

Le nouvel équilibre financier des contrats de concession

L'article L. 1121-1 du Code de la commande publique modifie profondément l'équilibre financier des contrats de concession, en les dotant d'un régime juridique nouveau de nature à relancer leur attractivité, et ce tant en amont lors de la phase de passation des contrats qu'en aval lors de leur exécution.

Vecteur historique des opérations d'aménagement structurantes de l'État, le contrat de concession a permis le développement des grandes infrastructures nationales, qu'il s'agisse de chemin de fer, de métros, d'aménagements urbains, de réseaux autoroutier, d'éclairage public, de réseaux d'eau, d'électricité ou de télécommunications. Aujourd'hui encore, au-delà de ces grands projets nationaux dont le « CDG Express » (train rapide reliant Paris à l'aéroport de Roissy en vingt minutes) constitue une illustration récente⁽¹⁾, le contrat de concession reste le mode contractuel privilégié par les acteurs publics locaux pour le développement d'équipements de proximité tels que les équipements sportifs et culturels.

Défini au fil du temps par de « grands arrêts » du Conseil d'État, le régime juridique de la « concession à la française » ne faisait cependant l'objet d'aucune définition légale. En l'absence de tout cadre législatif, la jurisprudence a dès le départ imposé le critère financier comme un marqueur déterminant ; d'abord présenté comme un contrat confiant à un tiers l'exploitation d'un service public à ses « risques et périls » et en contrepartie du droit de percevoir des « redevances sur les usagers », le législateur a ensuite consacré dans un texte *ad hoc* le critère financier des concessions en précisant que la rémunération du concessionnaire devait nécessairement

Auteur

Olivier Laffitte
Avocat associé
Cabinet FMA Avocats

Mots clés

Amortissement des investissements • Droits réels • Indemnisation • Prix • Résiliation • Risque d'exploitation

(1) Le décret approuvant le contrat de concession relatif au projet CDG Express est paru au *Journal officiel* du 16 février 2019.



être « substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service »^[2].

Ce critère financier est paradoxalement celui qui limita, dans les années 1990, le recours aux contrats de concession. Au-delà des stricts débats juridiques sur les contours flous du critère susvisé, dès lors que le terme « substantiellement » pouvait donner lieu à toutes les interprétations, c'est la logique financière elle-même de ces contrats qui constituait un obstacle à leur développement. De nombreux projets ne pouvaient plus en effet faire l'objet d'un préfinancement bancaire par les opérateurs industriels, soit que le risque d'exploitation était considéré comme trop important et les empêchait de trouver une banque prête à les financer, soit que les redevances à percevoir sur les usagers afin de limiter ce risque étaient trop élevées et devenaient politiquement inacceptables. Face à cette difficulté systémique de « bancabilité » des projets, le contrat de concession connut un certain déclin au profit d'un mécanisme d'origine anglo-saxonne, le partenariat public-privé, introduit dans le droit français par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, et dont les caractéristiques garantissaient au cocontractant du secteur public une rémunération connue à l'avance et exempte de tout risque d'exploitation. Critiqué pour le poids et les risques financiers qu'il faisait peser sur le secteur public, le PPP semble aujourd'hui réservé à des projets d'une complexité particulière^[3], tandis que le régime du contrat de concession a été redéfini afin de lui permettre de conserver son intérêt pour le secteur public tout en évitant les inconvénients qui avaient compromis son utilisation par le secteur privé.

Ainsi, et dans le prolongement de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur les concessions, la nouvelle définition donnée par l'article L. 1121-1 du Code de la commande publique modifie profondément l'équilibre financier des contrats de concession, en les dotant d'un régime juridique nouveau de nature à relancer leur attractivité, et ce tant en amont lors de la phase de passation des contrats qu'en aval lors de leur exécution.

Le nouvel équilibre financier des concessions lors de la phase de passation du contrat

La sécurisation de l'acteur public et du concessionnaire

● La protection de l'acteur public par une définition plus claire du risque d'exploitation

[2] Loi n° 2011-1168 du 11 décembre 2011 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite loi « MURCEF ».

[3] TA Marseille 12 février 2019, req. n° 1709848, 1709963 et 1710044.

En définissant le contrat de concession comme « un contrat par lequel une (...) autorité concédante (...) confie l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix », l'article L. 1121-1 du Code de la commande publique sécurise le critère d'identification d'une concession, en rappelant qu'une concession « implique toujours le transfert d'un risque d'exploitation de nature économique »^[4] et en précisant que « la part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de telle sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable ». Enfin, en ajoutant que « le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions normales d'exploitation, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés », l'article L. 1121-1 précité définit les contours financiers du nouveau critère d'identification des concessions.

Dans ce contexte, des contrats dont la qualification s'avérait délicate, dès lors que ni les critères classiques d'un marché public ni ceux d'une concession ne se trouvaient réunis^[5], pourront désormais recevoir une qualification sur la base du critère de l'existence d'un aléa économique potentiel, comme le Conseil d'État l'a clairement indiqué dans sa décision du 24 mai 2018 relative à un contrat de gestion de mobiliers urbains, en qualifiant ce dernier de concession de services au regard de l'existence d'un aléa réel dans la commercialisation par le cocontractant des espaces publicitaires^[6].

