THE INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC CONTRACTS
LA REVUE INTERNATIONALE DES CONTRATS PUBLICS
REVISTA INTERNACIONAL DE CONTRATOS PÚBLICOS

SciencesPo. | Chaire M.A.D.P. | Direito do Estado.com.br O primeiro site jurídico multimídia do Brasil

Nº 01 – Fevereiro de 2013

CONTRATS PUBLICS ET URBANISME

Jean-Bernard Auby
Professeur de droit public
Directeur de la Chaire « Mutations de l'Action Publique et du Droit Public » (MADP).

Le contrat est un instrument de l'action publique, mais ce n'est pas le plus ordinaire des instruments de l'action publique. Ce qui caractérise juridiquement les institutions publiques, c'est d'abord et surtout le pouvoir de commandement qu'elles détiennent : l'outil juridique essentiel de leur intervention est donc la décision. Les théories de l'Etat et de la souveraineté nous l'enseignent.

Pourtant, tous les jours, les administrations publiques de par le monde concluent des milliers de contrats, pour acheter des biens, commander des travaux, externaliser des tâches, louer des espaces, etc… Le contrat est donc tout de même présent dans l'ordinaire de l'action publique.

Il y a une ligne qui, dans chaque système administratif et juridique, sépare l'univers de la décision administrative du contrat public. Elle ne passe pas aux mêmes endroits selon les systèmes. Mais il apparait aussi qu'à l'intérieur d'un système donné, elle ne passe pas aux mêmes endroits selon les époques, et selon les domaines considérés.

Un tour d'horizon comparatif montre que l'urbanisme est souvent un domaine dans lequel le champ possible du contrat public est difficile à cerner, discuté, voire instable. Le contrat n'y trouve pas facilement sa place. Cela vaut la peine de se demander pourquoi. La démarche que nous proposons de suivre consiste à réunir quelques informations comparatives sur les liens que le contrat public peut entretenir avec l'urbanisme règlementaire, la régulation de l'occupation des sols urbains (I), avec les équipements urbains (II) et avec l'urbanisme opérationnel (III). On verra ensuite dans quelle mesure on peut analyser les villes contemporaines comme recélant quelque chose d'un contrat social (IV).

I. Contrat et régulation de l'occupation des sols urbains

1°. L'urbanisme moderne est d'abord règlementation. Il vise d'abord à réguler l'occupation des sols urbains dans des buts d'ordre, d'hygiène, de protection de l'environnement, etc…. Dans cette fonction-là, il a souvent du mal à accueillir l'instrument contractuel pour des raisons que l'on peut caractériser de la manière suivante.

a) Quel que soit le système juridique, les autorités en charge de l'urbanisme sont légalement pourvues du pouvoir de prendre des décisions unilatérales, d'imposer des contraintes par voie de décision unilatérale : elles peuvent fixer des normes de construction, accorder ou refuser des permis de construire, etc… Or, dans beaucoup de cas, on va considérer que, si l'administration a reçu de la loi le pouvoir d'agir ainsi par voie de décision unilatérale, elle ne peut pas choisir plutôt le contrat.

La question est classique, par exemple, en droit administratif allemand. Sur les dispositions de l'article 54 de la loi sur la procédure administrative, selon lesquelles l'administration est autorisée à agir par contrat dans la mesure où des règles de droit n'y font pas obstacle, se sont appuyées des solutions jurisprudentielles et propositions doctrinales, que l'on peut résumer de la manière suivante[1]. Certains contenus, certains résultats juridiques ne peuvent pas être stipulés dans un contrat, parce que la forme de l'acte administratif est requise expressément par la loi ou en raison des conditions posées par la loi : la nomination d'un fonctionnaire, la fixation du montant de l'impôt… Il existe des domaines dans lesquels l'usage du contrat pour tel ou tel objet est discuté. Il en va ainsi en matière d'urbanisme : il semble possible qu'une autorisation de construire soit accordée par contrat, mais cela est débattu ; la jurisprudence exclut en principe la possibilité pour une commune de s'engager par contrat à modifier un plan d'urbanisme, mais avec des nuances.

A cela, le droit allemand ajoute un complément notable, avec le principe selon lequel le contrat ne peut concerner qu'une matière sur laquelle l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire : lorsque l'administration a compétence liée, le contrat n'a aucun sens puisqu'il ne pourrait convenir que de ce qui a déjà été fixé dans la loi.

b) Parfois, la réticence du système juridique à admettre que les autorités en charge de l'urbanisme utilisent le contrat découlera d'une réticence générale à admettre que les autorités publiques puissent lier leurs compétences par contrat : en d'autres termes qu'elles puissent s'engager par contrat à exercer ou ne pas exercer leurs pouvoirs de décision dans une direction donnée.

