



SciencesPo.

Chaire
M.A.D.P.

La contribution du droit communautaire à la rationalisation du droit espagnol des concessions administratives

Elisenda MALARET

Professeur de Droit Administratif, Université de Barcelone

Texte préparé pour le Séminaire, Sciences Politiques

Paris, 25 janvier 2008

Introduction

R. FERNANDEZ DE VELASCO initie sa « théorie juridique des concessions administratives » en affirmant que les concessions portent sur les travaux publics (1918)¹. Cette idée appartenait aux lieux communs du droit administratif espagnol dès la deuxième moitié du XIX siècle jusqu'aux années soixante du XX siècle quand avec la Loi des Contrats de l'Etat la concession de travaux publics disparaît de la liste de contrats administratifs typiques. L'état du droit était moins évident

Cette affirmation de l'auteur -qui a sûrement écrit le plus grand nombre de pages sur les contrats administratifs²- dérive de la Loi des Travaux publics (1877)³ qui contemple directement la possibilité que « les particuliers et les compagnies puissent aussi construire et exploiter des ouvrages publics moyennant l'octroi de concessions »⁴.

¹ Publié par la Revista de Derecho privado, Madrid

² Il est aussi l'auteur de *Contratos administrativos*, ed. Librería General de Victorino Suarez, Madrid, 1927

³ LTP qui a été considéré comme étant en vigueur jusqu'en 1995, En effet elle apparaissait dans toutes les recompilations de textes juridiques administratifs des différentes maisons éditrices et notamment dans la *Legislación administrativa* de E. Garcia de Enterría/A. Escalante, de Civitas

⁴ Art 52 et suivants

Auparavant, l'Instruction pour promouvoir et exécuter les travaux publics adopté en 1845 –premier texte s'occupant de la matière- disposait que les travaux pouvaient être exécutés "par *contrata*⁵, *entreprise*⁶ ou administration⁷". C'est-à-dire que dans le premier cas, "l'administration satisfait dans des délais fixes les montants établis pour les travaux que les cocontractants s'obligent à exécuter dans un temps donné et sous des conditions déterminées", l'administration paie donc le prix stipulé. Dans le deuxième cas, "l'administration passe un contrat avec les privés pour l'exécution des travaux et cède en paiement les produits et les revenus de ceux-ci".

1965, la notion de concessions de travaux publics n'apparaît pas dans la Loi des contrats de l'état qui s'occupe seulement des contrats portant sur « l'exécution des travaux publics », des contrats de gestion de services publics » et des « contrats de fournitures ». Toujours dans la même période –la dictature franquiste-, quelques années auparavant, en 1955, le Règlement des Services des *Corporations*⁸ locales avait établi que la concession de services publics puisse contempler « la construction d'un ouvrage ou équipement et la gestion consécutive du service auquel celui-ci fût affecté »⁹ ; par contre, la concession de travaux publics ne figurait dans ce texte.

1972, la loi sur la construction, conservation et exploitation des autoroutes en régime de concession établit un régime économique et financier spécial – et très favorable- pour les sociétés concessionnaires. Le texte de la loi ne précise pas la nature juridique de ces concessions. Travaux publics ? Services publics ?

1974, la loi sur les routes prévoit la possibilité que les routes puissent être exploitées par des entreprises privées « par n'importe quel système de gestion des services publics établi par la loi des contrats de l'état ». « La construction, conservation et exploitation des routes suivra le régime établi pour les autoroutes »¹⁰. L'absorption de la concession de travaux par la concession de

⁵ Nous avons conservé l'expression originale pour montrer qu'il ne s'agit pas de la distinction entre contrat et acte unilatéral.

⁶ L'expression originale éclaire très bien la portée, le sens, le rôle du privé. L'appel est fait à une organisation plus complexe, à une institution économique, puisqu'il faut assurer une exploitation de longue durée.

⁷ C'est l'administration à travers ses propres services qui réalise les travaux.

⁸ La notion de Collectivités –Locales- est méconnue par le droit espagnol, qui par contre, utilisait à l'époque la notion d'origine médiévale de Corporation qui avec la Constitution a été abandonnée.

⁹ Le droit administratif espagnol ne connaît pas la distinction entre travaux et ouvrage et utilise une seule expression.

¹⁰ Arts. 29 et 29 de la Loi sur les Routes. Après la Constitution et l'adoption des Statuts d'Autonomie des communautés autonomes, certains CCAA ont adopté des Lois dans ce domaine.

services publics semble recevoir la sanction de la Loi. La doctrine prône la disparition de la concession de travaux publics.

1995, la concession de travaux publics réapparaît dans la Loi des contrats des Administrations Publiques qui transpose le paquet des Directives travaux, services et fournitures de 1992-1993. GOMEZ FERRER dans les commentaires à cette loi exprime bien la position majoritaire de la doctrine, «la concession de travaux publics, une figure qui a eu une extraordinaire importance pendant le XIX siècle, qui semblait avoir disparu comme figure autonome, absorbée par la concession de service public et qui maintenant réapparaît de manière différenciée»¹¹.

Nous examinerons dans les pages qui suivent le sens et la portée des éléments recensés dans cette présentation introductive.

I. Concession de travaux publics, concession domaniale, concessions de service public

1) Quelques données à propos du système du droit des contrats publics en Espagne

Le droit administratif espagnol connaît la catégorie des contrats administratifs¹². Par contre le droit administratif espagnol ne connaît pas la distinction entre concessions et marchés publics, cette dernière notion ne trouve pas d'équivalent dans notre système juridique.

