

Le modèle français de la concession: conquête ou concurrence?

par Gilles J. Guglielmi

*Professeur de droit public
à l'université Paris-II (Panthéon-Assas)
CERSA*

Puisque le point de vue selon lequel un modèle concessif aurait conquis l'Europe a été défendu, il me paraît nécessaire de soutenir immédiatement le point de vue inverse et – sans même entrer dans le constat de la diversité, en Europe, des instruments juridiques servant de cadre à des prestations rendues au public – de montrer à quel point le type idéal français de la concession se trouve aujourd'hui minoré par l'émergence de formes contractuelles nouvelles. Ce n'est pas pour autant que la concession serait moins adaptée aux opérations qu'elle permet effectivement de réaliser en France ou dans le monde, ni qu'elle se trouverait disqualifiée par rapport à des contrats plus récents ou plus exotiques. Mais à tout le moins, certaines précisions s'imposent quand on s'attache à comparer des institutions juridiques nées dans des pays distincts, à des époques différentes et selon des modalités diverses. Il ne paraît plus possible de présenter la concession comme le contrat central ou emblématique du savoir faire français en matière de montage contractuel, tout comme il ne serait pas soutenable de déconnecter le succès attribué à la formule française appelée concession, de l'objet de ces contrats qui est avant tout la gestion du service public.

Le titre de la table ronde évoque donc, de la concession, un « modèle français ». Il faut dès lors s'entendre sur le sens du vocable « concession ». Il ne paraît pas possible de considérer la concession en tant que modèle si on s'en tient à son acception large, c'est-à-dire celle par laquelle on désignait, dès avant la loi du 29 janvier 1993, les divers contrats déléguant la gestion du service public : concession nommée, affermage, régie intéressée, gérance et potentiellement “tout contrat nommé ou innomé par lequel un entrepreneur est chargé de l'exécution même du service public”. Le modèle français, s'il en existe un, est celui de la concession en tant que forme contractuelle précisément définie, celle que le commissaire du gouvernement Chardenet a gravée d'un stylet d'acier dans le marbre de Carrare des grands arrêts du droit administratif: “ *contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution d'un service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public*” (dans ses conclusions sur l'arrêt *Gaz de Bordeaux*¹). La théorie juridique française ne s'est pas trompée sur le caractère emblématique de ce contrat, qu'elle s'était déjà employée à qualifier comme contrat « ayant pour but d'assurer un service public » (arrêt Thérond) avant même que n'apparaisse la catégorie, devenue aujourd'hui plus large, de contrat administratif (arrêt des Granits).

Pourtant, la concession ainsi définie ne correspondait pas, même au début du XX^{ème} siècle, à l'ensemble des besoins contractuels relatifs à la gestion du service public. Elle était en quelque sorte concurrencée, à l'intérieur du système juridique français lui-même, par d'autres formes de contrats, dont la plus contemporaine et la plus notable quant aux enjeux économiques est certainement la régie intéressée². Cette tendance à la diversification s'est d'ailleurs confirmée à la fin du siècle, où la création en 1993 d'une catégorie législative, la délégation de service public, n'a pas diminué le nombre ni les types de montages contractuels complexes, ni empêché la

¹ CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, *Rec. CE*, p. 125, *RD publ.* 1916.206 et 388, note Jèze.

² CE, 6 avr. 1895, Deshayes, *Rec. CE*, p. 344 ; CE, 19 janv. 1912, Marc et Béranger, *Rec. CE*, p. 75 (exploitation du service de gaz à Paris).

consécration par ordonnance d'une nouvelle forme de contrats « globaux » sous l'appellation « contrat de partenariat ». Enfin, la construction de la Communauté européenne, en ce qu'elle a trouvé un champ d'application privilégié dans l'ouverture de la commande publique à la logique du marché unique, a déterminé dans les trente dernières années une concurrence externe et, en raison de sa valeur juridique, potentiellement absorbante du type idéal français de concession.

