

Le recours au contrat de concession pour la réalisation et la gestion des équipements

Permettant la recherche de performances et la responsabilisation du cocontractant, le contrat de concession constitue un bon outil, au demeurant librement utilisable, pour les autorités publiques souhaitant confier l'exploitation voire la construction d'équipements, de toutes natures. La qualité de l'outil dépend cependant de la manière de l'utiliser et de la capacité de l'autorité concédante à bien anticiper les risques inhérents à ce montage.

La réalisation et la gestion d'équipements, de toutes natures (sportif, culturel, tertiaire, etc.), peuvent être assurées dans le cadre de contrats de la commande publique divers. Ils peuvent l'être dans le cadre de marchés publics classiques ou globaux. Classiques lorsque le responsable de l'équipement décide de conclure des marchés distincts nécessaires à sa réalisation et à son exploitation technique (exploitation-maintenance, nettoyage, etc.) et commerciale (gestion de billetterie, promotion / publicité, etc.). Globaux lorsque, dans les conditions prévues par le Code de la commande publique (CCP), le porteur du projet entend confier la réalisation et l'exploitation-maintenance de l'équipement, voire sa conception, dans le cadre d'un marché global de performance ou d'un marché de partenariat. Mais ils peuvent également l'être dans le cadre d'une concession.

Le droit des concessions a été profondément remanié par la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, à sa suite, par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatifs aux contrats de concession et, enfin, par le Code de la commande publique. La notion de concession englobe désormais l'ensemble des modes de gestion déléguée. La concession est de travaux ou de services. Lorsqu'elle est de services, elle peut porter sur un service public (il s'agit alors d'une concession de service public). Surtout, elle regroupe les différentes catégories de contrat de gestion déléguée connues en droit français et, principalement, l'affermage et... la concession. Dans son acception actuelle, la concession peut donc porter sur la réalisation et l'exploitation, ou sur la seule exploitation, d'un équipement, support d'un service, public ou non.

Auteur

Romain Lauret

Avocat associé
SELARL Symchowicz-Weissberg & Associés

Mots clés

Concession • Équipements • Transfert de risques • Maîtrise des risques

Dans ce contexte général, il apparaît que le recours à la concession pour la réalisation et l'exploitation d'équipements relève davantage des circonstances et de considérations d'opportunité que de considérations purement juridiques, ce modèle présentant de nombreux avantages pour peu que l'autorité concédante anticipe bien les risques inhérents à ce montage.

Le libre recours à la concession

Contrat de droit commun, la concession est librement utilisable par les autorités publiques. En revanche, la qualification de concession implique le respect de certaines conditions, déjà bien ancrées dans le paysage juridique.

Un contrat de droit commun

À la différence de contrats « dérogoires » auxquels il n'est possible de recourir que si certaines conditions sont réunies (en particulier le marché de partenariat), les autorités publiques peuvent librement recourir au contrat de concession pour réaliser et/ou gérer / exploiter un équipement.

Le recours au marché de partenariat s'apparentant désormais à un chemin de croix, l'alternative dont disposent les porteurs de projet ou gestionnaire d'équipement peut se résumer ainsi : marché public ou concession. Le choix entre ces deux modes de gestion n'est pas directement contraint par le droit. Avant comme après l'entrée en vigueur du nouveau droit des concessions, le choix du mode de gestion d'un équipement est libre. C'est ce que juge de longue date le Conseil d'État⁽¹⁾. Et c'est ce qui est désormais rappelé tant dans la directive 2014/23/UE (considérant 5 et article 2) qui reconnaît « le principe de libre administration » des personnes publiques dans le choix « du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la prestation de services » qu'à l'article L. 1 du CCP.

Le recours à la concession n'implique donc pas de démonstration juridique particulière ; ce qui permet d'ailleurs de rappeler que la délibération sur le principe du recours à la gestion déléguée, obligatoire pour les collectivités territoriales souhaitant concéder la gestion d'un service public, n'a pas pour objet de justifier le recours à la concession, mais de l'expliquer.

La condition de la rémunération

En réalité, la possibilité de recourir au contrat de concession pour la réalisation et/ou la gestion d'un équipement dépend surtout de la compatibilité du modèle économique de l'exploitation avec la concession. Synthétisant plusieurs décennies d'évolutions jurisprudentielles, l'article L. 1121-1 du CCP définit le contrat de concession comme le « contrat par lequel une ou plusieurs auto-

rités 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 ».