Le problème a été posé il y a longtemps dans le droit anglais, et il existe à son sujet une jurisprudence substantielle, dont une référence majeure est un arrêt « Amphitrite » de 1921. Mais les développements contemporains du contrat public ont enrichi cette jurisprudence, notamment dans le domaine de l'aménagement. Les principes retenus peuvent être résumés de la façon suivante[2]. D'une part, une

[1] Hartmut Maurer, Droit administratif allemand, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 379 et s.
[2] William Wade et Anthony Bradley, Constitutional and administrative law, p. 741 et s. - Ann Davies, Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation ?, Revue française de droit administratif, 2006, n°5, p.22

autorité publique ne peut pas se priver par contrat d'une prérogative qui lui est reconnue par un texte ou par la common law pour la protection d'un intérêt public : d'où par exemple, un arrêt qui admet que la Couronne ne peut pas être considérée comme ayant renoncé à son pouvoir de réquisition dans un contrat. D'autre part, une autorité publique ne peut pas se lier sur l'exercice futur de compétences discrétionnaires : d'où, par exemple, un autre arrêt qui considère comme illégal un contrat passé par une autorité compétente en matière d'urbanisme avec une université, dans lequel cette autorité s'était engagée à décourager l'urbanisation au voisinage d'un télescope de l'université.

De la même manière, le Tribunal Suprême espagnol a estimé qu'une commune ne devait pas s'engager contractuellement sur l'exercice futur de ses pouvoirs d'urbanisme[3].

Le droit français a une position analogue. La jurisprudence a clairement admis que les autorités publiques ne pouvaient pas s'engager contractuellement sur l'exercice de leurs pouvoirs d'urbanisme. Elle l'a fait notamment dans des cas où l'administration s'était engagée à modifier ou au contraire à maintenir certaines normes d'usage des sols en contrepartie de contributions financières ou en nature apportées par des constructeurs ou aménageurs[4].

Le droit allemand propose une analyse originale avec une jurisprudence qui dénie aux autorités d'urbanisme le droit de s'engager sur le contenu futur d'un plan d'urbanisme pour la raison que les décisions relatives à ce type d'acte doivent, selon la loi, s'inspirer d'une pesée des intérêts en présence, qui serait évidemment faussée, voire absente, dans le cas où l'autorité ne ferait que tirer les conséquences d'un engagement préalable[5].

2°. On observe pourtant que ces différents systèmes juridiques hésitants à admettre que les autorités en charge de la régulation de l'occupation de sols prennent des engagements contractuels en rapport avec ce pouvoir, ne formulent jamais une interdiction absolue.

Ainsi, par exemple, la jurisprudence anglaise admet que l'exercice des compétences d'urbanisme se trouve affectée par des engagements pris dans le cadre de compétences extérieures. Une collectivité locale peut valablement s'engager, dans le cadre d'un contrat de vente ou d'acquisition immobilière, à ne pas user, ou à user d'une certaine manière, ou à ne pas user sans compensation, de pouvoir qu'elle a de construire des logements sociaux ou de désaffecter un aéroport[6].

En dépit de ses réticences de principes, qui ont été précédemment évoquées, le droit administratif allemand ouvre à l'usage du contrat en matière d'urbanisme un champ non négligeable. Il admet la possibilité de contrats accordant une dérogation

[3] Eduardo Garcia de Enterria et Tomas- Ramon Fernandez, Curso de derecho administrativo, tome 1, 12° édition, Civitas, 2004, p.684
[4] Pierre-Laurent Frier, Contrats et urbanisme règlementaire : les obstacles juridiques, Droit administratif, mars 2005, p. 13
[5] Hartmut Maurer, Droit administratif allemand, précité, p. 388
[6] Peter Cane, An Introduction to Administrative Law, Clarendon Press, 1996, p.149

d'urbanisme en contrepartie d'un versement financier. Il admet également la conclusion de contrats concernant les participations financières des constructeurs, par exemple à propos de la mise en œuvre des exigences règlementaires en matière de places de stationnement. La question de savoir si l'administration peut s'engager à adopter ou à modifier un plan d'urbanisme est discutée. L'opinion majoritaire est, il est vrai, dans le sens d'une réponse négative en raison de ce que, si les collectivités prenaient des engagements de cet ordre, cela viderait de sens certaines règles procédurales concernant les plans d'urbanisme, notamment celles qui concernent les droits de participation des citoyens[7].

Dans le droit français, c'est la loi qui, dans certaines hypothèses, a ouvert la possibilité pour les autorités publiques de prendre des engagements contractuels en contrepartie des contributions financières propriétaires, constructeurs ou aménageurs. Dans le cadre d'un mécanisme dit des « programme d'aménagement d'ensemble », il a été un moment prévu que des conventions pourraient être passées avec les propriétaires, dans le cadre desquelles des contributions aux équipements publics à réaliser dans le cadre d'une opération d'aménagement étaient échangées contre un engagement de maintien des dispositions d'urbanisme mentionnées dans la convention. Ce régime a été supprimé en 2010, mais, en 2009, a été institué un mécanisme semblable, dit du « projet urbain partenarial », qui consiste dans un arrangement négocié sur les contributions aux équipements publics, mais cette fois-ci sans garantie de maintien des normes d'urbanisme[8].

