

La forme et les modalités de la contractualisation en aménagement



Lorsqu'une collectivité décide de réaliser une opération d'aménagement, elle peut soit la réaliser en régie directe, ou déléguer son animation ou son exécution à un mandataire, soit confier la réalisation de l'opération à une personne publique ou privée ayant vocation à réaliser ce type d'opérations par le biais d'un contrat de concession d'aménagement, de marché public ou même sous certaines conditions utiliser la quasi-régie. Un autre mode plus exceptionnel s'est ajouté, limité cependant à certains contextes précis, le contrat de partenariat public-privé. Cette fiche présente ces différentes formes et modalités de la contractualisation pour la réalisation d'une opération d'aménagement.

Les opérations d'aménagement ne sont définies par l'article L.300-1 du Code de l'urbanisme que par des buts : elles ont pour objet de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser l'activité économique, 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.

La jurisprudence a précisé cette définition en indiquant que l'opération d'aménagement suppose une volonté et un effort d'organisation et d'agencement d'une partie du territoire, ce qui la différencie de l'opération de construction seule¹.

L'aménagement désigne l'ensemble des actes des autorités locales qui visent à conduire et à autoriser les opérations d'aménagement et à assurer l'harmonisation, mais il faut distinguer, les procédures d'aménagement (ZAC, lotissement, RHI...), les aménageurs (établissements publics, SEML, SPL, aménageurs privés...) et les modes de gestion de l'aménagement (régie, contrats).

La mise en œuvre des opérations d'aménagement peut s'effectuer ou non au travers d'une procédure d'aménagement prévue par le code de l'urbanisme et peut concerner tant la viabilisation de terrains nus que la recomposition d'un milieu urbain bâti. L'intervention de la collectivité peut se limiter à une éventuelle adaptation de son document d'urbanisme.

Cette publication a été réalisée avec le soutien de la direction générale de l'Aménagement, du Logement et de la Nature (DGALN)

Certu 2011/46

¹ - Conclusions du commissaire du gouvernement S. Lasvignes sous l'arrêt du Conseil d'État du 28 juillet 1993 « Commune de Chamonix Mont-Blanc »

1. L'aménagement direct : la régie et le mandat

L'aménagement en direct n'est pas le plus utilisé compte tenu de la complexité de la plupart des opérations

Une opération d'aménagement est par nature publique et peut être réalisée **en régie**, par la collectivité territoriale elle-même. La régie peut ou non être dotée de l'autonomie financière.

Le mandat est le contrat par lequel la collectivité, mandante, délègue un certain nombre de missions concourant à la réalisation de l'opération d'aménagement à un tiers qui agit au nom et pour le compte du mandant, le mandataire.

Les contrats de mandat confiés à un tiers et rémunérés sont dévolus conformément aux règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le Code des marchés publics.

La convention de mandat est également régie par les dispositions relatives à la loi MOP, notamment son article 3 (sauf ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une ZAC ou d'un lotissement), et doit prévoir obligatoirement les conditions de réalisation des travaux, les modalités de contrôle du mandataire et les conditions de financement des opérations (mise à disposition de fonds ou remboursement).

Le mandataire est soumis, en ce qui concerne la passation des contrats pour la réalisation des missions qui lui sont confiées, aux dispositions applicables au mandant lui-même. De la même façon, il est soumis aux règles de contrôle qui s'appliqueraient au mandant, et en particulier, le contrôle de légalité pour les mandataires des collectivités territoriales.

Dans les faits l'aménagement en direct (en régie ou par contrat de mandat) n'est pas le mode d'aménagement

le plus utilisé. La principale explication réside dans la complexité des projets qui nécessitent des compétences variées que les collectivités n'ont pas toujours. Une autre explication réside dans le niveau élevé des prix fonciers qui limitent les capacités d'intervention directe des communes, ce contexte facilitant, par contre, la « sortie » des opérations privées.

À cette forme de contractualisation, les collectivités préfèrent la concession d'aménagement qui a théoriquement le double avantage de limiter le besoin de financement public et d'induire une prise de risques majoritairement aux dépens du concessionnaire. Néanmoins l'histoire encore récente montre combien le rapport de force sur une opération en cours est naturellement défavorable à la collectivité lorsque le marché n'est plus porteur.

Il reste que la régie directe est le mode d'exploitation normal pour les opérations réalisées sous forme de ZAC et dont l'initiative appartient à un établissement public spécialisé (organismes HLM, ports autonomes...).

