

Université des Sciences Sociales Toulouse 1
Faculté de Droit

Rapport du stage effectué dans le cadre du Master II Droit des Collectivités
Territoriales

Dirigé par le Professeur François SABIANI

Stage réalisé au sein du cabinet d'avocats de Maître André THALAMAS,
Avocat au barreau de Toulouse.

Eva FOLIE

Année Universitaire 2008-2009

Stage accompli du 1^{er} Avril au 31 Mai 2009

**Les problèmes actuels rencontrés par
les collectivités territoriales lors de la
passation des contrats de concession
d'aménagement**

REMERCIEMENTS

Je remercie sincèrement Maître Agnès PRADO, Maître Aurélie LACLAU, Maître Benoît MAYLIE et Maître André THALAMAS de m'avoir si bien accueillie au sein de leur équipe et d'avoir bien voulu partager et mettre à ma disposition leur Savoir et leur Savoir faire en droit public.

Je remercie particulièrement Maître André THALAMAS de m'avoir accordé sa confiance tout au long de mon stage et de m'avoir permis de participer à l'ensemble des missions dont il était en charge.

Enfin, je remercie mon Professeur, Monsieur François SABIANI de m'avoir écouté et guidé dans l'élaboration de mon rapport de stage.

TABLE DES MATIERES

Introduction

a. Présentation du cabinet	p.1
b. Travaux accomplis au cours du stage	p.2
c. Choix du thème objet du rapport de stage	p.4

Chapitre 1 : La notion de concession d'aménagement

Paragraphe 1 : Identification de la concession d'aménagement	p.9
a. Origine de la concession d'aménagement	p.9
b. Objet de la concession d'aménagement	p.11
c. Les différentes missions du concessionnaire	p.12
Paragraphe 2 : La nature juridique des concessions d'aménagement	p.14
a. La concession d'aménagement confrontée au droit communautaire	p.16
b. La concession d'aménagement confrontée au droit interne	p.19

Chapitre 2 : Les règles de publicité et de mise en concurrence ...p.22

Paragraphe 1 : Les modalités de publicité préalable	p.24
a. Les modalités de publicité nationale	p.24
b. Les modalités de publicité européenne	p.25
Paragraphe 2 : Les modalités de mise en concurrence	p.27
a. Les modalités de mise en concurrence relatives aux candidatures et aux offres des soumissionnaires	p.27
b. Les modalités de mise en concurrence relatives au choix du concessionnaire	p.28
d. Les modalités de mise en concurrence relatives à l'attribution des concessions d'aménagement.....	p.30
Paragraphe 3 : La procédure simplifiée	p.31
Paragraphe 4 : le régime dérogatoire pour les concessions d'aménagement « in house »	p.32

Chapitre 3 : Les sanctions des règles de passation

SECTION 1: Les recours classiques contre le contrat de concession d'aménagement

Paragraphe 1 : Le déféré préfectoral	p.37
Paragraphe 2 : La déclaration de nullité sur recours d'une des parties au contrat	p.38
a. Les personnes pouvant invoquer la nullité du contrat	p.39
b. Le caractère de la nullité invoquée	p.40
Paragraphe 3 : Le recours direct du candidat évincé	p.41
a. Un nouveau recours	p.41
b. Un recours de plein contentieux	p.43

SECTION 2 : Les recours introduits par l'Ordonnance du 7 mai 2009

Paragraphe 1 : Le référé précontractuel	p.45
a. La procédure de référé précontractuel	p.45
b. Les contrats pouvant faire l'objet d'un recours en référé précontractuel	p.47
1. Le référé précontractuel selon l'ancien article L.551-1 du code de justice administrative	p.47
2. Le référé précontractuel instauré par l'Ordonnance du 7 mai 2009 ...	p.49
Paragraphe 2 : Le référé contractuel	p.51
a. Le champ d'application razione materiae	p.52
b. Le champ d'application razione personae	p.53
1. Les recours ouverts aux candidats évincés	p.54
2. Les recours ouverts au Préfet	p.55

Chapitre 4 : Le nouveau régime juridique des concessions d'aménagement

Paragraphe 1 : La procédure relative aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des concessions	p.57
--	------

Paragraphe 2 : La procédure relative aux concessions d'aménagement
soumises au droit communautaire des marchésp.58

Paragraphe 3 : La procédure relative aux autres concessionsp.59

INTRODUCTION

1) Présentation du cabinet :

J'ai effectué mon stage de fin d'études au sein du cabinet d'avocats de Maître André THALAMAS, situé 30 Rue du Languedoc à Toulouse.

Le cabinet, comme son nom l'indique, fonctionne sous la houlette de Maître André THALAMAS, avocat au barreau de Toulouse et membre du conseil de l'Ordre, qui est entouré de trois collaborateurs : Maître Agnès PRADO, Maître Aurélie LACLAU et Maître Benoît MAYLIE.

Ces avocats officient principalement dans de nombreux domaines du droit public, comme, par exemple, en droit de l'urbanisme, des contrats publics, de la fonction publique et des étrangers et quelque peu en droit privé.

Chaque avocat connaît des affaires relevant de divers domaines du droit public, bien que chacun d'entre eux intervienne principalement dans des domaines bien précis :

- Maître Agnès PRADO connaît des affaires relevant du droit des étrangers, du droit de la nationalité et du droit de la fonction publique.
- Maître Aurélie LACLAU intervient en droit administratif général, en droit de l'urbanisme et en droit de la fonction publique.
- Maître Benoît MAYLIE exerce principalement dans le domaine du droit des contrats, du droit des affaires et du droit de la responsabilité.

- Quant à Maître André THALAMAS, bien que spécialiste en droit de l'urbanisme, il a une compétence générale en droit public et connaît de toutes les affaires du cabinet.

Le cabinet d'avocats André THALAMAS partage ses locaux avec d'autres avocats :

- la SEARL Ludovic RIVIERE, composée de trois avocats : Maître Ludovic RIVIERE, Maître Marie-Frédérique FOURNIER-RIVIERE et Maître Vanessa THEPOT, collaboratrice. La SEARL RIVIERE traite d'affaires relevant du droit privé mais aussi du droit public, principalement, du droit de la famille, du travail, du pénal international, du commercial du civil, des étrangers, et de l'administratif général.
- Maître Sacha BRIANT qui, quant à lui, exerce seul et consacre une part de son activité à la formation des élus. Il connaît également du contentieux général des collectivités locales, de l'agrément d'adoption, de la fonction publique et de l'intercommunalité.

Les atouts de ce regroupement sont alors certains car ces avocats profitent de leurs compétences respectives et s'entraident dans l'ensemble des démarches quotidiennes.

2) Travaux accomplis au cours du stage :

Au cours de mon stage, j'ai eu la chance de pouvoir participer aux divers missions qu'un avocat est amené à accomplir dans l'exercice de ses fonctions, ce qui m'a permis d'avoir une idée concrète de ce qu'est le métier d'avocat.

En effet, à plusieurs reprises, j'ai pu me rendre aux audiences du Tribunal Administratif de Toulouse dans le cadre de procédures de référé comme dans le cadre de procédures de plein contentieux.

Je me suis également rendue au Tribunal de Grande Instance de Toulouse avec Maître Agnès Prado dans le cadre des « permanences JLD (Juge des Libertés

et de la Détention) » au cours desquelles le travail de l'avocat consiste à vérifier si l'arrestation et la mise en détention d'étrangers dans les centres de rétention administratifs (CRA) ont été faites de manière régulière.

De plus, j'ai eu le privilège d'assister à un rendez-vous avec un client et Maître THALAMAS au sujet d'un dossier que j'avais traité.

Toutefois, la part essentielle de mon travail aura consisté en des recherches doctrinales et jurisprudentielles afin, tout d'abord, de connaître le droit et l'état du droit applicable au cas d'espèce, mais aussi d'identifier les diverses opinions des juristes sur des questions précises et parfois non traitées par les textes.

En effet, j'ai effectué de nombreuses recherches afin de traiter les dossiers que m'avaient confiés les avocats du cabinet André THALAMAS.

Il m'était alors demandé, dans certain cas, de répondre à des questions qui leur avaient été posées, comme par exemple, si il était possible qu'une commission d'appel d'offre pose des questions complémentaires aux candidats ayant soumissionné au marché public en question.

Dans d'autres cas, j'avais pour mission de rédiger des notes de synthèse au sujet d'un dossier, dans lesquelles je précisais quelles étaient les différentes directions qui nous étaient ouvertes (possibilité de référé et si oui quel référé ou alors possibilité de plein contentieux de l'annulation du contrat, de la responsabilité, de l'enrichissement sans cause...) et à quoi nous pouvions espérer aboutir en signalant également qu'elle était, à mon avis, la solution la plus opportune pour le client.

Enfin, j'ai été amené à participer à la rédaction d'un mémoire en défense ainsi qu'à la rédaction d'un mémoire en réclamation.

3) Choix du thème objet du rapport de stage :

Au cours de mon stage, un dossier concernant la passation d'une concession d'aménagement a plus particulièrement attiré mon attention du fait de sa complexité et de toute l'actualité juridique des questions qui se posent sur cette catégorie de contrat administratif.

Dans cette affaire, il est question d'une procédure de publicité et de mise en concurrence lancé par la Commune X concernant la passation d'une concession d'aménagement d'une zone commerciale.

Plusieurs candidats ont alors soumissionné et la Société Y a obtenu la concession d'aménagement.

Cependant, la société Z, candidat évincé de la procédure, par une requête en référé précontractuel auprès du Tribunal administratif de Toulouse, a sollicité l'annulation de ladite concession d'aménagement au motif que, conformément aux dispositions de l'article R. 300-5 du code de l'urbanisme, le montant total des travaux nécessaires à la réalisation des équipements étant supérieur à 5.270.000 € HT, la commune était tenue de publier un avis au Journal Officiel de l'Union Européenne (ce qui a été fait) et surtout de respecter le délai minimum de réception des candidatures fixé à 52 jours.

Par Ordonnance en date de mars 2007, la juridiction administrative toulousaine a tout d'abord enjoint à la Commune X de différer, jusqu'au terme de la procédure, la signature de la concession d'aménagement.

Enfin, par ordonnance en date d'avril 2007, le juge des référés a considéré, d'une part, que contrairement à ce que soutenait la commune, celui-ci était compétent pour statuer sur les concessions d'aménagement en vertu de l'ordonnance n°2005-649 du 7 juin 2005 visée à l'article L.551-1 du code de justice administrative et, d'autre part, que le montant « des travaux dont la réalisation est confiée au

concessionnaire pour être remis ensuite à la commune [X] en qualité de concédant est inférieur à un montant de 2 000 000 € HT » , et qu'en conséquence la commune n'était pas tenue de publier un avis au Journal officiel de l'Union Européenne (JOUE) et de respecter un délai de 52 jours, et qu'enfin, le seul fait de la publication de l'avis au JOUE ne permet pas d'exiger le respect du délai de 52 jours.

La société Y, représentée par Maître THALAMAS, lui a demandé ce qu'il pensait de ce jugement, si le contrat de concession d'aménagement qu'elle avait passé avec la commune pouvait être annulé du fait de la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence et sur ce qu'il convenait de faire ou de ne pas faire, notamment, si elle devait continuer ou non les travaux déjà commencés pour réaliser la zone commerciale.

J'ai donc effectué de nombreuses recherches jurisprudentielles et doctrinales sur les concessions d'aménagement et je me suis aperçue que les concessions d'aménagement, depuis des années, sont au cœur de nombreux débats juridiques et ont fait l'objet d'évolutions législatives.