3°. Il semble bien que tous les systèmes juridiques hésitent un peu sur la frontière à tracer. Peut-on déceler des logiques de fond communes qui éclaireraient ces hésitations ?

a) La régulation de l'occupation des sols ne peut pas être, et n'est jamais, une pure affaire de commandements sanctionnés. Une vision positiviste naïve peut seule faire penser autrement. Il suffit de voir à quel rythme les règles d'urbanisme sont modifiées dans toutes les grandes villes pour le comprendre : si elles sont modifiées, c'est parce que l'on n'a pas pu imposer leur état antérieur, c'est parce que des administrés –citoyens ou professionnels- ont fait savoir qu'elles ne convenaient pas, ou ont fait des propositions qui conduisent à les modifier. Bref, les règlements d'urbanisme des grandes villes sont toujours, de fait, plus ou moins négociés avec la société locale. Si, par exemple, le plan d'urbanisme de la Ville de Paris est modifié pratiquement une fois par mois, c'est parce que cette négociation informelle existe.

Un deuxième argument est lié au fait que, concrètement, la mise en œuvre des normes d'utilisation des sols se réalise très souvent, à un certain stade, par le bais de contrats. Dans beaucoup de contextes, notamment dans les lotissements et autres opérations d'aménagement, des cahiers des charges à caractère contractuel complètent et prolongent les règlements publics d'urbanisme, et contribuent à en assurer la mise en œuvre. En d'autres termes, les normes d'urbanisme se diffusent souvent par l'intermédiaire d'instruments contractuels.

[7] Hartmut Maurer, Droit administratif allemand, précité, pp. 380 et 386
[8] Jean-Bernard Auby, Hugues Perinet-Marquet et Rozen Noguellou, Droit de l'urbanisme et de la construction, Montchrestien, 9° édition, 2012, n°188 et 207

b) En vérité, il semble bien que la définition et la mise en œuvre des normes d'urbanisme fasse toujours une part à l'outil contractuel. Ce qui est plus difficile à cerner, ce sont les logiques de fond qui conduisent à déterminer la place possible du contrat, le seuil à partir duquel il devient interdit.

Les traditions juridiques jouent ici leur rôle. Pour un regard français, l'obstacle principal qui s'oppose à la contractualisation de la règle d'urbanisme est le principe d'égalité[9] : admettre que les normes d'urbanisme soient négociées, c'est par définition accepter qu'elles n'aient pas un contenu identique pour tout le monde. Dans d'autres systèmes, c'est le respect dû à la loi qui s'impose : si le législateur a pris le soin de conférer à l'administration le pouvoir de décider unilatéralement, c'est lui faire offense que d'user de ce moyen juridique ordinaire qu'est le contrat. Comme on l'a vu dans l'exemple du droit allemand, la réticence peut aussi venir du fait que la mise en place de montages contractuels n'est pas entourée des mêmes procédures, largement destinées à protéger les droits des citoyens, que l'élaboration des normes d'urbanisme règlementaires.

On voit bien qu'il s'agit dans tous les cas d'idées qui peuvent se discuter. Le contrat peut être un moyen d'adapter la règle à des circonstances particulières, ce qui ne porte pas atteinte au principe d'égalité. Ce qui est dû au législateur par l'administration, c'est une mise en œuvre correcte de ses commandements : la théorie des régulations nous a appris que la méthode « command and control » n'est pas nécessairement la plus efficace, et qu'au contraire, parfois, la négociation lui est préférable. Quant à l'argument procédural, il est facile de lui répondre que les procédures contractuelles peuvent parfaitement être rendues ouvertes et placées sous le regard du citoyen.

II. Contrat et équipements urbains

Contrairement à ce qui se passe dans le domaine de l'urbanisme règlementaire, celui des équipements urbains ne recèle aucune réticence de principe – du moins générale - à l'égard du contrat. Le procédé contractuel est largement utilisé, aussi bien pour la réalisation des équipements que pour leur gestion.

1°. Il arrive, naturellement, que les collectivités publiques réalisent elles-mêmes leurs équipements publics : certaines collectivités locales possèdent des services techniques assez compétents et équipés pour ouvrir une nouvelle voie, aménager un jardin public, prolonger un réseau d'assainissement, etc…Mais il est fréquent aussi que, soit parce que leurs moyens internes sont limités, soit parce que l'équipement à construire est important ou techniquement difficile à construire, elles aient recours à des entreprises. Elles concluent avec ces entreprises des contrats.

Divers facteurs se sont combinés pour encourager, que le contexte soit celui d'un pays développé ou non, une impressionnante diversification des montages contractuels utilisés pour la réalisation des infrastructures. Parmi ces facteurs, pèsent spécialement à la fois le développement mondial des infrastructures publiques, la

[9] Pierre-Laurent Frier, Contrats et urbanisme règlementaire : les obstacles juridiques, précité

fréquente rareté des ressources publiques, et un courant mondial dans le sens de l'externalisation des tâches publiques, dans le sens des partenariats public-privé, qui est encouragé par certaines institutions internationales, au premier desquelles la Banque Mondiale[10]. Tout cela concourt à l'épanouissement de montages contractuels dans lesquels des entreprises privées prennent une part conséquente des tâches et des responsabilités incluses dans la réalisation des équipements publics.

a) A l'opposé de ces montages contractuels complexes, il y a la solution simple qui consiste pour la collectivité à commander les travaux à une entreprise, qui les réalisera dans un certain délai, sa mission s'arrêtant à cela, et qui percevra un prix convenu contractuellement. Dans le vocabulaire européen, celui qu'emploient les directives européennes sur les marchés publics, cette solution correspond à ce que l'on appelle un marché de travaux.

b) A côté de ce montage simple –en vérité plus ou moins, car certains marchés de travaux portent sur des équipements très importants, et le dispositif contractuel peut devenir alors assez sophistiqué-, il existe des formules que l'on peut caractériser, donc, comme d'externalisation, ou de partenariat public-privé, dans lesquelles l'entreprise avec laquelle la collectivité contracte se voit confier une tâche beaucoup plus étendue, et dans lesquelles, parfois, la rémunération de l'entreprise se présente différemment.