Principaux textes de loi

Article 3 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée dite loi MOP, modifiée par l'ordonnance du 17 juin 2004

Article R.321-20 du Code de l'urbanisme

Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics

Jurisprudence

CE 9 juin 1967, Société des eaux de Marseille

2. L'aménagement délégué : la concession d'aménagement et la naissance de la quasi-régie

La concession d'aménagement : les principes généraux

La concession d'aménagement est un contrat par lequel la personne publique ayant pris l'initiative d'une opération d'aménagement en confie l'étude et la réalisation à un aménageur public ou privé. Prenant acte de la jurisprudence TECKAL de la CJCE, et d'une mise en demeure de la commission européenne, la loi du 20 juillet 2005 a imposé, tant en matière d'aménagement public que d'aménagement privé, une mise en concurrence, même si, comme auparavant, le concessionnaire est lui-même assujéti à des règles de mise en concurrence pour la passation de ses contrats d'études, de maîtrise d'œuvre ou de travaux.

La concession d'aménagement est ainsi caractérisée :

- elle peut être conclue avec un opérateur public ou privé ;
- elle doit être conclue en respectant des procédures de publicité et de concurrence spécifiques ;
- le contenu des contrats peut intégrer toutes études et missions nécessaires à l'exécution des travaux d'aménagement, mais pas les études préalables ;
- le contrat doit préciser dès le départ si une participation financière publique est prévue ;

- le droit de préemption et l'expropriation peuvent être délégués aux cocontractants privés ;
- les études préalables à la concession (études de conception urbaine) doivent faire l'objet d'un marché public spécifique concurrentiel ;
- les contrats de concession d'aménagement ne sont pas assimilables aux délégations de services publics car il n'est pas question de gestion d'un service ;
- les études préalables à la définition de l'opération d'aménagement ne peuvent être confiées à l'aménageur.

La désignation du mandataire

Ces caractéristiques générales étant posées, il convient de préciser la procédure de désignation de l'aménageur concessionnaire, qui varie selon que ce dernier assume ou non une part significative du risque financier de l'opération. Le régime de dévolution des concessions d'aménagement a été précisé par les dispositions du décret du 22 juillet 2009, codifié aux articles R.300-4 à R.300-11-7 du Code de l'urbanisme.

Plusieurs procédures de passation des concessions d'aménagement ont été définies :

- Une procédure pour les concessions supérieures à 5 150 000 € HT soumise au droit communautaire des concessions. Elle s'apparente aux concessions de travaux. Le concessionnaire doit assumer « une part significative du risque économique de l'opération ».
- Une procédure pour les « petites concessions » (montant des travaux est inférieur au seuil européen de 5 150 000 € HT) qui font l'objet d'une publicité et d'une procédure de mise en concurrence préalable adaptées.

- Une procédure dite simplifiée lorsque la participation financière du concédant est inférieure à 135 000 € HT et que les terrains susceptibles d'être expropriés, préemptés ou acquis du concédant représentent moins de 10 % des terrains inclus dans le périmètre de l'opération (par exemple, lorsque le titulaire est déjà propriétaire de plus de 90 % des terrains).
- Une procédure assimilable aux marchés publics de travaux communautaires lorsque l'aménageur ne supporte pas le risque de l'opération. Le Code de l'urbanisme renvoie désormais à la procédure classique de l'appel d'offres (de droit commun et sans conditions), et à la procédure de dialogue compétitif (mais de manière exceptionnelle et à condition que la personne publique justifie être dans « l'impossibilité de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet »).

Le cas particulier des concessions d'aménagement aux sociétés publiques locales : la « quasi-régie »

Créée par une loi du 28 mai 2010, la société publique locale (SPL) constitue une extension du système des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA). Issues de la loi ENL (portant Engagement national pour le logement) de juillet 2006. Leur régime a été pérennisé et simplifié par la loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion du 25 mars 2009.

Les SPLA ont été créées à titre expérimental en juillet 2006 afin de bénéficier de la possibilité offerte par le droit communautaire d'exonérer tout satellite d'une collectivité territoriale de publicité et de mise en concurrence² dès lors que leur relation est caractérisée par les deux éléments suivants :

- la structure satellite réalise l'essentiel de son activité pour la collectivité ;
- la collectivité exerce sur la structure satellite un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

Cette exception a été exclue récemment pour les sociétés d'économie mixte locales (SEML) en raison de leur actionnariat privé, qui interdit a priori toute possibilité d'un tel contrôle de la collectivité. Juste après la création,

à titre expérimental, des SPLA, le législateur avait ainsi défini les différences entre SPLA et SEML.