Il convient tout d'abord de préciser que les concessions d'aménagement sont des contrats complexes donnant lieu à plusieurs opérations de natures différentes. En effet, selon l'article L.300-4 du code de l'urbanisme, « *L'Etat et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, peuvent concéder la réalisation des opérations d'aménagement prévues par le présent code à toute personne y ayant vocation.* »

Aménager, c'est alors exécuter des travaux qui peuvent être très divers mais le plus souvent ce sont des travaux de réalisation d'équipements publics. Concéder ou confier la réalisation à une personne, c'est tout d'abord, charger cette personne de réaliser ou de faire réaliser les travaux impliqués par cette opération. Mais l'objet du contrat d'aménagement ne consiste pas uniquement en cela. C'est un objet que l'on peut qualifier de complexe en ce sens qu'il se compose de trois éléments : acquisitions de terrains, réalisation des travaux d'aménagement et commercialisation.

En effet, et comme le souligne le Professeur Laurent RICHER dans son manuel de « Droit des contrats administratifs », c'est ce qu'il résultait de deux documents types établis pour la mise en œuvre de la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967 : la convention type relative à l'aménagement et à l'équipement des zones d'aménagement concerté du 27 octobre 1970 et le cahier des charges type pour la concessions des zones d'aménagement concerté du 18 février 1977.

Il convient également de préciser que la notion de concession d'aménagement elle-même et sa nature juridique soulèvent de nombreuses difficultés car le droit interne et le droit communautaire ne partagent pas le même avis sur ces questions.

En effet, alors que pour le droit interne, les concessions d'aménagement sont des contrats *sui generis*, qui ne sont ni des marchés publics, ni des conventions de délégation de service public, le droit communautaire, quant à lui, associe les concessions d'aménagement « à la française » soit à un marché public de travaux, soit à une concession de travaux.

Etant donné que le régime juridique d'un contrat dépend de sa nature juridique, cette convergence de point de vue génère alors une inquiétante source d'insécurité juridique peu propice à la réalisation d'opérations d'aménagement.

Preuve en est, à plusieurs reprises la Commission européenne a condamné le régime juridique des concessions d'aménagement françaises.

En effet, le régime juridique de ces dernières, antérieur à la loi de 2005, avait été condamné par la Cour de Justice des Communautés Européenne (CJCE) dans un arrêt en date du 7 décembre 2000, *Teleaustria* car les concessions d'aménagement étaient passées sans aucune publicité et mise en concurrence.

Puis, à la suite d'une affaire opposant la société SOGEDIS à la commune de Cilaos (où la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, dans un arrêt en date du 9 novembre 2004, reprenant un principe retenu par la CJCE, avait annulé une convention passée sans aucune formalité préalable de publicité et de mise en

concurrence), accompagnée d'un début de procédure en manquement engagée par la Commission européenne (procédure finalement classée), le législateur a adopté, il y a quatre ans, la loi n°2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement ainsi qu'un décret du 31 juillet 2006 organisant la procédure de passation de ces contrats.

Toutefois, bien que la loi de 2005 ait été adoptée pour rendre conforme le droit interne au droit communautaire, le nouveau régime des concessions d'aménagement n'en est pas pour autant validé.

En effet, la CJCE, dans un arrêt *Auroux* en date du 18 janvier 2007 a requalifié une concession d'aménagement en marché public de travaux. Peu de temps après, la Commission européenne, quant à elle, a indiqué dans un communiqué de presse en date du 27 juin 2007, qu'elle envisageait une nouvelle procédure d'infraction à l'encontre de la France concernant les concessions d'aménagement.

A la suite de cette jurisprudence, la Cour administrative d'appel de Nantes, a par ailleurs confirmé, dans un arrêt en date du 19 décembre 2007, *Josse et Commune de Chavagne*, la qualification, au regard du droit communautaire, de marché public de ce qui est qualifié, dans notre droit interne, de concession d'aménagement.

Nous allons alors, tout au long de ce devoir, nous intéresser aux problèmes actuels rencontrés par les collectivités territoriales lors de la passation des concessions d'aménagement.

Pour cela, nous étudierons la nature juridique de la concession d'aménagement (chapitre 1), puis les modalités de publicité et de mise en concurrence relatives aux concessions d'aménagement (chapitre 2) qui en découlent.

Enfin, nous étudierons les sanctions des règles de passation des concessions d'aménagement (chapitre 3).

Etant donné la survenance d'un nouveau décret n°2009-889 en date du 22 juillet 2009, modifiant le régime juridique des concessions d'aménagement afin de rendre le droit français conforme au droit communautaire, il convient alors, dans un chapitre 4, de nous intéresser au nouveau régime juridique des concessions d'aménagement.

Chapitre 1 : La notion de concession d'aménagement

La concession d'aménagement est souvent utilisée par les collectivités publiques, notamment pour la création de zone d'aménagement concertée. Il s'agit d'un contrat complexe, donnant lieu à plusieurs opérations de natures différentes, ce qui a posé de nombreuses difficultés aux collectivités publiques ainsi qu'aux juristes quant à la nature d'un tel contrat.

Après avoir procédé à l'identification de la concession d'aménagement (paragraphe 1), nous nous intéresserons alors à la nature juridique de celle-ci (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Identification de la concession d'aménagement

Comme nous l'avons affirmé précédemment, la concession d'aménagement est un contrat complexe. Afin de pouvoir l'identifier, nous nous intéresserons à son origine (a), à son objet (b) et aux différentes missions du concessionnaire (c).

a. Origine de la concession d'aménagement

Le sens étymologique du terme « concession » vient du latin « concedere » qui signifie s'en aller, se retirer. La concession d'aménagement, appartient alors, au sens premier du terme, à la catégorie des contrats par lesquels la puissance publique confère le droit de mettre en valeur des biens, à la place de la collectivité publique, qui accepte de se retirer.

Par exemple, à l'époque coloniale, l'Etat attribuait des concessions coloniales par lesquelles le concessionnaire était autorisé par l'Etat à s'établir sur des

terres domaniales, généralement de surfaces considérables, afin de les mettre en valeur en exerçant tous les droits de jouissance et d'exploitation rattachés aux terres et moyennant le paiement d'une redevance.

Ces contrats, comme la concession de service public, permettaient d'associer capitaux et initiatives privés à l'action publique.

En matière d'urbanisme et d'aménagement, le système de concession a été pratiqué sous le Second Empire pour l'aménagement du Paris Haussmannien où une compagnie privée était chargée de réaliser les travaux d'un boulevard en contrepartie de l'attribution de terrains à construire, dont la vente avec la plus-value assurait sa rémunération.

A l'époque contemporaine, la concession d'aménagement a été créée par le décret du 19 mai 1959, codifiée à l'article 78-1 du code de l'urbanisme.

Puis, la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967 a modifié cet article en distinguant deux types de contrats d'aménagement : la concession ordinaire d'aménagement qui pouvait être conclue avec toute personne y ayant vocation et la concession publique d'aménagement qui ne pouvait être conclue qu'avec des établissements publics ou certaines sociétés d'économie mixte (SEM) et qui autorisait l'aménageur à recourir à l'expropriation ou au droit de préemption et qui permettait à la collectivité publique de financer une partie de l'opération.

Enfin, il convient de préciser que l'absence de toute procédure de passation, propre aux concessions d'aménagement, a été condamnée par le juge administratif français sous la pression du droit communautaire, obligeant ainsi le législateur à intervenir pour refonder entièrement le régime de la concession d'aménagement avec la loi n°2005-809 du 20 juillet 2005.

Les règles applicables aux concessions d'aménagement figurent aux articles L.300-4 et suivant du code de l'urbanisme.

b. Objet de la concession d'aménagement

Le premier alinéa de l'article L.300-4 du code de l'urbanisme dispose que *« L'Etat et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, peuvent concéder la réalisation des opérations d'aménagement prévues par le présent code à toute personne y ayant vocation. »*

Quant à l'article L.300-1 du même code, celui-ci dispose que *« Les actions ou opérations d'aménagement ont pour objet de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels.*

L'aménagement, au sens du présent livre, 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 définies dans l'alinéa précédent et, d'autre part, à assurer l'harmonisation de ces actions ou de ces opérations. »

A la lecture de ces articles, on en déduit qu'aménager signifie exécuter des travaux très diversifiés, même si le plus souvent il s'agit de travaux de réalisation d'équipements publics.

Cependant, l'objet d'un contrat d'aménagement est encore plus étendu et se compose de trois éléments : les acquisitions de terrains, la réalisation des travaux d'aménagement et la commercialisation.

Ainsi, pour constituer une opération d'aménagement, il faut, en premier lieu, que la finalité de l'opération s'inscrive dans les objets énoncés par l'article L.300-1 du code de l'urbanisme.

En second lieu, il faut que l'intervention de la collectivité ait des incidences urbaines suffisamment importantes pour avoir un impact significatif sur le site concerné, comme par exemple lorsque l'opération porte sur une portion significative du territoire communal.

En troisième lieu, la notion d'opération implique un certain degré de complexité. En effet, l'opération combine différents types d'actions comme par exemple la maîtrise foncière, la réalisation d'équipements, la restauration d'immeubles, l'aménagement de terrain...

Enfin, au vu des articles précédemment cités, il faut également que l'opération comporte une intervention à caractère foncier.

c. Les différentes missions du concessionnaire

On peut également déduire des articles L.300-1 et L.300-4 du code de l'urbanisme, que confier la réalisation d'une opération d'aménagement est le fait de charger une personne de réaliser ou de faire réaliser les travaux impliqués par cette opération.

Il convient toutefois de rappeler que les missions confiées aux aménageurs publics ou privés dans le cadre d'une concession sont désormais identiques, ce qui n'était pas le cas sous le régime antérieur avec la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967.

Ainsi, l'aménageur privé chargé d'acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l'opération peut désormais recourir aux mêmes prérogatives de puissance publique (droit de préemption et expropriation) que l'aménageur public.

Selon les dispositions du dernier alinéa de l'article L.300-4 du code de l'urbanisme, « *Le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et*

équipements concourant à l'opération prévue dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution.

Il peut être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation ou de préemption. Il procède à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession. »

Selon cet article, plusieurs missions prévues par le traité de concession qui précise les obligations des parties, incombent alors au concessionnaire.

En premier lieu, et afin d'associer le concessionnaire le plus en amont possible, une opération d'aménagement doit comporter la réalisation d'études préalables et d'études d'exécution.

Les études préalables à la concession d'aménagement, portant sur la faisabilité de l'opération d'aménagement, se distinguent des études d'exécution réalisées en aval par le concessionnaire.

Elles doivent notamment faire l'objet d'une mise en concurrence dans le cadre d'un marché spécifique de services, conformément à l'avis motivé de la commission européenne en date du 4 février 2004.

En second lieu, le concessionnaire peut se voir confier la réalisation de toutes missions nécessaires à l'exécution des travaux et équipements concourant à l'opération d'aménagement.

Désormais, les concessions peuvent prévoir l'accomplissement de tâches liées à l'accompagnement social ainsi qu'à la promotion de l'opération. Il s'agit d'une nouvelle compétence, attribuée par la loi du 20 juillet 2005, dans le but d'élargir le champ d'intervention des aménageurs dans le cadre des concessions d'aménagement.

En troisième lieu, le concessionnaire peut être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération. Le cas échéant, cette acquisition peut être réalisée par voie d'expropriation ou de préemption.

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

Enfin, il convient de préciser que l'aménageur est rémunéré, en principe, par la commercialisation des terrains dont la vente permet d'encaisser la plus-value apportée par l'aménagement.

Toutefois, il est très fréquent que l'opération ne s'équilibre pas d'elle même, ce qui rend nécessaire une participation de la collectivité publique.

Selon le décret n°2006-959 du 31 juillet 2006, il faut néanmoins que le concessionnaire soit rémunéré substantiellement par les résultats de l'opération d'aménagement. Cela implique que, lorsque cette condition n'est pas remplie et que le risque financier est donc essentiellement supporté par le concédant, le contrat est un marché public de travaux.

Il convient alors d'observer que l'on retrouve en matière de concession d'aménagement, comme en matière de délégation de service publique, la notion de « rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation ». Nous pouvons alors nous interroger sur la nature juridique de la concession d'aménagement où certains auteurs y voient un marché public de travaux et d'autres y voient une délégation de service public.