La configuration juridique de ces formules varie d'un système à l'autre. Les institutions internationales tendent à les réunir autour du concept de « BOT » -Build, Operate, Transfer-,pour caractériser le fait qu'elles se traduisent en général par le fait que l'entreprise ne se contente pas de construire l'équipement, mais le gère, l' »opère » pendant un certain temps avant de le remettre à la collectivité : le système comportant des variantes, par exemple celle dans laquelle l'entreprise est également chargée de concevoir l'ouvrage –DBOT : Design, Build, Operate, Transfer- .

En fait, pour distinguer au sein de ces montages, il faut introduire un autre critère, qui tient à la rémunération de l'entreprise. On obtient alors la classification suivante.

Parfois, l'entreprise qui est chargée de réaliser l'équipement se rembourse de l'investissement et tire sa rémunération des sommes que lui paient ensuite les usagers de l'équipement. Ce montage, typiquement utilisé ici et là dans le monde pour les autoroutes ou ouvrages d'art à péage –ponts, tunnels- est généralement rattaché à la notion de concession.

Parfois, l'entreprise qui est chargée de réaliser l'équipement est rémunérée, non par les usagers de l'équipement qu'elle a construit et qu'elle va entretenir pendant la durée du contrat, mais tout simplement par la collectivité, qui lui verse une sorte de

[10] L'aide de la Banque Mondiale est en effet souvent subordonnée à l'adoption de certains montages contractuels, conclus selon certaines procédures : Paul Lignières, Partenariat public-privé, Litec 2000 - Tim Tucker, A Critical Analysis of the Procurement Procedures of the World Bank, in Sue Arrowsmith and Arwel Davies (ed.), Public Procurement : Global Revolution, Kluwer Law International, 1998, p. 139 - The Province of Administrative Law, sous la direction de Michaël Taggart, Hart Publishing, 1999

loyer périodique. Dans divers systèmes, ce type de montage sera caractérisé comme de pur partenariat public-privé.

Une solution intermédiaire est celle dans laquelle l'entreprise tire sa rémunération partiellement des tarifs versés par les usagers de l'ouvrage, et partiellement de sommes versées par la collectivité.

Le droit brésilien par exemple, distingue bien ces trois formules de concessions, de partenariats public-privé, et de « concessions aidées »[11].

On observera que, ce qui caractérise en commun ces différents contrats d'externalisation, ce n'est pas seulement le fait que l'entreprise se voit confier une tâche qui va au-delà de la seule construction de l'ouvrage. C'est aussi le fait que l'entreprise se charge de réunir le financement initial : en ce sens, ces contrats recèlent un financement privé des équipements publics, mais naturellement ils sont conçus aussi de manière ce que l'entreprise récupère le coût de son investissement, au travers des sommes versées par les usagers, ou au travers des sommes versées par la collectivité, ou par un mélange des deux.

2°. Un équipement public urbain une fois construit peut parfaitement être géré, entretenu, piloté, par la collectivité publique elle-même. Mais sa gestion peut aussi être confiée à un tiers, pour un temps plus ou moins long. Cela pose parfois des problèmes de principe, et cela doit être organisé selon certaines modalités contractuelles.

a) En général, cela ne posera pas de grands problèmes de principe que de confier le soin de gérer un palais des expositions municipal, une halle municipale, voire un musée municipal, à une entreprise moyennant certaines modalités. Mais dans d'autres hypothèses, ce sera plus délicat parce que l'on sera en présence d'équipements sensibles dont le système juridique pourra exiger peu ou prou qu'ils restent sous le contrôle de la collectivité publique.

Peut-on confier la gestion des bâtiments d'une école publique, ceux d'une mairie, ceux d'un commissariat de police, à une entreprise privée ? Certains droits hésiteront à l'admettre, en considérant que la collectivité doit garder le contrôle. Plus délicat encore : peut-on confier la gestion d'une prison à une entreprise privée ? Il existe des pays dans lesquels le droit admet la possibilité de déléguer l'ensemble de la gestion des prisons, la surveillance des prisonniers comprise : c'est le cas des États-Unis, de la Grande-Bretagne, de l'Australie. Dans d'autres pays, la gestion privée des bâtiments est possible, mais la surveillance des prisonniers reste assurée par l'autorité publique : il en va ainsi en France.

b) Les contrats par lesquels la gestion d'équipements urbains est confiée à un tiers relèvent grosso modo des mêmes catégories que ceux qui sont conclus pour la réalisation d'équipements, à ceci près qu'ils n'incluent normalement pas de travaux,

[11] Droit comparé des contrats publics, précité, chapitre sur le Brésil, p. 432 s., par Ricardo Sanchez et Daniel Engel – Infrastructure Law of Brazil, sous la direction de Marçal Justen Filho et Cesar Guimaraes Pereira, Belo Horizonte, Editora Forum, 2010

ou au moins pas de travaux autres que de maintenance ou d'extension de l'équipement.