Concurrence interne: la diversification des formes contractuelles

Le type idéal français de concession, loin de permettre une conquête, a été immédiatement concurrencé par des formes de contrats déjà différentes, dans lesquelles la rémunération ne provient pas des redevances, au point que la jurisprudence administrative a dû finalement étendre cette définition du premier « modèle français », aux contrats prévoyant une rémunération tirée d'une façon ou d'une autre de l'exploitation. Cette évolution, annoncée on le sait, dans les conclusions du commissaire du gouvernement Dutheillet de Lamothe³, avait été – on le sait moins – régulièrement soutenue par le Professeur Delvolvé, notamment dans un cours donné à l'Institut d'Etudes politiques de Paris en 1981-1982 et dont il reste des traces non seulement mémorielles mais photocopiées.

Il faut constater aussi que l'affermage s'est bel et bien affirmé progressivement, par différenciation, comme un contrat de nature distincte de la concession⁴. La pratique administrative n'en a tiré les conséquences que tardivement⁵ et la jurisprudence ne l'a expressément reconnu qu'à partir de l'arrêt Commune d'Elancourt⁶.

Enfin, en se tournant cette fois vers le présent et l'avenir – on passera sur la régie intéressée et sur la gérance dont les régimes, distinctifs de la concession, ont été clarifiés en 1999⁷, c'est-à-dire bien longtemps après les conclusions de Chardenet –, il apparaît assez nettement que la diversification des formes contractuelles se poursuit.

Car la diversification ne se borne pas à la précision et à la distinction du régime des formes contractuelles classiques, elle se prolonge aussi par l'apparition de formes nouvelles. C'est ainsi que les contrats de partenariat (initialement « partenariats public-privé » dans diverses lois spéciales du 29 août 2002, du 9 septembre 2002, du 4 septembre 2003) ont été institués par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004. Or, bien qu'il puisse s'élever des controverses sur son régime rapporté à son objet, cette forme contractuelle peut au fond concurrencer la concession.

Certes, le contrat de partenariat a été conçu pour régler des questions de financement et de construction d'ouvrages, et ne vise pas à *titre principal* l'activité de gestion du service public développée à partir de l'ouvrage. Néanmoins, il est inévitable que ces activités existent en tant que

³ sur CE Ass., 16 avr. 1986, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, *Rec. CE*, p. 97, *RD publ.* 1986, p. 847, concl. Dutheillet de Lamothe, *AJDA* 1986, p. 284, chron., *RFD adm.* 1987.2, notes P. Delvolvé et F. Moderne, *JCP* 1986.20617, note M. Guibal.

⁴ CE, 6 janv. 1971, Société Eau et Gaz, *Rec. CE*, p. 1.

⁵ Circ. 17 mars 1980, portant application du cahier des charges type pour l'exploitation en affermage d'un service de distribution d'eau : *Recueil des modèles*, Doc. Fr. 1987, p. 309.

⁶ CE, 29 avr. 1987, Commune d'Elancourt, *Rec. CE*, p. 153, *RFD adm.* 1987.525, concl. Robineau, *AJDA* 1987, p. 543, obs. X. Prétot.

⁷ CE, 7 avr. 1999, Commune de Guilhaierand-Granges, *AJDA* 1999, p. 517, concl. Bergeal; R. Schwartz, « Réflexion sur l'avenir de la gérance après l'arrêt Guilhaierand-Granges », *Rev. concess.* 1999, n° 5, p. 11; CE, 30 juin 1999, Synd. mixte du traitement des ordures ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais, *AJDA* 1999.714, concl. Bergeal, note Peyricat; *RFD adm.* 1999, p. 875; *CJEG* 1999, p. 344; Petites affiches, 28 févr. 2000, p. 10, note Boiteau; *Rev. concess.* n° 5, juin 1999; *Droit de l'Environnement*, 1999, n° 73, p. 3, note Blondel.

de besoin dans un certain nombre de cas où le fonctionnement du service public est indissociable de l'équipement financé. Dans ces cas, les contrats de partenariat comprennent dans leur objet matériel une délégation de gestion du service public, soumise à un texte spécial (l'ordonnance du 17 juin 2004 ou les lois précédentes) et à un régime particulier. Ces contrats permettent bel et bien de structurer un fonctionnement qui aurait pu autrement donner lieu, au moins en partie, à un contrat de concession.