Paragraphe 2 : La nature juridique des concessions d'aménagement

La nature juridique des concessions d'aménagement soulève de nombreuses difficultés.

En premier lieu, il convient alors de remarquer que le législateur n'a pas expressément qualifié les concessions d'aménagement de contrats administratifs, et que la jurisprudence n'est pas très explicite sur ce point.

Cependant, il semblerait que les concessions d'aménagement répondent aux critères classiques du contrat administratif définis par la jurisprudence.

En effet, d'une part, l'un des cocontractants au moins est une personne publique, puisque seul cette catégorie d'intervenants peut être à l'origine d'une opération d'aménagement telle qu'elle est décrite par le code de l'urbanisme.

Et, d'autre part, il semblerait que le Conseil d'Etat et la majorité de la doctrine considèrent depuis longtemps que les concessions d'aménagement ont pour objet la réalisation d'une mission de service public.

C'est ce qu'affirme Laurent RICHER, Professeur à l'Université Paris I, dans son ouvrage intitulé « Droit des contrats administratifs » page 643 : *« il est certain que la concession d'aménagement fait participer directement à une mission de service public (TC 8 novembre 1982, SCI Lucas ; CE 26 mars 1997, Commune de Sceaux, req. 129943), mais cela permet seulement de le considérer comme un contrat administratif »*.

C'est également ce qui ressort du « Dictionnaire permanent Construction et Urbanisme » à la page 780-3, mise à jour 177. En effet, après avoir indiqué que *« l'ensemble de la doctrine s'accorde à considérer que les concessions constituent des contrats administratifs »*, il est écrit que *« les concessions ont pour objet la réalisation d'une mission de service public. Le Conseil d'Etat considère, en effet, depuis longtemps l'aménagement comme relevant d'une telle mission (CE, 23 novembre 1935, Chouard) »*.

En second lieu, il convient de remarquer que le droit interne et le droit communautaire ne partagent pas le même avis quant à la nature juridique des concessions d'aménagement.

Cette convergence de point de vue génère alors une inquiétante source d'insécurité juridique peu propice à la réalisation d'opérations d'aménagement, à

l'exécution des contrats et des actes pris pour leur exécution et plus largement au développement territorial et urbanistique.

Preuve en est, le récent arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes du 19 décembre 2007, *Josse et Commune de Chavagne*, qui vient confirmer la qualification, au regard du droit communautaire, de marché public de ce qui est qualifié, dans notre droit interne, de concession d'aménagement.

Nous allons alors confronter la notion de concession d'aménagement « à la française » tant au droit communautaire (a) qu'à notre droit interne (b).

a. La concession d'aménagement confrontée au droit communautaire

La commission européenne, contrairement au droit interne, estime que les concessions d'aménagement n'appartiennent pas à une catégorie de contrats isolés dans l'univers juridique et qu'au regard du droit communautaire, elles ne peuvent relever que des qualifications suivantes : concession de travaux ou de services, marché public de travaux ou de services.

C'est ce qu'il ressort de l'arrêt rendu par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) le 18 janvier 2007, *Auroux*.

En effet, dans cet arrêt, le juge communautaire voit dans la convention publique d'aménagement un marché public de travaux au sens de la directive modifiée 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation de marché public de travaux.

Il convient tout de même de remarquer que cette position apparaît en l'espèce justifiée dès lors que les critères propres à l'existence d'un marché public sont remplis.

En effet, dans cette affaire, il s'agit bien d'un marché public de travaux au sens de la directive applicable à l'époque, dès lors que la mission confiée à la Société d'équipement de la Loire (SEDL) consistait bien en un contrat conclu à titre onéreux entre un entrepreneur, en l'espèce la SEDL, et un pouvoir adjudicateur, la commune de Roanne, et ayant pour objet l'exécution et la conception de travaux relatifs à un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Cette analyse n'est d'ailleurs pas remise en cause par les dispositions de la directive 2004/18 du 31 mars 2004, aujourd'hui en vigueur.

Dans cette mouvance, la Cour administrative d'appel de Nantes, dans son arrêt en date du 19 décembre 2007, place ses pas dans ceux de la Cour de Justice et, dans l'affaire soumise à son examen, utilise le même raisonnement pour aboutir au même résultat.

Il en est de même concernant la Cour administrative d'appel de Bordeaux qui, dans un arrêt en date du 10 janvier 2008, *SARL Bébé cristal et a.*, a requalifié une opération conclue sous le régime de la concession en marché public de travaux. En l'espèce, le fait que les équipements, portant sur la voirie et les réseaux, deviennent au fur et à mesure de leur réalisation la propriété de la commune concédante et qu'elle supporte le risque financier de l'opération a été déterminant.

Néanmoins, il convient de ne pas oublier que le droit communautaire distingue le marché de travaux de la concession de travaux en ce sens que la concession présente certes, les mêmes caractéristiques qu'un marché à l'exception toutefois du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.

L'avocate générale Juliane KOKOTT, dans ses conclusions sous l'affaire *Auroux*, avait d'ailleurs examiné ce point en écartant la qualification de concession au motif qu'une « *concession publique se caractérise cependant en outre par le fait que le cocontractant du pouvoir adjudicateur supporte le risque économique de l'opération* ».

Il est alors regrettable qu'à l'appui de sa décision dans l'affaire *Auroux*, la Cour ne se soit fondée que sur les critères de définition du marché public de travaux contenus dans la directive « travaux », tout en évitant d'aborder la question du financement du contrat qui constitue pourtant le cœur du problème.

Bien que rares aujourd'hui, les jurisprudences précitées nous conduisent à affirmer que le risque de requalification est toujours bien réel pour les conventions soumises au régime antérieur à la réforme de 2005 avec, pour conséquence, l'assujettissement au code des marchés publics qui implique des formalités préalables de publicité bien plus rigoureuses que pour les concessions.

Cependant, la jurisprudence *Auroux* ne devrait pas affecter les situations nées après l'entrée en vigueur de la réforme de 2005.

En effet, son décret d'application en date du 31 juillet 2006 fixe un critère de différenciation entre la concession et les autres contrats qu'il fonde sur la rémunération substantielle du concessionnaire par les résultats de l'opération d'aménagement.

De manière anecdotique, on remarquera que c'est au regard des conclusions de l'avocate générale KOKOTT, connues au moment de la rédaction du décret du 31 juillet 2006 venant notamment définir la procédure de passation des concessions d'aménagement, que le gouvernement français a introduit, au dernier moment, dans le projet de décret soumis à son examen un article R.300-11 venu préciser que la procédure de choix du concessionnaire n'est applicable qu'aux « *concessions d'aménagement pour lesquelles le concessionnaire est rémunéré substantiellement par les résultats de l'opération d'aménagement* ».

Au total, la CJCE ne s'étant prononcée que de manière indirecte au sujet des concessions d'aménagement, il est alors difficile de tirer des enseignements définitifs de ses décisions.

Toutefois, si la CJCE se résout, comme l'y a invité son avocat général, à adopter le critère du risque financier de l'opération pour qualifier les concessions d'aménagement, le dispositif national sera, dans les grandes lignes, conforme au droit communautaire.

Il ne faut donc pas craindre une requalification de l'ensemble des concessions d'aménagement signées après le 20 juillet 2005.

Enfin, il convient de préciser que, même si la CJCE ne reconnaît pas le caractère *sui generis* du contrat de concession qu'elle apparente au contrat de concession de travaux, en droit interne, la concession d'aménagement est un contrat *sui generis* qui se différencie d'un marché public de travaux de par son objet complexe, de par la rémunération du concessionnaire qui provient essentiellement des résultats de l'aménagement et non de la participation financière de la collectivité, et de par le fait que l'aménageur supporte seul le risque de pertes.

b. La concession d'aménagement confrontée au droit interne

Tout d'abord, il convient de rappeler qu'un contrat est dit « *sui generis* » lorsque celui-ci ne rentre dans aucune qualification et qu'il est impossible de le rattacher à un contrat nommé.

La conception française du contrat d'aménagement a toujours été que ce contrat devait constituer un contrat *sui generis* dans la mesure où, pour le législateur et comme nous l'avons déterminé précédemment, une opération d'aménagement ne se résume pas à une addition de travaux et de services, mais que l'insertion des travaux et des services dans un projet global relevant de la politique d'urbanisme a pour conséquence qu'une telle opération d'aménagement constitue un objet contractuel spécifique non réductible aux éléments qui le composent.

En effet, une opération d'aménagement est une addition de travaux et de services, effectués par le concessionnaire pour la collectivité contractante.

Le droit interne considère alors que ces travaux et services s'insèrent dans une opération globale qui est elle-même un élément d'une politique d'urbanisme, ce qui donne au contrat de concession d'aménagement un caractère spécifique.

Au surplus, même si une partie de la doctrine pense, comme le juge communautaire, que la plupart des projets que les collectivités territoriales mettent en œuvre peut être réalisée sous une forme déjà existante en droit communautaire : marché public (de travaux ou de services) ou concession (de travaux ou de services), la particularité de la concession d'aménagement en droit interne est la prise en compte de la notion de maître d'ouvrage.

Le droit interne complique alors la qualification de la concession au regard de cette prise en compte de la notion de maître d'ouvrage, totalement inexistante en droit communautaire.

En effet, il convient de rappeler que selon les dispositions de l'article L.300-4 du code de l'urbanisme, « *le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements concourant à l'opération prévue dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution* ».

Cette notion de maître d'ouvrage paraît juridiquement s'opposer à ce que la concession soit considérée comme un marché public de travaux au sens du code des marchés publics dès lors que son article 1^{er} définit les marchés publics de travaux comme des contrats conclus avec des entrepreneurs par un pouvoir adjudicateur qui exerce la maîtrise d'ouvrage des travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à ses besoins.

Par ailleurs et par voie de conséquence du transfert de la maîtrise d'ouvrage sur la tête du concessionnaire, celui-ci, comme un concessionnaire de service public, doit assurer le financement de son opération, alors même que, dans un marché public, il appartient au pouvoir adjudicateur de mettre en place le financement

nécessaire à la réalisation des travaux dont le prestataire ne fait qu'assurer l'exécution sur des terrains, qui au surplus, à l'inverse du concessionnaire ne lui appartient pas.

Si la concession devait être nécessairement qualifiée de marché en droit interne, l'ensemble de ces avantages disparaîtrait et vraisemblablement la concession avec lui. Ce qui ne laisserait d'autre choix aux collectivités publiques que d'assurer elles-mêmes la réalisation de l'opération d'aménagement en régie avec, le cas échéant, la seule assistance d'un mandataire ou d'un assistant maître d'ouvrage.

Au total, devant l'extrême difficulté à leur trouver une qualification exacte, la plupart des auteurs y voient des contrats administratifs *sui generis*, les relations contractuelles entre la collectivité publique et l'aménageur étant soumises à un régime particulier, en l'occurrence fixé par le code de l'urbanisme.

Chapitre 2 : Les règles de publicité et de mise en concurrence

Il convient avant tout de rappeler que, selon l'article L.300-4 du code d'urbanisme, la réalisation de l'opération d'aménagement peut être confiée à toute personne y ayant vocation, qu'elle soit publique ou privée. Cependant, depuis la loi du 20 juillet 2005, il n'est désormais plus possible de choisir l'aménageur de gré à gré.

En effet, avant la loi du 20 juillet 2005, aucune disposition de notre droit national ne soumettait les conventions d'aménagement à une obligation de publicité, le code de l'urbanisme ne les faisant relever ni du code des marchés publics, ni de la loi Sapin. Ce régime, incompatible avec le droit communautaire avait été condamné par la CJCE dans un arrêt en date du 7 décembre 2000, *Teleaustria Verlags GmbH et a.*, puis par la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux dans un arrêt en date du 9 novembre 2004, n°01BX00381, *SEM SODEGIS c/ Cne de Cilaos*, qui, reprenant un principe retenu par la CJCE avait ainsi annulé une convention passée sans aucune formalité préalable de publicité et de mise en concurrence.