Il faut observer cependant que, dans certaines hypothèses, des opérateurs privés se voient confier d'abord la réalisation de l'équipement, puis sa gestion. Il en va ainsi dans les montages contractuels d'externalisation de la réalisation des équipements que nous avons évoqués : concessions, partenariats public-privé.

Mais il se produit souvent qu'une collectivité externalise à un moment donné la gestion d'un équipement qu'elle a réalisé elle-même, ou qu'elle a fait réaliser sur la base d'un simple marché de travaux ou d'un autre type de contrat comportant la réalisation de l'équipement. Il faut être conscient aussi de ce qu'il existe des équipements urbains de longue durée, dont la gestion doit être périodiquement réexaminée alors qu'ils sont réalisés depuis longtemps : si cette gestion doit être confiée à une entreprise, celle-ci n'aura pas à construire l'équipement. Dans ces cas-là, la rémunération de l'entreprise n'a pas à couvrir l'investissement : tout au plus faut-il qu'elle couvre les dépenses d'entretien et de renouvellement. Cette situation se rencontre couramment au cœur des villes pour la gestion des réseaux d'eau, d'assainissement, etc…

Lorsqu'ils ont la nature de simples marchés, les contrats par lesquels les collectivités confient la gestion d'un équipement sont donc des marchés de services. Dans le droit français, il existe un mécanisme contractuel que l'on utilise pour confier la gestion d'un équipement déjà réalisé à une entreprise qui se rémunèrera par les tarifs payés par les usagers : c'est l'affermage – qui est en somme une concession sans réalisation préalable de l'équipement-.

III. Contrat et urbanisme opérationnel

Par urbanisme opérationnel, on peut entendre les mécanismes, procédures, institutions concourant au développement ou au renouvellement des villes, que l'on va utiliser pour modifier un tissu urbain existant ou créer du tissu urbain à partir d'espaces naturels ou de friches diverses, au-delà de ce que peut produire une opération individuelle de construction ou de réalisation d'un équipement public donné. Dans certains systèmes, ces mécanismes font l'objet d'un volet spécifique du droit de l'urbanisme, articulé autour d'une notion spécifique d' »opération d'aménagement » ; c'est le cas dans le droit français. Dans d'autres ils présentent une moindre originalité et puisent pour l'essentiel dans l'arsenal des mécanismes ordinaires de l'urbanisme –plans d'urbanisme, autorisations…-.

1°. Les opérations d'aménagement urbain, dans l'absolu, font toujours intervenir des acteurs publics et des acteurs privés, du moins partout où un place est consentie à l'activité économique privée : il y a toujours au moins quelque utilisateur final privé, constructeur ou tout bêtement acheteur d'une maison ou d'un appartement dans le périmètre de l'opération. L'intéressant est que, selon les systèmes, la distribution des rôles entre les collectivités publiques et le secteur privé dans la conduite des opérations d'aménagement urbain, varie assez sensiblement.

Apparemment, tous les systèmes juridiques, du moins tous ceux dans lesquels l'activité économique privée est admise, ménagent la possibilité pour des personnes privées de réaliser des opérations complexes de construction qui peuvent avoir des effets importants de transformation du tissu urbain. Tous admettent la possibilité pour des personnes privées de réaliser des lotissements, c'est-à-dire des opérations consistant d'abord à réaménager le parcellaire, avec les contreparties en matière d'équipement que cela impose, puis à construire. Dans certaines systèmes, le mécanisme constitue même l'essentiel de l'urbanisme opérationnel : il en va ainsi aux Etats-Unis[12].

En sens inverse, existe partout aussi la possibilité d'opérations publiques, c'est-à-dire d'opérations dont les collectivités publiques ont la direction, et qui prennent place dans leur politique d'urbanisme. La part que la transformation des villes doit à ces opérations publiques, au regard de ce qui est dû aux opérations privées, varie de façon importante. Mais ce qui varie aussi, c'est la place qui est faite aux acteurs privés dans les opérations publiques d'aménagement. Il y a des systèmes dans lesquels les collectivités publiques sont seules à pouvoir mettre sur pied les opérations dont elles sont responsables, d'autres dans lesquels il est clairement admis que des institutions privées peuvent prendre l'initiative d'opérations publiques d'aménagement : c'est le cas, par exemple, en Allemagne, au travers d'un mécanisme de « plans d'urbanisme conçus par des investisseurs » que prévoit l'article 12 du code de l'urbanisme[13].