La genèse de ce texte montre assez clairement que de grandes entreprises privées souhaitent, grâce à ce nouveau type de contrat, « vendre » des opérations de type concessif de façon plus globale, plus intégrée, en y incluant l'immobilier et le financement.

Par ailleurs, en raison des conditions d'utilisation exigées par l'ordonnance, le contrat de partenariat ne peut être mis en œuvre qu'après évaluation de l'urgence et de la complexité technique ou financière de l'opération. Or précisément, cette condition pourrait bien aboutir à poser le contrat de partenariat en concurrent de la concession sur les opérations les plus stratégiques, les plus volumineuses, bref les plus importantes, et à ne laisser aux concessions que les opérations les plus simples et les plus répétitives, bref les moins valorisantes.

Enfin et surtout, deux dimensions de la décision de gestion peuvent directement affecter le choix de recourir ou non à une concession « classique ». Le coût et le risque. Pour ce qui est du coût, la globalisation du contrat de partenariat lui confère un net avantage en atténuant, par intégration verticale, les coûts supportés par les opérateurs privés. Il apparaît clairement que concevoir et construire un équipement qu'il faudra faire fonctionner permet de prendre des décisions optimisant les choix d'investissement initiaux⁸. Et surtout, pour ce qui est du risque, il apparaît que les contrats de partenariat réalisent un partage très différent. Tout d'abord, ils privilégient une rémunération directe du partenaire privé par la personne publique. Ensuite, en intégrant le financement, ils permettent de s'adosser à des mécanismes de garantie, de refinancement et d'assurance couramment utilisés en droit privé. Enfin, ils minorent le risque lié à la demande (« volume »), cause traditionnelle d'un niveau élevé des fonds propres exigés et des taux pratiqués par les banques⁹. Alors que la concession est réputée laisser en principe les risques (au moins d'exploitation, mais parfois certains autres) à la charge du concessionnaire, le partenariat réalise obligatoirement (au moins l'affiche-t-il) un partage des risques entre la personne publique et l'opérateur privé. Vu les priorités du management des entreprises et des projets, nul doute qu'entre les deux formes, la préférence ne soit rapidement acquise à celle qui recèle le moins de risques pour les opérateurs.

Face à cette diversification, le « modèle français de concession » s'il demeure une sorte de référence canonique, ne peut qu'amorcer un recul par rapport à l'évolution du « commerce juridique ».

La concession est en effet une forme très typée et bien connue, qui convient à des situations répertoriées et répétitives. Il s'agit en quelque sorte d'un *produit standard*. Mais dans la perspective d'un « déplacement du curseur » entre personnes publiques et personnes privées, ou tout simplement d'une sophistication des demandes des personnes publiques ou des usagers, son cadre assez rigide est avantageusement remplacé par la souplesse que confère le recours à d'autres formes contractuelles mieux adaptées à de nouveaux objets.

De toutes façons, ce point de vue interne est aujourd'hui modifié, du fait que le cadre normatif de référence, qui tend de surcroît à introduire de nouvelles catégories juridiques dans le droit français des contrats publics, est dorénavant celui de l'Europe.

⁸ On peut en revanche douter que cette méthode minimise les coûts d'une évolution ultérieure de l'équipement en fonction des besoins du public et de la décision stratégique des personnes publiques.