Cependant, afin de palier l'insécurité juridique résultant de cet arrêt rendu par la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, la loi du 20 juillet 2005 valide les conventions d'aménagement en cours, ainsi que les contrats conclus par les concessionnaires pour l'exécution de celles-ci. Etant précisé que cette validation ne vaut que lorsque la contestation porte sur l'absence de mise en concurrence.

A l'heure actuelle les collectivités publiques doivent alors respecter des règles de publicité et de mise en concurrence et ce, en vertu du principe de transparence.

En effet, depuis l'arrêt de la CJCE *Teleaustria* précité, la Cour a affirmé l'existence d'une « *obligation de transparence* », découlant du « *principe de non discrimination* » consacré par le Traité des Communautés Européennes.

Le principe de base étant celui de non-discrimination, en fonction de la nationalité particulièrement, la transparence n'est qu'un moyen au service de la non-discrimination et permet alors de ménager la preuve de l'absence de discrimination dans l'attribution du contrat.

La Cour considère alors que le meilleur moyen d'établir la non-discrimination est de mettre en place une procédure transparente consistant « *à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* ».

Toutefois, il convient de remarquer qu'aucune procédure de publicité et de mise en concurrence n'est exigée dans le cas très particulier des prestations intégrées (in house), c'est à dire lorsque les concessions d'aménagement sont conclues par le concédant avec un aménageur sur lequel il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités avec lui ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui le contrôlent.

Nous allons donc déterminer quelles sont les modalités de publicité préalable (paragraphe 1) et de mise en concurrence (paragraphe 2) que doivent respecter les collectivités publiques avant de nous intéresser à la procédure simplifiée (paragraphe 3) à laquelle elles peuvent avoir recours lorsque certaines conditions sont remplies. Enfin nous nous intéresserons au régime dérogatoire pour les concessions d'aménagement « in house » (paragraphe 4).

Paragraphe 1 : Les modalités de publicité préalable

La procédure d'attribution d'une concession d'aménagement doit toujours faire l'objet d'une publicité nationale (a). Une publicité européenne (b) est, en outre, exigée pour les projets d'un montant hors taxes supérieur à 5 270 000€.

a. Les modalités de publicité nationale

En premier lieu, selon l'article R.300-4 du code de l'urbanisme, le concédant doit, préalablement à la passation d'une concession d'aménagement, publier un avis conforme à un modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'urbanisme.

Cependant, il convient de remarquer qu'à ce jour, aucun modèle d'avis n'est encore paru.

C'est pourquoi, dans l'attente d'un modèle national de publicité, il est largement conseillé aux collectivités publiques de se conformer au modèle d'avis communautaire, fixé par le règlement communautaire n°1564/2005 en date du 7 septembre 2005, afin de se garantir contre tout risque d'irrégularité.

Il convient de tout de même de remarquer que, selon l'article L.300-4 du code de l'urbanisme, cet avis doit préciser la date limite de présentation des candidatures, qui ne peut être postérieure de moins d'un mois à celle de la publication de l'avis, et doit mentionner les caractéristiques essentielles de l'opération d'aménagement projetée, c'est à dire son objet, sa localisation et les principes de son financement.

En second lieu, l'article L.300-4 du code de l'urbanisme précise que cet avis doit être diffusé dans une publication habilitée à recevoir les annonces légales, dont la liste est fixée dans chaque département par arrêté préfectoral (rappelons que le bulletin officiel d'annonces de marchés publics (BOAMP) a été assimilé par le Conseil d'État, dans un arrêt en date du 19 novembre 2004, *Cne d'Auxerre c/ Sté Saur France*) et dans une publication spécialisée dans les domaines de l'urbanisme, des travaux publics et de l'immobilier.

Là encore, afin d'éviter tout risque d'irrégularité, il est conseillé aux collectivités publiques de choisir une publication à large diffusion.

Enfin, une publicité européenne complémentaire est exigée lorsque, aux termes de l'article L.300-5 du code de l'urbanisme, « *le montant total des travaux nécessaires à la réalisation des équipements qui seront remis au concédant par le concessionnaire est égal ou supérieur à 5 270 000 euros hors taxes* ».

b. Les modalités de publicité européenne

Selon l'article L.300-5 du code de l'urbanisme, un avis européen doit être rédigé lorsque le montant des travaux nécessaires à la réalisation des équipements qui seront remis au concédant par le concessionnaire est égal ou supérieur à 5.270.000 euros hors taxes.

Il convient alors de remarquer que le droit interne ne prend seulement en compte le montant des travaux nécessaires à la réalisation des équipements qui seront remis au concédant par le concessionnaire et non le montant des travaux nécessaires à la réalisation de la totalité des équipements de la concession.

Il en est différemment en droit communautaire puisque la CJCE adopte une méthode de calcul différente de celle-ci.

En effet, selon la CJCE dans son arrêt *Auroux*, pour déterminer si la valeur du marché dépasse le seuil, il faut prendre en compte le chiffre d'affaire total que le soumissionnaire potentiel peut espérer réaliser, ce qui comprend non seulement l'ensemble des montants que le pouvoir adjudicateur aura à payer mais aussi toutes les recettes qui proviendront des tiers.

Ces deux méthodes de calcul aboutissent à des résultats extrêmement différents et ont retenu mon attention lorsque j'ai traité le dossier que Maître THALAMAS m'avait confié.

En effet, devant le juge des référés, la commune X se prévalait de l'article L.300-5 du code de l'urbanisme en arguant que le montant des travaux dont la réalisation était confiée au concessionnaire pour ensuite lui être remis était largement inférieur au seuil de 5 270 000 € et qu'alors aucune mesure de publicité européenne ne s'imposait.

Quant à la société requérante, celle-ci se prévalait de la méthode de calcul de la CJCE en indiquant que le montant global de l'opération était largement supérieur au seuil de 5 270 000 € et qu'alors une mesure de publicité européenne s'imposait.

Cela illustre alors l'importance de la différence de résultat obtenu selon chacune des méthodes de calcul utilisées.

Bien que le juge des référés, dans cette affaire, ait appliqué strictement le droit interne et, de ce fait, ait donné raison à la commune, une incertitude juridique demeure. Les collectivités publiques doivent alors être vigilantes et attentives car elles ne sont pas à l'abri d'une mise en conformité du droit interne avec le droit communautaire sur ce point, ce qui aurait de lourdes conséquences.

Il convient également de remarquer que les seuils de passation des marchés publics au sens de la directive « travaux » ont été actualisés au 1er janvier 2008 par la Commission européenne. Ainsi, le seuil de 5 270 000 € a été revu à la baisse et s'établit désormais à 5 150 000 €.

Quant aux modifications des textes de la commande publique en droit interne, elles ont été effectuées par le décret n°2007-1850 en date du 26 décembre 2007. L'article L.500-5 du code de l'urbanisme n'y est pas visé. Il semble pourtant, aux vues de la jurisprudence de la CJCE dans son arrêt *Auroux*, que ces contrats soient soumis aux directives « travaux » ou « services ».

Dans l'attente d'une décision de la CJCE pour lever les incertitudes et imprécisions qui pèsent alors sur la méthode de calcul et le montant du seuil au delà

duquel une publicité européenne est exigée, et afin de pallier le risque juridique qui en découle, il semble préférable que les collectivités publiques appliquent le droit communautaire.

Le code de l'urbanisme, dans son article L.300-5, précise alors que lorsque qu'un avis européen est exigé, celui-ci doit être conforme au modèle d'avis européen fixé par le règlement communautaire n°1564/2005 en date du 7 septembre 2005.

Le règlement précité fournit plusieurs modèles de formulaires mais le code de l'urbanisme ne précise pas lequel utiliser. La question reste entière de savoir s'il faut employer, pour la publicité préalable, un avis de marché ou un avis de concession. Là encore, dans l'attente d'une décision de la CJCE ou du législateur, il est conseillé aux collectivités publiques de suivre l'avis du Ministère de l'équipement qui s'est prononcé en août 2006 en faveur de la seconde solution.

Enfin, l'avis doit être adressé pour publication à l'Office des publications de l'Union européenne.

Paragraphe 2 : Les modalités de mise en concurrence

Préalablement à la passation d'une concession d'aménagement et afin de respecter les principes d'égalité et de transparence de la procédure, les collectivités publiques doivent respecter des modalités de mise en concurrence très précises. Il s'agit des modalités de mise en concurrence relatives aux candidatures et aux offres des soumissionnaires (a), au choix du concessionnaire (b) et à l'attribution de la concession (c.).

a. Les modalités de mise en concurrence relatives aux candidatures et aux offres des soumissionnaires

En premier lieu, la date limite de réception des candidatures ne peut être postérieure de moins d'un mois à celle de la publication de l'avis national.

Toutefois, ce délai est prolongé lorsqu'une publicité européenne est exigée. La date limite doit alors être postérieure de 52 jours au moins à celle de l'envoi de l'avis à l'Office des publications de l'Union Européenne.

En second lieu, le concédant doit établir un document dit « document de la consultation » qui doit indiquer plusieurs éléments relatifs à la concession.

En effet, ce document doit indiquer précisément les caractéristiques essentielles de la concession d'aménagement, le programme global prévisionnel des équipements et des constructions projetés, les conditions de mise en œuvre de l'opération ainsi que les modalités et la date limite de réception des propositions des candidats.

Il convient cependant de remarquer que le décret de 2006 n'impose pas qu'un règlement de la consultation soit établi. Cette mesure semble toutefois nécessaire, dès lors qu'elle garantit le respect des principes d'égalité et de transparence. A défaut, les modalités de consultation doivent apparaître clairement dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Ensuite le concédant doit envoyer les documents de la consultation aux candidats, y compris par voie électronique s'il le souhaite.

En dernier lieu, la date limite de réception des offres des candidats doit être postérieure d'un mois au moins à celle de l'envoi des documents de la consultation.

b. Les modalités de mise en concurrence relatives au choix du concessionnaire

Selon l'article R.300-7 du code de l'urbanisme, le concédant choisit le concessionnaire en prenant notamment en compte les capacités techniques et financières des candidats et leur aptitude à conduire l'opération d'aménagement projetée. Cet article précise également que le concédant est libre d'ajouter d'autres

critères à ceux précités comme, par exemple, le niveau d'appropriation foncière par un candidat même si la loi de 2005 sur les concessions d'aménagement n'appréhende plus expressément cette dimension foncière.

Toutefois, le concédant pourra avoir recours à d'autres critères de sélection à la seule condition que ces critères respectent les principes fondamentaux de la commande publique, c'est à dire la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement et la transparence des procédures.

Ensuite, les collectivités publiques doivent consulter une commission spéciale avant d'entamer les discussions avec les candidats.

En effet; les discussions avec les candidats ne peuvent être engagées avant qu'un avis sur les candidatures ait été rendu par une commission constituée au sein de son organe délibérant à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne. Le code de l'urbanisme, notamment dans son article R.300-8, ne précise ni le nombre de sièges, ni le mode de fonctionnement de cette commission spéciale alors que le mode de scrutin est clairement défini.

D'après le ministère de l'équipement, il apparaît que cette omission est volontaire, afin de laisser les collectivités libres de fixer les règles applicables à cette commission. Toutefois, le ministère recommande de s'inspirer de la législation relative à la commission compétente en matière de délégation de service public. Il convient tout de même de préciser que les collectivités ne sont pas autorisées à constituer une seule commission en charge, à la fois, des concessions d'aménagement et des délégations de service public.

Enfin, selon l'article R.300-7 du code de l'urbanisme et après que l'avis rendu par la commission au sujet des candidatures ait été rendu, le concédant peut, avant de faire son choix, engager librement toute discussion utile avec une ou plusieurs personnes ayant présenté une candidature.