Ainsi, par définition (ou alors il faut revoir la qualification du contrat), le concessionnaire est rémunéré au moins partiellement par le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service ; ce qui renvoie le plus souvent (mais pas exclusivement⁽²⁾) à une rémunération sur l'usager, par la perception de redevances. Par conséquent, seuls les équipements permettant une telle rémunération par l'exploitation ou en lien avec l'exploitation, principalement sur l'usager, peuvent donner lieu à la conclusion d'un contrat de concession. C'est notamment la raison pour laquelle l'exploitation d'un établissement pénitentiaire, d'un commissariat, d'une caserne (gendarmerie, pompiers, etc.), d'une cité administrative ou encore d'une juridiction ne pourrait pas être assurée dans le cadre d'une concession.

En définitive, il n'y a pas de condition pour recourir à une concession ; mais des conditions à respecter pour que la concession ne soit pas requalifiée en un autre contrat, de la commande publique (marché public) ou non (convention domaniale par exemple).

Des avantages à saisir

Si, pour certains services jugés essentiels (l'eau en particulier), un phénomène de retour en régie de la gestion peut être constaté, le recours à la concession pour la gestion voire la réalisation d'équipements reste fréquent. Ce qui résulte de la combinaison de plusieurs facteurs qu'il faut savoir exploiter.

Un contrat responsabilisant

Le premier atout qui vient à l'esprit lorsqu'est évoquée la concession est le transfert du risque au concessionnaire. À la différence du marché public dans lequel il est schématiquement admis que le risque est supporté par le maître d'ouvrage et du marché de partenariat dans lequel le risque est partagé, la concession est le contrat permettant à l'autorité concédante de transférer le risque au concessionnaire.

C'est le cas lorsqu'il s'agit de concevoir et de réaliser un équipement ou de le réhabiliter. Le concessionnaire doit assumer le risque industriel comprenant le risque inhérent à la conception-construction de l'équipement mais également le risque de son bon fonctionnement sur la durée du contrat (ce qui n'est pas incompatible avec l'idée que certains risques, sur lesquels le concession-

[1] CE 18 mars 1988, Loupias, req. n° 57893 ; CE 27 janvier 2011, Commune de Ramatuelle, req. n° 338285.

[2] CE 28 juin 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier, req. n° 288459 ; CE 7 novembre 2008, Département de la Vendée, req. n° 291794.

naire n'a pas de prise, puissent être pris en charge, au moins partiellement, par l'autorité concédante). C'est, en effet, le propre d'un contrat dont le titulaire est un professionnel averti du secteur, chargé de la maîtrise d'ouvrage du projet. Au-delà, le concessionnaire – même lorsqu'il n'est chargé que de l'exploitation technique et commerciale de l'équipement – doit également assumer un risque lié à cette exploitation. Cela porte sur les travaux de renouvellement ou réparations incorrectement anticipés ; mais également sur l'ensemble des risques liés à l'exploitation commerciale comme le risque de fréquentation, de disponibilité et d'utilisation de l'équipement.

Ce transfert de risque est souvent conçu comme un élément déclenchant pour l'autorité concédante qui y voit un moyen de reporter la charge sur un tiers, à moindre coût. Mais, plutôt que le risque pour le risque, qui n'a pas beaucoup de sens, c'est surtout la responsabilisation inhérente au risque qui devrait être mise en avant ; bénéfique en termes de qualité de l'ouvrage, sur la durée, et de qualité de l'exploitation au service des usagers.

Le contrat de concession constitue, en effet, un bon outil au service de la performance, tant dans la conception-construction que dans l'exploitation de l'équipement. Cette intégration de la logique performancielle est particulièrement forte lorsque le contrat de concession porte sur la conception et la réalisation de l'équipement. Cela tient principalement à l'association, au sein du concessionnaire, maître d'ouvrage du projet, du concepteur-constructeur et de l'exploitant ; qui peut présenter un double intérêt.

Cette association, déjà matérialisée dans le cadre de la procédure négociée – qui constitue la procédure de principe pour l'attribution des concessions –, doit permettre tant à l'autorité concédante qu'au concessionnaire de concevoir et de réaliser un équipement adapté à l'exploitation technique et commerciale que le concessionnaire envisage. En ce sens, un exploitant souhaitant proposer une offre variée de spectacles au sein d'un équipement doit en tenir compte dans le projet qu'il conçoit. Ce constat est également vrai, par exemple, pour la performance environnementale de l'équipement (on pense en particulier aux certifications environnementales), sur lesquels le concessionnaire est plus enclin à s'engager lorsqu'il maîtrise la conception et la construction de l'équipement (et ce qui est donc moins vrai lorsqu'il exploite un équipement déjà en service).