La loi du 25 mars 2009 a pérennisé les SPLA en précisant que ces dernières avaient pour objet exclusif la réalisation d'opérations d'aménagement telles que définies par les articles L.300-1 à L.318-9 du Code de l'urbanisme et par la jurisprudence qui s'y attache. Cette loi a réduit le nombre d'actionnaires publics de sept à deux au minimum. Pourtant, le législateur n'a pu que constater l'engouement très modéré des collectivités territoriales pour ce type de structure (sept créations depuis 2006), vraisemblablement en raison des nombreuses incertitudes demeurant quant à leur objet principal : l'exonération des procédures de publicité et de mise en concurrence, en l'absence de jurisprudence.

Enfin, la loi du 28 mai 2010 a renforcé la SPLA et créé la SPL à objets multiples.

² - *Notion de prestations intégrées ou « in house » grâce à laquelle les collectivités peuvent échapper aux obligations de publicité et de mise en concurrence lorsqu'elles confient des activités économiques à des sociétés considérées comme leur prolongement (CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, TECKAL).*

La SPLA est désormais compétente pour :

- réaliser toute opération d'aménagement au sens de l'article L.300-1 du Code de l'urbanisme ;
- réaliser des études préalables ;
- procéder à toute cession ou acquisition d'immeubles en application des articles L.221-1 et L.221-2 du Code de l'urbanisme ;
- procéder à toute acquisition ou cession de baux commerciaux, de fonds de commerces ou de fonds artisanaux.

Elle peut également exercer, les droits de préemption (par délégation de leur titulaire), agir par voie d'expropriation, dans les conditions fixées par une convention. Enfin, la SPL dispose de compétences élargies et dispose, à l'instar des SEM, d'une vocation globale : opérations d'aménagement, de construction, exploitation de services publics industriels et commerciaux (SPIC)... ou toute autre activité d'intérêt général. La mise en concurrence de la maîtrise d'œuvre des grands projets publics d'aménagement induite par la réforme de 2005 bouleverse considérablement les pratiques dans ce secteur d'activité. Bien évidemment, cette réforme et l'impossibilité de confier à l'aménageur la réalisation des études préalables nécessitent une implication plus forte des collectivités, également nécessaire pour définir les modalités de la mise en concurrence. Par ailleurs, les délais de mise en œuvre des procédures se sont de fait allongés (d'un an environ).

Du point de vue des opérateurs, cette complexification de la commande a pu engendrer une hausse des coûts des concours, qui se transforment en perte sèche lorsque la mise en concurrence ne se conclut pas en leur faveur.

Enfin, la mise en concurrence peut aussi conduire à des difficultés liées aux jeux des opérateurs potentiels. Des opérateurs signent des promesses de ventes sur le foncier pour s'assurer une meilleure position lors de la procédure de mise en concurrence. Ces comportements

peuvent provoquer un phénomène de hausse des prix autour des terrains acquis par ces derniers. L'aménageur retenu aura d'autant plus de mal à négocier de faibles prix d'acquisition des terrains. Certains projets peuvent ainsi être complètement bloqués pendant un temps, tant les terrains à acquérir sont « minés » par des promesses de vente surestimées.

Par-delà cette complexification et cet alourdissement des procédures, les personnes publiques à l'initiative d'une opération d'aménagement pourraient confier une concession d'aménagement à une SPL ou une SPLA dont elles seraient actionnaires majoritaires en bénéficiant de l'exception communautaire aux principes de publicité et de mise en concurrence communautaires dénommée « *in house* ».

Principaux textes législatifs

Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales

Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et de lutte contre les exclusions

Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant Engagement National pour le Logement

Loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement

Décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009 relatif aux concessions d'aménagement

Décret n° 2006-959 du 31 juillet 2006 relatif aux conditions de passation des concessions d'aménagement et des marchés conclus par le concessionnaire

Principales jurisprudences

CJCE, 18 janvier 2007, Auroux, C-220/05

CAA Bordeaux 9 novembre 2004 Sodegis

CJCE 7 décembre 2000, Telaustria, C-324/98

CJCE 18 novembre 1999 Teckal Srl c/ Comune di Vano

3. Le contrat de partenariat public-privé en aménagement



Introduit par l'ordonnance du 17 juin 2004, le **contrat de partenariat public privé (PPP)** permet aux administrations publiques de confier, sous conditions, au secteur privé la conception, la gestion, l'exploitation et le financement d'équipements ou de services publics.

La loi du 28 juillet 2008 est venue élargir le champ d'application de ces contrats mais restreindre les conditions de son utilisation : le projet doit faire l'objet d'une évaluation préalable justifiant l'utilisation du PPP, qui ne pourra être utilisé en outre qu'en raison de l'urgence et/ou de la complexité du projet.

C'est un contrat de long terme (10 à 35 ans ou plus), assorti sur sa durée de modalités souples de paiement.