Le concédant bénéficie alors d'une grande liberté d'action dont ne bénéficie qu'exceptionnellement le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice d'un marché public.

c. Les modalités de mise en concurrence relatives à l'attribution des concessions d'aménagement

Selon l'article R.300-8 du code de l'urbanisme, le choix du concessionnaire est libre. Seul l'organe délibérant de la collectivité publique concédante peut désigner le concessionnaire, sur proposition de l'autorité compétente, au vu de la commission spéciale.

Une fois le concessionnaire désigné, l'attribution de la concession doit faire l'objet d'une publicité.

Le parallélisme des formes exige que les concessions soumises à une publicité européenne pour l'engagement des procédures de passation fassent également l'objet d'un avis d'attribution à l'issue de la procédure.

Le concédant doit donc adresser à l'Office des publications de l'Union Européenne un avis d'attribution conforme au modèle d'avis fixé par le règlement communautaire n°1564/2005 du 7 septembre 2005.

Il convient également de remarquer que tout comme pour l'avis d'engagement de la procédure de passation, le code de l'urbanisme n'indique pas quel modèle européen utiliser. Puisque le ministère de l'équipement a recommandé d'utiliser le modèle d'avis de concession de travaux pour la publicité préalable, il est logique de penser que l'avis d'attribution soit celui prévu pour les concessions de travaux. Cependant, un tel formulaire n'existe pas. Le ministère avait alors indiqué en 2006 qu'il envisageait d'interpeller les institutions bruxelloises à ce sujet mais rien ne semble fait aujourd'hui.

Paragraphe 3 : La procédure simplifiée

Les collectivités publiques peuvent avoir recours à une procédure de passation simplifiée lorsque deux conditions cumulatives sont remplies. Cette procédure est prévue par l'article R.300-10 du code de l'urbanisme.

En effet, la procédure de passation simplifiée est applicable lorsque la participation financière prévisionnelle cumulée du concédant et d'autres personnes publiques est inférieure à 135 000 € hors taxes et que les terrains susceptibles, le cas échéant, d'être expropriés ou acquis par voie de préemption ou les terrains appartenant au concédant destinés à être cédés au concessionnaire représentent moins de 10% des terrains inclus dans le périmètre de l'opération d'aménagement.

Il convient de préciser que la participation financière des collectivités publiques comprend la valorisation des apports en nature, tels les terrains inclus dans l'opération d'aménagement.

Lorsque la concession répond aux critères énoncés ci-dessus, certaines modalités de passation imposées par le code de l'urbanisme pour la procédure de principe, deviennent facultatives.

Il en est ainsi de la préparation des documents de la consultation, en principe, régie par l'article R.300-6 du code de l'urbanisme et de la constitution d'une commission spéciale prévue par l'article R.300-8 du même code.

La procédure de passation simplifiée se déroule alors comme il suit : le concédant accomplit les mesures de publicité préalable comme dans la procédure normale. Les personnes intéressées envoient alors une simple candidature mais pas de proposition sur le projet puisque l'article R.300-6 du code de l'urbanisme ne s'applique pas dans cette procédure.

Le concédant effectue ensuite le choix de l'attributaire comme dans la procédure normale après négociation libre avec les candidats. Cette phase prend alors logiquement une plus grande importance puisque les détails de la concession (programme prévisionnel des équipements et des constructions, conditions de mise en œuvre de l'opération) doivent être discutés avec les candidats.

Enfin, l'avis préalable national doit alors mentionner qu'il est recouru à la procédure de passation simplifiée et doit indiquer les conditions justifiant cet usage.

Paragraphe 4 : le régime dérogatoire pour les concessions d'aménagement « in house »

Ce régime dérogatoire concernant les concessions d'aménagement dites « in house » est prévu par l'article L.300-5-2 du code de l'urbanisme.

Selon cet article, les dispositions du deuxième alinéa de l'article L.300-4 du code de l'urbanisme qui imposent aux concédants de respecter des règles de publicité et de mise en concurrence, ne sont pas applicables aux concessions d'aménagement conclues entre le concédant et un aménageur sur lequel il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités avec lui ou, le cas échéant, avec les autres personnes publiques qui le contrôlent.

Cette exception est directement inspirée de la théorie des prestations « in house » développée par la CJCE dans un arrêt *Teckal* en date du 18 novembre 1998 et introduite dans le code des marchés publics à l'article 3, 1°.

Cependant, pour pouvoir se voir confier de gré à gré la concession d'aménagement, l'aménageur choisi par le concédant doit remplir deux conditions cumulatives.

En premier lieu, le concédant doit exercer sur l'aménageur un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses services. Dans cette hypothèse, les missions confiées à l'aménageur sont traitées de la même façon que si elles avaient été déléguées au sein de la collectivité publique concédante.

Ainsi, la capacité du concédant à peser sur le fonctionnement de l'aménageur et l'absence d'autonomie qui en découle pour ce dernier, prive de tout intérêt le recours à une mise en concurrence préalable.

Il convient tout de même de remarquer que selon une circulaire en date du 7 janvier 2004, une simple tutelle ou une relation de tutelle entre le concédant et l'aménageur ne suffit pas à caractériser l'existence d'un contrôle analogue à celui que la Collectivité Territoriale exerce sur ses propres services. Il est, en effet, nécessaire que le concédant puisse exercer une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de la société. (Voir en ce sens l'arrêt rendu par la CJCE le 11 mai 2006, affaire n°C-340/04, *Carbotermo SpA et a. c/ Cne di Busto Arsizio et a.*).

En outre, la participation même minoritaire, d'une entreprise privée au capital de la société concessionnaire exclut l'existence de relations « in house » entre cette société et le concédant. C'est ce que rappelle la CJCE dans ses arrêts en date du 11 janvier 2005, n°C-26/03, *Stadt Halle et a.* et en date du 13 octobre 2005, n°C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Brixen et a.*

Dès lors, les sociétés d'économie mixte locales (SEM), dont le capital doit contenir au moins la participation d'une personne privée, ne peuvent être dispensées des obligations de publicité et de mise en concurrence mises en place par l'article L.300-4 du code de l'urbanisme.

En second lieu, l'aménageur doit réaliser l'essentiel de ses activités avec le concédant ou, le cas échéant, avec les autres personnes publiques qui le contrôlent.

La part des activités réalisées au profit d'autres personnes doit alors demeurer marginale.

Enfin, il convient de préciser que les catégories d'aménageurs susceptibles de réaliser des prestations intégrées, c'est à dire « in house » sont principalement les établissements publics locaux.

En effet, ces derniers semblaient jusqu'alors constituer les seuls instruments utilisables par les collectivités territoriales pour réaliser des opérations d'aménagement dans le cadre des prestations « in house ».

Cependant, l'institution, à titre expérimental pour une durée de cinq ans, des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) par la loi Engagement national pour le logement en date du 13 juillet 2006, a ajouté une catégorie d'aménageur susceptible de réaliser des prestations « in house ».

En effet, composées à 100% de capitaux publics, ces sociétés, dont 50% au moins des droits de vote sont détenus par leurs actionnaires publics, sont compétentes pour réaliser, pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres, toute opération d'aménagement. Elles paraissent donc parfaitement pouvoir entrer dans le régime dérogatoire des prestations intégrées. A moins que le fait que ces sociétés revêtent la forme de société anonyme et soient régies à la fois par le titre II du code de commerce et par les articles L.1524-1 à L.1524-7 du code général des collectivités territoriales ne soit assimilé par la jurisprudence à une autonomie de gestion contraire à la notion même de prestations « in house ».

Cependant, n'ayant pas trouvé plus d'information, il convient de préciser qu'en 2008, une seule SPLA était réellement en cours de constitution : il s'agit de l'Agence régionale d'équipement et d'aménagement Provence Alpes Cote d'Azur, soit AREA qui était à l'origine une SEML.

Au total et au vu de tout ce qui précède, il convient de remarquer que le régime des concessions d'aménagement modifié par la loi du n°2005-809 du 20 juillet 2005, connaît de nombreuses imprécisions pouvant porter préjudice aux collectivités territoriales. Celles-ci doivent alors être extrêmement vigilantes et prudentes lorsqu'elles projettent de passer une concession d'aménagement et il paraît préférable qu'elles se rapportent aux règles de passation du droit communautaire afin d'éviter tout risque d'annulation du contrat par la CJCE.

En effet, bien que la loi de 2005 ait été adoptée pour rendre conforme le droit interne au droit communautaire, le nouveau régime des concessions d'aménagement n'en est pas pour autant validé.

Confortée par la jurisprudence *Auroux*, la Commission Européenne, dans un communiqué de presse en date du 27 juin 2007, a indiqué avoir des doutes sur la conformité avec le droit communautaire des nouvelles règles de publicité et de mise en concurrence et des méthodes de calcul de la valeur du contrat. Cette dernière envisage alors une nouvelle procédure d'infraction à l'encontre de la France.

Chapitre 3 : Les sanctions des règles de passation

Comme nous l'avons étudié précédemment, la procédure de passation d'une concession d'aménagement doit s'opérer dans le respect de nombreuses règles de publicité et de mise en concurrence en vertu du principe de transparence.

Le non respect de ces règles de publicité et de mise en concurrence peut avoir de graves conséquences pour les collectivités territoriales, notamment le paiement d'indemnités ou parfois même la nullité du contrat.

En effet, dans un arrêt en date du 9 novembre 2004, *SEM Sogedis c/ Cne de Cilaos*, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a fait application de la jurisprudence *Teleaustria* de la CJCE en date 7 décembre 2000, pour annuler une convention publique d'aménagement passée sans aucune formalité préalable de publicité.

Il convient alors de préciser, qu'en matière de contrats administratifs, plusieurs modes de règlement du contentieux permettent de sanctionner le non respect de leur passation dont notamment, le déferé préfectoral, la déclaration de nullité sur recours d'une des parties au contrat, le recours du candidat évincé contre le contrat, introduit en 2007 par le célèbre arrêt du Conseil d'Etat, *Société Tropic Travaux Signalisation* et, le référé précontractuel.

Cependant, en matière de concession d'aménagement des difficultés se posent quant à l'utilisation du référé précontractuel comme mode de règlement du contentieux.

En effet, et comme l'a soulevé la commune X dans l'affaire que j'ai traité au cours de mon stage, il semblerait, à priori, que le juge des référés soit incompétent en

matière de concession d'aménagement, le législateur n'ayant pas prévu expressément de soumettre ce contrat à la procédure prévue à l'article L.551-1 du code de justice administrative.

Cependant, il convient de remarquer que l'Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relatives aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique transpose en droit interne la directive européenne 2007/66/CE dite « directive recours » en date du 11 décembre 2007 et a pour objectif d'améliorer l'efficacité des procédures de recours applicable en matière de passation des marchés publics.

En effet, non seulement cette ordonnance rénove le référé précontractuel notamment en élargissant son champ d'application *ratione materiae*, mais elle créé un nouveau recours post contractuel : le référé contractuel.

C'est pourquoi, nous nous intéresserons aux recours classiques contre le contrat de concession d'aménagement (SECTION 1) ainsi qu'aux recours introduits par l'Ordonnance du 7 mai 2009 (SECTION 2).

SECTION 1 : Les recours classiques contre le contrat de concession d'aménagement

Trois recours semblent alors possibles en matière de concession d'aménagement. Il s'agit du déféré préfectoral (paragraphe 1), la déclaration de nullité sur recours d'une des parties au contrat (paragraphe 2) et le recours direct du candidat évincé (paragraphe 3).

Paragraphe 1 : Le déféré préfectoral

Le déféré préfectoral est une procédure de contrôle administratif des actes des collectivités territoriales instituée par la Loi du 2 mars 1982.

Confiée au Préfet, elle consiste à demander au tribunal administratif l'annulation de l'acte déféré, qu'il s'agisse d'un acte unilatéral ou d'un contrat, et ce, en raison de son illégalité.