Les concessions de travaux publics et les concessions de services publics sont des contrats administratifs –et en tant que tels sont soumis à la législation générale des contrats administratifs, bien que en matière de concessions de service public, la discipline sectorielle l'emporte-, par contre la nature contractuelle de la concession domaniale partage la doctrine juridique; la position majoritaire s'incline pour une considération comme acte unilatéral. La Loi du patrimoine des Administrations Publiques (2003) n'a pas tranché le débat¹³ bien qu'elle a renforcé le caractère concurrentiel de la procédure d'octroi de ces concessions. La question de la nature juridique –acte ou contrat- est difficile de résoudre sur le plan général étant donné le caractère détaillé des réglementations sectorielles –comme par exemple en matière de concessions

¹¹ "El contrato de obras. La concesión de obras públicas como contrato", R. GÓMEZ-FERRER (dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, ed. Civitas, 1996, p. 604

¹² J.R. PARADA: *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, ed. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1963

¹³ L. PAREJO dans son commentaire ne s'occupe même pas de la question, «El régimen de la utilización de los bienes y derechos del dominio público», C. CHINCHILLA (coord.): *Comentarios a la Ley 33/2003, del patrimonio de las Administraciones públicas*, ed. Civitas, Madrid, 2004, p. 434 et ss.

domaniales hydriques- ; en fait la Loi sur le patrimoine opère dans ce domaine de manière supplétoire.

Du point de vue de la répartition des compétences entre ordres juridictionnels, la compétence correspond au contentieux administratif d'accord avec les critères généraux d'attribution établis par la Loi de la Juridiction contentieuse (1998), c'est-à-dire présence de l'Administration Publique et activité soumise au droit administratif.

Par conséquent, les concessions de services publics et les concessions de travaux publics doivent respecter la législation des contrats administratifs. Par rapport au contenu de ce droit des contrats administratifs -qui a actuellement une origine exclusivement législative- la place des travaux publics est centrale. Ainsi, si l'on peut affirmer que l'origine de l'institution de la concession se trouve dans la concession de travaux publics dans son rôle de forme d'exécution des travaux publics¹⁴, l'origine du droit des contrats administratifs se trouve aussi dans le contrat de travaux publics qui a fonctionné dans le passé comme droit général des contrats administratifs¹⁵.

Deux précisions supplémentaires. L'existence de contrats administratifs présuppose celle des contrats privés de l'administration publique ; une distinction fondée sur le différent objet contractuel. Mais à côté de cet élément qui ne retiendra pas notre intérêt il faut tenir compte de l'effet produit par une conception très stricte d'administration publique; une conception très formaliste qui s'accompagne par contre d'une large possibilité en matière d'organisation de créer des personnes juridiques disposant d'un statut de droit privé –soit directement par leur forme comme c'est le cas pour les sociétés ou les fondations- soit par le régime qui discipline l'activité. Le résultat est le suivant et il dépend dans les chiffres concrètes des Administrations envisagées: mais il est possible que plus d'un 40% des contrats publics ait une nature juridique privé à cause de ce facteur.

Le ventail des contrats administratifs est très réduit, les contrats nominatifs – les contrats nommés et disposant d'une discipline juridique complète- sont considérés comme des contrats typiques et leur nombre est très réduit¹⁶. Bien sûr à côté de ce nombre réduit de contrats typiques, les contrats administratifs

¹⁴ F.J. MESTRE DELGADO : *La extinción de la concesión de servicio público*, ed. La ley, Madrid,, 1992

¹⁵ Ainsi était prévu dans la Loi des contrats de l'état (1965) qui prévoit de manière détaillé le régime juridique de ce contrat et, par contre, discipline de manière minimale le contrat de gestion de services publics et le contrat de fourniture, les deux autres contrats typiques.

¹⁶ Actuellement après la Loi des contrats du secteur public, contrats de travaux publics, contrat de concession de travaux publics, contrats de gestion de service public, contrat de fournitures, contrat de services et contrat de collaboration.

spéciaux peuvent exister¹⁷, mais sa portée est limitée à partir du moment où le contrat administratif de services a été introduit par la LCAP (1995).

2) L'émergence de la concession de travaux, sa progressive perte d'identité dans le flou de la banalisation de la concession de services publics : quelques traces d'une perspective historique nécessaire¹⁸

L'histoire du XIX siècle peint l'Espagne caractérisée par un État faible, malgré les périodes de dictature et de suspension des droits et des libertés¹⁹. Cette faiblesse de l'État et de son administration trouve dans les guerres civiles qui ont ravagée pendant une bonne partie du XIX siècle une explication certaine. Une situation de conflit qui contribuait à poser de manière aiguë le problème crucial d'un manque permanent de ressources publiques et qui rendait encore plus compliqué la construction et conservation des infrastructures nécessaires à la construction d'un marché national.

Dès 1845 la réglementation des travaux publics est envisagée. Au début tout juste une Circulaire (1845), plus tard une loi (1877). Malgré la promulgation de lois de travaux publics ayant une vocation générale, les travaux publics n'ont jamais connu de régime juridique uniforme ; la réglementation générale a vite connu des dérogations dans des domaines significatifs : travaux hydrauliques, lignes de chemins de fer, ports, routes et notamment travaux d'aménagement urbain²⁰ ainsi que toute une panoplie d'équipements (hôpitaux, universités), même si ils étaient réalisés par le secteur public.

Cette affirmation doit être nuancée, étant donné que l'orientation de la législation sur les contrats administratifs a visé fondamentalement le contrat de travaux publics²¹, qui est considéré par la doctrine comme la source du régime des contrats administratifs. Cette idée est si prégnante qu'il est communément admis que le « principe d'exécution aux risques et périls » est né dans le cadre

¹⁷ La LCE prévoyait déjà cette figure.

¹⁸ Nous reprenons dans ce chapitre, avec des modifications, une partie de l'exposé présenté dans le Colloque *Partenariat public-privé et collectivités territoriales*, célébré à Paris (décembre 2001) à l'initiative de la Caisse des Dépôts et publié par la suite.

¹⁹ Une donnée pour illustrer cette affirmation. La ville de Barcelone, la plus grande ville de l'Espagne à l'époque et centre industriel par excellence, a connu pendant le 19^{ème} siècle seulement trois ans sans suspension du régime constitutionnel des droits et des libertés (ce qui signifie que l'autorité militaire se substituait au gouverneur civil).

²⁰ MENENDEZ REXACH, A. "Introducción", JIMENEZ DE CISNEROS, F.J.: op.cit, et GOMEZ FERRER, R.: « El contrato de obras. La concesión de obras públicas », GOMEZ FERRER (dir), GOMEZ-FERRER, R. (dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, po.cit.

