ces documents et, le cas échéant, après les résultats du contrôle diligenté par le concédant, ces documents sont soumis, dans un délai de trois mois, à l'examen de l'organe délibérant, qui se prononce par un vote.

L'apport financier du concédant est approuvé par son organe délibérant ou par l'autorité administrative lorsque celui-ci est l'Etat. Toute révision de cet apport doit faire l'objet d'un avenant au traité

de concession, approuvé par l'organe délibérant du concédant ou par l'autorité administrative lorsque celui-ci est l'Etat.

En cas de subventions versées par l'Etat, des collectivités territoriales et leurs groupements ou des établissements publics, celles-ci doivent faire l'objet d'un accord préalable du concédant. Le concessionnaire doit également rendre compte de l'utilisation des subventions reçues aux personnes publiques qui les ont allouées.

Enfin, en cas de concession, il est en principe fait application de l'article L. 3131-5 du code de la commande publique, qui prévoit que le concessionnaire produit chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession, une analyse de la qualité des ouvrages ou des services et, si ce contrat concède la gestion d'un service public, des éléments relatifs à l'exécution de ce service. Toutefois, compte tenu des obligations spécifiques pesant sur le concessionnaire d'une opération d'aménagement en vertu de l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme, l'article L. 3131-5 du CCP n'est pas applicable aux concessions d'aménagement.

■ **Modification**

La concession d'aménagement peut faire l'objet de modifications. Celles-ci peuvent d'autant plus s'avérer nécessaires que la réalisation d'une opération d'aménagement s'étale en principe sur plusieurs années.

Ces modifications sont toutefois **encadrées**. Ainsi, lorsque la concession a été conclue après mise en concurrence (et qu'elle transfère ou non un risque économique), le contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les cas suivants :

- Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux (ce qui, en principe, est le cas, puisque l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme impose au contrat de préciser les conditions dans lesquelles il peut être modifié).
- Des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires.
- Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues.
- Un nouveau concessionnaire se substitue au concessionnaire initial du contrat de concession.

- Les modifications ne sont pas substantielles.
- Les modifications sont de faible montant.

Ces différents cas sont précisés et encadrés par le code de la commande publique dans sa partie réglementaire. Celui-ci précise ainsi, par exemple, qu'une modification est substantielle, notamment, lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ; ou si elle modifie l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial. Il convient donc de s'y reporter lorsqu'une modification est envisagée. Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou unilatéralement par l'autorité concédante, de telles **modifications ne peuvent en tout état de cause changer la nature globale du contrat de concession**.

Le juge administratif n'a pas encore eu l'occasion d'appliquer ces dispositions à une concession d'aménagement. En revanche, dans le cas d'un contrat de concession portant sur la gestion du service public du stationnement payant sur voirie et sur l'exploitation de sept parcs de stationnement publics, il a jugé que la résiliation partielle de ce contrat, pour retirer au concessionnaire l'exploitation des parcs publics, était en fait une modification du contrat initial et que cette modification était illégale car, d'une part, eu égard à son ampleur, elle en changeait la nature globale et, d'autre part, elle y introduisait des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu attirer davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue (CE 15 novembre 2017, *Commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 409728, points 3 et 20). Le même raisonnement a été suivi, dans le cas d'un contrat de concession portant à la fois sur la construction d'un nouvel aéroport et sur l'exploitation de l'aéroport existant, à propos de l'éventualité d'une modification qui consisterait à retirer du périmètre de la concession l'ensemble des missions relatives à la réalisation de la nouvelle infrastructure et à confier au concessionnaire des missions nouvelles relatives à l'infrastructure déjà exploitée (CE 26 avril 2018, assemblée générale, avis n° 394398 « *relatif à diverses questions de droit des concessions* »).

On peut imaginer, dans le cas d'une concession d'aménagement portant sur la réhabilitation de 400 logements et sur la construction de 400 nouveaux logements, que la modification qui viendrait finalement retirer au concessionnaire l'une ou l'autre de ces missions pourrait encourir les mêmes critiques. En pratique, les modifications sont toutefois souvent moins exagérées et l'appréciation de leur légalité peut donc être délicate.

Dans les hypothèses de modification du contrat liées à des travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires ou à des modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévues, il faut par ailleurs publier, au Journal officiel de l'Union européenne, un avis de modification établi conformément au modèle fixé par l'annexe XVII du règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission européenne du 11 novembre 2015.

Enfin, dans le cas d'une opération réalisée sous forme de ZAC, il conviendra en outre de veiller à l'articulation entre la modification du contrat de concession et la modification des documents de la ZAC (cette dernière étant soumise à son propre régime).