En principe, ce sont les actes soumis à transmission qui peuvent être déférés devant le juge administratif dans un délai de 2 mois à compter de leur transmission au Préfet, ce qui n'est pas le cas concernant les concessions d'aménagement.

Cependant, il convient de remarquer que les contrats administratifs non soumis à transmission ne sont pas pourtant soustraits au contrôle de légalité.

En effet, selon l'article L.2131-3 du code général des collectivités territoriales, les actes détachables des contrats doivent être transmis lorsqu'ils émanent de l'assemblée délibérante de la collectivité cocontractante. Cette obligation s'étend alors aux délibérations relatives à des contrats non transmissibles et, à l'occasion de l'examen de la délibération, le représentant de l'Etat étend nécessairement son contrôle à la légalité du contrat.

Au total, les concessions d'aménagement peuvent alors faire l'objet d'un déféré préfectoral à l'occasion de l'examen d'une délibération de l'assemblée délibérante.

Paragraphe 2 : La déclaration de nullité sur recours d'une des parties au contrat

Il convient avant tout de rappeler que le juge de l'excès de pouvoir prononce l'annulation de l'acte administratif, alors que le juge du contrat peut seulement constater la nullité du contrat (CE 28 décembre 1988, *Etablissement public d'aménagement de la Ville nouvelle de Saint-Quentin*).

La différence réside alors dans le fait que le juge du contrat est censé constater et non décider, ce qui implique que la nullité est un état de l'acte et non une sanction de la violation de la légalité.

Nous nous intéresserons alors aux personnes pouvant invoquer la nullité du contrat (1) ainsi qu'au caractère de la nullité invoquée (2).

a. Les personnes pouvant invoquer la nullité du contrat

Le souci de préserver la stabilité du contrat explique que la nullité de celui-ci ne puisse être demandée que par les parties au contrat.

Le juge du contrat n'est donc saisi que dans le cas où l'un des signataires cherche à se soustraire au contrat dont il invoque la nullité par voie d'action ou par voie d'exception en défense à une action de l'autre partie.

Toutefois, quand le contrat a été conclu par une collectivité locale, celle-ci peut se voir forcer la main, car un contribuable local est en droit d'utiliser la procédure « d'autorisation de plaider » prévue par les articles L.2132-5, L.3133-1, L.4143-1 et L.5211-58 du code général des collectivités territoriales pour se faire autoriser par le tribunal administratif à agir en nullité du contrat.

Il convient également de remarquer que l'action en nullité du contrat est recevable alors même que le contrat a été exécuté par la partie demanderesse. Cette solution repose sur le caractère d'ordre public de la nullité, c'est à dire que toute nullité peut être invoquée à tout moment par l'une des parties au contrat ou soulevée d'office par le juge.

La jurisprudence ancienne statuait différemment et apportait quelques nuances sur ce point.

En effet, le Conseil d'Etat, dans un arrêt en date du 10 juillet 1946, *Pommier*, statuait ainsi : « *la commune n'est pas recevable, à l'occasion d'un litige qui porte uniquement sur le règlement du marché, à critiquer les conditions dans lesquelles l'adjudication a été passée et la qualité de l'adjudicataire* ». Ou encore, dans un arrêt du 21 mars 1962, *Société nationale des chantiers de reconstruction*, le juge du

conseil d'Etat affirmait que « *l'entreprise requérante, qui ne pouvait ignorer ses obligations, n'est pas recevable à se prévaloir de ces irrégularités qui sont de son fait* ».

Ces solutions tranchées par le Conseil d'Etat relevaient alors du bon sens. Aujourd'hui tel n'est plus le cas et chacune des parties peut soulever n'importe quelle nullité à tout moment, puisque celle-ci est d'ordre public, ce qui fait subir à la bonne foi et à la stabilité des contrats des atteintes parfois disproportionnées.

b. Le caractère de la nullité invoquée

En cas de non respect des règles de publicité et de mise en concurrence, la nullité du contrat est d'ordre public et présente un caractère absolu.

En effet, même quand les règles enfreintes ont été édictées pour la protection des intérêts de l'administration, ce qui est le cas concernant les règles de mise en concurrence, la nullité du contrat est absolue. En réalité, la nullité n'a un caractère relatif que dans le cas où elle résulte d'un vice du consentement.

Il convient alors de rappeler que le délai de prescription de l'action en nullité absolue est, comme en droit privé, de 30 ans.

Quant à la confirmation du contrat par régularisation, elle n'est admise que de manière exceptionnelle et la seule solution radicale, mais de moins en moins rare, est la validation législative qui a par exemple été utilisée pour les conventions d'aménagement conclues sans publicité préalable et mise en concurrence avant 2005.

Cependant, ces validations ne peuvent être efficaces que dans le cas où l'illégalité entachant le contrat ne résulte pas d'une violation du droit communautaire.

Enfin, il convient de préciser que la nullité en cas de non respect des règles de publicité et de mise en concurrence est, en principe, totale car il n'est pas possible au juge de limiter la portée de la nullité en préservant le lien contractuel.

Paragraphe 3 : Le recours direct du candidat évincé

Par le très important arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation* en date du 16 juillet 2007, le Conseil d'Etat a admis le recours direct de certains tiers contre certains contrats administratifs.

Ce recours peut être considéré comme un nouveau recours (a), relevant du plein contentieux (b), à raison de la spécificité des pouvoirs du juge, qui ne se limitent pas à l'annulation.

a. Un nouveau recours

Une importante partie de la doctrine faisait pression depuis longtemps pour que le juge administratif admette le recours pour excès de pouvoir des tiers contre les contrats administratifs.

Ce n'est pas en ce sens que c'est prononcé le Conseil d'Etat. Dans cet arrêt, il admet le recours de certains tiers, mais ce n'est pas le recours pour excès de pouvoir. De la sorte, sont préservées et la spécificité de l'acte contractuel et celle du recours pour excès de pouvoir.

Il convient, tout d'abord, de préciser que par « certains tiers », le Conseil d'Etat entend « *tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif* ». Sont alors recevables à former un tel recours les candidats évincés qui estiment qu'un de leurs droits a été lésé.

Les autres tiers, notamment les élus et les contribuables, ne peuvent donc, puisqu'ils n'ont pas la qualité de concurrent, former un tel recours.

Par contre, sont évidemment considérés comme ayant la qualité de concurrent évincé, les entreprises qui ont déposé un dossier de candidature (et à fortiori celles ayant déposé une offre) et n'ayant pas été retenues.

Ensuite, il convient de remarquer que le Conseil d'Etat a décidé ce revirement de jurisprudence pour tout un ensemble de motifs.

Trois motifs principaux peuvent être retenus.

En premier lieu, le Conseil d'Etat a choisi de simplifier le régime juridique des recours des tiers contre les contrats administratifs. En effet, avant cette jurisprudence, le seul recours qu'avaient les tiers contre un contrat administratif était d'agir à l'encontre des actes détachables du contrat (comme par exemple la décision de signer le contrat...).

Ce régime des actes détachables était devenu extrêmement complexe, notamment depuis qu'en 1995 s'était greffé sur ce contentieux de l'excès de pouvoir celui de l'exécution.

En effet, les tiers devaient attaquer un acte détachable du contrat devant le juge de l'excès de pouvoir et, si il obtenait la nullité de celui-ci, il devait demander au juge du contrat que s'en suive l'annulation du contrat qui n'était qu'exceptionnelle.

En second lieu, le Conseil d'Etat a choisi l'efficacité de ce nouveau mode de règlement des litiges. Le projet de réforme des directives sur les recours en matière de marchés publics a alors exercé son influence.

En effet, la proposition de directive modifiant les directives 86/665 et 92/13 sur les recours en matière de marchés publics instaurait l'obligation d'instituer des recours permettant de faire déclarer sans effet un marché passé illégalement.

Après la lecture de l'arrêt *Tropic Travaux*, la directive 2007/66 du 11 décembre 2007 modifiant les directives précitées a finalement disposé que, dans le cas

d'illégalité tenant notamment au fait qu'un marché ait été passé de gré à gré, le recours doit permettre de faire constater que le contrat est dépourvu d'effet.

En dernier lieu, il semblerait que le Conseil d'Etat ait renforcé la sécurité des contrats.

Ce dernier argument peut paraître paradoxal alors que l'ouverture du recours contre les contrats augmente le risque de contentieux.

Toutefois, tel n'est pas le cas lorsque l'ouverture s'accompagne d'une fermeture par le jeu de l'exception du recours parallèle, qui interdit au candidat évincé le recours contre les actes détachables du contrat et, surtout, par l'instauration d'un délai de recours.

En effet, une des sources de l'insécurité juridique liée au contentieux des actes détachables est la possibilité de recours contre la décision de signer, habituellement non publiée (ce qui laissait libre court au délai de recours contre cette décision). Le Conseil d'Etat ne pouvait alors pas admettre le recours des tiers sans indiquer le délai de recours qui est fixé à 2 mois à partir de la publication d'un avis d'attribution du contrat.

b. Un recours de plein contentieux

Le choix a été opéré de faire de ce recours des tiers un recours de plein contentieux devant le juge du contrat qui, jusque là, n'était que juge des litiges entre les parties.

L'insertion dans le plein contentieux présente un avantage au point de vue de la sécurité des contrats, qui tient aux pouvoirs du juge, c'est à dire à ce qu'il peut décider.

En effet, les pouvoirs du juge du plein contentieux sont plus diversifiés et rendent possible l'adaptation du dispositif du jugement à la nature de l'illégalité

(contrairement au recours pour excès de pouvoir où toute illégalité entraîne l'annulation).

En d'autres termes, il est possible d'intégrer à la démarche du juge un bilan similaire à celui qui était déjà fait par le juge de l'exécution pour dire si l'annulation d'un acte détachable entraîne l'obligation de mettre fin au contrat.

Le juge du contrat saisi par un tiers ne prononcera donc pas nécessairement l'annulation du contrat ; la gravité de la mesure prise dépendra de celle de l'illégalité et de l'atteinte à l'intérêt général.

En effet, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, le juge pourra soit prononcer la résiliation du contrat, soit décider la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, annuler totalement ou partiellement le contrat.

Par ailleurs, il convient de remarquer que ce bilan est également encadré par l'article 2 quinquies-3 de la directive « recours » n°2007/66/CE du Parlement Européen et du Conseil en date du 11 décembre 2007, selon lequel il est possible « *de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets* » même s'il est illégal, si « *des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus* ». La directive apporte tout de même une précision en ajoutant que « *l'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effet aurait des conséquences disproportionnées* ». Enfin, il est également précisé que l'intérêt économique directement lié au marché concerné, comme par exemple, le retard dans l'exécution du contrat, ne peut pas être pris en considération.

Au total, la nullité du contrat est difficile à obtenir puisque même si celui-ci est illégal, le juge peut décider de le maintenir pour des raisons d'intérêt général. Il convient alors de se demander si, du fait de l'imprécision des restrictions posées par la directive précitée au maintien d'un contrat illégal, le juge ne pourrait pas de manière abusive se fonder sur les « raisons impérieuses d'intérêt général » pour maintenir des contrats illégaux ?

SECTION 2 : Les recours introduits par l'Ordonnance du 7 mai 2009

L'Ordonnance du 7 mai 2009 modifie le référé précontractuel (paragraphe 1) et introduit un nouveau recours : le référé contractuel (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le référé précontractuel

Le référé précontractuel a été voulu et imposé aux Etats par la Commission des Communautés Européennes. Cette voie de recours a pour finalité de garantir, d'une manière comparable entre les Etats membres de la Communauté Européenne, le respect de certaines obligations pesant sur le pouvoir adjudicateur au cours de la procédure de passation de marchés publics entrant dans le champ d'application des directives sur les marchés publics.

Cette directive a été transposée en France par la loi n°92-10 du 4 janvier 1992 puis par le décret d'application n°92-964 en date du 7 septembre 1992.