Mais cette association du concepteur-constructeur et de l'exploitant doit aussi permettre, plus spécifiquement au bénéfice de l'autorité concédante, de tirer profit de l'émulation interne au concessionnaire. C'est un véritable levier pour l'autorité concédante, qui doit pouvoir compter sur l'exploitant-mainteneur de l'équipement, en risque sur ses prestations, pour s'assurer du parfait respect de ses obligations par le concepteur-constructeur, nécessaire à la bonne performance de l'équipement sur la durée. De la même manière, et sauf lorsque la durée d'exploitation est figée (indépendamment de la durée de la conception-construction), la nécessité de débiter rapidement l'exploitation afin de préserver

la durée d'exploitation constitue une incitation forte au respect du calendrier de l'opération. En définitive, la défense par chaque entité formant le concessionnaire de ses intérêts – si elle peut évidemment avoir des inconvénients – est, bien souvent, plus efficace que n'importe quelle mesure incitative ou punitive à disposition de l'autorité concédante.

Enfin, le mode de rémunération du concessionnaire constitue, en soi, une incitation à la bonne exploitation de l'équipement, y compris lorsque seule l'exploitation d'un équipement existant lui est confiée. Le risque commercial qu'il supporte doit l'inciter à mettre en place des actions en faveur d'un service de qualité, nécessaire à une fréquentation optimale sur la durée de la concession. C'est d'ailleurs, à notre sens, d'autant plus vrai s'agissant des équipements qui, en règle générale, ne permettent pas d'offrir des services captifs comme en matière d'eau ou d'assainissement.

Un contrat au service d'une bonne gestion

La concession constitue également, pour peu qu'il soit bien utilisé, un bon outil de gestion au service des personnes publiques.

Elle l'est d'abord si l'on veut bien considérer qu'elle ne constitue pas un moyen de se déresponsabiliser et de se désintéresser du projet ou de la gestion de l'équipement. La concession est un outil de commande publique et, à cet égard, la responsabilité de l'autorité concédante demeure intacte. De nombreux paramètres peuvent rester sous contrôle de l'autorité concédante. Cela vaut lorsqu'elle établit le programme de l'opération, dans lequel des attentes minimales, non-négociables, peuvent être exprimées. Cela peut également se traduire, selon les attentes, par une conservation, plus ou moins étendue, de la maîtrise de la politique tarifaire (tant dans la décomposition de la grille que, le cas échéant, la fixation des tarifs). Enfin, le contrat de concession permet, au même titre d'autres contrats globaux, de sanctuariser les dépenses d'entretien-maintenance et de gros entretien – renouvellement (GER) sur la durée, évitant que ces dépenses ne servent de variable d'ajustement au détriment d'une bonne politique de gestion patrimoniale.

Elle est ensuite un bon outil de gestion en ce qu'elle est compatible avec les réponses devant être apportés aux enjeux de raréfaction des ressources publiques et de recherche de synergies entre acteurs publics et donc de mutualisation. La construction d'équipements n'échappe pas à cette règle, la concession étant compatible avec cette mutualisation. Certes, la construction et l'exploitation d'un équipement ne semble pas, pour plusieurs raisons, tenant notamment au régime de propriété, pouvoir s'inscrire dans le cadre d'un groupement d'autorités concédantes. En revanche, la mise en place de formes institutionnalisées (par exemple un groupement d'intérêt public) ou non institutionnalisées (coopération horizontale de type public-public) peut servir à la réalisation et l'exploitation d'équipements mutualisés, à usages partagés (dans des conditions définies par des accords spécifiques entre utilisateurs et rendus opposables au concessionnaire). De telles mutualisations

peuvent ainsi, à titre d'illustration, être envisagées en matière d'équipements sportifs (patinoire, piscine, complexe sportif).