²¹ V. E. GARCIA DE ENTERRIA/T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de derecho administrativo* (I), Civitas, Madrid, 2000 (10 éd.).

des contrats de travaux publics, lié à l'exigence d'un prix certain et trouve son fondement dans le caractère limitatif du budget²². Les travaux d'aménagement urbain ont toujours été soumis à un régime juridique particulier (dans le cadre des différentes lois portant sur les opérations urbaines) et même, soustraits à la législation sur les contrats administratifs²³; l'instrument utilisé, la convention, qui est moins encadré par la loi, permet une négociation plus large.

La circulaire de 1845 disposait que les travaux pouvaient être exécutés "par *contrata, entreprise* ou administration". C'est-à-dire que dans le premier cas, l'administration paie donc le prix stipulé ; c'est le type actuel du contrat de travaux publics ordinaire. Dans le deuxième cas, c'est la formule actuelle de concession. Enfin, le dernier cas est celui de la réalisation "directe de toutes les opérations"²⁴.

Dans le schéma initial de la circulaire l'exécution par un contrat avait la priorité face à la réalisation par « *entreprise* » qui était subsidiaire. « Préférence » pour le contrat quand il y avait des ressources suffisantes pour satisfaire le cocontractant par la rétribution des travaux ; seulement « quand le projet exige des sommes d'argent considérables, que l'administration n'est pas en conditions d'apporter », il faudra réaliser les travaux par « *entreprise* ». Il faut remarquer que par la suite, comme à l'origine, le recours à cette dernière formule fut considéré comme une solution d'exception à laquelle on devait normalement préférer le recours à un entrepreneur devant être payé directement par l'État.

Ces règles établissant les conditions de réalisation de travaux publics montrent très bien la méfiance envers les subventions aux entreprises²⁵.

Par contre, la préférence n'était pas stricte par rapport à l'exécution directe des travaux par l'administration²⁶. L'on peut même signaler que, quand il s'agissait des travaux hydrauliques, la préférence était alors au contraire en faveur de l'administration²⁷, idée défendue avec véhémence par des secteurs importants de la doctrine de l'époque²⁸.

²² GOMEZ-FERRER, R. op.cit.

²³ GOMEZ-FERRER, R. op.cit.

²⁴ La régie du droit administratif français.

²⁵ JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J.: *Obras públicas e iniciativa privada*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1998

²⁶ Equivalant au procédé de la régie propre au droit administratif français.

²⁷ DE LA QUADRA, T. "La ejecución de obras por la administración", GOMEZ-FERRER, R. (dir.): op. cit.

²⁸ MARTÍN RETORTILLO, S.: *Aguas públicas y obras hidráulicas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1966

Dans un premier moment, une distinction était faite de manière très claire entre les travaux publics exécutés par des entreprises auxquelles l'administration avait recours à cause de l'absence de ressources publiques et le fait que certaines entreprises privées prennent des initiatives pour la réalisation desquelles elles demandaient la déclaration d'utilité publique pour pouvoir ainsi bénéficier des avantages que cette déclaration entraînait, notamment celle de bénéficiaire de l'expropriation forcée. Ce dernier cas suppose en fait la réalisation de travaux d'intérêt public –puisque l'ouvrage devait être ouvert à l'usage général²⁹- réalisées par initiative privé bénéficiant d'avantages – subventions, occupation du domaine public, expropriation forcée- ; la concession était octroyée pour une période maximale de 99 ans, susceptible d'être prolongée par une loi.

Mais, cette distinction initiale se diluera dans la pratique. Dans les deux hypothèses l'élément essentiel et caractéristique a été le mode de "entreprise" - une entreprise qui deviendra "concession" sous l'influence de la doctrine ³⁰- et surtout la réalisation d'opérations dans un domaine où la notion de travaux publics opère au sens large.

Ainsi, la loi de 1877 a désigné comme travaux publics ceux qui étaient déclarés d'utilité publique. Cette déclaration s'accompagnait d'une concession ; parallèlement la construction d'ouvrages privés à destination privée sur des terrains du domaine public pouvait aussi être autorisée par une concession d'occupation. Même si les différentes concessions avaient un régime juridique distinct – octroyées selon des procédures unilatérales ou bilatérales - la communauté d'objet finira par les rendre similaires.

La concession de travaux publics fut l'institution protagoniste des grands travaux publics et notamment de la construction des chemins de fer³¹, jusqu'à l'absorption de celle-ci au début du XX^{ème} siècle par la concession de services publics, une absorption qui au début ce produit de fait pour plus tard être consacrée par les textes. Les conséquences pratiques de cette transformation ont été notables. On les reprendra par la suite, signalons maintenant comment la mutation de la nature de l'objet visé a supposé le **déplacement du principe de « gestion aux risques et périls » vers le principe d'équilibre financier** et la perte des limites nets de l'objet de la concession. Ainsi la pratique d'ajouter des « prolongements » de voie, si ce

²⁹ Routes, chemins de fer, ports, canaux d'irrigation ou de navigation, assainissement de terrains insalubres (art 7 LTP, 187)

³⁰ COLMEIRO, M.: *Derecho administrativo especial*, Madrid, 1850. Cet auteur initie la conception de la concession comme délégation de facultés administratives, puisque l'administration confie à l'entreprise la satisfaction d'un besoin commun.

³¹ Une analyse critique et une démonstration de comment les mauvaises pratiques de ce secteur ont « contaminé » la vision et la conception de la concession de travaux publics jusqu'à lui faire perdre son identité, A. RUIZ OJEDA : *La concesión de obra pública*, ed. Civitas, madrid, 2006p. cit

n'est la construction de voies nouvelles moyennant un prolongement de la période a conduit à un bouleversement total de données initiales.