■ **Contrats du concessionnaire**

Lorsque le concessionnaire n'est pas soumis au code de la commande publique, les contrats d'études, de maîtrise d'œuvre et de travaux conclus par lui pour l'exécution de la concession sont soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence dont il détermine librement les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

Il informe le concédant, dans un délai de trente jours à compter de la conclusion des contrats ainsi conclus, du nom du titulaire ainsi que du montant du contrat.

■ **Fin de la concession**

Résiliation

Indépendamment de la fin du contrat à la date d'expiration de la durée stipulée, la personne publique l'ayant attribué peut le résilier dans les cas suivants :

- Pour **motif d'intérêt général**, le cocontractant ayant alors droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat.
- En cas de **faute** d'une gravité suffisante du cocontractant.
- En cas de **force majeure**.
- Lorsque le cocontractant est, au cours de l'exécution du contrat, placé dans l'un des **cas d'exclusion de plein droit**, sauf le redressement judiciaire et à condition que le cocontractant ait informé sans délai la personne publique de son changement de situation.
- Lorsque l'exécution du contrat **ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues en la matière par le code de la commande publique**.
- Lorsque le contrat n'aurait pas dû être attribué à un opérateur économique en raison d'un **manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne en matière de marchés ou de contrats de concession** qui a été reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de la procédure prévue à l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Par ailleurs, dans le cas d'une concession transférant le risque économique, la résiliation peut ouvrir au concessionnaire un droit à l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens, à titre gratuit, dans le patrimoine de la personne publique s'ils n'ont pas été totalement amortis, dans des conditions précisées par le code de la commande publique.

Sort des biens

Eu égard à la nature des missions susceptibles d'être confiées au concessionnaire d'une opération d'aménagement, il convient de déterminer précisément, dans le contrat, le sort des biens réalisés ou acquis par celui-ci en cas de fin du contrat, notamment en cas de fin anticipée et notamment en ce qui concerne les inventus. Il convient d'être attentif aux conditions selon lesquelles les inventus pourront être repris, puisque cela peut influencer sur la nature du contrat et donc sa procédure de passation.

Intérêts et points de vigilance

Intérêts

La concession d'aménagement présente, pour les personnes publiques prenant l'initiative d'une opération d'aménagement, l'intérêt d'en **confier de manière globale la réalisation à une unique personne, à charge pour elle de la mener à terme**. Cela permet à la collectivité qui ne dispose pas des compétences, des moyens humains et financiers suffisants pour réaliser l'opération en régie directe de confier celle-ci à un organisme extérieur.

Dans le cas où le contrat lui transfère en outre le risque économique lié à l'opération, la personne publique peut, dans une certaine mesure, se prémunir des aléas inhérents à toute opération s'inscrivant dans la durée. Ce contrat s'accompagne par ailleurs d'un régime de contrôle, notamment financier, relativement détaillé.

Points de vigilance

En la matière, il convient de veiller à :

- Correctement déterminer la nature du contrat (marché public ou concession) au regard de l'existence, notamment en ce qui concerne les moyens et garanties apportés par la personne publique, du transfert ou non d'un risque économique.
- Dans le cas d'une concession transférant le risque économique, de définir l'ensemble de la procédure de passation applicable, les textes n'énonçant qu'un socle « minimal » de règles.
- Dans le cas d'une concession transférant le risque économique, à choisir la procédure de passation la plus adaptée et, en cas de recours à la procédure avec négociation ou au dialogue compétitif, de s'assurer qu'il peut y être recouru.
- De stipuler l'ensemble des clauses requises et, en particulier, de définir précisément les modalités de contrôle de la personne publique, celles d'évolution du contrat et les conséquences de son expiration.
- En cas de ZAC, de veiller à l'articulation entre le régime de la ZAC et celui de la concession d'aménagement.

Textes de référence

- Code de l'urbanisme
- Code de la commande publique
- Code général des collectivités territoriales

Pour aller plus loin ●●●

Site outils de l'aménagement :

<http://outil2amenagement.cerema.fr>

Rubrique aménagement opérationnel :

<http://outil2amenagement.cerema.fr/amenagement-operationnel-r2.html>

Rédacteurs ●●●

Philippe Proot, Adden avocats pour le Cerema

Contacts ●●●

Cerema Territoires et Ville :

<http://outil2amenagement.cerema.fr/contact-a642.html>

Sarah Olei, Raphaèle Ratto, Guillaume Fauvet

Aménagement opérationnel - Raphaèle Ratto

Maquettage

www.laurentmathieu.fr

Date de publication

Juin 2020

© 2020 - Cerema

La reproduction totale ou partielle du document doit être soumise à l'accord préalable du Cerema.

Commander ou télécharger nos ouvrages sur
www.cerema.fr

Aménagement et cohésion des territoires - Ville et stratégies urbaines - Transition énergétique et climat - Environnement et ressources naturelles - Prévention des risques - Bien-être et réduction des nuisances - Mobilité et transport - Infrastructures de transport - Habitat et bâtiment