⁹ Comme l'a montré un article récent, co-écrit par une titulaire du diplôme que nous fêtons aujourd'hui : A. Ruellan et A. Hugé, *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision*, *AJDA* 2006, p. 1597.

Concurrence externe: l'absorption européenne

Sans revenir sur l'historique des négociations entre la Commission et initialement le gouvernement français¹⁰, bientôt rejoint par d'autres, l'attitude de l'exécutif de la Communauté à l'égard de la logique concessive peut être caractérisée comme la répétition de tentatives d'assujettissement des concessions au droit européen des marchés publics (de travaux ou de services). Aujourd'hui, c'est par rapport à la commande publique en général, c'est-à-dire à un putatif « droit commun européen des contrats publics », que ces tentatives sont relayées. Significativement, elles le sont par l'utilisation d'une notion de partenariat public-privé (PPP) bien plus large que la notion française, puisqu'elle englobe notamment, au-delà de tous les contrats associant personnes publiques et privées, les partenariats réalisés au moyen d'acte unilatéraux.

Pour ne reprendre les derniers développements, postérieurs à l'accueil plus que réservé donné à sa communication sur les concessions de 2001, la Commission a ainsi inauguré un nouveau schéma représentatif en intitulant un livre vert du 30 avril 2004, « Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions »¹¹. Dans celui-ci, la Commission annonce qu'elle « pourrait envisager de soumettre la passation de tous les PPP contractuels, qu'ils soient qualifiés de marchés publics ou de concessions, à un régime de passation identique » en se fondant pour cela sur l'éventualité d'une « insécurité juridique, liée à la difficulté d'identifier *a priori* la répartition des risques d'exploitation entre les partenaires » qui serait « fréquemment présente dans le cadre de la passation de certains PPP de type purement contractuel ».

Certes, la Commission indique dans une communication ultérieure¹², qu'elle y a renoncé pour l'instant, mais le motif invoqué, tiré des consultations menées auprès des Etats membres à la suite du livre vert, est à l'évidence sujet à des évolutions au gré du temps et des intérêts des Etats. La dernière communication ne manque pas de souligner que « L'expérience des PPP est en constante évolution. L'ensemble des parties prenantes, y compris les autorités nationales et la Commission, tirent en permanence des enseignements de l'expérience pratique acquise à la suite de l'application du droit communautaire à ces partenariats. »¹³, ce qui n'est qu'une façon de rappeler que, à tout moment la concession peut faire l'objet d'une inclusion dans un ensemble plus vaste que seraient les PPP au sens européen et d'une soumission à un régime commun aux marchés publics.

En réalité, c'est par le biais des concessions que la Commission entend reprendre la main en matière de législation et, comme par un front inversé, c'est l'objectif des PPP auquel se retrouve assujettie la forme concessive. En effet la consultation du livre vert « a fait apparaître la nécessité d'un cadre législatif stable et cohérent pour l'attribution de concessions au niveau de l'UE, notamment en vue de réduire le coût des transactions (en faisant diminuer les risques juridiques) et plus généralement en renforçant la concurrence. De nombreuses parties prenantes ont fait valoir qu'une sécurité juridique et une concurrence renforcées dans le domaine des concessions représenteraient un moyen pratique de promotion des PPP, ce qui permettrait d'accroître la contribution financière privée au projet à une période où les budgets publics sont soumis à des

¹⁰ On se permettra de renvoyer à notre ouvrage, GUGLIELMI G. J. et KOUBI G., *Droit du service public*, Montchrestien, coll. Domat, dans son édition de 2000, n° 621 à 631.

¹¹ COM (2004), 327 final.

¹² Communication de la Commission du 15 novembre 2005 « concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions », COM (2005), 569 final, 2.1.