Avant de nous intéresser aux contrats pouvant faire l'objet d'une telle procédure (b), il convient de se pencher sur la procédure de référé précontractuel (a).

a. La procédure de référé précontractuel

Il convient tout d'abord de préciser que le recours au référé précontractuel n'est possible qu'avant la signature du contrat contre lequel le recours est intenté. La

signature du contrat rendant le recours en référé précontractuel irrecevable est en principe différée par le juge des référés jusqu'au jour où la décision sera rendue.

Quant aux personnes habilitées à saisir le juge des référés précontractuels des manquements constatés, ce sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat, c'est à dire celles qui ont participé à la procédure de passation contestée ou qui ont été empêchées de soumissionner, et qui sont susceptibles d'avoir été lésées par ces manquements.

Il convient de remarquer que tout candidat n'est plus considéré comme étant lésé du seul fait de l'existence d'un manquement. Il ne peut donc invoquer que les manquements qui ont été commis à son détriment. Il appartiendra alors au juge des référés d'apprécier si l'entreprise qui le saisit se prévaut de ces manquements.

Le représentant de l'Etat (le Préfet) peut également saisir le juge des référés précontractuels lorsque le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local, ainsi que l'Etat, sur demande de la commission européenne, lorsque cette dernière estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'Accord sur l'Espace économique européen a été commise.

Il convient également de préciser que le référé précontractuel confère de nombreux pouvoirs au juge des référés. En effet, selon l'article L.551-8 du code de justice administrative, ce dernier peut « *ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.* »

Le référé précontractuel est donc un recours efficace qui a pour objet de permettre à une instance d'intervenir rapidement, avant la signature du contrat, pour prévenir les manquements du pouvoir adjudicateur lors de la procédure de passation dudit contrat.

Toutefois, en matière de concession d'aménagement des difficultés se posent quant à l'utilisation du référé précontractuel comme mode de règlement du contentieux.

b. Les contrats pouvant faire l'objet d'un recours en référé précontractuel

Les concessions d'aménagements sont, à priori, exclues de la procédure de référé précontractuel prévue à l'article L.551-1 du code de justice administrative. Cependant, l'Ordonnance n°2009-515 en date du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, qui a été prise afin de transposer la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 modifiant la directive « recours », élargit le champ d'application *ratione materiae* de la procédure de référé précontractuel en l'étendant à l'ensemble des « *contrats de la commande publique* », ce qui inclurait alors les concessions d'aménagement.

C'est pourquoi, après avoir le référé précontractuel selon l'ancien article L.551-1 du code de justice administrative (1), nous nous intéresserons au référé précontractuel instauré par l'Ordonnance du 7 mai 2009 (2).

2. Le référé précontractuel selon l'ancien article L.551-1 du code de justice administrative.

Selon les dispositions de l'ancien article L.551-1 du code de justice administrative, « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L.6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public.* »

Il convient alors de constater que cet article énumère de façon limitative les catégories de contrat pouvant faire l'objet d'un référé précontractuel, les concessions d'aménagement n'en faisant pas parti.

C'est d'ailleurs ce que remarquait la commune X dans l'affaire que j'ai traitée au cours de mon stage. Pourtant, dans son jugement en date d'avril 2009, le juge des référés en a décidé autrement et s'est déclaré compétent pour connaître de cette affaire.

Pour cela, il a apparenté la concession d'aménagement dont il était question à un des contrats visés aux articles 1 et 2 de l'Ordonnance n°2005-649 du 7 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, visée à l'article L.551-1 du code de justice administrative.

En effet, celui-ci a considéré « *que la concession d'aménagement faisant l'objet de la procédure de mise en concurrence dont il s'agit confie au cocontractant l'aménagement, dans un périmètre donné, d'ouvrages comprenant des équipements publics destinés à être remis au concédant et des biens immobiliers de nature privée dont la gestion et la commercialisation est laissée au concessionnaire ; que les ouvrages appelés à être remis à la commune [X] en qualité de concédant, après leur réalisation par le concessionnaire, sont constitués par des voies publiques de circulation et les réseaux publics d'assainissement, d'alimentation en eau, électricité et gaz ainsi que d'éclairage et de téléphone et des espaces verts ; que, dans ces conditions, et nonobstant que l'opération porte également sur la construction de biens immobiliers privés réalisée par le concessionnaire et pour son compte, le contrat dont il s'agit doit être regardé comme étant au nombre de ceux visés aux articles 1 et 2 de l'Ordonnance du 7 juin 2005 précitée et par voie de conséquence figure parmi les contrats pour lesquels l'article 24 de cette même ordonnance dispose que s'applique la procédure organisée par l'article L.551-1 du code de justice administrative* ».

Or les articles 1 et 2 de ladite Ordonnance portent sur des marchés publics. Il semblerait alors que, pour se déclarer compétent, le juge des référés ait assimilé la concession d'aménagement passée par la commune X à un marché public. Néanmoins, il ne requalifie pas cette concession en marché public et applique par la suite le régime applicable aux concessions d'aménagement et non aux marchés publics !

Ce raisonnement « déroutant » semble alors indiquer la volonté du juge d'intégrer les concessions d'aménagement aux contrats pouvant faire l'objet d'un recours en référé précontractuel.

Celle volonté paraît alors bien fondée à partir du moment où le référé précontractuel a été créé afin de sanctionner rapidement (avant la signature du contrat) le non-respect des procédures de passation par le pouvoir adjudicateur, et donc le non respect les règles de publicité et de mise en concurrence, et que désormais, depuis la loi du 20 juillet 2005, les concessions d'aménagement sont soumises à des règles de publicité et de mise en concurrence semblables à celles des marchés publics, alors qu'elles ne l'étaient pas avant.

C'est également ce qui ressort de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 modifiant la directive « recours » dont la transposition a été opérée en droit français par l'Ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

3. Le référé précontractuel instauré par l'Ordonnance du 7 mai 2009

L'Ordonnance du 7 mai 2009 relatives aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique transpose en droit interne la directive européenne 2007/66/CE dite « directive recours » en date du 11 décembre 2007. Cette directive a pour objectif d'améliorer l'efficacité des procédures de recours applicable en matière de passation des marchés publics.

Il convient alors de remarquer que cette directive renforce le recours précontractuel existant en combinant d'une part, une obligation pour le pouvoir adjudicateur de s'abstenir de signer le contrat pendant un certain délai (10 jours) suivant la décision d'attribution du marché et d'autre part, l'effet suspensif de l'exercice d'un recours précontractuel contre cette décision.

L'ordonnance du 7 mai 2009 introduit alors en droit français les éléments nécessaires à la transposition de la directive et notamment, celle-ci rénove le référé précontractuel, et, notamment en élargissant le champ *ratione materiae* de la procédure du référé précontractuel.

Celle-ci formule alors une définition plus unitaire de la commande publique et rompt ainsi avec l'énumération antérieure des contrats concernés par la procédure du référé précontractuel.

En effet, en vertu des nouveaux articles L.551-1 et L.551-5 du code de justice administrative, le référé précontractuel a désormais pour objet d'assurer le respect des « obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs [ou les entités adjudicatrices] de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public ».

Il s'agit alors d'une définition plus abstraite et conceptuelle de la commande publique permettant d'ajuster le champ de la procédure de recours au référé précontractuel sur celui des obligations de publicité et de mise en concurrence, ce qui semble intégrer, outre les délégations de service public, les marchés publics et les contrats de partenariat, des contrats qui y échappaient avant, en particulier certains contrats immobiliers dont les concessions d'aménagement. C'est en ce point que réside le changement majeur apporté à la procédure de référé précontractuel.

En effet, et comme nous l'avons étudié dans le premier chapitre, la concession d'aménagement est un contrat administratif passé par un pouvoir adjudicateur (l'Etat et les collectivités territoriales ainsi que leurs établissements publics). L'objet de la concession d'aménagement porte en outre, sur la conception et la réalisation de travaux publics. Enfin, le concessionnaire est rémunéré substantiellement par les résultats de l'opération d'aménagement.

Il convient alors de remarquer que la concession d'aménagement semble faire partie des contrats de la commande publique visés par le nouvel article L.551-5 du code de justice administrative, il faudra néanmoins attendre que le Conseil d'Etat ou le législateur nous éclaire un peu plus sur cette définition de la commande publique pour en être sûr.

Il convient tout de même de préciser que désormais le caractère suspensif lié à l'exercice du référé est automatique, le juge perd alors son pouvoir d'enjoindre de différer la signature du contrat.

Les personnes habilitées à agir sont les mêmes qu'auparavant et la signature du contrat rend toujours irrecevable le recours en référé.

Enfin, la transposition de la directive devant être réalisée avant le 20 décembre 2009, les dispositions de l'Ordonnance du 7 mai 2009 seront alors applicables aux contrats pour lesquels une consultation est engagée à partir du 1^{er} décembre 2009.

Paragraphe 2 : Le référé contractuel

L'apport majeur de la directive européenne du 11 décembre 2007 est la création d'un nouveau recours : le référé contractuel transposé en droit interne par l'Ordonnance du 7 mai 2009.

Ce recours a été conçu afin que les contrats entachés de graves irrégularités soient réattribués rapidement. Il a la même finalité que le référé précontractuel, qui est de prévenir, corriger et sanctionner les manquements aux obligations de publicité

et de mise en concurrence auxquels sont soumis les contrats de la commande publique.

a. Le champ d'application ratione materiae

Les contrats concernés par le référé contractuel sont les mêmes qu'en matière de référé précontractuel, c'est à dire ceux visés par les nouveaux articles L.551-1 et L.551-5 du code de justice administrative et notamment, les concessions d'aménagement.

L'article L.551-15 du code de justice administrative précise cependant que le référé contractuel *« ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de 11 jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité »*.

A priori, et selon une étude réalisée par Jean-François LAFAIX, maître de conférence à l'université Paris II, intitulée *« La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique »* (issue de la revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur *« Contrats et Marchés publics »* de juillet 2009, page 6), la première exclusion concerne les marchés négociés de l'article 35-II du code des marchés publics et les marchés de moins de 20.000 euros, c'est à dire les marchés lorsque les circonstances justifient une telle absence de publicité en vertu de l'article 28 du même code.

La deuxième exclusion, quant à elle, semble concerner principalement les marchés à procédure adaptée ainsi que les contrats passés selon une procédure restreinte car ces candidats ont reçu au début de la phase de sélection des offres

communication du refus de leur candidature et des motifs de celui-ci. Ils n'ont ensuite pas à être informé.

b. Le champ d'application ratione personae

Comme en matière de référé précontractuel, les personnes habilitées à exercer le recours en référé contractuel sont celles visées par les articles L.551-10 et L.551-14 du code de justice administrative, c'est à dire celles qui « *ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats.* »

Il faut donc, comme en matière de référé précontractuel, que l'entreprise qui saisit le juge du référé contractuel se prévale de manquements susceptibles de l'avoir lésée ou qui risquent de la léser.

Cependant, le second alinéa de l'article L.551-14 du code de justice administrative dispose que le référé contractuel « *n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L.551-1 ou à l'article L.551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L.551-4 ou à l'article L.551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.* »

Il convient alors de remarquer que le référé contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant formé un recours en référé précontractuel et ce, indépendamment des moyens évoqués. L'exercice du référé précontractuel rend donc irrecevable celui du référé contractuel.

Le demandeur devra donc choisir entre l'exercice du référé précontractuel et celui du référé contractuel en précisant que, s'il opte pour la première solution, celui-ci devra soulever tous les moyens susceptibles d'être invoqués puisqu'ensuite il ne pourra pas former un référé contractuel.

Il convient également de remarquer que ce nouveau recours est ouvert aux candidats lésés et au Préfet qui disposent déjà, comme nous l'avons vu précédemment, d'un recours post contractuel avec le recours ouvert par l'arrêt *Tropic Travaux* ou le déféré préfectoral.

Se pose alors un problème de coexistence de ces recours. Nous allons nous intéresser dans un premier temps aux recours ouverts aux candidats évincés (1) et dans un second aux recours ouverts au Préfet (2).