En outre, les financements qu'elle permet contribuent à faire de la concession un bon outil de gestion. Au-delà des dispositifs de subventionnement susceptibles d'être mis en place (tant dans le cadre d'une contribution à l'investissement qu'en phase d'exploitation, dans le respect de la réglementation applicable, notamment celle relative aux aides d'État ou au financement des services publics à caractère industriel et commercial), la concession constitue aujourd'hui le seul contrat auquel il est possible de recourir librement dans lequel un préfinancement privé ainsi que des techniques de financement de projet peuvent être mis en place. Le concessionnaire à qui est confiée la réalisation d'un équipement ou de travaux importants de réhabilitation peut ainsi être chargé du financement de ces dépenses d'investissement ; ce financement pouvant mobiliser plusieurs dispositifs : octroi de droits réels sur les ouvrages et équipements réalisés par le concessionnaire⁽³⁾, propriété sur certains ouvrages réalisés sur des parcelles n'appartenant pas à une personne publique⁽⁴⁾, garanties de type de cession de créances cédée-acceptée (dite cession « Dailly ») sur des financements publics voire une partie des éventuelles indemnités de fin, anticipée ou non, de contrat, organisation de la divisibilité des clauses indemnitaires en cas d'annulation ou de résiliation de la concession par le juge⁽⁵⁾.

Enfin, malgré le mouvement de reprise en régie de certains services, il n'est pas interdit de considérer (sans basculer dans l'angélisme) que le recours à la gestion déléguée, dans un cadre responsabilisant, au terme d'une procédure de mise en concurrence basée sur les négociations, permet de disposer des capacités et de l'ingénierie de professionnels (dont ne disposent pas, ou pas dans les mêmes proportions, les autorités concédantes), en vue de la prestation d'un service de qualité.

Des risques à maîtriser

Si le contrat de concession présente de nombreux avantages, certains risques inhérents à cette forme contractuelle doivent être anticipés pour mieux les maîtriser.

La gestion active du contrat

Transférant la maîtrise d'ouvrage au concessionnaire et lui demandant d'assumer les risques liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, le contrat de concession peut être vu comme un dessaisissement ou un désintéressement de l'autorité concédante. Moins prégnant en matière de gestion d'équipement, ce risque doit néanmoins être pris en compte.

On l'a dit, le contrat de concession est un contrat de la commande publique, dont l'objet est de satisfaire un besoin de l'autorité concédante, qui demeure responsable de l'équipement et des activités qui y sont mises en place. S'il ne s'agit pas de se substituer au concessionnaire dans son exploitation, ce qui est contraire à l'idée même de concession et ce qui pourrait, *in fine*, se retourner contre l'autorité concédante (on pense par exemple à un concessionnaire qui solliciterait la prise en charge de pertes au motif que des activités lui ont été imposées en cours d'exploitation), il est indispensable de mettre en place des outils de suivi et de contrôle de l'activité du concessionnaire. C'est d'autant plus nécessaire que la logique performancielle de ces contrats implique un contrôle des indicateurs contractuels mis en place et donc une remontée d'informations.

Dans le même ordre d'idées, et particulièrement pour les équipements, le transfert de la maîtrise d'ouvrage et du risque d'exploitation au concessionnaire ne doit pas se traduire par un désintérêt au stade de la livraison de l'équipement (en cas de construction ou de réhabilitation importante) ou des travaux les plus importants. S'il est certain que les opérations de réception sont placées sous la responsabilité du concessionnaire, maître d'ouvrage, l'autorité concédante ne peut pas faire l'économie du suivi des travaux et de l'organisation d'une procédure d'acceptation de l'ouvrage (parallèle aux opérations de réception). Cette procédure doit permettre de vérifier la conformité de l'équipement aux engagements pris par le concessionnaire (équipement dont il faut rappeler qu'il est un bien de retour).

Il est également nécessaire de bien encadrer les modalités de réexamen du contrat, autrement appelées « clauses de revoyure ». Bien souvent, l'attention prêtée à ce dispositif contractuel est exagérée ; en particulier parce qu'elles ne sont pas automatiques (la survenance d'un cas de réexamen n'ouvrant pas de « droit » à la signature d'un avenant) et parce qu'elles ne remplissent, le plus souvent, pas les conditions posées par le 1° de l'article L. 3135-1 du CCP (portant sur les modifications « prévues dans les documents contractuels initiaux » et qui peuvent être décidées sans limite). Pour autant, et c'est sans doute leur objet principal, ces clauses de réexamen permettent au concessionnaire de faire apparaître les limites de ce qu'il considère être le risque « normal » qu'il peut assumer et au-delà duquel il serait légitime, dans le cadre d'une relation contractuelle loyale, de s'interroger sur les raisons d'un déséquilibre et les éventuelles corrections qui pourraient être apportées.