L'incapacité de l'État espagnol de se placer sur des bases financières solides a provoqué des crises financières successives qui ont conduit à un bouleversement des règles établies au début de la période constitutionnelle. Comme la doctrine de l'époque l'a affirmé, « c'est l'insuffisance du budget qui a conduit à une situation où le contrat d'*empresa* est la règle »³². La crise financière s'est traduite par un recours massif aux capitaux privés par l'intermédiaire de la concession; mais une concession dans laquelle les « risques et périls » ne seront pas l'élément caractéristique. La rémunération par les résultats de l'exploitation de l'ouvrage ou par la perception des redevances sur les usagers est dès l'origine accompagnée d'aides diverses, de subventions et de bénéfices fiscaux. Bref, un financement mixte. La décadence, la liquidation du système de concessions ferroviaires a été accompagnée de la **dénaturalisation de la concession par absence d'une réelle attribution de risque, sans risque effectif il n'y a pas de place pour la contention des coûts**; l'introduction de compensations financières de manière régulière a fini pour être létal pour la concession³³.

La notion de travaux publics a perdu sa force pour structurer les rapports juridiques entre le secteur public et le secteur privé, et cette dilution a été de pair avec la perte d'identité de la concession. Le germe de la confusion, le mélange entre travaux publics, domaine public et service public, apparaît nettement dans la période finale des concessions ferroviaires et dans le régime juridique créé ad hoc pour la construction des autoroutes –de péage-.

La généralisation de la concession a été parallèle à sa banalisation. Elle a perdu son identité juridique dès qu'elle a été conçue comme toute habilitation à une personne privée pour réaliser une tâche publique, travaux ou services. **Le mode de rétribution du concessionnaire s'affaiblissait ou disparaissait directement comme critère d'identification.** La concession de service public deviendra la notion qui sert à désigner toute une série de contrats passés entre l'administration et une personne privée en vue de la gestion d'un service public, sans considération de la forme de rémunération. Un contrat qui souvent a supposé un monopole malgré le critère apparemment restrictif des textes légaux.

Le rappel d'un certain paradoxe, avancé au début, permet peut-être de mieux comprendre la situation espagnole. Ainsi, il est communément admis que la loi de travaux publics de 1877 est en vigueur, quelques-uns affirment même

³² COLMEIRO, op.cit.

³³ A. RUIZ OJEDA: *La concesión de obra pública...*, op.cit

que son schéma conceptuel est encore valide³⁴, mais son application se perd dans la nuit des temps.

La concession est une notion floue dans le droit espagnol. Pourquoi ? Parce que la notion de concession recouvre beaucoup de modalités, beaucoup de rapports d'association entre public et privé, des rapports qui ont en commun « l'admission du privé à une activité que, étant réservée à l'administration, il ne pourrait pas réaliser sans l'accord de celle-ci ». Cette activité requiert une mobilisation de ressources envisagée dans un horizon de longue durée, 99 ans jusqu'à la réforme de la loi des contrats de 1997 qui a établi une limite de 50 ans.

Le long terme permettait la rémunération du privé par les prix payés par les usagers. Mais pas seulement. En effet, les redevances payées par les usagers ne constituaient pas de manière exclusive la source des revenus ; l'administration pouvait et peut encore verser des subventions ou octroyer d'autres genres d'aides³⁵. La législation sur l'administration locale de 1955 avait renforcé cette possibilité; ainsi même la gratuité du service était (et est)³⁶ envisagée ce qui alors suppose que ce soit l'administration qui verse *la subvention* à l'entreprise concessionnaire³⁷. Malgré les limites introduites par le droit positif l'octroi de la subvention pouvait éliminer le risque inhérent à l'idée d'entreprise dans la mesure où il devient un simple instrument pour essuyer le déficit³⁸.

Trois éléments montrent bien cette perte d'identité de la concession et le fait qu'elle recouvre une variété de formules. Ils sont à la fois facteurs et conséquences de cette disparition des traits d'identité de la concession.

³⁴ DE LA CRUZ FERRER, J. "Nuevas perspectivas de la regulación de las infraestructuras", *Nuevo derecho de las infraestructuras*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001

³⁵ En fait l'origine de la subvention se trouve dans ce domaine, G. FERNÁNDEZ FARRERES : *La subvención : concepto y régimen jurídico*, ed. IEF, Madrid, 1983

³⁶ La force de ce texte est très grande puisque malgré les bouleversements introduits par la Constitution et la Loi de bases du Régime local (1985) développée par la suite par les Lois municipales des CCAA, ce Règlement n'a pas fait l'objet d'une complète substitution et il continue à être appliqué par les provinces et les Communes en défaut de textes plus détaillés. En fait, il continue à être présent dans les différents codes des maisons éditrices.

³⁷ Art. 129 RSCL. Notons la confusion puisqu'il ne s'agit pas en propriété d'une subvention mais d'une rémunération du service de la part de l'administration ; la subvention devrait être fixée de façon qu'elle favorise une « bonne et ordonnée administration mais elle ne devra jamais garantir un rendement minimum ni favoriser une augmentation des coûts d'exploitation ». Évidemment à l'époque la question de la discipline communautaire des aides publiques ne se posait pas mais maintenant il faudrait examiner la portée de cette rémunération d'accord avec les critères établis par la jurisprudence de la CJUE.

³⁸ G. FERNANDEZ FARRERES : *La subvención...*, op.cit

D'abord, la disparition du principe de gestion aux risques et périls du cocontractant³⁹. Un aperçu rapide de la jurisprudence et des textes montre qu'il est bien inscrit dans la loi, mais ensuite la pratique l'a fait disparaître comme un élément essentiel de la concession. L'idée qui l'emporte étant la continuité du service public, il faudra adopter toutes les mesures nécessaires pour protéger le gestionnaire privé⁴⁰. Et cette disparition est liée au second élément.