Le contrat de partenariat public-privé prévoit trois principales missions pour le cocontractant : l'acquisition possible du foncier, la conception - réalisation et la gestion de l'ouvrage

L'outil a par ailleurs été doté d'instruments permettant la valorisation domaniale et les acquisitions foncières par expropriation (loi du 17 février 2009). Il n'en reste pas moins différent de la concession d'aménagement notamment dans les missions prévues puisque le contrat de partenariat permet essentiellement la réalisation d'ouvrages ou d'équipements liés à

une mission de service public assumée par la collectivité cocontractante et dont le partenaire doit assurer l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion.

Toutefois, la concession d'aménagement et le contrat de partenariat public-privé peuvent être complémentaires lorsque la mission de l'aménageur se poursuit après l'achèvement d'un ou plusieurs équipements publics.

Peuvent être concernés notamment l'éclairage public, la signalisation, la voirie locale, les infrastructures routières et de transport public, les centres de traitement de déchets, les hôpitaux, les écoles, etc.

La notion de « gestion et maintenance de l'ouvrage » limite jusqu'à présent l'application de cet outil en aménagement opérationnel. Son utilisation impliquerait en effet que le concessionnaire prenne en charge la gestion des espaces publics, ce qui n'est pas dans la logique actuelle des opérateurs.

Le contrat de partenariat en aménagement peut être adapté à la réalisation d'opérations d'aménagement autour d'un équipement public structurant, géré par le partenaire privé mais également dans le cadre d'opérations sur le tissu urbain existant. Dans les faits, l'aménagement est souvent secondaire.

Principaux textes législatifs

Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés

Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat

Décret n° 2009-243 du 2 mars 2009 relatif à la procédure de passation et à certaines modalités d'exécution des contrats de partenariat passés par l'État et ses établissements publics ainsi que les personnes mentionnées aux articles 19 et 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004

Décret n° 2005-1740 du 30 décembre 2005 modifiant le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et modifiant l'article D. 1414-1 du code général des collectivités territoriales

Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat

Circulaire du 29 novembre 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales

Circulaire du 14 septembre 2005 relative aux règles budgétaires afférentes à la signature de contrats de partenariat

Principales jurisprudences

CE, req. n° 275531, 31 mai 2006 Ordre des avocats du Barreau de Paris

Site ressource

www.economie.gouv.fr



© EPASE - Henri Granjean

Tableau de synthèse : les formes de la contractualisation en aménagement

	Aménagement direct	Concession d'aménagement	Contrat de partenariat public-privé
Procédure	Code des marchés publics (mandat)	Loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005	Contrat de partenariat (procédure spécifique d'achat public) Art. L 1414-1 du CGCT
Publicité et mise en concurrence	Marché à procédure adaptée entre 90 000 et 206 000 € HT Appel d'offres au-dessus de 206 000 € HT pour les services des collectivités territoriales <i>Décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008</i>	Marché à procédure adaptée en dessous de 5 150 000 € HT Appel d'offres au-dessus de 5 150 000 € HT (+ dialogue compétitif sous conditions)	Oui + « dialogue compétitif » avec les candidats
Rémunération de l'opérateur	Paiement immédiat public	En fonction des termes du contrat et de la participation de la personne publique aux résultats de l'opération	Paiement en majorité public (sous forme de remboursements) et/ou par participation aux gains de l'opération.
Partage des risques	La collectivité supporte tous les risques	Le concessionnaire assume ou non le risque financier de l'opération	Répartition contractuelle des risques
Statut de l'opérateur	Maîtrise d'ouvrage	Maîtrise d'ouvrage	Maîtrise d'ouvrage
Durée requise	Court terme	Tout terme	Entre 10 et 35 ans (recommandation de la mission d'appui aux PPP)
Utilisation	Commune	Commune	Dérogatoire

Contacts Certu :
Nicolas Gillio et Gilles Bentayou
urb.certu@developpement-durable.gouv.fr
Tél. secrétariat : 04 72 74 59 11
www.certu.fr

Cette fiche a été produite en collaboration avec l'Association des études foncières (Adef)
Contact Adef :
Caroline Gerber et David Debaussard
Tél. : 01 56 98 20 00
www.adeff.org

Certu
Centre d'Études sur les réseaux, les transports, l'urbanisme et les constructions publiques
9, rue Juliette Récamier
69 456 Lyon
Cedex 06
Tél. : 04 72 74 58 00
Fax : 04 72 74 59 00
www.certu.fr

Département
Urbanisme Habitat

© Certu 2011
La reproduction totale ou partielle du document doit être soumise à l'accord préalable du Certu.

N°ISSN :
en cours de demande

Mise en page :
Helphi'Com

Crédits photos :
L. Der Madirossian - CERTU,
H. Granjean - EPASE,
A. Buisson - MEDDTL.