● La protection du concessionnaire par la reconnaissance d'un droit au retour sur investissement

Par principe « aux risques et périls » du concessionnaire, la durée d'une concession était fonction des prestations demandées et ne pouvait, en cas d'investissements à la charge du concessionnaire, dépasser « la durée normale d'amortissement »^[7] des installations correspondantes. Le Conseil d'État avait par ailleurs ajouté que la durée devait permettre au concessionnaire de couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement « compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers »^[8].

Bien que prolongeant les critères définis antérieurement, l'article R. 3114-2 du Code de la commande publique précise que la durée standard d'une concession ne doit normalement pas dépasser cinq ans, et qu'au-delà, la durée du contrat ne pourra excéder « le temps

[4] Considérant n° 18 de la directive 2014/UE/23 citée *supra*.

[5] CE 15 mai 2013, req. n° 364593.

[6] CE 25 mai 2018, req. n° 416825.

[7] CGCT, art. L. 1411-2.

[8] CE 11 août 2009, req. n° 303517.

raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés (...) avec un retour sur les capitaux investis », ajoutant ainsi aux paramètres déjà existant celui d'un droit au retour sur investissement.

Désormais donc, la durée d'une concession pourra inclure le temps normalement nécessaire au concessionnaire pour réaliser un profit (et plus seulement amortir ses investissements), modifiant *de facto*, au profit du concessionnaire cette fois-ci, l'équilibre économique antérieur des contrats de concession.

La sécurisation du contrat par l'élargissement de son objet

● La fin du critère du service public

Initialement réservée aux opérations d'externalisation d'activités de service public, le nouveau régime juridique des concessions est de nature à bouleverser le panorama français en la matière. En effet, l'article précité L. 1121-1 du Code de la commande publique ne fait plus aucune référence à la notion de service public, modifiant ainsi la frontière traditionnelle entre marché public et concession, dès lors qu'un contrat de concession pourra être utilisé pour toute activité d'intérêt général, que celle-ci soit constitutive ou non d'un service public^[9].

Ce faisant, cette modification a pour effet d'une part de transformer les délégations de service public en une sous-catégorie obéissant au même régime juridique que les concessions (comme le précise expressément l'article R. 1411-1 du CGCT) et d'autre part, de permettre l'externalisation de missions d'intérêt général jusqu'alors internalisées par le secteur public. Enfin et surtout, l'absence de toute référence à une activité de service public permet désormais d'envisager le développement de concessions multi-activités qui conduiront à une modification profonde et déterminante de l'équilibre économique des contrats de concession.

● Concessions multi-activités et équilibre économique global

Par un arrêt de principe en date du 21 septembre 2016^[10], le Conseil d'État a en effet posé les bases d'un nouvel équilibre financier des contrats de concession. Dans cette décision, qui constituait le premier éclairage jurisprudentiel sur le nouveau régime des concessions, le Conseil d'État a indiqué « qu'aucune disposition législative ni aucun principe général n'impose à la collectivité publique qui entend confier à un opérateur économique la gestion de services dont elle a la responsabilité de conclure autant de conventions qu'il y a de services distincts », et a ajouté « qu'elle ne saurait toutefois, sans méconnaître les impératifs de bonne administration ou

les obligations générales de mise en concurrence qui s'imposent à elle, donner à une délégation un périmètre manifestement excessif ni réunir au sein de la même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux ».

Désormais donc, les personnes publiques pourront confier à un concessionnaire unique la responsabilité de la gestion de plusieurs activités d'intérêt général, relevant ou non d'un service public, dès lors qu'elles pourront démontrer l'existence d'un lien cohérent entre ces activités. En effet, et comme le proposait le rapporteur public, M. Gilles Pélissier, dans ses conclusions sur cette affaire, « seul le regroupement au sein d'une même convention de services n'ayant manifestement aucun lien entre eux constituerait un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de mise en concurrence ». Dans ce cadre, il ne fait guère de doute que la possibilité désormais offerte par le Conseil d'État de combiner différentes activités (de service public ou non), plus ou moins rentables, au sein d'un même contrat sera de nature à limiter très fortement l'aléa économique, sans pour autant le faire disparaître totalement. Autrement dit, la bancabilité des projets s'en trouvera renforcée, sans que pour autant n'apparaisse un risque de requalification du contrat. Cette amélioration de l'équilibre financier permettra bien évidemment d'assurer un préfinancement privé du projet à des conditions particulièrement favorables, ce qui bénéficiera tant au cocontractant privé en charge du préfinancement, qu'au secteur public qui pourra de ce fait réduire d'autant les subventions jusqu'alors nécessaires.

Le nouvel équilibre financier des concessions lors de la phase d'exécution du contrat

Sécurisation financière durant la vie du contrat

● Diversification des sources de revenus

En permettant une diversification des sources de revenus du concessionnaire, le nouveau régime juridique des concessions vise à sécuriser l'équilibre financier de ces contrats.