En effet, la rétribution par l'exploitation comme élément distinctif, une rétribution par les redevances payées par les usagers, a perdu de son importance, avec l'apparition d'une rétribution alternative non liée à l'exploitation⁴¹. La rétribution par le prix payé par les usagers, une ressource d'origine privée, a été accompagnée ou même remplacée par d'autres sources de financement, des subventions, des garanties d'emprunt, des avantages fiscaux⁴². Ou, ce qui est plus notable, par l'octroi de prérogatives de puissance publique comme le monopole. Il faut aussi souligner l'importance du fait que les concessionnaires se voient reconnaître la qualité de bénéficiaire de l'expropriation forcée⁴³. Mécanisme sur lequel il faut insister parce que le fait que le concessionnaire ait la condition d'expropriant veut dire que les biens qu'il exproprie n'acquiescent pas immédiatement la qualité de domaine public –bien qu'une certaine controverse se soit suscitée-. Ce qui, du point de vue financement des entreprises privées, a des conséquences.

En résumé, il y a donc eu une perte de centralité de la rémunération par l'exploitation au profit d'une rémunération provenant de ressources publiques directes ou indirectes. La concession pouvait supposer un financement mixte sinon presque public dans certains cas.

La disparition de la concession de travaux publics, absorbée par la concession de service public explique en partie ce phénomène. En effet, l'idée initiale de l'exploitation de l'ouvrage comme mode de rémunération de la construction de celui-ci se dilue. Et il faut noter que c'est dans la construction que se concentrent les risques et les avatars liés strictement à l'opération. Par contre, la gestion du service public ou l'exploitation de l'ouvrage est confrontée à d'autres types de risques, des risques liés à l'évolution de la demande, des risques qui parfois dérivent de transformations sociales et politiques.

³⁹ Dans un ouvrage classique comme celui d'ALBI l'on ne trouve aucune mention au principe, v. *Los modos de gestion de los servicios públicos*, Ed. Aguilar, Madrid, 1960.

⁴⁰ C'est l'approche qui apparaît privilégiée dans le manuel canonique de E. GARCIA DE ENTERRIA/T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, op.cit.

⁴¹ Cette idée apparaîtra beaucoup plus tard avec la télévision commerciale financée par la publicité.

⁴² Une analyse excellente de la politique suivie en matière d'autoroutes de péage, A.RUIZ OJEDA: *La concesión de obra pública*, ed. Civitas, Madrid, 2006

⁴³ Position ou statut juridique qui lui permet d'intervenir activement pendant tout le processus.

Ce qui fait que -dans le rapport concessionnaire/administration,- l'on puisse dire que les deux acteurs sont caractérisés par deux éléments centraux. Tout d'abord, un État faible historiquement, un État qui a toujours eu des problèmes financiers et qui manqué de ressources n'a pas disposé non plus de cadres, de capacités personnelles et techniques lui permettant d'assurer la gestion ordinaire des services, dans un contexte institutionnel et politique qui privilégiait le privé. Et parallèlement, des entreprises qui ont une certaine aversion pour le risque, puis qu'habituees à travailler toujours avec le soutien de l'État.

La concession était conçue et présentée : a) comme l'instrument qui avait permis à l'État libéral d'intervenir dans l'économie puisque l'État était conçu comme incapable de mener des activités économiques, incapable d'exploiter, il avait recours aux entreprises, le dogme de l'incapacité de l'État à être entrepreneur donnait raison de cette approche⁴⁴ ; et b) la concession avait permis de se soustraire aux vagues de nationalisations de l'après guerre. La concession permettait un contrôle puissant de l'État sans réduction des bénéfices privés. Les entreprises étaient habituées à travailler normalement avec l'Etat et puisqu'elles assuraient une activité que revenait à la puissance publique, elles devaient être protégées de tous les avatars. Protection des risques qui génère une culture d'aversion aux risques.

En fait, on ne connaît pas de faillite de concessionnaires, et non pas à cause du régime juridique spécial⁴⁵. La puissance publique s'est toujours employée à trouver un moyen de résoudre les problèmes que pouvait avoir, à un moment donné, le concessionnaire, soit par l'achat des actions de l'entreprise en question⁴⁶, soit par le versement d'une subvention, en tout cas des opérations qui aujourd'hui dans le cadre du droit communautaire seraient considérées comme des aides publiques puisque non susceptibles d'être rattachées à la gestion propre à un entrepreneur privé.

La réduction des risques opérait et opère dans deux directions : a) l'expansion illimitée du principe de l'équilibre financier; et b) parallèlement un *ius variandi*⁴⁷ qui ne semble pas connaître non plus de limites. L'exemple récent des autoroutes illustre bien cette dynamique qui a même conduit à modifier la loi

⁴⁴ V. GARCIA DE ENTERRIA, E. "La actividad industrial y mercantil de los municipios", *R.A.P.*, 1955, 17; GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo* (II), 1960. Idée qui trouve encore des adhérents, SANTAMARIA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo*, Ed. Ceura, Madrid, 2000 (2^e. Ed.)

⁴⁵ Un aperçu historique, A. RUIZ OJEDA

⁴⁶ L'exemple dans les années quatre vingt du tunnel du Cadi illustre bien ces pratiques. L'entreprise concessionnaire devant affronter des pertes considérables étant donnée que les flux routiers ne se correspondaient pas à ce qui avait été prévu comme base pour le calcul des tarifs, la Generalitat de Catalogne a entrepris d'en racheter les actions, par l'intermédiaire d'une société anonyme de propriété entièrement publique.

⁴⁷ Prérogative de modification unilatérale.

pour allonger la période de concession et éviter les aléas causés par la possibilité d'annulations judiciaires.

Ces éléments sont importants parce qu'ils expliquent une certaine vision, une certaine manière de concevoir les rapports public/privé⁴⁸.

Évidemment les transformations liées d'une part à l'avènement de la démocratie et à la responsabilité des autorités qui en est le corollaire, d'autre part à l'intégration européenne et à la globalisation des échanges, ont introduit de nouvelles dynamiques. Ainsi, nous trouvons maintenant certains acteurs publics plus forts, même quelques administrations locales⁴⁹ ou autonomiques qui, disposant de cadres plus professionnels et compétents, ont eu beaucoup plus recours à la concurrence, aux procédures d'appel d'offres pour essayer précisément d'introduire de nouveaux acteurs privés, des dynamiques plus attachées au jeu de l'initiative privée et à son corollaire, le risque.