Pour toutes ces raisons, il est important de chercher à limiter le nombre de cas susceptibles d'ouvrir les discussions. D'abord, en communiquant toutes les informations utiles à l'élaboration de l'offre. Cela concerne notamment, lorsqu'il s'agit de construire, l'état des terrains (pollution, qualité des sols et des sous-sols, etc.) et lorsqu'il s'agit de renouveler l'exploitation, les données existantes du service (fréquentation, abonnements, etc.) et un état (technique) de l'équipement. Ensuite, en refusant, autant que faire se peut, d'insérer au contrat des cas de réexamen portant sur l'évolution

(3) CCP, art. L. 3132-2.

(4) CCP, art. L. 3132-5.

(5) CCP, art. L. 3136-7 et s.

de paramètres maîtrisés ou maîtrisables par le concessionnaire (comme son niveau de charges par exemple). À titre d'illustration, les cas de réexamen portant sur une baisse de fréquentation doivent être limités au maximum : à la fois parce que cela porte sur l'un des risques principaux du concessionnaire mais aussi parce que, bien souvent, sa mise en œuvre dépend des hypothèses prises par le concessionnaire dans son compte d'exploitation prévisionnel (que les concessionnaires sont parfois incités à optimiser en vue d'obtenir l'attribution du contrat).

La durée du contrat

Un des premiers risques tient à la durée, parfois longue, des contrats de concession. Un contrat de longue durée n'est, en soi, pas un problème. C'est la capacité à gérer cette durée et à anticiper la fin du contrat qui peut l'être.

Cette durée peut d'abord être vue comme un frein à l'adaptabilité et à la mutabilité des activités proposées au sein de l'équipement. Des équipements adaptés aux besoins actuels ne le sont plus forcément dix voire vingt ans plus tard de sorte que l'attractivité d'un équipement pourrait baisser avec le temps. Il convient donc, au stade de la préparation et de la négociation du contrat, de mettre en place des dispositifs permettant d'anticiper ces évolutions et de se donner les moyens, sur la durée du contrat, d'offrir un service adapté aux nouvelles circonstances. Il en va, au demeurant, de l'intérêt de tous et notamment du concessionnaire, la fréquentation d'un équipement dépendant avant tout de son attractivité. L'anticiper doit permettre de l'intégrer à l'économie contractuelle et d'éviter, là encore, un réexamen du contrat.

La durée du contrat doit également inviter à anticiper la fin du contrat. Il y a bien évidemment des enjeux relatifs aux conditions de poursuite de l'exploitation (ce qui renvoie, notamment, à la gestion des baux ou droits

réels consentis par le concessionnaire pour une durée excédant la durée de la concession^[6]). Mais, en matière d'équipement, l'enjeu nous semble surtout porter sur la capacité à reprendre possession d'un outil en bon état de fonctionnement. C'est un véritable enjeu, qui implique un suivi régulier de la bonne exécution de ses obligations d'entretien-maintenance et de GER par le concessionnaire, et la mise en place de dispositifs contractuels permettant, le cas échéant, une remise à niveau de l'équipement. Il est ainsi courant d'intégrer dans les contrats de concession des clauses de rendez-vous quelques mois ou quelques années avant le terme normal du contrat pour s'accorder, si nécessaire, sur la définition et la réalisation d'un programme de remise en état, accompagné d'une sûreté, dont le respect est contrôlé au terme du contrat.

À cet égard, une attention particulière doit également être portée sur la gestion des provisions constituées par le concessionnaire sur la durée du contrat (dans le cadre d'un compte de provision ou d'un compte GER). Ces provisions, qui servent en règle générale au financement des dépenses de GER, et qui n'ont pas été utilisées, doivent, en principe, revenir à l'autorité concédante en fin de contrat^[7]. En sens inverse, il est également admis que le solde négatif du compte de provisions reste à la charge du concessionnaire, responsable d'une mauvaise estimation de ces dépenses. Pour autant, et si elles le jugent pertinent, les parties peuvent déroger à une telle règle, en particulier pour tenir compte, dans l'hypothèse d'une fin anticipée du contrat dont l'origine est extérieure au concessionnaire, de l'engagement anticipé (par rapport aux dates théoriques retenues dans le programme de travaux) de dépenses de GER.

[6] CCP, art. L. 3132-3.

[7] CE 18 octobre 2018, Société Électricité de Tahiti, req. n° 420097.