Il y a des systèmes dans lesquels la réalisation des opérations publiques d'urbanisme est assurée par les collectivités publiques responsables, d'autres dans lesquels cette réalisation peut être confiée à des entités privées contrôlées par la collectivité. Le droit espagnol, par exemple, prévoit une série de formules au travers desquelles des personnes privées – les propriétaires ou des investisseurs- peuvent être impliqués dans des opérations d'urbanisation lorsque celles-ci ne passent pas par l'expropriation : il fait la part, notamment, à des opérations dites de « gestion privée », dans lesquelles l' opération est prise en charge par les propriétaires – système de la « compensation »- , ou bien par plus largement par des personnes privées qui ne sont pas nécessairement propriétaires dans le périmètre de l'opération –système de l' »agent urbanisateur privé »-[14].

En vérité, il s'avère assez courant que les opérations d'aménagent urbain soient réalisées selon des modalités quelconques de partenariat public-privé, c'est-à-dire selon des procédures qui font intervenir, dans des assemblages variables, des acteurs publics et des acteurs privés. C'est ainsi que, de longue date, sont conduites les opérations de rénovation urbaine en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis[15]. Une observation analogue peut être faite à propos de l'Allemagne[16] ou de la Belgique[17].

[12] Robert Ellickson et Vicki Been, Land Use Control. Cases and Materials, Use Control. Cases and Materials, Aspen Publishers, 3° éd.,2005, , p.411 et s.
[13] G. Hermes, The German Law of Planning : An Overview , *European Public Law*, sept. 2002, p. 367
[14] Jose-Maria Baño Leon, Derecho Urbanistico Comun, Iustel, 2009, p. 271 et s.
[15] Dominique Custos et John Reitz, Public-Private Partnerships in the USA, in François Lichère (sous la direction de), Partenariats public-privé : rapports du XVIII° congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé, Bruylant, coll. « Droit Administratif/ Administrative Law », 2011, p. 263
[16] Werner Heinz (sous la direction de), Partenariats public-privé dans l'aménagement urbain, précité, p. 18

2°. Sur le plan des montages juridiques, deux variables essentielles différencient le régime des opérations d'aménagement urbain selon les systèmes.

a) La première concerne le point de savoir dans quelle mesure des mécanismes spécifiques sont prévus pour envelopper juridiquement les opérations d'urbanisme. Il faut comprendre en effet qu'il n'y a pas nécessairement besoin de procédures spécifiques pour encadrer ces opérations. Lorsqu'elles sont essentiellement privées, on peut se contenter de les contrôler par un mécanisme d'autorisation plus ou moins proche du permis de construire : il suffit, pour que les exigences de l'intérêt général de l'urbanisme ne soient pas sacrifiées, que le régime du permis autorise la collectivité à l'assortir de conditions diverses concernant les équipements à réaliser, le type de construction accueillies, etc… Lorsqu'elles sont essentiellement publiques, elles peuvent être traitées comme des opérations de travaux publics un peu complexes, que l'on peut en outre inféoder à tous les programmes d'urbanisation que l'on veut.

Ceci explique qu'en réalité, beaucoup de droits de l'urbanisme ignorent le concept même d'opération d'urbanisme : c'est au sein d'institutions banales que ce que le droit français, et quelques autres, qualifient d'opérations d'aménagement urbain, prend place juridiquement dans ces systèmes. La notion n'est par exemple pas connue en tant que telle dans le droit britannique, pas plus que dans le droit américain, dans lequel la technique juridique essentielle du développement urbain est, comme on l'a indiqué, le lotissement – la « subdivision »-[18].

Le lotissement est sans doute le compromis universel que tous les systèmes font aux nécessités particulières des opérations d'aménagement urbain. Il peut être traité par un mécanisme d'autorisation voisin du permis de construire, au travers duquel toutes sortes de contraintes peuvent être imposées aux aménageurs. Rien n'empêche, comme au Portugal, de l'agrémenter d'un « contrat d'urbanisation », auquel peuvent être parties, outre la municipalité et le promoteur, tous les organismes voués à jouer un rôle dans la réalisation du lotissement, et qui prévoira les modalités de l'opération sur le plan financier, des travaux, de la gestion et de l'entretien des espaces libres...[19]. Un mécanisme analogue se rencontre en Italie[20]

Cela n'oblige pas à sortir des mécanismes ordinaires de l'urbanisme que sont les autorisations et les plans.

b) Comme on l'a déjà répété, la mise en place des opérations d'aménagement urbain et leur réalisation font à peu, près toujours intervenir une conjonction d'acteurs privés et publics. Ce qui varie fortement en fonction des traditions juridiques et administratives nationales, c'est le type de liens qui est établi entre les uns et les autres.

---

[17] Steven Van Garsse etStephan Wyckaert, Les partenariats public-privé en Belgique, in François Lichère (sous la direction de), Partenariats public-privé : rapports du XVIII° congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé, précité, p. 183

[18] Supra note12

[19] Jean-Bernard Auby, Hugues Perinet-Marquet et Rozen Noguellou, Droit de l'urbanisme et de la construction, Montchrestien, 9° édition, 2012, n°378

[20] Paolo Stella Richter, Diritto urbanistico. Manuale breve, Giuffrè, 2010, p.58

Lorsque l'on est simplement en présence d'une opération privée autorisée par l'administration – comme dans le cas d'un lotissement privé-, ces liens peuvent demeurer ténus, et se limiter au fait que la collectivité autorise, sous certaines conditions, et que l'aménageur réalise son opération, en s'efforçant de se conformer à l'autorisation.