3) L'évolution du droit positif à partir de la réception du droit communautaire des contrats publics: la réintroduction de la concession de travaux renouvelée, en passant par un retour à la tradition

Avec l'appui direct de la Directive 93/37 du Conseil sur les contrats de travaux, la Loi des Contrats de l'Administration Publique (1995) qui transposait tout le paquet de directives (travaux, services et fournitures) a introduit de manière générale la concession de travaux publics.

La LCAP ne s'est pas limitée à réintroduire la concession de travaux publics dans l'ordonnancement général des contrats administratifs, elle a changé radicalement la conception de celle-ci. En faisant une transposition littérale de la Directive le législateur a introduit une nouvelle vision selon laquelle la concession de travaux est une modalité du contrat de travaux caractérisée par la rémunération du cocontractant, au lieu du droit à recevoir un prix versé par l'administration –qui identifie le contrat de travaux-, celui-ci aura le droit à exploiter l'ouvrage. Une rémunération par l'exploitation qui peut-être accompagné du versement d'un prix par l'administration.

Cette nouvelle conception de la concession n'a pas été accompagnée d'un régime complet spécifique et approprié. Étant une modalité du contrat de travaux, la construction se déroule sous ce régime et par la suite l'exploitation doit être disciplinée par le régime du contrat de gestion de service public; c'est l'application du critère de la combinaison de régimes juridiques. Bien, qu'étant donné l'origine communautaire de la formule, le caractère déterminé de la durée n'est pas en question, au moins du point de vue principal.

⁴⁸ Dans la même direction, A. RUIZ OJEDA, op. cit

⁴⁹ V. MALARET GARCIA, E.: *Público y privado en la Organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Ed. Civitas, 1996

Tout de suite après la législation sectorielle (1996) a repris à nouveau la concession de travaux dans le secteur hydraulique où d'importants travaux devaient (et doivent encore) être accomplis et étant donnée le caractère limité des destinataires ils devraient être financés de manière ordinaire par les usagers⁵⁰.

La réforme de la LCAP en 1999 a introduit des nouveautés aussi dans la discipline juridique de la concession de travaux publics. Ce contrat est caractérisée comme mixte, puisqu'il réunit les prestations d'un contrat de travaux et d'un contrat de gestion de service public, ceci étant l'on devra appliquer le régime juridique du contrat correspondant à la prestation plus importante du point de vue économique. Le législateur a adopté cette fois le critère de la combinaison, ce qui avait été critiqué par le Conseil d'Etat au moment de donner son avis sur le projet de loi. En effet l'haute instance consultative considérait une erreur l'application de ce critère étant donné que les prestations ne coïncident pas dans le temps, puisqu'elles se réalisent de manière successive⁵¹, par contre la Commission Consultative des contrats administratifs avait défendu l'option du contrat mixte⁵².

Les carences en matière d'infrastructures de transport et les besoins suscités pour donner un fort élan à l'accomplissement des prévisions établies dans le Schéma Directeur des Infrastructures (1993-2007) adopté en 1993 ont fait rebondir le débat autour du financement par les usagers de certaines infrastructures –notamment les autoroutes-⁵³.

⁵⁰ V. A. EMBID IRUJO : "Público y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas", *RAP*, 1997, 143

⁵¹ Avis du Conseil d'état, 22 décembre 1998

⁵² Comme elle avait déjà soutenu auparavant par rapport aux autoroutes de péage, avec la conséquence surprenante de considérer comme prestation plus importante l'exploitation de l'infrastructure que sa construction préalable et corolaire de cette opinion, les procédures communautaires de passation ne devant pas être respectées étant donnée la nature de concession de service public des contrats visés. C'est sûrement l'effet ultime de l'absorption de la concession de travaux par la concession de services publics qui quelques années avant avait été constatée par la doctrine. V. J. PEMÁN : « Sobre la regulación de las carreteras en el derecho español : una visión de conjunto », *RAP*, 1992, 129 et R. GOMEZ FERRER: "En torno a la nueva Ley de Autopistas de peaje", *RAP*, 1972, 68

⁵³ Des propos dans cette direction avaient déjà été soulevés par les responsables du Ministère des Travaux Publics du dernier gouvernement socialiste présidé par Felipe Gonzalez. Le nouveau gouvernement du parti populaire issu des élections de mars 1996 a fait directement appel au financement privé des infrastructures comme moyen pour satisfaire à la fois les exigences du pacte de Stabilité et les besoins de ressources liés aux investissements nécessaires pour exécuter le Schéma Directeur d'infrastructures. V. une présentation de ces propos, A. RUIZ OJEDA : « Aplicaciones recientes en materia de financiación privada de infraestructuras en España: entre la financiación presupuestaria diferida y las fórmulas concesionales », A. RUIZ OJEDA/G. MARCOU/J.

La Loi 13/2003, sur le contrat de concession de travaux publics (LCT) a créé un nouveau contrat typique, la concession de travaux publics. Ce n'est plus seulement une modalité du contrat de travaux ; comme corolaire elle détermine de manière précise et détaillée le régime juridique de ce nouveau contrat. Ce n'est plus un contrat mixte puisqu'il a un régime substantif. Ce régime s'intègre dès lors dans la législation générale des contrats⁵⁴.

Mais la LCT ne se limite pas à ce changement, la transformation est plus substantielle puisqu'elle abandonne la caractérisation communautaire de la concession de travaux, axé sur la forme de rémunération de l'entreprise qui construit l'ouvrage⁵⁵ pour revenir à la vieille et traditionnelle conception de la concession comme « octroi » d'une faculté, comme délégation de pouvoirs publics réalisée par l'administration qui situe le concessionnaire comme agent de l'administration dans la satisfaction de besoins d'intérêt général. En fait les expressions utilisées se rapprochent étroitement de celles employées pour définir la concession de service public.

Cette transformation qui à nouveau a brouillé la caractérisation de la concession et avait comme effet d'empêcher une correcte détermination de son rôle dans la production de biens (immeubles) publics se voit accompagné d'un autre élément de distorsion puisque la LCT prévoit que l'on puisse utiliser ce montage contractuel non seulement pour la construction rémunéré par l'exploitation consécutive, mais aussi quand seule l'exploitation est en jeu.