1. Les recours ouverts aux candidats évincés

Les candidats évincés peuvent désormais exercer deux recours post contractuels : le recours de l'arrêt *Tropic* et le référé contractuel, sauf lorsqu'est en cause une illégalité qui ne se rapporte pas aux obligations de publicité et de mise en concurrence puisque dans ce cas, le référé contractuel n'est pas ouvert.

Il convient alors de s'interroger sur l'opportunité de ces deux recours puisque tous les deux peuvent aboutir à la suspension de l'exécution du contrat ou à son annulation.

L'avantage du recours en la forme des référés est qu'il implique un délai de jugement plus bref et la suspension automatique de l'exécution du contrat. Cependant, celui-ci ne permet pas aux candidats de demander des dommages et intérêts, ce qui implique que ces derniers devront introduire une autre requête à cette fin.

Au surplus, le délai pour agir est plus court en matière de référé (1 mois) qu'en matière de plein contentieux (2 mois).

Toutefois, l'usage du référé contractuel est soumis à des conditions plus restrictives que celui du recours *Tropic* puisque, comme nous l'avons vu précédemment, certains contrats sont exclus (marchés négociés, marchés passés selon une procédure adaptée...), et que l'usage du référé précontractuel rend irrecevable le recours au référé contractuel.

Au total, le recours en référé contractuel, lorsqu'il est possible, s'avère tout de même plus opportun que le recours *Tropic* car il permet de sanctionner ou de régulariser rapidement les contrats entachés d'illégalités, et donc d'éviter de trop lourdes conséquences comme par exemple annuler un contrat de concession alors que celui-ci a déjà été exécuté.

2. Les recours ouverts au Préfet

Désormais, le Préfet peut également exercer deux recours post contractuels : le référé contractuel ou le déféré préfectoral. Se pose alors la question de l'opportunité de chacun des recours.

Comme les autres requérants, le Préfet est soumis aux mêmes restrictions en matière de référé contractuel.

Cependant, la différence essentielle est que le juge de l'excès de pouvoir, qui statue sur les déférés préfectoraux a des pouvoirs moins étendus que le juge du référé contractuel. En effet, lorsque celui-ci connaît d'une illégalité, il ne peut qu'annuler l'acte illégal alors que le juge des référés contractuels peut résilier le contrat, mais il peut aussi décider de le maintenir contre l'infliction de pénalités financières.

Au total, le référé contractuel apparaît donc, lorsqu'il est possible, plus opportun que les autres recours post contractuels. Cependant, la coexistence de cette pluralité de recours pose un problème d'autorité de la chose jugée dont il appartiendra au législateur ou à la jurisprudence de clarifier la situation. Par exemple prenons le cas le plus problématique : lorsqu'un candidat évincé forme un recours en référé précontractuel et qu'ensuite il introduit un recours *Tropic* alors qu'un autre candidat évincé forme, quant à lui un référé contractuel, et que le Préfet introduit en parallèle un déféré préfectoral.

Chapitre 4 : Le nouveau régime juridique des concessions d'aménagement

Comme nous l'avons étudié précédemment, le droit communautaire et le droit français ne partagent pas la même vision du contrat de concession d'aménagement.

Depuis des années la Commission européenne « surveille » alors de très près la législation française en matière de concession d'aménagement afin que celle-ci se conforme au droit communautaire.

En effet, rappelons que le régime juridique des concessions d'aménagement antérieur à la loi de 2005 avait été condamné par la CJCE dans un arrêt en date du 7 décembre 2000, *Teleaustria*.

Puis, à la suite de la retentissante affaire opposant la société SOGEDIS à la commune de Cilaos (où la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, dans un arrêt en date du 9 novembre 2004, reprenant un principe retenu par la CJCE, avait annulé une convention passée sans aucune formalité préalable de publicité et de mise en concurrence), accompagnée d'un début de procédure en manquement engagée par la Commission européenne (procédure finalement classée), le législateur a adopté, il y a quatre ans, la loi n°2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement ainsi qu'un décret du 31 juillet 2006 organisant la procédure de passation de ces contrats.

Toutefois, bien que la loi de 2005 ait été adoptée pour rendre conforme le droit interne au droit communautaire, le nouveau régime des concessions d'aménagement n'en était pas pour autant validé.

Confortée par la jurisprudence *Auroux*, la Commission européenne, dans un communiqué de presse en date du 27 juin 2007, a par ailleurs indiqué qu'elle envisageait une nouvelle procédure d'infraction à l'encontre de la France.

C'est ainsi que, sous la pression communautaire, un décret vient d'être pris.

En effet, afin de se conformer au droit communautaire, le décret n°2009-889 en date du 22 juillet 2009 revient sur le décret du 31 juillet 2006 et crée trois types de procédures : deux procédures pour les concessions d'aménagement d'un montant supérieur au seuil européen de 5 150 000 euros HT, et une procédure pour les concessions d'aménagement inférieures à ce seuil.

Le code de l'urbanisme régissant la passation des concessions d'aménagement a donc été modifié. Désormais, la section II des dispositions liminaires du livre III de ce code relative aux concessions d'aménagement comporte trois sous-sections intitulées : « *Procédure relative aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des concessions* » (paragraphe 1), « *Procédure relative aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des marchés* » (paragraphe 2), et « *Procédure relative aux autres concessions d'aménagement* » (paragraphe 3).

Avant de s'intéresser à ces trois procédures, il convient de remarquer que ce décret modifie en profondeur les seuils de passation et leurs modalités de calcul. En effet, selon l'ancien article R.300-5 du code de l'urbanisme, le seuil était calculé à partir du « *montant total des travaux nécessaires à la réalisation des équipements qui seront remis au concédant par le concessionnaire* ». Désormais, selon les nouveaux articles R.300-4, R.300-11-1 et R.300-11-7 du code de l'urbanisme, le seuil est calculé à partir du « *montant total des produits de l'opération* ».

Paragraphe 1 : La procédure relative aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des concessions

Comme son nom l'indique, cette première procédure s'apparente aux concessions de travaux prévues par le titre III de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 et est régie par les articles R.300-4 à R.300-11 du code de l'urbanisme.

Elle concerne les concessions d'aménagements dont le montant total des produits de l'opération est supérieur 5.150.000 euros HT et dont le concessionnaire assume « une part significative du risque de l'opération ».

S'agissant des modalités de publicité et de mise en concurrence, un avis conforme au modèle communautaire doit être publié dans un journal d'annonces légales ou une publication spécialisée, et ce, au moins un mois avant la date butoir de présentation des candidatures. Cet avis doit présenter les caractéristiques essentielles de l'opération d'aménagement projetée, c'est à dire son objet, sa localisation et les principes de son financement.

Cet avis doit également être publié au Journal Officiel de l'Union européenne au moins 52 jours avant la date limite de réception des candidatures. Ce délai peut être réduit de sept jours si la transmission est faite par voie électronique.

Enfin, un avis d'attribution doit obligatoirement être publié dans les 30 jours suivant le choix de l'attributaire de la convention.

Pour ce qui est de la procédure elle-même, celle-ci est laissée à la discrétion du concédant.

Paragraphe 2 : La procédure relative aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des marchés

Comme son nom l'indique, cette deuxième procédure rattache les concessions d'aménagement aux marchés publics de travaux communautaires et est régie par les articles R.300-11-1 à R.300-11-6 du code de l'urbanisme.

Elle concerne les concessions d'aménagement dont le montant total des produits de l'opération est supérieur à 5.150.000 euros HT mais dont le concessionnaire n'assume pas une part significative du risque.

La particularité de cette procédure est que l'aménageur est désigné au terme de la procédure prévue en matière de contrat de partenariat, c'est à dire par l'Ordonnance du 7 juin 2004 pour les conventions de l'Etat et de ses établissements publics ou par les articles L.1414-1 et suivants du code général des collectivités territoriales pour les conventions des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

En la matière, le programme fonctionnel doit alors indiquer au minimum les caractéristiques essentielles de la concession d'aménagement et le programme global prévisionnel des équipements et des constructions projetés ainsi que les conditions de mise en œuvre de l'opération.

S'agissant des règles de publicité et de mise en concurrence, ce sont les mêmes que pour les concessions « soumises au droit communautaire des concessions », c'est à dire qu'un avis d'appel public à la concurrence et un avis d'attribution doivent être publiés au JOUE.

Quant à la procédure, il peut s'agir d'un appel d'offre ou d'un dialogue compétitif. Les critères de choix devant être pondérés ou, si cela est impossible, hiérarchisés.

Paragraphe 3 : La procédure relative aux autres concessions

Cette procédure concerne alors les concessions d'aménagement dont le montant total des produits de l'opération est inférieur au seuil de 5.150.000 euros HT et est régie par l'article R.300-11-7 du code de l'urbanisme.

Cet article indique seulement que ces conventions d'aménagement doivent faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence adaptées, selon les modalités fixées par le concédant en fonction de la nature et des caractéristiques de l'opération envisagée.

CONCLUSION

Comme nous l'avons vu tout au long de ce devoir, le droit français en matière de concession d'aménagement divergeait en de nombreux points du droit communautaire, ce qui générerait une source d'insécurité juridique obligeant les collectivités territoriales à faire preuve de vigilance et de prudence lors de la passation de contrats de concession d'aménagement.

Désormais, avec le décret du 22 juillet 2009 en vigueur au 1^{er} Août 2009, le régime juridique des concessions d'aménagement a été modifié en profondeur afin de conformer le droit français au droit communautaire.

Il est alors question aujourd'hui de concessions d'aménagement « *soumises au droit communautaire des concessions* » et de concessions d'aménagement « *soumises au droit communautaire des marchés* ». Mais qu'en est-il vraiment des concessions d'aménagement, contrats *sui generis*, en droit français ?

En effet, il convient alors de s'interroger sur le devenir des concessions d'aménagement « à la française » puisqu'il semblerait que ce décret ait franchi la première étape de leur suppression en les rapprochant à des concessions de travaux ou à des marchés publics de travaux, comme le préconisait le droit communautaire.

Il convient également de s'interroger sur les risques de contentieux liés d'une part au renforcement des recours en matière de contrats de la commande publique avec l'Ordonnance du 7 mai 2009 et, d'autre part, à la requalification du contrat avec ce rapprochement des différentes procédures de passation : il pourra être difficile de déterminer à l'avance si le risque économique sera significatif ou non afin de déterminer la procédure à suivre.

Les collectivités territoriales devront alors redoubler de vigilance lorsqu'elles seront amenées à passer des contrats de concessions d'aménagement afin d'éviter une requalification de leurs contrats.

BIBLIOGRAPHIE

- « Droit des contrats administratifs » de Laurent Richer –Editions L.G.D.J 2008
- « Dictionnaire permanent : Commande publique » - Editions législatives
- « Dictionnaire permanent : Construction et urbanisme » - Editions législatives
- « Lamy droit public des affaires » de Lucien RAPP – Editions Lamy 2009
- « Droit public des affaires » de Sophie NICINSKI – Editions Montchrestien 2009
- « Droit des contrats administratifs » de Christophe GUETTIER – Presses Universitaires de France Editions 2008
- « Droit administratif » de Philippe FOILLARD – Paradigme Editions 2008
- « Pratique des référés précontractuels » de Paul CASSIA - Editions Litec 2008
- « Le mémento du référé précontractuel » de Aldo SEVINO – Eyrolles Editions 2008
- « La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique » Etude de Jean-François LAFAIX, *Contrats et Marchés publics*, Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur, juillet 2009 p.6
- « Pour une défense de la concession d'aménagement » Chronique de Jean-François BIZET, *Bulletin juridique des contrats publics* n°57, p.74
- « Contradictoire et contentieux des concessions d'aménagement » Chronique de Jenny GRAND D'ESNON, *AJDA*, 27 juillet 2009 p.1433

ANNEXES

- Ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique
- Décret n°2009-889 du 22 juillet 2009 relatif aux concessions d'aménagement