¹³ *ibid.*, 2.4.

contraintes sévères. »¹⁴. Ces contraintes, soit dit en passant, sont imposées par l'Union et le pacte de stabilité, alors même que la Commission a rappelé par ailleurs que « une grande partie des PPPs dans l'UE sert à financer des projets d'infrastructure et majore l'investissement public. Pour les finances publiques, la conséquence principale d'un tel choix par rapport à l'investissement public traditionnel est la transformation de dépenses fixes à effectuer d'avance en flux de créances à venir. Cette pratique est fondée sur le plan microéconomique puisqu'elle permet une efficacité accrue sans compromettre les objectifs publics. Il est important d'éviter que le recours aux partenariats en question soit de plus en plus motivé par la volonté de contourner les contraintes budgétaires en faisant « sortir » les dépenses en capital des budgets publics. Ce faisant, le coût total des projets peut augmenter, et aller donc à l'encontre de l'objectif de viabilité des finances publiques. »¹⁵.

Par ailleurs, ne pouvant pas obtenir immédiatement l'inclusion qu'elle souhaite dans un droit unique de la commande publique, et devant faire face à la jurisprudence de la Cour (de l'arrêt *Telaustria* à l'arrêt *Parking Brixen*), la Commission envisage comme une étape de produire un encadrement juridique unique pour toutes les concessions. Selon elle, « il est probable que les principes généraux découlant du Traité CE devront être explicités clairement au moyen d'une législation communautaire sur l'attribution des concessions. La législation, qui couvrirait à la fois les concessions de travaux et de services, fournirait une délimitation claire entre les concessions et les marchés publics. Elle nécessiterait une publicité adéquate de l'intention d'attribuer une concession et définirait les règles applicables à la sélection des concessionnaires sur la base de critères objectifs et non discriminatoires. D'une manière plus générale, ces règles viseraient à appliquer le principe d'égalité de traitement à l'ensemble des participants à la procédure d'attribution. »¹⁶. Autant dire que la concession pourrait se voir rapidement dotée d'un régime juridique de droit européen contraignant, de nature à figer un peu plus encore son caractère canonique et à reporter l'intérêt et la créativité des juristes sur des formules moins balisées.

Dans un tel contexte, on pourrait presque penser que, d'un point de vue de stricte analyse juridique, la question « conquête ou concurrence? » est sans objet. Le modèle français de concession ne se distinguera plus très nettement dans un régime général de droit européen. En revanche, les potentialités de la notion juridique de PPP englobent (en droit britannique mais aussi de la Communauté européenne) non seulement les rapports contractuels entre entreprises privées et personnes publiques, mais aussi les formes institutionnelles (fondation de personnes juridiques communes) et unilatérales, conception que valorise la Commission dans son livre vert sur le sujet¹⁷. Surtout, en dehors de la seule concession, il ne faut pas mésestimer l'originalité de la pratique contractuelle et de la législation françaises qui sont en réalité, avec celles de l'Italie, de l'Espagne et du Royaume-Uni, à la fois les plus abouties relativement aux PPP, et les moins connues dans les autres Etats membres, notamment d'adhésion récente.

Finalement, le modèle français de concession n'est peut-être pas avant tout un modèle juridique. Le succès des entreprises françaises en la matière est ancien et ne saurait, sans aberration, être posé en conséquence de la forme contractuelle dominante qu'elles ont utilisée depuis un siècle. Car la superstructure juridique n'explique ni ne fonde rien. Ce qui est fondateur, c'est bel et bien, avant l'offre contractuelle, avant même la productivité et la compétitivité des opérateurs français, le savoir-faire technologique et industriel, voire organisationnel de ces entreprises, bref c'est la qualité de leurs ingénieurs... ce qui nous ramène à l'économie réelle, évolution naturelle dans la perspective d'études et de recherche en droit public économique.

¹⁴ *ibid.*, 3.2.

¹⁵ Communication de la Commission du 21 mai 2003, Les finances publiques dans l'UEM, COM(2003) 283 final.

¹⁶ Communication de la Commission du 15 novembre 2005, *ibid.* 3.3.

¹⁷ COM(2004) 327 final § 53 et note 52.