Étant donné que le régime traditionnel de la concession de services publics prévoit aussi la possibilité que l'exploitant construise certains ouvrages, la confusion était garantie. Dans la concession de service public la réalisation de travaux n'est pas nécessaire, mais ils peuvent exister et constituer l'équipement nécessaire pour la fourniture du service. La doctrine avait soulevé quelques réserves en observant l'absence de critères nets de distinction.

Une confusion augmentée du fait qu'à nouveau la rémunération du concessionnaire apparaissait mal définie, contribuant ainsi à brouiller les aspects incitatifs du risque qui doit être obligatoirement présent si l'on veut que la concession joue un rôle d'instrument d'efficience dans l'assignation des ressources⁵⁶. En effet, la rémunération s'ouvrait à « toute autre modalité prévue par la LCT » et il faut noter que cette loi consacrait une place importante au

GOH: *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*, ed. Civitas, Madrid, 2000

⁵⁴ R. Decret Législatif 2/200 qui approuve le texte « codifié » de la Loi des Contrats de l'Administration Publique.

⁵⁵ V. Directive travaux et Communication interprétative de la Commission sur les Concessions dans le Droit communautaire de 29 avril 2000, surtout chapitre 2.1.2

⁵⁶ Rappelons l'importance que le droit communautaire octroie au risque inhérent à l'exploitation. V. Communication précitée

régime de garanties des concessionnaires à fin de les favoriser dans l'obtention de ressources dans les marchés financiers. Certains auteurs ont fait noter que celle-ci était la plus importante innovation de loi et son objectif réel, même sinon déclaré explicitement, d'autres parlent de garanties pour « les financiers des travaux publics »⁵⁷. En effet l'exposé de la motivation indique que « la diversification des ressources de financement » est une condition essentielle pour que les concessions de travaux se déroulent dans un régime « d'ouverture aux marchés financiers ».

En introduisant un régime de garanties qui peut se transformer en un système assurant une garantie générale de la part de l'administration, ce régime juridique soulève des préoccupations sur son effet du point de vue d'une correcte assignation des risques⁵⁸. Surtout si l'on tient compte de l'expérience pas si lointaine en matière d'autoroutes de péage⁵⁹.

Le Système européen de comptes publics introduit un facteur de prudence en établissant les règles selon lesquelles la distribution du risque a un effet sur la comptabilité de l'administration publique, la manière de calculer le déficit et l'endettement public⁶⁰. Ainsi pour que l'endettement privé ne retombe pas sur la comptabilité publique il faut qu'il y ait une attribution substantielle des risques à l'entreprise concessionnaire.

Mais le problème suscité ne doit pas être envisagé seulement du point de vue du Pacte de Stabilité, le gain d'efficience que suppose la concession peut-être éliminé si à nouveau l'attribution des risques est incorrecte est joué l'effet pervers de ne pas avoir un effet incitatif sur les épargnes de coûts d'exploitation. Quand les garanties de l'administration au concessionnaire sont globales et indiscriminées, les incitations aux créiteurs pour que ceux-ci pressent sur le concessionnaire pour une meilleure gestion peuvent disparaître.

La LCT a introduit d'autres moyens de rémunération du concessionnaire que nous présenterons avec les nouveautés plus récentes.

II. La récupération de la conception communautaire de la concession de travaux publics: l'importance d'une attribution correcte des risques

⁵⁷ E. ARIMANY/M. MAGIDE: "Retribución, riesgo garantías de los financiadores en la concesión de obra pública", *Actualidad Jurídica Uría&Menéndez*, 2002, 2

⁵⁸ A. RUIZ OJEDA: *La concesión...*, op.cit

⁵⁹ Analysée aussi par A. RUIZ OJEDA, op.cit

⁶⁰ V. la Décision 18/2004, "treatment of the Public-Private Partnerships. New Decision of Eurostat on Deficit and Debt", une Décision qui a suppose une nouvelle rédaction du manuel SEC-95 de Eurostat. V., J. GONZALEZ GARCIA: *Financiación de infraestructuras públicas y contabilidad presupuestaria*, ed. Tirant Lo Blanch, València, 2006

1) La Loi des contrats du secteur public (2007): le retour sans discussion de la conception communautaire de concession de travaux publics

En effet, profitant de l'occasion de transposer la Directive, 2004/18 du parlement et du Conseil, de coordination de procédures de travaux, services et fournitures, le législateur a procédé à la récupération de la notion communautaire de concession de travaux (art. 7). Bien que l'on a conservé son identité comme contrat typique, c'est-à-dire comme contrat avec un régime juridique substantiel et propre.

La concession de travaux est à nouveau définie comme « un contrat ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage ou l'exécution de travaux –ainsi que la restauration et la réparation, la maintenance ou la conservation d'éléments déjà construits- dont la contreprestation consiste, soit dans le droit à l'exploitation de l'ouvrage, soit ce droit assorti de la perception d'un prix ».

La conception traditionnelle de la délégation de pouvoirs publics disparaît et avec elle la possibilité que l'objet se limite à l'exploitation de l'ouvrage, sans lien aucun avec la construction de l'équipement. La concession de travaux récupère une identité propre et se sépare de manière nette de la concession de service public.

Pour bien cerner ce retour à une conception qui privilège sa fonction économique –et non son caractère de substitut provisoire de l'administration publique- il faut tenir compte de la limitation que la nouvelle LCSP a opérée par rapport au pouvoir de modification des contrats. L'administration voit en général cette prérogative limitée puisque seulement les besoins « imprévus » peuvent faire l'objet de modification du contrat (arts 202 et 226). Les besoins nouveaux vont requérir une nouvelle procédure de passation. Cette limitation est essentielle pour éviter déclencher la logique de l'équilibre économique du contrat en détriment du principe d'exploitation aux risques et périls.