Lorsque l'on a affaire à une opération publique, dans laquelle, comme on l'a vu, divers acteurs privés se trouveront en général aussi impliqués, des arrangements juridiques plus complexes vont venir les lier. Ils consistent en général dans des contrats[21], qui distribuent les rôles, les charges, les pouvoirs : c'est le contrat qui confie à un promoteur privé le soin de réaliser une opération, c'est le cahier des charges qui fixe les obligations de celui qui vient construire dans le périmètre de l'opération, etc…

Ils peuvent, il est vrai, aussi consister dans des arrangements plus institutionnels. En particulier l'institution d'économie mixte dans laquelle se réunissent les administrations publiques concernées et des acteurs privés divers impliqués dans l'opération : comme dans le cas des « Urban Development Corporations » britanniques.

Les contrats par lesquels les collectivités publiques confient des opérations d' urbanisme sont parfois un peu difficiles à situer dans les classifications ordinaires des contrats publics. Leur qualification a été et reste problématique dans le droit français et plus largement dans le droit européen.

Il a été soutenu que ces contrats avaient une nature spécifique, qui les distinguerait des marchés publics et des concessions. Or, la jurisprudence européenne a tendance à les considérer comme relevant purement et simplement des marchés de travaux. Un arrêt de la Cour de Justice de 2007 vint expressément qualifier un contrat d'aménagement de marché de travaux [22](CJCE, 18 janv. 2007, Jean Auroux, aff. C-220/05, *Dr. adm.* 2007, comm. n° 71, note A. Alonso Garcia). Depuis lors, la Cour de Justice est d'ailleurs revenue deux fois sur le sujet, pour admettre que les montages divers à l'intérieur desquels il apparait que des opérateurs urbains privés réalisent des travaux d'infrastructure souhaités par les collectivités peuvent, à diverses conditions recéler un marché de travaux[23].

Le droit français a longtemps traité les contrats d'aménagement comme une catégorie tout à fait spécifique : ce qui permettait notamment d'éviter leur mise en concurrence. Sous la pression du droit européen, il a dû s'adapter, par une loi du 20 juillet 2005 et un décret du 22 juillet 2009. A l'heure actuelle les contrats d'aménagement, que la législation appelle « concessions d'aménagement » sont soumis soit aux règles communautaires applicables aux marchés publics de travaux,

[21] Comme le montre l'exemple portugais donné juste avant, on éprouve parfois la nécessité d'ajouter du contrat même dans le cadre d'un simple lotissement autorisé, pour bien fixer les obligations des uns et des autres
[22] CJCE, 18 janvier 2007, Jean Auroux, aff. C-220/05, Dr.adm., 2007, comm. N°71, note A. Alonso Garcia
[23] CJCE, 25 mars 2010, Helmüt Muller, aff. C-451/08, Contrats et Marchés Publics, 2010, n°5, comm. 164, note Zimmer – 26 mai 2011, Commission Européenne c. Royaume d'Espagne, aff. C-306/08 – Pavlos Eleftheriadis, Land Devlopment and Public Procurement, Oxford Legal Studies Resarch Paper n°44/2011, 1° Septembre 2011

soit à celles applicables aux concessions de travaux, selon que le concessionnaire assume ou non « une part significative du risque économique de l'opération ».

IV. La Ville comme contrat social

La question des rapports entre le contrat et l'urbanisme peut être abordée sous un quatrième angle, plus « politique », plus « constitutionnel », qui est de savoir dans quelle mesure on peut tenir les villes comme le résultat d'un contrat social.

La question appelle d'abord une réponse historique. Il y a eu des époques de l'histoire où les villes sont bien nées de la conclusion, par un groupe social, d'un contrat d'union politique qui a fait naître leur configuration juridique. C'est le cas dans le Moyen Age européen. Les villes, qui avaient pratiquement disparu depuis l'empire romain ont connu un considérable épanouissement à partir du XI° siècle – le mouvement commençant en Italie-. Or, leur naissance fut accompagnée de la signature d'une charte qui était un contrat liant la collectivité de ceux qui la créaient avec le seigneur féodal qui consentait à la création de la ville dans le champ de son autorité. Ce contrat donnait à la ville le pouvoir de se gouverner et il constituait la base de son fonctionnement juridique[24].

Cette autonomie à base contractuelle des villes ne dura il est vrai pas longtemps. Petit à petit, elle fut réduite, et le droit étatique devint le fondement de l'organisation juridique des villes. A l'époque moderne, dans tous les systèmes européens, c'est bien le droit de l'Etat qui fonde juridiquement l'existence juridique des villes : il leur accorde plus ou moins d'autonomie, leur autonomie est parfois garantie par la Constitution, mais elle n'est en tous les cas pas le résultat d'un contrat social local[25].