Ainsi, et à titre d'illustration, les articles L. 3132-2 et L. 3132-3 du Code de la commande publique prévoient la possibilité d'octroyer au concessionnaire des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise sur le domaine public, autorisant *de facto* la constitution de sûretés de nature à faciliter le financement de ses investissements, ainsi que la possibilité de conclure des baux ou droits réels d'une durée excédant celle de la concession. En outre, il convient de souligner les potentialités nouvelles offertes par l'arrêt du Conseil d'État précité du 21 septembre 2016. Ainsi, et à côté des sources déjà existantes de revenus en provenance des redevances sur les usagers, des subventions d'investissement et des compensations pour obligation de service public

[9] CE 3 décembre 2010, Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin, req. n° 338272.

[10] CE 21 septembre 2016, SAGS, req. n° 399656.



versées par le concédant, le concessionnaire pourra bénéficier de revenus tirés d'activités rentables (pouvant ne pas relever d'un service public), compensant celles moins rentables.

Enfin et surtout, comme le précise l'article L. 1121-1 précité, la contrepartie de l'engagement du concessionnaire sera soit le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit ce « droit assorti d'un prix ». Autrement dit, la concession peut désormais prévoir le versement d'un prix payé par la partie publique à son co-contractant, à l'image de ce qui existe dans le cadre d'un marché public. Enfin, il convient de relever qu'en ce cas, le concessionnaire bénéficiera d'un régime de cession « Daily » de la créance relative à ce prix particulièrement avantageux, dès lors qu'il pourra faire l'objet d'une acceptation sur la totalité de son montant, les limitations de l'article L. 313-29-2 du Code monétaire et financier ne s'appliquant pas en effet aux contrats de concession.

● Évolutivité du contrat

Sans revenir en détails sur la technique dite de financement de projet couramment utilisée en matière de concession, nous rappellerons cependant que le préfinancement bancaire de ces projets repose sur la capacité du concessionnaire-emprunteur à démontrer sa capacité à exploiter l'ouvrage ou le service concédé de manière à générer suffisamment de recettes pour couvrir les échéances de remboursement de son prêt. Dès lors, les prêteurs et le concessionnaire portent une attention particulière aux mécanismes de modifications du contrat susceptibles de garantir une adaptabilité suffisante pour assurer en permanence l'équilibre financier du contrat sur lequel repose son préfinancement.

À cet égard, et s'éloignant des pratiques antérieures résultant de jurisprudences floues, l'article R. 3135-1 du Code de la commande publique permet désormais aux parties de prévoir les conditions des modifications futures de leur contrat, en disposant que « le contrat de concession peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ».

Sécurisation financière en fin de contrat

● Une nouvelle assiette d'indemnisation

Enfin, le nouvel équilibre économique des concessions est assuré par une meilleure prise en compte des impacts financiers d'une éventuelle fin anticipée du contrat, à savoir les modalités d'indemnisation du concessionnaire-emprunteur en cas de recours de tiers aboutissant à une résiliation du contrat, voire à sa disparition rétroactive en cas de prononcé de sa résolution par le juge. Dans un tel cas en effet, les incertitudes liées au régime jurisprudentiel et extracontractuel d'indem-

nisation applicable étaient de nature à empêcher tout préfinancement bancaire du projet en cas de recours de tiers, et donc à bloquer dès le départ la mise en œuvre du contrat. Pour éviter ce blocage, la pratique des « accords autonomes » s'était imposée, afin de créer un lien contractuel entre le concédant et les prêteurs à la fois direct et distinct par rapport au contrat de concession, dans le but de contractualiser les modalités d'indemnisations applicables en ce cas. Cette technique de l'accord autonome soulevait cependant un certain nombre de questions quant à son efficacité juridique.

Ainsi, et afin de mettre fin à cette incertitude, le législateur français a-t-il décidé d'intégrer au nouveau régime des concessions, un dispositif *ad hoc* défini aux articles L. 3136-7 et L. 3136-8 du Code de la commande publique, aux termes desquels « en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge faisant suite au recours d'un tiers, le concessionnaire peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'autorité concédante », parmi lesquels figurent « les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat y compris, le cas échéant, les coûts pour le concessionnaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat ».

● La survie de l'indemnisation contractuelle

Outre ce nouveau droit commun de l'indemnisation du concessionnaire en cas de fin anticipée du contrat, le législateur a entendu permettre aux parties de convenir contractuellement des modalités d'indemnisation applicables y compris en cas d'annulation juridictionnelle du contrat de concession.

À cet égard, l'article L. 3136-9 du Code de la commande publique prévoit en effet que « lorsqu'une clause du contrat de concession fixe les modalités d'indemnisation du concessionnaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat de concession par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat », et survit ainsi à toute annulation rétroactive.

À l'évidence donc, le nouveau régime juridique des contrats de concession, tel que prévu par le Code de la commande publique, est de nature à sécuriser l'équilibre financier de ces contrats, qui devraient, si les acteurs publics et privés savent s'en emparer, redevenir l'outil stratégique de développement de l'action publique au plan national comme au plan local.