Bien qu'il faut signaler que certains nuages menacent, puisque le principe de maintien de l'équilibre financier est explicitement prévu dans le texte et il s'accompagne de la règle selon laquelle l'administration pourra modifier pour des raisons d'intérêt général les conditions d'exploitation de l'ouvrage. Si cela arrive, le rétablissement de l'équilibre économique pourra s'effectuer à travers différentes mesures : réduction de la durée du contrat, modification des tarifs et quand la rémunération du concessionnaire provienne pour une quantité au-delà du 50% des redevances payés par les usagers, la durée du contrat pourra être prolongée pour une période qui ne peut jamais dépasser du 15% de la durée initialement prévue (art. 241).

La LCSP a laissé de côté toute la discipline juridique des garanties aux financiers de la concession et mandate le gouvernement pour qu'il présente dans un bref délai un nouveau projet de loi dans ce domaine.

Par contre la LCSP prévoit des moyens de financement public des travaux et des contributions publiques à l'exploitation. Les conditions devront être précisées à fin d'éviter l'apparition de mécanismes de dilution du risque du concessionnaire comme dans le passé. Surtout parce que la possibilité d'apporter un soutien financier pour garantir la viabilité de la concession apparaît explicitement contemplé (art. 239).

2) La concrétion des différents moyens de financement des travaux et de rémunération du concessionnaire

A) Le financement des travaux

- i) Le financement d'une partie des travaux par l'administration – subventions et prêts à retourner- et par conséquent, la limitation du risque du concessionnaire au taux d'investissement
- ii) Le moment où se produit le versement des ressources apportées par l'administration : pendant l'exécution, à la fin des travaux, à la fin de la concession⁶¹
- iii) Des apports non nécessairement monétaires : des biens immeubles qui s'intègrent dans le patrimoine de la concession et reviennent à l'administration à la fin de celle-ci

B) La rémunération par l'exploitation, la rémunération pour l'utilisation de l'ouvrage: le meilleur moyen pour garantir sa place au risque de l'entrepreneur et sa fonction d'incitation d'une bonne gestion

- i) Redevances payés par les usagers; l'administration fixe des tarifs maximums, les concessionnaires pouvant appliquer des tarifs inférieurs
- ii) L'administration paye pour l'utilisation (les péages ombre), un versement qui devra être nécessairement liée à la demande effective⁶²
- iii) Rendements complémentaires par l'exploitation d'une zone commerciale adjacente, l'exploitation d'ouvrages fonctionnellement liés

⁶¹ L'introduction de ce système de financement oblige à appliquer les règles relatives à la passation des contrats avec financement total à la fin du contrat, où l'importance du calcul correcte des risques financiers.

⁶² La Loi 4/1997, de construction et exploitation des Infrastructures de la Région de Murcia dispose que les ressources publiques apportées soient calculées en fonction des usagers de l'infrastructure, de la rentabilité sociale produite par sa construction et des obligations de service public pouvant supposer la réduction ou la disparition des péages

- iv) Rendements exclusivement en provenance de l'exploitation d'une zone de services commerciaux dans l'aire où s'intègre l'ouvrage principal ; l'exploitation de cette zone se véhicule moyennant une concession domaniale⁶³

III. D'autres contrats permettant la participation du capital privé au financement des travaux publics et une distribution des risques entre administration publique et entreprises privés (à titre d'information susceptible d'être développée oralement)

- A) Le nouveau « contrat de collaboration »⁶⁴, un contrat administratif typique mais sans régime juridique spécifique, un contrat mixte (dont soumis aux règles de la prestation principale). Un contrat d'objet complexe qui oblige à suivre toujours la procédure de dialogue compétitif
- B) Le contrat avec paiement à la fin⁶⁵, un contrat administratif, modalité du contrat de travaux ; un contrat qui exige l'autorisation explicite de la Loi
- C) Les contrats patrimoniaux avec fourniture de la part de l'administration d'un terrain pour construire un équipement qui sera mis à disposition de l'administration par la suite et celle-ci payera un « loyer » pour cette disponibilité⁶⁶. Des contrats de droit privé⁶⁷.
- D) La concession domaniale avec construction d'ouvrages qui ne se démolissent pas à la fin de la période et reviennent gratuitement à l'administration (Loi du Patrimoine des Administrations Publiques)

⁶³ Formule créée par la Loi 21/2002 de mesures administratives et fiscales complémentaires à la Loi de Finances de la Catalogne

⁶⁴ Créé par la nouvelle Loi des Contrats du Secteur Public et inspiré directement du contrat de partenariat

⁶⁵ Exception à la règle d'interdiction du paiement différé prévue par la Loi 13/1996, de mesures Fiscales et administratives complémentaires de la Loi de Finances de l'Etat et qui par la suite a été repris par d'autres Lois des Communautés Autonomes

⁶⁶ La nouvelle définition des contrats patrimoniaux dans la LCSP et le respect aux règles de la Directive sur les procédures de passation des contrats de travaux obligent à interpréter de manière restrictive cette formule contractuelle qui a été utilisée quelques fois pour éluder le respect aux procédures communautaires.

⁶⁷ Une pratique largement étendue dans certaines Communautés Autonomes comme la Catalogne. Des prisons, des commissariats de police, des écoles ont été construites et financées moyennant ce montage contractuel.

Pour conclure

La grande nouveauté des réformes législatives de ces dernières années est l'introduction de types contractuels qui prévoient de manière expresse le financement mixte des infrastructures. Bien que s'inscrivant dans le sillage de la concession de travaux publics, les modalités plus récentes diffèrent de manière très nette du type traditionnel de concession; la rémunération ne provient pas des usagers, et elle ne dérive pas nécessairement de l'exploitation. Elle peut même être indépendante de celle-ci. La finalité de ces nouvelles modalités est de différer dans le temps la rétribution du cocontractant. Ce qui du point de vue de l'équité est peut-être justifié.

Le recours au secteur privé s'inscrit dans une logique de retrait de la puissance publique de la sphère de la gestion, et en même temps de maintien et même de renforcement de ses tâches de prestation de biens collectifs. D'où l'éclosion des formules de financement mixte, et surtout de financement public étalé dans le temps. L'appel à l'équité constitue le fondement de cette nouvelle redistribution des rôles entre la puissance publique et le secteur privé.