Ce constat doit cependant être nuancé par deux observations qui ont une portée mondiale. La première est que l'on assiste aujourd'hui à une émergence politique des villes – qui accueillent la moitié de la population du monde-, en particulier de très grandes villes -les « global cities »- qui tendent à devenir des acteurs directement connectés au reste du monde, et agissant parfois dans une assez grande liberté vis-à-vis de leur Etat[26].

La seconde est que se développent presque partout dans les villes des formes de plus en plus abouties de participation des citoyens : comités de quartier, budgets participatifs, référendums, etc…[27]

La combinaison de ces deux facteurs fait que les villes, au moins certaines d'entre elles, à la fois conquièrent des espaces croissants d'autonomie vis-à-vis de la

[24] Albert Rigaudière, Gouverner la ville au Moyen Age, Anthropos, 1993 – Mathieu Doat, Recherche sur la notion de collectivité locale en droit français, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2003
[25] Gerald Frug, The City as a Legal Concept, Harvard Law Review, 1979-1980, n°93, p. 1057 - Eric Gasparini et Eric Gojosso, Introduction historique au Droit et aux Institutions, Gualino, 3° éd., 2009, p. 254 et s.
[26] Saskia Sassen, The Global City, Princeton University Press, 2° édition, 2001 – Frank Moulaert, Arantxa Rodriguez et Erik Swyngedouw, The Globalized City, Oxford University Press, 2003
[27] Jacques Chevallier et al., La démocratie locale. Représentation, participation et espace public, Presses Universitaires de France, 1999 – Oscar Gabriel et Vincent Hoffmann-Martinot, Démocraties urbaines, L'Harmattan, 2000

collectivité étatique dont elles relèvent, et se constituent de plus en fortement en communautés politiques, sur la base de liens de plus en plus étroits tissés avec leurs citoyens.

Elles se rapprochent dès lors d'un modèle contractuel.

Ceci dit, ce rapprochement est relatif : il ne permet pas aux habitants des villes de décider seuls de changer leur « Constitution », les bases de leur fonctionnement juridique, lesquels continuent à relever d'autorités législatives supérieures – hormis le cas, très particulier, des villes-Etats, naturellement-.

L'organisation juridique des villes d'aujourd'hui demeure fondamentalement statutaire, et non pas contractuelle.

Dans la sphère privée, le contrat est le mode normal d'établissement de relations juridiques, l'acte unilatéral est rare et exceptionnel. Dans la sphère privée, il en va plus ou moins à l'inverse : la décision est le mode normal de création de liens juridiques, le contrat ne trouve sa place que quand l'usage de l'acte unilatéral n'est pas nécessaire.

En même temps, les relations administratives sont socialement bilatérales, qu'on le veuille ou non : en face de l'administration, il y a des acteurs privés, qui ont leurs expertises, leurs moyens d'action, leurs stratégies, et avec qui parfois on ne peut pas faire autrement que de coopérer.

Cela est parfaitement vrai en matière d'urbanisme. Une commune peut bien décider de transformer une friche industrielle en quartier résidentiel, si aucun promoteur ne se présente pour construire, parce qu'il pense qu'il n'y aura pas d'acheteur pour les maisons et les appartements qu'il construirait, la décision unilatérale de la commune sera restée lettre morte. Une négociation contractuelle avec ce promoteur dans le but de lui confier la mise en œuvre de la transformation du quartier aurait pu changer complètement les données.

Naturellement, il y a aussi le fait que les moyens techniques des administrations ont leurs limites : elles ont souvent besoin du savoir-faire d'entreprises privées. Cela est évident dans le domaine de l'aménagement urbain.

La question délicate, comme on l'a vu, est : où est la limite ? En gros, la réponse commune qui est donnée est qu'aussi longtemps que l'on parle de fonctions opérationnelles –réaliser des équipements, voire une opération d'aménagement plus largement-, le contrat se voit en général reconnaitre une place importante. En revanche lorsqu'on s'approche du normatif, de la définition des règles de droit gouvernant le fonctionnement urbain, alors sa place est limitée et contestée.

Autour de cette ligne générale, les différents systèmes juridiques établissent leurs solutions propres, ici plus accueillantes à la contractualisation en matière d'urbanisme, là plus réticentes.

THE INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC CONTRACTS
LA REVUE INTERNATIONALE DES CONTRATS PUBLICS
REVISTA INTERNACIONAL DE CONTRATOS PÚBLICOS

SciencesPo. | Chaire M.A.D.P. | Direito do Estado.com.br O primeiro site jurídico multimídia do Brasil

Este texto está publicado na Revista Internacional de Contratos Públicos, disponível no endereço : HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Se deseja colaborar com a Revista, envie seu trabalho para o Comitê de Avaliação com resumo em inglês : ijpc@direitodoestado.com.br.

Cet article est publié par la Revue Internationale de Contrats Publics, disponible sur le site: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Se vous voudriez collaborer avec la Revue, veuillez envoyer votre travail au Comite' d'Evaluation avec un résumé en français: ijpc@direitodoestado.com.br

This article is published the International Journal of Public Contracts, available at the website: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
If you would like to collaborate with the Journal, please send your work to the Evaluation Committee with an abstract in English: ijpc@direitodoestado.com.br